



**DEPARTAMENTO DE DIREITO
DOUTORAMENTO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICO-PROCESSUAIS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”**

A TEORIA DA PENA NO ÂMBITO DO CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Tese para a obtenção do grau de Doutor em Direito

Autora: Inês Simões Farinha

Orientador: Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente

Número de Candidata: 30003939

Março de 2026

Lisboa

A presente tese foi desenvolvida no âmbito do Projeto I&D *Corpus Delicti* – Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional sediado no Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa, coordenado pelo Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente.

Agradecimentos

Ad astra, per aspera.

Em primeiro lugar quero agradecer para sempre, por dever de honestidade e imperativo categórico, aos meus pais. A eles se deve o ímpeto da força mobilizadora do primeiro passo e a constância dos braços que nos sustentaram na decisão de começar. Sobretudo quando as subidas, íngremes e escarpadas, fazem suar as resoluções que ditam o rumo da caminhada.

Em segundo lugar, uma palavra de reconhecimento e mui grande apreço pelo Senhor Professor Doutor Guedes Valente, que nos orientou para a escolha do rumo certo, ensinando-nos que só os ventos de frente apaziguam espíritos inquietos e os custos da busca incessante do saber-ser, do saber-saber e do saber-fazer valem sempre a pena. A permanente exigência e impressão de disciplina de trabalho que em todos semeia e a forma inovadora e humanista de olhar, em especial, o Direito Penal, acrescenta-nos, singularmente.

A todos os demais Senhores Professores Doutores da Universidade Autónoma de Lisboa, uma palavra de reconhecida gratidão por todos os rasgos de conhecimento e de sapiência com que nos brindaram nos seus seminários, e que nos devem guiar para alavancar conhecimento, perscrutando as infinitas sendas pelas quais se espraíam os desígnios da ciência do Direito.

Um cumprimento muito especial à Senhora Professora Doutora Teresa Aguado-Correa, da Universidade de Sevilha e à Senhora Professora Doutora Laura Zuñiga Rodríguez, da Universidade de Salamanca, pelo muito que aprendi com os seus ensinamentos, em especial aos conselhos e orientações trazidos às nossas investigações. Por nos levarem *más allá*.

Aos meus companheiros desta jornada, sempre presentes. Emanuel Carvalho, José Ramos e Rodrigo Ziebowicz, saímos juntos da casa de partida e é a ela que sempre retornamos com o mesmo sentimento: a amizade e a partilha, o apoio e a camaradagem. Sem vocês, por certo, este caminho não teria o mesmo encanto e o mesmo afinho.

Por fim, ao Bruno. *In medias res*. Ele que me tem acompanhado nas insondáveis curvas que a vida traz, que me leva a ver o que só a liberdade devolve, e que, na soma dos dias, me oferece os sorrisos, os (a)braços e a coragem para nunca desistir.

E aconteceu como acontece na montanha quando, depois de uma longa estrada encravada entre as rochas, se alcança o cume e finalmente se abre defronte o panorama, iluminado pelo sol. Qualquer um se maravilharia por esta comparação? O direito penal não está no vale antes que sobre o cume? Não é o direito da sombra antes que o direito do sol? A verdade é que, segundo uma admirável intuição de São Paulo, nós olhamos as coisas no espelho e por isso as vemos de cabeça para baixo, o direito penal, sim, é o direito da sombra; mas precisa atravessar a sombra para chegar à luz. Ao menos para mim aconteceu assim. Cada um faz o seu caminho; e o caminho, como o semblante de cada um é diferente do caminho dos outros. Eu, todas as vezes que me relacionei com os assim chamados homens de bem, acreditei-me um homem de bem; e não dei um passo acima. Foi o conhecimento dos velhacos que me fez reconhecer que não sou de facto melhor que eles ou que estes não são de facto piores que eu; e era isto que se queria, para um homem como eu, mais inclinado ao orgulho, senão propriamente à soberba. Também eu, quero dizer, estive por muito tempo sobre o espaldar da arena a olhar do alto os gladiadores, como se não fossem meus irmãos. Se aqueles que estão lá no meio arriscando a vida fossem nossos irmãos, correríamos para eles, não? Para separá-los e para salvá-los. Como ocorreu que, pouco a pouco, de estranho se tornaram irmãos com precisão não sei. Em suma aconteceu; e é isto que importa. Daquele dia se abriu diante de mim um magnífico panorama, iluminado pelo sol.¹

As misérias do Direito Penal, Francesco Carnelutti

*History says, Don't hope
On this side of the grave...
But then, once in a lifetime
The longed-for tidal wave
Of justice can rise up,
And hope and history rhyme.*

The Cure of Troy, Seamus Heane

¹ CARNELUTTI, Francesco – *As Misérias do Processo Penal*. Tradução da Edição de 1957. Traduzido do francês por José António Cardinalli, Conan, 1995, pp. 11-12.

Resumo:

O crime organizado transnacional, como tipologia criminal que não se limita a um só território e envolve múltiplos intervenientes e diversas formas de atuação, colige diversas questões que vão desde o direito penal substancial, ao processual e, por fim, ao da execução das penas.

Um Estado de Direito que se pautar por princípios da liberdade, da segurança e justiça, deve reajustar-se, redesenhar-se e ressurgir face a uma ameaça de uma criminalidade líquida, muitas vezes invisível e, quase sempre, imprevisível.

Se a fenomenologia do crime se encontra em permanente evolução fruto dos avanços históricos, sociais, económicos e tecnológicos mais recentes, também a pena se vai modelando face à constante flutuação dessa mesma fenomenologia.

Deste modo, a plurilocalização dos diversos acontecimentos criminais, dotados de transnacionalidade, e a correspondente danosidade que os mesmos provocam no espaço executivo penal fazem recrudescer o entendimento de que a punição em sentido formal e em sentido material se encontram desencontradas, o que concorre diretamente para o esboroamento da própria função do direito penal. A construção de uma teoria da pena dentro das novas morfologias do crime obriga a uma análise estratificada não só do ponto de vista constitucional, enquanto referente valorativo do Estado de Direito, como ainda do ponto de vista infra-legal da norma penal, ao nível da adequação das molduras penais às tipologias criminais. O que não pode nem deve excluir nesta sede o momento seguinte: o da execução das penas.

Apesar de o debate acerca do crime organizado ter conquistado espaço na ciência jurídico-penal, naquilo que conhecemos como a ciência conjunta do direito penal, a verdade é que ainda encontramos espaços em que é premente a busca por uma remodelação do sistema, sobretudo no âmbito da pena e da sua execução.

Palavras-Chave: Crime Organizado, Pena, Execução de penas, Ressocialização.

Abstract:

Transnational organized crime, as a criminal typology that is not limited to a single territory and involves multiple actors and different forms of action, brings together several issues ranging from substantive criminal law, to procedural law and, finally, to the execution of sentences.

A rule of law that is guided by principles of freedom, security and justice must readjust, redesign and resurface in the face of a threat of liquid criminality, often invisible and, almost always, unpredictable.

If the phenomenology of crime is constantly evolving as a result of recent historical, social, economic and technological advances, punishment is also being shaped in the face of the constant fluctuation of that same phenomenology.

In this way, the plurilocation of the various criminal events, endowed with transnationality, and the corresponding damage that they cause in the penal executive space, reinforce the understanding that punishment in a formal sense and in a material sense are at variance, which directly contributes to the crumbling of the very function of criminal law. The construction of a theory of punishment within the new morphologies of crime requires a stratified analysis not only from the constitutional point of view, as an evaluative reference of the Rule of Law, but also from the infra-legal point of view of the penal norm, at the level of adequacy of criminal frameworks to criminal typologies. What cannot and should not exclude the following moment in this case: the execution of the sentences.

Despite the fact that the debate about organized crime has gained space in criminal law science, in what we know as the joint science of criminal law, the truth is that we still find spaces in which the search for a remodeling of the system is urgent, especially in the scope of the penalty and its execution.

Keywords: Organized Crime, Punishment, Execution of sentences, Resocialization.

Resumen:

La delincuencia organizada transnacional, como tipología delictiva que no se circunscribe a un solo territorio e involucra a múltiples actores y distintas formas de actuación, aglutina diversas temáticas que van desde el derecho penal sustantivo, al derecho procesal y, finalmente, a la ejecución de las penas.

Un estado de derecho que se guíe por los principios de libertad, seguridad y justicia debe reajustarse, rediseñarse y resurgir ante una amenaza de criminalidad líquida, muchas veces invisible y, casi siempre, impredecible.

Si la fenomenología del delito está en constante evolución como resultado de los recientes avances históricos, sociales, económicos y tecnológicos, el castigo también se está configurando ante la constante fluctuación de esta misma fenomenología.

De esta forma, la plurilocalización de los diversos hechos delictivos, dotados de transnacionalidad, y el correspondiente daño que provocan en el espacio ejecutivo penal, refuerzan la comprensión de que se contraponen el sentido en sentido formal y en sentido material, lo que directamente contribuye al desmoronamiento de la función misma del derecho penal. La construcción de una teoría de la pena dentro de las nuevas morfologías del delito requiere un análisis estratificado no sólo desde el punto de vista constitucional, como referente valorativo del estado de derecho, sino también desde el punto de vista infrajurídico de la norma penal, a nivel de aristas de encuadres delictivos a tipologías delictivas. Lo que no puede ni debe excluir el momento siguiente en este caso: la ejecución de las sentencias.

A pesar de que el debate sobre el crimen organizado ha conquistado espacios en la ciencia del derecho penal, exactamente lo que entendemos como la ciencia conjunta del derecho penal, lo cierto es que aún encontramos espacios en los que urge la búsqueda de una remodelación del sistema, especialmente en el alcance de la pena y su ejecución.

Palabras clave: Crimen Organizado, Castigo, Ejecución de penas, Resocialización.

Introdução.....	11
a. Enquadramento Geral e Delimitação da Investigação.....	18
b. Problema Principal	19
c. Objetivos gerais e secundários.....	23
d. Justificação do Tema da Tese	26
e. Enquadramento Sistemático.....	33
PARTE I - O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL.....	46
Capítulo I - O Crime Organizado Transnacional como uma ameaça à soberania Penal dos estados de direito	52
1. O Direito Penal da Transnacionalidade – em busca de uma definição de Criminalidade Organizada.....	52
1.1. Uma apreciação sociológica	52
1.2. Enquadramento Histórico – em busca de um conceito tradicional	59
1.3. Uma definição (?) de Criminalidade Organizada Transnacional	63
1.4. Enquadramento Legislativo	70
1.5. Convenções genéricas	71
1.6. Protocolos Adicionais e a enquadramento legislativo ao nível europeu	75
1.7. Direito Penal: as várias velocidades, a criminalidade organizada e a subsistência da pena privativa da liberdade	77
1.8. O Cidadão como inimigo do Estado.....	87
2. A pluralização do fenómeno criminoso (organizado), a danosidade social relativamente à ameaça <i>intra muros</i> e a (in)suficiência do sistema prisional	100
2.1. Um breve enquadramento histórico da evolução da pena e da pena de prisão – os modelos de encarceramento.....	109
2.2. Modelos Prisionais	115
2.3. As penas privativas da liberdade em Portugal – uma perspetiva evolutiva sob o ponto de vista dos fins das penas.....	118
2.4. A pena de prisão como meio de resposta ao crime organizado	123
3. Crime Organizado e o sistema de execução de penas.....	130
3.1. A Posição Jurídica do Recluso (de crime organizado) – uma perspetiva diacrónica e os referentes axiológicos.....	134
3.2. As Restrições aos direitos do recluso: da passagem da “relação especial de poder” para “um verdadeiro sujeito de direitos”	138
Capítulo II - O Crime Organizado Transnacional, os desafios da política criminal e sua influência no sistema de execução de penas	145
4. A globalização, as novas formas de delinquir e política criminal	145
5.1. O princípio da proporcionalidade.....	156
5.2. O princípio da proporcionalidade e a sua relação com as penas	161
5.3. O princípio do garantismo (das penas).....	165
5.4. O princípio da humanidade (da execução das penas).....	166
6.1. O princípio da legalidade	170
6.2. O princípio da dignidade da pessoa humana – da necessidade de humanidade	174
6.3. O princípio da fragmentariedade	178
6.4. O princípio da segurança jurídica	180
6.6. Princípio da Ressocialização	184

6.5.	A política criminal no quadro doutrinal em evolução – a colocação do problema dentro do quadro da criminalidade organizada transnacional	187
7.	Definição, evolução legislativa e a eficácia do modelo político-criminal hodierno – que política criminal de penas?	197
7.1.	A influência do direito europeu no sistema sancionatório interno - A tendência para a assunção de um espaço penal comum	207
7.2.	O respaldo político-criminal da uniformização de sanções – as normas mínimas no cenário europeu e o caminho da harmonização	213
8.1.	Uma política-criminal e um direito penal expansionista?	227
PARTE II – AS FINALIDADES DAS PENAS NA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL E O SISTEMA EXECUTIVO-PENAL QUANTO AO CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL.....		237
Capítulo I		241
Secção I – As finalidades da Pena e a sua recolocação face à criminalidade organizada – perspectivas doutrinárias (em crise)		241
9.	Ontologia da pena	241
10.	As Finalidades da pena no quadro jurídico-histórico-filosófico – Uma leitura contratualista dos fins das penas e a sua subsistência no século XXI	246
10.1.	Pena como elemento constitutivo da teoria do crime na era pós-moderna	250
10.2.	O Fundamento, a Finalidade do Poder de Punir e a Necessidade de Punir	253
Secção II - A teoria da pena e a sua recolocação face à criminalidade organizada		258
10.3.	Do Direito Penal “inimigo” de base contratualista e o conceito jurídico de sanção	258
10.4.	As Teorias Ético-Retributivas (kantianas) e a sua (não) aplicação ao Crime Organizado	260
11.	Teoria da Pena – Tensão entre as teorias de prevenção (geral e especial)	266
11.1.	As Teorias de Prevenção Geral – negativa e positiva	266
11.2.	O Direito Penitenciário – em direção à (re)integração.....	268
12.	O binómio Ressocialização-Retribuição e o artigo 40.º do Código Penal.....	269
13.	<i>Crimes of the Powerful</i> e a relação com o <i>quantum</i> penal.....	273
Capítulo II – A Sanção Penal, o Sistema Executivo Penal e o seu Futuro		283
Secção I - Abordagem Crítico-Sistemática do Crime Organizado Transnacional e a sua relação com a execução da pena privativa da liberdade – O <i>ethos</i> punitivo – carcerário		285
15.	O fenómeno do <i>arrest-release-repeat</i> no fenómeno organizado do crime.....	291
16.	O Crime Organizado Transnacional – Conceptualização à luz de uma neo-punibilidade	293
16.1.	Penas Alternativas e Crime Organizado – A perda de vantagens e bens e a sua natureza jurídico-penal	293
17.	A relação entre o fenómeno organizado do crime e o sistema carcerário	302
17.1.	A Prisão e a nova era digital – que direitos humanos?.....	302
Secção II – A pena de prisão no quadro do crime organizado transnacional.....		314
18.	O encarceramento de condenados pelo crime organizado	314
CONCLUSÃO		323
Fontes		329
DIPLOMAS LEGAIS		358

Lista de Abreviaturas e Siglas

Ac.	Acórdão
art./arts.	artigo/artigos
al.)	alínea
Cfr.	Conferir
CEDERSP	Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional (2003)
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CEP	Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade
CEPMPL	Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade
CNUCCOT	Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional
CP	Código Penal
CPP	Código do Processo Penal
CPT	Comité Europeu para a Prevenção da Tortura
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
DGRSP	Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais
Ed.	Edição
E.P.	Estabelecimento Prisional
Ibidem	Mesmo autor, mesma obra, mesma página
Idem	Mesmo Autor, Mesma Obra
MP	Ministério Público
n.º	número
Op. Cit.	Previamente citado
p.	Página
p.e.	Por exemplo
pp.	Páginas
RASI	Relatório Anual de Segurança Interna
RGEP	Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais
séc.	Século
ss.	seguintes

FONTES: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Criminalidade Organizada Transnacional: Um brevíssimo estudo crítico jurídico-político emergente. SANTOS, António de Almeida – Novo Mundo, Novo Crime, Nova Política Criminal. FEELEY, Malcolm, SIMON, Jonathan – The New Penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. BENELLI, Sílvio José - Goffman e as instituições totais em análise; DIAS, Jorge de Figueiredo – Direito Penal: Parte Geral: Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime. Kelsen, Hans – Teoria Pura do Direito. MARTINSON, Robert - What works? Questions and answers about prison reform. PEREIRA, Flávio Cardoso Pereira – Crime Organizado e sua Infiltração nas Instituições Governamentais. DUARTE, Luiz Carlos Rodrigues – Princípio Vitimológico e Criminalidade Organizada. HASSEMER, Winfried – História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra: A Segurança Pública no Estado de Direito. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich – Filosofia del Derecho. HIRSCH, Andrew von - Doing Justice: The Choice of Punishment. Report of the Committee for the Study of Incarceration. MORRIS, Norval – The Future of Imprisonment. DIAS, Jorge de Figueiredo – Temas Básicos de Doutrina Penal. RODRIGUES, Anabela Miranda – A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade: Os Critérios da Culpa e da Prevenção. JAKOBS, Günther - Fundamentos do Direito Penal. HINTON, Elizabeth – From the war on poverty to the war in crime - The Making of Mass Incarceration in America; GIDDENS, Anthony – Consequências da Modernidade. BOAVIDA, Joaquim – A Flexibilização da Prisão - Da Reclusão à Liberdade. GOMES, Conceição, et. alii. – Crimes, Penas e Reinserção social: um olhar sobre o caso português. BECCARIA, Cesare – Dos Delitos e das Penas. ROBERTSON, Roland – Globalization: Time-space and homogeneity-heterogeneity. BECK, Ulrich – A Metamorfose do Mundo: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade. Jorge de Figueiredo e COSTA ANDRADE, Manuel da – Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena. MOURA, José Souto de – Visitar Durkheim a propósito dos fins das penas. ABREU, Carlos Pinto de – As Reformas do Sistema de Execução de Penas e do Sistema Prisional e o Papel do Advogado: Finalmente que dignidade se impõe? RODRIGUES, Anabela Miranda – Criminalidade Organizada – Das Fronteiras à Cooperação Judiciária. ANDRADE, Manuel da Costa – Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal. FRÓIS, Catarina e BENTO, Afonso – Incarceration as Violence: Inflicting Pain in Portuguese Prisons. LEITE, André Lamas – Punitividade e penas de substituição: relatio paradoxal, Breves reflexões a partir da realidade portuguesa. UGELVIK, Thomas – Handbook on prisons. PAYNE, Brian – Effects on White-Collar Defendants of Criminal Justice Attention and Sanctions. NETO, Nelson Niero – Justiça Brasileira prende muito e prende mal, avaliam agentes públicos e pesquisadores. RODRIGUES, Anabela Miranda – A Posição Jurídica do Recluso na execução privativa da liberdade: seu fundamento e âmbito. FARIA COSTA, José de – Direito Penal e Globalização: Reflexões não locais e pouco globais. DIAS, Jorge de Figueiredo – Direito Penal Português Parte Geral II (As Consequências Jurídicas do Crime). RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga - Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas; HORSKOTTE, Harthmuth – Os limites da prevenção criminal à luz dos direitos do homem. CARNELUTTI, Francesco – Cuestiones Sobre El Proceso Penal. FLETCHER, George P. – La Dogmática Jurídico-Penal Alemana vista desde fuera. BECK, Ulrich – A Metamorfose do Mundo: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade. INNERARITY, Daniel – A sociedade invisível. RODRIGUES, Anabela Miranda – Controlar e punir – O Direito Penal em mudança? ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura – La Ley de seguridad ciudadana: un sintoma de la crisis del poder ejecutivo. Especial consideración del sistema penal. KAUFMAN, Nicole, et. alii – Beyond Punishment: The Penal State's Interventionist, Covert, and Negligent Modalities of Control. AMADO, Arménio – Filosofia do Direito. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – In Criminalidade Organizada. Investigação, Direito e Ciência. INNERARITY, Daniel – Un mundo de todos y de nadie – Piratas, riesgos y redes en el nuevo desorden global. BITENCOURT, Cezar – Tratado de Direito Penal, Parte Geral I. DIAS, Jorge Figueiredo – Direito Penal, Parte Geral, Tomo I; FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – Lições de Direito Penal. Parte Geral. ROXIN, Claus - Novos estudos de direito penal. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. GRECO, Luís - Introdução à dogmática funcionalista do delito: Em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. STRATENWERTH, Günther – Derecho Penal, Parte General: El hecho punible. CORREIA, Eduardo - Direito Criminal, Volume I.

A resposta à delinquência da globalização e os novos desafios da modernidade importam uma nova forma de encarar a forma de punir uma vez que cabe ao direito penal oferecer respostas eficazes para a salvaguarda de bens jurídicos e para a manutenção da paz social que promove a sã convivência entre as pessoas.

O mundo, projetado à escala de aldeia global, concebe-se à luz da pós-industrialidade, marcada e assumidamente de risco. Isto significa que o avanço expansivo e abrupto no campo da tecnologia e, conseqüentemente, no mundo digital, trouxe mais segurança e, paradoxalmente, mais falta de segurança, formando aquilo a que BAUMAN adjectiva no seu conjunto de “sociedade líquida”².

As transformações no panorama político-histórico, ao qual é sempre indissociável o paradigma económico, fez eclodir uma mudança no seio criminal, concedendo assim terreno fértil para o florescimento das organizações criminosas, através da produção dos seus mecanismos de atuação. O conturbado *cocktail* da modernidade e da pós-modernidade desencadeou o chamado fenómeno da criminalidade da globalização, organizada, transfronteiriça, onde atuam coletividades de pessoas organizadas e estruturadas de forma hierárquica, uma criminalidade que pertence aos que detêm o poder económico, e que, com uma grande voracidade, agita os mercados e a economia em geral.

Hoje em dia a multiplicidade de riscos e perigos que colocam em causa os bens jurídicos derivam de uma criminalidade que se usa das grandes redes de comércio internacional e da circulação fluída de pessoas, bens e capitais a uma escala internacional, em que, onde melhor se potenciar o risco, maior será a alavancagem do lucro ilícito. Neste jogo em que apenas imperam os mais fortes, assiste-se a uma ruptura com o modelo clássico da atividade criminosa que é substituído por um modelo capitalista do crime, votado a uma dimensão estruturada e global, dominado pelo poder dos ricos.

Não podemos escamotear que o progresso e o desenvolvimento das sociedades contemporâneas implica reconhecer que existem espaços permanentemente carentes de intervenção, obrigando a ciência penal, em concreto, a procurar vias mais expeditas e próximas da realidade que nos é imposta e dos permanentes desafios que a mesma nos coloca.

² Na visão de Bauman, a sociedade líquida está estreitamente ligada a uma sociedade imbuída pelo individualismo, em que existe um corte transversal entre o homem da modernidade e as instituições e estruturas, e, conseqüentemente, os seus padrões. Numa sociedade líquida a sociedade permanece em constante instabilidade, apoiando-se na liquidez das relações, agora momentâneas e inconstantes. BAUMAN, Zygmunt – *Modernidad Líquida*, Fondo de Cultura Económica. Argentina, 2002.

Vivem-se tempos de insegurança patrocinados por novos perigos (um tipo de perigo paradoxal, que parece estar longe, tão longe que é quase irreal, e ao mesmo tempo, tão perto e tão imediato) que bradam por uma contraposta necessidade de segurança que se quer contundente nos meios e nos resultados detratora de direitos, de liberdades e de garantias.

Temas como o direito penal do inimigo, o direito penal de autor, a busca por uma mais musculada intervenção dos instrumentos legais, políticas de tolerância zero, acompanhadas por um discurso punitivista exacerbado, são algumas das formas pelas quais os Estados hoje erguem as suas muralhas, elegendo políticas restritivas que favorecem o desenvolvimento de um direito penal bélico em pleno século XXI.

Todo este estado de coisas transfere para o comum cidadão uma inquietude permanente e uma necessidade imediata de resposta e é nesse contexto que passa a existir uma reivindicação pela expansão do Direito, nomeadamente do direito penal, que tem agora uma espécie de missão salvífica³, para uma nova realidade pertencente a uma sociedade que se encontra formatada para uma certa resistência a soluções compatibilizadas com o respeito pelos direitos do ser humano.

Os instrumentos clássicos do direito penal parecem perder terreno, e, esvaziando-se na sua ineficácia, reclamam novos procedimentos e renovados caminhos, que muitas vezes oferecem opções que colocam em causa princípios e direitos fundamentais, restringindo as liberdades individuais dos cidadãos ou promovendo a expansão do direito punitivo como forma de assegurar a segurança da vida em sociedade.

As (novas) correntes de controlo que se esgotam no sistema de justiça criminal tal como o conhecemos brotam de dinâmicas político-criminais que pretendem majorar a efetividade do resultado. Muitas vezes sabemos que esses mesmos resultados são feitos à luz de um tempo singular, apresentando contratempos plurais. Vivemos, por isso, um tempo dicotómico que quer desligar-se de um passado recente e ligar-se a um futuro imediato.

A pena, enquanto consequência jurídica do crime, acompanha a história da evolução histórica e social do homem. O Direito Penal, sendo um ramo de Direito Público, progride de acordo com os constantes fluxos políticos da sociedade, sendo a expressão mais acabada da soberania estatal, congregando em si o monopólio do poder – o poder punitivo ou na sua formulação latina, o *ius (potestas) puniendi*.

³ Não se pense, porém, que esta característica do Direito Penal é a sua marca. De facto, e como realça, num tom bastante próprio, Paulo Ferreira da Cunha quando se refere a formas alternativas de pensar a prisão, afirma: “Até a prisão, semimorte social, deve ser repensada. Indemnizações, ou trabalhos ao serviço da comunidade parecem ser produtivos, muito menos ou nulamente criminógenos, e também mais adequados às funções reconstitutiva e ritual da pena”. CUNHA, Paulo Ferreira da – *Crimes e Penas: Filosofia Penal*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 210.

A este propósito pode mesmo afirmar-se que esse monopólio, ou como refere ZAFFARONI, “o marco de poder (é) planetário”, tem uma dimensão também global, estimulado em grande parte pela “revolução tecnológica comunicacional, redução do poder regulatório económico de todos os Estados, favorecendo um mercado mundial e a concentração de capital financeiro”⁴.

O crime emerge como um acontecimento que não se pode desligar do seu entorno social, funcionando a pena como um mecanismo de controlo que opera nesse mesmo meio.

Destarte, urge debater qual é afinal o papel que a pena desempenha, hoje, mais do que nunca, num Estado de Direito Democrático. A opção por uma política criminal respeitadora dos direitos humanos e consagradora das garantias constitucionais tornou-se uma necessidade emergente e premente que não se pode alhear das consequências jurídico-penais, como parte da lógica intervencionista legitimadora daquele Estado de Direito.

As referências mais recentes a um conjunto de acontecimentos que ditaram a inauguração da “era do medo”⁵ trouxe com ela um novo entendimento e, sobretudo uma nova consciência coletiva, que, bipolarizada, se traveste de argumentos securitários, mas também reclama a defesa e a manutenção dos direitos fundamentais. Donde a questão que se impõe é se, ante este estado de coisas, podemos e devemos propor penas mais pesadas e se estas serão a panaceia dos tempos pós-modernos e em que termos isso impacta na forma como olhamos o Direito Penal: um instrumento de *ultima ratio*. A lógica de proporcionalidade que deve ser emprestada ao Direito Penal e à pena em si, trazem para a mesa de debate a discussão sobre a posição do delinquente, ao qual, após a condenação, se firma a certeza da sua culpabilidade. Ou seja, após este momento, continua-se a colocar a tão premente questão sobre o que sucede com o indivíduo que violou o contrato social e descumpriu as normas sociais, através de uma conduta desviante.

Além disso, levanta-se também a questão do momento póstumo, ou seja, se o condenado irá ou não reincidir após o cumprimento da pena, o que por um lado recai na estratégia e nos resultados da política criminal adotada durante o período de encarceramento, a fim de se perceber se esta foi eficiente no combate à criminalidade.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl – La Globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In *Criminalidade Moderna e reformas penais: Estudos em homenagem ao Prof Luiz Luisi/Ada Pellegrini Grinover...et alii*. Org. André Copetti, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 142.

⁵ Perguntamos, se neste particular, o medo não é fruto do modernismo alavancado pelo vazio das sociedades, ou melhor, perguntamos se ao indivíduo socializado pela lógica das necessidades e informação não brota concomitantemente um indivíduo que se move pelo medo e por causa deste. LIPOVETSKY, Gilles – *A Era do Vazio: Ensaio sobre o individualismo contemporâneo*. Tradução de: Therezinha Monteiro Deutsch. Barueri, São Paulo, Manole, 2005, p. 88.

A pena, numa aceção amplíssima, é o resultado imediato que pretendemos para a cura do(s) novo(s) mal(es). Sendo quase sempre vista como a arma que tem o dom de repor a paz pública, ainda é, de *per si*, uma consequência nefasta que sempre se apresenta ao condenado e se impõe à sociedade por causa dele. Escalpelizar a dogmática penal na ótica da pena e o que a mesma encerra, deve ser o labor aturado de qualquer académico ou estudioso do Direito Penal, que não pode cindir a realidade das coisas, apartando a consequência jurídica do crime - elemento da punibilidade – de todos os restantes elementos do crime – a ação, a tipicidade, a ilicitude e a culpa.

A punibilidade apresenta-se assim como um desafio, não só para o legislador, como também para o aplicador e intérprete da lei, que é quem, efetivamente, encerra o ciclo da eficácia e da vigência da norma (penal). A redensificação do quadro delitivo na sociedade atual deve convocar um novo e renovado olhar para a temática da pena, questionando-se a manutenção de um modelo que elege a pena privativa da liberdade como solução de *prima ratio* do sistema.

Não podemos, nem devemos, ignorar que a comprovada falência do(s) sistema(s) prisional(ais) não se compadece com uma eficaz prevenção e repressão da criminalidade organizada. Se o problema pode nascer a montante na previsão legal, não é menos verdade que o mesmo soçobra a jusante. A multiplicação e a pulverização legislativa de um lado e a tendência ou, se quisermos, a preferência do legislador por molduras penais excessivas, faz perigar a repressão da criminalidade que desconhece fronteiras, economias e Estados. Mesmo a eclosão deste tipo de criminalidade faz com que se continue a questionar o porquê de punir, afinal, é premente continuar a questionar qual a *ratio essendi* da pena e de que forma contribui a mesma para a diminuição da criminalidade.

Devemos, pois, indagar que papel têm as penas de prisão e a sua utilização enquanto meio de prevenção e controlo, quando sabemos que o sistema prisional é a cauda do sistema e do problema e um permanente espaço de tensão entre segurança e tutela de direitos do recluso.

O aumento desmesurado do tempo de permanência na prisão, que pode influenciar a criação de várias problemáticas dentro dos muros, fortifica a ideia de um direito penal autoritário⁶ que se cultiva nos Estados. A verdade é que, como bem nos recorda ANABELA

⁶ Na verdade, como bem ensina Muñoz Conde “hablar de derecho penal autoritario es de algun modo hablar de lo obvio, pues no hay un derecho penal que no sea autoritario; es más, el Derecho penal es el más autoritario de todas las ramas del ordenamiento jurídico y probablemente de todos los sistemas formalizados de control social (...) es un sistema represivo, en el que la violencia ocupa un lugar destacado tanto em los casos de que se ocupa (homicidio, robo, violaciones, desapariciones), como en la forma en que se ocupa o pretende solucionar estos casos (cárcel, inhabilitaciones, pena de muerte todavía en muchos países)”. E, ainda assim trata-se de um Direito Penal que não pode ser confundido com um moderno Direito penal autoritário, ou, como o define Muñoz Conde “el

RODRIGUES “o «coração e o eixo» da reforma penal e de uma correcta política-criminal se encontram, em grande medida, na questão penitenciária”, e, portanto, “é nela que se joga o destino do sistema penal”⁷. É na natureza e execução das penas que aferimos o sentido do Estado de Direito: se formal, se material, se material e social e se democrático.

Mas será a pena de prisão poderá ser a saída viável para a tipologia do crime organizado transnacional? Que alternativas se oferecem face ao crescimento de uma criminalidade cujo debelamento esbarra com um sistema poroso e fechado em si mesmo?

De todo o acima exposto resulta com a necessária objetividade que a nossa investigação se passa do lado de dentro do direito penal, num caminho em direção ao seu epílogo, desenhado pelas consequências jurídicas, que, como FIGUEIREDO DIAS ensina, traduz-se no “conjunto de normas jurídicas que ligam a certos comportamentos humanos, os crimes, determinadas consequências jurídicas privativas deste ramo do direito”⁸. Falamos de consequências jurídicas, como aquelas que são as sanções próprias do Direito Penal e, por isso, não confundíveis com outras sanções derivadas de outros ramos do Direito. Mas este direcionamento para o resultado⁹ não significa que não possamos virar o óculo para o crime, na sua dimensão tipológica, estabelecendo a devida correspondência entre a previsão e a estatuição, ou seja, a previsão referindo uma determinada situação da vida, cuja verificação, em concreto, desencadeia o efeito ou a consequência jurídica estabelecida na estatuição.

O nosso estudo assenta em duas partes, cada uma com dois capítulos, e cada um com duas secções, sendo que as partes serão precedidas de um breve enquadramento.

A primeira parte visa, de forma ampla, abordar, enquadrando, o fenómeno da criminalidade organizada transnacional como uma ameaça à soberania penal dos Estados de Direito, desde logo partindo de um ponto de vista sociológico-histórico do conceito de crime organizado transnacional. É, pois, essencial delimitar este conceito, uma vez que só através dessa delimitação poderemos sustentar o escopo da nossa investigação. Onde, dado este

nuevo Derecho penal autoritário”, que se converte num antro de perigos sucessivos para direitos fundamentais e garantias constitucionalmente previstas, as quais desvirtuam todo o edifício dos valores de justiça mais elementares, criando uma realidade paralela de exceção. MUÑOZ CONDE, Francisco – El Nuevo Derecho Penal Autoritario. Losano, Mario G. e MUÑOZ CONDE, Francisco – El Derecho ante la Globalización y el Terrorismo. In *Actas del Coloquio Internacional Humboldt*, Montevideo, abril de 2003, Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 163 e 164.

⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda - *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária, Estatuto jurídico do recluso e socialização, Jurisdicionalização, Consensualismo e prisão*. 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 8 e 9.

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito penal, Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2. ed., 2. Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 5.

⁹ Neste sentido DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito penal, Parte Geral...*, p. 5: “deve, nesta acepção, afirmar-se que o direito penal e a sua ciência se orientam “para o resultado e devem, a partir dele, ser definitivamente adquiridos e fixados”.

primeiro passo no sentido da densificação do conceito e da sua refração quanto ao sistema executivo penal e sua conexão com o meio *intramuros* e a execução de penas no geral. Num segundo momento pretendemos enquadrar a matéria da teoria da pena no âmbito da criminalidade organizada transnacional e o seu entorno político-criminal, a fim de delimitar as principais opções de política criminal que se vêm desenhando no que toca tanto à criminalidade organizada quanto à previsão da pena, como consequência jurídica do crime, a fim de entender quais têm vindo a ser as principais tendências tendo sempre em vista o objectivo precípua da política criminal: a defesa de bens jurídicos, proclamada como primeira finalidade das sanções penais pelo Código Penal e legitimada pelo princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança.

A segunda parte visa escalpelizar as finalidades das penas, dentro do cerne da dogmática jurídico-penal, fazendo-se uma abordagem histórico-filosófica das penas, colocando-se em tensão os fins da pena, indagando-se qual o fim que se perspectiva da pena nos tempos atuais, centralizando o foco de análise em torno do artigo 40.º do Código Penal, tendo por mote a ressocialização como um direito fundamental do condenado por crime organizado. É imperioso que façamos também uma leitura da teoria da pena à luz de um fator juscriminológico, relacionando alguns tipos de crime, atendendo à sua peculiaridade tipológica, mormente quanto à adequação das penas no quadro legislativo interno, no que tange à previsão penal de determinados tipos de crime, como os crimes de corrupção, terrorismo, tráfico de estupefacientes, sob o primado constitucional do artigo 30.º. Almejamos fazer a ponte entre as finalidades das penas e o sistema executivo-penal, traçando algumas relações entre o crime organizado transnacional e a execução da pena privativa da liberdade, através de uma visão crítico-sistemática do sistema prisional, das suas vantagens e contrassensos quando confrontado com as novas morfologias do crime e proposta de novos caminhos de punição dentro das novas arestas de uma neo-punibilidade, em detrimento dos modelos clássicos de encarceramento.

a. Enquadramento Geral e Delimitação da Investigação

A necessidade de repensar o fenómeno da pena está numa razão de proporcionalidade direta com o aparecimento e subsistência de novas morfologias que o crime acolhe, que se projetam no campo científico de discussão.

É indiscutível o desafio imposto aos sistemas punitivos, a variados níveis e latitudes, que nos convidam a uma apreciação jus-sociológica aturada. Questões em torno do porquê e como se pune juntam-se a outra, de não somenos importância no quadro social e jurídico atual: por quem se pune. A doutrina é extensa nesta matéria e apresenta uma base consolidada no que toca às finalidades e à teoria da pena, que nesta sede se pretende visitar, para, de uma forma crítico-apologética, buscar a eficácia do modelo vigente.

A raiz do nosso tema cinge-se ao cruzamento entre a teoria da pena – teorias absolutas e teorias relativas – e a emergência de uma moderna criminalidade – a criminalidade organizada transnacional¹⁰.

O objeto do nosso estudo terá como ponto de partida a dissecação das teorias da pena à luz da hodierna forma de delinquir¹¹. A ideia de que o crime se circunscreve a um só território, onde é possível identificar os autores, que são certos e determinados, ou em que, pelo menos, há fortes probabilidades de serem encontrados, esbarra agora com a liquidez de uma realidade que coloca em perspectiva o âmago do sistema punitivo num todo, não só do ponto de vista substancial, quanto formal. As novas texturas e o relevo acentuadamente disperso de toda uma nova criminalidade¹², que se articula em estruturas coordenadas, plurilocalizadas e cuja danosidade social se faz sentir em múltiplas geografias, deve congrega o óculo da ciência. Não só porque se procuram respostas para um sistema que soçobra com a complexificação das redes

¹⁰ Guedes Valente detém-se na conceptualização de criminalidade organizada e define-a como um conceito difuso e confuso que merece ser enquadrado e densificado. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Criminalidade Organizada Transnacional: Um brevíssimo estudo crítico jurídico-político emergente. In *Manuel Monteiro Guedes Valente (Coord.) – Criminalidade Organizada Transnacional – Corpus Delicti I*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 11-30.

¹¹ Referimo-nos, nesta sede, à criminalidade organizada transnacional *latu sensu*.

¹² Ao admitirmos o surgimento de uma nova criminalidade, que, irremediavelmente nos chega com o propósito de nos fazer indagar acerca da (des)continuidade da história parece-nos interessante, na linha de Almeida Santos, colocar em evidência a criminalidade dita mais clássica, quando o próprio refere: “Até recentemente, o criminoso quem foi? O desintegrado, o auto ou heteromarginalizado, o excluído. O vagabundo! O pobre. O pária. O alcoólico. Mais recentemente o toxicodependente. O crime obedecia a uma lógica de necessidade, de segregação, de asecualraizada. A esse respeito, o exemplo mais significativo é o daquele que provoca a sua própria prisão, porque na cadeia não chove, tem um colchão e tem comida”. SANTOS, António de Almeida – Novo Mundo, Novo Crime, Nova Política Criminal. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 10, Fasc. 3.º, Julho-Setembro, 2000, p. 355.

do crime, mas também porque na busca de um sistema renovado – um sistema penal – se almeja uma efetiva reconstrução mais humanista e justa.

Nessa medida, exige-se que a nossa problemática assente numa tripla perspectiva: normativa, judiciária e executiva (execução da pena).

Esta tríplice dimensão da questão a sustentar em sede do terceiro ciclo de estudos não é, porém, estanque. Ela enforma apenas as linhas gerais de orientação de uma realidade investigativa a explorar na elaboração da tese a que ora nos propomos.

A escolha do tema – a da teoria das penas no domínio da criminalidade organizada – nasce da carência de novas perspectivas que se possam traduzir na busca por soluções mais aproximadas de modelos que traduzam a eficácia do sistema.

Se a pena de *per si* e a teoria em que se encontra erigida, são o produto de reformas atávicas em que progressos foram alcançados no campo da penologia moderna¹³ e na conseqüente busca pela eficácia do aparelho punitivo global, reconhece-se um certo desinvestimento económico fruto da inércia jurídica e sistémica presente na fase de execução da pena. Existe um intervalo descoordenado que as sucessivas reformas, quer no plano legislativo, quer no plano de execução, não têm conseguido ultrapassar, permanecendo um sentimento de descompensação de um sistema que fracassa no fim da linha, no exercício de quasi auto-sabotagem sincronizada. É este intervalo descompassado que ansiamos aproximar, qual grande cisma do direito penal nas suas múltiplas latitudes.

b. Problema Principal

A emergência de uma criminalidade que não se limita a uma ordem espacial concretamente definida e cruza fronteiras físicas, no que diz respeito ao *iter criminis* e aos múltiplos intervenientes que nele se encontram, traz à colação múltiplas questões que, do ponto de vista

¹³ Segundo os autores Malcolm Feeley e Jonathan Simon existe uma nova concepção de ideologia penal que tem vindo a penetrar o espectro penal e do processo penal. Como tais autores afirmam: It is often observed that penal ideology and practice became more conservative during the 1970s and 1980s (trends that may well continue in the 1990s). As important as this shift in the political valence of penal policy has been, it is only one part of a deeper change in conception, discourse, objectives, and techniques in the penal process. These shifts have multiple and independent origins and are not reducible to any one reigning idea (e.g., getting tough on criminals). Despite their different origins, the elements of this emerging new conception have coalesced to form what may be thought of as a new strategic formation in the penal field, which we call (for lack of a more descriptive term) the *new penology*. Adicionalmente alertam ainda que a nova penologia traz transformações em três áreas, as quais de traduzem, na emergência de uma linguagem mais baseada na probabilidade e no risco (em contraposição com um discurso mais retributivo ou com uma componente mais clínica); a assunção de novos objetivos, que passam por maior controlo de processos internos em detrimento dos tradicionais objetivos de reabilitação e controlo; o uso de novas técnicas que atinjam os ofendidos como um todo. FEELEY, Malcolm, SIMON, Jonathan – *The New Penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications*. 30 Criminology 449, 1992. Disponível em: http://www.antoniocasella.eu/nume/Feeley_Simon_New_Penology_1992.pdf.

dogmático ainda não encontraram sem uma resposta definida¹⁴. O nosso problema principal emerge da forma como o sistema punitivo responde ao fenómeno da criminalidade organizada transnacional e, por conseguinte, com o aparecimento de novas e arreigadas formas de delinquir um duplo problema emergiu: por um lado, a questão da adequação das penas previstas no catálogo aos tipos de crime, mormente os tipos correspondentes à criminalidade organizada, e, por outro, a questão da eficácia do sistema de execução de penas – em especial, as privativas da liberdade.

Por isso o nosso problema principal está associado ao facto de a prisão-instituição¹⁵ (composta por pessoas e por arquiteturas idiossincráticas) enfermar de uma falha de eficácia quando se trata de aproximar os polos dinâmicos da prevenção geral e especial, com especial enfoque nesta última. O confronto interseccional que a presente matéria provoca, congrega uma miríade de posições que levam a reflexões distintas e plurais. Uma vez que é desse encontro de que nos ocuparemos, cingimos o nosso escopo de estudo a três grandes eixos de análise: a dogmática jurídico-penal, a política criminal e a criminologia. Este triângulo convergente, alinhado na grande esfera da ciência conjunta do direito penal¹⁶, fornece o caldo em que assentará a nossa divagação a fim de ditar um leque de futuras propostas no campo da teorização e da execução da pena.

Podemos afirmar que a questão da pena, que afinal é o nosso problema central, surge a jusante, na fase executiva ou de execução. O que não quer significar que ele se coloque, sem

¹⁴ Afastando desde já da lente do nosso estudo as formas de como perseguir esta criminalidade – concentradas nos órgãos de polícia criminal dirigidos pela autoridade judiciária competente em cada fase do processo – que, aliás, são debatidas tanto na doutrina como ainda se encontram ilustradas em conjugação de esforços por parte, por exemplo, dos Estados-membros de União Europeia.

¹⁵ Para um melhor entendimento convocamos o sentido de *instituição total* de Goffman, ao defini-la como um local de residência e de trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por um período considerável de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada. As instituições totais podem ser enumeradas em cinco categorias: a) as criadas para cuidar de pessoas que são consideradas incapazes e inofensivas, tais como as casas de cegos, asilos para idosos, órfãos e indigentes; b) locais estabelecidos para cuidar de pessoas consideradas incapazes de cuidar de si mesmas e que são também uma ameaça não intencional para a comunidade, como sanatórios para tuberculosos, hospitais para doentes mentais e leprosários; c) as criadas para proteger a comunidade contra ameaças e perigos intencionais, sem se importar muito com o bem-estar das pessoas segregadas, onde se inserem as cadeias, penitenciárias, campos de prisioneiros de guerra e campos de concentração; d) as erigidas com a intenção de realizar de um modo mais adequado alguma tarefa instrumental, tais como: quartéis, navios, escolas internas, campos de trabalho, colônias; e) os estabelecimentos destinados a servir de refúgio do mundo, que também podem servir como locais de instrução para religiosos, tais como: abadias, mosteiros, conventos e outros claustros. BENELLI, Sílvia José - *Goffman e as instituições totais em análise*. In: *A lógica da internação: instituições totais e disciplinares (des)educativas* [online]. São Paulo: Editora UNESP, 2014, pp. 23 e 24.

¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral: Questões Fundamentais...*, p. 19. Figueiredo Dias chama a esta trilogia a ciência conjunta (total ou global) do Direito Penal. Este modelo de Ciência global do direito penal é usado por Figueiredo Dias no seu artigo “Os novos rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro”, na Revista da Ordem dos Advogados, em 1983. Neste sentido também PINTO, Inês Horta – *Repartição de Funções entre a Administração e Juiz e Tutela Jurisdicional Efetiva na Execução da Pena de Prisão*. Almedina, 2022, p. 239.

desprestígio, a montante. A norma penal, ao prever uma determinada consequência jurídica relativamente a uma ação, típica, ilícita, culposa (e punível¹⁷) deverá ser válida e eficaz a bem da unidade do sistema jurídico e da estabilização contrafática do ilícito (penal) violado. Nesse sentido, reconhece-se a existência de uma crise da validade e eficácia da norma¹⁸, a qual, por sua vez se encontra simbioticamente ligada à crise da execução, o que implica desde logo uma assunção da falência da prisão.

O nada funciona ou, na conhecida formulação anglo-saxónica, *nothing works*, propalado por MARTINSON¹⁹ no século passado, pode fazer florescer uma certa descrença social na efetividade do aparelho carcerário e na sua incapacidade para se regenerar, se este não proceder a uma adaptação das suas estruturas. De certo modo podemos afirmar que à semelhança da própria “captura do Estado”²⁰ se assiste também a uma captura do cárcere, no sentido da corrupção do sistema pelo próprio sistema. Mas será que nada funciona mesmo? Ou há uma vaga de possibilidade, de resistência de um sistema que pela sua (in)capacidade de regeneração, pode oferecer respostas válidas e eficazes? Será que a resposta está mesmo “debaixo dos nossos narizes”?²¹

¹⁷ Aliás a construção do conceito de facto punível é onde assenta, segundo Figueiredo Dias a construção dogmática do conceito de crime. DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal...*, pp. 221 e ss.

¹⁸ Kelsen, Hans – *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8.ª Edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p.11. Nas palavras de Hans Kelsen, com a palavra vigência designamos a existência específica de uma norma. Se designamos a existência específica de uma norma como a sua vigência, damos desta forma expressão à maneira particular pela qual a norma - diferentemente do ser dos factos naturais – nos é dada ou se nos apresenta.

¹⁹ Referimo-nos aqui à obra do ano de 1974 de Robert Martinson *What works? Questions and answers about prison reform*, a que respondeu o célebre brocardo *Nothing works*. MARTINSON, Robert - *What works? Questions and answers about prison reform*. The Public Interest, Washington, DC: National Affairs Inc., Vol. 35, 1974, p. 22-54. Este artigo de Martinson, datado de 1974, tentou demonstrar a eficácia de reformas prisionais, especialmente aquelas que visavam reabilitar os criminosos e reduzir a reincidência. Através da análise de vários estudos que congregavam prova quanto ao tratamento de condenados, Martinson chegou à conclusão que as modernas formas de reabilitação foram um total fracasso, tendo os esforços reabilitativos quase nenhum impacto na redução da reincidência.

²⁰ Embora introduzida por Marx e inserida na teoria económica de Stigler em 1971, foram autores como Hellman e Kaufmann que aperfeiçoaram a noção de captura do Estado, sendo que se traduz pelo processo através do qual as empresas fazem pagamentos privados a funcionários públicos para influenciarem na escolha e concepção de leis, regras e regulamentos. Ou seja, funcionários públicos são subornados para que consigam, desde dentro da estrutura governamental, influenciar e proporcionar satisfação aos interesses ilícitos de determinados indivíduos ou grupos, ditando dessa forma as regras que deverão permear a elaboração de uma determinada legislação ou de outras espécies normativas, chegando até mesmo à formulação de políticas públicas tendenciosas ao benefício privado do agente ou do grupo corruptor. PEREIRA, Flávio Cardoso Pereira – *Crime Organizado e sua Infiltração nas Instituições Governamentais*. Editora Atlas, São Paulo, 2015, pp. 86 e 87.

²¹ A constatação desta possibilidade é aliás feita por Martinson ao afirmar “Since we have almost no idea of the deterrent functions that our present system performs or that future strategies might be made to perform, it is possible that there is indeed something that works - that to some extent is working right now in front of our noses, and that might be made to work better.” MARTINSON, Robert - *What works?...*, p. 50.

Face à rápida ascensão das estruturas criminais organizadas, que de acordo com HASSEMER²², se encontram entranhadas na estrutura do Estado²³ e outras estruturas de foro privado, podemos assumir que as mesmas são aptas a arruinar a paz e a tranquilidade comunitárias. Onde, podemos, desde logo, formular a apodítica questão sobre a forma como esta criminalidade organizada é ou será punida e como tais penas irão ser, por sua vez, executadas.

Face à inércia do sistema, pretendemos demonstrar, quer do ponto de vista legal, quer institucional, se se deverão desenhar ou melhorar alternativas válidas e eficazes a fim de debelar a drástica influência recebida com a normalização do fenómeno organizado do crime.

Com o fim de atingirmos o âmago do nosso problema principal, cremos ser importante trazer para a nossa investigação algum estudo comparatístico que se revele paradigmático, numa vertente dicotómica: num plano internacional, europeu e interno.

²² Convocamos aqui o pensamento de Winfried Hassemer. HASSEMER, Winfried – *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra: A Segurança Pública no Estado de Direito*. Associação Académica de Lisboa, 1995, p. 66. O Autor refere que problemas ambientais, drogas, criminalidade organizada, economia, tributação, informática, comércio exterior e controlo sobre armas bélicas – sobre estas áreas concentra-se hoje a atenção pública; sobre elas aponta-se uma necessidade de providências nelas realiza-se a complexidade das sociedades modernas e desenvolvidas. (...) Nestas áreas espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que tenha verificado a inadequação de outros meios de controlo não penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do Direito Penal é simplesmente cancelado, para dar lugar a um Direito Penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* a solução social de conflitos (...). HASSEMER, Winfried – *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra...*, p.66.

²³ Neste mesmo sentido se pode ler com Flávio Pereira que o agente público está mais propenso a deixar-se contaminar pelo ambiente da instituição onde desempenha funções, quando refere a contaminação do ambiente em que vive o funcionário público poderá refletir sobremaneira no seu modo de atuar dentro do cenário de uma determinada instituição estatal (...). Tal situação se torna mais intrincada a partir do momento em que os eventuais desvios éticos por parte do agente público venham a fazer parte de outra realidade notadamente caótica e digna de preocupação por parte das instituições que laboram na persecução relativa à atuação de redes ilícitas de delinquentes organizados, Referimo-nos, pois, à problemática concernente à penetração na forma de infiltração criminosa, de redes ilícitas junto a entes governamentais (instituições públicas), como forma de domínio sobre o poder conferido de forma exclusiva ao Estado, gestor da máquina pública. Tal fenómeno pode ser tecnicamente denominado como reconfiguração cooptada do Estado. Esta infiltração terá como escopo central possibilitar que os tentáculos de uma determinada organização criminosa estejam transfixados nos poderes públicos estatais, de modo a facilitarem determinado momento a prática de atos de corrupção ou a própria impunidade de eventuais delitos cometidos. Estando próximas e inseridas no centro do poder, as redes ilícitas conseguem manter-se informadas e blindadas acerca de eventuais ações preventivas ou até mesmo repressivas a serem articuladas pelos órgãos de persecução estatal. PEREIRA, Flávio Cardoso Pereira – *Crime Organizado...*, pp. 84 e 85. No mesmo sentido também Luiz Rodrigues Duarte refere que: “A corrupção de setores orgânicos dos entes estatais caracteriza um dos mais reforçados métodos da ação do crime organizado a ponto, quase à unanimidade, de os grandes escândalos estatais (quer sejam económicos ou não) caducarem na impunidade porque, além de bem valer-se do bálsamo representado pelo passar do tempo, a criminalidade organizada faz-se aliada a influentes camadas do oficialismo que agem, por comissão ou por omissão, como autênticos censores das práticas investigatórias imperiosas ao esclarecimento dos fatos”. O comprometimento de agentes públicos de todos os níveis com o crime organizado conduz à noção de brutal traição à sociedade, já enfraquecida pelo ultraje que lhe é imposto pela empresa criminosa. DUARTE, Luiz Carlos Rodrigues – *Princípio Vitimológico e Criminalidade Organizada*. In *Criminalidade Moderna e Reformas Penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi*, (Coord.) André Copetti, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 37.

c. Objetivos gerais e secundários

A configuração do sistema penal assente, de uma banda, na validade consolidada das normas, cuja violação as reafirma e confirma²⁴, e de outra, na execução sucessiva da pena positivada na norma, convoca uma miríade de questões adjetivas ao problema principal que invocámos no ponto anterior. O restabelecimento da ordem jurídica que havia sido profetizada por HEGEL²⁵ – de cariz retributivo²⁶ – mostrou que a desadequação²⁷ do modelo de jaez intimidativo e repressivo é desaconselhável²⁸, porém, as boas aragens trazidas pelas teorias preventivas – gerais e especiais – que visam restabelecer a confiança da sociedade na validade da norma e na regeneração do delinquente, revelam um desajuste profundo, sobretudo em certos tipos de criminalidade.

O escopo central do nosso trabalho coloca uma questão central prévia e outra subsequente que podem ser concatenadas, partindo da perspectiva da função da pena e alinhadas pelo desiderato jakobsiano²⁹: primeiro saber se as penas previstas no catálogo são adequadas ao prejuízo sofrido com o cometimento do crime (organizado)? E, em segundo lugar, já no prisma penal-executivo, se a pena de prisão ainda é adequada para a nova onda de criminalidade organizada, ou se estamos finalmente perante a circunstância de admitir uma alternativa às penas positivadas na norma penal.

Ora, desmontando a nevralgia de ambas as questões³⁰, trata-se assim de compreender qual o *quantum* de pena, isto é, se será mais vantajoso o endurecimento da pena de prisão, do ponto

²⁴ Avocamos neste entalhe a tese do funcionalismo sistémico de Günther Jakobs, sendo que para este, o fim do Direito Penal traduz-se na estabilização do conteúdo da norma positivada na manutenção e confirmação da vigência da norma.

²⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich – *Filosofia del Derecho*. Prólogo de Carlos Marx, Biblioteca Filosófica (trad. do alemão). 5.ª Edição. Vol. 5, Editorial Claridad, 1968, pp. 107-111. Mais recentemente as teorias retributivas têm sido revisitadas por autores como Andrew Von Hirsch. Vide HIRSCH, Andrew von - *Doing Justice: The Choice of Punishment. Report of the Committee for the Study of Incarceration*. Reimpressão. New York: 1976, ou MORRIS, Norval – *The Future of Imprisonment*. University of Chicago Press, 1974.

²⁶ Existem em Portugal, autores que vão no sentido da aceitação das teorias absolutas de carácter retributivo, como sejam José de Faria Costa, José de Sousa e Brito e A. Lourenço Martins.

²⁷ Neste sentido também se posiciona Figueiredo Dias e Anabela Rodrigues. DIAS, Jorge de Figueiredo – *Temas Básicos de Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 67 e ss., e RODRIGUES, Anabela Miranda – *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade: Os Critérios da Culpa e da Prevenção*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 152 e ss.

²⁸ Reportamo-nos apenas às teorias da prevenção geral.

²⁹ De acordo com a teoria de Jakobs, aliás naquela que foi uma sucessão arejada à teoria de Hegel, a sanção penal, corresponde à reafirmação da validade da norma violada, assumindo um carácter de prevenção geral positiva do delito perante a sociedade, supondo-se que o conhecimento da norma e de suas consequências jurídicas tem a força de produzir uma certa previsibilidade comportamental e, com isso, manter a estabilidade das relações sociais mesmo após violada uma das normas jurídicas do sistema. JAKOBS, Günther - *Fundamentos do Direito Penal*. (trad. do alemão). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

³⁰ Por sua vez sempre poderemos ainda desmontar as questões centrais em outras que por sua vez se deduzem daquelas: Quererá a plurilocalização do fenómeno criminógeno ínsito à itinerância do crime organizado uma redefinição das penas como as conhecemos no nosso sistema jurídico? E quanto ao modo de cumprimento da pena

de vista como forma de efetivar o corte longitudinal que se pretende com a circunstância do encarceramento, ou, se é de admitir um corte definitivo ao *punitive turn*³¹.

É por isso nossa tarefa adjetiva, até por imperativo de cátedra, fazer repensar a teoria da pena como forma de construção de um sistema mais humanista e justo, baseado e objetivado a partir das duas premissas de partida que enunciámos acima. Se múltiplas questões podem ser assacadas quanto ao modo de construção do sistema penal, paradoxalmente construído no binómio ressocialização-retribuição, sempre permeável a um conjunto de perigos aptos a gerar uma certa descrença social nos beneméritos efeitos da prisonização, reconhece-se que a máquina penitenciária, muitas vezes ensimesmada em retóricas vãs, tem-se revelado inepta face à disseminação de estruturas criminais organizadas (e à forma como aquelas se comportam *intra* muros), tendo, apesar do abnegado e contínuo aperfeiçoamento, perdido terreno para a porosidade do sistema considerado na sua globalidade. O que pretendemos, pois, nas nossas futuras navegações académicas é deslindar o emaranhado complexo que se tece entre as estruturas mais caras a um Estado de Direito erigido na lei e, depois por sua vez como o fazemos cumprir, para que seja eficaz.

Cremos assim que um dos maiores desafios se coloca na construção de um sistema de execução de penas que forneça o ponto ótimo na concretização das finalidades preventivo-gerais e especiais no que toca ao crime organizado.

O estudo aturado de matérias como as que vimos a traçar avocam novas respostas por parte do aparelho estatal sancionador sobretudo quando uma criminalidade oculta, sub-reptícia e travestida de aparente legalidade invade hoje o nosso cerco do debate científico, desafiando a secular doutrina jus-penalista.

Mostra-se assim imperativo que se proceda à (re)densificação dos crimes de jaez organizado como sejam os crimes elencados *supra*, estabelecendo uma conexão de causa-efeito entre o tipo descrito e o *quantum* punitivo, ajuizando se, ante o nosso sistema, a reconfiguração das penas principais pode ser um caminho a seguir, ou, *a contrario*, a única vereda possível de calcorrear, será a pena privativa da liberdade, ainda que a reboque de uma ampla reforma no sistema onde afinal pousa toda a estrutura do sistema penal – o sistema penitenciário.

privativa da liberdade, que estratégias a adotar? Será defensável o confinamento dos reclusos em estabelecimentos prisionais de alta segurança, ou, será o cumprimento de medidas alternativas aceite, de forma satisfatória, para fazer face a tal criminalidade?

³¹ O movimento do *punitive turn* (ou numa tradução aproximada, movimento punitivo), marcou um período ideológico, político e cultural nos anos 70 do século XX nos EUA que degeneraram na era que ficou conhecida pelo encarceramento em massa. Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, HINTON, Elizabeth – *From the war on poverty to the war in crime - The Making of Mass Incarceration in America*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

A partir daqui o passo seguinte será, em articulação com as teorias dos fins das penas, esculpir o entrelaçamento operado de acordo com os propósitos vertidos no artigo 40.º do Código Penal. Trata-se, pois, de aferir a função da pena à luz dos novos desafios criminológicos trazidos pela pós-modernidade³², que vão além da perplexidade³³ face ao esboroamento das fronteiras que legitimam a pena criminal em função dos tipos de crime organizado. Na verdade, como assevera FIGUEIREDO DIAS, a questão dos fins das penas é “a questão do destino do direito penal”³⁴.

Esse destino, como tão assertivamente o traça aquele autor choca com um modelo de execução da pena envolto por uma ampla e rígida amorfia institucional³⁵. O modelo triangular do *arrest-release-repeat*³⁶ desagua numa tendência punitiva *prêt-à-porter*, que redundava não só numa alta taxa de encarceramento, sendo que Portugal apresenta uma das mais elevadas na União Europeia³⁷, como ainda gera uma curva crescente de casos de reincidência.

³² Segundo Anthony Giddens a pós modernidade representa em primeiro lugar um certo corte com o passado, quando o mesmo refere que para além do sentimento geral de se estar a viver uma época de disparidade manifesta relativamente ao passado, em segundo lugar descobrimos que não se pode saber nada com qualquer certeza, uma vez que todos os fundamentos preexistentes da epistemologia se revelaram infalíveis; que a história é destituída de teleologia, e, conseqüentemente, nenhuma versão de progresso pode ser plausivamente defendida; e que nasceu uma nova agenda social e política com a crescente importância das preocupações ecológicas e, talvez, dos novos movimentos sociais em geral. GIDDENS, Anthony – *Consequências da Modernidade*. Trad. do inglês de Fernando Luís Machado e Maria Manuela Rocha. 4.ª Edição Portuguesa. 2.ª Reimpressão. Celta Editora, 2002, p. 32.

³³ GIDDENS, Anthony – *Consequências da Modernidade*..., p. 34. Giddens refere-se aqui à modernidade em si quando o mesmo sustenta que a modernidade não é perturbadora apenas devido à circularidade da razão, mas porque, em última análise, a natureza dessa circularidade causa perplexidade.

³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal*..., p. 42.

³⁵ Neste segmento acompanhamos as conclusões de Joaquim Boavida. In BOAVIDA, Joaquim – *A Flexibilização da Prisão - Da Reclusão à Liberdade*. Coimbra: Almedina, 2018, pp. 259 e ss. Acompanham também no mesmo sentido as reflexões dos investigadores do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa e do Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Uma primeira nota é de absoluto consenso quanto à verificação de uma enorme disjunção entre o quadro teórico previsto e a sua concretização prática, que decorre, designadamente, da não elaboração do plano individual de readaptação, embora consagrado na lei, que acompanhasse e programasse o percurso do recluso durante o cumprimento da sua pena; da inexistência de um plano formal que acompanhe o recluso pós-libertação; do facto de o principal objectivo do trabalho e da formação em meio prisional não ser o de criar competências, mas sim o de combater a inactividade do recluso; da escassez de trabalho e de acções de formação profissional; da sua inadequação face ao mercado de trabalho em meio livre; dos critérios e dos procedimentos de selecção dos reclusos, quer para a ocupação laboral, quer para a frequência de cursos de formação profissional; da ausência de estímulos à frequência do ensino escolar; da insuficiência na prestação de cuidados de saúde, em especial, no que respeita à assistência de pessoal de enfermagem que se repercute, de forma muito acentuada, no processo de distribuição de medicamentos, com elevados custos para o sistema, e no tratamento da toxicod dependência; e das dificuldades práticas que o sistema mostra na separação dos reclusos dentro de cada estabelecimento prisional e dentro do sistema prisional no seu conjunto. GOMES, Conceição, et. alii. – Crimes, Penas e reinserção social: um olhar sobre o caso português. In *Actas dos Ateliers do V Congresso Português de Sociologia – Sociedades Contemporâneas: Reflexividade e Acção, Atelier: Direito, Crimes e Dependências*, 2003, pp. 32 e 33.

³⁶ Tradução livre de: prender-libertar-repetir. Expressão da autora.

³⁷ Segundo dados de 2022 divulgados pelo Eurostat, havia 483.593 mil presos na União Europeia (UE), mais cerca de 1,7% em relação a 2021, e, por cada 100 mil habitantes na UE existiam 108 reclusos. Portugal também aumentou o número de presos, tendo cerca de 121 por cada 100.000 habitantes. Disponível online em: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Prison_statistics [Consultado em 16.03.2025].

Afinal, do que se trata de perceber é, em que medida as novas exigências do espectro organizado e metamorfoseado do crime organizado têm impacto na modelação dos tipos penais acima descritos e de que forma as penas previstas para os mesmos é a adequada, de forma a que ofereçamos resposta à seguinte questão: as penas são um fim em si mesmo? Ou, pelo contrário, estaremos perante o fim das penas, ainda que, no seu sentido tradicional?

d. Justificação do Tema da Tese

No *ido século das Luzes*, CESARE BECCARIA avançava que “quanto mais pronta e mais perto do delito cometido esteja a pena tanto mais justa e útil será”³⁸.

Volvidos três séculos, continua válida a afirmação de Beccaria, sobretudo se pensarmos em termos do desiderato último das finalidades da pena, naquele que, cremos ser o seu sentido literal impresso na Lei Fundamental, designadamente no artigo 30.º da Constituição da República Portuguesa e no artigo 40.º do Código Penal.

A abordagem do tema da teoria da pena pensado dentro das novas morfologias do crime, clama por redefinições e remodelações que devem estribar-se numa concepção coeva e arejada daquilo que o Direito positivado na norma penal significa num determinado espaço e tempo.

Temos de reconhecer a necessidade de cotejar a teoria da pena e o fenómeno do crime organizado transnacional, desde logo porque a gama de crimes desta *nouvelle vague* criminal entra em rota de colisão entre a unidade valorativa do sistema jurídico interno, assente num esquema piramidal encimado pelos princípios constitucionais (*standards* mínimos de proteção que balizam a intervenção do sistema punitivo), e a unidade valorativa do direito internacional (onde se insere o direito europeu) pois este modela e intervém diretamente, pela sua primazia, na ordem jurídica nacional.

A (re)formulação de propostas dentro da teoria e execução de penas ancora-se nas grandes opções de política criminal que constituem e enformam de forma inexorável a dogmática penal e a própria eficácia do sistema punitivo. Pelo que, são as políticas públicas do foro criminal que ditam que modelos punitivos alternativos são ou podem ser adequados a reprimir a nova forma de delinquir associada ao crime organizado através da medição dos efeitos criminógenos decorrentes da aplicação da pena.

³⁸ BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos e das Penas*, (trad. do italiano). 2.ª Edição. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 41.

Em suma, a glocalização³⁹ do crime aliada à supressão de barreiras fronteiriças, que pode gerar uma outra *ratio puniendi*, suscetível de reavivar o desiderato do encarceramento em massa, impõe uma visão holística da problemática, por forma a que se garantam os direitos fundamentais da pessoa condenada e se proceda à estabilização das expetativas comunitárias através do magistério punitivo⁴⁰. Criar essa dimensão sistémica na determinação da pena a aplicar é favorecer a simbiose que ambas as garantias devem assumir no restabelecimento da paz social e da futura reintegração do indivíduo na sociedade.

O fenómeno da criminalidade organizada transnacional⁴¹ tem pontificado a arena doutrinária, tendo-se assistido ao aparecimento e ao desenvolvimento de linhas de investigação cada vez mais robustas e diversificadas, à medida da própria expansão e complexificação das vias delitivas (organizadas).

Consideramos que tais questões jurídicas, que têm uma validade espaço-temporal própria devem ser convocadas a tempo e com tempo, até porque, se vivemos a era da “metamorfose institucional”⁴², segundo ULRICH BECK devemos explorar o hiato entre aquilo que são as instituições, a missão que detêm e o seu (real) funcionamento – mormente a prisão – que é palco do nascimento e florescimento da nova onda criminógena organizada.

No traçar do nosso caminho, cremos que o ponto de partida será a deslindar o conceito de crime organizado transnacional, porque é nesta triangulação concetual que apoiaremos a jornada teórico-crítica.

³⁹ Este termo é explorado pelo autor Roland Robertson. No entanto, o mesmo ressalva na sua obra *Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity* que o termo glocalização basear-se-á no termo “*dochakuka*”, que significa viver na sua própria terra, termo no seio da agricultura, mas também dos negócios japoneses para se referir a localização global, ou seja o que o autor chama de um olhar global adaptado a condições locais. Aliás, como o próprio realça, os termos, glocal e glocalização tornaram-se aspetos próprios do jargão do mundo do negócio japonês, uma vez que o Japão é um país que desde sempre cultivou uma dimensão espaço-cultural do país sendo ainda dado grande destaque à relação entre o particular e o universal. Apesar deste autor contribuir para um melhor enquadramento das causas e consequências da globalização, o mesmo realça que a glocalização é um aspecto da globalização, ou seja, uma não pode passar sem a outra. ROBERTSON, Roland – *Glocalization: Time-space and homogeneity-heterogeneity*. In Mike Featherstone, Scott Lash and Roland Robertson (eds), *Global Modernities*. Londres. Sage Publications Ltd., 1995, p. 28.

⁴⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda – *A Determinação da Medida da Pena...*, p. 273. Para esta autora, ao direito penal exige-se uma reflexão no sentido tendente a tornar cada vez mais compatível o momento garantístico e o momento funcional do magistério punitivo.

⁴¹ O conceito de criminalidade organizada transnacional assume uma pluralidade de definições, no entanto, segundo Hassemer, a mesma ocorre apenas quando o braço que com o qual pretendemos combater toda e qualquer forma de criminalidade esteja paralisado, ou seja, quando os poderes, legislativo, executivo ou judiciário se tornem corruptos ou venais. HASSEMER, Winfried – *História das Ideias Penais...*, p. 94.

⁴² BECK, Ulrich – *A Metamorfose do Mundo: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade*. Lisboa: Edições 70, 2017, pp. 98 e 99. Para este autor existem três tipos de metamorfose do mundo: a metamorfose categórica, que, segundo aquele, se refere à metamorfose de ver o mundo; a metamorfose institucional, que se refere à metamorfose de estar no mundo; e a metamorfose normativa-política, que se refere à metamorfose de imaginar e fazer política.

Do ponto de vista criminológico, o conceito de crime é encarado como produto de um comportamento desviante⁴³ vinculado a uma construção jurídica encimada pela norma legal, como aliás defende SUTHERLAND⁴⁴. Para este autor, a definição do crime deve conter o fator da proibição e o sancionamento legal do comportamento.

Se podemos afirmar de pleno direito na linha de PAULO FERREIRA DA CUNHA, que se reconhece uma inegável dimensão estigmatizadora à pena, quando muito simbólica⁴⁵, porém, aquela não poderá apenas restringir-se a meros intentos preventivos. Este balanceamento de que nos fala SOUTO MOURA⁴⁶ implica cindir os campos de análise no que toca ao plano de execução alinhado pelo diapasão da reinserção do condenado, o que quer dizer que, se por um lado devemos acreditar nos fins beneméritos da reclusão como o caminho para a recuperação do delinquente, por outro, haverá situações em que o processo ressocializador é dispensável.

A questão posta no século passado por MARTINSON em *What Works – Questions and answers about prison reform*⁴⁷, colocou em perspetiva o modelo ressocializador, concluindo-se que não existia um *full-hearted commitment to the strategy of treatment*⁴⁸. Tendo em consideração os antecedentes histórico-políticos da teoria falibilista do processo ressocializador, a busca por um sistema carente de *effectiveness*, sobretudo se considerarmos o cumprimento de penas longas⁴⁹ no quadro do cumprimento de penas por cometimento de tipos

⁴³ O conceito anglo-saxónico de *deviance* está longe de granjear consenso. A este propósito, DIAS, Jorge de Figueiredo e COSTA ANDRADE, Manuel da – *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. 2.ª Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 73 e 74.

⁴⁴ Sutherland, ao avançar com esta definição, fê-lo a pensar sobretudo no *white-collar crime*, e propunha-se a imprimir uma dimensão ético-política à criminologia, e, por via indireta, à própria administração da justiça, não permitindo que os mais poderosos continuassem a delinquir impunemente. DIAS, Jorge de Figueiredo e COSTA ANDRADE, Manuel da – *Criminologia...*, pp. 76 e 77. Sutherland é também o autor da teoria da associação diferencial. Foi o autor quem introduziu o termo *white-collar crime* (que significa, crime de colarinho branco) no seu conhecido discurso *The white collar criminal*, dirigido à Sociedade Americana de Sociologia, em 1939 –, que seria doravante adotado quer ao nível científico logo nos Estados Unidos como depois em outros países, entre os quais, a França, onde se denomina *crime en col blanc*, a Alemanha, em que se denomina *Weisse-Kragen-Kriminalität* e em Itália em que se apelida de *criminalità in colletti bianchi*. O seu argumento central é o que o comportamento criminoso não se baseia em patologias pessoais, como por exemplo algumas anormalidades biológicas, a inferioridade intelectual ou mesmo a instabilidade emocional, como também patologias sociais, como a pobreza, falta de educação ou desequilíbrio na vida familiar.

⁴⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da – *Crimes e Penas...*, pp. 125 e ss.

⁴⁶ MOURA, José Souto de – Visitar Durkheim a propósito dos fins das penas. In *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 2 (2.º Semestre), 2019, p. 48 e ss.

⁴⁷ A publicação desta obra corresponde a um estudo levado a cabo por Martinson e a sua equipa, em 1966, para o *The New York State Governor's Special Committee on Criminal Offenders* para aferir da necessidade do escopo reabilitativo das prisões de Nova Iorque.

⁴⁸ Tradução livre do inglês: dedicação total à estratégia de tratamento.

⁴⁹ Neste particular, Lamas Leite chama a atenção para o seguinte a ressocialização faz-se sentir com mais acuidade nas penas longas, desde logo na medida em que um plano adequado importa tempo de implementação que deve procurar o concurso do agente, assim como é também num período mais vasto de reclusão que os seus efeitos negativos se fazem sentir, o que acarreta uma necessidade acrescida de agir sobre o condenado. LEITE, André Lamas – Ressocializar, hoje? Entre o mito e a realidade. In *Revista do Ministério Público*, n.º 156 (Outubro-Dezembro), 2018, p. 87.

de caráter organizado ou altamente organizado, recoloca em crise os modelos penitenciários.

Apesar da oscilação que é imanente às teorias de prevenção especial, pois cada condenado está, de forma inelutável, votado à sua própria circunstância, e, por conseguinte, vive o seu “drama penitenciário”⁵⁰, a necessidade de evitar o cometimento de crimes no futuro é a pedra de toque de todo o sistema. O direito penal sincroniza-se, como já vimos descrevendo, com os fins das penas, esse malfadado epílogo, alienador e obtuso, que deve recentrar os esforços na pessoa do recluso, o qual é merecedor da *dignitas* reconhecida a qualquer ser humano.

Importa neste *iter* estabelecer uma linha definidora entre certos tipos de crime e o seu *quantum* penal, que é uma questão que precede a fase executiva e que de certa forma nos acompanha nesta jornada. Os tipos de crime de que nos ocuparemos situam-se na banda dos chamados *crimes of the powerful*⁵¹, que é estruturalmente diversa dos denominados *crimes of the powerless*.⁵²

Mas de que penas falamos nós afinal e qual o seu peso face à gravidade do crime? Da análise conjunta dos três tipos penais a ser estudados – corrupção, tráfico de droga e terrorismo – conclui-se que todos encerram ou são aptos a encerrar um caráter organizado, inserindo-se por isso na categoria da macrocriminalidade que, como nos ensina COSTA ANDRADE está “marcada, para além da organização (e também por causa dela), pela mobilidade e indivisibilidade e goza de uma imunidade privilegiada à devassa das instâncias formais de controlo”⁵³. Resulta, pois, uma predisposição para a fuga aos mecanismos de controlo e pela sub-reptícia tendência para a tentativa da adulteração da eficácia do aparelho investigativo e, posteriormente, do aparelho de execução da pena.

É necessário perceber que, apesar da salvaguarda de bens jurídicos distintos e das constantes evoluções legislativas ocorridas no seio de cada tipo de crime, existem sanções de natureza díspar previstas para cada tipo de crime. Não se ignore, por exemplo, que o crime de terrorismo condensa um espectro lato de intervenção⁵⁴ (não podendo ser apreciado sem lançar-

⁵⁰ ABREU, Carlos Pinto de – *As Reformas do Sistema de Execução de Penas e do Sistema Prisional e o Papel do Advogado: Finalmente que dignidade se impõe?* Disponível em: https://carlospintodeabreu.com/public/files/CPA_reforma_do_sistema_prisional.pdf. [Consultado em 11.09.2020].

⁵¹ Tradução livre do inglês: crimes dos poderosos.

⁵² Tradução livre do inglês: crimes daqueles que não têm poder. Neste sentido RODRIGUES, Anabela Miranda – Criminalidade Organizada – Das Fronteiras à Cooperação Judiciária. In *Criminalidade organizada transnacional: Corpus Delicti I*. Manuel Monteiro Guedes Valente (Coord.), Coimbra: Almedina, 2019, p. 37.

⁵³ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 160.

⁵⁴ Para Manuel Valente, o terrorismo, depois da revogação operada aos artigos 300.º e 301.º do Código Penal, deve ser visto segundo dois prismas: o da organização terrorista e o do terrorismo *stricto sensu*. Por isso, a

se mão do crime de financiamento ao terrorismo - artigo 5.º-A da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto ou branqueamento de capitais – artigo 368.º-A do Código Penal e a Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que estabelece medidas de prevenção e repressão ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo) ou que o crime de tráfico de droga é albergado por um catálogo bastante extenso desintegrado do catálogo principal ou ainda que a corrupção, nas suas vertentes ativa e passiva e a complexidade dos tipos objetivo e subjetivo aliados às latentes preocupações ao nível internacional – Convenção contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2003 – formam um caldo altamente complexo a ser considerado aquando da determinação, *a final*, de uma pena justa e equilibrada para a estabilização contrafática das expectativas, goradas pelas prática do crime.

Nesta arena intrincada do crime que se move a diversas velocidades concorrem certos graus de punitividade distintos, que, gerando a aplicação de uma pena, clamam por uma nova abordagem, nomeadamente no que diz respeito atendendo também a que cada cidadão tem níveis de socialização diferentes.

A escolha por um caminho já percorrido – aplicação de uma pena de prisão – ou por caminhos ainda por trilhar – penas substitutivas – constitui a génese da nossa futura investigação. Reconhecemos que está em défice a construção de um novo paradigma carcerário há já demasiado tempo. Num estudo recente levado a cabo por CATARINA FRÓIS e AFONSO BENTO⁵⁵, denota-se no sistema penitenciário português a persistência de problemas estruturais que passam pela inadequação do espaço prisional, pela falta de recursos humanos especializados, pela sobrelotação e pelas fracas condições físicas dos espaços.

Ante a malograda situação prisional que aparenta uma desadequação atávica, se a resposta dada ao fenómeno do crime como um todo parece ser insuficiente, será de admitir a manutenção da via carcerária tradicional, com uma ampla profusão de vias e trilhos criminógenos que contendem com o desiderato transformador da prisão-instituição?

A ideia utilitarista da aplicação da pena, muito cara aos países do norte da Europa, em que a certeza e a efetividade punitivas⁵⁶ andam de mãos dadas, deve ser um vetor importante

operacionalização do terrorismo passa pela formação, promoção, adesão, apoio, chefia e direção de grupo terrorista (artigo 2.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto) e pela prática de atos terroristas individuais (artigo 4.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto). VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Terrorismo e Processo Penal: Uma Relação Amarga (!) In *Separata da Obra II Congresso de Processo Penal*, Coimbra, Portugal: Almedina, 2006, p. 172.

⁵⁵ FRÓIS, Catarina e BENTO, Afonso – Incarceration as Violence: Inflicting Pain in Portuguese Prisons. In *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 120, Número Semitemático, 2019, p. 122.

⁵⁶ Neste sentido, LEITE, André Lamas – *Punitividade e penas de substituição: relatio paradoxal, Breves reflexões a partir da realidade portuguesa*. Revista Julgar Online, Maio de 2019, p. 16. Disponível online em: [file:///C:/Users/ines.farinha/Downloads/20190506-ARTIGO-JULGAR-Punitividade-e-penas-de-substitui%C3%A7%C3%A3o-Andr%C3%A9-Lamas-Leite%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/ines.farinha/Downloads/20190506-ARTIGO-JULGAR-Punitividade-e-penas-de-substitui%C3%A7%C3%A3o-Andr%C3%A9-Lamas-Leite%20(2).pdf)

na transição da aplicação concreta da pena para a sua execução, sobretudo no que diz respeito aos novos tipos de crime, de tipologia organizada e transnacional.

Neste sentido é nosso desiderato imiscuir-nos nos exemplos pioneiros trazidos pelas aragens nórdicas, conhecidas pelo seu timbre excepcional⁵⁷, no sentido em que apresentam taxas de reclusão mais baixas e prisões com condições condignas ou inspirarmo-nos no modelo norte-americano em que é possível detetar uma subcultura prisional⁵⁸ atribuída aos *white-collar inmates* que, devido ao seu elevado grau de intelectualidade e a uma boa perspectiva de si mesmos, faz com que rejeitem toda a cultura prisional que é apta a fazer renascer o homem delinquente. Por fim, o modelo brasileiro merecerá a nossa redobrada atenção, uma vez que, ao invés, apresenta uma inadequação profunda, caracterizando-se pela ausência de uma política de prevenção, pela desmedida sobrelotação (hoje em dia o sistema prisional alberga cerca de 800.000 presos quando a sua capacidade se situa nos 400.000)⁵⁹, bem como pela falta da capacidade de filtração do fenómeno criminal, sendo que as organizações criminais de constroem e se fortalecem a partir da prisão.

Procuraremos estudar a distância pré-existente entre estes sistemas, devendo esse estudo centrar-se numa perspectiva comparada para obter respostas e identificar as fugas eventuais que alguns daqueles sistemas possam apresentar por forma a melhor adornar a paisagem legislativa, político-criminal e executiva da execução da pena, em certos tipos de crime organizado.

A labiríntica ressurgência de uma criminalidade de cunho transnacional, assente na voracidade dos meios e nos contundentes fins, deve apressar os variados atores – legislativos, judicativos e académicos – a afinar e limar conceitos e concepções, os quais se refratarão em normas, as quais deverão ser capazes, de um ponto de vista sociológico de acompanhar novos surtos de criminalidade.

Apesar dos vários autores que fomos enumerando e citando do vasto reduto bibliográfico no foro penal – nomeadamente na dogmática jurídico-penal – é obrigatório percorrer outros

⁵⁷ Acerca do “nordic exceptionalism”, UGELVIK, Thomas – *Handbook on prisons*, J. Bennett [et al.] (eds), London: Routledge, 2016. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2767985. [Consultado em 06.09.2020].

⁵⁸ PAYNE, Brian – Effects on White-Collar Defendants of Criminal Justice Attention and Sanctions. In Shanna R. Van Slyke [et alii.]. *The Oxford Handbooks in Criminology and Criminal Justice, White-Collar Crime*. General Editor: Michael Tonry, 2016.

⁵⁹ NETO, Nelson Niero – Justiça Brasileira prende muito e prende mal, avaliam agentes públicos e pesquisadores. In *Seminário Crime Organizado e Corrupção na Visão de Pesquisadores e Agentes Públicos de 02 de Setembro de 2019*, Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/noticias/crime-organizado-e-corrupcao>. [Consultado em 10.09.2020].

pensadores do Direito (sobretudo os penalistas⁶⁰, sem descurar os constitucionalistas e outros) que percorrem o longo espectro teórico da temática das penas e do direito punitivo em geral e, bem assim, dissecar as teorias e doutrinas que se digladiam no espaço emergencial de uma finalidade que não se mostra consensual – a finalidade das penas.

A par da ampla sustentação interna bibliográfica, há-de atender-se aos contributos de penalistas europeus (com especial enfoque nos alemães, espanhóis e, de maneira genérica as linhas de pensamento de matriz nórdica – com enfoque na Noruega e Suécia), mas também os internacionais (com especial incidência nos brasileiros e norte-americanos), *et ceterae*, que possuem uma miríade de novos contributos que podem e devem ser trazidos para o nosso estudo e demais divagações académicas.

Como fomos expondo acima, as ciências satélite do direito penal encontrarão respaldo nas nossas deambulações, pelo que, é nosso ensejo acolher, como já fomos expondo, os ensinamentos de SUTHERLAND ou de DURKHEIM, no campo da criminologia, ou no campo do direito penitenciário e da penologia como um todo, JOHN HOWARD⁶¹, que dedicou a sua vida ao melhoramento das condições de vida nas prisões, defendendo que para tal era imperativa uma ampla reforma penitenciária, podendo tal ideário ser colhido da sua obra *The State of the Prisons in England and Wales, with Preliminary Observations and an Account of Some Foreign Prisons* ou JEREMY BENTHAM, o pai do panóptico⁶² (que concretiza a máxima “exercer com o mínimo de esforço o máximo de vigilância”), que através da sua obra *The Constitutional Code*, publicada em 1830, defendia a necessidade da prevenção e da punição dos delitos, tendo-se também interessado pela reforma do sistema prisional.

Estamos ainda cientes que para a proposição da nossa tese final é necessário que nos apoiemos, por um lado, na análise de bibliografia em língua portuguesa, mas também em

⁶⁰ Destacamos, essencialmente, sem, porém, esgotar todo o universo, os contributos de Jorge de Figueiredo Dias, Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Germano Marques da Silva, Paulo Ferreira da Cunha, Guedes Valente.

⁶¹ Para Howard a principal função da execução da pena de prisão era a reeducação e, nesse contexto, tais condições de vida eram absolutamente intoleráveis. Assim, Howard propôs uma ampla reforma penitenciária, cujas bases eram as seguintes: educação religiosa, trabalho regular organizado, condições alimentícias e de higiene humanas, isolamento parcial para evitar o contágio moral e inspecções periódicas. Neste sentido, como bem refere Anabela Rodrigues é sabido, como, através da obra de Howard, foi dado importante passo na concretização dos ideais de humanização do regime das prisões e se prestou um dos mais valiosos contributos para a sua adequação as finalidades de correção. RODRIGUES, Anabela Miranda – *A Posição Jurídica do Recluso na execução privativa da liberdade: seu fundamento e âmbito*. São Paulo, IBCCrim, 2000, p.19.

⁶² O Panóptico é um sistema de vigilância arquitectado para o domínio e controlo da distribuição de pessoas em diversas superfícies (prisões, escolas, fábricas). Tratava-se de um edifício em forma de anel, no meio do qual havia um pátio com uma torre no centro, no qual se encontrava um vigilante. Mais informação disponível em: <http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/momentos/sociedade%20disciplinar/Panóptico.htm>. [Consultado em: 11.09.2020].

bibliografia estrangeira, no que se incluem os idiomas inglês, espanhol e italiano, que consideramos ser um *plus* enriquecedor da investigação.

A busca por uma base teórica consolidada, que nos permita cruzar o contributo das variadas latitudes e correntes académicas, tem assim o condão de nos fornecer o caldo ideológico e pragmático que transporemos para as várias linhas de construção discursivo-sistemática da tese.

Contudo, não devemos nesta sede olvidar outras ferramentas que terão de ser examinadas e que servirão de suporte crítico-analítico, tais como: legislação internacional e nacional, base essencial para a delimitação da política criminal para o futuro; a análise de dados estatísticos que permitam mensurar as tendências e os comportamentos a fim de realizar leituras integradas da evolução dos fenómenos criminais e de execução da pena.

Não descuraremos ainda a leitura de dissertações de mestrado e teses de doutoramento que se tenham debruçado sobre o tema genérico, estudos internacionais e ainda revistas temáticas, que vão acompanhando as últimas tendências da comunidade científica, em específico no que à teoria e execução da pena diz respeito.

e. Enquadramento Sistemático

Uma verdade insofismável é a de que o mundo se tornou um sítio mais complexo. Esta complexidade deve interpelar-nos para a compreensão de um mundo mais dividido e ao mesmo tempo mais uno e convergente. A aldeia global trouxe uma nova racionalidade antolhada numa ideia de contraditoriedade, entre o certo e o incerto, outros perigos, outros riscos e, substancialmente, outros desafios.

Transpondo para o mundo do crime, a globalização veio definir um outro entendimento da criminalidade, oferecendo-se como palco principal para que grupos criminosos façam florescer a sua atividade e para que se crie um ambiente paralelo onde coexiste um mercado lícito e um ilícito. Desta forma, o crime diversifica-se, organiza-se e adquire uma dimensão transnacional, produzindo resultados danosos e espaço-temporalmente encadeados. É criada a chamada criminalidade de influência, conotada com a sua grande capacidade de expansão e os efeitos que gera – quer sociais, económicos ou político-históricos. A imaterialidade gerada por este tipo de criminalidade, incapaz de se centrar num indivíduo singularmente considerado (ou

na estipulação anglo-saxónica, os *crimes without victims*⁶³), tem uma predisposição para a desestabilização e corrupção das estruturas do Estado.

A verdade, porém, é que se esta criminalidade demanda um novo arquétipo de tutela a fim de dizimar as dificuldades que a mesma impõe, até porque há-de reconhecer-se que os padrões geográficos comumente associados ao território de um Estado transmutaram-se, pelo que essa mesma criminalidade haverá também de trazer um novo modelo sancionatório.

Para além disso acresce que a inexistência de um Estado mundial ou de organismos internacionais suficientemente fortes que disponham de uma *potestas puniendi*, ou seja, emitir normas penais de carácter supranacional, a falta de órgãos legitimados para a perseguição e investigação do crime, e a falta de eficácia na fase da execução, obstaculizam a repressão da criminalidade gerada no *brave new world* que habitamos. Além disso, os Estados individualmente considerados, cujas soberanias definham ante o poder absoluto da economia mundial, mostram sinais de impotência, evidenciada na carestia de condições aptas a oferecer respostas concretas e rápidas ao crime dos poderosos, os quais restringem a liberdade de acesso de novos investimentos e de consumo, alteram de forma brusca o funcionamento do mercado, da propriedade e do trabalho, prejudicando o seu desenvolvimento da economia. Donde, o recurso reiterado ao crime - branqueamento de capitais, fraude, corrupção⁶⁴ – seja o motivo perfeito para retirar benefícios, os quais, uma vez encoberta a sua origem criminosa, oferecem uma aparência de legalidade.

A nossa investigação parte de um início, que consideramos necessário, que começa por analisar o fenómeno do crime organizado transnacional e da assim da constatação de que o crime organizado existe e subsiste como uma ameaça não dialogante e unilateral – o crime organizado impõe-se como uma realidade e assenta numa dialética concêntrica e fortemente estratificada que por sua vez se repercute num sistema punitivo – judicial e executivo – inoperante. O Estado, enquanto ponto concêntrico de emanação do *ius puniendi*⁶⁵, vive um

⁶³ Somos da opinião que, mesmo no caso da criminalidade organizada existem vítimas, o que quer dizer que em última análise a vítima será sempre coletiva, uma vez que o resultado terá sempre repercussão no cidadão comum.

⁶⁴ Flávio Cardoso Pereira refere aliás que as modalidades de corrupção (...) quando desenvolvidas com carácter de habitualidade e aceitas em um ambiente de imposição de uma cultura centralizada no comodismo e na submissão cidadã, tendem a ocasionar a destruição da confiabilidade governamental frente aos membros da sociedade. O autor enfatiza ainda o seguinte, (...) um dos fatores para a compreensão desse cenário de ausência de fiabilidade institucional consiste na infiltração ou penetração de agentes corruptos no centro organizacional da estrutura administrativa e governamental do Estado. Um governo penetrado em suas entranhas pela atuação de redes ilícitas ligadas à criminalidade transnacional propõe um cenário destrutivo e frontalmente inibidor ao estabelecimento de uma segurança humana, impedindo uma justiça equitativa, e expondo a sociedade a uma série de riscos advindos dessa infiltração no aparato estatal. PEREIRA, Flávio Cardoso Pereira – *Crime Organizado...*, pp. 131 e 132.

⁶⁵ Quando falamos em *ius puniendi* estamos a referir-nos, como ensina Figueiredo Dias, ao direito penal em sentido subjetivo, como poder punitivo do Estado resultante da sua soberana competência para considerar como crimes certos comportamentos humanos e ligar-lhes sanções específicas. Deste ponto de vista pode afirmar-se que o

dilema, pois se, de um lado, é do Estado que provém o poder punitivo, com tendência a uma ampliação desse seu poder de punir, endurecendo a sua intervenção pena (com a formação de um arsenal rígido, musculado e desintegrador), do outro, abriga uma certa apetência para a auto-destruição e corrupção das suas estruturas mais elementares, fazendo com que certas questões emergentes se coloquem – afinal, porque se pune, por quem se pune, como se pune?

A análise inicial apoia-se, assim, numa apreciação sociológica desta nova fenomenologia do crime, desde logo por se afirmar que cada sociedade produz a sua própria criminalidade⁶⁶ ou onde houver sociedade haverá crime.

As técnicas e os procedimentos associados à nova onda criminal exigem um nível avançado de compreensão dos sistemas financeiros, do funcionamento dos mercados a uma escala mundial. Ora, isso implica que os organismos encarregados de sua repressão, que vão identificando e neutralizando o *iter criminis* das grandes redes criminosas se profissionalizem e mimetizem, do ponto de vista investigativo, as estratégias adotadas pelas redes criminosas, em nome da minimização dos riscos da investigação penal e a maximização da eficácia da persecução penal.

HARTHMUTH HORSTKOTTE, um juiz aposentado do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha refere até, a propósito da prevenção criminal, o seguinte: “E à luz dos Direitos do Homem, uma completa prevenção do crime não seria desejável. Numa sociedade utópica na qual a possibilidade da prática de crimes tivesse desaparecido, a liberdade também teria sido excluída.”⁶⁷ A verdade presente nesta frase continua a ser avassaladora e todos temos presente que há uma impossibilidade fática de exterminar o crime, ou de, pelo menos dissociá-lo da conduta humana, uma vez que o crime é, de *per si*, imanente ao ser humano e à sua condição de ser-se humano⁶⁸. CARNELUTTI, nas suas lições, vai até mais longe ao afirmar que “el primado

direito penal objetivo é expressão ou emanção do poder punitivo do Estado. DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal Português Parte Geral II (As Consequências Jurídicas do Crime)*. Reimpressão, Coimbra Editora: 2005, p. 6.

⁶⁶ Como, também, bem coloca Laura Zúñiga Rodríguez: “Se dice que cada sociedad produce su propia criminalidad”. RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga – *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. 2.ª Edição. Navarra: Aranzadi, 2003, p. 55.

⁶⁷ HORSTKOTTE, Harthmuth – Os limites da prevenção criminal à luz dos direitos do homem. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 8, Fasc. 3, Julho-Setembro 1998, Coimbra Editora, p. 375.

⁶⁸ Recordemos por exemplo que para a psicanálise a sociedade punitiva visa-se dar resposta a uma série de questões, como por exemplo: Como deve compreender-se a indignação coletiva que o crime desperta? Como se explica que o crime exerça um fascínio latente tão poderoso e funcione como um exemplo corruptor com tão eficaz força infecciosa? Onde se situam as raízes dos sentimentos individuais e coletivos de vingança, expiação e retribuição? Como se explica o sentimento de justiça que preside à sociedade? Que função desempenha o criminoso na vida espiritual da comunidade e dos seus membros? DIAS, Jorge de Figueiredo e COSTA ANDRADE, Manuel da – *Criminologia: O Homem Delinquente...*, p. 202.

histórico pertenece al derecho penal. Cuando el derecho nace, nace como derecho penal”⁶⁹. Por outro lado, como bem aponta FLETCHER “sem pena não há direito penal. E sem ter esclarecido o conceito de pena, em primeiro lugar, não tem sentido discutir os conceitos utilizados no âmbito do direito penal, como acção, resultado, injusto e culpabilidade como partes essenciais de um direito penal universal. Delimitar a pena abstractamente parece ser o único caminho para considerar o direito penal como tal”⁷⁰.

Qualquer resposta que possa ser encontrada para dissipar comportamentos criminosos deve ser procurada dentro de um novo Estado, um Estado ao qual, investido da sua missão política, compete definir as sendas pelas quais deverão ser calcorreadas as estratégias para responder a conflitos emergentes de uma sociedade dita moderna.

A nova teia criminal, globalizada e globalizante, que, como assevera ANABELA RODRIGUES, “coloca a humanidade no fio da navalha”, exige que, do ponto de vista da legitimidade, nos interroguemos de onde se parte, isto é, onde se situa o lugar do *ius puniendi* e, por conseguinte, que coloquemos o problema ao nível da pena.

Se autores⁷¹ há que situam as suas dúvidas nos órgãos com poder para a criação de normas incriminadoras, na centralidade das questões da (ir)retroatividade da lei ou da ofensa a bens jurídicos, nas entidades que perseguem e investigam os crimes de fito internacional, (que continuam a ser temas fulcrais), não nos podemos furtar da centralidade que a pena e a sua execução devem merecer neste quadro.

É, pois este, o nosso propósito: proceder ao enquadramento da teoria da pena no seio do crime organizado transnacional no ordenamento jurídico português.

Esta labuta em que nos lançamos parte de uma ideia de transformação. Transformação de uma sociedade que já não encerra espaços demarcados, uma sociedade que gira em torno da sua própria mudança num tempo estranho e auto-concentrado na hegemonia do ser-se para e,

⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco – *Cuestiones Sobre El Proceso Penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Libreria El Foro. Buenos Aires:1961, p. 45. É interessante constatar todo o juízo formulado por Carnelutti: “Así, ante todo, el primado histórico pertenece al derecho penal. Cuando el derecho nace, nace como derecho penal. No podemos decir que en Nuremberg el derecho supranacional haya nacido; pero cuando nazca, un proceso penal será su cuna. El primado histórico es naturalmente el reflejo del primado lógico: la primera medida para combatir la guerra es prohibirla. Y la guerra prohibida se llama *delito*. Solamente porque los delitos individuales perdieron a lo largo de los siglos, su carácter original, no hablamos ya de guerra sino entre los pueblos; pero lo que llamamos guerra no es más que un asesi- nato y un latrocinio colectivo y lo que se llama homicidio o hurto no es más que una guerra individual”.

⁷⁰ FLETCHER, George P. – La Dogmática Jurídico-Penal Alemana vista desde fuera. In *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Milenio*. Coord. Francisco Muñoz Conde. Trad. Pastora García Álvarez. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 265-266.

⁷¹ FARIA COSTA, José de – *Direito Penal e Globalização...*, p. 90.

em si. A noção de tempo e de espaço em direito penal⁷² e, em especial, na aproximação à problemática da pena, influem em qualquer análise que possa ser feita a este respeito. Afinal a nossa circunstância coloca-nos num tempo que está no seu próprio reverso porque a sua dimensão dilui-se na sua própria finitude.

As várias finitudes a que o(s) tempo(s) se devotam constituem o verdadeiro móbil do ser humano que vai migrando de geração em geração, cada uma com as suas contrariedades, as suas demandas, as suas contradições e os seus merecimentos. Reconhecemos que a sociedade não permanece a mesma e não bebe dos mesmos problemas num dado período histórico, e se, por um lado, esta circunstância é lapidar no desenvolvimento dessa mesma sociedade, por outro lado, as inconstâncias da vida em sociedade desvelam uma necessidade de intervenção a fim de colmatar desequilíbrios próprios das relações sociais em tempos modernos.

A validade das nossas ações desenvolve-se num circunstancialismo finito e rapidamente mutável que adquire múltiplas faces. Como salienta ULRICH BECK “em inícios do século XXI, os espaços de ação estão cosmopolitizados, o que significa que o quadro de ação já não é apenas nacional e integrado, mas global e desintegrado, contendo as diferenças entre regulações nacionais na lei, na política, na cidadania, nos serviços, etc”.⁷³

Vivemos a era do risco, ou, como designa DANIEL INNERARITY, “sociedade do risco” ou “sociedade invisível”⁷⁴, que traduz um clima propenso a uma certa instabilidade permanente, que gera um clima de insegurança. No campo do crime, vive-se a era do “medo da criminalidade”⁷⁵. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ fala aqui de dois conceitos que se interconectam, mas que urge diferenciar: o “medo do crime” e a “insegurança dos cidadãos”. Para além do medo em si mesmo, que tem carácter subjetivo, e que só a pessoa pode experienciar dependendo do grau de risco e de perigo que corre, a autora chama à colação o “medo difuso” porque é “la percepción según la cual los ciudadanos consideran que el delito constituye para ellos una amenaza general y lejana, un fenómeno inquietante por representar um peligro social com

⁷² FARIA COSTA, José de – *Direito Penal e Globalização...*, p. 17. O autor refere que a noção de espaço, operatória para o direito penal, sofreu modificações tão fortes e tão violentas, que delas só vamos tendo pálidas imagens. Porém, uma coisa parece certa, a categoria normativa espaço com que os penalistas até aos dias de hoje têm trabalhado já não serve. Urge repensá-la porquanto da noção normativa de espaço limitado do Estado-nação se passou para a noção normativa do espaço ilimitado ou global, se se quiser, dos dias de hoje.

⁷³ BECK, Ulrich – *A Metamorfose do Mundo: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade*. Lisboa: Edições 70, 2017, p. 23.

⁷⁴ Innerarity a este propósito destaca o seguinte: a negação do sistema está introduzida no próprio sistema, que deste modo se tornou inatacável. INNERARITY, Daniel – *A sociedade invisível. Como observar e interpretar as transformações do mundo actual*. Trad. de Manuel Ruas, Editorial Teorema, 2004, p. 35.

⁷⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda – Controlar e punir – O Direito Penal em mudança? In *Fides*, Natal, Vol. 8, n.º 2, Jul-Dez, 2017, p. 161.

posibles repercusiones em sus propias vidas⁷⁶”.

Uma criminalidade que se auto e retroalimenta em ciclos vorazes, com atores altamente especializados e com a capacidade de galgar fronteiras, naquilo a que se apelida de “dimensão transfronteiriça dos problemas”.

A liquidez em que se alicerça a sociedade contemporânea, assente na emergência tecnológica (abarcando aqui as novas tecnologias de informação e comunicação), a livre circulação de bens e pessoas a uma escala internacional, veio fomentar a criação de um terreno fértil para o desenvolvimento de atividades criminosas específicas, que, a uma escala global deu azo ao aparecimento de uma nova delinquência, mais tentacular na sua execução e potencialmente mais danosa nos seus efeitos. Esta criminalidade, com uma forte propensão para a internacionalização, abre alas para criminosos e grupos de criminosos que se abrigam nas condições mais favoráveis que o espaço internacional tem para oferecer, muito porque o mercado económico global favoreceu uma exacerbada procura por bens paralelos não legais, fomentando um tipo de crime mais diversificado, com uma complexa estrutura organizativa, de pendor lucrativo a atuar nos mais diversos cenários.

A criminalidade económico-financeira é atualmente compreendida em diversos tipos de crime como o branqueamento, a corrupção, e dentro desta uma corrupção com ligações à política e ao funcionamento do Estado, os tráficos de droga, de moeda falsa, de armas, de seres humanos, em que se incluem os órgãos humanos, as crianças, as mulheres, os migrantes (aqui se incluindo mais recentemente refugiados) e os trabalhadores.

Todo este estado de coisas gera uma sociedade muito mais securitária. Começa-se a questionar o modelo de intervenção nomeadamente no que tange ao setor da segurança, a sua implementação e manutenção, propagando-se uma ideia de controlo, a que está associada uma ideia de castigo, que repassa vários discursos e pulveriza múltiplos estratos, desde o discurso político à gincana mediática que gere o social digital.

De facto, vive-se hoje no epicentro de uma cultura de controlo, que pretende passar uma ideia de aparência de controlo total do crime, ou melhor, uma ilusão retórica de manutenção de controlo do crime⁷⁷.

⁷⁶ Zúñiga Rodríguez descreve ainda aqueles que podem ser consideradas fontes do medo do crime: la percepción de un importante incremento de la criminalidad violenta, la propia experiencia personal o la vivida por personas cercanas, las informaciones difundidas por los medios de comunicación y el sentimiento de insatisfacción ante el sistema penal. RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga – La Ley de seguridad ciudadana: un síntoma de la crisis del poder ejecutivo. Especial consideración del sistema penal. In *Themis, Revista De Derecho*, (32), 1995, p. 146.

⁷⁷ KAUFMAN, Nicole, *et. alii* – Beyond Punishment: The Penal State’s Interventionist, Covert, and Negligent Modalities of Control. In *Law & Social Inquiry*, 43 (2), 2018, p. 470. Os autores acrescentam a título complementar o seguinte: “Este discurso descreve um Estado penal que é aberto e cada vez mais punitivo em todas as frentes, buscando constantemente justiça expressiva através de encarceramento, liberdade condicional, multas e outras

A resposta por que se anseia é a pena, a salvação e a cura para os grandes males, senão, para todos os males. A pena e a maquinaria pesada que o direito penal encerra são o último reduto.

Vivemos também num tempo de busca permanente. Busca por algo melhor, seja em que sentido for, mas, sobretudo na área do Direito e, dentro deste, no Direito Penal, procura por respostas a novas demandas. Não uma qualquer resposta, mas essencialmente aquelas que preencham os vários vazios trazidos por novas e turbulentas ondas criminológicas, razão pela qual convocamos GUSTAV RADBRUCH, que escrevia que “o importante seria encontrar não um direito penal melhor mas algo melhor que o direito penal”⁷⁸.

É neste sentido, que almejamos fazer o nosso caminho: encontrar solução ou soluções que possam oferecer ao condenado, na fase executiva da pena, as condições favoráveis para que não retorne ao cerco do crime.

Numa primeira parte trataremos de densificar sob uma perspectiva jus-dogmática o fenómeno do crime organizado transnacional como uma ameaça à soberania penal dos Estados de Direito. Entender a complexidade desta tríplice expressão - crime, organização e transnacionalidade - implica desde logo a opção por uma definição clara, escorreita e funcional, aludindo ao seu enquadramento jurídico-normativo, tanto do ponto de vista internacional, através da Convenção de Palermo, como europeu, nomeadamente no que se acha inscrito na Decisão-Quadro 2008/841/JAI, de 24 de Outubro, e, ainda de um ponto de vista nacional, na Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira.

Por isso, é necessário que, num primeiro momento, procuremos uma definição jurídico-penal para criminalidade organizada transnacional, apontando para a polissemia que a mesma apresenta e as dificuldades que coloca por ser um conceito “confuso e difuso”, como salienta GUEDES VALENTE⁷⁹.

punições.” (Tradução livre do inglês de: “This discourse describes a penal state that is overtly and increasingly punitive on all fronts, constantly seeking expressive justice via incarceration, parole, fines, and other punishments”).

⁷⁸ AMADO, Arménio – *Filosofia do Direito*, Arménio Amado. Editor, Sucessor, Coimbra, 1974, p. 324. *Apud* MOURA, José de Souto – *Visitar Durkheim a propósito dos fins das penas*. In Revista do CEJ, 2.º Semestre, Número 2, 2019, p. 41.

⁷⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – In *Criminalidade Organizada. Investigação, Direito e Ciência*, pp. 123-139. São Paulo, Brasil: Almedina Brasil, 2017, p. 133. Como o autor refere existe uma proximidade conceitual e que muitas vezes é confundida entre os conceitos de associação criminosa, grupos criminosos, ou bandos criminosos. O que acontece, segundo o mesmo autor é que os mesmos tendem a ser confundidos pelas massas como tendo o mesmo sentido literário e jurídico, até porque como bem alerta o autor esta similitude conceitual, na realidade, não tem o mesmo sentido jurídico nem a mesma dimensão social e muito menos a mesma *tipicidade*, *antijuridicidade* (ilicitude) e *censurabilidade* ético-jurídica (culpabilidade).

Não obstante o enquadramento jurídico e legal de criminalidade organizada, curaremos também de integrar o crime organizado transnacional sob uma perspectiva histórica e sociológica. Nos tempos que atravessamos somos testemunhas das várias transformações sentidas pela sociedade, moldada por uma amálgama de crises e incertezas que geram, muitas vezes, o caos, ancorada na ideia de que um qualquer evento pode acarretar consigo consequências absolutamente desconhecidas. Este estado de coisas, traz, para o campo da ciência penal, intrincadas questões e dúvidas que se espalham na mente do legislador e do aplicador do direito. No direito penal e, em particular, no campo da criminalidade organizada, tais problemáticas encontram-se umbilicalmente conexas com os valores da segurança, da liberdade e da justiça. A sustentação destes pilares exige ao Estado a construção de uma aparelhagem sustentada e sustentável encontrando-se no seu dever de punir o fundamento para o equilíbrio daqueles três valores, cada vez mais vulnerabilizados pela voragem dos (nossos) tempos.

A plurilocalização do acontecimento criminoso (organizado) também tem reflexos no espaço prisional, pelo que é nossa intenção escarpelizar de que forma e de que modos se organiza o percurso do cumprimento da pena de um condenado por crime organizado, desde o momento da condenação até ao momento da libertação. O que almejamos saber, por um lado, é de que forma opera o poder judicial no momento da aplicação de uma sanção após todo o *iter* processual penal, que culminará, em certos casos, numa condenação a uma pena privativa da liberdade e, por outro, como lida o sistema carcerário perante uma criminalidade toldada por novos atores, novas geografias e novas roupagens. A criminalidade organizada transnacional traz para o domínio penitenciário desafios de variada ordem afetando a sua estrutura em inúmeras latitudes, desde logo quanto à possível danosidade que tal criminalidade acarreta para dentro dos muros. É sabido que nem todo o crime convoca respostas semelhantes com vista à reintegração do indivíduo na sociedade. É, pois, inevitável que diante da instituição secular que é a prisão, a qual se apresenta como normativamente modelada, se faça uma interligação entre as realidades do crime organizado e o sistema de execução de penas, por forma a identificar quais os problemas que o sistema oferece e quais os termos em que se justificará a proposição de alternativas.

Neste sentido mostra-se necessário, fazer uma leitura conjugada da evolução do crime organizado, a que aqui daremos enfoque como fenómeno que tem vindo a exigir um olhar diferenciado por parte dos teorizadores e cultores da ciência conjunta do direito penal, como também carece de um estudo contínuo para o aprofundamento das suas causas e consequências.

O nosso óculo centrar-se-á mais nas consequências do crime organizado transnacional, do

que nas suas causas, matéria que arredamos da nossa investigação. A pena, enquanto consequência sancionatória do cometimento de um crime, acarreta para o cerne deste tipo de criminalidade, várias instâncias de análise. Desde logo do ponto de vista político-criminal, que se respalda por sua vez na evolução e na eficácia do modelo político-criminal. Um modelo que deve acompanhar o desenvolvimento histórico e a evolução social e mesmo económica, que cada momento deve analisar a necessidade de intervenção penal, a qual deve estar intrinsecamente ligada a uma concreta realidade criminológica. O que, por outro lado exige que tal intervenção deva ser mínima, vinculando o Estado a não ultrapassar certos limites.

Partindo desta premissa, apraz-nos explorar quais têm sido as principais linhas estratégicas que vêm moldando a *mens legislatoris* de acordo com os princípios que regem o direito penal num dado momento histórico, em especial, num momento em que o medo⁸⁰, a incerteza e a liquidez das relações geram um *cocktail* securitário (não só substantivo como também processual) que pretende impor um modelo de intervenção cego e amargo e defere ao delinquente o peso da modernidade desumanizada e atormentada pelos perigos existentes. Mostra-se deste modo fundamental partir do princípio da ressocialização do delinquente, que, enquanto princípio estruturante e regente da intervenção do poder estatal, visa estabelecer a relação que existe entre a pena e o Estado como conceitos interdependentes, tal como caracteriza CEZAR BITENCOURT: “o desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena”⁸¹.

A cominação legal, gizada numa pena, seja privativa ou não da liberdade, depende em larga escala do modelo político e com este do paradigma socioeconómico de que emerge o quadro punitivo nos diversos quadrantes e subsistemas sancionadores consignados na lei. Não podemos deixar de frisar que uma política criminal estruturada e fortemente alinhada com as carências de segurança de uma comunidade e preocupada com a proteção dos direitos fundamentais caros a um Estado de Direito democrático promove os valores da liberdade, da igualdade e da proporcionalidade, base de proteção dos bens jurídicos jurídico-constitucionalmente protegidos.

⁸⁰ Na sua obra *Um mundo de todos y de nadie*, Daniel Innerarity aborda o tema do medo recorrendo a uma citação de Bauman, o qual descreve uma nova conceção de medo que apelida de medo líquido: “Esta ambigüedad se corresponde muy bien con las propiedades del «miedo líquido» de Bauman: un miedo indistinto y difuso, que tiene su origen en la percepción de la pérdida de control sobre los acontecimientos. Así podemos comprender esa sensación de asedio que experimenta buena parte del mundo occidental, ese mundo que vive en una situación de seguridad objetiva como ninguna otra época anterior en la historia de la humanidad”. INNERARITY, Daniel – *Un mundo de todos y de nadie – Piratas, riesgos y redes en el nuevo desorden global*. Editorial Espasa Libros, S.L.U., 2013, p. 41.

⁸¹ BITENCOURT, Cezar – *Tratado de Direito Penal, Parte Geral I*, 17.^a Edição revista, ampliada e atualizada, Editora Saraiva, 2012, p. 308.

Neste sentido é fulcral analisar a evolução das principais tendências da Política Criminal no domínio da criminalidade organizada transnacional de vários prismas: num primeiro momento, partindo de um enquadramento mais geral, analisar a evolução legislativa ínsita às várias leis-quadro de política criminal que têm sido implementadas no ordenamento jurídico português; num segundo momento, partindo dessa evolução político-legislativa, entender de que forma as opções político-criminais se encontram em linha com o princípio da ressocialização do delinquente, vetor básico de intervenção estatal no sistema de execução de penas.

Por fim, encerrando, exploraremos, sob uma perspetiva penológica, de que forma tem o Estado olhado para o crime organizado, isto é, qual o modelo interventivo que tem adotado e sobretudo qual a eficácia que retira da previsão das penas previstas no catálogo jurídico-penal, no que concerne aos crimes de jaez organizado. O que se pretende é auscultar o leque de molduras penais previstas no tipo legal de crime, e perceber, à luz dos fins da pena (preventivos) se tais molduras se adequam e cumprem o desiderato concebido pelo legislador no artigo 40.º do Código Penal.

Como assevera FIGUEIREDO DIAS, nas suas lições, não podemos olvidar que o direito penal é o “conjunto de normas jurídicas que ligam a certos comportamentos humanos, os crimes, determinadas consequências jurídicas privativas deste ramo do direito”⁸². Donde, as sociedades, ao longo dos sucessivos períodos histórico-políticos tenderam a concatenar as regras de convivência em torno do Direito Penal, ferramenta para as executar, tornando a vida em sociedade mais ordenada e susceptível a uma sã convivência controlada, temperada com o recurso a normas jurídicas. Ao que podemos acrescentar o brocardo latino que sintetiza toda esta construção: *ubi societas, ibi crimen, ibi poena*.

CEZAR BITENCOURT, por outro lado, define direito penal “como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança”⁸³. CAVALEIRO DE FERREIRA ensina que o Direito Penal “tem a função específica (...) de, mediante a aplicação de penas, garantir, contra os atentados mais graves, o bem comum da sociedade”,⁸⁴ concretizando ainda, relativamente à pena que o “Direito Penitenciário não se desvincula do Direito Penal; a pena do Direito Penal é um conceito definitório e é uma realidade na sua execução. A pena, na sua execução, é o meio

⁸² DIAS, Jorge Figueiredo – *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, 2.ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 2012, p. 5.

⁸³ BITENCOURT, Cezar – *Tratado de Direito Penal...*, pp. 75 e 76.

⁸⁴ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, Reimpressão, Maio, 2010, p. 13.

apropriado para redenção da culpa, o crime é sempre um facto do homem; ao homem, como ser racional e livre, se deve acomodar a execução da pena.”⁸⁵

Para CLAUS ROXIN, o Direito Penal traduz-se num mecanismo de intervenção do Estado, (tese que deflui da concepção de contrato social), através da qual os cidadãos transferem para o Estado o poder de punir na medida em que tal seja necessário para uma livre e sã convivência que promova e respeite os seus direitos.⁸⁶ Roxin avoca deste modo o entendimento de que o Estado Democrático de Direito, para garantir a paz social e a livre coexistência dos indivíduos na sociedade deve munir-se de mecanismos de intervenção que tenham por escopo a protecção de determinados bens jurídicos, constitucionalmente tutelados, fazendo-o através da previsão de uma pena ou de medidas de segurança, aplicáveis a todos aqueles que desrespeitarem tal contrato. Precursor do sistema funcionalista, Roxin defende que a finalidade das penas é o produto de todo o edifício do sistema jurídico-penal⁸⁷. LUÍS GRECO, a propósito de Roxin apontar como função primordial do Direito Penal a protecção subsidiária dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade, sublinha o carácter preventivo emprestado ao Direito Penal por Roxin, porquanto “a teoria dos fins da pena adquire, portanto, valor basilar no sistema funcionalista. Se o delito é o conjunto de pressupostos da pena, devem ser estes construídos tendo em vista sua consequência, e os fins desta. Apenas retributiva é rechaçada, em nome de uma pena puramente preventiva, que visa a proteger bens jurídicos (...)”.⁸⁸ Daí que a sanção penal seja o reduto de salvação para a salvaguarda de bens jurídicos, tendo a pena um viés utilitário, não se lhe podendo reconhecer outra função que não seja a de prevenção de novos delitos.⁸⁹

Com a teoria do funcionalismo teleológico, CLAUS ROXIN evidencia a função biunívoca da sanção criminal: a prevenção geral e prevenção especial. Importa ainda assim denotar que Roxin declina as medidas de prevenção especial negativa, ou de neutralização do indivíduo,

⁸⁵ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal...*, p. 35.

⁸⁶ ROXIN, Claus - *Novos estudos de direito penal. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico*. Tradução de Luís Greco. Organização: Alair Leite. 1.ª Edição, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 47.

⁸⁷ Como Luís Greco sublinha, “os defensores deste movimento estão de acordo – apesar das muitas diferenças quanto ao resto – em que a construção do sistema jurídico penal não deve vincular-se a dados ontológicos (acção, causalidade, estruturas lógico-reais, entre outros), mas sim orientar-se exclusivamente pelos fins do direito penal.” GRECO, Luís – Introdução à dogmática funcionalista do delito: Em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 229.

⁸⁸ GRECO, Luís - *Introdução à dogmática funcionalista do delito...*, pp. 229-230.

⁸⁹ Sobre o tema, assevera Luís Greco: “A teoria dos fins da pena adquire, portanto, valor basilar no sistema funcionalista. Se o delito é o conjunto de pressupostos da pena, devem ser estes construídos tendo em vista sua consequência, e os fins desta. A pena retributiva é rechaçada, em nome de uma pena puramente preventiva, que visa a proteger bens jurídicos operando efeitos sobre a generalidade da população (prevenção geral) ou sobre o autor do delito (prevenção especial).” (*Idem, Ibidem*, pp. 120-163).

sendo apenas defensor da finalidade preventiva especial positiva ou de ressocialização. Por outro lado, e quanto aos efeitos da pena sobre a sociedade, Roxin aceita que para efeitos de punição se possam conjugar aspectos de prevenção geral negativa com prevenção geral positiva, a fim de que a pena tenha o condão de intimidar o próprio agente do crime e a capacidade para favorecer o funcionamento do sistema jurídico num todo.

STRATENWERTH dá enfoque à função do Direito Penal com base no seu carácter distintivo: a pena, que emerge de um certo entorno social, desencadeia por si também reacções sociais. Como afirma o autor “la función del Derecho penal como parte específica del ordenamento jurídico deriva sobre todo de la propia naturaleza de las sanciones que prevé, pero también de las cualidades de las formas de conducta a las que se refiere”⁹⁰. A pena não deixando de ser “uma forma especial de coação estatal”, está a atravessar uma espécie de crise, que arrastada por uma outra crise que lhe se sobrepõe⁹¹ deve ser repensada “(...) la creciente complejidad de la situación de la sociedad en su conjunto intensifica visiblemente la tendencia a reaccionar con mayor represión frente a evoluciones de crisis que requerirían una respuesta diferenciada. Ello indica que es necesario hacer constantemente un examen de conciencia acerca de si realmente “tiene que haber” pena pública, y, en caso afirmativo, bajo qué presupuestos y en qué forma puede ser considerada legítima. A ello se une la cuestión de si podrían o deberían sustituirla – y en su caso, en qué medida – sanciones similares, o bien si éstas podrían complementarla”⁹². STRATENWERTH parece assim colocar o “elefante na sala” ao abrir a longa discussão da centralidade da pena como único meio de reacção ao crime ou se, a existir não poderá ser complementada com outro tipo de medidas sancionatórias.

Não se pretende com isto defender que no direito penal tudo se reconduz às consequências jurídicas – pena ou medida de segurança – ou que estas constituam fórmulas interpretativas dos preceitos penais: uma configuração teleológico-funcional do sistema penal pela e para a pena. Mas não será arriscado acreditar que, por um lado, o direito penal gravita em redor de dois núcleos, indissociáveis entre si, o crime e a pena, e, por outro, a pena, mais não seja pela razão acima aludida, detém posição de particular importância no domínio jurídico-penal.

O estudo da pena em direito penal foi, é, e continua a ser um tema central por constituir a nevrálgia do estudo neste ramo do Direito. A pena tem sido estudada ao longo da história sob vários prismas e por várias áreas do conhecimento. No entanto, é no seio do Direito e, em

⁹⁰ STRATENWERTH, Günther – *Derecho Penal, Parte General: El hecho punible*. 4.ª Edición totalmente renovada. 2.ª Reimpresión. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti., Hammurabi. Buenos Aires, 2016, p. 27

⁹¹ Mormente as novas tipologias de crime influenciadas pela globalização.

⁹² STRATENWERTH, Günther – *Derecho Penal, Parte General...*, p. 28.

especial, do Direito Penal que a pena adquire o seu sentido comum e a sua finalidade. A função da pena e a sua significação enquanto consequência da prática de um ilícito criminal tem de partir de uma ideia, que EDUARDO CORREIA já havia formulado, que é “a necessidade de afirmar certos valores ou bens jurídicos⁹³”. Por isso, esta dimensão de equilíbrio social que a pena visa almejar é a razão principal da sua existência, não podendo escorar-se em outra *ratio* que não seja a de repor a paz social.

Falar da pena é também falar dos princípios que se encontram a montante sob uma perspectiva densificadora e, simultaneamente, limitadora.

Se tudo se condensa e se congrega em torno da sanção penal, que é aliás causa e consequência do direito penal, urge fazer uma aproximação ao tema da pena sob, fundamentalmente, duas grandes perspectivas: do ponto de vista da essência da pena na sua conformação com o poder de punir. Neste aspeto abordar-se-á a pena à luz do direito punitivo moderno sob a égide da criminalidade organizada transnacional. Apraz-nos neste sentido acudir a uma contraposição entre a vaga securitária e a vaga humanista do direito penal, perspectivas que julgamos cruciais quando tratamos de abordar a teoria da pena. Assim, é fulcral compreender o porquê do ressurgimento de um direito penal que toma o cidadão como um verdadeiro inimigo, ao que curaremos de elencar o quadro histórico-evolutivo do Direito Penal do Inimigo à luz de uma conceção crítica. Depois sob um ponto de vista da execução da pena e dos desafios crescentes e prementes que se colocam no momento pós-sentencial.

⁹³ CORREIA, Eduardo - *Direito Criminal*. Volume I. Reimpressão. Editora: Almedina. 2010, p. 39.

PARTE I - O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL

FONTES: BRAVO, Jorge Reis - Criminalidade económico-financeira e organizada: ensaio de diagnóstico para uma estratégia. I Conferência Internacional sobre o Crime Económico-Financeiro, nos dias 4 a 6 de Dezembro de 2019, em Díli – Timor-Leste; CUNHA, Paulo Ferreira da – Crimes & Penas (Filosofia Penal); COSTA, José de Faria - A Globalização e o Tráfico de Seres Humanos: o pêndulo trágico da história e o direito penal; COSTA, José de Faria – Beccaria e o Direito Penal (Três Estudos); BECCARIA, Cesare – Dos Delitos e das Penas; DIAS, Jorge de Figueiredo e COSTA ANDRADE, Manuel da – Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena; MACHADO, João Baptista – Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador; BAUMAN, Zygmunt – Globalização, As Consequências Humanas; ROXIN, Claus – Estudos de Direito Penal; BECK, Ulrich – Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade; COSTA, José de Faria – Poder e Direito Penal (Atribuições em torno da Liberdade e da Segurança); RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga – El Concepto de Criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas; Kelsen, Hans – A Justiça e o Direito Natural; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Terrorismo e Processo Penal: Uma relação Amarga (?); VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o progresso ao retrocesso; VALENTE, Manuel Guedes – Do Ministério Público e da Polícia: prevenção criminal e ação penal como execução de uma política criminal do ser humano; ZAFFARONI, Eugenio Raúl e SANTOS, Ílison Dias dos – A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl – La Globalización y las actuales orientaciones de la política criminal; MUÑOZ CONDE, Francisco – Direito Penal e Controle Social; DURKHEIM, Émile – Les Règles de la méthode sociologique; KUHN, André e AGRA, Cândido da – Somos todos Criminosos; PEREIRA, Eliomar da Silva – Do “Uomo Delinquente” às organizações criminosas: a construção teórica do inimigo”; CHRISTIE, Nils – A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental, Tradução de Luis Leiria, Editora Forense, 1998; LEAL, José Manuel Pires – Sociedade, Governança e Manifestações Criminais sobre a Forma de Crime Organizado – Conhecer para Intervir; HASSEMER, Winfried – Segurança Pública no Estado de Direito; FIORENTINI, Gianluca e PELTZMAN, Sam – The Economics of Organized Crime; DICKIE, John – Blood Brotherhoods – A History of Italy’s Three Mafias; DICKIE, John – Blood Brotherhoods – A History of Italy’s Three Mafias; DELMAS-MARTY, Mireille – O Direito Penal do Inumano; FOUCAULT, Michel – Vigiar e Punir: nascimento da prisão; LEITE, André Lamas – Direito (Penal), Linguagem e Juridiquês; PETTA, De Leon – As Tríades e as Sociedades Secretas na China (Entre o mito e a desmistificação); FRANCO, Alberto Silva – Globalização e Criminalidade dos Poderosos; WERNER, Guilherme Cunha – Cleptocracia: corrupção sistémica e criminalidade organizada; INNERARITY, Daniel – Un mundo de todos y de nadie – Piratas, riesgos y redes en el nuevo desorden global; FARIA, Paula Ribeiro de – Cesare Beccaria: A Influência do seu pensamento no Sistema de Justiça Criminal Norte Americano; JAKOBS, Günther – La Pena Estatal: Significado y Finalidad; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - Apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante. Comentário ao Acórdão do TC^[1] n.º 687/2021, de 30 de agosto de 2021; PUPPINCK, Grégor – Os Direitos do Homem Desnaturado; BOISTER, Neil – Transnational Criminal Law?; MCDUGAL, Myres S. – The impact of International Law upon National Law: a policy-oriented perspective; MUELLER, Gerhard – Transnational Crime: Definitions and Concepts in Combating Transnational Crime; THRASHER, Frederic - The Gang: a study of 1312 gangs in Chicago; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - Criminalidade organizada: tópico juscriminológico supranacional; HAN, Byung-Chul – A Expulsão do Outro – Sociedade, Percepção e Comunicação Hoje; SCHNEIDER, Stephen - Racketeer Influenced and Corrupt

Organizations Act; WEBER, Max - Ciência e Política: Duas vocações; LIZST, Franz Von - A Ideia do Fim no Direito Penal; TEIXEIRA, Adriano – Teoria da Aplicação da Pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao facto; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – La Expansión del Derecho penal – Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales, Estudios y debates em Derecho Penal; FERRAJOLI, Luigi – Direito e Razão: teoria do garantismo penal; JAKOBS, Günther; MELIÁ, Cancio - Direito penal do inimigo: noções e críticas; CRESPO, Eduardo Demétrio - A Metamorfose do Direito Penal do Estado de Direito; SCHEERER, Sebastian – Abolicionismo; FERRAJOLI, Luigi - La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria; PINTO, Inês Horta – A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais na Europa: Finalidade, Obstáculos, Realizações e Perspetivas de Futuro; SCHÜNEMANN, Bernd - Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana; ZAFFARONI, Eugenio - El antiterrorismo y los mecanismos de desplazamiento; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J. - Derecho penitenciário; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis – El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana; ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?; GOMES, Luiz e BIANCHINI, Alice – Jakobs e o Direito Penal do Inimigo; GIDDENS, Anthony – Consequências da Modernidade; HARVEY, David – The Condition of Postmodernity (An Enquiry into the Origins of Cultural Change); RODRIGUES, Anabela – Política criminal – Novos desafios, velhos rumos; JAKOBS, Günther - Incriminação do estado prévio à lesão de um bem jurídico; DIAS, Jorge de Figueiredo – Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais; MELIÁ, Manuel Cancio – Derecho Penal del Enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000; RADBRUCH, Gustav – Filosofia do Direito; RODRIGUES, Anabela Miranda – Controlar e punir – O Direito Penal em mudança?; CUNHA, Manuela Ivone – Criminalidade e Segurança; RODRIGUES, Anabela Miranda – A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade: os Critérios da Culpa e da Prevenção; PINTO BRONZE, Fernando – Argumentação jurídica: o domínio do risco ou o risco dominado? (tópicos para um diálogo pedagógico); BECK, Ulrich - A Metamorfose do Mundo (como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade); MOCCIA, Sergio – El Derecho Penal entre Ser y Valor (Función de la Pena y Sistemática Teleológica; SANZ MULAS, Nieves – Política Criminal; RODRIGUES, Anabela Miranda - Criminalidade Organizada – Que política criminal; COSTA, José de Faria – Direito Penal e Liberdade; FOUCAULT, Michel – A Ordem do Discurso – Aula Inaugural no Collège de France, pronunciada em 02 de Dezembro de 1970; RODRIGUES, Anabela Miranda - A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade. Seu Fundamento e Âmbito; DAVIS, Angela – Are Prisons Obsolete?; GONÇALVES, Rui Abrunhosa – Delinquência, Crime e Adaptação à Prisão; CUNHA, Manuela Ivone P. – Prisão e Sociedade. Modalidades de uma conexão; JESCHECK, H. H. – Rasgos Fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho Penal; ABREU, Carlos Pinto de - As Reformas do Sistema de Execução de Penas e do Sistema Prisional e o Papel do Advogado: Finalmente que dignidade se impõe?; CRIESMAN, N. H. - Preceptiva penitenciária; LEITE, André Lamas, CAIADO, Nuno Franco – 30 anos de prisão? Não, obrigado, não precisamos de mais erros; DAGA, Luigi – Sistemi Penitenziari; GROTIUS, Hugo – O Direito da Guerra e da Paz (De Jure Belli ac Pacis); ULPiano – Digesto 48,19,8,7; MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo - Cárcel y fábrica; BITENCOURT, Cezar Roberto - Tratado de Direito Penal; SOBRAL, Paula – “A não questão penitenciária” ou a gestão dos Invisíveis; CORREIA, Eduardo – A Evolução Histórica das Penas; JESCHECK, Hans-Heinrich - La Reforme Pénale Allemande et Portugaise; DIAS, Jorge de Figueiredo – Liberdade, Culpa, Direito Penal;

RODRIGUES, Anabela Miranda – RODRIGUES, Anabela Miranda – Globalização, Democracia e Crime; ROCHA-CUNHA, Silvério da – A “ardente paciência”: reconstruir o político numa era global de compressão; RODRÍGUEZ, Alberto Daunis - Ejecución de penas en España - La reinserción social en retirada; SANZ MULAS, Nieves – Alternativas a la Pena Privativa de Libertad – Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana; FRANÇA, Misael Neto Bispo da e FERREIRA, Iana Caroline Bahia da Cruz – Conexões Brasil – Itália pelo enfrentamento ao Crime Organizado: O Processo-Penal Anti-Cárcere; BAUMAN, Zygmunt – Tempos Líquidos; FEYERABEND, Paul – Against Method; TEIXEIRA, José A. Carvalho – Actas do Colóquio 100 anos da Psicopatologia Geral de Karl Jaspers; HUXLEY, Aldous – Admirável Mundo Novo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Terrorismo e Direitos Fundamentais; ZAFFARONI, Eugénio Raúl – Direito Penal do Inimigo; PINTO, Inês Horta – Repartição de funções entre Administração e Juiz e Tutela Jurisdicional Efetiva na Execução da Pena de Prisão; PINTO, Bazilio Alberto de Souza – Lições de Direito Criminal; ANDRADE, Manuel da Costa - Um (novo) Direito Penal para os (novos) Direitos Fundamentais; ROCHA, João Luís Moraes, et alii. - Entre a Reclusão e a Liberdade, Vol.I – Estudos Penitenciários; GOMES CANOTILHO, José Joaquim e MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada; CASTELLO BRANCO, António D’Azevedo - Estudos Penitenciarios e Criminaes; RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga – Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal, Contribución para la determinación del injusto penal de organización criminal. NUNES, Duarte Rodrigues – Criminalidade Organizada e Economia Lícita: Intimidazione del Vincolo Associativo ou Joint Venture? CAIADO, Nuno - A Política Criminal para a execução das penas e medidas uma ideia para uma década. HASSEMER, Winfried – História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra: A Segurança Pública no Estado de Direito. BRAVO, Jorge dos Reis - Os crimes de fraude e a corrupção no espaço europeu: actas do simpósio realizado no dia 20 de Abril de 2013. DUARTE, Luiz Carlos Rodrigues – Princípio Vitimológico e Criminalidade Organizada. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo e – Direito Penal Brasileiro: primeiro volume Teoria Geral do Direito Penal. DIAS, Jorge de Figueiredo – Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro. ANTUNES, Maria João - Penas e Medidas de Segurança. DIAS, Jorge de Figueiredo – Temas Básicos de Doutrina Penal. ROXIN, Claus - Introdução ao direito penal e ao direito processual penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho de e FREITAS, Pedro – Dosimetria da Pena: Fundamentos, critérios e limites. COSTA, José de Faria – O Perigo em Direito Penal. FARIA COSTA, José de - Ler Beccaria hoje. SARLET, Ingo Wolfgang – A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria geral dos direitos fundamentais na perspetiva constitucional. OLIVEIRA, Rodrigo Moraes – Juízo e Prisão: Ativismo Judicial no Brasil e nos EUA. MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio - Principios penales en el estado social y democrático de derecho. RADBRUCH, Gustav – Introducción a la Filosofía del Derecho. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – A Ciência Jurídica como caminho de afirmação e valoração do ser humano. CUNHA, Damião - “Anotação ao art. 30.º”. Apud MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui - Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María – Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. HABERMAS, Jürgen – Direito e Moral. MOURA, José Souto de - Alternativas à Pena de Prisão. GONÇALVES, Pedro Correia - A Era do humanitarismo Penitenciário: as obras de John Howard, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham. IVES, George - A History of Penal Methods: Criminals, Witches, Lunatics. GARRIDO GUZMAN, Luis - Manual de Ciencia Penitenciaria. MUÑOZ CONDE, Francisco – Introducción al Derecho penal MONTESQUIEU, Charles de - O espírito das leis. JESCHECK, Hans H. – Tratado de derecho penal. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Kelsen, Hans – Teoria Pura do Direito. RODRÍGUEZ, Laura

Zúñiga – Política Criminal. ROXIN, Claus – Política Criminal y sistema del derecho penal. COSTA, José de Faria – Direito Penal. DIAS, Jorge de Figueiredo - Direito Penal – Questões fundamentais – A doutrina geral do crime. DIAS, Jorge de Figueiredo – Direito Penal Português – Parte Geral, Tomo II, As Consequências Jurídicas do Crime. SILVA, Germano Marques – Direito Penal Português, Parte Geral III – Teoria das Penas e das Medidas de Segurança. GARCIA, Miguez M. - Anotação ao artigo 20.º, Código Penal Parte Geral e Especial (com Notas e Comentários). RODRIGUES, Anabela Miranda – Da afirmação de direitos à proteção de direitos dos reclusos: a jurisdicionalização da execução da pena de prisão. DIAS, Jorge de Figueiredo – O Direito Penal entre a sociedade industrial e a Sociedade do Risco. SANZ MULAS, Nieves - Política Criminal. DELMAS-MARTY, Mireille – Os grandes sistemas de política criminal. ROXIN, Claus – Política Criminal y Sistema del Derecho Penal. HASSEMER, Winfried – Segurança Pública no Estado de Direito. HASSEMER, Winfried – Desenvolvimentos Previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. CORREIA, Eduardo – Direito Criminal I. MULLER DIETZ, H. – Sozialwissenschaft und Strafrechtsdogmatik und Kriminal-Politik. ANDRADE, Manuel da Costa – Sobre o Estatuto e Função da Criminologia Contemporânea. VON LIZST, Franz – Tratado de Direito Penal, Tomo I. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Do Ministério Público e da Polícia: Prevenção Criminal e Ação Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano. CARVALHO, Salo de – Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro (Fundamentos e Aplicação Judicial). SOUSA, Teresa – O Direito Penal na encruzilhada: reflexões em torno da Política Criminal à luz da ciência política. BORGES, Anselmo – O Humanismo no Horizonte da Pós-Modernidade. RODRIGUES, Anabela Miranda – Celeridade e Eficácia: uma opção político-criminal. COSTA, José de Faria – O Perigo em Direito Penal: Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. WEBER, Max – Economia e Sociedade, Fundamentos da Sociologia Compreensiva, (Wirtschaft und Gesellschaft der verstehenden Soziologie). MENDES, Silvia M. - Criminal Deterrence Policy: Theory, Politics, and Practice. DIAS, Jorge de Figueiredo – O Sistema Sancionatório do Direito Penal Português no Contexto dos Modelos de Política Criminal. COSTA, José de Faria - Um olhar sobre as últimas reformas, em Portugal, no âmbito da legislação penal. RIPOLLÉS, José Luis Díez; PÉREZ, Octavio García (Coord.). La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo - una perspectiva comparada (2000-2006). RODRIGUES, Anabela Miranda – Sistema punitivo português: principais alterações no código penal revisto. PEREIRA, Rui Carlos – Código penal: as ideias de uma revisão adiada. RODRIGUES, Anabela Miranda e MOTA, José Luís Lopes da - Para uma Política Criminal Europeia - Quadro e Instrumentos Jurídicos da Cooperação Judiciária em Matéria Penal no Espaço da União Europeia. GASPAR, António Henriques – A justiça e a Crise: a recorrência do discurso e a realidade. PINTO, Inês Horta – A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais na Europa (Finalidades, Obstáculos, Realizações e Perspetivas de Futuro). ANCEL, Marc – A Nova defesa social: um movimento de política criminal humanista. KAMALU, Ngozi C. and ONYEOZILI, Emmanuel C. - A Critical Analysis of the ‘Broken Windows’ Policing in New York City and Its Impact: Implications for the Criminal Justice System and the African American Community. CARVALHO, Salo de - Pena e Garantias. FERRAJOLI, Luigi - Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. ZAFFARONI, Eugenio - El antiterrorismo y los mecanismos de desplazamiento. RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga - La Ley de seguridad ciudadana: un sintoma de la crisis del poder ejecutivo. Especial consideración del sistema penal. LABORINHO LÚCIO, Álvaro – Processo Penal e Consciência Coletiva. GRECO, Rogério - Direito penal do equilíbrio. MORAIS DA ROSA, Alexandre e JOBIM DO AMARAL, Augusto – Cultura da Punição: A Ostentação do Horror. RAWLS, John – Two Concepts of Rules. DIAS, Jorge de Figueiredo – O Direito Penal entre A sociedade industrial e a Sociedade do Risco.

Breve Enquadramento

“(…) para estarmos dentro daquilo que é bom e sobretudo correto dizer-se em tempos que correm, devemos ser cautos, pelo menos naquilo que se puder, de modo a que o que se for discreateando seja tido de forma adequada e dentro da declinação justa. Que seja dito em tempo. Que seja oportuno. Que seja certo e que não seja desmedido, desadequado ou até destemperado. Em suma: que seja tempestivo”.

José de Faria Costa

A noção de crime, com todos os efeitos colaterais que comporta, surge hoje transfigurada face ao despontar de uma socialidade de incrementação de riscos (da modernização), por situações (novas) de ameaça e por uma reorganização do poder e da responsabilidade, de acordo com BECK.⁹⁴

Vivemos numa era voltada para a transmutação de fenómenos, de realidades que não acontecem só na ciência do Direito. Podemos mesmo afirmar que o tempo que atravessamos inaugura um verdadeiro direito da transnacionalidade, fruto das constantes mutações que florescem na vertigem do mundo moderno.

Como bem expressa FARIA COSTA os poderes “reverberam-se, repetem-se, colonizam-se, replicam-se, em mil vezes, mil formas”⁹⁵ e é no volte-face dos acontecimentos históricos e sociológicos mais marcantes que a realidade percebida se foi e vai modelando em um emaranhado desses mesmos poderes, de forma hierarquizada e, por vezes “invisível”⁹⁶.

Neste sentido, impõe-se um “olhar para fora” ou mesmo um pensar fora dos trâmites convencionais, convictos de que o crime transfronteiriço é a nova normalidade. E nesse sentido o Direito Penal deve olhar-se “de fora”, para se conseguir renovar por dentro.

O fenómeno da criminalidade organizada, que se desenrola e germina dentro de um Estado, com todas as consequências sociais e políticas que daí advêm, tem uma predisposição

⁹⁴ BECK, Ulrich – *Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade*, (trad. do alemão). São Paulo: Editora 34, 2010, pp. 26 e ss. Como bem denota o autor, a sociedade do risco é uma sociedade catastrófica. Nela o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade.

⁹⁵ COSTA, José de Faria – *Poder e Direito Penal (Atribuições em torno da Liberdade e da Segurança)*. In José de Faria Costa – *Direito Penal e Liberdade*. Lisboa: Âncora Editora, 2020, p. 291-305.

⁹⁶ Neste sentido acompanhamos o filósofo e concordamos com Byung-chul Han quando nos fala na dimensão escondida do poder quando afirma [ele] brilha pela sua ausência. *Apud* LEITE, André Lamas – *Direito (Penal), Linguagem e Juridiquês*. In Revista de Estudos Linguísticos da Universidade do Porto, N.º Especial 2020, p. 46.

latente, que se vem intensificando, para a transnacionalidade. Trata-se de reconhecer que o crime já não se desenrola numa mesma geografia, pois, como bem coloca ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “la territorialidad de la ley penal y el monopolio del ius puniendi se explicaban así, como corolario de un sistema de pensamiento en el que cada Estado “mira hacia adentro”, organizando y gestionando su propio territorio”⁹⁷. Contudo essa gestão interna é apenas uma parte do problema.

Fundamentalmente pretendemos explorar as geografias singulares que a criminalidade organizada transnacional oferece, nomeadamente procedendo ao seu enquadramento como realidade sociológica e histórica, a qual degenera infalivelmente numa realidade jurídica, que congrega vários instrumentos normativos de jaez internacional, regional (europeu) e depois a realidade normativa-penal interna.

⁹⁷ RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga – El Concepto de Criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas. In *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, No. 86 (enero-junio), 2016, p. 64. Tradução livre do espanhol de: A territorialidade da lei penal e o monopólio do *ius puniendi* explicavam-se assim, como corolário de um sistema de pensamento em que cada Estado olha para si, organizando e gerindo o seu próprio território.

“Not only are development, security and human rights all imperative; they also reinforce each other. This relationship has only been strengthened in our era of rapid technological advances, increasing economic interdependence, globalization and dramatic geopolitical change. While poverty and denial of human rights may not be said to “cause” civil war, terrorism or organized crime, they all greatly increase the risk of instability and violence.”⁹⁸

Kofi Annan, 59ª Sessão da Comissão de Direitos Humanos da ONU (2005)

1. O Direito Penal da Transnacionalidade – em busca de uma definição de Criminalidade Organizada

1.1. Uma apreciação sociológica

Perante o incrível e voraz cenário de mudança da criminalidade, continua a indagar-se a cada momento de que forma o Direito Penal responde e oferece soluções política e legalmente ajustadas e eficazes aos desafios que se lhe colocam. Esta macrocriminalidade, como também a apelida Kelsen⁹⁹, possuidora de vários tentáculos e poderes ocultos e transversos, corrói os sistemas económicos, políticos e sociais e influi de forma direta na vida dos cidadãos, criando um clima de medo permanente e uma onda de insegurança que afeta a paz pública.

⁹⁸ Relatório A/59/2005, correspondente à 59.ª Sessão da Comissão dos Direitos Humanos da ONU, Temas de Agenda 45 e 55, intitulado Maior Liberdade: um caminho para o desenvolvimento, segurança e direitos humanos para todos ou na versão anglo-saxónica In larger freedom: towards development, security and human rights for all. Integrated and coordinated implementation of and follow-up to the outcomes of the major United Nations conferences and summits in the economic, social and related fields. Follow-up to the outcome of the Millennium Summit. Disponível em: <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/CPR%20A%2059%202005.pdf> [Consultado em: 23.01.2022]. Em tradução livre da autora pode ler-se: Não são só imperativos o desenvolvimento, a segurança e os direitos humanos; eles reforçam-se uns aos outros. Esta relação só foi reforçada na nossa era de rápidos avanços tecnológicos, aumentando a interdependência económica, a globalização e a mudança geopolítica dramática. Enquanto a pobreza e a negação de direitos humanos não sejam os causadores de uma guerra civil, o terrorismo e o crime organizado, aumentam de forma abismal o risco de instabilidade e violência.

⁹⁹ Kelsen, Hans – *A Justiça e o Direito Natural*, (trad. do alemão). Coimbra: Almedina, 2019. *Apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Terrorismo e Processo Penal: Uma relação Amarga (?). In *Separata da Obra II Congresso de Processo Penal*, Coimbra, 2006, p. 165.

Continua como válida a premissa de que mesmo perante novos desafios, continua a competir ao Direito Penal a sua função essencial: a da limitação da ação punitiva do Estado, a par da protecção de bens jurídicos e a manutenção da paz social. GUEDES VALENTE, ao abordar os grandes desafios ao direito penal, define, de forma completa, a grande questão que se continua a colocar hoje ao Direito Penal: “O Direito penal moderno aparece com o desiderato de limitar a ação punitiva do soberano – Estado – e, nesta linha, de tutelar interesses vitais da comunidade, que a ordem jurídica converte em bens jurídicos dignos e carentes de tutela penal, e, desta forma, proporcionar e restabelecer a paz jurídica e social adequadas a dotar os seres humanos de uma liberdade própria e legitimante do exercício efetivo dos seus direitos fundamentais pessoais”¹⁰⁰.

A limitação da ação punitiva estatal não é de resto uma questão recente ou que tenha sido apenas agora levantada. Ela jaz atracada sempre à própria função do Direito Penal.

O Direito Penal, enquanto ciência conjunta que congrega carga filosófica e se prende com a natureza do próprio ser humano (a que se encontra na génese do próprio direito penal) comporta, também, uma carga sociológica que coloca esse mesmo ser humano integrado num determinado espaço social e numa circunstância histórica que está por sua vez determinada também por um enquadramento político singular. Estas singularidades, que a cada episódio histórico vão emergindo, ditam a maior ou menor propensão do Estado para um maior ou menor uso do seu poder punitivo¹⁰¹.

A grande questão e o grande desafio que se coloca é, por um lado, definir o que é a criminalidade organizada, a fim de poder delimitar a atuação do Estado, nomeadamente as formas de controlo, e aqui inserem-se os meios de repressão, e como se deve punir essa mesma criminalidade, estabelecendo-se os limites dessa punição, e, essencialmente, o modo de execução da punição desta tipologia de crimes.

Deve-se intelegir que os múltiplos desajustamentos sociais e as várias dinâmicas espaciais associadas à evolução do crime, no seu recorte territorial, geram amiúde uma tendência para se olhar para o fenómeno criminal de uma perspectiva exageradamente normativa, sendo que, como nos ensina MUÑOZ CONDE “aquilo que não se vê é talvez mais

¹⁰⁰VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o progresso ao retrocesso*, 5.ª Edição, Almedina, 2021, pp. 26 e 27.

¹⁰¹A este propósito ZAFFARONI, Eugenio Raúl e SANTOS, Ílison Dias dos – *A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro*. Tradução de Rodrigo Murad do Prado, 1.ª Edição, São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 159. Os Autores falam aqui da existência de uma crescente seletividade punitiva, a par do efeito deteriorador das instituições totais.

importante que aquilo que oficialmente se ensina”¹⁰². Daí que seja essencial proceder a um recorte aturado e crítico, também do ponto de vista da norma.

A sucessão de factos históricos, sociais e políticos, sempre fizeram com que ao longo dos tempos o homem olhasse para a sua própria condição de ser homem, a partir de premissas válidas numa certa dimensão espaço-tempo. Analisar hoje a forma como o crime emerge e se pulveriza, estratificando-se e seccionando-se de acordo com as tendências desviantes, é um labor que se antevê envolto de volatilidade e que está enlaçado a uma complexa teia de significações¹⁰³. E dessas significações díspares está também envolta a própria criminalidade organizada transnacional, que é produto de uma era da “nova desordem mundial”¹⁰⁴ petrificada num caos aceite pela sociedade e que, como BAUMAN bem ressalta, a “imagem da desordem global reflete, antes, a nova consciência da natureza essencialmente elementar e contingente das coisas que anteriormente pareciam tão firmemente controladas ou pelo menos “tecnicamente controláveis”¹⁰⁵. Por isso, a petrificação de uma nova tendência desviante decorre desta desordem instalada assente no fenómeno da globalização, que é o produto da indeterminação e de uma ausência da ideia de hetero controlo¹⁰⁶, também explicado pela debilidade ou mesmo impotência do poder político de cada Estado para fazer face ao grande “monstro” do poder económico mundial¹⁰⁷.

Este estado de coisas gera uma espécie de marasmo em que sentimentos de fraqueza ou de impotência por parte dos agentes estatais (sinónimo de segurança e certeza, porque

¹⁰²MUÑOZ CONDE, Francisco – *Direito Penal e Controle Social*, Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Adita o autor que: “La idea básica que preside este libro es precisamente esta: que no se puede comprender el Derecho Penal más que como una forma de control social, en la que lo que no se ve es quizás más importante que lo que oficialmente se enseña”.

¹⁰³ Neste sentido Jorge Reis Bravo enfatiza que: “Os propósitos de abordagem de uma temática como a criminalidade económico-financeira, contemporânea – incluindo-se neste conceito abrangente os de Fraude e Corrupção –, bem como tentar traçar as características de um sistema de prevenção e controlo, são tarefas complexas, imprecisas e voláteis”. BRAVO, Jorge Reis – Criminalidade económico-financeira e organizada: ensaio de diagnóstico para uma estratégia. In *I Conferência Internacional sobre o Crime Económico-Financeiro*, nos dias 4 a 6 de Dezembro de 2019, em Díli – Timor-Leste.

¹⁰⁴ A expressão é atribuída a Kenneth Jowitt, autor do livro *A Nova Desordem Mundial*. BAUMAN, Zygmunt – *Globalização, As Consequências Humanas*. Tradução de Marcus Penchel, Jorge Zahar Editor, 1999, p. 65.

¹⁰⁵ *Idem*.

¹⁰⁶ Neste sentido Bauman sublinha que o significado mais profundo transmitido pela ideia da globalização é o do carácter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo. A globalização é a nova desordem mundial de Jowitt com um outro nome. (...) A globalização não diz respeito ao que todos nós, ou pelo menos os mais talentosos ou empreendedores, desejamos ou esperamos fazer. Diz respeito ao que está acontecendo a todos nós. A ideia de globalização refere-se explicitamente às forças anónimas de von Wright operando na vasta terra de ninguém – nebulosa e lamacenta, intransitável e indomável – que se estende para além do alcance da capacidade de desígnio e ação de quem quer que seja em particular. BAUMAN, Zygmunt – *Globalização...*, pp. 67 e 68.

¹⁰⁷ A este propósito refere Zaffaroni o seguinte: “existe un poder económico globalizado, pero no existe una sociedad global ni tampoco organizaciones internacionales flertes y menos aún un estado global”, ZAFFARONI, Eugenio Raúl – *La Globalización y las actuales orientaciones...*, p. 143.

detentores do poder de controlo e equilíbrio), produzem um tipo de criminalidade mais circunscrita a um certo modelo pré-ordenado para um caos aceitável comunitariamente e tido como normal.

Contudo, sabemos que o estado de coisas foi alterado vorazmente devido a fenómenos de vária ordem patrocinados pelo desenvolvimento dos meios digitais e de uma certa banalização e normalização da Internet, o que promoveu uma rápida mobilidade a nível mundial, permeável ao cometimento de delitos e a possibilidade de mitigar ou até mesmo impedir a sua punibilidade, abrindo caminho para o surgimento de novas práticas criminosas. Parafraseando FARIA COSTA “os Estados quando muito, são meras plataformas geográficas, meros nós fixos da grande teia que a criminalidade hiper-organizada vai tecendo”¹⁰⁸, deixando aqui expressa a ideia de que os próprios Estados assumem um papel agora de reféns das novas variantes do crime organizado transnacional.

ANABELA RODRIGUES é também pródiga ao afirmar que “utilizando as lógicas e as potencialidades da globalização para a organização do crime permite-se que os grupos criminosos homogéneos aproveitem as vantagens que oferece o novo espaço mundial, com a criação de zonas de comércio livre em algumas regiões do mundo, nas quais se produz uma permeabilização económica das fronteiras nacionais e se reduzem os controlos”, o que é evidente por exemplo nos diversos crimes de tráfico - estupefacientes, pessoas, armas, órgãos – caracterizados pelo fosso existente entre o local de onde emergem e a destinação do seu objecto, pela complexidade de implementação dos seus roteiros em diversas geografias e consequentemente aproveitando-se dos espaços vazios de controlo, mesmo apesar do apertado cerco de fiscalização nos limiares fronteiriços.

O Direito Penal funciona como barreira de controlo daqueles que são colocados ao largo da sociedade, os excluídos da sociedade de consumo, o que se traduz num aumento significativo dos índices de criminalidade, a construção de mais unidades carcerárias e o urgente apelo da sociedade para a tomada de medidas políticas que afastem esses banidos da sociedade.

A existência de uma ordem jurídica que comina sanções, como sustenta ZAFFARONI, e que tutela jurídico-penalmente bens jurídicos, deve encontrar um ponto de equilíbrio, em que, mesmo tendo que existir num dos pratos da balança um certo estigma associado ao direito penal com um ramo do direito que não deixa de ter associada uma característica de dor, no outro terá necessariamente de existir um direito penal de *ultima ratio* e que respeita a dignidade da pessoa humana.

¹⁰⁸ COSTA, José de Faria – A Globalização e o Tráfico de Seres Humanos: o pêndulo trágico da história e o direito penal. In *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, A. 136, n.º 3944, 2007, p. 261.

Escreve MAX WEBER que “existe direito quando a validade da ordem é garantida exteriormente pela probabilidade de uma coação (física ou psíquica) que, aplicada por uma instância humana especialmente instituída para este efeito, force ao respeito e puna a violação daquela ordem...”.¹⁰⁹ WEBER, descreve assim em traços gerais, uma concepção de um Estado autossuficiente, dispondo de um acervo de meios e instrumentos de punição, que usa dentro das suas fronteiras.

Esta ideia que se atribui ao direito de forma quase primitiva e que lhe imprime uma ideia repressora e coativa toca de forma indelével a substância do direito penal e da sua finalidade. Hoje ela assume outras roupagens e tem um móbil concreto, todavia, a existência de um direito penal tem associada a si a existência de uma punição.

Foi ROXIN que certa vez questionou se o direito penal tinha futuro tendo concluído que o direito penal, ou melhor “a justiça criminal é um mal talvez necessário e que, por isso, se deve promover — mas que continua sendo um mal, pois submete numerosos cidadãos, nem sempre culpados, a medidas persecutórias extremamente graves do ponto de vista social e psíquico. Ela estigmatiza o condenado e o leva à desclassificação e à exclusão social, consequências que não podem ser desejadas num Estado Social de Direito, o qual tem por fim a integração e a redução de discriminações”¹¹⁰.

Mas questionamos, que direito penal queremos nós para o futuro? Esta é a questão que parece revestir-se de atualidade perante uma inércia institucional favorecida por opções político-criminais que tendem a escoar ideários velhos para novos realismos.

O estudo do crime continua a ser hoje, mais do que nunca, uma demanda que não deixa indiferentes os seus cultores face à transmutação da sociedade dentro da emergência dos tempos que nos invadem. Segundo DURKHEIM, “o criminoso já não aparece como um ser anti-social, como uma espécie de elemento parasita, de corpo estranho e inassimilável, introduzido no seio da sociedade; ele é antes um agente normal/comum na vida social”¹¹¹.

Esta mudança deve-se em grande medida à passagem da concepção de um Estado-nação com fronteiras bem delimitadas para uma superação dessa mesma concepção: um Estado que

¹⁰⁹ Max Weber. *Apud* MACHADO, João Baptista – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 2011, p. 31. O autor cita Max Weber para discernir acerca do direito e coação.

¹¹⁰ ROXIN, Claus – *Estudos de Direito Penal*. Trad. de Luís Greco. Editora Renovar, 2006, p. 2. Recordemos que foi Gustav Radbruch que propôs como alternativa uma aprimoração do direito penal que propugnasse a própria ideia de direito penal transformando-o num direito de ressocialização e tutela, que seria melhor que o direito penal, mais inteligente e humano que o direito penal.

¹¹¹ DURKHEIM, Émile – *Les Règles de la méthode sociologique*. Paris: Alcan, 1895, capítulo III, parágrafo III. *Apud* KUHN, André e AGRA, Cândido da – *Somos todos Criminosos?*, Casa das Letras, 2010, p. 35.

esbarra na liquidez dos seus limites, em que não resulta clara onde começa e onde termina a sua soberania¹¹², face à dissipação dos riscos e dos perigos.

Deparamo-nos com uma sociedade mais alienada de si própria, mas, ao mesmo tempo, mais exigente face a uma certa difusão do medo que grassa na teia social moderna e se entranha no indivíduo em si considerado e nas organizações que compõem os diversos quadrantes da sociedade. Esta bipolarização, sintomática de um estado de coisas que tende para uma ordem desordenada, dita, na maioria das vezes, o entorpecimento político que modela mais tarde a *mens legislatoris* e, posteriormente, gera repercussões na vida social e económica.

Como tem vindo a ser assinalado, o estudo da criminalidade organizada dentro do direito penal do futuro coloca-nos perante o dilema atual que é o de saber se, afinal, o direito penal ainda pretende restabelecer a validade da norma violada pelo ato criminoso de que nos falava JAKOBS¹¹³ e de que forma ou formas concorre para esse restabelecimento. Daí que, proceder ao recorte das várias latitudes dogmáticas da pena na era global, importe alguns desafios e que nos farão analisar a teoria da pena sob outra(s) perspetiva(s).

Mas a moderna sociedade de massas só se deixa controlar através de abrangentes regulamentações. Também os novos desenvolvimentos trazem consigo imediatamente uma enxurrada de novos dispositivos jurídicos¹¹⁴, o que, não se traduz numa imediata ideia de segurança jurídica, mas muitas vezes, traduz-se numa confusão jurídica que em nada beneficia o edifício democrático assente em princípios e ideários valorativos próprios de uma ordem jurídica consistente¹¹⁵.

¹¹² Neste sentido Daniel Innerarity aponta que La modernidad se traduce políticamente en la figura del estado nación, de base territorial, que establece una nueva forma de repartir el espacio del poder, con claras atribuciones de competencia y sin zonas ambiguas de soberanía. Pero este periodo es un episodio de la historia que se ve rebasado a mediados del siglo XX, cuando se acentúa ese proceso que hemos llamado globalización, en virtud del cual las interdependencias parecen acercarnos de nuevo a un espacio que se parece más a la indeterminación marítima de los imperios que a la solidez terrestre de los estados. INNERARITY, Daniel – *Un mundo de todos...*, p. 10.

¹¹³ Na verdade, apesar de se reconhecer a Jakobs este recorte preventivo da sua teoria funcional da pena na medida em que a pena confirma a identidade da sociedade e, por isso, a pena apenas confirma aquilo que não se identifica com a sociedade, na realidade o que Jakobs advoga é um modelo retributivo. Isto significa que a pena é uma espécie de estabilizadora da identidade da sociedade e responde perante o corte que é feito aquando da violação da norma. Este entendimento acerca da função da pena na sociedade fomenta o direito de exceção ou, na aceção jakobsiana, o direito penal do inimigo e que se esgota num modelo de pena exacerbada que é imposta ao inimigo. Vide JAKOBS, Günther – *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*. Traducción de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez (Universidad Autónoma de Madrid). Thomson Civitas, 2006, pp. 47 e ss.

¹¹⁴ ROXIN, Claus – *Estudos de Direito Penal...* p. 15.

¹¹⁵ A este propósito relembremos as palavras certeiras de Guedes Valente, que na sua incansável e inquebrantada opinião relembra: “É tempo de se deixar de legislar em linha de montagem de produção massiva por, em regra, não significar melhor Direito, nem melhor lei, nem mais eficácia, nem mais transparência, e de nos sentarmos e decidirmos pela *reserva de código* que garanta consistência sistemática, segurança jurídica, coesão social e equilíbrio.” VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante. Comentário ao Acórdão do TC n.º 687/2021, de 30 de agosto de 2021. In *Católica Law Review*, Volume VII, n.º 3, Novembro de 2023, p. 136.

Na sua obra “Dos Delitos e das Penas”, BECCARIA erige “um grito de libertação perante um sistema de justiça penal fundado no arbítrio, na irracionalidade da vingança, na desigualdade, e no desrespeito mais completo pelos direitos das pessoas e pela dignidade da pessoa humana”¹¹⁶, constituindo “a obra de Beccaria um verdadeiro Código de Humanidade no domínio da justiça penal”¹¹⁷. Aliás é ainda BECCARIA quem há três séculos já alertava que “um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade”¹¹⁸ o que de *per si* também nos remete para o vasto leque de princípios, como o da legalidade e proporcionalidade, entre outros, sem os quais a própria ordem jurídica soçobraria.

O caráter organizado do crime ao mesmo tempo que se dissolve na sociedade contemporânea, onde se dissipa a grande velocidade, liquidifica determinadas concepções acerca do papel desempenhado pelo direito e, pelo direito penal, em particular.

O indivíduo vai nu. A propósito disto escreve GRÉGOR PUPPINCK, que “o indivíduo é constantemente posto a nu, nomeadamente na internet. A sua vida privada, os seus gostos e a sua intimidade deixaram praticamente de ser confidenciais: são registados, analisados, monetizados, e por vezes, condenados”¹¹⁹.

É, portanto, a partir da colocação em crise da teoria da pena, que colocaremos em perspetiva o direito penal e toda a ciência que o enforma. Isto significa que, tendo em consideração as específicas tipologias criminais associadas ao crime organizado, torna-se necessário aferir de que forma contracenam as concepções referentes às teorias da preventivas

¹¹⁶ FARIA, Paula Ribeiro de – *Cesare Beccaria: A Influência do seu pensamento no Sistema de Justiça Criminal Norte Americano*. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto, no dia 4 de Junho de 2014, subordinada ao tema “Cesare Beccaria: a influência do seu pensamento no sistema de justiça criminal norte-americano” e integrada no Ciclo de Palestras nos 250 anos de Cesare Beccaria, p. 162.

¹¹⁷ FARIA, Paula Ribeiro de – *Cesare Beccaria...*, p. 163.

¹¹⁸ BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de José de Faria Costa. 2.^a Edição, Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, p. 114. Também neste sentido FARIA, Paula Ribeiro de – *Cesare Beccaria...*, pp. 165-166: “Partindo do princípio de que a actuação do Estado tem que servir o bem comum, da ideia básica e fundante do contrato social, Beccaria condena a pena de morte, sustenta que a pena não pode ser utilizada para perseguir pessoas ou para retribuir o mal do crime, mas apenas para prevenir a prática de novos crimes, que a sanção penal não deve conhecer privilégios, raças, ou géneros, mas que o pressuposto de qualquer diferença de tratamento deve ser a igualdade perante a lei, que crimes e penas se devem encontrar previamente descritos nela, de tal forma que o juiz se encontre vinculado na justiça que exerce e o infractor possa fazer contas perante a tentação do crime, e que a sanção mais do que severa e cruel, deve ser certa e proporcional ao mal causado. A sua preocupação com ideais de humanidade, a sua luta pela defesa dos direitos dos que são sujeitos à justiça penal, não é sentimentalista ou irreal como a de Rousseau, que proclama que todos os homens são bons e justos na essência (bondade natural) e que é a sociedade que os corrompe, mas decorre da observação da realidade, e de critérios de bom senso e de justiça, que estiveram clamorosamente ausentes do direito penal durante séculos.”

¹¹⁹ PUPPINCK, Grégor – *Os Direitos do Homem Desnaturado*, Principia Editora, 2019, p. 204. O autor fala a este propósito do “indivíduo alienado”, chamando a atenção para o facto de vivermos uma situação paradoxal: os indivíduos perdem independência na mesma medida em que conquistam novas capacidades, uma vez que é por meio das estruturas coletivas que o indivíduo pode existir para além de si mesmo. *Idem*, p.202.

(com maior enfoque nas preventivo-especiais) com as novas morfologias criminais, assentes numa base organizada e transnacional.

1.2. Enquadramento Histórico – em busca de um conceito tradicional

Foi apenas na década de '60 do século XX que a criminalidade organizada alcançou os holofotes doutrinários, tendo merecido destaque com a obra de DONALD CRESSEY “Theft of the Nation”, em 1969. Apesar das críticas e dos enviesamentos que esta obra pode acarretar¹²⁰, a verdade é que com os estudos de CRESSEY, logrou-se assentar o estudo do crime organizado através de uma estrutura hierárquica¹²¹, uma das principais características deste tipo de criminalidade. No entanto, esta visão trazida por CRESSEY, a da hierarquia, mas também outras características como o lucro, o uso da força e a corrupção, cingiu o crime organizado ao conceito de máfia, o qual impedia uma noção mais alargada. Com o surgimento do modelo económico, o crime organizado passou a ser visto como uma empresa e com a questão do lucro que lhe subjaz. Na obra *The Economics of Organized Crime*, GIANLUCA FIORENTINI e SAM PELTZMAN reivindicam ser os primeiros a usar a teoria económica na análise dos diferentes aspetos do crime organizado, desde as origens, à organização interna, ao comportamento do mercado e políticas de dissuasão¹²².

¹²⁰ PEREIRA, Eliomar da Silva – *Do Uomo Delinquente...*, pp. 32 e 33. Como denota o autor, as críticas tecidas assentam essencialmente num problema de fontes e ao próprio conceito com que se aborda o crime organizado, o que quer dizer que, Cressey, não só erra quando cita relatórios de investigação parlamentar, investigações do FBI (...) como ainda cinge a sua conceção teórica ao crime organizado da máfia, e especificamente a italiana (...), colaborou para a criação de estereótipos foram reforçados é demais pela imagem que se desenvolveu na cultura popular cinematográfica.

¹²¹ A Lei Seca, que entrou em vigor em 1920, teve o condão de identificar o modelo hierárquico das máfias e de como o entorno político e social influenciam a economia, nomeadamente na relação entre a procura e a oferta de bens e serviços ilegais e posterior circulação nos mercados ilícitos. Em janeiro de 1919, foi ratificada a 18.ª emenda à Constituição Americana, que proibia a manufatura, venda e transporte de “bebidas intoxicantes” nos Estados Unidos da América, dando início à “Prohibition Era” (a era da proibição), ao que se seguiria a entrada em vigor da Lei Seca, no ano de 1920 que vigoraria até 1933. Se no início se pretendeu salvar o país de problemas relacionados com a pobreza e violência, através da proibição, fabricação, comércio, transporte, exportação e a importação de bebidas alcoólicas, o que é facto é que os resultados almejados foram gorados, tendo sido considerado o maior fracasso legislativo de todos os tempos nos Estados Unidos. Na verdade, os efeitos que se pretendiam ver atingidos mostraram-se contrários ao que era esperado, e, ao invés de acabar com o consumo de álcool, e, com este, alguns problemas sociais, a lei desmoralizou as autoridades, gerou-se um aumento da corrupção, a criminalidade aumentou em diversos estados e, em sequência deu-se o enriquecimento das máfias que dominavam o contrabando de bebidas alcoólicas no mercado paralelo. Apenas em 1933 se haveria de revogar a 18.ª Emenda da Lei Seca, com base que a legalização das bebidas geraria mais empregos, elevaria a economia e aumentaria a arrecadação de impostos. Durante este período de O Ato de Proibição nacional eternizou o nome de várias pessoas, em especial a do grande *gangster* Al Capone, que comandou o comércio de bebidas alcoólicas em Chicago.

¹²² FIORENTINI, Gianluca e PELTZMAN, Sam – *The Economics of Organized Crime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 2. É interessante denotar a definição dada por este de crime organizado: “The term “organised crime” has been used with various meanings by scholars and prosecutors in different countries. Some

Apesar da história das organizações criminosas se situar muito antes do século XX, foi no século passado que ficaram conhecidas as principais organizações algumas delas ainda hoje ativas e em funcionamento. Podemos constatar que no continente Europeu, as principais organizações ou associações criminosas¹²³ foram as máfias italianas, sendo de destacar a “Camorra” (Nápoles), “Cosa Nostra” (Sicília)¹²⁴, a “N’Drangheta”, (Calábria), a “Sacra Corona Unita” (Apúlia). No entanto outras se destacam: as máfias turca, a israelita, a máfia russa, que perdurou no regime soviético e integra ainda nos dias de hoje antigos funcionários da polícia secreta (KGB) e a máfia albanesa. Já no continente americano, na América do Norte, encontramos também a “Cosa Nostra” (que deriva da sua congénere italiana), os “Motards” (EUA, Canadá e Austrália) que se dedicam igualmente a atividades criminosas em vários países. Na América Latina imperam os cartéis, mais concretamente no domínio do narcotráfico, destacando-se os cartéis mexicanos (Sinaloa, Tijuana, Juárez,), sendo que na Colômbia, se diferenciam o “Cartel de Cali”, o de “Medellín”, sendo de apontar que as Forças Armadas Revolucionárias Colombianas são associadas à produção e tráfico e, ainda, no continente africano, as máfias da Guiné-Bissau e Angola, os Sindicatos Nigerianos e, na zona

authors use it to define a set of relations among illegal organisations, while others use it to indicate a group of illegal activities performed by a given set of agents. For instance, the definition used by the Task Force on Organized Crime of the 1967 President's Commission at the beginning of its report is as follows: 'The core of organized crime activity is the supplying of illegal goods and services - gambling, loan-sharking, narcotics, and other forms of vice-to countless numbers of citizen customers'.

¹²³ As suas atividades criminosas adquirem muitas das vezes um elevado grau de especialização, sendo que podem incluir, a título principal ou acessório e atingindo elevados graus de especialização, de destacar, tráfico de estupefacientes, que é o mais recorrente, a imigração ilegal, a exploração sexual de adultos e de crianças, o tráfico humano e o tráfico de órgãos, o tráfico de armas e de obras de arte, de automóveis furtados, o contrabando de bens de consumo raros, de álcool, tabaco, perfumes, a contrafação, os crimes informáticos, a falsificação, os crimes económicos, os crimes ambientais e o branqueamento para o qual recorrem também a atividades aparentemente lícitas como o controlo e exploração de empresas.

¹²⁴ Estas duas organizações criminosas, a Camorra e a Cosa Nostra tiveram a sua origem no meio carcerário ainda no século XIX. Como atesta o autor John Dickie: “Organised crime is Italy’s congenital disease. The Honoured Societies of Naples and Sicily were born from the prison system in the middle decades of the nineteenth century. The violence and conspiratorial politics of Italian unification gave the hoodlums their passage out of the dungeons and into history.” A própria prisão era o local sagrado do crime, muitas vezes até considerada como se de um hotel se tratasse: “A century later, Palermo prison earned the nickname, the ‘Grand Hotel Ucciardone’: mafia bosses came and went from their cells in silk dressing gowns, ate lobster and drank champagne, and gave orders for murders and consignments of narcotics. Much of what Tommaso Buscetta told Giovanni Falcone about the personnel of Cosa Nostra was learned in prison”. DICKIE, John – *Blood Brotherhoods – A History of Italy’s Three Mafias*, Public Affairs, New York, 1963, p. 255.

Ásia/Pacífico, as Tríades chinesas¹²⁵ e a Yakusa japonesa¹²⁶. No Brasil, o Comando Vermelho, que funciona no Rio de Janeiro, e o Primeiro Comando da Capital (PCC), em São Paulo, assumem-se como os maiores e mais destacados grupos organizados, com origem também em estabelecimentos prisionais.

A criminalidade organizada é um fenómeno como se deduz pela forma como se exterioriza, oscilante, e por isso não constante, uma vez que vai perseguindo as tendências dos mercados nacionais e internacionais e torna-se difícil de ser isolada. Neste sentido, compreende uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas (ex. tráfico de drogas, corrupção) e, portanto, não é por norma denunciada às autoridades e possui tradicionais solos férteis em bases nacionais, dispondo de múltiplos meios de disfarce e simulação.

Esta inconstância que caracteriza a criminalidade organizada transnacional, surge também refém da sua própria complexidade como sinaliza SILVA FRANCO “a criminalidade que se elevou a um estágio global, a maior parte das vezes, não nos aparece na limpidez de um só segmento ilícito. Bem pelo contrário. Tudo nos surge amalgamado, a criminalidade económica mistura-se com atuações de tráfico de droga e de armas, prostituição etc., não se sabendo qual a atividade que deva ser considerada preponderante. O que se nota é um desmesuradamente

¹²⁵ À escala mundial, as Tríades foram o primeiro grupo criminoso com um *modus operandi* transnacional que se dá com a emigração de cidadãos chineses para a construção dos caminhos de ferro norte-americanos. No entanto, é de ressaltar que é errado confundir as tríades chinesas com máfia chinesa, como refere o Autor De Leon Petta um dos grandes problemas relacionados com as tríades é a abordagem genérica sobre o tema, como se as tríades fossem uma espécie de máfia chinesa, o que incorre em dois erros. O primeiro, já citado, é generalizar qualquer grupo criminoso como se fosse tríade, apesar de as tríades serem um fenómeno específico da região do sul da China; esse erro é extensivamente repetido, principalmente, na literatura norte-americana. O segundo equívoco é o de que as tríades, em si, são uma facção criminosa. Diferente disso, as tríades são sociedades secretas, com várias facções, nas quais parte de seus membros está relacionada com atividades ilícitas, enquanto outra parte não, pois se trata muito mais de uma rede de contatos do que de uma organização apenas para fins criminosos. Essa rede de contatos acaba por incluir membros de gangues ou criminosos especializados, mas também empresários, políticos, artistas, atletas, académicos, funcionários públicos etc., os quais, excluindo o fato de e conhecerem, não poderiam ser indiciados por atividade ilícita. PETTA, De Leon – As Tríades e as Sociedades Secretas na China (Entre o mito e a desmistificação). In *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 32, N.º 93, fevereiro de 2017, p. 4. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/vHsMmNRVS3rSW9VWVLXrpkG/?format=pdf&lang=pt> [Consultado em 05.11.2022].

¹²⁶ Tendo a sua origem nos séculos XVII e XVIII a Yakuza teve a sua origem nos Ronin. Há mesmo quem defenda que a Yakuza são um mal necessário que comunga dos mesmos valores dos samurais, tendo estes sido aceites pelo povo japonês. Do ponto de vista da internacionalização da organização, a Yakuza acompanhou o crescimento económico do Japão, tendo explorado o mercado no pós-guerra, sendo que a partir da década de 1950, a Yakuza passou a dedicar-se à prática de lenocínio e atividades de entretenimento. Hoje em dia a Yakuza integra cerca de 2500 a 3000 diferentes grupos criminosos, sendo o Japão o país onde operam com mais incidência, mas também na costa oeste dos Estados Unidos da América e no Havai. Estima-se que dos três mil grupos que hoje compõem a Yakuza, os mesmos se dediquem à prática crimes como o tráfico de droga e de armas, jogos de azar, lavagem de capitais, exploração de prostituição, extorsão e fraudes.

Atualmente, a Yakuza opera um pouco por todo o mundo, tendo como principal objetivo a obtenção de lucros, seja através de práticas de extorsão, de corrupção, ou ainda os vários tipos de tráfico (armas, drogas, mulheres e jovens), de branqueamento de capitais, através do investimento em grandes bancos ou no mercado imobiliário japonês, jogos ilícitos.

grande fluxo ilícito de capitais não pode subsistir se não tiver na retaguarda apoio no próprio sistema bancário”¹²⁷.

A partir do nascimento, desenvolvimento e crescimento das organizações criminosas, sobretudo através das máfias, podemos afirmar que a criminalidade organizada transnacional tem especial vocação para a perturbação dos mercados económicos “utilizando a corrupção como um dos seus elementos de composição”¹²⁸, mas também o branqueamento de capitais, que permite às super estruturas do crime organizado integrar nos mercados globalizados, e que na sua larga maioria se identificam como lícitos, os lucros obtidos através do cometimento de outros crimes paralelos, como o tráfico de drogas, armas ou pessoas. Os proveitos ilegalmente obtidos são investidos das mais variadas formas, minando a concorrência nos diversos mercados internacionais, dificultando a actividade das empresas.

Se por lado não se deve extrair a conclusão de que as medidas de prevenção e de combate devam aguardar um conhecimento mais preciso sobre o objeto de atuação para que possam ser implementadas, por outro, as tendências político-criminais devem necessariamente extrair consequências da circunstância de que o objeto contra o qual deve atuar ainda é inacessível ou precariamente conhecido. O erro que se deve evitar é o de compensar o desconhecimento sobre um determinado fenómeno com a intensidade da intervenção penal em situações que se considerem particularmente ameaçadoras.

As consequências a serem extraídas de um parco conhecimento da criminalidade organizada devem assim ser combatidas através do conhecimento voltado à delimitação criminológica da criminalidade organizada, a fim de existir um emprego mais cuidadoso e prudente de meios repressivos e bem assim, uma permanente verificação com auxílio das ciências empíricas, quanto a se e onde os meios de combate alcançam ou não resultado: “Quem anda no escuro deve firmar cada passo”¹²⁹.

O medo da criminalidade organizada é o principal móbil de radicais alterações e exacerbações do Direito penal, nos últimos tempos. Princípios fundamentais ou são negligenciados ou têm uma validade limitada.

O atual debate público sobre Política Criminal veicula a impressão de que a solução do problema consiste em apetrechar as autoridades da segurança pública de todos os meios e

¹²⁷ FRANCO, Alberto Silva – Globalização e Criminalidade dos Poderosos. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 10, Fascículo 2, Abril-Junho de 2000, pp. 260 e 261.

¹²⁸ WERNER, Guilherme Cunha – *Cleptocracia: corrupção sistémica e criminalidade organizada*. PEREIRA, Eliomar da Silva Pereira, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, WERNER, Guilherme Cunha (Coord.). São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 20.

¹²⁹ HASSEMER, Winfried – *Segurança Pública...*, p. 5.

instrumentos necessários que sempre reivindicaram, a fim de que possam debelar eficazmente a criminalidade organizada. Em abono da verdade, e nos últimos anos, os órgãos de polícia criminal foram equipados com uma gama de poderosos instrumentos legais coercitivos que vinham incessantemente reclamando. Isso tem-se traduzido numa vasta gama de medidas processuais penais, isto é, medidas que contendem com a privacidade das pessoas, como são a observação policial prolongada, escutas telefónicas, proteção de testemunhas (que restringe a ação da defesa), captação e armazenamento de dados pessoais em larga escala, *et ceterae*.

Mas uma política (criminal) de segurança pública pragmática, deve convencer-se do fato de que a criminalidade não vai deixar de existir. Somente assim será possível articular equilibradamente eficácia técnica com proteção dos Direitos Humanos, de maneira que os direitos dos atingidos não sejam eternamente sacrificados¹³⁰. Como bem nos ensina GUEDES VALENTE, “a política criminal deve dotar a dogmática jurídico-criminal de uma legitimidade sociológica, apresentando os meios que obedeçam aos princípios da necessidade e da utilidade dos mesmos face ao fim da política criminal e da dogmática jurídico-penal”.¹³¹

1.3.Uma definição (?) de Criminalidade Organizada Transnacional

“Some criminologists have insisted that the white collar criminal is not "really" a criminal since he does not conceive of himself as a criminal.”

Edwin Sutherland

Como é referenciado pelas Nações Unidas “Organized crime is considered to be a changing and flexible phenomenon. Many of the benefits of globalization such as easier and faster communication, movement of finances and international travel, have also created opportunities for transnational organized criminal groups to flourish, diversify and expand their activities.

¹³⁰ De facto, a política criminal deve estar votada a determinados fatores que a densificam e lhe dão sentido, pois só assim pode ser uma ciência só pode, como reitera Manuel Valente, estar “subordinada aos vetores da legitimidade e da eficácia e aos princípios ético-filosófico-jurídicos da legalidade, da culpabilidade, da ressocialização e da humanidade”. VALENTE, Manuel Guedes – *Do Ministério Público e da Polícia: prevenção criminal e ação penal como execução de uma política criminal do ser humano*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012, p. 81.

¹³¹ VALENTE, Manuel Guedes – *Do Ministério Público e da Polícia...*, p. 129.

Traditional, territorial-based criminal groups have evolved or have been partially replaced by smaller and more flexible networks with branches across several jurisdictions”¹³².

Neste sentido o crime transnacional é cometido, ou é levado a cabo em dois ou mais Estados. Uma das primeiras definições de Direito Penal Transnacional¹³³ foi de PHILIP JESSUP que o consagra como “all law which regulates actions or events that transcend national frontiers”. NEIL BOISTER, por seu turno, vai um pouco mais além, fornecendo como definição a seguinte: “the indirect supression by international law through domestic penal law of criminal activities that have actual or potential trans-boundary effects”¹³⁴.

Esta ideia de extraterritorialidade e dos efeitos externos interrelaciona-se com a soberania dos Estados. Atente-se que os Estados, aplicam internamente as suas leis penais, materialização inequívoca da sua soberania e nas quais se tutelam interesses individuais que essa sociedade decidiu proteger colectivamente, não obstante, apesar da produção por via de processos legislativos nacionais, existir uma interferência extraterritorial com a soberania de Estados terceiros. Estes efeitos transnacionais, positivos ou negativos, são suscetíveis de disciplina e harmonização com base no reconhecimento de que o Direito Transnacional, segundo MYRES MACDOUGAL "pode ser transformado num instrumento eficaz para alargar as perspectivas e as bases de poder dos decisores nacionais, facilitando assim a realização mais ampla e mais segura dos desejos e objectivos humanos fundamentais que transcendem as fronteiras nacionais”¹³⁵.

Neste sentido, o Direito Penal Transnacional está intimamente ligado com a expressão anglo-saxónica “transnational crime”, que GERHARD MUELLER define como “(...) criminal phenomena transcending international borders, transgressing the laws of several states or having an impact on another country”¹³⁶. Esta noção de transcendência que tanto define este tipo de criminalidade, encontra respaldo no art.º 3 da CNUCCOT, em especial o n.º 2, que elenca os pressupostos para que uma infracção seja considerada de carácter transnacional, os quais detalharemos adiante.

¹³² Definição disponível online em: <https://www.unodc.org/romena/en/organized-crime.html>.

¹³³ *Latu sensu*, o Direito Penal Transnacional admite ainda o Direito Penal Internacional e o Direito Penal Europeu, cujo estudo detalhado não traremos para esta jornada, mas que cruzarão adiante a abordagem do grande tema desta investigação.

¹³⁴ BOISTER, Neil – *Transnational Criminal Law?* In *European Journal of International Law*, Vol. 14, Issue 5, November 2003, p. 955.

¹³⁵ MCDUGAL S., Myres – *The impact of International Law upon National Law: a policy-oriented perspective*. Disponível online em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3562&context=fss_papers.

¹³⁶ MUELLER, Gerhard – *Transnational Crime: Definitions and Concepts in Combating Transnational Crime*. Londres, Frank Cass, 2001, p. 13.

Partindo destas definições iniciais, compreendemos que colocadas assim as coisas, põem-se em causa valores comunitários, que por sua vez amordaçam princípios gerais de direito, edificados em instrumentos comunitários e internacionais, donde (re)surgem novas formas de travestir o Estado de Direito, o qual apenas se legitima por via da assunção de princípios constitucionais estruturantes e conformadores da sua atuação.

A definição de crime organizado é como sabemos, desafiante. De resto o brocardo latino justifica a tarefa hercúlea aquando do propósito de definir alguma coisa: *Omnia definitio periculosa est*.

A expressão crime organizado terá surgido pela primeira vez nos idos anos 20 do século passado no livro “The Gang: a study of 1312 gangs in Chicago”¹³⁷.

A expressão crime transnacional foi pela primeira vez mencionado no 5.º Congresso das Nações Unidas em 1975 correspondendo aos “fenómenos criminais que transcendem as fronteiras e as leis nacionais de vários Estados ou com impacto noutro país”¹³⁸. Com efeito, este conceito iria ser mais tarde aprimorado na Convenção de Palermo em que transnacional é o crime cometido “em mais do que um Estado, se for cometido num Estado mas a preparação, plano, direcção ou controlo for noutro ou se for num país mas envolve um grupo organizado com actividades criminais em mais do que um país”¹³⁹, estabelecendo-se então uma ligação entre o crime transnacional e o crime organizado.

O art. 3º da CNUCCOT que define o âmbito de aplicação da Convenção fala-nos de “infracções sejam de natureza transnacional”, sendo que no seu n.º 3 “a infracção será de carácter transnacional se: a) for cometida em mais de um Estado; b) for cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento, direcção ou controlo tenha lugar noutro Estado; c) for cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique actividades criminosas em mais de um Estado; ou d) for cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado.

Apesar de a CNUCCOT ser pródiga a elencar vários conceitos, a verdade é que se conjugam e convocam vários conceitos que provocam dispersão e incerteza, como sejam o de grupo organizado (previsto no artigo 2.º, al. a) da Convenção) e grupo estruturado (artigo 2.º, alínea c) da Convenção). Como bem elucida GUEDES VALENTE “o legislador supranacional promove confusão tópico-jurídica ao considerar que um grupo criminoso organizado é um

¹³⁷ THRASHER, Frederic – *The Gang: a study of 1312 gangs in Chicago*. University of Chicago Press, 2013, p.409-451.

¹³⁸ BOISTER, Neil – *An introduction to Transnational Criminal Law*. Oxford University Press, 2012, p.4.

¹³⁹ Art. 3.º, n.º 2 da CNUCCOT.

grupo estruturado, sendo que este apresenta uma construção jurídica própria e diferente da de grupo criminoso organizado”¹⁴⁰. Um grupo criminoso organizado caracteriza-se por ser um (i) grupo estruturado; de ii) três ou mais pessoas; (iii) existindo durante um período de tempo; e, (iv) atuando concertadamente com a (v) finalidade de cometer um ou mais crimes graves ou infrações estabelecidas na presente Convenção, com a (vi) intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício económico ou outro benefício material, conforme artigo 2.º, al. a) da CNUCCOT. Por outro lado, um grupo estruturado é um (i) grupo; (ii) formado de maneira não fortuita; para a (iii) prática imediata de uma infração; e cujos (iv) membros não tenham necessariamente funções formalmente definidas, podendo (v) não haver continuidade na sua composição (vi) nem dispor de uma estrutura desenvolvida, conforme do artigo 2.º, alínea c) da CNUCCOT. Vemos então que o critério se foca no grupo, ditando um critério que duas ou mais pessoas, contudo, o artigo 5.º, n.º 1, alínea a), inciso i) constatamos poder ser possível ter um grupo criminoso com apenas uma pessoa, o que está em plena desarmonia com o inscrito na al. a) do artigo 2.º da mesma Convenção. O que faz perigar o princípio da segurança e da certeza jurídica, “promovendo uma conflitualidade interpretativa jurídica quanto aos elementos objetivos do tipo (...)”¹⁴¹.

Encontrar ou tentar decifrar uma definição para criminalidade organizada transnacional reveste-se de uma complexidade e de uma oscilação metodológica amplamente mutável. Neste aspecto concordamos com ELIOMAR PEREIRA quando refere que “a diversidade das metodologias com que o crime organizado tem sido teorizado, mais do que demonstrar as incertezas acerca do fenómeno, contribui para a diversidade conceitual (...)”¹⁴².

Desde logo partimos de um critério de complexidade conceptual uma vez que numa qualquer definição que se possa oferecer de criminalidade organizada transnacional podem encontrar-se essencialmente, três abordagens: a) uma sociológica, tendo em consideração que não podemos apartar o fenómeno criminal de uma envolvente social que num determinado

¹⁴⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Criminalidade organizada: tópico juscriminológico supranacional*. In *Criminalidade organizada: investigação, direito e ciência*. PEREIRA, Eliomar da Silva Pereira, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, WERNER, Guilherme Cunha (Coord.). São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 141.

¹⁴¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Criminalidade organizada: tópico juscriminológico...*, p. 144. Como frisa o Autor: “Ou seja, um grupo criminoso organizado pode ser composto por *uma pessoa* ou ser resultado do entendimento de duas pessoas. Esta aceção entra em conflito com vários tópicos fenomenológicos jurídico-criminais e, por essa razão, entra em conflito com o princípio da segurança jurídica por gerar conflitualidade com o tipo legal de crime *associação criminosa*. ^[1] O conceito de criminalidade organizada, que se pode aferir da CNUCCOT, é um conceito ajurídico, acientífico e tecnicamente infeliz e em muito pouco respeita a técnica legislativa integrante do Direito como Ciência de justiça”.

¹⁴² PEREIRA, Eliomar da Silva – Do Uomo Delinquente às organizações criminosas: a construção teórica do inimigo. In Manuel Monteiro Guedes Valente (Coord.). *Criminalidade Organizada Transnacional – Corpus Delicti IV*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 31.

espaço-tempo carrega e importa para o campo do direito penal uma (re)significação dos bens jurídicos que merecem tutela penal; b) uma jurídico-penal, que abarca considerações político-criminais, criminológicas e penais e, por fim, c) uma abordagem legislativa que tem uma implicação direta na elaboração das normas penais atinentes à concreta tipificação dos crimes albergados pela criminalidade organizada transnacional.

Estas três esferas dominarão a nossa excursão ensaística, uma vez que elas formam o *iter* discursivo da presente tese e sustentam a nossa base de análise.

O termo crime organizado tem sido usado de diferentes formas, quer por académicos, quer pelo poder judicial em vários países. A dicotomia é abrangente, no entanto, se para alguns autores criminalidade organizada é um conjunto de relações alicerçada em organizações ilegais, outros entendem-na como um grupo de atividades ilegais praticadas por um conjunto de agentes. Se verificarmos a definição trazida pela *Task Force on Organized Crime of the 1967 President's Commission*¹⁴³ no início do seu relatório pode ler-se: “O cerne da atividade do crime organizado é o fornecimento de bens e serviços ilegais – jogos de azar, agiotagem, narcóticos e outras formas de vício - a um número incontável de cidadãos clientes.”¹⁴⁴ Desta definição decorre que existe uma relação de causa-efeito entre as atividades levadas a cabo ao abrigo do crime organizado e a gestão de mercados ilegais. Neste sentido uma organização criminosa assemelha-se a uma verdadeira empresa (a que muitas vezes se encontra associada uma estrutura densa e complexa) que comercializa bens e serviços ilegais para os consumidores.

Por outro lado, o reconhecimento da criminalidade organizada e do terrorismo como sendo um fator de instabilidade e de desespero¹⁴⁵ da nossa era atual, coloca-nos ante uma delicada preocupação que é a de afirmar que no presente estamos perante uma tipologia criminal que, se por um lado, já não se encontra confinada às fronteiras dos Estados e se autodenomina como uma criminalidade rebelde e impermeável aos controlos estatais de contenção da criminalidade, por outro, encontramos um *design* desajustado da lei criminal, face ao que são as novas demandas dessa mesma criminalidade. Esta é a grande questão que se coloca ao Direito Penal hodierno, um direito que extravasa as fronteiras dos estados, uma vez que a

¹⁴³ Disponível em <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/task-force-report-organized-crime-annotations-and-consultants> [Consultado em 24.08.2022].

¹⁴⁴ Tradução livre do inglês: “The core of organized crime activity is the supplying of ilegal goods and services - gambling, loan-sharking, narcotics, and other forms of vice - to countless numbers of citizen customers.”

¹⁴⁵ O Professor de Filosofia, Byung-Chul Han fala-nos a propósito do terrorismo, no sentido de que o que impele os homens ao terrorismo não é o religioso em si, mas antes a resistência do singular frente ao poder violento do global. Por isso, a repressão do terrorismo que se centra em determinadas regiões e em determinados grupos de pessoas é uma ação sucedânea desesperada. (...) É o terror do próprio global que gera o terrorismo. HAN, Byung-Chul – *A Expulsão do Outro – Sociedade, Percepção e Comunicação Hoje*, Trad. de Miguel Serras Pereira, Relógio D’Água Editores, 2018, pp. 19 e 20.

fenomenologia criminal não se contém apenas dentro de uma geografia concreta, aliada à incapacidade dos Estados conterem esses fenómenos criminais.

A partir de um conjunto de factos que foram ocorrendo já no presente século pode-se estabelecer uma correlação demonstrativa do que é o crime organizado transnacional, tendo como exemplo alguns acontecimentos que, de forma mais marcante e com impacto público modelaram paradigmaticamente as discussões em torno de fenómenos como o terrorismo. Acontecimentos como os atentados do 11 de setembro de 2001, em Nova Iorque, o atentado de 11 de março de 2004, em Madrid, ou o atentado de Londres em 2005, vieram introduzir um novo paradigma na trilogia liberdade, segurança e justiça. Nessa sequência abriram-se várias brechas, quer sociais e culturais como também, políticas e económicas que tiveram reverberações ao nível jurídico e que vieram (re)inaugurar a construção do ser humano como coisa ou do ser humano como objeto da ação penal, legitimando alguns Estados a adotar medidas de intervenção policial e judiciária fora dos cânones garantísticos próprios de um Estado de Direito democrático.

A associação entre criminalidade organizada transnacional e terrorismo não é desprecienda, dado que no nosso imaginário pretérito associado a determinados factos históricos, ou seja, a sucessão dos eventos terroristas que pulularam o último espectro do século XX e carregaram para o século seguinte. Estes eventos contribuíram sobremaneira para fundamentar um novo paradigma, alterando sobremaneira a definição de liberdade, de justiça e de segurança.

Perante este clima de ameaça, perpetrador de uma sensação de medo permanente em que o perigo é desconhecido e ao mesmo tempo inconstante, verifica-se uma crescente impotência de os Estados controlarem a criminalidade ou um estado de iminente perigo que pode gerar fenómenos criminosos. Nesta senda, o duelo estabelece-se em dois pólos: por um lado uma realidade que produz medo e ameaça e, de outro lado, uma incapacidade de reação dos Estados em oferecer meios estatais eficazes tanto na prevenção como na repressão, ambiente propício ao (re)nascimento de visões securitárias, propensas à negação de direitos fundamentais, que se respaldam na criação de medidas substantivas e processuais inconstitucionais e ilegais.

Na verdade, como bem aponta ZÚÑIGA RODRIGUEZ “A capacidade dos Estados para fazer face aos diversos tráficos ilícitos de mercadorias, pessoas e serviços, em que a oferta e a procura ocorrem de um país para outro, (...) torna-se obsoleta, ultrapassada e fortemente diminuída, porque na realidade trata-se de outro paradigma, outra fenomenologia de atuação das

organizações criminosas atuais que, em muitos casos, dificilmente se enquadra nas noções tradicionais.”¹⁴⁶.

A necessidade de definir o que se entende por criminalidade organizada assume grande destaque quando se faz a ponte com a definição da criminalidade corrente, uma vez que, se por um lado a criminalidade organizada assenta na “coexistência de um conjunto de indivíduos, movidos pelo desígnio do projeto criminoso, orientando a ação individual e do grupo de forma estratégica em ordem à concretização do plano”¹⁴⁷, a criminalidade comum é “cometida de forma isolada ou em comparticipação, numa lógica em que os três vértices do triângulo do crime tendem a convergir no sentido da ação, todavia sem orientação estratégica”¹⁴⁸.

Neste sentido, o elemento de diferenciação encontra-se em quem atua e no modo de atuação. Na criminalidade organizada transnacional a ameaça é difusa, daí que pré-exista ao Estado uma incapacidade em controlá-la. Ao ser produtora de um medo que se torna efetivo, assiste-se à criação de um extenso arsenal de instrumentos de intervenção em nome da prevenção antecipada de perigos. Porém, este tipo de criminalidade em nada se compara, pelo que não deve ser confundida com a criminalidade de massas, que exige respostas diferentes por parte do Estado¹⁴⁹. Estas manifestações da criminalidade afetam-nos diretamente, e os seus efeitos, que muitas vezes não são diretos, afetam o equilíbrio emocional coletivo, criando uma sensação de desproteção e de debilidade diante de ameaças e perigos desconhecidos, levando-nos a

¹⁴⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura – El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas. In *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, No. 86, enero-junio 2016, p. 64. Tradução livre do espanhol de: “La capacidad de los Estados para hacer frente a los diversos tráficos ilícitos de bienes, personas y servicios, en los que la oferta y la demanda se producen de un país a otro, (...) deviene obsoleta, trasnochada y fuertemente menguada, porque en realidad se trata de otro paradigma, otra fenomenología de actuación de las organizaciones criminales actuales que, en muchos casos, difícilmente encaja en las nociones tradicionales. A autora acrescenta ainda a falibilidade da ideia de territorialidade neste novo paradigma de criminalidade Indudablemente nos encontramos ante un serio problema: una fenomenología criminal que trasciende las fronteras de los Estados nacionales con cada vez más capacidad para hacer frente a los mismos y de incrementar sus ganancias ilícitas y, de otro lado, una ley penal que está creada y aplicada dentro de las frágiles fronteras de los territorios nacionales.”

¹⁴⁷ LEAL, José Manuel Pires – Sociedade, Governança e Manifestações Criminais sobre a Forma de Crime Organizado – Conhecer para Intervir. In *Criminalidade Organizada e Económica (perspetivas jurídica, política e económica)*. Coordenação de Cândido da Agra e Fernando Torrão, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2018, p. 210.

¹⁴⁸ *Idem*.

¹⁴⁹ Hassemer, como frisa Guedes Valente, alerta para a criminalidade organizada como um tópico jurídico supranacional com raízes localizadas e embrenhadas nas estruturas dos poderes públicos e privados dos Estados. Só existe criminalidade organizada quando o Estado se vê incapaz e incompetente de e para prevenir e reprimir as atividades criminosas desses grupos invisíveis. Hassemer alertou para o perigo que existia na tipificação ou na verbalização jurídica do conceito de criminalidade organizada quando, na realidade, estamos a falar de criminalidade de massa e poder-se-á dizer que não há consenso quanto à tipologia deste fenómeno que é utilizado para reforçar e promover meios intrusivos desproporcionais de investigação criminal e para legitimar um controlo a distância de todos os cidadãos. Este discurso disforme e controverso tem germinado a semente amplificadora da teoria do direito penal do inimigo. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Criminalidade organizada: tópico juscriminológico supranacional*. In *Criminalidade organizada: investigação, direito e ciência*. PEREIRA, Eliomar da Silva Pereira, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, WERNER, Guilherme Cunha (Coord.). São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 133-149.

duvidar da eficácia do Direito.

Este espírito de permanente dúvida atinge o epicentro da credibilidade do Direito, abalando os seus mais elementares alicerces, desequilibrando as normais expectativas de neutralização dos perigos, minimizando os níveis de proteção jurídica e minando a própria efetividade de normas jurídicas.

Diante da incapacidade dos Estados fazerem frente a um fenómeno que não se contém em si mesmo, não raras vezes se tende a secundarizar o tema da criminalidade organizada (transnacional). HASSEMER, neste sentido, elucida esta questão quando afirma que: “Quando se aborda o fenómeno da criminalidade de massas em sede de Política criminal e quando se elaboram estratégias aptas e direcionadas ao seu combate, então a importância da criminalidade organizada relativiza-se e o debate aproxima-se das necessidades quotidianas dos seres humanos de liberdade e segurança”¹⁵⁰. Aliás, a *relatio* existente entre a liberdade e a segurança é em si mesma quase que paradoxal, na medida em que se digladiam bens jurídicos muitas vezes de complicada conciliação, até porque como lembra MUÑOZ CONDE, “el vivir es un convivir. La existencia una coexistencia. Sólo que esa coexistencia no és idílica, sino conflictiva”¹⁵¹.

1.4. Enquadramento Legislativo

O surgimento de redes criminosas e a sua adaptabilidade às constantes transformações do meio em que se insere, exige, do lado do Direito e do seu aparato normativo sucessivas e, por vezes, profundas alterações e actualizações legislativas, quer desde logo do ponto de vista internacional, como também comunitário e interno, precisamente para cercear os avanços desmedidos da criminalidade organizada transnacional. Compreender o fenómeno do crime organizado, implica estudar certos tipos de crime que se encontram sob a capa do crime organizado transnacional para compreender de que forma o fenómeno pode ter impacto na (re)formulação de uma teoria da pena.

Do que se trata é saber em que termos se pode definir criminalidade organizada transnacional para fins normativos, e, essencialmente, como é que o fenómeno se veio a repercutir nos textos legais internacionais.

¹⁵⁰ HASSEMER, Winfried – Segurança Pública no Estado de Direito. In *Revista dos Tribunais Online*, Thomson Reuters, 1994, p. 2.

¹⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco – *El Nuevo Derecho Penal Autoritario...*, p. 164.

1.5. Convenções genéricas

O caminho nesta sede foi-se fazendo de forma paulatina e ao nível internacional o primeiro passo foi dado no âmbito da regulação do crime de tráfico de estupefacientes com três sucessivas convenções: a Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961¹⁵² que seria mais tarde, em 1971, emendada, tendo dado lugar à Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas¹⁵³ e, em 1988, a Convenção de Viena¹⁵⁴.

Tida como um caminho para o reconhecimento e reforço da cooperação das medidas previstas na Convenção Única de 1961 e na Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas de 1971, e a fim de fazer face à amplitude e difusão do tráfico ilícito e as suas graves consequências, a Convenção de Viena de 1988 teve como objetivo, como bem se elucida no seu artigo 2.º “promover a cooperação entre as Partes a fim de que possam fazer face, de forma mais eficaz, aos diversos aspectos do tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas de âmbito internacional”¹⁵⁵. Por outro lado, visava prosseguir três objetivos fundamentais: em primeiro lugar, “privar aqueles que se dedicam ao tráfico de estupefacientes do produto das suas actividades criminosas e impedir que a utilização de fortunas ilicitamente acumuladas permita a organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas do Estado, as actividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade a todos os seus níveis”; em segundo lugar “adoptar medidas adequadas ao controlo e fiscalização das substâncias utilizáveis no fabrico de estupefacientes e de psicotrópicos e que, pela facilidade de obtenção e disponibilidade no mercado corrente, têm conduzido ao aumento do fabrico clandestino de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; e, em terceiro e último lugar, reforçar e complementar as medidas previstas na Convenção sobre Estupefacientes de 1961, modificada pelo Protocolo de 1972 e na Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971, colmatando brechas e potenciando os meios jurídicos de cooperação internacional em matéria

¹⁵² Aprovada pelo Decreto n.º 161/78, de 21 de dezembro

¹⁵³ Adoptada na conferência das Nações Unidas que teve lugar em Viena, de 11 de Janeiro a 21 de Fevereiro de 1971.

¹⁵⁴ A Convenção foi assinada por Portugal, em Nova Iorque, a 13 de dezembro de 1989. Foi aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 29/91, publicada em Diário da República, 1ª série, n.º 205, de 6 de setembro de 1991 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 45/91, de 6 de setembro.

¹⁵⁵ Disponível online em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_NU_contra_trafico_ilic_estupefacientes_sbst_psicotropicas.pdf.

penal”¹⁵⁶.

Em 1989, o grupo GAFI¹⁵⁷, com caráter intergovernamental, foi concebido a fim de oferecer uma resposta internacional para o combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. As “40 Recomendações”, que datam originariamente de 1990, tiveram, num primeiro momento, o propósito de combater o tráfico de droga e a utilização de sistemas financeiros para lavar dinheiro dali proveniente. Em 1996, as recomendações foram revistas de forma a abranger outras formas de criminalidade e para refletir sobre novas tendências e técnicas de lavagem de dinheiro bem como para ampliar o escopo das recomendações para além da lavagem de dinheiro relacionada somente com o tráfico de droga. Em outubro de 2001, o mandato do GAFI foi ampliado, passando a incluir também o combate ao terrorismo. Nessa altura, foram criadas recomendações especiais sobre financiamento do terrorismo e, em 2003, já depois de passar a prever-se o combate ao terrorismo, foram criadas as Recomendações especiais sobre financiamento ao terrorismo, as mesmas viriam a ser objeto de uma nova revisão, na sequência das crescentes ameaças ao sistema financeiro internacional. Em 2012, as antigas 40 Recomendações sobre medidas contra o branqueamento de capitais e as 9 Recomendações Especiais relativas ao combate ao terrorismo deram origem a 40 novas recomendações que passaram a abarcar o combate à utilização do sistema financeiro para a proliferação de armas de destruição em massa.

Mais tarde, ante o rápido e inquietante alastramento da criminalidade internacional, o oitavo Congresso das ONU, realizado em Havana em 1990¹⁵⁸, chamou a atenção para a “ameaça

¹⁵⁶ Disponível online em : https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_substancias_psicotropicas.pdf.

¹⁵⁷ O Grupo de Ação Financeira (GAFI) tem como objetivo desenvolver e promover políticas, nacionais e internacionais, de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo e promove padrões internacionais e a aplicação efetiva das medidas legais, regulamentares e operacionais necessárias para combater o branqueamento de capitais, o financiamento do terrorismo e outras ameaças à integridade do sistema financeiro internacional. O GAFI (i) emite recomendações destinadas a prevenir e a reprimir esses crimes (consideradas standards internacionais nestas matérias), (ii) promove a avaliação mútua da observância desses *standards* (iii) determina contramedidas relativamente às jurisdições com deficiências relevantes e (iv) identifica novos riscos e metodologias de combate a estas atividades criminosas. Disponível em: <https://www.bportugal.pt/page/grupo-de-acao-financeira-gafi> [Consultado em 27.05.2023].

Atualmente são membros do GAFI 35 países ou territórios (África do Sul, Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Dinamarca, Espanha, E.U.A., Finlândia, França, Grécia, Hong Kong, Índia, Irlanda, Islândia, Itália, Japão, Luxemburgo, Malásia, México, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos, Portugal, Reino Unido, República da Coreia, Rússia, Singapura, Suécia, Suíça e Turquia) e duas organizações regionais (Comissão Europeia e Conselho de Cooperação do Golfo), sendo que Portugal é membro do GAFI desde 1990.

¹⁵⁸ Tradução livre do espanhol: “Preocupado por la alarmante amenaza y la reconocida gravedad de los delitos cometidos por la delincuencia organizada, especialmente el terrorismo, el narcotráfico, el tráfico de armas o de personas, los atentados al ecosistema y a los bienes culturales (...)”. Disponível online em: <https://digitallibrary.un.org/record/142947> [Consultado em 26 de maio de 2023].

alarmante e a reconhecida gravidade dos crimes cometidos pela delinquência organizada, especialmente o terrorismo, o narcotráfico, o tráfico de armas ou de pessoas, os atentados ao eco sistema e aos bens culturais necessário dedicar um esforço coerente e sustentado com vista à troca de dados e de recursos operacionais necessários”. Ainda no mesmo ano, a Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda de Produtos (1990) ou também conhecida como a Convenção de Estrasburgo¹⁵⁹ introduziu a criminalização do branqueamento preconizando a punição do branqueamento a fundos provenientes de outros tipos de crimes afins.

Em 1994, a propósito da Conferência Mundial sobre a Criminalidade Transnacional Organizada, realizada em Nápoles, onde estiveram presentes representantes de 142 Estados (de onde nasceria um Plano Mundial de Ação¹⁶⁰ apto a combater este tipo de criminalidade), alinharam-se várias prioridades que passaram por identificar os meios para aperfeiçoar a capacidade de resposta dos países, quais deveriam ser os mecanismos de cooperação internacional e, no geral, determinar um *modus operandi* para inverter o alastramento da criminalidade organizada.

A Convenção de Palermo¹⁶¹, também denominada Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional (CNUCOT), veio afirmar-se como um marco legal importante na prevenção e repressão do crime organizado transnacional¹⁶², na sequência da assunção por parte dos Estados-Membros da magnitude e seriedade perante um

¹⁵⁹ Aprovada para ratificação pela [Resolução da Assembleia da República n.º 70/97](#), de 13/12; ratificada pelo [Decreto do Presidente da República n.º 73/97](#), de 13/12. Disponível online em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_relativa_branqueamento.pdf [Consultado em 26 de maio de 2023].

¹⁶⁰ Nesta sede foi aprovada a Declaração Política e o Plano de Ação Global contra a Criminalidade Organizada mais tarde aprovados pela Resolução n.º 49/159 de 23.12.94).

¹⁶¹ A Convenção foi aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em 15 de novembro de 2000, data em que foi colocada à disposição dos Estados-membros para assinatura, e entrou em vigor no dia 29 de setembro de 2003. Para além disso, a Convenção é complementada por três protocolos que abordam áreas específicas do crime organizado: o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças; o Protocolo Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea; e o Protocolo contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, suas peças e componentes e munições. No ordenamento jurídico interno foi publicada no Diário da República I-A, número 79, de 02 de abril de 2004. A Convenção de Palermo recebeu influência da lei norte-americana RICO - *The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* de 1970, que previa o combate a organizações corruptas e influenciadas pelo crime organizado, como o *racketeering* (extorsão) praticado por associações criminosas: *Geared toward ongoing organized criminal activities, the underlying tenet of RICO is to prove and prohibit a pattern of crimes conducted through an enterprise, which the statute defines as any individual, partnership, corporation, association, or other legal entity, and any union or group of individuals associated in fact although not a legal entity*. SCHNEIDER, Stephen - *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*, Encyclopedia Britannica, 2015. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/Racketeer-Influenced-and-Corrupt-Organizations-Act> [Consultado em 22.08.2022].

¹⁶² Aliás no seu artigo 1.º podemos encontrar o compromisso da Convenção “promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional”.

novo fenómeno, bem como realçar a necessidade de promover e de reforçar uma cooperação internacional mais eficaz para debelar o crime organizado transnacional. A Convenção almejou estabelecer um conjunto de definições a fim de harmonizar conceitos que se revestem de uma enorme complexidade jurídica que nem sempre goza do mesmo valor normativo em diferentes estados. Isto porque a carência de proteção de bens jurídicos violados pela prática do crime organizado difere de ordem jurídica para ordem jurídica e, por isso, a realidade económico-social pode ditar que a tutela do crime organizado seja exercida de forma diferente.

Do conjunto variado de conceitos oferecidos pela Convenção, como acabámos de referir a Convenção presenteia-nos com um conjunto de conceitos como, “grupo criminoso organizado”, “grupo estruturado”, “congelamento” ou “perda de bens”. No artigo 2.º da Convenção podemos encontrar a definição de “grupo criminoso organizado” traduzido como o “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existindo durante um período de tempo e atuando concertadamente com a finalidade de cometer um ou mais crimes graves ou infrações estabelecidas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício económico ou outro benefício material”. Por outro lado, nesta Convenção podemos ainda encontrar o combate e a punição do branqueamento e da corrupção¹⁶³ e, no ensejo de uma repressão mais eficaz da criminalidade organizada, os Estados subscritores obrigam-se a legislar para punir a participação num grupo criminoso organizado¹⁶⁴.

¹⁶³ Artigos 6.º, 7.º, 8.º e 9.º da CNUCOT.

¹⁶⁴ Corresponde ao artigo 5.º. Embora não seja escopo do nosso estudo, no entanto podemos concluir que em matéria legislativa quanto à previsão da associação criminosa em Portugal existe uma dispersão normativa: no artigo 299.º do CP encontramos o regime geral de punição da promoção, fundação, integração, auxílio e chefia das associações criminosas, sendo que ali se prevê que deverão ser de três o número mínimo de elementos atuando concertadamente e durante um dado período de tempo: “299.º, n.º 5 - Para os efeitos do presente artigo, considera-se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas, actuando concertadamente durante um certo período de tempo. Para além do artigo 299.º do CP, existem outros regimes especiais de punição da associação criminosa que estão previstos em legislação avulsa, e por norma prevendo penas mais elevadas como é o caso do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro - Legislação de Combate à Droga – onde são cominadas ao crime de associação criminosa penas variáveis que prevêm um hiato entre cinco e vinte e cinco anos de prisão, agravamento resultante da exigência do artigo 5.º, n.º 3 da Convenção de Viena de 1988; artigo 89.º da Lei n.º 15/2001, de 5 de junho, que estabelece um novo regime geral para as infracções tributárias, onde se estabelecem penas que podem ir de um a oito anos; o crime de associação de auxílio à imigração ilegal, previsto no artigo 184.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional e alberga penas que podem ir de um a oito anos ou ainda e as associações terroristas previstas na Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto – Lei do Combate ao Terrorismo, que prevê penas que podem ir dos oito aos vinte anos. No Código de Processo Penal, o artigo 1.º, alínea m) a associação criminosa está prevista como uma das condutas típicas da criminalidade altamente organizada, entre outras como, tráfico de pessoas, tráficos de estupefacientes ou corrupção.

1.6. Protocolos Adicionais e a enquadramento legislativo ao nível europeu

O artigo 37.º da Convenção de Palermo estabelece uma série de três Protocolos Adicionais de livre adesão ou ratificação pelos Estados Partes do tratado-mãe: a) o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea; b) o Protocolo Adicional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças; e, c) o Protocolo Adicional Relativo à Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças, Componentes e Munições.

O Protocolo relativo à Prevenção, à Repressão e à punição do Tráfico de Pessoas, datado de 2003 e ratificado por Portugal em 2004 teve como objectivo prevenir e combater o tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças, promovendo-se a inclusão de medidas destinadas a prevenir esse tráfico, a punir os traficantes e a proteger as vítimas desse tráfico, designadamente protegendo os seus direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos¹⁶⁵. De realçar que o Protocolo Adicional vem instar os Estados-Parte a adoptar medidas legislativas e outras que considere necessárias para estabelecer como infracções penais, por exemplo a tentativa, prevendo-se a incorporação desta norma nos sistemas nacionais onde esta não seja punida. É também dada especial atenção às vítimas, em especial nos artigos 6.º, 7.º e 8.º prevendo-se medidas de assistência e protecção das vítimas e nos artigos 9.º, 11.º, 12.º e 13.º, medidas de prevenção, definindo-se obrigações específicas de cooperação entre Estados (abrangendo entidades que não são Estados-Parte no Protocolo).

O Protocolo relativo ao Tráfico Ilícito de Migrantes, datado de 2004, elenca requisitos de protecção e assistência (artigos 5.º, 9.º, 16.º, 18.º e 19.º) em relação a migrantes, incluindo garantias, direitos e estatuto jurídico para migrantes - refugiados ou requerentes de asilo legítimo - objeto de tráfico para que não fiquem carentes de protecção por parte do direito internacional.

Em 2005 foi aprovado o Protocolo contra o Fabrico e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo e seus componentes, o mais completo dos protocolos ao incidir em procedimentos completos para importação, exportação e movimentação de armas. O protocolo estabelece medidas de controlo e prevenção do crime (artigos 8.º e 10.º relativos à marcação das armas de fogo para

¹⁶⁵ Vide Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004, de 2 de abril. Disponível *online* em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/resolucao-assembleia-republica/32-2004-216918>. [Consultado em 13.08.2024].

poder existir uma implementação de um sistema de controlo das importações/exportações e um rastreamento do trânsito das armas de fogo).

Ao nível europeu houve também, a par de todas as normas internacionais, uma necessidade de regular a criminalidade organizada transnacional. Em 1996 surgem duas Acções Comuns adotadas pelo Conselho, incidentes sobre a cooperação entre as autoridades aduaneiras e organizações empresariais no combate ao tráfico de drogas (96/698/JAI)¹⁶⁶ e sobre o tráfico de seres humanos e exploração sexual de crianças (98/700/JAI)¹⁶⁷ a fim de acentuar e consolidar a relação de cooperação (já existente) e intercâmbio de competências, dado que o crescimento da criminalidade organizada no seio da União Europeia foi sendo cada vez mais preocupante.

Foi por isso que, em 1997, foi concebido um Plano de Acção que trouxe excelentes inovações das quais se salientam: a coordenação entre as instâncias competentes nacionais recomendando que os Estados designem uma instância central multidisciplinar responsável pelos contactos com a Comissão, que deve ter conhecimento das investigações criminais a decorrer; a introdução da responsabilidade criminal das pessoas colectivas e o alargamento de prazo para a instauração de processos penais por delitos graves relacionados com a COT. Faz também parte das recomendações uma política global contra a corrupção (dando origem à Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu – Sobre uma política global da UE contra a corrupção) centrada na prevenção, na correcção da legislação deficitária e na transparência da gestão financeira. É assim que surgem também o Plano de Acção do Conselho de Viena (que identificou a corrupção como um dos ilícitos penais do domínio da criminalidade organizada com maior expressão) e o Conselho Europeu de Tampere, ambos datados de 1998, que sucederam ao Tratado de Amesterdão no que diz respeito à criminalidade organizada.

No seguimento da Recomendação n.º 17 do Plano de Acção de Viena surge a Acção Comum de 21 de Dezembro de 1998 relativa à incriminação da participação numa organização criminosa nos EM da EU, tendo em vista criminalizar a participação de um agente num grupo criminoso, presente no respectivo território, independentemente do local da União onde essa organização esteja concentrada ou actue¹⁶⁸. que apesar de ser um marco na repressão da

¹⁶⁶ Disponível online em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996F0698>.

¹⁶⁷ Disponível online em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998F0700>. Esta Acção Comum foi revogada pelo Regulamento UE 2020/493, de 30 de março, do Parlamento Europeu e do Conselho.

¹⁶⁸ Artigo 4.º da Acção Comum de 21 de Dezembro de 1998 adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à incriminação da participação numa organização criminosa nos Estados-membros da União Europeia (98/733/JAI): “Cada Estado-membro assegurará que os comportamentos referidos no n.º 1, alíneas a) ou b), do artigo 2.º que ocorram no respectivo território sejam objecto de acção penal, independentemente do local do território dos Estados-membros onde a organização tenha a sua base ou exerça as

criminalidade altamente organizada ficou aquém das expectativas, tornando-se de certa forma limitado. Porém traz à tona a questão da extradição (art.2º) pertinente para a investigação criminal, remetendo para a Convenção Europeia da Extradição que abrange as infracções de tráfico de droga e seres humanos, redes de imigração clandestina ou falsificação de moedas, como requisitos de aplicação do pedido de extradição e consequentemente para um auxílio mútuo “mais alargado possível” no exercício da acção penal.

Por último é de mencionar o Programa de Estocolmo 2010-2014 que “recomenda o desenvolvimento de uma estratégia de segurança interna para a UE, com vista a melhorar a protecção dos cidadãos e o combate ao crime organizado” evidenciando que na repressão da criminalidade transfronteiriça a segurança interna está indissociada da segurança externa sendo necessário reforçar a cooperação com países não pertencentes à UE.

1.7. Direito Penal: as várias velocidades, a criminalidade organizada e a subsistência da pena privativa da liberdade

As várias e sucessivas teorias da pena da dogmática jurídico-penal como matriz ocidental traduzem construções teóricas que resultaram na formação da concepção de Estado, alicerçado em ideais de racionalização do poder soberano, monopólio do *ius puniendi*, que segundo WEBER, é fomentado “na relação de dominação do homem pelo homem, com base no instrumento da violência legítima” na qual o Estado poderia existir “somente sob condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores”¹⁶⁹. Foi sobretudo a partir do ideário do contrato social que se descobriu a base da justificação do poder de punir, e de que, portanto, é através da coação decorrente da prática dos poderes do Estado que se encontram as razões para a cominação e execução de penas.

O Direito Penal gera-se através de um movimento funcional centrípeto, explorando e legitimando “a dor”, que se reflecte nas sanções que são a sua força motriz, mas também numa espécie de contrapeso ensejando a sua função matricial – a da tutela subsidiária de bens

suas actividades criminosas, ou do local onde se pratique a actividade que é objecto do acordo referido no n.º 1, alínea b), do artigo 2.º. Sempre que vários Estados-membros sejam competentes para conhecer dos actos de participação numa organização criminosa, deverão concertar-se para coordenar os seus esforços a fim de exercerem eficazmente a acção penal, tendo em conta, nomeadamente, o local em que se encontrem os diferentes elementos da organização no território dos Estados-membros em questão.”

¹⁶⁹ WEBER, Max – *Ciência e Política: Duas vocações*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 61.

jurídicos dotados de dignidade penal¹⁷⁰ para o restabelecimento da paz social.

Partindo deste nosso entendimento, de que o Direito Penal se legitima e se define nestes dois pólos, desde a sua gênese, pode-se afirmar que a *nuance* do sofrimento aliado à pena acompanha-o desde a sua criação, até porque partindo de uma ideia puramente semântica, a palavra assenta numa base pejorativa, que se liga de forma insofismável à penitência, como de resto atesta, FARIA COSTA: “Assim, certo é ainda que as estruturas fundamentais do direito penal também estão matricialmente ligadas à distribuição do mal e à semântica da dor. O mal do crime e o mal da pena são manifestações do *homo dolens*. (...) O Direito Penal é a última instância comunitariamente legitimada a ter o monopólio da distribuição da dor e do mal” e só “o progressivo movimento de humanização das sanções criminais acabou por abolir as penas corporais infamantes e cruéis. Afinal a consciência jurídica dos povos (...) passou a considerar insuportável a imposição de tormento ou de flagelação com finalidades de prevenção ou de retribuição”¹⁷¹.

É com FRANZ VON LISZT¹⁷² que se passa a legitimar o uso do discurso jurídico-penal movido pela noção de fim, propondo a pena como um fim centrado na proteção de bens jurídicos, propondo um modelo teleológico que concedia à pena um papel diferenciador focado na proteção de certos valores como a liberdade e a segurança, concedendo ao delinquente a possibilidade de recuperação. A relevância teórica deste modelo, apresentado inicialmente no Programa de Marburgo em 1882, como modelo oposto ao retributivismo, estribou-se no caráter finalista da pena, cujo vértice antagónico haveria de sobrevir com as teorias absolutas da pena, baseadas na retribuição. A matriz teórica retributivista não vingou nos países de cultura romanogermânica embora se encontrasse vinculado aos ideais contratualistas de racionalização do poder punitivo.

Porém, o Direito Penal não deixa de ter a si associada a tarefa primordial, que é, *per summa capita*, a mais consensual por de entre os doutrinadores da ciência penal: a proteção da dignidade da pessoa, que se converte no princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, um dos princípios baluarte de intervenção do Direito, mas também, em especial, do direito

¹⁷⁰ Ou nas palavras de Figueiredo Dias de bens jurídicos cuja lesão se revela digna de pena. Embora a noção de bem jurídico não seja estanque existe um entendimento unânime quanto àquilo que deve ser o núcleo essencial.

¹⁷¹ COSTA, José de Faria – *Beccaria e o Direito Penal (Três Estudos)*, Coimbra Editora, 2015, p. 59. Apesar dos progressos civilizacionais, e apesar de a pena já não ser sinónimo de tortura eminentemente física, a verdade é que, como aponta o autor: “Os homens e as mulheres de carne e osso que recebem a punição vivenciam física e psicologicamente como um sofrimento ou mal; (...) Pena não pode e não deve ser valorada como uma dor ou como mal pois ela só encontrou seu sentido sociológico e prático quando assume o significado e a eficácia de um bem”, pp. 60 e 61.

¹⁷² LISZT, Franz Von – *A Ideia do Fim no Direito Penal*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005, p. 56.

penal. O ser humano não pode nem deve deixar de ser visto com um fim em si mesmo e que define os seus fins, realizando-os através dos seus próprios meios.

O artigo 1.º da CRP consagrada a dignidade da pessoa humana como sustentáculo do Estado de Direito, que erige um inequívoco reconhecimento de que todos os indivíduos são sujeitos de direitos, dotados de razão e capacidade de autodeterminação. Por outro lado, o reconhecimento da dignidade de cada pessoa traz consigo o dever de respeito que se impõe a cada membro da sociedade para com ela e que também se estende ao próprio Estado, sobre o qual impende, em especial, o dever de não ingerência na vida privada dos cidadãos (com exceção de determinados casos).

ZAFFARONI alerta a este propósito que “o direito nunca é um fim em si mesmo, mas um meio para tornar efetiva a dignidade do ser humano como pessoa” para justificar que “a admissão da possibilidade de violar os Direitos Humanos para protegê-los, seja por Estados em nível internacional ou por agências de poder punitivo no plano interno, não é outra coisa senão um truque legitimador da total negação dos Direitos Humanos”¹⁷³. Por outro lado, a perda do peso principiológico conferida aos direitos humanos, está ligada ao que aquele autor apelida como as principais características do poder punitivo, de entre as quais destaca a deterioração penitenciária, a impunidade do *white-collar crime*, o dano social dos crimes económicos e a relação inversa entre poder económico e vulnerabilidade punitiva. A visão arrojada e inovadora do Direito Penal de ZAFFARONI, chama à atenção os constantes desrespeitos à dignidade humana e ao malogrado sistema penal vigente, o que leva a que o mesmo entre em crise, levando à construção dos pilares basilares do abolicionismo penal. É ainda na década de oitenta do século passado que aquele autor procura sustentar a deslegitimação do sistema penal e de todo o catastrófico cenário em que se encontra a justiça criminal, tendo, por isso defendido o movimento abolicionista penal sustentado na sua obra *Em Busca das Penas Perdidas*.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem respaldo na problemática dos fins das penas, por isso questionarmos que fins se impõem para uma sociedade construída na base da liberdade e da humanidade.

Ora, este estado de coisas leva a que se dê um tom exacerbado à pena, que se torna uma verdadeira obsessão estatal que agrega a indústria da repressão do crime. NILS CHRISTIE, na sua obra “*Crime Control as Industry*”¹⁷⁴ refere que: “os maiores perigos do crime nas sociedades

¹⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e SANTOS, Ílison Dias dos – *A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro*. Tradução de Rodrigo Murad do Prado, 1.ª Edição, São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 59 e 60.

¹⁷⁴ CHRISTIE, Nils – *A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental*. Tradução de Luis Leiria, Editora Forense, 1998, p. 5.

modernas não são os crimes, mas o que a luta contra os crimes poderá levar as sociedades a desenvolvimentos totalitários”.¹⁷⁵ Nesta ordem de ideias, o Estado endurece a sua intervenção, procedendo-se a toda uma reformulação da sua função e do seu papel, menos social e mais punitivista, reduzindo-se neste sentido o Estado-previdência. Assiste-se, paradoxalmente, ao declínio do sector social do Estado e ao desenvolvimento da sua engrenagem penal, clamando-se por um lado "menos Estado" na organização económica e social e, ao mesmo tempo "mais Estado", para colmatar as consequências sociais advindas da deterioração dos apoios sociais.

SILVA SÁNCHEZ advoga um direito penal a várias velocidades, ou melhor dizendo, a duas velocidades, propondo ainda uma terceira. É importante perceber-se nos dias que correm, tendo em consideração o volte face na criminalidade e na forma como a mesma joga num plano transnacional, como se coloca a pena, e também a sua execução.

Uma primeira velocidade estaria relacionada com um Direito penal clássico devoto a um tipo de criminalidade para a qual se requerem meios de repressão mais rigorosos, nomeadamente a pena de prisão, como sanção penal principal, a obediência a princípios regentes do direito penal bem como às regras gerais de imputação. Já um direito penal de segunda velocidade seria um direito penal acessório, preconfigurado para lidar, sobretudo, com novos perigos, novas ameaças, em suma, para lidar, de forma mais flexível para com a neo criminalidade.

Não restam grandes dúvidas, que o Direito Penal, e, com ele, toda a dogmática jurídico-penal está edificada e orientada para a aplicação de uma sanção privativa da liberdade¹⁷⁶, fruto do funcionamento do sistema judicial, reduto último do poder punitivo do Estado, pela mão do juiz. Mas impõe-se saber se poderemos advogar um Direito Penal em que a pena de prisão não seja colocada no pedestal sancionatório do modelo penal vigente, em especial no âmbito da criminalidade organizada transnacional.

Se é verdade que nas últimas décadas, a essência do crime nas sociedades europeias se metamorfoseou conforme o paulatino aparecimento de novos fenómenos que se multiplicaram e se complexificaram, perfurando e depauperando a integridade dos Estados, coloca-se a questão quanto à intervenção do Direito penal, em especial do seu fim último, a pena. Atendendo ao princípio da intervenção mínima, é legítimo perguntar se o Direito Penal, escoado

¹⁷⁵ Tradução livre do inglês: “The major dangers of crime in modern societies are not the crimes, but that the fight against them may lead societies towards totalitarian developments”.

¹⁷⁶ Por outro lado como bem anota Adriano Teixeira, muitos foram os autores que construíram a denominada teoria analítica do Direito, e fizeram a distinção entre norma de comportamento e norma de sanção. Assim como aquele autor refere: “Embora se discuta se todas as normas jurídicas possuem esta estrutura, indubitado é que a norma penal incriminadora o ostenta.” TEIXEIRA, Adriano – *Teoria da Aplicação da Pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao facto*. Editora Marcial Pons, São Paulo, 2015, p. 73.

no seu modelo sancionatório, a pena, será um caminho válido para a protecção de valores mais caros ao funcionamento pacífico do Estado.

O dualismo ou a configuração dualista de que nos fala SILVA SÁNCHEZ, em que existe um “conflito entre um direito penal amplo e flexível e um direito penal mínimo e rígido”, deveria encontrar um ponto médio óptimo onde a pena não tivesse o impacto que continua a ter na esfera jurídica e pessoal do condenado. De facto, e partindo da visão de SILVA SÁNCHEZ “no parece que la sociedad actual esté dispuesta a admitir un Derecho penal orientado al paradigma del «Derecho penal mínimo»”¹⁷⁷. Mas, para os defensores de um direito penal mínimo, a via seria a da completa supressão, por um lado, de alguns tipos legais de crime, como é o caso da associação criminosa. Para este tipo de delitos, segundo LUIGI FERRAJOLI “Uma resposta – mesmo vinda de fora do sistema de justiça criminal – não seria necessária, visto que, por um lado, a repressão do crime em questão seria suficiente e, por outro, seria ilegítimo manter qualquer norma sancionatória, pois equivaleria a punir a mera suspeita de outros crimes que não podem ser comprovados”¹⁷⁸.

Deste modo, dos que sindicam de um direito penal mínimo como FERRAJOLI ou BARATTA, do que se trata é proceder a um apagamento do direito penal enquanto tal, ou, como advogam, uma abolição do direito penal. BARATTA, por um lado, propugnando o minimalismo penal como um esmagamento do modelo punitivo de controlo instalado, irrealisticamente fundado na tese de que a instituição penal pode ser assolada por um ideário abolicionista, que, apesar de assentar nas garantias jurídico-penais inerentes a um Estado de Direito Democrático, apoiado em diretrizes constitucionais, incide sobre alternativas, menos violentas, mas ainda assim, apresentando alternativas mais viáveis, porque eficazes para a justaposição de conflitos. Já FERRAJOLI, em dissonância parcial com BARATTA, propõe uma linha divergente no sentido em que coloca o Estado e o Direito como forças motrizes no controlo dos conflitos sociais através do seu poder punitivo. O Estado atua assim dentro do seu poder em conformar e ditar as prioridades político-criminais externalizando assim o seu *ius puniendi*, que só pode ser concebido dentro do edifício do direito penal e dos seus princípios conformadores.

Para outros autores como HASSEMER, a resposta ou a saída viável para a repressão de crimes económicos, contra o ambiente e ainda crimes de tráfico seria por via da aplicação de sanções pecuniárias, as coimas. A opção pelo Direito Administrativo sancionador

¹⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – *La Expansión del Derecho penal – Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales, Estudios y debates em Derecho Penal*. N.º 1, 2.ª Reimpresión, 2.ª Edición, Editorial B de F, Montevideo, 2008, p. 123.

¹⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi – *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica (et. Alii), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 172.

(*Ordnungswidrigkeitenrecht*), ou como o próprio atira, um “Direito de Intervenção”¹⁷⁹, seria mais suave no que tange às garantias, materiais e processuais, e lançaria mão de sanções que por sua vez seriam também mais leves do que as sanções penais tradicionais.

No entanto, apesar de a solução ter o mérito de projectar mais um caminho, certo é que, como bem aponta SILVA SÁNCHEZ, há um fator que aqui não é tomado em consideração: o da franca superioridade do Direito Penal que se exprime do ponto de vista do fim a que se presta, através das suas sanções - as penas. Como frisa aquele autor “el Derecho penal aporta la dimensión sancionatoria, así como la fuerza del mecanismo público de persecución de infracciones; algo que le atribuye una dimensión comunicativa superior, incluso de modo independiente a la conexión ético-social tradicionalmente inherente a todos sus ilícitos”.¹⁸⁰ Por outro lado, não se pode fazer depender um ramo de Direito de natureza sancionatória, autónomo, da diferente natureza de ramos como o da política, que atua de forma mais sincrética no que diz respeito à atuação da administração pública, por via do direito administrativo sancionador.

Mas, no entanto, se o caminho por via do direito administrativo se pode apresentar como uma opção com alguns escolhos que retiram a solidez dogmática e valorativo-constitucional em que se apoia o Direito Penal, teremos de continuar a questionar se, ainda assim, o Direito Penal clássico continua a oferecer a resposta para a criminalidade organizada, centrado que está no seu fim punitivo-sancionador.

Por conseguinte torna-se imperioso diagnosticar se o Direito penal que pretendemos fazer funcionar, apenas se poderá continuar a escorar nas penas privativas de liberdade, enquanto tipo principal de sanção, para um determinado tipo de ilícitos, ou se podemos vislumbrar no horizonte outro tipo de sanções, quando o que está em causa é uma criminalidade que, pela sua própria natureza, é distinta e impõe um arredamento, pelo menos, parcial, dos mecanismos de repressão tradicionais.

Com efeito, com isto não queremos afirmar uma via completamente alternativa, isto é, que importe a criação de vários direitos penais, ou de um direito penal concreto que conjungando princípios, regras de imputação e garantias singulares, faça emergir uma nova estirpe de direito penal. Não é, de todo, o que propugnamos.

Por outro lado, com a importação de outras sanções penais não logramos a criação de um direito penal musculado, que por via da criação de um direito penal máximo, faça conter os

¹⁷⁹ HASSEMER, Winfried – Desenvolvidos previsíveis na dogmática do Direito. In *Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal – REDHPC*, 16, Abril de 2008, p. 12.

¹⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – *La Expansión del Derecho penal...*, p. 155.

tentáculos da nova onda criminógena. O direito penal máximo contende com o propósito humanista do direito e contorce as garantias fundamentais, fazendo prevalecer um direito penal autoritário. Os movimentos a favor de um direito penal máximo¹⁸¹, propugnadores, *inter alia*, da extinção de direitos dos arguidos, aumento desmesurado das penas e uma execução das penas rigorosa, fazem emergir um modelo de Estado repressivo, cujo epíteto é o da manutenção da segurança nacional, muitas vezes utilizando mecanismos violentos para conter os desvarios sociais, transpondo-se a barreira dos princípios em que assenta o Estado de Direito. Para a espetacularização e subsequente disseminação da maximização do Direito Penal muito contribuem os canais oficiais dos meios de comunicação social como também as plataformas sociais, na sua vertente cibernética, que são responsáveis por agregar na consciência da população, de forma direta e indirecta, a inevitabilidade de uma criminalidade contemporânea que clama a maximização dos meios e fins punitivos. Cria-se e mantém-se a ilusão de que a repressão, sobretudo através do aumento excessivo das penas, travará o avanço da criminalidade. É nesta linha que JAKOBS, partidário de um direito penal do inimigo, preconiza a demonização da pessoa face ao amplo espectro de direitos e garantias fundamentais consagrados na *norma mater*, e no âmbito penal desloca o óculo para a incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas, desgregando-se da teia constitucional, barómetro da validação e do balizamento jus-garantístico.

A exacerbação do poder punitivo pelo viés do direito penal máximo mata o sonho garantista, com a tendência de flexibilização das regras de imputação e a relativização das garantias político-criminais, substantivas e processuais. A pontificação de uma *nouvelle vague*, em que se entrecruza a ânsia pela segurança do sistema no seu viés institucional e material, convalesce e degenera no direito penal do inimigo, e, no que tange às penas se divide em três elementos¹⁸²: em primeiro lugar, a punição passa a valer para factos futuros, funcionando esta para os factos que ainda estão por acontecer - perspectiva do ordenamento jurídico-penal prospectivo; em segundo lugar, as penas tendem a ser mais elevadas, sendo previstas de forma desproporcional; e, em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas até excluídas. Neste sentido, a projecção de um direito penal máximo sustido em premissas incondicionadas e ilimitadas, onde repousa também a incerteza e a imprevisibilidade das

¹⁸¹ Basta pensarmos nos movimentos estadunidenses que na década de 1990 tiveram destaque, com as campanhas da *law and order* e a política de tolerância zero – fomentada por Rudolph Giuliani em Nova Iorque, através da teoria das *broken windows*.

¹⁸² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Cancio – *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 2.^a Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

condenações e, em consequência das penas. Donde, este direito máximo se configure como um sistema a rejeitar uma vez que não obedece às garantias e aos direitos fundamentais consignados na Constituição, baluarte de tutela desses mesmos direitos.

Não obstante, um quadro legal que exacerba o seu lado punitivo acarreta um aumento enorme da taxa de encarceramento. O número de presos sofre um acréscimo que é inversamente proporcional à disponibilidade do sistema prisional, o que edifica um sistema prisional mergulhado no caos, sendo os presos devolvidos *a posteriori*, após um processo de dessocialização, à liberdade para que, de novo no sistema, incidam em novos delitos. As taxas de reincidência retratam o movimento repetitivo: crime – sistema prisional – dessocialização – crime ou na nossa formulação *arrest, release, repeat*. Embora em Portugal não sejam conhecidas estatísticas oficiais quanto à percentagem de reincidência, se compararmos com outros sistemas prisionais europeus, reputamos que a taxa de reincidência em Portugal se situe perto dos 60%.

Ademais, o direito penal mínimo, que protege o cidadão contra o *ius puniendi* estatal, não se refrata no ideário social em que se insere o mundo globalizado, ao contrário do direito penal máximo, em que é permitida a violação dos direitos e das garantias fundamentais do indivíduo que seja considerado inimigo do Estado. Mas, se o direito penal, como exibição de força¹⁸³, tem feito reavivar uma tendência para teses retribucionistas, na sequência do desenvolvimento do direito penal máximo, ergue-se como teoria legitimadora da pena, as teorias abolicionistas, como proposta de um direito penal mínimo garantista. Para os defensores do abolicionismo¹⁸⁴ um Direito Penal desta natureza seria compatível com o Estado de Direito constitucional e democrático que, obriga a que o legislador imponha limites, designadamente no que concerne à proteção dos direitos humanos das pessoas, prevendo normas legais de conteúdo garantístico. Como sustenta FERRAJOLI, o garantismo, apresenta-se tanto num plano político como num plano jurídico, como a melhor teoria para minimizar a violência, maximizando a liberdade, criando um sistema de imposições ao poder punitivo do Estado na garantia dos direitos dos cidadãos¹⁸⁵.

O fundamento jus-filosófico do garantismo, que encontra origens em Cesare Beccaria,

¹⁸³ CRESPO, Eduardo Demétrio – A Metamorfose do Direito Penal do Estado de Direito. In *Católica Law Review*, Volume I, n.º 3, novembro de 2017, p. 72.

¹⁸⁴ Não obstante haver pouco consenso quanto à identificação dos autores que podem ser indicados como abolicionistas, Sebastian Schereer aduz que o abolicionismo é “(...) una ‘teoria’ que tenga la posibilidad y el objetivo de transcender los modelos, clasificaciones y presunciones tradicionales, pero sin presentar pruebas acabadas de estas nuevas ideas ni el inventario de sus propias herramientas conceptuales y metodológicas(...)”. SCHEERER, Sebastian – *Abolicionismo*, Buenos Aires: Ediar, 1989, pp. 15-21.

¹⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi – La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria. In *Jueces para la Democracia*, n.º 79, 2014, pp. 51 e ss.

situa a *ratio* de legitimação da pena num postulado contratualista de base utilitarista, que se afere através do brocardo da «máxima felicidade dividida entre o maior número» e, por outro, no postulado de que «não há liberdade quando as leis permitem, debaixo de algumas circunstâncias, que o homem deixe de ser pessoa e se converta em coisa». Esta ordem de ideias desvirtua e descredibiliza a pena de morte, e mesmo até a pena de prisão perpétua¹⁸⁶ que deixa de ser útil e necessária face ao modelo garantista que primeiro foi proposto por aquele autor.

O garantismo penal visa, assim, uma abordagem do Direito Penal contemplado a partir de uma leitura constitucional, isto é, com olhar focado nos direitos fundamentais e nos direitos humanos que daí derivam por via dos tratados internacionais e europeus. Não obstante esta visão e este carácter garantista, a verdade é que o intento harmonizador no seio do direito penal de índole europeia tem resvalado para a incapacidade de os estados chegarem a um consenso¹⁸⁷, aliada à crescente tendência para um clima instigador da punitividade.

A proposta pela redução do Direito Penal almejou no plano da pena na busca de alternativas à pena privativa de liberdade, mas este plano vem-se subalternizando e vergando a uma expansão do punitivismo, pretendendo distanciar o Direito Penal da sua essência clássica, remetendo-o para Direito Penal acessório, dirigido a proteger bens jurídicos que pertencem à sociedade pós-industrial. A expansão e a apelidada modernização do direito penal pode erigir-se com base em três características: a administrativização, a globalização e a progressiva desconstrução do paradigma liberal do Direito Penal, levando este a uma espécie de estandardização, como propõe SCHÜNEMANN¹⁸⁸. A eclosão do Direito Penal do inimigo – que pretende tratar os cidadãos como coisas – materializa-se, segundo ZAFFARONI, em violações aos direitos humanos e que se repercutem num sistema alicerçado em construções de tipo penais duvidosos, uma crescente policialização e a redução de garantias processuais¹⁸⁹.

Esta viragem na forma como se encara “este” Direito Penal abre uma via direta para o entendimento de que as penas, e, em concreto, a pena de prisão (e a jusante dela o próprio sistema de execução de penas), abandona o ideário garantista, que apesar de ser “um ideal

¹⁸⁶ Não podemos nesta sede mencionar que a propósito da pena de prisão perpétua, o raciocínio da desnecessidade de adoção de modelos próximos da perpetuidade, como é o modelo da pena de prisão permanente suscetível de revisão (pena de prisión permanente revisable” prevista no Código Penal espanhol.

¹⁸⁷ PINTO, Inês Horta – *A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais na Europa: Finalidade, Obstáculos, Realizações e Perspetivas de Futuro*. Coimbra Editora, 2013, p. 136. Neste aspecto a autora sintetiza de forma particular a questão da viabilidade de harmonização, quando refere o seguinte: “Proximidade, mas não identidade; disparidade, mas não oposição: esta é a dualidade que caracteriza o ponto de partida da harmonização e, ironicamente, também o seu ponto de chegada”.

¹⁸⁸ SCHÜNEMANN, Bernd – *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 30-31.

¹⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio - El antiterrorismo y los mecanismos de desplazamiento. In J. R. Serrano-Piedecasas & E. Demetrio Crespo (Dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, 2009, p. 370.

inacabado”, cede a novas visões retribucionistas que trespassam para a pena uma função de justiça material, demandando no plano da prevenção especial a implementação de modelos de execução da pena de prisão de base inconstitucional¹⁹⁰.

A ressurgência da pena faz, segundo DÍEZ RIPOLLÉS, que se reintroduza um modelo de intervenção penal, que está em vigor em Espanha e na América Latina, assente na revalorização do carácter aflitivo da pena, o que faz com que a pena privativa de liberdade seja vista como *prima et sola ratio*, carácter esse advindo de um sentimento generalizado de insegurança, e que se refrata na desumanização do criminoso. Esta ordem de coisas encontra a sua raiz no facto de a sociedade por um lado querer e, por outro, não temer possíveis abusos do Estado quando desempenha o seu papel punitivo, que prefira um modelo penal securitário com as seguintes características: distinção nítida entre cidadãos e delinquentes, preconização da rigidez frente aos infratores das normas e desconsideração das desigualdades sociais. Assim, esse modelo, através de uma série de simplificações, fornece certezas convenientes para um mundo desregulado e imprevisível. Refere aquele autor que o regresso a esta visão da pena “no tiene que ver con una mejora de sus potencialidades reeducadoras, que siguen considerándose escasas o negativas, sino con su capacidad para garantizar otros efectos sociopersonales de la pena: en primer lugar, los intimidatorios y los meramente retributivos, que con la adquisición por el delincuente del estatus de persona normal y el ascenso de los intereses de las víctimas han pasado al primer plano; en segundo lugar, los efectos inocuizadores, en virtud de los cuales se responde con el aislamiento social y reclusión del delincuente al fracaso de la sociedad en la resocialización de sus desviados y, sobre todo, a su negativa a asumir los costes económicos y sociales vinculados al control de la desviación en sus orígenes mediante las correspondientes transformaciones sociales”¹⁹¹.

Com efeito, o conceito de “expansão penal” pode ser delimitado não só através do entendimento de que esta expansão está associada a novas formas de criminalidade próprias da sociedade de risco, em que se insere a criminalidade organizada e o terrorismo, mas também de

¹⁹⁰ Em causa está o modelo espanhol que desde 2012 prevê o modelo prisão que pretende ser uma alternativa à pena de prisão perpétua – a pena de prisão permanente suscetível de revisão: “se trata de una nueva pena privativa de libertad de carácter grave (...) que podrá imponerse en supuestos de excepcional gravedad. Sin embargo, a continuación nos indica que su verdadera naturaleza es la de una pena de prisión de duración indeterminada sujeta a un régimen de revisión de carácter excepcional, por lo que en principio se trata de una pena perpetua y de por vida”. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J. – *Derecho penitenciario*. 3.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 272. Apud FERNÁNDEZ, Ángela Casals – *La Prisión Permanente Revisable*, Colección Derecho Penal y Processal Penal. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, p. 133.

¹⁹¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis – El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. In *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, Número 06-03, pp. 15 e 16.

que está associada à delinquência comum, e que se manifesta em decisões político-criminais que conferem uma preferência quanto ao incremento da punição de certos tipos de delinquência clássica ou comum.

A obsessão pela eficácia do sistema penal, e de, *per se*, da pena, é uma marca da política criminal da sociedade de risco, que tem como bandeiras principais a expansão punitiva e a flexibilização das garantias processuais. Várias razões podem ser apontadas para estas opções, desde logo a multiplicação de confusões conceptuais que levantam uma onda de creditação de determinadas ameaças propiciadas pela confusão entre contextos de criminalização, permitindo retirar conclusões de necessidade de reforço do controlo penal sobre tipos criminais que nada têm a ver com criminalidade organizada, mas que levada pelos ventos de uma certa política da moralidade, altera o foco do sistema punitivo.

1.8. O Cidadão como inimigo do Estado

“Enfim, cada qual, dando-se a todos, não se dá a ninguém, e, como não existe um associado sobre quem não se adquira o mesmo direito que lhe foi cedido, ganha-se o equivalente de tudo o que se perde e maior força para conservar o que se tem”.

Jean-Jacques Rousseau, “O Contrato Social”,

CESARE BECCARIA enunciou: “foi, portanto, a necessidade que obrigou os homens a ceder parte da própria liberdade: é, pois, certo que cada um não quer colocar no depósito público senão a mínima parte possível, aquela apenas que baste para induzir os outros a defendê-lo. O conjunto destas partes mínimas possíveis forma o poder de punir tudo mais é abuso e não justiça; é facto, não é já direito¹⁹²”.

O Direito Penal do Inimigo tem sido caracterizado, entre outras notas, por uma ampla antecipação da tutela penal pela adoção de uma perspectiva de incremento notável nas penas e pelo relaxamento ou supressão de determinadas garantias processuais individuais. Por isso o Direito penal divide-se hoje entre a reação aposteriorística ao facto, isto é, o Direito Penal apenas reage após a realização do facto, e a reação apriorística, isto é, o direito penal reage antes do cometimento do facto. Como ressalva ZAFFARONI, quando se refere Direito Penal do

¹⁹² BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos...*, p. 65.

Inimigo, “en verdad, lo que se designa como derecho penal del enemigo es práctica corriente en mayor o menor medida em casi todo el planeta y en especial en América Latina, donde su instrumento preferido es la prisión preventiva o cautelar usada como pena principal y casi única.¹⁹³”

DELMAS-MARTY, por seu turno, fala-nos de uma “militarização do direito penal, pois que a força do *slogan* da guerra contra o crime é de facto deslocar as linhas do direito penal para o direito da guerra e, com isso construir um novo paradigma. (...) Os empréstimos à lógica de guerra tendem a transformar o instrumento jurídico em “arma de guerra”, sem se preocupar em reconstruir um sistema completo e coerente, havendo o risco, como mostra PALAZZO, de deformar progressivamente todo o sistema penal a partir da “dilatação da figura do inimigo”¹⁹⁴.

É, pois, este o paradigma a que assistimos nos nossos dias: um incremento decisivo do Direito Penal, um direito que deve intervir na primeira fraqueza de outras respostas, igualmente válidas e eficazes, da prevenção e repressão do crime.

A propósito de um resvalamento para um direito penal do inimigo, DELMAS-MARTY acentua a tendência de um crescente endurecimento do direito penal tendente a suprimir garantias penais dentro de um modelo denominado totalitário com características de transgressão da normatividade e uma ampliação das inclinações e da responsabilidade que institui um Direito Penal gizado por uma lógica de guerra, isto é, a punição do culpado acaba por ser substituída pela eliminação do inimigo perigoso.

A preocupação de eficácia, a que está umbilicalmente ligada a preocupação pela segurança e pelo risco, gravita em torno do perigo. A pena, assente numa *nouvelle vague* punitivista-inocuidadora, que não olha à relação entre custo e benefício, reabilita uma ideia de permanência em reclusão, isto é, “prender para conter”, uma vez que ao recolher delinquentes especialmente perigosos com tendências reincidentes logra uma redução radical da criminalidade. Nesta lógica, busca-se uma maximização de vantagens a baixo custo, quase que numa base empresarial, a fim de proceder ao controlo dos níveis de criminalidade, sendo que tendo em conta esta premissa nos questionamos se a pena de privação da liberdade, para os delitos integradores da criminalidade organizada transnacional é a resposta que se pretende obter para colmatar o seu alastramento.

É deste estado de coisas de onde partimos. Assim, partimos de uma conceção a duas

¹⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl – ¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?. In *Crímenes de Masa*, 2.ª Ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012, p. 84.

¹⁹⁴ DELMAS-MARTY, Mireille – *O Direito Penal do Inumano*. Tradução de Renata Kawano Nagamine, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014, p. 47.

velocidades, e, portanto, o que temos são dois direitos penais, em que, segundo a tese de JAKOBS, o Estado pode proceder por duas vias, tendo em consideração o criminoso em si, pois por um lado pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado, daí que, a reboque desta distinção se erijam dois Direitos penais: um do cidadão – *Bürgerstrafrecht* – que alberga todas as garantias penais e processuais; e outro do inimigo – *Feindstrafrecht* – em que a pessoa deve ser tratada como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas.

No reverso, encontra-se o Direito Penal do Cidadão que, é desde logo um Direito penal de todos. Se o Direito Penal do Inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado, ou seja, os que estão em permanente guerra, o Direito Penal do Cidadão oferece garantias de que uma pessoa, mesmo tendo cometido um crime conduzirá a sua vida segundo o Direito.

Nesta visão espartilhada do Direito, também a pena de prisão adquire dois significados que nos são trazidos pela visão de FLÁVIO GOMES e ALICE BIANCHINI “um simbólico e outro físico: (a) o fato (criminoso) de uma pessoa racional significa uma desautorização da norma, um ataque à sua vigência; a aplicação da pena, por seu turno, simbolicamente, retrata a ideia de que é irrelevante ter praticado essa conduta (para o efeito de se destruir o ordenamento jurídico); a norma segue vigente e válida para a configuração da sociedade, mesmo depois de violada; (b) a pena não se dirige ao criminoso, sim, ao cidadão que atua com fidelidade ao Direito; tem função preventiva integradora ou reafirmadora da norma; (c) A função da pena no Direito penal do cidadão é contrafática (contrariedade à sua violação, leia-se, a pena reafirma contrafaticamente a norma); (d) o Direito penal do inimigo procura predominantemente a eliminação de um perigo, que deve ser aniquilado pelo maior tempo possível; (e) quanto ao significado físico, a pena impede que o sujeito pratique crimes fora do cárcere. Enquanto ele está preso, há prevenção do delito (em relação a delitos que poderiam ser cometidos fora do presídio). O Direito penal do inimigo, como se vê, (a) necessita da eleição de um inimigo e (b) caracteriza-se ademais pela oposição que faz ao Direito penal do cidadão (onde deveriam vigor todos os princípios limitadores do poder punitivo estatal)¹⁹⁵.

Daí que o sistema punitivo acesse esta dicotomia e se apresente como um desafio que perpassa variados níveis e latitudes que nos convidam a uma apreciação jus-sociológica aturada.

¹⁹⁵ GOMES, Flávio e BIANCHINI, Alice – Jakobs e o Direito Penal do Inimigo. In *Direito Penal do Terceiro Milênio. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde*. Coordenador Cezar Roberto Bitencourt, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 537.

O mundo, tal como o vemos hoje, é um produto da mudança provocada pelo homem e pelas sucessivas tragédias e conquistas, obrigando-o a redefinir-se e a ajustar-se, no seu meio e na sua circunstância histórica.

O Direito, como ciência onde converge a incumbência de regulação da sociedade, nos seus mais variados ramos, vê-se enredado, no dealbar do século XXI, num conjunto de anátemas sociológicos, próprios de cada tempo e lugar, que levam a que o âmago do Direito, e do Direito Penal, em particular, se vá densificando em torno do que a própria sociedade conjectura, dos comportamentos que aceita e que proíbe e do nível de intervenção penal que deseja proporcionar com vista à protecção de bens jurídicos.

As novas morfologias que o crime abarca e que se projetam no campo científico de discussão, obrigam à necessidade de repensar o fenómeno da punição. Questões em torno do porquê e da forma como punir juntam-se a outra, de não somenos importância no quadro social e jurídico atual: por quem se pune. Desde tempos imemoriais que o homem envida esforços para punir e evitar a propagação do mal.

É certo, como FOUCAULT afirma, que “podemos ressaltar que nas nossas sociedades, os sistemas punitivos devem ser recolocados em uma certa “economia política” do corpo: ainda que não recorram a castigos violentos ou sangrentos, mesmo quando utilizam métodos “suaves” de trancar ou corrigir, é sempre do corpo que se trata – do corpo e de suas forças, da utilidade e da docilidade delas, de sua repartição e de sua submissão.”¹⁹⁶

A nova contemporaneidade é marcada de forma bifrontal por sentimentos de inquietação e de receios. Inquietação, porque a natureza do homem se transmuta e se desdobra em múltiplos paradoxos. Receios, porque ao viver em permanente busca o ser humano vai criar situações geradoras de novos riscos, os quais importam perigos, que simultaneamente e, por seu turno, provocam o medo.

Por isso, compreender e questionar o direito penal hodierno é, na sua essencialidade conjugar a tridimensionalidade risco-perigo-medo que operam dentro de presente histórico em que nos situamos, e que, na sua multidimensionalidade social, jurídica e histórica obrigam a um exercício crítico por forma a buscar respostas convergentes para a questão dos fins que se assacam ao direito penal da modernidade¹⁹⁷. E esta modernidade é em si globalizante, como a

¹⁹⁶ FOUCAULT, Michel – *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete, 36.ª Edição, Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 28.

¹⁹⁷ Nesse sentido, o projeto da modernidade, segundo análise de Jürgen Habermas, não se concluiu, pois, o que se percebe nos diversos discursos filosóficos contemporâneos é a presença disseminada de vários pós: pós-analíticos, pós-estruturalistas, pós-marxistas, ou seja, a superação (ou tentativa) dos paradigmas vigentes por outros modelos que correspondam às diversas mudanças sociais vivenciadas na contemporaneidade.

adjetiva GIDDENS e a globalização é um “processo de distensão, na medida em que os modos de conexão entre os diferentes contextos sociais ou regiões se ligam em rede através de toda a superfície da Terra¹⁹⁸”. DAVID HARVEY fala-nos neste contexto de uma “compressão de tempo e espaço”, o que nas palavras do autor se resume a que a globalização é motivada por uma crescente velocidade de comunicação e movimentação de capital, que resulta de uma compressão do espaço e do tempo. Nesse sentido refere o autor, “a intensidade da compressão espaço-tempo no Capitalismo ocidental desde os anos ’60 do século passado, com as suas congruentes características de efemeridade e fragmentação no espaço político e privado e também social, indica um contexto experimental que torna a condição da pós-modernidade como algo de especial”¹⁹⁹.

Do que se trata é de aquilatar o porquê da colocação em perigo do fim último do direito penal, que situa de um lado os bens jurídicos que são lesados ou colocados em perigo de lesão perante novas ameaças (modernas) e a proteção do cidadão delinquente.

Esta convivência, nem sempre pacífica, dos interesses que o Direito Penal visa esgrimir sob o primado da dignidade da pessoa humana²⁰⁰ tem chamado para o centro do debate a vetusta polarização entre a dimensão da liberdade e a dimensão da segurança. Esta última, tem levado a uma exacerbação de discursos políticos e, em sequência de opções político-criminais tendentes a dar primazia a uma visão securitária.

No geral assiste-se a uma maior intervenção do Estado na esfera do indivíduo, daí que o Estado – através do seu arsenal penal – propenda a dar primazia à sua função repressiva e, portanto, exerça um maior controlo social e tenda a comprimir a sua função garantista, concedendo um espaço residual às liberdades.

¹⁹⁸ GIDDENS, Anthony – *Consequências da Modernidade*, Tradução do inglês de: Fernando Luís Machado e Maria Manuela Rocha, 4.^a Edição portuguesa, Celta Editora, 1998, pp. 44 e 45.

¹⁹⁹ HARVEY, David – *The Condition of Postmodernity (An Enquiry into the Origins of Cultural Change)*. Blackwell Publishers, Cambridge MA & Oxford UK, 1990, p. 306. Tradução livre do inglês de: “The intensity of time-space compression in Western Capitalism since 1960s with all of its congruent features of excessive ephemerality and fragmentation in the political and private as well as in the social realm, does seem to indicate an experiential context that makes the condition of postmodernity somewhat special”.

²⁰⁰ Nunca é demais repetir que o postulado da dignidade da pessoa humana perpassa a teia normativa *supra* legal internacional e europeia. Podem-se destacar a título exemplificativo, os seguintes diplomas: a) Da ONU: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1949, a Convenção Relativa à Escravatura, de 1926; a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948; o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966; o Segundo Protocolo Adicional ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos com vista à Abolição da Pena de Morte, de 1989; o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1966; a Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes, de 1984; a Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional, de 2000; a Convenção Sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, de 2006; b) Do Conselho da Europa: a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950; Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo, de 1977; a Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e Das Penas ou Tratamentos Desumanos e Degradantes, de 1987; a Convenção do Conselho da Europa Relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos, de 2005; c) da União Europeia: a Carta Dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000.

Esta via securitária sustenta-se fundamentalmente na emergência da criminalidade de massas, assaz confundida com o conceito de criminalidade organizada. GUEDES VALENTE alerta-nos para o perigo de se confundir estes dois tipos de criminalidade, uma vez que interseccionar as suas definições tem um respaldo prático pejorativo, que se traduz na promoção de “uma esquizofrenia legislativa interna para apetrechar os meios formais de controlo de instrumentos jurídicos de reação aos fenómenos criminais de massa (crimes violentos, roubos, furto de automóveis, tráfico de droga de distribuição direta) com a ideia de que estamos no quadro da criminalidade organizada”²⁰¹. Aliada à crescente musculação do sistema – instrumentos, meios, hipertrofia legislativa – da confusão que se faça entre a criminalidade de massa e a criminalidade organizada, gerar-se-á sempre uma onda de inquietação, um clima de ameaça que alimenta um medo desmesurado e muitas vezes descontextualizado. Quando assim é, clarifica GUEDES VALENTE, está-se perante uma criminalidade estruturada que “no fundo, não tem os elementos político-criminais, criminológicos e jus criminais que justifiquem a intensificação, a ampliação e a proliferação de meios de investigação promotores de uma total devassa dos direitos e liberdades fundamentais, assentes e germinadores de uma visão distorcida da prevenção e repressão da verdadeira criminalidade organizada”.

Concomitantemente, assistimos hoje à eclosão de um direito penal de autor, em que a aplicação de uma pena se fundamenta em atributos pessoais do agente do crime por oposição a um direito penal do facto em que se tende a ver o outro (o outro sendo o delinquente ou aquele que viola a lei e a ordem social) como inimigo ou “não-pessoa”²⁰².

Como Jakobs relembra “quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantia de um comportamento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar com un legítimo derecho de los ciudadanos, em su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluído”²⁰³.

Importa nesta sede esclarecer que a própria posição de Jakobs é contraditória, no que tange à abordagem ao direito penal do inimigo. Se, por um lado, num texto que publica em

²⁰¹ VALENTE, Manuel M. Guedes – *Criminalidade organizada: tópico juscriminológico supranacional...*, pp. 135 e 136.

²⁰² A este propósito vide VALENTE, Manuel M. Guedes – *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo (o Progresso ao Retrocesso)*. 5.ª Edição, Almedina, 2021, p. 29. Como nos explica o autor a imagem da expressão o “progresso ao retrocesso”, tem como base a construção do retorno à ideia de delinquente inimigo imbuído de uma cultura de segurança e de guerra ao crime. Estas expressões devem-se a Anabela Miranda Rodrigues que ao discernir acercados rumos da política criminal, nos fala do direito penal como instrumento de liberdade que hoje vê-se confrontado com uma crescente demanda de segurança. RODRIGUES, Anabela – Política criminal – Novos desafios, velhos rumos. In *Lusíada*. Direito. N.º 3, 2005, Lisboa, p. 15.

²⁰³ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel – *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid, Civitas, 2003, p.47.

1985 no decurso de um Congresso penalistas alemães, em Frankfurt, contribui para uma crítica da ideia de um direito como instrumento persecutório, já em 1999, em Berlim, naquela que ficou conhecida como a “Conferência do Milénio” vem defender a antítese do que havia criticado anteriormente, apoiando-se agora na génese de um direito belicista, em que todo aquele que atenta contra bens jurídicos²⁰⁴ sofrerá uma espécie de *capitis deminutio*, estranguladora de direitos. Nesse sentido, para JAKOBS está em causa um direito penal a velocidades desfasadas: um direito construído para o cidadão – Direito Penal do Cidadão – e outro para o inimigo – Direito Penal do Inimigo, chegando mesmo a ir defender a inexistência de um direito penal que não seja o do inimigo.

FIGUEIREDO DIAS²⁰⁵ convida-nos a analisar esta dimensão dupla, na qual tem de prevalecer o direito penal do facto. Deste modo, evidencia aquele autor que “toda a regulamentação jurídico-penal liga a punibilidade a tipos de factos singulares e à sua natureza, não a agentes e às características da sua personalidade; e também no de que as sanções aplicadas ao agente constituem consequências daqueles factos singulares e neles se fundamentam, não são formas de reação contra uma certa personalidade ou tipo de personalidade²⁰⁶”. Portanto do que se trata é, como enfatiza CANCIO MELIÁ, da re-emergência de um “concepto de “Derecho penal del enemigo”: un Derecho penal – como ya indica la denominación – que trata a los infractores en alguna medida no como ciudadanos, es decir, como sujetos que no han respetado los mínimos de convivencia condensados en las normas penales y que deben ser desautorizados mediante la pena, sino como enemigos, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea, cueste lo que cueste. Mediante este tipo de normas – ya existentes en el ordenamento – “el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos”²⁰⁷.

²⁰⁴ Para a definição de autor como inimigo do bem jurídico, segundo o qual poderiam ser combatidos já os mais prematuros sinais de perigo embora isso possa não ser oportuno no caso concreto, deve-se contrapor aqui uma definição de autor como cidadão. O autor não somente deve ser considerado como potencialmente perigoso para os bens de vítima, como deve ser definido também, de antemão, por seu direito a uma esfera isenta de controle; e será mostrado que do status de cidadão podem derivar limites, até certo ponto firmes, para as antecipações de punibilidade. JAKOBS, Günther - *Incriminação do estado prévio à lesão de um bem jurídico*. Tradução de André Luis Callegari. In: Fundamentos de Direito Penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 111.

²⁰⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais...*, p. 221.

²⁰⁶ A este propósito vale assinalar que qualquer conceção de culpa que se ligue a traços de personalidade é para Figueiredo Dias inaceitável porque é incompatível com a regra do Estado de Direito democrático. Como complementa o autor, não é desejável que vingue uma qualquer teoria de culpa na condução de vida ou culpa na formação da personalidade, quando: ou o agente conduziu a sua vida em conflito com o dever-ser jurídico-penal, seja porque decidiu em certo momento tornar-se um criminoso, seja porque ao longo da vida se não preparou para respeitar os comandos do direito penal; se, numa palavra, elas se fizerem radicar no quadro de um direito penal do agente. DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal...*, p. 222.

²⁰⁷ MELIÁ, Manuel Cancio – *Derecho Penal del Enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000*. Disponível online em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=264123> [Consultado em 16.08.2022].

O tráfico de seres humanos, passando pelo tráfico de estupefacientes ou de órgãos, ou, ainda, a criminalidade altamente violenta e organizada, apelam a que o Direito Penal se muna de uma verdadeira “artilharia legislativa pesada” e de reforço dos poderes policiais a fim de apaziguar o clima de medo e de incerteza²⁰⁸ originado por aqueles fenómenos.

Do que se trata é da sacralização da segurança ou de, pelo menos, de um sentimento de segurança que leva a que haja uma despersonalização do cidadão. Neste sentido o que se advoga é um regresso²⁰⁹ uma conceção de um direito penal autoritário e que reinaugure uma nova alternativa de reação da intervenção penal. O pressuposto deste entendimento reside na ideia de um controlo social punitivo tendo em consideração de que todo o indivíduo é perigoso e, portanto, constitui uma ameaça à segurança.

Aliás, CANCIO MELIA, chama a atenção para a “existencia en el debate político de un verdadero *“clima punitivista”*: el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance

²⁰⁸ Acerca da incerteza fala-nos Silva Sánchez a propósito da institucionalização da insegurança, no sentido que se vive uma era de imprevisibilidade como o mesmo refere: 1. La sociedad postindustrial es, además de la «sociedad del riesgo» tecnológico, una sociedad con otros caracteres individualizadores, que convergen en su caracterización como una sociedad de «objetiva» inseguridad. De entrada, debe significar-se que el empleo de medios técnicos, la comercialización de productos o la utilización de sustancias cuyos posibles efectos nocivos no se conocen de modo seguro y, en todo caso, se manifestarán años después de la realización de la conducta introducen un importante factor de incertidumbre en la vida social. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María – *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Segunda Edición, revisada y ampliada, Civitas, 2008, p. 29. A propósito de uma tendência securativista do Direito Penal, veja-se VALENTE, Manuel M. Guedes – *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo...*, pp. 101 e ss.

²⁰⁹ Esta ideia de um cidadão excluído da sociedade por não aderir a exigências de justiça, tem origens muito remotas e apoia-se em diversos autores e linhas de pensamento. Não obstante, não sendo nossa pretensão expor de forma detalhada toda a evolução histórica e desenvolvimento do direito penal do inimigo e, por conseguinte, da construção do delinquente-inimigo cumpre apenas mencionar algumas das teorias e visões que impregnaram desde tempos remotos esta conceção. A origem vão desde Protágoras com a sua teoria da inocuidade ou neutralização do ser humano – a ideia de que todo o cidadão que não conseguir orientar-se para uma ideia de justiça e sentido moral e reincidir deve ser neutralizado; por sua vez na obra *Summa Theologica* S. Tomás de Aquino afina-se numa modelação do delinquente como infractor-pecador, ideia que na Idade Média foi transposta para o movimento da Inquisição, assente na premissa de que os fins utilizados justificam métodos como a tortura e outros tratamentos desumanos. A obra de Jean-Jacques Rousseau, *O Contrato Social* veio propor no seio do Direito Penal do Inimigo que se fizesse uma espécie de novo contrato e, portanto, ao arripio deste renovado clausulado, todo o cidadão que não obedeça ao contrato e infrinja as regras do mesmo não detém a condição de cidadão dotado de moral; já por sua vez Thomas Hobbes propõe a construção de um direito penal a duas velocidades: um direito penal para os maus e um outro para os inimigos. Hobbes fala-nos de dois estados: o estado natureza e o estado legal: assim, para aquele autor a fim de sair do estado natural, do caos (onde se encontram os cidadãos produtores de perigo e portanto são uma ameaça), é necessário, tal como propusera já Rousseau, a celebração de um pacto social em que existe uma transferência de poderes para uma entidade soberana que gere os recursos e promove a paz pública. Daí que a passagem para o estado legal, implica uma transferência limitada do poder para o Estado, o qual garante a liberdade e a segurança necessária à convivência em sociedade, equilíbrio que se atinge por via da emergência do poder de punir. Esta mesma linha de ideias grassa no pensamento de Locke e Kant que concordam que o inimigo é uma ameaça permanente à segurança jurídica e física. Ambos os autores colocam a questão de forma bipartida, isto é, entre o estado naturalis e o estado legalis, pelo que cada cidadão inimigo é aquele que se encontra no estado natural porque representa uma ameaça constante e permanente à ordem e à segurança pública ou, por outro lado encontra-se no estado legal tendo adotado comportamentos que colocam em perigo a paz do estado legal. Von Lizst é também um dos autores que reintroduz o direito penal de autor, em que a pessoa não é responsabilizada pelo que fez ou pelo facto que praticou mas por aquilo que ela representa, isto é, uma ameaça permanente para o poder intuído.

de la criminalización como único criterio político-criminal.”²¹⁰

É com a obra *Dei Delitti e Delle Pene*, de CESARE BECCARIA que se provoca a cisão entre o pensamento que grassara até 1764, originando uma nova visão e uma nova vaga humanista que impregnou o direito penal e que viria a moldar todo o modo de pensar ocidental.

RADBRUCH falava-nos que, face a uma nova onda de criminalidade e à construção de um delinquente despido de direitos e inimigo da sociedade, “a política criminal deve promover a evolução do direito penal de modo a que o seu aperfeiçoamento (*Verbesserung*) não desemboque em direito penal, mas num Direito muito mais inteligente e mais humano”²¹¹.

Ora, este apelo pela incrementação de um Direito Penal leva-nos a perguntar como já o fez ANABELA RODRIGUES, até onde pode recuar a liberdade para assegurar a segurança²¹².

A questão da segurança, que é um conceito deveras abrangente e polissémico²¹³, tem, no entorno do direito penal e ciências que deste derivam, uma importância lapidar. IVONE CUNHA realça a este respeito que não deve ser confundidas as noções de “sentimento de insegurança, “medo do crime”, “preocupação com o crime”, no entanto, a verdade é que medo e (in)segurança andam de mãos dadas até porque como a autora expõe: “Medo – ou insegurança enquanto medo – tem assim sobretudo uma relevância pessoal, ligada ao modo como cada pessoa estima os riscos, percebe as ameaças e se conduz em função disso, ao passo que a preocupação com a delinquência tem associada uma relevância mais abstrata e sobretudo de ordem social”²¹⁴.

Na verdade, este entendimento do que é segurança, que está sobretudo alicerçado no medo e se dirige, muitas vezes, ao grau de perigosidade do criminoso, se não tanto com a evidência da prática de um determinado crime, baseia-se num sistema punitivo que endeusa o encarceramento (de longa duração) como a solução rainha para a combater a difusão do medo. O grau de tranquilidade que o confinamento de certos indivíduos gera, tornou-se o placebo das sociedades hodiernas.

A reboque de uma lógica securitária, só a “prisão liberta”, delineando-se um arsenal punitivo que deposita no cárcere uma ideia de quase salvação ou retardamento de atividades delituosas, fazendo grassar a ideia de que “se o delinquente está preso, pelo menos escusa-se

²¹⁰ MELIÁ, Manuel Cancio – *Derecho Penal del Enemigo* ..., p. 19.

²¹¹ RADBRUCH, Gustav – *Filosofia do Direito*. Tradução do alemão *Rechtsphilosophie* de Marlene Holzhausen. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2004, p. 243. *Apud* VALENTE, Manuel M. Guedes – *Direito Penal (Fundamentos Político- Criminais)*, Edição de Autor, Lisboa, 2017, p. 10.

²¹² RODRIGUES, Anabela Miranda – *Controlar e punir...*, p. 159.

²¹³ Quanto ao debate sobre esta aceção, veja-se VALENTE, Manuel Guedes – *Segurança: um Tópico Jurídico em Reconstrução*. Lisboa. Âncora Editora, 2013.

²¹⁴ CUNHA, Manuela Ivone – *Criminalidade e Segurança*. Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019, pp. 27 e 28.

de praticar crimes”, o que poderá produzir um resultado perverso: por um lado a dessocialização do condenado e a permanência do medo, porque afinal, o indivíduo há-de retornar à sociedade um dia.

ANABELA RODRIGUES salienta que “a questão está em dispor, para além dos meios, dos conhecimentos necessários para concretizar a oferta da socialização, a fim de que as oportunidades – embora limitadas e tardias – dadas a quem está ainda em condições de abandonar a “carreira criminal” sejam, na maior medida possível, reais e não meramente simbólicas²¹⁵”.

Ora, este movimento de pro-encarceramento leva a que, paradoxal e concomitantemente, surja um forte interesse pelas penas alternativas à prisão, que ciclicamente ocupam os discursos políticos, e que podem a longo prazo enfermar dos mesmos resultados perversos, isto é, podem mostrar-se inaptas ao fim a que se prestam, e, por isso, não oferecem mudança nem ao delinquente nem à sociedade.

Se este clima de descompensação impregna a sociedade em que se insere este homem perdido e, simultaneamente, aturdido, então surge, também e, inevitavelmente, o risco²¹⁶, sentimento que tem penetrado a ciência num todo.

Como bem coloca BECK, a propósito das alterações climáticas, “neste momento de catarse, os muros mentais dos efeitos secundários institucionalmente construídos são derrubados e podemos estudar empiricamente o facto social de como os horizontes cosmopolitas estão a surgir e a ser globalizados”²¹⁷. Neste sentido a gestão dos medos, assumidos pelas novas dimensões dos riscos, é o produto daquilo que afinal é a revisitação de um passado que se mostra obsoleto do ponto de vista dos valores, já que esses mesmos valores se encontram travestidos por uma espécie de ameaça valorativa emergente de uma nova ordem global.

Daí que, diante desta hecatombe mundial, o próprio Estado se transforme, e a ideia de “menos Estado” deixe de existir para passar a vigorar o lema de “mais Estado”, sob uma perspectiva de Estado controlador, ou numa formulação orwelliana o “big eye” que tudo vê e tudo domina, desenvolvendo-se uma cultura de controle, em que as palavras crime e castigo

²¹⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda – *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade: os Critérios da Culpa e da Prevenção*, 1.ª Edição (Reimpressão), Coimbra Editora, 2014, p. 559.

²¹⁶ Segundo Pinto Bronze, o risco é sinal de perspectiva e de escolha, de perigo e de desafio, de angústia e de ousadia, de atenção e de cuidado. PINTO BRONZE, Fernando – *Argumentação jurídica: o domínio do risco ou o risco dominado? (tópicos para um diálogo pedagógico)*. Folhas policopiadas. Inédito. Coimbra, 2000, p. 21. *Apud* FERNANDES, Paulo Silva – *Globalização, Sociedade de Risco e o Futuro do Direito Penal (Panorâmica de alguns problemas comuns)*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 19.

²¹⁷ BECK, Ulrich – *A Metamorfose do Mundo (como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade)*. Edições 70, 2017, p. 156.

impregnam a política, espreitando o sentimento de ansiedade coletiva que propala a pena como a cura para um mal social e que encontra na prisão o último reduto de salvação.

Não obstante o grau de euforia gerado pela cultura do risco e do medo, que empresta uma visão securitária ao direito, com todas as desvantagens que provoca, a verdade é que tais sentimentos se infiltraram no seio da ciência criminal, simultaneamente como um obstáculo e impulsionador. Esta dupla faceta do risco traz uma (nova) missão para o direito penal que é chamado a envergar a sua capa protetora de bens jurídicos que se projetam ao nível global e com um diferente impacto económico e social. A ideia de pena criminal, como a define SERGIO MOCCIA “indudablemente representa la intervención estatal más grave sobre la libertad y la personalidad individual²¹⁸”.

Como ensina NIEVES SANZ MULAS “El crimen organizado no es, desde luego, um problema nuevo, pues todos conocemos la existencia de la mafia en el siglo XIX. Lo que sí es nuevo es la dimensión adquirida en los últimos tiempos, hasta el punto de poder afirmar que la criminalidade organizada es la delincuencia de la globalización²¹⁹”.

Esta lógica de escaparate de emoções num espaço auto-gerado pela famigerada criação de uma nova ordem social, é transposta também para a forma como se reorganiza a sociedade e se constroem as novas formas de dissidência criminógena. A influência da estrutura globalizada da esfera pública leva a que se formem, por sua vez, novos “espaços de socialização²²⁰”.

A tripartição da política criminal como a queremos analisar tem na sua génese, até por uma análise simples da literalidade da expressão, a palavra política. Interpretar o que é a política, embora não se inserindo no escopo da nossa investigação, é fulcral para um enquadramento sistemático do tema. Associada ao conceito de política temos sempre a questão do poder. Na obra, *O Leviatã*, THOMAS HOBBES definiu poder como “the power of man (to take it universally) is his present means, to obtain some future apparent good. And, is either original or instrumental”²²¹. Esta ideia de poder, assente na ideia de obtenção futura de bem-estar, embora possa oferecer uma leitura pura do conceito de política é ainda assim redutora.

O poder está também ligado à própria globalização, através de um fenómeno designado

²¹⁸ MOCCIA, Sergio – *El Derecho Penal entre Ser y Valor (Función de la Pena y Sistemática Teleológica)*. Tradución de Antonio Bonnanno, Júlio Cedar Faira Editor, 2003, p. 86.

²¹⁹ SANZ MULAS, Nieves – *Política Criminal*. 2.ª Edición, 2017, p. 177.

²²⁰ A expressão é de Anabela Miranda Rodrigues ao descrever o desaparecimento da esfera pública e o surgimento de novos espaços de socialização, como sendo um aspecto paradoxal da globalização que unifica o espaço das trocas e das comunicações no todo (ou quase) do planeta que se traduz sociologicamente por uma disseminação indefinida e incontrolável de formas de socialização. RODRIGUES, Anabela Miranda – Criminalidade Organizada – Que política criminal? In *Revista Brasileira de Direito Comparado*, N.º 24, Rio de Janeiro, 2003, p. 108.

²²¹ COSTA, José de Faria – *Direito Penal e Liberdade*. Âncora Editora, 2020, p. 23.

como a “planetarização do poder”²²².

A política tem também uma relação com o desejo. Como bem aponta FOUCAULT “talvez em poucos lugares possa-se representar tão bem o quanto a ligação genuína entre desejo e poder se dá”²²³. Por isso qualquer intervenção política tem este desígnio sedutor de apelar a massas crenças e ideias moldadas por uma síndrome de dominação. Assim um discurso que apele constantemente ao poder punitivo “seduz profundamente (...) e traduz não somente as lutas ou os sistemas de dominação, mas revela aquilo porque se luta, pelo que se luta – o poder, enfim, do qual queremos nos apoderar”²²⁴.

A vontade de punir expressa nos programas políticos hodiernos cimenta-se nos climas de ameaça emergente das sociedades securitárias e que refletem o temor pelo próximo. A ideia de conter os fenómenos criminais “novos” leva a uma opção pelo chamado “fervor punitivo” que leva ao populismo punitivo extremo que se translada através da política. Afinal assiste-se a uma “democracia jogada contra ela mesma onde o retorno das exigências de controle, segurança e punição avançam triunfantes sobre os próprios direitos pessoais”²²⁵.

Muito embora a missão do Estado seja, apesar da base política a que tiver adstrito, proporcionar o máximo de bem-estar e de segurança aos seus cidadãos, não é menos verdade que existe sempre correlacionada uma ideia de poder – aquele que se “realiza no e pelo Estado”²²⁶. Uma das facetas pela qual o Estado exterioriza essa *potestas* é precisamente aquela que exerce pela via do seu poder punitivo. Este fardo, que não é compaginável com qualquer outro é aquele que se materializa na aplicação de sanções, através das quais vai essa *longa manus* legitimadora do Estado e do Direito.

O fenómeno da globalização fez renascer um novo conceito de espaço e integração económica que por sua vez gerou o nascimento de um novo conceito de crime, focado em características como “organização”, “transnacionalidade”, “poder económico”, que estão

²²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl – La Globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In *Criminalidade Moderna e reformas penais: Estudos em homenagem ao Prof Luiz Luisi/Ada Pellegrini Grinover...et alii.*, Org. André Copetti, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 141. Neste sentido, o autor identifica como características do nuevo poder planetario. Op. cit. p. 12.

²²³ FOUCAULT, Michel – *A Ordem do Discurso – Aula Inaugural no Collège de France, pronunciada em 02 de Dezembro de 1970*. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1996, pp.10 e ss. *Apud* MORAIS DA ROSA, Alexandre e JOBIM DO AMARAL, Augusto – *Cultura da Punição: A Ostentação do Horror*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2014, p. 44.

²²⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre e JOBIM DO AMARAL, Augusto – *Cultura da Punição...*, p. 44.

²²⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre e JOBIM DO AMARAL, Augusto – *Cultura da Punição...*, pp. 57 e 63. A propósito do fenómeno do terrorismo, é interessante verificar a posição dos autores quanto à formulação que fazem da democracia, quando referem que há uma espécie de terror interno que produz uma autoimunização na democracia – pois sabe-se que o pior e mais eficaz terrorismo, ainda que pareça externo ou internacional é aquele que instala uma ameaça interior e lembra que o inimigo está também alojado dentro do sistema – ou seja, destrói suas defesas imunitárias, subverte sua linguagem e fragiliza suas instituições.

²²⁶ COSTA, José de Faria – *Direito Penal e Liberdade...*, p.26.

desfasados da ideia de criminalidade clássica.

Por seu turno, o manancial do Estado para perseguir esta criminalidade mostra-se um verdadeiro desafio, e há um sentimento de fracasso expresso pelas instituições do Estado, que faz com que esta criminalidade se expanda a um ritmo muito maior. Como atesta SILVA FRANCO, “a inexistência de um Estado mundial ou de organismos internacionais suficientemente fortes que disponham do *ius puniendi* e que possam, portanto, emitir normas penais de caráter supranacional, a carência de órgãos com legitimação para o exercício do *ius perseguendi* e a falta de concretização de tribunais penais internacionais agravam ainda mais as dificuldades do enfrentamento dessa criminalidade gerada pela globalização. Além disso, o Estado-nação, derruído na sua soberania e tornado mínimo pelo poder econômico global, não tem condições de oferecer respostas concretas e rápidas aos crimes dos poderosos, em relação aos quais há, no momento, um clima que se avizinha à anomia²²⁷”.

O modelo do Estado de Direito não admite qualquer imposição de pena sem que haja a prática de um crime, sem que esteja tipificado em lei anterior, que proíba e puna esse ato, que haja culpa do seu autor e que a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, que exista uma acusação perante um juiz imparcial, sujeito ao contraditório, num entorno processual que prevê procedimentos legalmente preestabelecidos. Segundo um modelo autoritário inexistem limites à intervenção punitiva estatal. Por isso, o primeiro modelo pode ser identificado como o modelo do Estado de direito, no qual o poder público e o poder penal estão vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um dispositivo processo legal, ao invés do Estado absoluto ou totalitário, que implementa sistemas de controlo penal onde os poderes públicos são absolutos e, portanto, não disciplinados pela lei onde há ausência de limites e condições.

Ao contrário, o modelo de direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela *incerteza e imprevisibilidade* das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação.

²²⁷ FRANCO, Alberto Silva – Globalização e Criminalidade dos Poderosos. In *Temas de Direito Penal Econômico*. Roberto Podval (Org.). São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2000, p. 257.

2. A pluralização do fenómeno criminoso (organizado), a danosidade social relativamente à ameaça *intra muros* e a (in)suficiência do sistema prisional

“La méjor cárcel es, sin duda, la que no existe.”

Alessandro Baratta

Um ano particularmente difícil na sequência da pandemia provocada pelo vírus SARs-CoV-2 – essencialmente durante os anos de 2020 e 2021 – demonstrou-nos o valor que pode ter uma simples saída à rua para compensar o excesso de horas passados em confinamento: o valor da liberdade.

A experiência decorrente da imposição de vários estados de emergência, trouxe consigo a marca de uma reclusão forçada para o cidadão comum. Muitos irão discordar quanto aos benefícios que tal confinamento produziu, mas, certamente, a maioria concordará que a tecnologia salvou a elementar necessidade de comunicar e de manter os laços afetivos, demonstrando que é essencial “transpor” os muros da reclusão.

Assim passamos para a realidade da reclusão inserida no sistema penal que se deve afigurar como o último reduto de qualquer sistema punitivo, e que, deve, também, contemplar as marcas do humanismo, condão da dignidade da pessoa humana, que trespassa todo o regime de execução de penas e a reinserção do recluso.

O sistema prisional português foi sempre considerado como um sistema em construção, tentando sempre a sua própria superação e que tem vindo a encontrar o seu caminho de crescimento, numa cadência de aperfeiçoamento constante.

Desde a Reforma da Organização Prisional de 1936²²⁸, da autoria de Beleza dos Santos, passando pela Reforma de 1979, da autoria de Eduardo Correia e já no século XXI, culminando

²²⁸ A Reforma da Organização Prisional de 1936, foi um marco de mudança no sistema prisional, desencadeado pelo Decreto-Lei n.º 26643, de 28 de Maio de 1936. É com esta reforma que se abandonaram em definitivo os modelos saídos das reformas do século XIX, inaugurando-se o início de uma era marcada no acompanhamento ao recluso e à sua reinserção social, enquadrando o recluso no sistema de forma a perceber o sentido prático e útil da pena aplicada, possibilitando a concretização dos princípios e das normas. Assim, punir não era a premissa central do sistema, uma vez que a pena deveria possibilitar a reabilitação dos indivíduos, ou seja, “não tornar piores aqueles que entram no estabelecimento prisional e, se possível, melhorá-los, por maneira a regressarem à vida social livre ou readaptados ou pelo menos inofensivos” (Decreto-Lei nº 39.922, de 24 de novembro de 1954). “Ainda em 1936, é também criada junto dos estabelecimentos prisionais com mais população a figura dos assistentes sociais, com o propósito de estudar os presos, estimular a sua readaptação social e preparar a reaproximação à família. A reforma de 1936 foi, igualmente, importante na medida em que estabeleceu os regimes penitenciários apropriados aos diferentes estabelecimentos, tendo em conta vários aspetos tais como o tipo de pena, o tipo de crime, a idade do recluso, etc. No âmbito desta reforma é criada a Comissão de Construções Prisionais

com o Código de Execução de Penas de 2009, que foi o produto do resultante as propostas resultantes da Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional (CEDERSP), presidida por Freitas do Amaral, em 2004²²⁹. Não se olvide que em 2004, a propósito do relatório final da CEDERSP, a Comissão apontou para as parcas condições do sistema prisional português, apelidando-o de “mau”, “fruto de várias décadas de desatenção e desinvestimento dos poderes públicos na melhoria do sistema, e não atinge, em vários aspetos, os padrões de qualidade exigíveis, no início do século XXI, a um Estado de Direito Democrático, baseado na dignidade da pessoa humana”²³⁰.

para resolver as “péssimas” – como foram designadas pelo Decreto-Lei 26.643 – condições de construção, instalação e localização das prisões. No seu artigo 210º refere-se que nenhum estabelecimento prisional poderá ser construído, instalado ou alterado sem um plano elaborado por esta Comissão, que funcionará junto do Ministério das Obras Públicas e terá de ter a aprovação do Ministério da Justiça por intermédio da Direção-Geral dos Serviços Prisionais. Compete, ainda, à Comissão a escolha e aquisição dos terrenos ou prédios, bem como proceder a expropriações, elaborar programas, aprovar projetos e fiscalização das obras em colaboração com a Direção-Geral dos Edifícios e Monumentos Nacionais (Lei nº 1.968, de 19 de maio de 1938). Entre 1940 e 1972, a Comissão das Construções Prisionais, através do Ministério das Obras Públicas e Comunicações colocou em funcionamento cerca de setenta e oito novas cadeias comarcãs, em Águeda, Albufeira, Alcobaça, Alenquer, Alijó, Amarante, Anadia, Angra do Heroísmo, Aveiro, Arganil, Beja, Braga, Bragança, Caldas da Rainha, Cantanhede, Castelo Branco, Castro Daire, Celorico da Beira, Chaves, Cinfães, Covilhã, Elvas, Estarreja, Évora, Fafe, Faro, Feira, Felgueiras, Figueira de Castelo Rodrigo, Fronteira, Fundão, Guimarães, Gouveia, Guarda, Horta, Ilha do Faial, Lagos Leiria, Loulé, Macedo de Cavaleiros, Melgaço, Miranda do Douro, Mirandela, Mogadouro, Moimenta da Beira, Monção, Moncorvo, Montalegre, Montemor-o-Novo, Montijo, Moura, Odemira, Olhão, Oliveira de Azeméis, Oliveira do Hospital, Paredes Penafiel, Pombal, Ponte de Lima, Ponta do Sol, Portimão, Porto de Mós, Redondo, Resende, Sabugal, São Pedro do Sul, Santa Comba Dão, Setúbal, Silves, Soure, Tomar, Torres Novas, Torres Vedras, Viana do Castelo, Vieira do Minho, Vila Nova de Famalicão, Vila Real, Vila Real de Santo António, Vila Verde, Vimioso e Vouzela.

Em 1944, sob a dependência direta do Ministro, surgem a Comissão e a Inspeção do Trabalho Prisional e Correccional. O programa de trabalhos públicos implementado a partir de então, num contexto de apoio social aos presos, e que há muito estava pensado, teve finalmente desenvolvimentos no pós-guerra.

Pretendia-se com esta Comissão regulamentar o trabalho dos presos e dos menores internados; elaborar as bases da reforma administrativa das explorações industriais e agrícolas dos estabelecimentos prisionais e judiciais de menores; estudar a reorganização económica e financeira das explorações de forma a não sobrecarregar o orçamento do Estado; planear a organização de campos de trabalho e o destacamento dos indivíduos a cumprir penas ou medidas de segurança; promover a organização das oficinas, o seu apetrechamento e exploração; planear o recurso à mão de obra prisional em obras públicas do Estado e estudar as bases dos acordos a efetuar com as entidades competentes; elaborar um sistema de contabilidade industrial e agrícola a aplicar uniformemente nos estabelecimentos com explorações e, reorganizar os serviços de serviço social para melhor acompanhar a integração no trabalho dos antigos presos e internados.” Disponível online em: <https://200anos.justica.gov.pt/o-estado-novo/reforma-prisional/>. [Consultado em 08.01.2024]

²²⁹ Não poderemos ainda obliterar a importante alteração que Cavaleiro de Ferreira, então Ministro da Justiça, operou em 1944/1945, que foi a criação do Tribunal de Execução das Penas, através da Lei n.º 2000, de 16 de Maio, posta em execução pelo Decreto n.º 34540, de 27 de Abril de 1945). Só mais tarde em 1976, com a revisão introduzida pelo Decreto-Lei n.º 783/76, de 29 de Outubro, se previu a orgânica e regras de funcionamento do tribunal de execução das penas, atribuindo competências especializadas a um magistrado a fim do cumprimento das penas e medidas de segurança privativas da liberdade tendo ainda sido repartidas as competências entre os tribunais de execução das penas e os tribunais da condenação. Mais recentemente a reforma prisional e do sistema de execução das penas e medidas privativas da liberdade cristalizou-se na Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, que aprovou o CEPML e que aprofundou a forma de repartição de competências entre o TEP e o tribunal da condenação.

²³⁰ Cf. Relatório da Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional. Presidida por Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 85.

Os membros da CEDERSP concluíam já em 2004, que: «o problema do nosso sistema prisional nunca foi, como continua a não ser hoje, no essencial um problema de má legislação ou falta dela, antes consiste num problema de falta de visão global da estratégia adequada à execução das leis elaboradas (falta de vontade política e administrativa, falta de organização e de gestão, falta de meios humanos, técnicos e financeiros e, também, falta de empenhamento da própria sociedade no seu conjunto)». ²³¹

Não obstante, e, apesar do clima vaticinado de desorientação do sistema prisional no geral, havemos de reconhecer que o sistema desde o século XIX até ao presente tem feito um inegável esforço de concentração das atenções no recluso e na sua (débil) posição. Foi e é um caminho de evidente avanço que se tem digladiado entre a luta contra as (fracas) condições de execução da pena, a par da criação de condições objectivas que auxiliem a reinserção da pessoa condenada, passando a ver esta como sujeito e não objecto da execução, com as obrigações daí decorrentes para o Estado dentro do circunstancialismo da execução em si mesma considerada. Não se pode contornar o facto de que no espaço intra-muros se tentam sempre equilibrar os pratos de uma balança difícil de equilibrar – o prato em que jazem os objectivos da manutenção da posição jurídica do recluso, cujo ponto óptimo se alcança através da sua reintegração plena na sociedade e no outro prato as condições físicas e técnicas do cárcere através das quais esse fim último se concretiza, através de parâmetros de ordem e segurança num espaço que é de natural tensão.

ANABELA RODRIGUES, relembra-nos que Portugal tem seguido uma linha de reconhecimento do recluso como sujeito de direitos e que não se abandonou a orientação da execução da pena de prisão para a socialização do delinquente, o mesmo não se podendo afirmar relativamente a outros países onde esse ideário passou por “inflexões consideráveis, quando não verdadeiras perversões, sendo, em outros, pura e simplesmente abandonado” ²³².

A elevada taxa de encarceramento, os perfis da população reclusa, a evolução da realidade social e criminal são variantes externas determinantes para o diagnóstico que fazemos sobre a pressão que se faz sentir de novo sobre o sistema de execução das penas. Dito isto, questionamos como podemos nós anular o tal fosso que separa o direito penitenciário legislado da sua aplicação efetiva nas prisões portuguesas.

²³¹ Cf. Relatório da Comissão de Estudo e Debate da Reforma..., p. 86.

²³² RODRIGUES, Anabela Miranda – *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade. Seu Fundamento e Âmbito*. Coimbra: [s.n.], 1982, pp. 58 e ss.

Sendo claro e evidente o esforço, desde logo, num patamar legislativo, que é por essa mesma via que depois se reforça todo o edifício institucional e, neste caso, o jurisdicional, a linha é sem dúvida de ascensão no que tange ao sistema prisional português.

No entanto, existe uma conclusão que se pode retirar e que gravita em torno de um problema muito singular: o problema vigência-validade, isto é, que traduz um hiato entre a norma, quer penal, quer penitenciária, o que tem sido apontado, por muitos, ao longo do tempo, como o hiato claro que pré-existe entre o direito ínsito à norma e a sua efectivação na prática. Donde, o problema é, desde logo, normativo-legal. Se atentarmos na Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, que aprova o Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade, verificamos que este diploma se encontra alicerçado em torno de três meios punitivos clássicos: a privação da liberdade em estabelecimento prisional, a execução de penas e medidas na comunidade e a vigilância eletrónica. De uma maneira geral, o CEPMPL estipula como objetivo central a preparação do cidadão recluso para o regresso à sociedade depois que estiver cumprida a sua pena, voltando a ingressar no sistema normativo social como um cidadão responsável e, portanto, apto a cumprir as regras e os ditames legais. Por isso, a reintegração social do agente²³³ é o princípio e o fim do sistema executivo-penal. A prisão como sanção criminal por excelência tem forjado uma ideia de que o Estado apenas vive numa lógica de intervencionismo estatal penitenciário puro, ora apoiado numa lógica de cegueira punitiva através da privação da liberdade – quase sempre impulsionada pela espetacularização da prisão-instituição como espaço de confinamento que deve ser atroz, retrógrado e degradante – ora decorrente da inépcia do Estado em redesenhar um sistema mais ajustado e que coloque em evidência os direitos do recluso.

Quer se admita ou não a prisão-instituição é ainda vista nestes tempos contemporâneos como uma espécie de máquina industrial da punição. Se quisermos, podemos afirmar que é no

²³³ Este princípio está autonomizado pela Jurisprudência Constitucional através do princípio da dignidade da pessoa humana. Exemplo disso é o Ac. TC n.º 1/2001 que enfatiza a repercussão do princípio da dignidade da pessoa humana nos fins das penas: “Para responder há que remontar ao próprio fundamento constitucional da garantia, que como vimos (supra, nº 9) o Acórdão nº 474/95 situou na “prevalência da dignidade da pessoa humana e do seu reflexo na produção dos fins das penas, onde necessariamente avulta a recuperação e a reintegração social do delinquente” e o Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE, 45, 187 [245]) encontra na protecção da dignidade humana e no princípio do Estado de direito. Dir-se-á, com este último Tribunal (*ibidem*), que “o núcleo da dignidade humana é atingido quando o condenado, sem atender ao desenvolvimento da sua personalidade, tem de abandonar a esperança de voltar a obter a sua liberdade”. Tendo em conta o modo como a Constituição Portuguesa desenvolve, através do reconhecimento de direitos pessoais, a protecção da dignidade da pessoa humana, as penas ou medidas de segurança privativas de liberdade perpétuas ou de duração ilimitada ou indefinida atacam a integridade moral da pessoa, que a Constituição considera “inviolável” (nº 1 do artigo 25º). Por palavras mais expressivas, quebram a espinha do delinquente. Ora tais penas estão, por isso, expressamente proibidas no nº 2 do artigo 25º da Constituição como “desumanas”, e o mesmo vale para medidas análogas.” Mas outros acórdãos deste tribunal expressam o mesmo sentido: AC. TC n.º 43/95, 336/2008 e 427/2009.

cárcere que depositamos uma leve sensação de esperança²³⁴, ainda que estando para além da nossa circunstância, mas que tomamos como possível. Não podemos deixar de concordar com ANGELA DAVIS quando refere que vivemos a era “do complexo da prisão industrial” que influencia a era do grande encarceramento patrocinada pela própria evolução da contemporaneidade: “Simplificando, esta é a era do complexo industrial prisional. A prisão tornou-se um buraco negro onde são depositados os detritos do capitalismo contemporâneo. O encarceramento em massa gera lucros porque devora a riqueza social e, portanto, tende a reproduzir as mesmas condições que levam as pessoas à prisão.”²³⁵ Neste sentido concordamos com esta autora, uma vez que analisada a realidade prisional a uma escala nacional, a prisão estimula a inculcação de atos criminosos, que estão nos antípodas das normas e regras vigentes na ordem jurídica. A denominação da prisão como “escola do crime”²³⁶ reflete a permeabilidade dos muros que não conseguem filtrar os fenómenos criminosos e, portanto, a criação de uma sociedade alienada face à sociedade normativa. Como bem refere IVONE CUNHA, os fenómenos da criação de prisões como geradoras e propulsionadoras do crime foi a resposta a múltiplas privações impostas pela prisão nomeadamente “privação da liberdade e sentimento de rejeição pela comunidade, privação material (bens e serviços), privação sexual (de contactos heterossexuais), privação de autonomia (e a correlativa degradação estatutária) e, por fim, privação da segurança pessoal (dada a exposição de delinquentes de variada ordem)”²³⁷.

A prisão-instituição, como todas as instituições, não é, por isso, perfeita. Desde a sua génese tem-se pautado por ser uma instituição em reforma, que tem sempre tentado superar a sua condição. Tal como refere JESCHECK a “reforma do Direito Penal é tão antiga quanto o Direito Penal em si mesmo”²³⁸. Por isso mesmo é que a Reforma do Sistema de Execução de Penas ou do Sistema Prisional terá de se centrar na realidade vigente e, apesar das boas

²³⁴ Até porque como afirmou o Provedor de Justiça no seu III Relatório sobre As Nossas Prisões não se pode esquecer que o sistema prisional é um espelho revelador do modo como o Estado e a sociedade demonstram, ou não, respeito pelos direitos fundamentais da pessoa humana. E que há uma consabida ligação entre [o] tratamento penitenciário efectivamente prestado e [o] nível de desenvolvimento civilizacional e de valores éticos e humanistas de um povo. Disponível em: http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/AsNossas_Prisoes_IIIRelatorio.pdf [Consultado em 25.08.2022].

²³⁵ DAVIS, Angela – *Are Prisons Obsolete?* Seven Stories Press, New York, 2003, pp. 16 e 17. Tradução livre do inglês de: “Put simply, this is the era of the prison industrial complex. The prison has become a black hole into which the detritus of contemporary capitalism is deposited. Mass imprisonment generates profits as it devours social wealth, and thus it tends to reproduce the very conditions that lead people to prison.”

²³⁶ GONÇALVES, Rui Abrunhosa – *Delinquência, Crime e Adaptação à Prisão*. 2.ª Edição Quarteto, 2002, p. 157.

²³⁷ CUNHA, Manuela Ivone P. – *Prisão e Sociedade. Modalidades de uma conexão*. In *Aquém e Além da Prisão. Cruzamentos e Expectativas* (Org. Maria Ivone Cunha), 90 graus Editora, 2008, p. 19.

²³⁸ JESCHECK, H. H. – *Rasgos Fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho Penal*. Apud MIR PUIG, Santiago – *La Reforma del Derecho Penal*, Vol. I, Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, 1989, p. 9.

intenções vazadas no sistema legislativo, há que reconhecer que o mesmo é disperso e inadequado e que à mínima tentação não pode nem deve ceder a uma certa sede securitária que pode ser induzida na mente do legislador. O equilíbrio está, portanto, em racionalizar que, se no domínio prisional há direitos, coexistem outrossim deveres, devendo o sistema privilegiar a responsabilização e também a dignificação dos agentes que nele se movimentam, a articulação e a coordenação dos escassos meios humanos e a otimização das instalações, equipamentos e meios materiais existentes. Como bem aponta CARLOS PINTO DE ABREU “a reforma terá que ultrapassar a dicotomia tradicional em que a execução é actividade judiciária e o cumprimento mera actividade administrativa. Mas também não pode esquecer que, a montante, há questões a ponderar”²³⁹.

A reintegração social do recluso apresenta-se como uma das principais finalidades das penas, de prevenção especial positiva e da execução de *per si*. Os fins das penas devem, por esse motivo, coincidir com os fins do sistema prisional. Como defendido por ANABELA RODRIGUES²⁴⁰, neste âmbito, o caminho a seguir é de investimento e combate às fragilidades do sistema prisional português, pois apenas por essa via será possível reintegrar os reclusos e combater a reincidência.

É até interessante constatar que reforma e cárcere se encontram aliadas de forma simbiótica, não só porque o espaço prisional tem tentado locupletar as suas fragilidades (que vão desde a organização do espaço prisional, às próprias condições de salubridade, à encarceração massificada, à gestão dos funcionários, entre outras), mas também como um espaço que é de reforma e deve favorecer um espírito de reforma.

É irónico que a própria prisão tenha sido produto de esforços conjuntos de reformadores para criar um melhor sistema de punição. Se as palavras "reforma prisional" escapam tão facilmente de nossos lábios, é porque "prisão" e "reforma" estão indissociavelmente ligadas desde o início do uso da prisão como principal meio de punição daqueles que violam as normas sociais.

Não se pode escamotear que a prisão e, com ela, a própria pena de prisão, albergam uma dimensão de vulnerabilidade na medida em que é uma sanção que contende diretamente com a pessoa condenada e, por inerência, toda a orla de direitos e deveres que giram em seu

²³⁹ ABREU, Carlos Pinto de – *As Reformas do Sistema de Execução de Penas e do Sistema Prisional e o Papel do Advogado: Finalmente que dignidade se impõe?* Disponível online em: https://carlospintodeabreu.com/public/files/CPA_reforma_do_sistema_prisional.pdf.

²⁴⁰ Sobre a relação entre Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Penitenciário, vide RODRIGUES, Anabela Miranda - *Novo Olhar Sobre...*, p. 23.

torno. Antes do surgimento do encarceramento punitivo, tal punição foi projetada para ter seu efeito mais profundo não tanto na pessoa punida, mas na multidão de espectadores. A punição era, em essência, espetáculo público. Reformadores como JOHN HOWARD na Inglaterra e BENJAMIN RUSH na Pensilvânia argumentavam que a punição – se realizada isoladamente, atrás dos muros da prisão – deixaria de ser vingança e realmente reformaria aqueles que infringiram a lei.

A nudez crua da verdade e o manto irreal da fantasia faz com que a instituição carcerária, escorada numa velha ideia de precariedade armazene os inúteis, os indesejáveis e, de uma maneira geral “os perigosos”, omitindo por norma os seus efeitos mais disruptivos: a de que ela própria fomenta a extensão da insegurança e é arena dos desníveis sociais que também reproduz. De que falamos nós afinal? De uma prisão a duas velocidades neste tempo pós-moderno?

Concebida como instituição total, e ocultando fantasmas criminógenos, perdidos no binómio da liberdade-segurança, a prisão enaltece a pobreza daqueles que lhe são confiados e enfatiza o recluso, como um número, lançado na espiral irrisível da pauperização penal, face oculta da "política social" do Estado para com os criminosos. Todo este *status quo* encoraja o discurso cíclico da reincidência, que alenta um outro: o da necessidade de endurecer as penas e o sistema executivo-penal, até que finalmente se feche o ciclo delitivo.

Mas será que, do ponto de vista da pluralização dos fenómenos criminais, violentos ou não violentos, poder-se-á pensar na inevitabilidade do aumento das penas?

A Criminologia vem argumentando que é quase inexistente a *relatio* que se estabelece entre a dureza penal e o cometimento de crimes. Temos certo que a aplicação de uma pena (dentro da moldura em que é achada), deve ter em conta a sua capacidade de dissuasão e, perante isso, o potencial criminoso, haverá de ponderar as vantagens e as desvantagens do cometimento de um determinado tipo de crime. É dentro da teoria da prevenção geral negativa ou intimidação, como veremos, que a pena pretende dissuadir, através da intimidação.

Por isso, sempre alguém alvitra a necessidade do aumento de penas para dissuadir a prática futuras crimes ou se advogam alterações legislativas nesse sentido para combater a criminalidade, é a ideia de intimidação como finalidade da pena que subjaz a tais posições. Do ponto de vista da eficácia, é contraditória a ideia de que a criminalidade aumenta em função da maior severidade das penas, pois, o que tem sido demonstrado é que os destinatários das normas penais por norma até desconhecem as normas e o grau da pena que estipulam, sendo que a sua bússola é a probabilidade de os seus actos virem a ser perseguidos criminalmente. Por outro lado, o maior ou menor incremento da criminalidade não dependerá, tanto, da severidade das

penas, como, sobretudo, dos mecanismos que efetivem e que reforçam a probabilidade de efectiva aplicação da pena. Donde, o foco reside na efetiva condenação pelo crime perpetrado.

Partindo da aceção de cárcere BARATTA, estritamente sob um ponto de vista formal ou abstracto, o ideal de sociedade seria aquela em que a prisão seria inexistente.

Contudo, o fenómeno penitenciário, como ponto de chegada de todo o *iter* processual penal de um cidadão condenado, assume-se hoje, mais do que nunca como um desafio que urge ser redimensionado. Como já tivemos oportunidade de debater diversas vezes estamos a assistir a uma lenta e drástica metamorfose da sociedade na qual o direito e, em específico, o direito penitenciário, não escapa. Aliás o sistema prisional mostra-se bastante permeável às próprias flutuações da forma de gestão do Estado, em que CRIESMANN salienta que “cuanto más duro es el espíritu de una época, tanto más brutales y crueles serán los castigos disciplinarios de los establecimientos penales; cuanto más influjo alcancen los impulsos de humanidad, o aun de sentimentalismo, tanto más se dulcificará el encono del sistema penitenciário”²⁴¹. Mas se não é menos verdade que um Estado tenha intentos mais repressivo, e, logo, mais dado a ondas extremistas e polarizadas, também não deixa de ser inverdade que a sociedade deseja que o preso, que cumpre uma pena privativa da liberdade, seja ressocializado. Não deixamos, porém, é de nos indagar se neste desiderato de punir/ressocializar não estaremos a criar um rótulo negativo ao Estado, que opera dentro de um sistema desajustado, trabalhando para reinserir cidadãos, de per si, também desajustados, quer a um sistema que tudo faz para o reinserir dentro de um espírito que pode vir a promover futuras condutas criminais.

Se é certo que as tensões sofridas dentro dos muros têm vindo a ser cada vez mais frequentes, isso poderá estar a dever-se à paulatina secundarização do homem recluso e do próprio sistema que o encerra, o que se entrelinha com a discussão em torno da ressocialização fnda a longa via sacra do processo penal.

Hoje, mais do que nunca é necessário ver o sistema de dentro, como um sistema intra-muros que fomenta a criação de condições de marginalização do indivíduo recluso. Por isso, uma autêntica ressocialização, mais do que influenciar os comportamentos sociais desviantes, para os tornar integrados, deverá visar a correcção das causas que geram a existência da marginalização que alimenta as prisões²⁴².

²⁴¹ CRIESMAN, N. H. – *Preceptiva penitenciaria*. Madrid, 1917, p. 223.

²⁴² Convém lembrar que a Regra 7 das Regras Penitenciárias Europeias estipula que: “Deve ser garantida a cooperação com serviços sociais externos e, na medida do possível, a participação da sociedade civil na vida prisional.” Disponível online em: <https://rm.coe.int/16804c2a6e>.

Neste sentido, advogamos a ideia de que a prisão está mais voltada para o seu interior, encarcerada em si mesma, e por isso vista como um sítio de depósito de pessoas – i.e, indivíduos numerados – à espera de ser reintegrados na sociedade findo o tempo de cumprimento de pena. E, por isso as vozes de quem tem amiúde defendido o aumento das molduras penais, demonstram um evidente desconhecimento do sistema prisional.

Há que assinalar que a prisão tende ser um espaço secundarizado ou desprovido de sentido para muitos dos delinquentes já que: a) pode existir um desvalor assumido ou presumido por aqueles que acedem ao espaço prisional²⁴³, uma vez que para o delinquente mais desprovido de capacidade de raciocínio, ou seja, com “falta de pensamento consequencial (...) não se retraem na passagem ao acto criminal e, para os mais elaborados ou que recorrem à violência planeada, mesmo que o tenham, não são desmobilizados por ele, preferindo o risco e ganhos à hipótese de reacção policial e criminal. Por isso, o aumento das molduras penais abstractas nada diz a ambos os grupos de infractores.”; b) existe o problema da sobrelotação, que pode dar a ideia de fracasso do sistema, e, por inerência, de uma maior permeabilidade a situações de transgressão, através da perversão do fim a que se presta o sistema prisional e a sua racionalidade que concorre também com a ideia da debilidade e desadequação do espaço prisional, o que nos leva *a posteriori* à questão de saber se encarcerar mais pode continuar a ser ou não a melhor solução, pelo menos no tange à criminalidade organizada transnacional; c) a morfologia do crime é hoje também diferente e a maneira como se encarcera, tende a nivelar muito por baixo o comportamento que deve ser exigido aos reclusos

A propagação da criminalidade organizada e os inerentes desafios que presenteia ao sistema de contenção da mesma, tem igualmente refração nos sistemas prisionais, a variados e complexos níveis.

Mas será que com o alastrar da criminalidade, as penas serão mais leves? Apesar do paradoxo tão malogradamente rejeitado pela *vox populi*, uma vez que corresponde ao raciocínio do comum cidadão a reacção de que para mais criminalidade mais penas duras, a verdade é que a moda político-criminal tem tendido para um enrijecimento do direito penal, naturalmente explicado pelos crescentes fenómenos como a criminalidade organizada, causadora de muita insegurança e ondas de medo, exacerbado pelos meios de comunicação social, e apimentados pelo discurso político sensacionalista. A pena privativa de liberdade, que tem dominado o cenário dos sistemas executivos das penas nos países europeus desde a abolição dos castigos corporais, tem tendência ao retrocesso, por duas ordens de razão: primeiro porque o parque

²⁴³ LEITE, André Lamas, CAIADO, Nuno Franco – 30 anos de prisão? Não, obrigado, não precisamos de mais erros. Disponível online em <https://carlospintodeabreu.com/wp-content/uploads/2021/12/30-anos-de-prisão.pdf>.

carcerário não tem capacidade de responder ao aumento da criminalidade, mesmo que a título de *ultima ratio*, até porque a prisão não pode ser do ponto de vista político-criminal a resposta ou remédio santo ao aumento da criminalidade, além de que são reconhecidos os seus efeitos dessocializadores.

Importa frisar que, com esta posição aqui exposta, não se quer enveredar para um sistema abolicionista total como se presumisse que não existiria crime, e, por seu turno, criminosos, mas que a pena não se cingiria a um sistema de privação da liberdade ou a um sistema penitenciário²⁴⁴.

2.1. Um breve enquadramento histórico da evolução da pena e da pena de prisão – os modelos de encarceramento

A evolução da pena ao longo da história encontra-se gizada em torno da relação do homem com o mundo. Na verdade, concordando com a máxima aristotélica de que o homem, por definição, é um animal social, que convive no entorno de uma colectividade, pode-se também afirmar que o crime é-lhe por inerência uma realidade fática.

Por isso, a história das penas anda *paripassu* e, encontra-se simbioticamente conexcionada com a história dos homens, sendo que as mesmas foram influenciando a evolução de todos os ordenamentos jurídicos. Donde, uma aproximação ao âmago da pena é, em última análise, uma incursão ao Direito Penal e ao que o mesmo enseja. Concordamos que a existência de um direito punitivo tem servido ao longo dos séculos para justificar a aplicação das sanções (tendo sido diversas tais justificações) mas sempre com a dualidade que lhes é inerente: a função de verdadeira punição ao agente do crime criminoso, sendo esse o seu fim essencial e depois, uma função dissuasora, retratora da prática de novos crimes.

A este propósito merece destaque o papel que ciências como a Economia e a Psicologia têm tido o sentido de demonstrar a importância da utilização (aumento) dos meios ao dispor das entidades formais de controlo para detectar, controlar e punir as sanções criminais e dos crimes que elas visam a prevenir que as ciências económicas passaram a elaborar estudos envolvendo a maneira mais eficiente de dissuadir a prática delitiva. O instituto da pena, como

²⁴⁴ Como Luigi Daga assevera: *Con il termine sistema penitenziario vengono comunemente definiti gli apparati organizzativi che hanno la finalità, all'interno del più complessivo sistema penale, di provvedere alla esecuzione delle pene (in generale limitatamente a quelle privative o limitative della libertà) inflitte dai tribunali e alla custodia dei soggetti in attesa di giudizio.* DAGA, Luigi – *Sistemi Penitenziari*. In *Enciclopedia Del Diritto*, Giuffrè, Milano, Vol. XLII, pp.752-778.

não podia deixar de ser, manteve um papel de destaque nestes estudos como um dos mecanismos que o Estado possui para prevenir o crime.

A coexistência mundana dos homens, leva-os a adotar, por vezes, comportamentos desviantes, os quais são sancionados através de regras que censuram a sua atuação, emanadas pelo Estado.

A origem das penas tem, desde logo, uma base religiosa. A ideia de castigo e da própria desobediência surgem logo aquando da expulsão de Adão e Eva do Paraíso²⁴⁵. A ideia de pecado aqui presente acabou por trazer consequências e ecoou na história, como concepção primeva da constelação de sentimentos ligados à punição. Esta tonalidade densa e de certo modo obscura da pena é sintetizada naquilo a que HUGO GROTIUS sugere de um “mal de passividade”²⁴⁶.

Portanto a noção de justiça no início dos tempos esteve muito ligada a uma noção de acção-reação, colocando a vingança como móbil de resposta à efectivação da ameaça às condições de sobrevivência.

Se a célebre Lei de Talião, que evocava a célebre expressão: “Olho por olho, dente por dente”²⁴⁷, é o epíteto cruel da necessidade de punir com justiça, não deixa de ser verdade que ela inaugurou as bases da proporcionalidade entre delitos e penas, ao individualizar a pena, estabelecendo uma relação de equilíbrio entre o crime e a punição.

²⁴⁵ Livro do Génesis, Capítulo 3, Versículos 22-24: “Então o Senhor Deus disse o seguinte:

— Agora o homem se tornou como um de nós, pois conhece o bem e o mal. Ele não deve comer a fruta da árvore da vida e viver para sempre. Por isso o Senhor Deus expulsou o homem do jardim do Éden e fez com que ele cultivasse a terra da qual havia sido formado. Deus expulsou o homem e no lado leste do jardim pôs os querubins e uma espada de fogo que dava voltas em todas as direções. Deus fez isso para que ninguém chegasse perto da árvore da vida.

²⁴⁶ O Autor refere que “A pena, no sentido geral, é “um mal de passividade que é infligido por causa de um mal de atividade”. Interessante também constatar a referência que Grotius faz a outros autores, apelando ao carácter iminentemente retributivo da pena: “A isso se referem estas palavras de Plutarco, no livro sobre o Exílio. A justiça acompanha a Deus, ela pune aqueles que pecam contra a lei divina. Homens, nós todos fazemos uso dela naturalmente contra todos os homens, como concidadãos.” Platão disse “Ninguém, nem os deuses, nem os homens, aih'mou que aquele que age com injustiça não deve ser punido.” Hierax [3] definia a justiça por essa função, como sendo a mais nobre de suas partes, dizendo que “ela consiste em punir aqueles que por primeiro fizeram o mal a outrem” Hiérocles diz de[a que “remedio a maldade”. Lactâncio [4] tem essas palavras que “não caem num pequeno erro aqueles que taxam de dureza e de maldade a severidade, seja humana, seja divina, pensando que deve ser dito criminoso aquele que inflige uma pena aos criminosos”]5] 3. Quando dissemos que o carácter essencial da pena propriamente assim denominada é ser a retribuição do crime, foi também observado por Agostinho [6] que disse: “Toda pena, se justa, é uma punição do pecado”, o que se aplica mesmo às penas que são infligidas por Deus, embora às vezes no que a elas se refere, por causa da ignorância humana, segundo a expressão do mesmo escritor, “não se percebe a falta onde se percebe o castigo”. GROTIUS, Hugo – *O Direito da Guerra e da Paz (De Jure Belli ac Pacis)*. Volume II, 2.ª Edição. Coleção clássicos do direito internacional/ coord. Amo Dal Ri Júnior. Tradução de Ciro Mioranza, Ijuí: Ed. Unijuí, 2005, pp. 781-782.

²⁴⁷ Também na Bíblia, no Antigo Testamento, encontramos referência a um retribucionismo primitivo: se alguém ferir seu próximo, deixando-o defeituoso, assim como fez lhe será feito: fratura por fratura, olho por olho, dente por dente. Assim como feriu o outro, deixando-o defeituoso, assim também será ferido.

A pena começou por ter nesta sequência, e no período correspondente à Idade Antiga (entre 3500 a.C. e 476 d.C.), uma conotação religiosa ou divina. Sem ser conhecida ainda nesta fase a privação da liberdade como sanção penal pugnava-se pela tortura como forma de segregação. A Lei de Talião, que punia o criminoso de forma idêntica foi a base do Código de Hamurabi²⁴⁸, o primeiro código da História com origem na Mesopotâmia (entre 1792 e 1750 a.C.), previa penas muito cruéis. ZAFFARONI refere a este propósito alguns métodos hediondos que essas civilizações utilizavam tendo sempre como pano de fundo a pena de morte. Assim, refere aquele autor, uma das formas adotadas pelos persas “consistia en pressionar el tronco del ejecutado dejando que sus miembros, cubiertos de mel, fuesen atacados por las moscas y los vermes excrementicios le royese los intestinos”²⁴⁹.

A pena de prisão surge em Roma a título preventivo, isto é, apenas com uma função custodial, traduzida na expressão de Ulpiano “carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet”²⁵⁰. Mas é quando se inicia a República que o Estado começa a assumir a sua função punitiva, passando assim a deter a legitimidade para a repressão e punição dos delitos.

Partindo da função de custódia da pena de prisão e, de um modo geral, da visão de pena como tortura e da vingança privada como reposição do sentido de justiça, que era trave-mestra do Estado, e, para uma certa manutenção da segurança e disciplinas públicas, com a passagem para a Idade Média (entre os séculos V e XV), a função da pena focava-se na potenciação do medo colectivo, sendo ainda o sistema penal bastante ligado às penas corporais e à pena de morte. Apesar de ainda predominar uma ampla discricionariedade na forma de aplicação das penas, sobretudo a reboque do estatuto social que o acusado detinha, a pena de prisão passa a deixar de ter um papel mais custodial e passa a ser aplicada a delitos menos graves, sendo que passam a existir duas modalidades de pena de prisão: a prisão-custódia, local em que permaneciam os condenados à espera da execução da pena e a prisão perpétua ou temporal até ser recebido o perdão real. A Idade Média, fortemente influenciada pelo poder divino, e pela ideia de que através da penitência se corrigiam os erros cometidos, fez nascer a prisão canónica, que esteve na base da prisão moderna, por dar esta oportunidade ao infractor de prover à sua

²⁴⁸ Damos alguns exemplos de leis que constam do Código de Hamurabi: Se alguém enganar a outrem, difamando esta pessoa, e este não puder provar o contrário, aquele que enganou deverá ser condenado à morte; Se uma pessoa roubar a propriedade de um templo ou corte, quem roubou e também quem receber o produto do roubo deverão ser igualmente condenados à morte; Se uma pessoa roubar o filho menor de outra, o ladrão deverá ser condenado à morte.

²⁴⁹ ZAFFARONI apud PIERANGELI, José Henrique – *Escritos Jurídico-Penais*. 2.ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 358.

²⁵⁰ ULPIANO – *Digesto* 48,19,8,7. Expressão latina que traduzimos livremente por: a prisão não serve para castigar os homens, mas tão só para a sua custódia.

reforma interior, como se encontra presente por exemplo na obra de Santo Agostinho, *A Cidade de Deus*²⁵¹ ou nos escritos de Platão, nas quais se apela ao arrependimento através do reconhecimento do mal perpetrado.

De toda a Idade Média, apesar da incidência de penas discricionárias e cruéis, merece destaque a reabilitação do delinquente, através da sua atitude de arrependimento, meditação e isolamento, solidificando desta forma aquilo que viria a ser uma parte da prisão moderna.

A Idade Moderna, período de transição do modo de produção feudal para o modo de produção capitalista, foi pontificada durante os séculos XVI e XVII, por uma onda de pobreza que se estendeu um pouco por toda a Europa, sendo que a saída por muitos desejada e até por motivos de subsistência, fosse a de se renderem à delinquência. Por se ter disseminado de uma forma desproporcionada e, devido ao aumento desmesurado da pobreza, e, conseqüentemente, da criminalidade, verificou-se despicienda a aplicação da pena de morte, como alguns autores sustentam²⁵², sob pena da dizimação da população em larga escala. Neste sentido durante este período abandonou-se a imposição de penas corporais e executórias, as quais viriam a ser declaradas ineficazes por um movimento reformista, saído de uma Europa devastada por guerras de longa duração²⁵³, ancorado na segunda metade do século XVI, por uma tendência correcionalista. Neste sentido o trabalho disciplina os criminosos e possibilita a sua reforma, sendo que a ocupação laboral seria um estímulo para o desincentivo da prática de crimes. É por isso neste período que começam por surgir as Casas de Correção e Casas de Trabalho,

²⁵¹ Nesta obra Santo Agostinho afirmava que o castigo não deve orientar-se à destruição do culpado, mas ao seu melhoramento.

²⁵² Um deles foi Thomas More, autor da obra *Utopia* que se posiciona a favor de penas mais brandas que a pena de execução como resposta a crimes como o roubo, contrário à preferência por sanções executórias em detrimento da punição de reclusão e labor gratuito que poderia imputar-se ao indivíduo que delinuiu. "Certo dia, num jantar" continuou Rafael, "a sorte quis que estivesse presente em sua mesa um leigo, tido como grande conhecedor das leis de vosso país. Este - não sei mais em que momento - pôs-se a exaltar, com satisfação, os rigores da justiça para com os ladrões. Ele dizia que os ladrões eram executados em toda parte e que, muitas vezes, até vinte ladrões eram executados na mesma força. 'Espanta-me muito, já que tão poucos escapam ao suplício, eu me pergunto: que mau instinto os impele a cometer estes roubos e violências?' - dizia esse leigo. 'Como eu podia me exprimir com toda liberdade diante do Arcebispo,' retomou Rafael seu relato, 'tomei a palavra: não vejo aí nada de surpreendente. A punição do roubo com a pena de morte vai muito além da demanda por justiça, e não atende, de forma alguma, o interesse público. Essa pena é cruel demais para punir adequadamente tal delito, ao mesmo tempo que é ineficaz para impedi-lo. O roubo, puro e simples,' não é crime tão grave que se tenha de pagá-lo com a vida, e nenhum castigo impedirá de roubar aqueles que não têm outro modo de agir para não morrer de fome. Nessa matéria vós procedeis - e como vós, muitos outros fazem o mesmo, tanto na Inglaterra como em outros lugares - imitando os maus professores, que preferem bater nos alunos a dar-lhes lições. Os ladrões são condenados a um suplício cruel e atroz, quando seria preferível assegurar a subsistência de cada um, de maneira a que ninguém se encontrasse diante da necessidade de roubar para ser, em seguida, executado." MORE, Thomas – *Utopia*. Tradução de Anah de Melo Franco, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 2004, pp. 12 e 13.

²⁵³ Falamos aqui de várias períodos marcados por grandes acontecimentos históricos: a Reforma Protestante, a Guerra dos Trinta Anos, a Revolução Comercial, a colonização europeia do continente americano, a Era Dourada da Pirataria e o início da Idade das Revoluções, políticas e sociais, como a Francesa.

primeiro em Inglaterra, com as denominadas *Work Houses* ou *Houses of Correction*²⁵⁴ e depois na Holanda, com a criação em 1556, de casas de correção para homens e no ano de 1557, de casas de correção para mulheres, as quais almejavam fins educacionais, através da prestação de trabalho e assistência religiosa.

As *workhouses*, envidando um método capitalista de trabalho e disciplina contribuiu para a reeducação dos trabalhadores vindos do campo a fim de os adestrar para o árduo trabalho nas fábricas. A prisão e o trabalho, como força motriz a favor da ressocialização do criminoso, edificava a correlação existente entre privação da liberdade e ideal preventivo, ou seja, pensavam-se as prisões como forma de controlar o crime e ao mesmo tempo desencorajar a classe trabalhadora a recusar o que era o imposto pelos patrões (salários baixos, trabalho escravo, etc).

CÉSAR BITENCOURT mais uma vez merece um aparte por nos confrontar com a presente ideia: no decorrer do século XVIII dois acontecimentos mudam para sempre a História das prisões: a eclosão do Iluminismo e a permanência das dificuldades, sobretudo de índole económica, que afetaram toda a população.

Associada aos obstáculos económicos, e ao aumento da miséria generalizada e à pobreza em geral que persistiram neste período temporal, passou a existir um maior número de crimes patrimoniais. Como a pena de morte tinha deixado de alcançar o seu desiderato preventivo, quer geral, quer especial, surge a pena privativa de liberdade,²⁵⁵ como meio eficaz de controlo social. É já na transição do século XVIII para o início do século XIX, que a pena deixa de ter em definitivo um carácter de martírio e humilhação pública, devido essencialmente à alteração de estruturas de poder e de figuras proeminentes na sociedade. O clamor por uma execução não explícita faz das prisões o ambiente perfeito para o exercício de uma nova forma de poder do Estado reformulado pelos ideais racionalistas do Iluminismo, associada à Idade Contemporânea ou também da Pós-Modernidade.

Um dos mais pungentes autores do período humanitarista do direito penal é Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria. Crítico feroz das penas de tortura e de morte, o autor da obra “Dos Delitos e das Penas” questionou amplamente o uso desmedido da força do Estado contra

²⁵⁴ As casas de correção foram implementadas no final do século XVI como lugares de punição e reabilitação para uma camada de população pobre por crimes menos graves através de trabalhos forçados. Londres foi a primeira cidade a prever casas deste género, chamada Bridewell, seguida das Casas de Middlesex e Westminster que seriam abertas no início do Século XVII. Durante este século manteve-se o interesse por estas casas de correção.

²⁵⁵ Como bem lembra Foucault, “pode-se compreender o carácter de obriedade que a prisão-castigo muito cedo assumiu. Desde os primeiros anos do século XIX, ter-se-á ainda consciência de sua novidade; e entretanto ela surgiu tão ligada, e em profundidade, com o próprio funcionamento da sociedade, que relegou ao esquecimento todas as outras punições que os reformadores do século XVIII haviam imaginado”. FOUCAULT, Michel – *Vigiar e Punir*,..., p. 218.

os indivíduos e marcou o período de modificação das penas que passaram a ser executadas em estabelecimentos prisionais dentro de uma ainda envergonhada, mas já assumida, legalidade²⁵⁶. De todo o modo esta passagem para o sistema humanista teve em consideração a necessidade de eficácia que um sistema em transição merece, de modo que a própria função da pena se concretizasse de forma moderada, mas ao mesmo tempo, soltar as amarras de um sistema caracterizado pelo despotismo e, por isso, sem qualquer referência à moderação no poder. Apesar de não de ter abandonado *in totum* a máxima do criminoso-inimigo, esta nova fase tornou a pena, humana.

Desse modo, foi neste catapular de era, que a pena, com a sua nova densidade humanista, se redimensionou em torno de dois fins centrais: evitar a reincidência e, a título preventivo emitir a mensagem para a sociedade de que se devem adotar comportamentos a fim de evitar a prática de crimes. É a partir da emergência de Beccaria que surge a verdadeira preocupação com o carácter preventivo da punição.

No entanto, o processo de encarceramento pautou-se por ser efetivamente um processo de racionalização, ou seja, as penas foram usadas como um meio de submeter os indivíduos a uma certa estratificação do poder, isto é, para torná-los obedientes e úteis às classes dominantes enquanto força de trabalho disciplinada. Se, por um lado, as prisões se desagregaram dos castigos cruéis, torturas públicas ou penas de morte, por outro, a aplicação das penas passou a ser efetuada sem atender a quaisquer preocupações com eventuais reações sociais. Salienta FOUCAULT, com precisão, que “a punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; a sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício. O fato de ela matar ou ferir já não é mais a glorificação de sua força, mas um elemento intrínseco a ela que ela é obrigada a tolerar e muito lhe custa ter que impor”²⁵⁷. A prisão-instituição passa a estar baseada numa ideia de reclusão clerical, onde o cerne é a atuação sobre o intelecto, e menos o corpo.

²⁵⁶ Na obra dos Delitos e das Penas, Beccaria reflete acerca das prisões nos seguintes termos: “À medida que as penas forem mais brandas, quando as prisões já não forem a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade e a humanidade penetrarem nas masmorras, quando enfim os executores impiedosos dos rigores da justiça abrirem os corações à compaixão, as leis poderão contentar-se com indícios mais fracos para ordenar a prisão. A prisão não deveria deixar nenhuma nota de infâmia sobre o acusado cuja inocência foi juridicamente reconhecida. Entre os romanos, quantos cidadãos não vemos, acusados anteriormente de crimes hediondos, mas em seguida reconhecidos inocentes, receberem da veneração do povo os primeiros cargos do Estado? Porque é tão diferente, em nossos dias, a sorte de um inocente preso?”. BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos...*, p. 116.

²⁵⁷ FOUCAULT, Michel – *Vigiar e Punir...*, p. 13.

Na senda de JOHN HOWARD, a prisão deveria infligir um castigo baseado no trabalho, e o isolamento e a disciplina monástica atuavam na consciência do condenado a fim de lhe causar arrependimento.

Perante este cenário emergiram autores que exploraram todo um novo modo de pensar o trabalho humano, inaugurando um pensamento jurídico reformador que concebeu a perda da liberdade baseada no respeito à dignidade humana, ao abandonar-se a ideia do sistema de penas corporais, inaugurando-se uma nova concepção dos fins das penas, repudiando-se qualquer sentimento de crueldade e resplandecendo um novo espírito humanitário.

A evolução para a era humanitarista do sistema penal alterou o olhar sobre a função das prisões, vistas como locais destinados à expiação da culpa dos condenados. Foi particularmente a partir do século XVII, que se pretendeu introduzir novos modelos prisionais desenhados institucionalmente para resgatar o indivíduo condenado.

Cabe lembrar que o ambiente prisional ainda era bastante parco no que tange à garantia de mínimos de humanização em vários setores, como por exemplo as condições de higiene, separação de reclusos quanto à sua perigosidade, a execução da pena em si e, em sequência, o modelo de reinserção dos condenados.

Este estado de coisas fez com que se levantassem questões acerca do modo de execução de penas. É neste período que John Howard realiza uma série de visitas a estabelecimentos prisionais na Europa e lança a obra “The State of Prisons in England and Wales”, onde faz um levantamento das carestias prisionais e propõe a necessidade de prisões com condições de higiene e alimentação regulares, trabalho e educação religiosa dos condenados, com o objetivo de sua ressocialização.

Mas no seu essencial a prisão-instituição surge mais como uma ideologia do modo de produção capitalista do que com o propósito humanitário e idealista de reabilitação do condenado, respondendo a uma necessidade emergente do capitalismo em crescente desenvolvimento, e também como forma de controle social da classe que dominava tal regime, possuindo uma finalidade de controlo social (da classe dominante, burguesa, sobre a dominada, proletariado).

2.2. Modelos Prisionais

O modelo pensilvânico ou celular surgiu no final do século XVIII, caracterizando-se pelo isolamento absoluto dos reclusos entre si e com o mundo exterior, sendo que neste sistema

prisional, a religião era considerada como instrumento singular propício para a ressocialização do condenado. Por este motivo, ao recluso não era permitido comunicar com os outros. O modelo pensilvânico tinha então este traço distintivo, ou seja, a crença de que o isolamento e a leitura da bíblia seriam capazes de provocar o arrependimento do condenado. Neste sistema inexistia a previsão de trabalho fora das celas para todos os presos, ou qualquer outro convívio social. A ideia de prisão, caracterizada por ser um sistema celular puro era levada ao extremo através do rigor religioso, sendo que a ideia de auto-reflexão e uma espécie de autocomiseração pelo mal cometido, fomentaram um estímulo anti-ressocializante contribuindo apenas para o caráter expiatório e retributivo atribuído à pena privativa de liberdade.

Como forma de abandonar o paradigma anterior, surgiu um novo modelo que visava suplantiar as debilidades do sistema pensilvânico. Assim surgiu o modelo Auburniano cuja premissa fundamental era o trabalho, instrumento que serviria como auxílio na ressocialização e na recuperação do condenado. Este sistema assentava também na utilização do silêncio absoluto celular²⁵⁸ e o extremo rigor na execução das diversas atividades dentro da prisão. Como o próprio nome indica a designação deste sistema emergiu da construção da prisão de Auburn, em 1816, em que os prisioneiros foram divididos em categorias, sendo que aqueles que detinham mais perspectivas de recuperação apenas eram isolados durante o período noturno, sendo-lhes permitido trabalhar durante o dia. O sistema auburniano apareceu como uma solução para adaptar a mão de obra carcerária às vontades do sistema capitalista, e soube utilizar o homem encarcerado como força de produção, ao aproveitar os frutos do seu trabalho. Este sistema penitenciário criado na prisão de Auburn tinha, como diretriz, a crença de que o trabalho dignifica o ser humano, e, por isso, a melhor forma de ressocializar seria utilizar a força do trabalho pois, através deste, o condenado poderia vir a recuperar a sua dignidade perdida. Quanto ao projeto de ressocialização, este sistema foi um insucesso já que a dureza das penas e a exploração da mão de obra prisional geraram ambientes de revolta, substancialmente num modelo que se utilizou do instrumento do poder, legitimou um mecanismo perfeito de controlo de massas (de poucas pessoas sobre muitas)²⁵⁹.

Ora, quer o sistema celular ou pensilvânico, quer o auburniano partiram da mesma ideia base, a ressocialização do condenado, seja pelo trabalho ou pelo isolamento no segundo caso ou pelo enfoque em princípios cristãos ou na imposição de castigos corporais.

²⁵⁸ Daí este sistema ter também ficado conhecido como o *silent system*.

²⁵⁹ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo – *Cárcel y fábrica. Los Orígenes Del Sistema Penitenciario (siglos XVI-XIX)*. Siglo XXI Editores, p. 208.

Como em todas as épocas e momentos históricos os sistemas e, neste caso, o prisional, nomeadamente no continente europeu, optou pela implementação do modelo celular, pois os espaços de encarceramento deviam ter uma função eminentemente de intimidação, em busca de uma redução da criminalidade. Conceção diferente vigorou nos Estados Unidos, que entenderam que com a adoção do sistema auburniano investir-se-ia num sistema mais equilibrado do ponto de vista do encarceramento de condenados num único estabelecimento, evitando a construção de mais prisões, além de que era permitido o trabalho intramuros, o qual era mais eficiente e possuía um menor custo²⁶⁰, o que criou um sistema penitenciário assente numa ideia de dominação, ou seja, uma estrutura que satisfaz as exigências de uma qualquer outra instituição com um sistema de vigilância única, como escolas ou hospitais, o que acabou por degradar a ideia de ressocialização do condenado.

Apesar de alguns pontos de partida que os sistemas anteriores ofereceram, a pena privativa da liberdade passou a ser sanção-mãe, encarando-se definitivamente a necessidade de construir um sistema apto a possibilitar a devolução do condenado à sociedade. É neste sentido que passando a pena de prisão a ganhar destaque foram-se desenvolvendo os designados sistemas progressivos, cuja natureza seria retribuir e premiar o condenado pela sua boa conduta, o que lhe concedia privilégios e possibilitando o seu regresso à liberdade antes do fim da sua pena. Assim, se por um lado se pretendia estimular a adoção de uma boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, por outro lado, devido ao fator psicológico (positivo) criado no condenado, estimulava-se paulatinamente a sua capacidade mental para poder preparar a sua futura vida, em liberdade.

O regime progressivo representou um avanço no seio penitenciário notável. Ao contrário dos regimes auburniano e celular, colocou a ênfase na vontade própria do recluso, além de diminuir significativamente o rigor que vinha sendo associado à execução da pena privativa de liberdade.

Assumiu também destaque, porque baseado numa variante do sistema progressivo – o sistema progressivo irlandês²⁶¹ – surge em 1869, o reformatório de Elmira, que daria nome ao

²⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto – *Tratado de Direito Penal*. Volume I, Parte geral (Artigos 1.º a 120.º), 30.ª Edição Revista e Atualizada, 2024, p. 150.

²⁶¹ Baseado no cumprimento de pena em três estágios que havia sido criado pelo sistema progressivo inglês (inicialmente existia isolamento celular diurno e noturno, conhecido como período de provas, em que o condenado era completamente isolado com o objetivo de o fazer refletir sobre o ato cometido e gerar arrependimento, como ocorria no sistema celular; numa segunda fase, existia o trabalho em comum, executado em silêncio, quando era permitido o trabalho comum durante o dia, mas devendo imperar a lei do silêncio, como no sistema de Auburn, e, à noite, era recolhido ao isolamento) este sistema teve a particularidade de adicionar mais um estágio ou fase, isto é, o cumprimento da pena iniciava-se com a reclusão celular diurna e noturna; depois, havia a reclusão celular noturna e trabalho diurno em comum, e, posteriormente, passou a existir um período intermediário ao qual se

sistema de Elmira, cujo alvo seriam pessoas com idade entre os 16 e 30 anos, primários. Baseado no sistema progressivo inglês de Maconochie²⁶², após a entrada do condenado na prisão, o mesmo era submetido a um sistema de marcas, fruto do seu trabalho, obediência e orientação moral e religiosa. Ao atingir a terceira fase do sistema teria direito à liberdade condicional, recebendo uma pequena quantia em dinheiro para os primeiros dias livres. O exercício de um ofício era obrigatório e a disciplina era do tipo militar, passando a usar o desporto como uma forma de conseguir recuperar os reclusos, que, a partir de 1876 passaram a fazer exercícios físicos diariamente. Este sistema acabou por se revelar ineficiente uma vez que gerou um problema de sobre lotação prisional, tendo claudicado no início do século XX, à semelhança de outros sistemas que acabaram por não singrar nos EUA.

2.3. As penas privativas da liberdade em Portugal – uma perspetiva evolutiva sob o ponto de vista dos fins das penas

A história das prisões nasce do seu entorno histórico e de uma ideia bem assente desde os seus primórdios: uma ideia preventiva. Mas se ela nasce de um determinado cenário histórico, o mesmo é determinado por uma determinada conjuntura social, económica e política. Destes balanços e contrabalanços se vai fazendo o caminho de todas as estruturas institucionais, a que a prisão não é alheia. Desde o seu nascimento como pena autónoma, a instituição tem trilhado novos rumos, quer quanto aos objectivos que visa alcançar, quer quanto ao modo da execução da pena, acolhendo e incorporando na ordem jurídica nacional normas e Princípios Fundamentais de Direitos Humanos.

Esta assimilação do progresso humanista que é intrínseco à própria história das prisões está, paradoxalmente, ligado ao que PAULA SOBRAL, citando Foucault, apelida de “história de fracasso e de crise permanente”²⁶³. Não obstante, e no espaço de um século a prisão saiu da sua própria sombra, abandonando as características filadelfianas que há cem anos ainda vigoravam

seguia a concessão da liberdade condicional. Este período intermediário caracterizava-se que era executada em prisões especiais, que hoje não defeririam muito de um regime aberto, pois tais estabelecimentos prisionais não tinham muro e a disciplina era mais branda, quando o condenado trabalhava no exterior da penitenciária).

²⁶² A origem do sistema progressivo é atribuída ao capitão da Marinha Real, Alexander Maconochie, na Inglaterra, no século XIX, que ficou impressionado com o tratamento indigno dado aos presos que eram transferidos para a Austrália. Na condição de diretor de uma prisão na ilha de Norfolk na Austrália criou um sistema no qual o preso cumpria a pena em três fases.

²⁶³ SOBRAL, Paula – A não questão penitenciária” ou a gestão dos Invisíveis. In *Revista Cescontexto – Direitos, Justiça, Cidadania: o Direito na Constituição da Política*. Atas do Primeiro Encontro da Secção “Sociologia do Direito e da Justiça” da APS. Sílvia Portugal (Coord.), N.º 19, Outubro de 2017, p. 368.

um pouco por toda a Europa, em países como a Inglaterra, em 1835, a Bélgica, em 1838, a Suécia, em 1840, a Dinamarca, em 1846 e a Noruega e a Holanda, em 1851. Esse sistema era baseado no isolamento celular absoluto, não tinha direito a trabalhar e a receber visitas e tinha acompanhamento espiritual de índole religiosa.

De facto, sob um ponto de vista da evolução da pena de prisão, pode-se afirmar que já desde as Ordenações Afonsinas a prisão aparece com uma função preventiva, no sentido de prevenir a fuga do criminoso, ou coercitiva, como meio de obter o pagamento de uma multa e só muito poucas vezes tinha um objetivo repressivo²⁶⁴, o que se viria a manter nas Ordenações Manuelinas. Aliás nestas denota-se já uma certa preocupação com a arbitrariedade da pena de prisão, estabelecendo-se limites à prisão coercitiva, muito embora ainda tivessem um mesmo denominador comum: tinham efeitos corporais²⁶⁵.

É com PASCOAL DE MELLO FREIRE que, integrado na Comissão para a reforma de toda a legislação, ficou com a área do direito criminal, tendo em 1789 apresentado os projetos de renovação do sistema penal em vigor. É interessante denotar que o título quarto do seu projeto do Código Criminal rezava assim: “O castigo necessário, que a lei faz sofrer ao criminoso, tem por fim não só a reparação do dano já feito, mas obstar e impedir que ele continue a fazer mal, e que os outros o façam com o exemplo da sua impunidade”.

Muito embora este projecto não tenha logrado grandes alterações relativamente ao proposto até aí pelas Ordenações, a Constituição Política de 23 setembro 1822 estipulava no seu artigo 11.º: “Toda a pena deve ser proporcional ao delito e nunca passar da pessoa do delinquente”, o que foi mais tarde reafirmado pela Carta Constitucional de 29 abril 1826. É depois com o projeto de JOSÉ MANUEL DA VEIGA²⁶⁶ que de facto se operou um corte com as penas físicas, a transmissibilidade da pena e a pena de morte, e se deu um papel de destaque ao enquadramento do sistema repressivo e à repressão da criminalidade denotando-se uma atenuação do recurso do rigor punitivo anterior.

No entanto, só com o Código Penal de 1852 se viria a operar uma reforma profunda no sistema de penas, mas já com uma tónica correcionalista, e, mais tarde, em 1867, a Lei da Reforma Penitenciária proposta por Augusto Barjona Freitas, prestigiou o humanismo do sistema penitenciário. Sem dúvida que esta humanização do sistema recebeu a onda beccariana, imbuída do princípio da proporcionalidade e limitada, a montante, pelo princípio da culpa.

²⁶⁴ CORREIA, Eduardo – A Evolução Histórica das Penas. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Comissão Redatora: Teixeira Ribeiro, Almeida Costa, Ehrhardt Soares e Castanheira Neves. Vol. LIII, 1977, p. 81.

²⁶⁵ Aqui referimo-nos a açoites, marcas, mutilações. CORREIA, Eduardo – *A Evolução Histórica...*, p. 94.

²⁶⁶ Apesar das boas intenções deste projeto o mesmo não foi posto em execução.

Mais tarde com a Constituição de 1911 cristaliza-se a corrente humanista através, nomeadamente, da manutenção da proibição da pena de morte e de penas corporais, ou ainda de penas perpétuas ou de duração ilimitada e, ainda ao direito de reparação dos danos em caso de sentença executada de forma injusta²⁶⁷.

Desenhada no Decreto-Lei n.º 26 643, de 28 de Maio de 1936, a Organização Prisional de 1936, é considerada por muitos como o ponto de viragem do sistema prisional o que, segundo EDUARDO CORREIA, “bem pode considerar-se a mais acabada articulação legal da ciência penitenciária da época” e que JESCHECK diz ser “de alta importância no domínio da penologia”²⁶⁸. Foi a “obra” de BELEZA DOS SANTOS que tornou possível que Portugal tivesse sido apontado por muitos especialistas estrangeiros, como um dos países mais progressivos em matéria de direitos e realizações penitenciárias.

Nessa sequência e no ímpeto transformador operado no seio penitenciário um pouco por toda a Europa, elaborou-se em Portugal a reforma dos Tribunais de Execução de Penas, em 1976 e também a Lei de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade, de 1979, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, que entrou em vigor a 1 de Janeiro de 1980. Este impulso reformista trouxe os bons ventos que se faziam sentir a nível internacional para o nosso país, nomeadamente em matéria de direitos e deveres dos reclusos, e da jurisdicionalização da execução, que haveria de ter depois impactos significativos ao nível da legislação penal formulada nos anos 80 e de certa forma a definição da política criminal ainda em vigor.

Estas novas aragens que tiveram um importante reflexo no campo normativo, deram um diferente fôlego ao que foi, a partir de então e até aos nossos dias, a evolução da posição do recluso, passando, fundamental e necessariamente no modo de execução da pena, com enfoque no vetor da ressocialização (aliando todas as condições objectivas atreladas a tal desiderato) passando o recluso a ser sujeito da execução, e o Estado como agente responsável no suporte a esse estatuto jurídico. Como bem elucidou já, e por diversas ocasiões, ANABELA RODRIGUES²⁶⁹ cremos que é de destacar o seguinte: apesar do que foi acontecendo em outros países, Portugal manteve-se sempre na senda da preocupação com a finalidade do sistema executivo no sentido

²⁶⁷ Consta o seguinte no Título II “Dos Direitos e Garantias Individuais”: Artigo 3.º “Em nenhum caso poderá ser estabelecida a pena de morte, nem as penas corporais perpétuas ou de duração ilimitada”. Quanto à reparação por sentenças injustas dispõe o n.º 34 do mesmo preceito constitucional: “Se alguma sentença criminal for executada, e vier a provar-se, depois, pelos meios legais competentes, que foi injusta a condenação, terá o condenado, ou os seus herdeiros, o direito de haver a reparação de perdas e danos, que será feito pela Fazenda Nacional”.

²⁶⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich – La Reforme Pénale Allemande et Portugaise. In *Estudos “in memoriam” do Prof. Doutor José Beleza dos Santos*, BFD, Suplemento XVI, pp. 433 e ss. *Apud* RODRIGUES, Anabela Miranda – *Novo olhar sobre...*, p. 13.

²⁶⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda – *Novo Olhar sobre ...*, pp. 14 e ss.

da socialização do delinquente, o que noutros países não passou de uma utopia. A impulsão gerada pelo movimento reformista da reforma de 1936 manteve sempre o ideário socializador como trave-mestra do sistema prisional. Acresce que, Portugal também participou do reconhecimento do recluso como sujeito de direitos, e, portanto, pertencente juridicamente à administração penitenciária, conferindo-lhe o direito de participar ativamente no seu percurso em reclusão, ou seja, reconheceu-se a tutela efectiva dos direitos dos reclusos podendo aqueles dirigir-se a órgãos jurisdicionais. Em Portugal, a jurisdicionalização da execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade aconteceu com a criação do Tribunal de Execução de Penas²⁷⁰.

O Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de agosto, que haveria de estar em vigor por 30 anos, abraçou as questões que então se impunham e que estavam relacionadas com a consagração e salvaguarda da posição do recluso, as regras quanto à reinserção dos reclusos e a modernização e actualização dos serviços.

A reforma operada em 1979, da autoria de EDUARDO CORREIA, alicerçou-se, por um lado, na inserção do recluso na sociedade e, por outro, na promoção com o seu bem-estar, a igualdade e conforto do recluso, no sentido da sua regeneração, e, em consequência promover a sua não reincidência. Por isso, do ponto de vista político-criminal, esta reforma ensejou a uma política mais centrada na reabilitação do recluso, sujeito detentor de direitos, deixando de ser apenas um mero cidadão encarcerado.

Por outro lado, quanto às penas, propôs-se um variado leque de medidas alternativas à pena de prisão, ou seja, penas não institucionalizadas, todas orientadas para recuperar ou ressocializar, e a pena de prisão seria apenas aplicada a crimes mais graves, sendo que, mesmo nesta circunstância tudo seria feito no sentido da reinserção social, enquanto corolário do princípio da dignidade humana.

O espaço prisional no último quadro do século XX, e, muito devido ao entorno sociológico-criminal que perpassou a década de 80, importou a necessidade de tornar aquele espaço dotado de condições físicas a fim de poder dar resposta a uma multiplicidade de questões – desde a toxicodependência, ao vírus da sida.

Afinal, como bem coloca FIGUEIREDO DIAS, “o lugar da liberdade vem a cobrir-se com a mais radical e originária das realidades: o existir humano; com o que se abre à sua investigação um novo campo de possibilidades: o da essência da liberdade se cobrir com a peculiaridade

²⁷⁰ Lei n.º 2000, de 16 de Maio, que estabeleceu as bases atinentes à reabilitação dos delinquentes e à jurisdicionalização das penas e das medidas de segurança que foi depois colocada em execução pelo Decreto n.º 34 540, de 27 de Abril de 1945.

irredutível do ser-homem, o de constituir ela, afinal, a originalidade de um modo de ser próprio que, como fundamento oculto, se exprime no homem e na sua obra”²⁷¹. E aduz ainda que “esta liberdade positiva, isto é, uma estrutura íntima de tudo quando acontece por meio do homem essência, não pode ser, no homem, uma liberdade absoluta na medida em que o homem vive no mundo, confronta-se com outros entes, limita-se por eles, rege-se por leis do mundo e depende delas. E, todavia, ele tem de existir no mundo, apesar de todas as limitações e condicionamentos apesar da posse incompleta de si próprio. Por isso a concreta liberdade humana implica sempre condicionamento, obstáculo, resistência e é sempre oposição, processo, luta.” É indubitável que a liberdade é intrínseca ao ser humano. FIGUEIREDO DIAS fala-nos nesta circunstância do “ser-livre como característica irrenunciável do concreto existir humano” ao que opõe o conceito de responsabilidade como consequência necessária da liberdade: a “responsabilidade do homem é o ter que responder pelo seu comportamento no fundamento do seu existir, cuja essência é o ser-livre; ou, de outra maneira: é o substrato que permite imputar ao existir, e ao ser-livre, o seu próprio comportamento, a sua própria ação ou omissão”²⁷². Atrelada a esta conceção da liberdade, inclui-se o conceito de culpa em direito penal, que aparece no entrecruzamento entre liberdade e responsabilidade, daí que “a culpa jurídico-penal nada mais é do que o ficar aquém das exigências de conformação da personalidade com que a ordem jurídica supõe e o ter que responder por essa diferença, quando ela fundamenta um facto ilícito-típico”. O princípio da culpa significa não só que não há pena sem culpa, mas também que a culpa modela e impõe a medida da pena, não sendo apenas pressuposto e fundamento da validade da pena mas também o limite máximo desta.

A pena é o filho (ilegítimo) deste amargo matrimónio, determinada pela culpa do agente. Todo o direito penal é modelado pela culpa no sentido de que esta constitui o fundamento e o pressuposto da pena e da sua medida. Ao Direito Penal compete antes de tudo uma função de proteção de bens e valores fundamentais da comunidade social a fim de proporcionar as condições indispensáveis ao livre desenvolvimento e realização da personalidade ética do homem.

O estatuto jurídico do recluso, como um dos pilares do moderno direito penitenciário, deve hoje dar dois passos em frente, permitindo cruzar a realidade criminógena na sua complexidade pós-moderna com a circunstância da execução da pena de prisão na pessoa do cidadão recluso, na medida em que o deve extirpar de um certo paradigma negativo que lhe está associado restituindo-o aos seus direitos enquanto pessoa. Se o estigma dessocializador

²⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. 3.ª Edição, Coimbra Editora, p. 136.

²⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo – *Liberdade*,...p. 51.

que se abate sobre o sistema prisional chama a si soluções próprias de um verdadeiro direito prisional do inimigo, então somos neste ponto levados a concordar com ANABELA RODRIGUES quando a mesma se refere à pena de prisão, nos seguintes moldes: “o da reconformação da pena de prisão no sentido de se minimizar o seu efeito negativo e criminógeno e outorgar-lhe, em contrapartida, um sentido positivo, prospectivo e socializador; e, o da limitação da aplicação concreta da prisão, preconizando a sua substituição, sempre que possível, por penas não institucionais²⁷³”.

Coexistem assim perante estas duas visões ou soluções duas possibilidades que nos parecem ser as grandes coordenadas para o sistema prisional presente, ou seja, doar ao espaço prisional a humanização de cuja falta padece e, propugnar um verdadeiro movimento de desprisionização, não no sentido da anulação da prisão-instituição, mas no sentido de um sistema que não veja a prisão como *prima e sola ratio*. Neste sentido, o modelo encarcerador vigente, mesmo para uma criminalidade mais de cunho organizado, deverá ser intervencionista, isto é, de carácter social, que, não descurando a eficácia da ressocialização, seja eficiente na forma como ressocializa.

Donde, o processo de socialização deve refratar-se no dever que incumbe ao Estado de solidariedade para com as pessoas em situação de reclusão, dando-lhe as condições para prosseguir a vida sem praticar crimes, prevenindo a reincidência. Apenas assim podemos admitir que existe uma verdadeira socialização e não uma imposição de valores que se vaze num modelo terapêutico de tratamento, como aliás ainda transparece do próprio texto da lei, quando no CEPML no artigo 3.º, n.º 4 se preconiza o seguinte: “A execução respeita os princípios da especialização e da individualização do tratamento prisional do recluso, sem prejuízo do disposto no número anterior.”

2.4. A pena de prisão como meio de resposta ao crime organizado

Se a execução de uma pena de prisão no que tange ao crime dito clássico provoca um conjunto de reacções no universo exterior, poder-se-á dizer que no que diz respeito ao crime organizado essa *relatio* tem um significado peculiar.

Segundo ANABELA RODRIGUES “pelo que respeita ao sistema punitivo advogar a não utilização da pena de prisão para a nova criminalidade – criminalidade grave – significaria uma

²⁷³ RODRIGUES, Anabela Miranda – *Um olhar sobre...*, p. 31.

inversão do princípio da utilização daquela pena como *ultima ratio* subtraindo à sua aplicação precisamente a punição das condutas socialmente mais graves. O que se tornou evidente foi que os sistemas penais individualmente considerados são inoperantes para responder ao desafio da nova criminalidade e é inevitável libertar a política criminal das suas referências estaduais para lutar contra uma criminalidade que se serve da globalização para se desenvolver”²⁷⁴. Surge, destarde, a questão da incapacidade de um qualquer direito penal interno actuar de forma eficaz, quando a livre circulação de bens e pessoas entre Estados. Assim, verifica-se um aumento da incapacidade do direito penal de um Estado prevenir e reprimir comportamentos e condutas desviantes. É de facto colocado em crise o próprio princípio da territorialidade, trave-mestra e expressão última da soberania estatal e, em consequência, da independência interna face a influências externas.

À luz da forma organizada do crime, o pêndulo punitivo ganha toda uma resignificação, e, por conseguinte, o problema da necessidade da pena que se conexas com a conceção de utilidade da pena (porém não utilitarista) – que na perspectiva da prevenção geral positiva, se traduz na vigência da lei (existência, validade e eficiência) – continua a ser uma questão basilar²⁷⁵. Não esqueçamos que a ponte que pretendemos fazer entre a criminalidade organizada transnacional e a pena parte da evolução e consequente transmutação da sociedade pós-moderna face ao adensamento de variados riscos que predominam na sociedade e que levaram Jakobs a erigir o Direito Penal do Inimigo, o que faz com que venha germinando a ideia da obsessão punitivista e a hiper-criminalização de comportamentos através da antecipação de perigos, que ganham dignidade penal.

Face à sua transversalidade, indaga-se se se requererá a plurilocalização do fenómeno criminógeno ínsito à itinerância ou transnacionalidade do crime, um outro método de execução da pena de prisão, se será defensável o confinamento dos reclusos em estabelecimentos prisionais de alta segurança, ou, será o cumprimento de medidas alternativas aceite, de forma satisfatória, para fazer face a tal criminalidade.

A questão do modo de punir sempre se tratou de uma questão moral atribulada por isso

²⁷⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda – Globalização, Democracia e Crime. In *Separata da Obra do II Congresso de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 53 e 54.

²⁷⁵ Convém aqui frisar que este problema que se suscita entre a norma escrita e a sua eficácia, é levantado também de uma forma interessante por Silvério da Rocha-Cunha quando acentua: “A crescente tensão entre a legalidade axiomática e a eficácia gera uma paradoxal imobilidade do sistema jurídico – e do sistema político enquanto determinado por uma certa ideia de Direito -, porquanto a excessiva acumulação de normas torna impossível a sua obediência, conduzindo mesmo à anulação do próprio sistema. Daqui emerge uma especial ineficácia do Estado-Nação soberano, que não consegue garantir que o seu raio de ação seja efetivo”. ROCHA-CUNHA, Silvério da – A “ardente paciência”: reconstruir o político numa era global de compressão. In *Perspectivas – Portuguese Journal of Political Science and International Relations, A Europa, Portugal e os Desafios da Globalização (Perspectivas Transdisciplinares)*, Número 3, 2010, p. 14.

o ponto de partida cinge-se a como deve ser exercido o poder punitivo, o que nos leva a falar na questão da legitimação do Estado enquanto *dominus* do *ius puniendi*. Como bem refere LOIC WACQUANT estamos a assistir a uma “redefinição das missões do Estado, que, em toda a parte, se retira da arena económica e afirma a necessidade de reduzir o seu papel social e de ampliar, endurecendo, a sua intervenção penal.” Em suma, e na linha de pensamento de Eduardo Correia, o que deve ser criminalizável ou não num dado ponto histórico, deve ser qual a política a escolher para fazer face a um fenómeno social que transporta um nível de ameaça diferente da criminalidade corrente.

De facto, como ensina ANABELA RODRIGUES, “a ilusão da “justiça para todos e já” que a democracia trouxe consigo deu lugar à justiça que, se se quer “realizar”, tem de ser seletiva na intervenção”. Ou seja, se queremos que o enfoque se dê no resultado, numa intervenção que seja eficaz, temos de redesenhar o sistema punitivo-executivo para que o mesmo possa afastar *in limine* o recurso a medidas desmesuradas, de *prima ratio*. Acompanhamos, neste aspecto, ANABELA RODRIGUES quando refere o seguinte: “a renovação dos sistemas punitivos tem de passar ainda pelo reconhecimento de que certas sanções penais conhecidas um pouco por todo lado como acessórias devem elevar-se a categoria de “principais”²⁷⁶”.

Neste sentido, uma sensação de permanente insegurança, do medo generalizado e da rutura do Estado para conter esta nova vaga líquida do crime, lida com as flutuações dos níveis de segurança que a cada momento se vão impondo à mão criminalizadora do legislador. O perigo, como base da hegemonia dos tempos da incerteza que desenvolve simultaneamente o homem como um *hostes*, translada para o campo do sistema executivo da pena um sentimento de confronto e guerra aberta a um homem invisível.

Um tal desejo de combater o homem-ameaça, que também está presente dentro do cárcere, repousa também na musculação do próprio sistema penitenciário ou na criação de um direito penitenciário de *prima ratio*. Muito embora se reconheça um esforço do sistema tendente à sua adaptação, com novas estratégias de intervenção junto do cidadão recluso, a verdade é que o modelo ainda não se conseguiu renovar, assistindo-se à manutenção de uma máquina penitenciária cheia de atavismos e inepta face à disseminação de estruturas criminais organizadas (e à forma como aquelas se comportam *intramuros*).

O que quer dizer que o sistema de execução de penas encontra-se hoje envolto numa espiral cíclica do fenómeno de “arrest-release-repeat” cujas consequências colocam em perspectiva a própria finalidade da pena, apenas favorecendo um certo mecanismo ancorado a

²⁷⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda – *Globalização, Democracia ...*, p. 50.

uma punição irracional que se retroalimenta de um medo latente que contagia o espaço prisional. O espaço do cumprimento da pena ou a prisão tal como a conhecemos, forma assim um paradoxo. Se somos tributários da ideia de que a prisão apesar de ser um mal, é, ainda assim necessário, a mesma tem de se assumir como um contrabalanço entre a privação da liberdade (que tem sempre, mesmo que simbolicamente um carácter retributivo puro) e o fim último que pretende atingir – o da prevenção do crime (quer geral, do ponto de vista da sociedade quer especial, do ponto de vista do condenado). Como enfatiza PAULO FERREIRA DA CUNHA, a sociedade, e, na essência, o Estado, têm o dever de ajudar na “regeneração”²⁷⁷ do homem agrilhado. Neste sentido não pode ser descurado aquele princípio que deve trespassar o momento executivo da pena que é o princípio da socialidade, segundo o qual “incumbe ao Estado um dever de ajuda e solidariedade para com o condenado proporcionando-lhe as condições necessárias para a reintegração na sociedade”.

Nas palavras de ALBERTO RODRÍGUEZ a reinserção social opera em três campos distintos: “Primeiro, no momento da cominação legal, desautorizando qualquer tipo de política criminal que se centre em finalidades coletivas discutíveis que não produzam resultados úteis para o desenvolvimento da vida em sociedade, como é o caso daquelas normas penais que não permitam a reinserção social (penas curtas de prisão) ou que directamente a impeçam (penas largas de prisão). Segundo, na fase de determinação da pena, ao valorar a pena que deve aplicar-se à prática de um determinado delito, devendo optar-se, de forma preferencial, pela sanção menos penosa para a socialização do condenado. Terceiro, na fase de execução, obrigando os juízes e os funcionários penitenciários a aplicar a pena da forma mais favorável para a prossecução da reinserção social do condenado”²⁷⁸.

Se cabe à pena “o ónus de otimizar os resultados”, então não é possível adotar uma visão que não seja a de proporcionar ao indivíduo recluso uma existência condigna durante o lapso de tempo em que estiver privado da liberdade. *Quid iuris*, porém, quando existe uma inversão

²⁷⁷ CUNHA, Paulo Ferreira da – *Crimes & Penas...*, p. 142.

²⁷⁸ RODRÍGUEZ, Alberto Daunis – *Ejecución de penas en España - La inserción social en retirada*. Editorial Comares, 2016, pp. 11-14. Questão que tem sido debatida no ordenamento jurídico espanhol, face ao disposto no art. 25.º, n.º 2 da Constituição Espanhola, é saber se a reinserção social pode ser entendida como um direito subjectivo. Aqueles que perspectivam uma resposta afirmativa, atendem fundamentalmente à circunstância de aquele normativo constitucional se inserir no capítulo dedicado aos direitos fundamentais e liberdades públicas e pela circunstância de se considerar a reinserção social como um elemento modulador do direito fundamental à liberdade previsto no art. 17.º da Constituição Espanhola, isto é, a reinserção social é uma forma de salvaguardar a liberdade frente a abusos ou excessos do Estado. Em última instância, perspectivando-se a reinserção social como um direito fundamental, a mesma pode fundamentar um recurso de amparo para o Tribunal Constitucional. Não obstante, este mesmo alto Tribunal, não reconhece a reinserção social como um direito subjectivo, ou um direito fundamental, perspectivando-a como um mandato orientador que preside à intervenção de qualquer operador judiciário, policial ou penitenciário e como uma das finalidades das penas para conseguir o objectivo último de protecção de bens jurídicos penais.

do objetivo encarcerador e é a própria prisão um palco indutor do fenómeno criminal? Onde se encontra afinal, neste paradoxo, o propósito de punir, através da privação da liberdade?

Alguns desses paradoxos, foram por exemplo, as facções criminosas que emergiram nas décadas de 70, 80 e meados da década de 90, nas prisões do Rio de Janeiro e de São Paulo. Os exemplos do Comando Vermelho ou da Falange Vermelha vigoraram nestas prisões devido à falta de políticas penitenciárias adequadas e que possibilitassem a reintegração dos presos. Na verdade, tais políticas penitenciárias não só ofereciam condições favoráveis à instalação e crescimento das facções criminosas organizadas como ainda favoreceu a criação e multiplicação de ramificações fora dos estabelecimentos prisionais, as quais se tratavam de verdadeiros braços armados dessas organizações.

Têm sido apontadas duras críticas quanto à eficácia da pena de prisão²⁷⁹, ora porque autores há que sufragam uma posição mais clássica²⁸⁰, que vê a prisão como uma necessidade indispensável à garantia da paz e da ordem social, mesmo que seja aplicada como a última possibilidade de entre o leque sancionatório, uma vez que, vista desde o seu exterior, permanece como a sanção mais eficaz para punir crimes. Mas se é esta eficácia que colocamos em crise, interrogamo-nos se a extinção da pena de prisão tal como a conhecemos não modificaria, do ponto de vista sociológico, a sociedade e a relação intrasubjetiva entre os indivíduos, podendo alterar a morfologia dos comportamentos psicossociais no que tange à própria ideia de punição de infrações criminais.

A verdade, porém, como assevera NIEVES SANZ MULAS, é a de que a pena de prisão é irrenunciável e, por isso para certo tipo de crimes e de delinquentes, é uma realidade inevitável, até porque, citando aquela autora Foucault, é uma sanção que “sigue sendo aceptada socialmente como la única manifestación del control estatal”²⁸¹.

Mas, ao ser descartada a pena privativa da liberdade, levantam-se desde logo problemas que poderiam impactar de forma grave a sociedade.

²⁷⁹ Embora como advogue Nieves Sanz Mulas, a pena privativa da liberdade continue a ser enxergada como “uma fatal evidencia”, dado que como afere “non son ciertamente muchas las posibilidades de abatir los muros de la prisión. Si bien se camina de forma seria en esa dirección, es generalmente admitido el hecho de que la cárcel habrá de conservar un papel residual importante, entre otras razones, porque algunas de las soluciones alternativas propuestas tampoco dejan de ofrecer serios inconvenientes.” SANZ MULAS, Nieves – *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad – Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*. Editorial Colex, 2000, p. 212.

²⁸⁰ Recordemos que embora os reformistas da centúria de 1700 tivessem alavancado o sistema de execução de penas, dando dignidade ao espaço prisional, erradicando as penas corpóreas, a pena privativa da liberdade não foi ainda assim preterida. Entre eles, Beccaria, Servan, Dupaty, Lacretelle, Duport, Pastoret, Target, Bergasse.

²⁸¹ FOUCAULT, Michel – *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa, México, 1983, p. 137. *Apud* SANZ MULAS, Nieves – *Alternativas a la Pena Privativa*, p. 212.

Quanto às penas alternativas, segundo esta posição, não seriam uma verdadeira alternativa, mas atuariam como complemento à pena de prisão sendo que estas se revelariam inadequadas para os crimes graves. Assim, a questão não está na pena de prisão, mas na punição em geral, permanecendo em aberto a questão de saber qual a forma mais eficaz de punir a criminalidade. Há, depois quem advogue, numa corrente mais alternativa, que a pena de prisão mais não é do que um fracasso na história que não cumpre os fins a que se destina: não socializa o recluso e não tem funcionado como elemento dissuasor do crime. O tratamento prisional desde sempre se caracterizou pela manifesta vertente autoritária do Estado, que colide naturalmente com o atual Estado de Direito Democrático, que além disso não tem dado provas em como se preocupa verdadeiramente com as condições dos reclusos.

A prisão tal como está pensada promove a violência, e cria o estereótipo no indivíduo recluso que mesmo depois de sair em liberdade continua a ser visto como um elemento associado ao sistema prisional ao qual não se deve proporcionar uma integração social. Assim, torna-se imperioso tentar evitar que a prisão seja o meio de punição obrigatório, propondo para tal a imposição de sanções de cariz não privativo da liberdade adequadas aos casos concretos, de que são exemplo a multa, o trabalho a favor da ou a mediação penal.

Mas existem também outras razões para a manutenção do paradoxo entre: A população prisional portuguesa era, a 31 de Dezembro de 2020 constituída por 11.412 reclusos, (incluindo 345 inimputáveis). O número de preventivos era de 2.273 (19,9%) e o de condenados (contabilizando os inimputáveis) fixava-se em 9.139 (80,1%), sendo 93% do género masculino e 7% do género feminino. O rácio por 100 mil habitantes era de 110,9 quando idealmente se deve situar nos 100 ou abaixo. A juntar-se à questão da sobrepopulação existe a questão da deterioração física dos edifícios e a questão da “contaminação do espaço prisional”, ou seja, nos mesmos espaços comuns convivem reclusos primários, condenados por crimes menos graves ou mais graves, reclusos tendencialmente mais geradores de distúrbios, ou outros com melhores perspetivas de reintegração. O excesso de cidadãos encarcerados dita a falência do sistema, sob vários prismas. Se um lado, persistem problemas a montante, designadamente no próprio sistema punitivo que não deveria estar a encarcerar tanto, por outro lado eles desaguardam inevitavelmente a jusante, dentro dos muros da prisão.

É que, como já fartamente demonstrado em pesquisa empírica, o cárcere tem-se revelado como ambiente de fortalecimento do crime organizado²⁸², que nele se estrutura e a partir dele comete outras infrações, para além dos muros dos estabelecimentos prisionais.

Nesse contexto, evidenciam-se as relações de poder que se perpetuam graças a uma forte articulação económica e política, na medida em que, por não raras vezes, valem-se da participação de agentes penitenciários e, mesmo, integrantes da advocacia, conferindo-se a estabilidade à estrutura delitiva. Toda essa articulação é facilitada por conduto da figura de uma liderança, que também auxilia na estabilidade da organização, ainda que seja substituída por transferência de unidade prisional, obtenção da liberdade ou morte. É a preocupação central das correntes deslegitimadoras desse sistema, que aponta para o carácter criminógeno do cárcere, como criador de violências.

Na verdade, um sistema prisional que aposta no isolamento total do indivíduo desviante, querendo-o ressocializar, impedindo-o de exercer qualquer tipo de controlo sobre a organização criminosa, desconsidera que nessa conjuntura se manifestam relações de poder que se perpetuam, na medida em que as organizações criminosas se valem amiúde da participação dos órgãos da estrutura penitenciária conferindo estabilidade à estrutura criminosa organizada. Toda essa articulação é facilitada pela figura de um líder, que também auxilia na estabilidade da organização.

As estruturas criminosas organizadas, que se desenvolvem no espaço prisional, têm semelhanças em relação ao funcionamento das organizações criminosas que atuam fora do espaço prisional, sobretudo na exploração do Estado, na presença de estrutura hierárquica, cadeia de comando, atuação transnacional e corrupção de funcionários públicos, bem como as vantagens obtidas por causa da atividade ilícita. A estabilidade da estrutura criminosa baseia-se na obtenção de vantagens patrimoniais, donde podemos concluir que constitui uma falácia o combate do crime organizado intramuros. Mesmo porque, como se viu, os estabelecimentos prisionais servem, muitas vezes, de trincheira para a perpetração de ilícitos por parte das organizações.

Aqui chegados, é possível concluir que mesmo as alterações legislativas que sustentam o recrudescimento penal como forma de resposta do Estado ao crime organizado, reconhece-se

²⁸² FRANÇA, Misael Neto Bispo da e FERREIRA, Iana Caroline Bahia da Cruz – Conexões Brasil – Itália pelo enfrentamento ao Crime Organizado: O Processo-Penal Anti-Cárcere. In *Boletim IBCCRIM*, Ano 31, n.º 372, Novembro de 2023, p.15.

o aumento do encarceramento e da violência, o que traduz um exagerado apego ao meio prisional, como resposta à criminalidade organizada, o que, por seu turno, reduz a prisão a um papel meramente distópico, cujo escopo não é cumprido.

3. Crime Organizado e o sistema de execução de penas

“A “sociedade” é cada vez mais vista e tratada como uma “rede”²⁸³ em vez de uma “estrutura” (para não falar de uma totalidade sólida “): ela é percebida e encarada como uma matriz de conexões e desconexões aleatórias e de um volume essencialmente infinito de permutações possíveis.”²⁸⁴

Zygmunt Bauman, “Tempos Líquidos”

“Um princípio básico de controle social é de que os que possuem muito e os que nada têm são os dois extremos mais difíceis de governar, Os que muito possuem, também têm muito poder, e os que nada têm, também nada têm a perder.”²⁸⁵

Nils Christie, “A Indústria do Controle do Crime”

A singular contemporaneidade que nos atravessa, depara-se, segundo PAUL FEYERABEND, no seu “Against Method”²⁸⁶, “com a angústia de se estar a abordar e interpretar a realidade de uma perspectiva possível”. Esta possibilidade é ditada pela realidade transmutável e transmutada e imprevisível.

²⁸³ A este propósito Manuel Castells fundamenta uma radical inversão dos pressupostos ontológicos mediante a qual a sociedade em rede veio abrir a Era de uma nova ordem social que se traduz numa transformação qualitativa e substantiva da experiência da própria experiência humana. Hodiernamente, o significado estrutural desta última foi alterado e, no seio desta nova ordem social, vive-se uma transformação do espaço (em sentido clássico) num espaço de fluxos, e a transformação do tempo (em sentido clássico) num tempo atemporal. São bases de natureza eminentemente tecnológica em virtude da qual os fundamentos materiais da sociedade, do espaço e do tempo, estão efectivamente a transformar-se organizando-se em torno do espaço atemporal (que parece ser o resultado da negação do tempo passado e futuro nas redes do espaço de fluxos). O novo *modus vivendi* que propicia é próprio de uma era de paradoxos que parece cada vez mais uma desordem social, uma espécie de sequência automática e aleatória de eventos que deriva de uma lógica incontrolável de mercados, tecnologia, geopolítica e determinação biológica. TEIXEIRA, José A. Carvalho – *Actas do Colóquio 100 anos da Psicopatologia Geral de Karl Jaspers*. ISPA, 19 de Fevereiro de 2014. (Disponível em: https://loja.ispa.pt/sites/default/files/users/3/actas_karljaspers.pdf) Consultado em 13.12.2021).

²⁸⁴ BAUMAN, Zygmunt – *Tempos Líquidos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Edições, 2007, p. 9.

²⁸⁵ CHRISTIE, Nils – *A Indústria do Controle do Crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental*. Tradução de Luis Leiria, Editora Forense, 1998, p.56.

²⁸⁶ FEYERABEND, Paul – *Against Method*. Verso, 1988.

Vivemos a era do “grande encarceramento”²⁸⁷, da sobrelotação de prisões e com isso a perversão do sistema, com os próprios encarcerados a “administrar” os estabelecimentos prisionais²⁸⁸.

Segundo a *World Prison Brief*, “nas últimas décadas, temos visto um aumento rápido e contínuo no número de pessoas presas, que hoje já somam mais de 11 milhões em todo o mundo. Dessas mais de 11 milhões de pessoas, mais de três milhões estão presas provisoriamente ou sob outra modalidade de prisão preventiva”²⁸⁹.

Na verdade, dependendo da perspectiva com que se olha para o sistema de execução de penas, e na vertigem dos acontecimentos históricos e sociais, conclui-se que a remodelação do cárcere, a qual tem sido encorajada (através de múltiplas obras legislativas) de uma forma progressiva, exprime uma vontade política de apoiar uma instituição inconformada não só com a realidade do crime como também com a crescente transformação do homem recluso.

Embora se tenham registado avanços significativos, não deixa de ser um facto que a reclusão e, desta feita o direito penitenciário como um todo, continuam a ser o parente mais que pobre e distante da sociedade civil. E cremos que seja esta a razão que permite a corrupção do cárcere por redes criminosas que se expandem a partir de dentro dele.

O meio prisional como espaço multifacetado, mercê de um forte cunho humanista caro aos estados de cariz democrático, tem albergado os permanentes esforços que galvanizam e regeneram a instituição prisional. No entanto, a expansão da criminalidade organizada e a consequente pulverização do crime pelos variados estratos societários assim como a personalidade desviante do sujeito criminoso, convocam situações de melindre que, não raras vezes, fragilizam o propósito último da execução da pena de prisão.

Para além dos altos muros que escondem o “drama penitenciário”, o recluso não vive “orgulhosamente só”, dispondo de uma panóplia de actividades escolares, de emprego, ocupações lúdicas, entre outras, que, indiscutivelmente são a refração dos direitos que lhe assistem. Se já na centúria de XIX se preconizava uma reabilitação do delinquente através da

²⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e SANTOS, Ílison Dias dos – *A nova crítica criminológica...*, p. 117.

²⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e SANTOS, Ílison Dias dos – *A nova crítica criminológica...*, p. 118.

²⁸⁹ Se olharmos para os dados estatísticos publicados, são os Estados Unidos, o país que tem o maior número de pessoas encarceradas no mundo, com mais de 2 milhões de pessoas presas. Isso equivale a uma taxa de população carcerária de 639 por 100.000 habitantes, sendo a mais elevada do mundo. Em dez países analisados, os EUA são o país em que a população carcerária cresceu drasticamente nos últimos 40 a 50 anos. A população carcerária dos EUA mais do que quadruplicou entre 1980 (cerca de meio milhão de pessoas presas) e 2008 (mais de 2,3 milhões de pessoas presas), sendo que a taxa de população carcerária saltou de 220 para 775. O Brasil registrou um aumento da população carcerária de cerca de 30.000 pessoas em 1973 para mais de três 750.000 atualmente; a taxa de população carcerária durante o período disparou de 32 para 357.

educação, auto-reflexão e trabalho, em pleno século XXI, estas são as traves que continuam a sustentar as paredes agrilhoadas do cárcere. Mas serão ainda válidas hoje estas premissas?

De acordo com as resistências e desconfianças tradicionalmente enjeitadas pela vox *populi* a respeito da vida intramuros, o cerco prisional não mais pode ser enxergado como depósito irreduzível do homem etiquetado, cabendo aos diversos governos a tarefa suprema de fazer cumprir o velho e sobranceiro ideário ressocializador.

Os variados acontecimentos históricos, produto da nossa memória coletiva, que empenham um largo e considerável espectro do século passado e já deste século²⁹⁰, convocam-nos para um repensar da questão do crime com este recorte e projeção global.

Aliado ao admirável mundo novo²⁹¹ que se desenrola no paralelo mundo do crime, profetiza-se hoje uma cultura tendencialmente securitária²⁹² e pró-belicista²⁹³ que despersonaliza o homem, na sua veste de delinquente, tornando-o como um ser perigoso e fonte de ameaça constante. Esta visão é transportada para dentro da prisão.

No circumspecto mundo da execução da pena impõe-se que se compatibilize a demanda securitária com a promoção e manutenção de direitos que se assacam aos condenados em cumprimento de prisão efetiva (duradoura).

O sistema de execução de penas encontra-se hoje envolto numa espiral cíclica triangular de “arrest-release-repeat” cujas consequências colocam em perspectiva a própria finalidade da pena. Se o homem sempre retornará à sociedade de onde veio, então ter-se-á de repensar o modelo de jaez ressocializador que vê no condenado um sujeito de direitos e não mais uma vítima da euforia pelo encarceramento.

Por seu turno há a crescer que este *status quo* vem impregnando a *mens legislatoris*, de tal modo que grassa a ideia de que quanto mais se endurecer a pena, mais se incrementa a ideia de segurança, assentando numa retórica cíclica que apela e clama pela musculação do sistema punitivo.

²⁹⁰ Estamos nesta sede a referir-nos aos ataques terroristas que nos assolaram já no século XXI e que por isso estão mais presentes no imaginário coletivo, e os quais tiveram o seu apogeu com os ataques às Torres Gêmeas em Nova Iorque em 2001, os ataques na estação da Atocha em Madrid em 2004 ou no metro de Londres em 2005.

²⁹¹ Relembrando aqui a obra de HUXLEY, Aldous – *Admirável Mundo Novo*. (Trad. do inglês de Vidal de Oliveira e Lino Vallandro). 5.ª Edição. Porto Alegre: Editora Globo, 1979.

²⁹² Este ambiente gera uma verdadeira onda de publicitação do fenómeno, gerando *slogans* securitários tais como Law and Order ou Zero Tolerance. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Terrorismo e Direitos Fundamentais*. In Manuel M. Guedes Valente (Coord.) – *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa...*, p.19.

²⁹³ A este propósito VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo (o Progresso ao Retrocesso...*, pp. 101 e ss.

A emergência de um “direito punitivo irracional”²⁹⁴, propugnado por ZAFFARONI que responde ao clamor desenfreado da *vox populi* poderá degenerar numa tendência orientada para um cenário de medo latente, levando a sociedade a deificar a prisão e a reclusão a título duradouro.

A instituição-prisão devia tratar de recuperar homens e mulheres perdidos. A percepção comumente aceita e percebida é de que a prisão serve para albergar todos os indivíduos condenados no momento após a sua condenação. O tema da reclusão tem merecido por parte da doutrina algumas reflexões quer quanto à sua gênese, quer quanto aos seus modelos, quer ainda quanto ao seu impacto nos direitos e liberdades do condenado. Não obstante um grande número de obras construídas em torno daqueles modelos teóricos a verdade é que persiste um hiato entre a teoria e a realidade vivida no cárcere que parece encontrar-se desadequada face ao que se espera que contribua para a transformação do homem encarcerado.

Foram as características dos modelos primitivos de encarceramento que fizeram da reclusão a pena “moderna”, teorizada pelo pensamento iluminista como “mínima dentro das possibilidades proporcional aos delitos, ditada pelas leis”, segundo palavras de CESARE BECCARIA, como alternativa aos horrores e determinados e indetermináveis das penas corporais dos açoites e dos tormentos próprios dos ordenamentos punitivos pré-modernos.

Nesse sentido, as redefinições da forma de punir obedecem a uma reestruturação social, ou seja, o abandono das práticas de suplício ao final do séc. XVII e ao longo do séc. XVIII vai-se configurando a partir da necessidade de uma nova organização social. As prisões configuram-se como formas e instituições de execução da punição inerentes à sociedade capitalista, considerando como castigo a privação da liberdade e, implicitamente, a privação da liberdade de produzir e consumir enquanto cidadão. A punição continua a servir o caráter de prevenção em relação aos novos crimes, como um espaço de privação, isolamento, repetição, mas também como espaço de produção de subjetividade e de novas relações sociais. A prisão não pode ser um espaço localizado fora e isolado da sociedade, mas deve constituir parte da sociedade capitalista, servindo como um dos instrumentos de manutenção da estrutura social e de reprodução das relações sociais.

O preso não é um indivíduo em disfunção social, mas um sujeito caracterizado por determinada classe social e etnia, vivenciando diversas expressões da questão social. É um

²⁹⁴ Neste sentido ZAFFARONI, Eugénio Raúl – *Direito Penal do Inimigo* (trad. do espanhol). 2.º Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007. *Apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Os direitos humanos no direito penal reintegrador: a afirmação do direito penitenciário. In *Revista da Procuradoria-Geral de S. Paulo*, n.º 76, 145-168, (jul./dez.), 2012, p. 149.

sujeito que vivencia no interior da prisão diversas formas de socialização e interação social, criando formas de resistência ao poder.

3.1. A Posição Jurídica do Recluso (de crime organizado) – uma perspectiva diacrónica e os referentes axiológicos

A querela subjacente à posição jurídica do recluso assume quotidianamente – tanto de uma perspectiva legal como sociológica – um carácter actual.

Se é verdade que nos últimos anos se têm dado passos significativos a esta parte, não deixa de ser um facto que o direito penitenciário, visto como um todo, continua a ser o “parente pobre” da dogmática penal²⁹⁵.

Enlaçada com esta questão INÊS HORTA PINTO chama-nos para a questão da designação “Direito Penitenciário”²⁹⁶, uma vez que esta se encontra desatualizada “abandonada que está a concepção do “sistema penitenciário” preconizado no século XIX, baseado no isolamento celular, em favor de uma prisão mais “aberta”, mais “flexível”, portanto menos “institucional”, neste sentido “menos penitenciária”.

Cientes de que a partida é já tardia para o debate, afigura-se como primordial escopo deste estudo dar a conhecer de que forma, no ordenamento jurídico- penal português, se trata da questão da posição do recluso, sem nunca, porém, perder de vista a lei ainda em vigor conjuntamente com outros preceitos que continuam a guiar o legislador na edificação dos códigos. Assim se vão constituindo os alicerces que fundam o moderno pensamento jus-criminal, agitando os ventos da mudança que entorpecem algumas consciências quando se trata de discorrer sobre a temática a que nos debruçaremos.

Sensibilizados pela dimensão psico-social que se acerca grandemente destas lides, adiantamos que a *ressocialização* do recluso, ou se quisermos, a de *evitar a dessocialização* do

²⁹⁵ ABREU, Carlos Pinto de – *As Reformas do Sistema de Execução de Penas e do Sistema Prisional e o Papel do Advogado: Finalmente que dignidade se impõe?* In *Direito e Justiça*, (Especial), 2004, p. 286. Este entendimento é tributário de um outro, em que o autor utiliza estas mesmas palavras: A execução das penas (...) foi sempre o parente pobre no tratamento penitenciário. Mas prossegue favoravelmente constatando que: (...) não obstante, nos últimos anos assistiu-se a um recolocar do problema penitenciário. Já não se fala apenas no drama judiciário, está também na ordem do dia o drama penitenciário. Razão por que há tantos autores que têm defendido um sistema penal integral do ser humano de modo a colocar o direito penal penitenciário no mesmo patamar dogmático do direito penal material e processual. Cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Do Ministério Público e da Polícia: Prevenção Criminal e Ação Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano*. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, e, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo...*, p. 165.

²⁹⁶ PINTO, Inês Horta – *Repartição de Funções entre Administração e Juiz e Tutela Jurisdicional Efetiva na Execução da Pena de Prisão*. Almedina, 2022, p. 233.

recluso é uma matéria sempre envolta em grandes oscilações e que sempre se deteve com os direitos fundamentais do recluso. Em síntese, com a sua particular situação jurídica.

A Regra 6.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas da Liberdade, mais conhecidas como as “Regras de Tóquio”, refere que: “A execução da pena de prisão, servindo de defesa da sociedade e prevenindo a prática de crimes, deve orientar-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável e sem cometer crimes”²⁹⁷. Também o art. 2.º, n.º 1 do CEPMPL está na mesma linha de orientação estabelecendo que: “A execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade visa a reinserção do agente na sociedade, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes, a protecção de bens jurídicos e a defesa da sociedade”.

Donde, a execução da pena de prisão se move no sentido de uma paulatina aquisição, pelo recluso, de competências de socialização, e o sistema deve muni-lo para as suas necessidades individuais de re-integração. Por isso, espera-se que este mesmo sistema ofereça ao condenado condições que favoreçam a não reincidência, e, nesse sentido a função de reintegração do indivíduo assume-se puramente contratualista, na medida em que se visa a adesão do recluso ao plano para si delineado, essencialmente através da formação, da educação e do trabalho, através da sua responsabilização, sendo a progressão no plano acompanhada de flexibilização da execução da pena.

Rejeitando peremptoriamente as vozes que outrora clamavam pela segregação do encarcerado das constelações do direito²⁹⁸, pautamo-nos hoje pela atribuição sem precedentes de uma esfera de direitos que gravitam em torno do homem recluso. Este entendimento vale tanto mais quanto se considere, que o indivíduo condenado e destinado a cumprir uma pena privativa de liberdade, não pode, pois, ser desprovido dos seus direitos enquanto ser dotado de inegável dignidade humana.

Como persistentemente se assevera²⁹⁹, as condições gerais da vida do recluso devem aproximar-se das que caracterizam a vida em liberdade³⁰⁰. Senão vejamos. O tempo de clausura

²⁹⁷ Cfr. Artigo 42.º, n.º 1 do Código Penal.

²⁹⁸ Relembremos aqui um trecho das Lições de Direito Criminal de Albuquerque e Couto e Dias de Carvalho, redigidas segundo as prelecções orais de SOUSA PINTO, 1845: Nesses tempos um preso era considerado como degradado dos direitos do homem; ninguém fazia caso d’elle: aquelles porem que quizerão, que elle se não se corrompesse mais, já o consideravão como homem; e aquelles, que se lembrarão de o melhorar e regenerar, fizerão muito mais por que o considerarão com cidadão, que ainda podia ser útil a si e à Sociedade. PINTO, Bazilio Alberto de Souza – *Lições de Direito Criminal*, redigidas pelos Srs. Francisco de Albuquerque e Couto e Lopo José Dias de Carvalho, I Vol. in 4.º Coimbra, 1845, p. 92.

²⁹⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda – *Novo Olhar...*, p. 47.

³⁰⁰ ANDRADE, Manuel da Costa – Um (novo) Direito Penal para os (novos) Direitos Fundamentais In *Actas do V Seminário Nacional do Conselho Nacional de Ética Para as Ciências da Vida*, 1999: Desprende-se no mesmo

tem um termo³⁰¹. Portanto, seria de todo em todo insustentável que ao sujeito privado da sua liberdade fossem coarctados os seus direitos de personalidade, e, de um modo geral os seus direitos enquanto cidadão.

Os reclusos gozam de todos os direitos elencados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e nos demais instrumentos internacionais que vinculam o Estado Português. Os múltiplos quadros legais por que se regem as prisões e a execução das penas no sentido da sua compatibilização com os princípios que estão mais estritamente relacionados com os direitos humanos, a fim de tornar o meio prisional o mais próximo possível da vida em sociedade, estão em linha com o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o Conselho da Europa e o Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes (CPT).

No que ao Direito Penitenciário diz respeito, a perda da liberdade por causa de uma condenação não implica a perda dos direitos políticos, sociais, económicos, culturais ou civis do condenado³⁰², pelo que a privação da liberdade e todas as restrições que lhe estejam associadas devem ser proporcionais e justificadas pela execução da pena.

sentido (...) da Lei de Execução de Penas, Decreto-lei n.º265/79, de 1 de Agosto que, (...) explicita ainda o chamado princípio da equiparação ao prescrever: Tanto quanto possível, aproximar-se-á a execução das condições da vida livre, evitando-se as consequências nocivas da privação de liberdade.

³⁰¹ Nas palavras de P. CUCHE, *apud* RODRIGUES, Anabela Miranda – *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa da Liberdade*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 1999:” (...)Cabe ao nosso século a honra de lhe conferir (à prisão) a marca de transitoriedade e a nota do precário e do contingente(...)”.

³⁰² Cf. art. 30.º, n.º 5 da CRP. Nos termos do art. 7.º do CEPMPL a execução das penas garante ao recluso o direito:

- a) À protecção da sua vida, saúde, integridade pessoal e liberdade de consciência, não podendo ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos; b) Ao exercício dos direitos civis, políticos, sociais, económicos e culturais, incluindo o direito de sufrágio, salvo quando aquele for incompatível com o sentido da sentença condenatória ou da decisão de aplicação da medida privativa da liberdade; c) À liberdade de religião e de culto; d) A ser tratado pelo nome e a que a situação de reclusão seja reservada, nos termos da lei, perante terceiros; e) A manter contactos com o exterior, designadamente mediante visitas, comunicação à distância ou correspondência, sem prejuízo das limitações impostas por razões de ordem, segurança e disciplina ou resultantes do regime de execução da pena ou medida privativa da liberdade; f) À protecção da vida privada e familiar e à inviolabilidade do sigilo da correspondência e outros meios de comunicação privada, sem prejuízo das limitações decorrentes de razões de ordem e segurança do estabelecimento prisional e de prevenção da prática de crimes; g) A manter consigo filho até aos 3 anos de idade ou, excepcionalmente, até aos 5 anos, com autorização do outro titular da responsabilidade parental, desde que tal seja considerado do interesse do menor e existam as condições necessárias; h) A participar nas actividades laborais, de educação e ensino, de formação, religiosas, socioculturais, cívicas e desportivas e em programas orientados para o tratamento de problemáticas específicas; i) A ter acesso ao Serviço Nacional de Saúde em condições idênticas às que são asseguradas a todos os cidadãos; j) A ser pessoalmente informado, no momento da entrada no estabelecimento prisional, e esclarecido, sempre que necessário, sobre os seus direitos e deveres e normas em vigor; l) A ter acesso ao seu processo individual e a ser informado sobre a sua situação processual e sobre a evolução e avaliação da execução da pena ou medida privativa da liberdade; m) A ser ouvido, a apresentar pedidos, reclamações, queixas e recursos e a impugnar perante o tribunal de execução das penas a legalidade de decisões dos serviços prisionais; n) À informação, consulta e aconselhamento jurídico por parte de advogado.

A Constituição da República Portuguesa, no seguimento da tradição constitucional dos países ocidentais, pode ser apelidada como a “magna carta do recluso”³⁰³, uma vez que estabelece um leque variado e abrangente de princípios basilares próprios de um Estado de Direito.

Este quadro de direitos positivados na ordem jurídica actual gizou-se em referentes normativos de estrutura universal e europeia em cujos ideários se materializou. Falamos substancialmente da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

O acatamento destas directrizes é clara, mormente no que concerne aos direitos que a par desta temática se enxertam³⁰⁴. Importa tornar cónscio que este acervo de normas está ínsito no direito penitenciário português. As constantes preocupações em lhe ser atribuído uma aura humanista³⁰⁵, por respeito aos direitos fundamentais, é desde logo ordenada pelos princípios gerais vertidos nos preceitos constitucionais da igualdade (art. 13.º da CRP)³⁰⁶, do Estado de Direito e da incumbência deste garantir os direitos fundamentais dos cidadãos [art. 9.º al. b) da CRP]).

Para aquilo que nos importa tratar por ora, destacam-se também as Regras Mínimas do Tratamento dos Reclusos, aceites, em 1955, pelo 1.º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes. Viriam a ser revistas generalizadamente em 1987³⁰⁷. Em 2006, sentiu-se necessidade de rever as Regras Mínimas de acordo com os

³⁰³ Importamos aqui o ajuizamento de Anabela Rodrigues quando se exprime nestas palavras: à magna carta do delincente a sociedade opõe a magna carta do cidadão. RODRIGUES, Anabela Miranda – *Novo Olhar...*, p. 32

³⁰⁴ Portugal conferiu um papel muito importante à Declaração Universal dos Direitos do Homem. A nossa Constituição da República de 1976 é das mais generosas no elenco de direitos que consagra. Para além disso faz menção clara à Declaração Universal, estipulando no seu artigo 16.º, n.º 1 que: Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

³⁰⁵ ROCHA, João Luís Moraes, *et alii.* – *Entre a Reclusão e a Liberdade, Vol.I – Estudos Penitenciários*. Almedina, 2005, p. 25: Aliás a política criminal que orienta o sistema penal português é de cariz humanista, no sentido em que atribui ao direito penal a função de protecção dos valores fundamentais da pessoa e das condições sociais indispensáveis à realização desses valores, assumindo a pena como um mal só legitimado quando indispensável para prevenir a prática de crimes, sendo sempre de aplicar a pena que seja menos gravosa, pena que tem por objectivo prioritário a recuperação do delincente. Assim, o princípio da humanidade está estreitamente ligado ao princípio da reinserção social. Atesta também o artigo 10.º, n.º1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que: Todos os indivíduos privados da sua liberdade devem ser tratados com humanidade e com respeito da dignidade inerente à pessoa humana; no mesmo sentido vai a Parte I, n.º1 das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos: Todos os reclusos devem ser tratados com o respeito inerente ao valor e dignidade do ser humano.

³⁰⁶ Relembremos aqui o artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos dos Homens: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

³⁰⁷ Não esqueçamos porém alguns antecedentes destas regras como nos transmite RODRIGUES, Anabela Miranda – *Novo Olhar...*, p.71: (...) o reconhecimento da posição jurídica do recluso remonta às correntes reformistas dos princípios do século XX, quando, em 1925, a Comissão Penitenciária Internacional projectou elaborar regras internacionais que condensassem exigências mínimas que deveriam ser aceites por todas as legislações em matéria

desenvolvimentos verificados na Europa, nos domínios da política penal, das práticas de condenação, e, em geral, da gestão das prisões.

Em 1979, Portugal viu florescer uma reforma que se traduziu no reconhecimento dos direitos dos reclusos³⁰⁸, em 2009 foi aprovado o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL), incidindo na dignidade do recluso e, em 2011, o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais (RGEp).

Neste contexto, o atual modelo punitivo-carcerário apresenta uma concordância axiológico-constitucional, baseado no princípio da intervenção mínima, na preferência por penas não privativas da liberdade, na rejeição de penas perpétuas, no princípio da ressocialização, e humanismo na execução da pena, e uma preferência generalizada por molduras penais amplas, fazendo com que a pena tenda a ser uma resposta à medida da gravidade do crime e à culpa do agente, orientada em função das necessidades de prevenção geral e especial.

3.2.As Restrições aos direitos do recluso: da passagem da “relação especial de poder” para “um verdadeiro sujeito de direitos”

O conceito de relação especial de poder – *Besonderes Gewaltverhältnis* – conquistou a execução, especialmente no período que se inicia após a II Guerra Mundial³⁰⁹. Estes vínculos específicos que ligavam os indivíduos à Administração determinavam um sistema de relações em que o dever de obediência afastaria a possibilidade de invocação dos direitos e garantias constitucionais³¹⁰. Neste tipo de relações “o legislador está autorizado a elaborar “estatutos especiais” para tipos de relações ou categorias de pessoas, (*in casu*, os reclusos) em função da especificidade das instituições, dispondo para o efeito de um poder de conformação negativo, simétrico ao poder de conformação das garantias institucionais (...)”³¹¹.

de execução das sanções privativas de liberdade. (...) 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 aprovou.

³⁰⁸ Definiciu-se o que é alojamento, alimentação, vestuário e higiene pessoal, distribuição dos(as) reclusos(as) em função do sexo, idade e situação jurídica, consideração pela reinserção social e criação de métodos de trabalho análogo ao verificado fora dos EP, com planos individuais de readaptação.

³⁰⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda – *Novo Olhar...*, p. 28.

³¹⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos – *Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa*. Coimbra, 3.ª Ed.(reimpressão), Almedina, 2004, p. 7.

³¹¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos – *Os Direitos Fundamentais...*, p. 319.

O artigo 30.º, n.º 5 da CRP³¹² representa, hoje, o reduto concretizador do modelo garantístico e socializador estadual face ao direito penitenciário. Destarte, o princípio geral aí afirmado é o da manutenção de todos os direitos e com um âmbito normativo idêntico ao dos outros – o preso continua a ser um cidadão e continua a ser uma pessoa – salvo, naturalmente, as limitações inerentes à própria pena de prisão.

Estas restrições prendem-se directamente com a privação da liberdade (e, portanto, com a impossibilidade de deslocação ou de emigração, etc), mas também aquelas que contendem directamente com a execução da própria pena de prisão (com observância dos princípios da necessidade e da adequação), como sucede com os limites à liberdade de correspondência, de expressão, de reunião, de manifestação, entre outros. Resulta do exposto que as restrições dos direitos dos presos devem estar previstas na lei³¹³, “não podendo continuar a ver-se na relação presidiária, como era tradicionalmente no direito administrativo, uma espécie de “relação especial de poder” à margem da lei, totalmente opaca quanto à disposição legal dos direitos e deveres dos presos”³¹⁴. Esta tendência encontra também abrigo na, ainda em vigor Lei de Execução de Penas, o Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto. Reza assim o seu artigo 4.º: “O recluso mantém a titularidade dos direitos fundamentais do homem, salvo as limitações resultantes do sentido da sentença condenatória, bem como as impostas em nome da ordem e segurança do estabelecimento.” Esta compressão de direitos é feita segundo critérios de *ponderação* para satisfazer outros valores ou direitos³¹⁵ em situação de conflito³¹⁶.

Este entendimento é catapultado para aquilo que ANABELA RODRIGUES bipolariza em duas ordens de ideias. Por um lado, impõem-se “razões de harmonização” e por outro, motivos de “concordância prática”. E prossegue na afirmação de que, “se trata de garantir a existência de uma relação de vida especial. (...) Pode e deve admitir-se que a ordem de certos sectores de relações (especiais) entre os indivíduos e o poder possa fundar restrições de alguns direitos”³¹⁷.

³¹² Este número foi aditado pela Lei Constitucional (LC) n.º1/89.

³¹³ Dispõe o artigo 4.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados por Lei.

³¹⁴ GOMES CANOTILHO, José Joaquim e MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol.I, 4ª Ed. (revista), Coimbra Editora, p. 505.

³¹⁵ De resto esta coarctação de direitos só se legitima, uma vez que se apoia no artigo 18.º, n.º 2 da CRP: A lei só pode restringir os direitos (...) nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Visa-se assim assegurar um direito que a Constituição prefigurou como posto em risco por um outro direito potencialmente agressivo, ou então um valor comunitário cuja realização impõe necessariamente o sacrifício de um direito.

³¹⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos – *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 286-287.

³¹⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda – *Novo Olhar...*, p. 5.

A conformação deste especial estatuto do recluso revela outrossim o seu forte pendor na ressocialização do indivíduo condenado. Isto é dizer, que a limitação dos direitos não pode ser discricionária. Se a prevenção da reincidência³¹⁸ se opera através da *adesão voluntária* do recluso, as restrições aos seus direitos não podem nem devem ser, na essência, dessocializadoras³¹⁹.

O entendimento hoje é de que esse “estatuto de servidão” já não se compraz com as exigências constitucionais postuladas na lei, que deixa bem claro que, os sujeitos que apareciam na veste de sujeitos dessas relações (enquanto peças de máquina ou elementos da organização) são tidos como pessoas, logo, investidos de um verdadeiro estatuto institucional que lhe conceda uma orla de direitos.

De sorte que, ante o sistema de execução de penas, se incorpore o dualismo entre o estatuto jurídico positivo e negativo do recluso. Aquele, compreendendo uma série de direitos, como por exemplo, o direito a um trabalho remunerado, à segurança social, à educação, o direito a receber e enviar correspondência, entre outros³²⁰. Este encontra-se directamente conexionado

³¹⁸ CASTELLO BRANCO, António D’Azevedo – *Estudos Penitenciarios e Criminaes*. Lisboa, 1888. Atentem-se as palavras, sempre actualíssimas, do filósofo: *Já Platão no seu Pratagoras afirmava: Quando na inflicção das penas se procede acertadamente, o castigo não se applica por causa da falta perpetrada, pois é impossivel impedir o mal consummado, mas para obviar a uma falta futura, afim de que réu não reincida e sirva de exemplo às testemunhas do seu castigo.*

³¹⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda – *Novo Olhar...*, p. 4: A posição do recluso só pode ser hoje invocada nos limites da legalidade. Isto exprime a transformação radical da posição que o recluso ocupa na execução: em vez de ver os seus direitos limitados por causa da reinserção social, é a lei (e aí reside a garantia), que, em nome da reinserção social, os limita.

³²⁰ Lei de Execução de Penas (Decreto-Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro), artigo 7.º: 1 - A execução das penas e medidas privativas da liberdade garante ao recluso, nomeadamente, os direitos:

- a) À protecção da sua vida, saúde, integridade pessoal e liberdade de consciência, não podendo ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos;
- b) Ao exercício dos direitos civis, políticos, sociais, económicos e culturais, incluindo o direito de sufrágio, salvo quando aquele for incompatível com o sentido da sentença condenatória ou da decisão de aplicação da medida privativa da liberdade;
- c) À liberdade de religião e de culto;
- d) A ser tratado pelo nome e a que a situação de reclusão seja reservada, nos termos da lei, perante terceiros;
- e) A manter contactos com o exterior, designadamente mediante visitas, comunicação à distância ou correspondência, sem prejuízo das limitações impostas por razões de ordem, segurança e disciplina ou resultantes do regime de execução da pena ou medida privativa da liberdade;
- f) À protecção da vida privada e familiar e à inviolabilidade do sigilo da correspondência e outros meios de comunicação privada, sem prejuízo das limitações decorrentes de razões de ordem e segurança do estabelecimento prisional e de prevenção da prática de crimes;
- g) A manter consigo filho até aos 3 anos de idade ou, excepcionalmente, até aos 5 anos, com autorização do outro titular da responsabilidade parental, desde que tal seja considerado do interesse do menor e existam as condições necessárias;
- h) A participar nas actividades laborais, de educação e ensino, de formação, religiosas, sócio-culturais, cívicas e desportivas e em programas orientados para o tratamento de problemáticas específicas;
- i) A ter acesso ao Serviço Nacional de Saúde em condições idênticas às que são asseguradas a todos os cidadãos;
- j) A ser pessoalmente informado, no momento da entrada no estabelecimento prisional, e esclarecido, sempre que necessário, sobre os seus direitos e deveres e normas em vigor;
- l) A ter acesso ao seu processo individual e a ser informado sobre a sua situação processual e sobre a evolução e avaliação da execução da pena ou medida privativa da liberdade;

com o disposto na parte última do artigo 30.º, n.º 5 da CRP. O citado preceituado, ao incorporar uma ressalva, fá-lo com o sentido de estabelecer as necessárias limitações que se fazem eclodir aquando do cumprimento de uma pena privativa da liberdade. Sendo certo que parece resultar claro, este artigo opta por uma solução de compromisso. Ou seja, enquanto se estriba na modelação de um “*correcto estatuto de defesa*”³²¹, assegurando a esfera de autonomia individual do recluso”, converge na assumpção do prosseguimento dos objectivos de execução.

É tarefa suprema num determinado Estado-de-Direito que se cataloguem os direitos e deveres dos cidadãos. Da mesma maneira, e, na busca pela segurança jurídica que baseia o princípio da legalidade é imperativo que os direitos e deveres mútuos da administração penitenciária e do recluso se achem devidamente elencados normativamente.

O encorajamento, através da obragem legislativa, de uma sucessiva “abertura” do cárcere ao exterior, exprime, não só a efectivação deste direito, como também, as desenvolturas que tem vindo a comportar nas voragens dos tempos.

A DUDH permitiu o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e um conjunto de direitos inalienáveis que se repercutiu no estatuto jurídico do recluso. O recluso, como sujeito de direito, viu a sua posição como destinatário de direitos no artigo 5.º da Declaração Universal que proíbe a tortura e o tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante. Por outro lado as próprias nações unidas adotaram dois instrumentos internacionais que formaram a base do reconhecimento do princípio da humanidade, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos³²² – PIDCP - e o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais³²³ – PIDESC. No artigo 7.º do PIDCP destaca-se também a proibição da tortura prevendo que “Ninguém será submetido à tortura nem a penas ou a tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes”, prosseguindo no seu artigo 10.º, n.º 3 que “regime penitenciário comportará tratamento dos reclusos cujo fim essencial é a sua emenda e a sua recuperação social.

m) A ser ouvido, a apresentar pedidos, reclamações, queixas e recursos e a impugnar perante o tribunal de execução das penas a legalidade de decisões dos serviços prisionais;

n) À informação, consulta e aconselhamento jurídico por parte de advogado.

³²¹ RODRIGUES, Anabela Miranda – *Novo Olhar...*, p. 87.

³²² Foi aprovado pela Lei n.º 28/78, de 12 de junho. Ao Pacto foram adicionados dois Protocolos: Protocolo Facultativo Referente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 16/12/1966 (aprovado pela Lei n.º 13/82, de 13/06); Segundo Protocolo Adicional com Vista à Abolição da Pena de Morte (aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 25/90, de 27/09)

³²³ Foi aprovado pela Lei n.º 45/78, de 11 de julho. Este Pacto desenvolve o conteúdo jurídico dos direitos previstos nos artigos 22.º a 27.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tornando estas disposições juridicamente vinculativas para os Estados Partes. Ao Pacto foi adicionado um Protocolo: Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, adotado a 10/12/2008 (aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 3/2013, DR I, n.º 14, de 21/01/2013).

Delinquentes jovens serão separados dos adultos e submetidos a um regime apropriado à sua idade e ao seu estatuto legal”.

Estes diplomas baluarte de proteção de direitos humanos foram seguidos de outros instrumentos que perfizeram o leque de diplomas, como por exemplo a Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis Desumanos ou Degradantes de 1984, o Protocolo Facultativo de 2002 e de outros instrumentos multilaterais de entre os quais se destaca as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos de 1955, revisto em 2015, também conhecidas por Regras de Nelson Mandela e as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, de 2010, conhecidas por Regras de Bangkok. Não obstante a criação de múltiplos instrumentos internacionais consagradores de direitos fundamentais e inalienáveis dos reclusos, a verdade é que a prisão ainda é muitas vezes vista como um espaço alheado ao direito, com múltiplos problemas de fundo, como por exemplo, a sobrelotação, a violência, as parcas condições de vida ou a falta de formação de profissionais do cárcere, entre outros.

De facto constata-se um sucessivo desprestígio da proteção dos direitos do recluso em alguns instrumentos internacionais nomeadamente a Agenda 2030³²⁴ e, subsequentemente, nos objetivos de Desenvolvimento sustentável dos Estados. Neste sentido assiste-se a uma cada vez maior imposição do direito penal e do seu arsenal sancionatório acabando por legitimar-se um certo humanismo utópico. Quer dizer que a *relatio* entre o direito penal e o direito internacional fundado na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e em particular das pessoas privadas de liberdade não é inimigo do combate à criminalidade mas é, por outro lado, uma importante estratégia para a prevenção do crime. Ao negar-se o reduto mínimo dos direitos humanos dentro do cárcere significa estar a fortalecer o crime gerando resultados mais devastadores do que aqueles que se ambicionam com a privação de liberdade.

Não podemos negligenciar o aumento exponencial da população prisional mundial contando com mais de 10,7 milhões de pessoas presas, das quais, por exemplo, 2,1 milhões estão encarceradas nos Estados Unidos da América, 64 milhões na China, 726.000 no Brasil e 582.000 na Rússia estimando-se que anualmente passem pelo sistema encarcerador 30 milhões

³²⁴ Sob o brocardo “*leaving no one behind*”, a Agenda 2030 das Nações Unidas estipulou 17 objetivos do desenvolvimento sustentável desdobrados em 169 metas convergentes para a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões. Os objetivos têm por referente o princípio da proteção especial das pessoas em situação de vulnerabilidade e estabelecem medidas prioritárias para crianças, jovens, pessoas com deficiência, idosos refugiados ou ainda migrantes. Disponível online em: <https://unric.org/pt/objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel/> [Consultado em 13.05.2023].

de pessoas. Na União Europeia, em 2023, havia cerca de 499 mil reclusos, com 111 reclusos por 100 mil pessoas.

Portugal, seguindo a tendência mundial tem vindo a ser palco de uma intensificação considerável da taxa de encarceramento. Se em 1974 Portugal tinha uma população reclusa de 2.519, em 1985 passa para 9.389 presos, registando o seu máximo, desde sempre, no ano de 1998 com o total de 14.598 reclusos. Desde aí o número de presos permanece estável estimando-se que em 2021 se encontram privados da liberdade nas prisões portuguesas cerca de 11.669 pessoas³²⁵.

Diante dos números apresentados será quase inevitável constatar que os direitos fundamentais se encontram nos antípodas de um sistema carcerário que se pretende integrador e protetor, havendo portanto um longo caminho a ser percorrido para o encontro dos *standards* mínimos impostos pelos diplomas internacionais de proteção dos reclusos sendo de concluir que de facto a prisão não cumpre a finalidade atribuída à pena mas, ao invés, gera mais violência e caminhos de insustentável leveza do (dever) ser e a instrumentalização do cárcere para a resolução de conflitos sociais.

Sob o mote de que “ninguém é deixado para trás” foi adotado em 25 de setembro de 2015 a agenda “Transformar o nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”³²⁶, que se traduz numa nova agenda de ação para o período de 15 anos, que se baseia na experiência adquirida a partir dos 8 Objetivos de Desenvolvimento do Milénio e tem como finalidade alcançar, a nível mundial, o desenvolvimento sustentável nas suas dimensões económica, social e ambiental, de forma equilibrada e integrada.

No 13.º Congresso das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e de justiça criminal realizado, em 2015, os Estados-membros adotaram a Declaração de Doha³²⁷ com o fim de

³²⁵ Dados colhidos em: <https://www.prisonstudies.org/country/portugal> [consultado em 26 de março de 2022].

³²⁶ Como se pode ler no preâmbulo: Esta Agenda é um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade. Ela também busca fortalecer a paz universal com mais liberdade. Reconhecemos que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável. Todos os países e todas as partes interessadas, atuando em parceria colaborativa, implementarão este plano. Estamos decididos a libertar a raça humana da tirania da pobreza e da penúria e a curar e proteger o nosso planeta. Estamos determinados a tomar as medidas ousadas e transformadoras que são urgentemente necessárias para direcionar o mundo para um caminho sustentável e resiliente. Ao embarcarmos nesta jornada coletiva, comprometemo-nos que ninguém seja deixado para trás. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>. [Consultado em 24.08.2022].

³²⁷ https://www.unodc.org/documents/congress/Declaration/V1504151_English.pdf [consultado em 26 de março de 2022]. Doha Declaration on Integrating Crime Prevention and Criminal Justice into the Wider United Nations Agenda to Address Social and Economic Challenges and to Promote the Rule of Law at the National and International Levels, and Public Participation. A Declaração foi adotada na cidade de Doha, capital do Qatar, em 2015, por ocasião do 13.º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Justiça Criminal. Fundamentalmente, e entre outros, a declaração alerta os Estados para fazerem um melhor uso mais efetivo dos instrumentos legais ratificados, tais como a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado

integrar temas de política criminal na área nos debates da agenda reconhecendo que a existência de um sistema de justiça criminal efetivo justo e humano é condição necessária para avançar na realização dos objetivos do desenvolvimento sustentável. Ressalta-se entre os vários compromissos assumidos pelos Estados signatários encontram-se, a promoção do uso de alternativas ao encarceramento, a redução das prisões preventivas e a implementação das regras de Bangkok, quanto à aplicação de medidas não privativas de liberdade das mulheres. No caso português, apesar de se ter apresentado o Relatório Nacional sobre a implementação da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável³²⁸, nele não figuram quaisquer preocupações relacionadas com a posição do recluso, nomeadamente a proteção e manutenção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

Transnacional e os seus três Protocolos, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, as Convenções Internacionais de Controlo da Droga, os instrumentos legais internacionais contra o terrorismo e os standards e normas das Nações Unidas na prevenção do crime e da justiça criminal.

³²⁸ Este Relatório foi conhecido na Apresentação Nacional Voluntária no Fórum Político de Alto Nível das Nações Unidas, realizado no ano de 2017. No respeito pelas prioridades e orientações estratégicas nacionais, a implementação da Agenda 2030 articula-se por áreas temáticas, a saber: Pessoas, Prosperidade, Planeta, Paz, Parcerias. Este relatório consubstancia a revisão nacional voluntária do processo de implementação da Agenda 2030, resultado de um esforço de coordenação interministerial e de consulta pública, espelhando a perspetiva nacional sobre cada um dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, identificando prioridades e desafios, políticas e iniciativas concorrentes para a prossecução da Agenda 2030, e partilhando boas práticas e medidas nacionais com o mundo.

4. A globalização, as novas formas de delinquir e política criminal

“Não se pode lutar contra o que não se conhece e, no nosso saber racional, não se conhece o que não se define.”³²⁹

Laura Zúñiga Rodríguez

O entrelaçamento dos conceitos Direito, Estado e Política que almejamos deslaçar neste capítulo corresponde a uma necessidade de pré-compreensão acerca do papel e das atribuições que cada um é chamado a desempenhar no presente circunstancialismo histórico e social. Não sendo nossa intenção deslindar as principais correntes doutrinárias existentes que tratam da gênese e natureza do Direito, do Estado ou da Política e do vínculo que se pré-estabelece entre eles, acreditamos que para uma aproximação à política criminal que se deve erigir no confronto entre criminalidade organizada transnacional e a pena e sua execução, deve partir-se de um entendimento concreto e alinhado quanto à relação entre Direito, Estado e Política.

Tributando da linha kelseniana de que o Direito deriva do Estado, e, portanto, que paralelamente ao seu cariz organizativo de cunho político, é em si mesmo um sistema de normas positivadas que são vigentes no tempo e no espaço, que estabelece direitos e deveres para com outros Estados e para com os seus cidadãos, devemos, pois, partir desta assunção.

Nesse sentido, podemos afirmar que para dedicarmos o nosso olhar sobre aquilo que rege o sistema punitivo, da ótica estritamente penal, e para discernir o *como* e o *se* dessa ordem punitiva, impõe-se uma análise da função do Estado, nas suas vestes de detentor do *ius puniendi*.

Naturalmente que colocadas assim as coisas estamos a avocar, segundo a trilogia de que já lançámos mão anteriormente, uma correlação se estabelece entre Estado e Política que se irá refratar no Direito. Acaso fôssemos chamados a colocar em linguagem matemática a aludida

³²⁹ RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga – *Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal, Contribución para la determinación del injusto penal de organización criminal*. Editorial Comares, Granada, 2009, p. 28. *Apud* NUNES, Duarte Rodrigues – Criminalidade Organizada e Economia Lícita: Intimidazione del Vincolo Associativo ou Joint Venture?. In Manuel Monteiro Guedes Valente (Coord.). *Criminalidade Organizada Transnacional – Corpus Delicti III*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 29.

triangulação lógico-fundamentadora (e legitimadora) do Direito Penal, dir-se-ia que E (Estado) + P (Política) = DP (Direito Penal)³³⁰.

É por isso fundamental que este discurso a duas vozes, e o diálogo que se pode (e se deve) estabelecer entre Estado e Política(s), que desaguam num propósito punitivo que se vai ajustando aos sucessivos períodos históricos e sociais, é fundamental num Estado de Direito Democrático. Donde, a reafirmação constante dos valores contidos nos princípios reitores que circundam o Direito, só se pode exprimir numa política criminal que oriente, modele e determine quais as principais vias de união dos pontos cardeais da intervenção punitiva do Estado.

Como bem coloca NUNO CAIADO, “a execução das penas deveria ser o mais importante pilar da política criminal, pois é nele que convergem, de modo pleno, as grandes finalidades do processo penal. Porém, historicamente, a execução das penas tem sido pouco valorizada e investida dos pontos de vista financeiro e doutrinal, o que se deve, decerto, ao tipo de população que tipicamente é a sua cliente frequente”³³¹.

A delinquência apresenta-se na sua generalidade como o resultado de situações sociais potenciadas por alguma forma de conflito ou litígio. De entre as várias respostas que podem ser encontradas para debelar a vasta gama de conflitos que assolam a modernidade, o Direito Penal é chamado para responder quando outros meios se tiverem revelado inoperantes para encontrar soluções para o fracasso das medidas de controlo não formais³³². Assim dita o princípio da *ultima et extrema ratio*.

Nesta incursão pela política criminal e qual deve ser o seu papel no desenho de um sistema penal ajustado aos tempos em que navegamos, devemos encontrar respostas para a trama hodierna em que o crime se acha envolto – o crime organizado transnacional, cabnedo-lhe ditar o “se” e “como” intervir no Direito Penal³³³.

A globalização fomentou novas formas de criminalidade organizada, e, dentro desta, na sua forma extraterritorial, que, alimentando-se de uma certa liquidez transaccionista se

³³⁰ Direito Penal aqui entendido na sua função de limitador do poder de punir estatal.

³³¹ CAIADO, Nuno – A Política Criminal para a execução das penas e medidas uma ideia para uma década. In *Revista Julgar*, n.º 28, 2016, p. 213.

³³² Neste sentido RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga – *La Ley de Seguridad Ciudadana...*, pp. 153 e 154. A autora atribui o motivo de intervenção do direito penal à inadequação de outros meios que naturalmente deveriam ser autónomos e eficazes na prevenção e manutenção da segurança, como por exemplo os meios de controlo social primários, como a família, a escola, a religião, etc.

³³³ Quanto à política criminal hodierna que dita o “se” e o “como” da dogmática penal, DIAS, Jorge Figueiredo de – *Direito Penal*, 3.ª Edição, 2019, pp. 31-43 e VALENTE, Manuel Guedes – *Do Ministério Público e da Polícia...*, pp. 65-100.

proveitou das esquinas da lei e destarte a impossibilidade de intervenção estatal e, por sua vez, dos mecanismos formais de controlo, que “paralisa o braço que a deve combater”³³⁴.

Por isso neste âmbito devemos chamar à colação a tarefa que o Estado (de Direito) é chamado a desempenhar, o de caminhar entre o pólo de garantir um conjunto de direitos, encimados pelo valor da liberdade, e, de, diante da sociedade do risco, do perigo e das ameaças, e o pólo da segurança, que exige ser preservado. O que se traduz numa tarefa extremamente exigente de caminhar num mesmo trilho calcorreado por outros valores que encimam aqueles e que completam a matriz principiológica constitucional europeia: o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, da segurança jurídica, nas suas múltiplas subdimensões, o princípio da legalidade e da proporcionalidade, nas suas múltiplas subdimensões, e o princípio da humanidade, em específico das penas (com o foco na finalidade de reintegração).

A fórmula que tem sido importada para o universo da legislação penal têm-se estribado no uso de um Direito Penal que está nos antípodas daquilo que um Direito Penal deve ser, isto é, ter-se optado por um Direito Penal que se retroalimenta do medo e que, invariavelmente, se respalda na criação de leis penais que prevêm molduras penais excessivas, uma onda de neo-criminalização para comportamentos que já se encontram tipificados na lei, a restrição, no meio penitenciário, de soluções mais eficazes do ponto de vista da reintegração, e bem assim um sentimento de cegueira ante a utilização de alternativas à pena de prisão.

Ante este *status quo* buscam-se modelos político-criminais de jaez expansionista, restritivos dos direitos, liberdades e garantias, que fazem confluir nos mecanismos formais de controlo – polícias e tribunais – uma resposta imediata e eficaz, nas suas vertentes, preventiva e executiva, caindo *a final* na exasperante e cíclica redundância do sistema – aumento dos índices de criminalidade, estigmatização do indivíduo delinquente, fragilização da vítima, lentidão da justiça (mormente dos órgãos que a administram), forte enviesamento da lei penal quando comparada com a realidade e uma clivagem entre as penas privativas de liberdade e multas e o seu pendor preventivo geral e especial.

A globalização, na sua aceção mais corrente, é a “palavra utilizada para descrever a crescente interdependência das economias, culturas e populações do mundo, trazidas pelo comércio fronteiriço de bens e serviços, tecnologia e correntes de investimento, pessoas e informação”³³⁵.

³³⁴ HASSEMER, Winfried. *Apud* BRAVO, Jorge dos Reis – *Os crimes de fraude e a corrupção no espaço europeu: actas do simpósio realizado no dia 20 de Abril de 2013*. Coimbra Editora, 2014, p. 113.

³³⁵ Tradução livre da definição presente no site do Peterson Institute for International Economics:

Perante a multiplicidade de riscos decorrentes da globalização, da evolução tecnológica, da livre circulação de pessoas, do alargamento das áreas de atuação ao ambiente, saúde, catástrofes naturais e segurança rodoviária, a emergência de uma nova tipologia de criminalidade e a necessidade de cooperação à escala global, os Estados vêm-se obrigados a redefinir os seus modelos de segurança, que passam necessariamente pela definição das grandes opções do plano de combate e repressão do crime.

Somos pródigos a concluir que de entre os vários tipos de criminalidade, a organizada é a mais nociva uma vez que irradia um elevado grau de perigo para o funcionamento das instituições que compõem o edifício estatal.

Se por um lado o crime interno continua e deve continuar a merecer por parte dos Estados uma política sólida e visionária no sentido de aprimorar os mecanismos existentes, não é menos verdade que se deve jogar de acordo com as prioridades, através de um reforço desses mesmos mecanismos tendo em conta que os grupos e estruturas que compõem a criminalidade organizada aproveitam-se quase sempre das lacunas e imperfeição da lei interna dos Estados. Nesse sentido é fundamental existir um alinhamento com a necessidade de colocar o crime organizado no topo das agendas dos Estados, desde logo numa perspectiva normativa supranacional, que se encontra espelhada, como é exemplo, o art. 3.º do Tratado da União Europeia³³⁶, que realça claramente essa preocupação com a prevenção e combate à criminalidade³³⁷.

Se atentarmos ao exemplo do crime de tráfico de estupefacientes, verifica-se uma enorme dispersão geográfica entre os locais de produção e de consumo, em que os grupos criminosos têm de se implementar em vários países para fixar as suas redes de distribuição, sendo, depois, “presenteados” com a livre circulação, problema também identificado no crime de tráfico de seres humanos, pois, apesar da enorme fiscalização fronteiriça existem falhas que são aproveitadas por estes grupos para levar avante a sua atividade criminosa.

“Globalization is the word used to describe the growing interdependence of the world’s economies, cultures, and populations, brought about by cross-border trade in goods and services, technology, and flows of investment, people, and information. Disponível em: <https://www.piie.com/microsites/globalization/what-is-globalization> [Consultado em 04.07.2022].

³³⁶ Art. 3.º, n.º 2 do TUE: “A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno”.

³³⁷ Um dos exemplos mais recentes na onda da repressão da criminalidade é a criação da Plataforma Multidisciplinar Europeia contra as Ameaças Criminosas (EMPACT), que se trata de uma iniciativa multidisciplinar da UE, baseada em informações e em dados concretos, que visa combater as principais ameaças que a UE enfrenta em matéria de criminalidade. É gerida pelos Estados-Membros e envolve a cooperação de um grande número de agências e parceiros, entre os quais: repressão do tráfico de seres humanos, serviços de polícia, instituições, órgãos e organismos da UE, organismos públicos e privados e países terceiros relevantes.

As novas realidades criminais, nas suas distintas e complexas tipificações e *modus operandi*, exigem uma resposta concertada e célere, exigindo-se uma redefinição da(s) política(s) criminal(ais) tradicional(ais), de pendor essencialmente punitivo. Impõe-se, pois, um novo paradigma de preservação de segurança, garante do Estado Social de Direito, alicerçado em soluções integradas numa lógica global, que assegure o equilíbrio das liberdades individuais e da defesa do interesse coletivo.

A verdade é que a busca por um modelo político criminal que defina os caminhos de atuação para a repressão da criminalidade organizada transnacional implica um adentramento do próprio modo de pensar do criminoso transnacional, tarefa que é tudo menos simples. Como nos refere LUIZ RODRIGUES DUARTE: “Debochando de quaisquer aparatos preventivos, o crime organizado aposta na impunidade e, através dos seus processos peculiares, neutraliza a ação estatal de natureza repressiva. Trata-se de sua única preocupação funcional: a descoberta de métodos sapientes para garantir um mínimo de punibilidade através de um máximo de eficácia de ações ilícitas”³³⁸.

Ao abordarmos a matéria das penas e a sua verdadeira essência é necessário reconhecer-se uma vocação para “o ir além”. Com isto o que pretendemos dizer é que uma qualquer interpelação acerca das penas, da sua função e da sua (suposta) eficácia, exige que se aborde toda a sua teorização por um prisma político. Diríamos mesmo até com ZAFFARONI, que “o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político”³³⁹. Digamos que até se pode ir mais além, afirmando-se que a pena antes de ser um conceito jurídico (porque também o é e deve ser) é um conceito necessariamente político.

Não podemos escamotear que submeter o conceito de pena a uma perspectiva diacrónica temporal implica a necessidade de reconhecer que se deve continuar a prestigiar a adoção de políticas coordenadas com o respeito e a defesa dos direitos humanos, que não deve abandonar as seis premissas beccarianas essenciais e que formam o núcleo essencial e indestrutível das penas que ainda hoje são consideradas barreiras intransponíveis: a pena deve ser pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditada pelas leis.

³³⁸ DUARTE, Luiz Carlos Rodrigues – Princípio Vitimológico e Criminalidade Organizada. In *Criminalidade Moderna e Reformas Penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi*, (Coord.) André Copetti, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32. O Autor aduz ainda a seguinte afirmação: Na criminalidade organizada, a grande vítima é a sociedade desorganizada. DUARTE, Luiz Carlos Rodrigues – *Princípio Vitimológico...*, p. 33.

³³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo e – *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume Teoria Geral do Direito Penal*. 2.^a Edição, Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 109.

A tendência político-criminal que tem vindo a ser sustentada na Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro, abarca o sentido conformador do Estado de Direito Social que obriga à oferta de um “máximo de condições favoráveis ao prosseguimento de uma vida sem praticar crimes”³⁴⁰. Esse compromisso decorria logo do previsto no Decreto-Lei n.º 265/79, de 01 de agosto³⁴¹, que consagrou o espírito ínsito ao artigo 30.º, n.º 5 da Constituição da República Portuguesa que dispõe que “os condenados a quem sejam aplicadas penas privativas de liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução”, tendo depois perdurado na Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro, que revogou aquele decreto-lei.

Um dos principais papéis da política criminal, senão “o” seu papel primordial é a prevenção. Este fim da política criminal foi reconhecido com o advento do Estado social, na óptica defendida por VON LIZST³⁴². Podemos afirmar que, apesar do esforço na delimitação de política criminal envidada por Von Lizst, no sentido de que o direito penal seria a fronteira inultrapassável da política criminal, e, portanto, num contexto de Estado Liberal de Direito, a dogmática jurídico-penal – ou melhor, o Direito Penal, como ciência jurídica – possuía como principais objetivos a segurança jurídica e o afastamento de qualquer arbítrio na aplicação do direito. Como ressalta Claus Roxin competiria a esta função liberal-garantística “assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado ‘Leviatã’”³⁴³.

É por isso que importa assegurar a equidade tanto das opções legislativas como das medidas adotadas através da implementação da lei, a fim de prover à defesa de direitos fundamentais que se constituem como o corolário do modelo civilizacional atual. Para tal, a fronteira entre a segurança das pessoas e do Estado face ao Direito não pode ser um “muro”, que obstaculize todo e qualquer direito e garantia. A projeção da ameaça, veiculada através de um ambiente

³⁴⁰ Assim acentuou DIAS, Jorge de Figueiredo – Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro. In *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 43 (1983).

³⁴¹ Este decreto-lei, no seu preâmbulo, contemplava um verdadeiro compromisso pela reinserção do recluso ao afirmar o seguinte: A flexibilidade que se dá à execução das medidas privativas de liberdade, o regime das licenças de saída, já entre nós ensaiado, os planos de tratamento, a preocupação de garantir a defesa dos reclusos, que logo se mostra na estruturação da sua vida intramuros - regulamentação da correspondência e visitas, o chamado «ar fresco» que entra no estabelecimento -, as atenções devidas ao trabalho, formação e aperfeiçoamento profissionais, aproximando-o da vida livre, a ocupação dos tempos de lazer dos reclusos, a assistência religiosa, espiritual e médico-sanitária, se, por um lado, se aperfeiçoam e se concretizam, têm sempre lugar, por outro, no quadro de regras de disciplina não arbitrária, mas regulada de forma, tanto quanto possível, vinculada. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/396771/details/maximized>. [Consultado em 04.09.2020].

³⁴² Neste sentido, Laura Zúñiga, citando Von Lizst, frisando que la concepción de la prevención de la delincuencia es la concepción de Von Lizst com quien la Política Criminal adquiere carta de naturaleza gracias a que con el surgimiento del Estado social se considera que la prevención de la delincuencia debe ser uno de sus objetivos. RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga – *Política Criminal...*, p. 38.

³⁴³ ROXIN, Claus – *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 3.

propenso ao catastrofismo, exige que mais do que punir (e punir proporcionalmente ao nível da ameaça) se evite a agressão.

E, ainda assim, encontramos hoje uma crescente tendência para a polarização.

O que se espera do Estado é que articule os seus poderes, limitando-os, para satisfazer e proteger os direitos das pessoas e, por outro, endureça os seus poderes para acorrer à efetivação desses mesmos direitos. Pode mesmo afirmar-se que este é o dilema do Estado pós-moderno que se dilui num pingue-pongue da era moderna. ANABELA RODRIGUES fala mesmo numa necessidade de “reencontrar novos equilíbrios” quando refere que “eficácia e proteção dos direitos fundamentais continuam a ser polos de tensão que alimenta a(s) diferentes formas de) realização da justiça penal. Só que a proteção dos direitos fundamentais (obtida) à luz do valor segurança obriga a (re)encontrar novos equilíbrios para esta polarização³⁴⁴”. Deve evitar-se, contudo, a polarização extrema penal, ou seja, arredar do campo de ação um direito penal de *prima ratio* moldado apenas para fazer face a um novo tipo de criminalidade que congrega os seus esforços no endurecimento da punição, como se fosse a cura para todos os males. Neste sentido, AGUADO CORREA destaca que: “en una sociedad de riesgo como en la que vivimos, el legislador utiliza el Derecho penal como instrumento eficaz para afrontar los problemas propios de la misma, como son las agresiones al medio ambiente, las drogas, la criminalidad organizada, la economía, el terrorismo..., de manera que se corre el peligro de que el Derecho Penal, en vez de la ultima ratio, se convierta en la prima o en la sola ratio”³⁴⁵.

Um direito penal deste jaez deve ser arredado do campo de visão do legislador. Esta via, a do enrijecimento do direito penal, é a via dos Estados votados ao fracasso. Não é por acaso que BECCARIA reflète acerca deste ponto ao afirmar de forma fenomenal que “estes são os expedientes das nações fracas, cujas leis são apenas reparações provisórias de um edifício em ruínas que desaba por todo o lado”³⁴⁶. De facto, o reflexo de uma política criminal pobre e a acusar sinais de desorientação é sintomático do estado de um país”, reproduzindo ainda BECCARIA que “a grandeza das penas deve estar relacionada com o estado da própria nação”³⁴⁷.

O debate em torno da política criminal do presente, parte do reconhecimento de que a sociedade e com ela o mundo da criminalidade se transformaram profundamente. Se por um lado podemos afirmar que os desígnios desta nova era se concentram na demanda por

³⁴⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda – Globalização, Democracia e Crime. In *Separata do II Congresso de Processo Penal*. Almedina, Coimbra, 2006, p. 46.

³⁴⁵ CORREA, Teresa Aguado – *El Principio de Proporcionalidade en Derecho Penal*. Edersa, 1999, pp. 243 e 244.

³⁴⁶ BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos...*, p. 145.

³⁴⁷ *Idem*, p. 162.

segurança³⁴⁸, assistindo-se a um apelo cada vez maior para a repressão severa do crime, por outro lado vivemos a era dos direitos humanos e da garantia pela sua manutenção. O discurso securitário em que se enleiam os novos tempos ditam uma alteração de paradigma baseado na difusão, corporativização e globalização do crime.

O equilíbrio entre os bens jurídicos colocados em perigo e a limitação do *ius puniendi* têm de alinhar pelo diapasão do humanismo, sob pena de construirmos um direito penal securitário desprovido de quaisquer princípios, nomeadamente os que sustentam a base da sua intervenção.

Como ressalva ALEJANDRO APONTE: “Se vive hoy tiempos de paradojas. Frente a los fundamentalismos de toda índole, el Derecho experimenta um reforzamiento y un endurecimiento. Pero ello puede propiciar el enfrentamiento de dos universos barbarizados: al fundamentalismo criminal se enfrentaría el fundamentalismo del Derecho. Vale por eso la pregunta de Klaus Günther, frente a la actual germinación de um tipo de “rearmamentismo ético”: “sería un – *sit venia verbo* – fundamentalismo de derechos humanos la reacción correcta frente a fundamentalismos basados en la masiva violación de derechos humanos?”³⁴⁹”.

Este grau de paradoxidade que se afivela como o grande enigma do presente gera complexidades de vária ordem. Vivemos o mundo do complexo (que cada vez ficará mais complexo³⁵⁰), de interação social desenfreada que muitas vezes geram consequências danosas, que no plano penal se refractam em conflitos de grande escala – a criminalidade em massa.

Ora este trajeto atribulado da convivência humana geral causa um sentimento generalizado de insegurança perante os novos riscos e a permanente sensação de ansiedade social, muito disseminada e agravada pelos meios de comunicação social. Estas plataformas de veiculação de medos e fobias aumentam o medo da criminalidade que traz consigo a exigência de uma ampliação da tutela penal face à delapidação da paz comunitária. Este estado de coisas leva a que a sociedade veja na pena a superação para o problema do progresso e do alastramento do perigo, como um anestésico ou como uma dívida coletiva que deve ser paga para com a

³⁴⁸ Como coloca Anabela Miranda Rodrigues, na segurança, cristaliza-se a tensão inevitável entre a necessidade de proteção dos direitos da pessoa e a tentação de exacerbar essa proteção para reduzir a insegurança, o que não deixa de ser se manifestar como um paradoxo que adquire plena validade nos tempos que correm. RODRIGUES, Anabela Miranda – *Globalização...*, p. 45.

³⁴⁹ APONTE, Alejandro – Gustav Radbruch: Constituye hoy el positivismo una condición del pluralismo liberal?. In *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal: Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*. (Coord.) por Francisco Bueno Arús, José Luis Guzmán Dalbora, Alfonso Serrano Maíllo, 2006, p. 573.

³⁵⁰ Assim coloca Roxin: “La relación entre la creciente complejidad social y el incremento de disposiciones penales que, a su juicio, proseguirá en el futuro, la establece Roxin - *El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo*. En *Dogmática penal y política criminal*, Trad. Abanto Vásquez, Lima, 1998, pp. 435 y ss., 448-449. Apud SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – *La Expansión del Derecho penal – Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. Estudios y debates em Derecho Penal, n.º 1, 2.ª Reimpresión, 2.ª Edición, Editorial B de F, Montevideo, 2008, p. 29.

vítima³⁵¹.

Os problemas levantam-se, porém, com a chamada delinquência da globalização, caracterizada por ser uma criminalidade de jaez económico, fruto da própria expansão da economia e dos mercados, aliado à tendencial livre circulação de bens, serviços e pessoas.

É, pois, neste sentido que nasce o conceito de criminalidade organizada, commumente associada aos participantes da nova onda de criminalidade pós-clássica, dominada pelos “poderosos”, e que tem efeitos multilaterais e amplamente desestabilizadores.

O que se opera dentro deste cenário é o desenvolvimento de um Direito Penal que quer afrontar a criminalidade transfronteiriça, de onde, ao invés da tese propalada de um direito penal mínimo, se advogue de forma ostensiva um direito penal expansionista, em que a tónica é dada a delitos económicos, cuja consequência penal se faz cominar com uma pena privativa de liberdade. Assistindo-se a um direito penal substancial e processual com tendências de expansionismo³⁵², em que existem “estructuras típicas, reglas de imputación, principios procesales y sanciones substancialmente diversas”, advoga-se, por sua vez “que las sanciones penales que se impongan allí donde se han flexibilizado las garantías no sean penas de prisión”³⁵³.

5. Os princípios-eixo da Política Criminal no seio do *Ius Puniendi*

É necessário delimitar desde logo alguns dos princípios-eixo que perpassam e norteiam a política-crimal.

MARIA JOÃO ANTUNES³⁵⁴ defende que existem três eixos fundamentais de política criminal de matriz ressocializadora, que acompanhamos, e que convergem para a assunção das finalidades político-criminais vertidas no artigo 40.º do CP. Donde, as principais linhas de

³⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – *La Expansión...*, p. 51.

³⁵² Brandariz reflecte sobre os efeitos da Grande Recessão dos EUA e da grande transformação do Direito Penal ocorrida nessa sequência, permitindo que o conceito de escassez pudesse ser tido em consideração na análise do sistema penal como um todo.

³⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – *La Expansión...*, p. 175.

³⁵⁴ Para esta autora esses três eixos ou opções de política criminal passam pelo seguinte: a execução da pena privativa da liberdade deve ser jurisdicionalizada (...) deferindo aos tribunais de execução de penas as decisões destinadas a modificar ou substituir as penas ou as medidas de segurança; a execução da pena deve estar orientada para a socialização do condenado, (...) para que conduza a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes, numa dinâmica de progressiva preparação para a liberdade; e, a privação da liberdade deve ser a ultima ratio da política criminal, enquanto decorrência do princípio constitucional da proporcionalidade das restrições dos direitos, devendo ser assegurado que o regime de execução seja o menos restritivo possível do direito à liberdade. ANTUNES, Maria João – *Penas e Medidas de Segurança*. Coimbra: Almedina, 2018, pp. 86 e 87.

estruturação das sanções penais terão de alinhar pelo diapasão da política criminal típica de um Estado de Direito democrático que balizam e conformam toda a intervenção penal (mesmo em sede de execução): o princípio da legalidade, que afasta qualquer intervenção arbitrária do aparelho administrativo ou judicial; o princípio da culpa que reafirma o *nullum crimen, nulla poena sine culpa*³⁵⁵; o princípio da humanidade, aplicável quer ao nível da tipificação das penas (proibição da pena de morte ou penas desumanas ou degradantes) quer ao nível da execução, pela negação do encarceramento perpétuo e, por fim, o princípio da ressocialização do agente do crime³⁵⁶, que propugna pela socialização do condenado no meio carcerário, que deve operar no sentido de contribuir para a dessocialização³⁵⁷.

Uma qualquer ideia que se possa ter acerca da ciência do Direito clama por vários estandartes principiológicos que são o *onthos*, quer da existência do Direito, quer da sua atuação concreta. A necessidade de orientação do sistema de intervenção jurídico-penal por referentes valorativos gerais constitui um sinal de respeito pelos direitos humanos, limiares mínimos que devem estar assegurados quer na prevenção quer na repressão do crime.

Os princípios funcionam assim num duplo sentido: por um lado, como um elemento de unificação do sistema, uma vez que sem a referência axiológico-formal o próprio sistema queda-se deslegitimado e, por outro lado, funcionam também, e, de forma principal, como elemento garantístico da ordem jurídica, estabelecendo limiares de proteção ao núcleo essencial dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. A escolha do que é criminalizável ou não num dado momento histórico deve por isso partir da ideia de *ultima et extrema ratio* que acompanha o direito penal desde a sua fundação, donde, cumpre desde logo reafirmar o caráter estabilizador e imutável insito aos princípios que fazem com que a atuação do aparelho jurídico-penal se mantenha válido e plenamente eficaz.

³⁵⁵ Aprecia-nos lembrar os ensinamentos de Figueiredo Dias para o qual a verdadeira função da culpa no sistema punitivo reside efetivamente numa incondicional proibição do excesso; a culpa não é fundamento da pena, mas constitui o seu limite inultrapassável. A função da culpa, deste modo inscrita na vertente liberal do Estado de Direito, é, por outras palavras, a de estabelecer o máximo de pena ainda compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa e de garantia do livre desenvolvimento da sua personalidade nos quadros de um Estado de Direito democrático. E a de, por esta via, constitui uma barreira intransponível ao intervencionismo punitivo estatal e um veto incondicional aos apetites abusivos que ela possa suscitar. DIAS, Jorge de Figueiredo – *Temas Básicos de Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 200, p. 109 e ss.

³⁵⁶ Como frisa Anabela Rodrigues a eficácia do sistema penitenciário reside em privilegiar a eficácia e concorrer para a rentabilidade da justiça, procurando evitar ou atenuar a estigmatização dos reclusos – impedir a dessocialização e promover a não-dessocialização. RODRIGUES, Anabela Miranda – *Novo Olhar...*, p. 9.

³⁵⁷ Estes eixos principiológicos são assim descritos por VALENTE, Manuel Guedes – *La Política Criminal y la Criminología en nuestros días. Una Visión desde Portugal* (trad. do português). In Francisco Bueno Arús (Coord.) [et. al.]. *In Separata de Derecho Penal y Criminología como Fundamento de la Política Criminal, Estudios en Homenaje al Professor Alfonso Serrano Gómez*. 1.ª Edición. Madrid: Dykinson, 2006, p. 1314.

Qualquer abordagem e mesmo aprofundamento do tema da política criminal, especialmente no que diz respeito à sua axiologia que se respalda em normas escritas, não pode nem deve deixar de ser o baluarte consagrador de uma ideia geral de legalidade, de igualdade e, da união destes dois princípios, de uma ideia de proporcionalidade.

Igualdade e liberdade, predicados irreduzíveis do Iluminismo, emprestaram ao Direito Penal um sentido menos cruel do que aquele dominou o Estado Absolutista, estabelecendo limites à intervenção estatal no domínio das liberdades individuais. Muitos desses princípios lograram um assento constitucional, assim como impregnaram os Códigos Penais como extensão e garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

No campo da Política Criminal podemos elencar vários princípios que se revelam essenciais e que devem nortear todo e qualquer tipo de intervenção (penal) do Estado. Deste modo podemos falar, dentro dos princípios-eixo constitucionais materiais da política criminal, em dois grandes grupos de princípios: os princípios gerais do poder punitivo ou regentes da intervenção do *ius puniendi*, e os princípios que regem o sistema de execução de penas em particular.

Todos estes princípios enformam a regulação do controlo da intervenção penal, e são nessa medida fundamentais, pois garantem a manutenção dos direitos do cidadão no seio de um Estado de Direito Democrático. A Constituição da República Portuguesa elenca e consagra uma multiplicidade de princípios, encimando, como fim da pena, o princípio da ressocialização que é transversal ou comum a todos os princípios gerais do poder punitivo.

Falar de princípios reitores da Política Criminal é também falar dos princípios que regem o *ius puniendi* e, dentro deste, o direito de execução de penas.

MARIA JOÃO ANTUNES identifica como princípios orientadores da política criminal quanto às penas e medidas de segurança³⁵⁸: o princípio da legalidade, que se traduz no facto de as penas ou medidas de segurança a serem aplicadas têm obrigatoriamente de ser as que se acham tipificadas na lei (artigo 29.º, n.º3 da CRP); o princípio da congruência ou da analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal, que impõe que os bens jurídicos estejam dotados ou carentes de tutela penal, o que quer dizer que só e apenas em casos de salvaguarda das finalidades de prevenção geral e especial, podem importar a aplicação de penas ou medidas de segurança. A autora fala depois dos princípios da proibição do excesso que concretiza no princípio da culpa em matéria de penas, que decorrem dos artigos 1.º, 13.º e 25.º da CRP, e o princípio da

³⁵⁸ ANTUNES, Maria João – *Penas e Medidas de Segurança*, Almedina, Reimpressão, 2018, pp. 14 a 16.

proporcionalidade das sanções penais, que decorre diretamente do artigo 18.º, n.º 2. A autora destaca ainda o princípio da socialidade ou solidariedade³⁵⁹, uma vez que pertence ao Estado a incumbência de ajudar o condenado, prestando as condições necessárias à sua reintegração na sociedade. Um outro princípio que é realçado por MARIA JOÃO ANTUNES é o princípio da preferência pelas penas não privativas da liberdade, que decorre igualmente do artigo 18.º da CRP e que é um princípio orientador do programa político-criminal em matéria das consequências jurídicas do crime. GUEDES VALENTE salienta quatro grandes princípios: o princípio da legalidade (formal e material), o princípio da culpabilidade, o princípio da humanidade e o princípio da ressocialização ou do tratamento³⁶⁰.

A Lei Fundamental prevê ainda o princípio da insuscetibilidade de transmissão da responsabilidade penal (artigo 30.º), segundo o qual, só o autor do crime pode ser punido, não sendo possível a transferência de responsabilidades.

Por último, importa denotar que a Constituição consagra ainda o princípio da não automaticidade das penas, isto é, nenhuma pena pode envolver como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos (artigo 30.º, n.º 4), e o princípio da humanidade, proibindo-se expressamente a pena de morte e sanções de natureza perpétua (artigos 24.º, n.º 1 e 30.º, n.º 1).

5.1.O princípio da proporcionalidade

Quando se fala a propósito do princípio da proporcionalidade somos convocados a questionar o que é de facto proporcionalidade. Afinal o que faz com que determinada coisa seja proporcional a outra? E porque é que é necessário encontrar um grau de proporção entre essas duas coisas? O conceito de proporcionalidade advém da matemática e consiste na igualdade entre duas ou mais razões que são a divisão entre números devendo ser obedecida uma determinada ordem sob o qual são colocados.

O princípio da proporcionalidade, do ponto de vista histórico, impôs-se, na aura iluminista, no âmbito da pena, com o entendimento que não devem impor-se penas que não sejam as absolutamente necessárias. MONTESQUIEU referiu-se ao princípio da

³⁵⁹ Segundo Maria João Antunes, este princípio não tem acolhimento expresso na CRP, decorrendo da conjugação entre os artigos 2.º, 9.º, alínea d), 26.º, n.º 1 e 30.º, n.º 1. Reforça a autora que diferentemente de ordens jurídicas como a de Espanha e ou a de Itália, o princípio não decorre de disposição constitucional expressa, o que não tem obstado a que a jurisprudência constitucional faça apelo ao princípio. ANTUNES, Maria João – *Penas e Medidas de...*, p 15.

³⁶⁰ VALENTE, Manuel Guedes – *Do Ministério Público e da Polícia...*, pp. 136 e ss.

proporcionalidade, nas suas “Cartas Persas”, nos seguintes termos: “Reprisals are a resource of second degree, after war. The courts are obliged to observe the law that meets out penalties in proportion to the crime. A third resource of justice is to deprive a prince of the advantages he may enjoy over us, always in proportion to the offence”³⁶¹.

Em bom rigor, falar de pena implica falar de proporcionalidade. Esta ideia que parte de CESARE BECCARIA no século XVIII, foi um marco para o direito penal na época uma vez que colocou o princípio da proporcionalidade na correlação entre o crime e a pena que havia sido obliterado pelos regimes absolutistas que se lhe antecederam.

Na obra *Dos Delitos e das Penas*, BECCARIA refere o seguinte: “Não só é de interesse geral que não se cometam delitos, senão que sejam mais raros em proporção do mal que acarretam à sociedade. Portanto, os obstáculos que separam os homens dos delitos devem ser mais fortes à medida que os delitos sejam mais contrários ao bem público e em proporção aos estímulos que impulsionam a estes. Por isso deve existir uma proporção entre os delitos e as penas...se houvesse uma escala exacta e universal das penas e dos delitos, teríamos uma medida provável e comum dos graus de tirania e de liberdade, do fundo da humanidade ou de malícia das diversas nações; mas ao sábio legislador lhe bastará assinalar os pontos principais sem perturbar a ordem, não decretando para os delitos do primeiro grau as penas do último”³⁶².

A Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama o princípio da proporcionalidade no artigo 8.º proclama que “a lei não deve estabelecer outras penas que as estrita e evidentemente necessárias”.

Para que a pena, que opera a uma privação de direitos fundamentais, se arrogue do seu condão legitimador de resolução de conflitos, terá de cumprir duplamente duas funções: por um lado, tem de ter um carácter repressivo que justifique a preterição de alguns direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, tem de possuir uma função garantista, isto é, tem de ser apta para proteger a segurança que proporciona a sua convivência em sociedade. Qualquer juízo de adequação que se possa submeter a *potestas* do Estado à adoção do mecanismo que são as sanções, como é o caso da pena de prisão, tem de atender aos seguintes primados: a) o primado do equilíbrio, isto é, o mal que se procura evitar através da aplicação de uma pena traduz-se num certo grau de legitimidade para a intervenção do Direito Penal, uma vez que tendo este o propósito de manter a paz social que assegura e valida o respeito pela dignidade humana, tem como escopo o equilíbrio entre a eficácia da prevenção e a liberdade do indivíduo; b) o primado

³⁶¹ MONTESQUIEU – *Persian Letters (Letter 92 Usbek to same)*. Translated by Margaret Mauldon, Oxford University Press, 2008, p. 127. Tradução nossa.

³⁶² BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos...*, p. 72.

da eficácia, que se traduz na necessidade da pena ser eficaz, tanto de um ponto de vista geral como especial, o que nos leva à questão de saber se para a delinquência organizada transnacional a pena de facto atende à sua finalidade.

O princípio da proporcionalidade no seio do Direito e em especial no seio do direito penal adquire um significado central. O princípio encontra arrimo no art. 18.º, n.º 2 da CRP e coloca em evidência essa mesma centralidade uma vez que exerce um papel essencial de limitação. Nesse sentido, a restrição ou limitação dos direitos, liberdades e garantias deve assentar em três características: deve ser adequada, necessária e proporcional, apenas podendo ter lugar nos casos expressamente previstos na Constituição. Princípio reafirmado pelo n.º 3 do art. 49.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que indica um critério para a determinação da pena ao prescrever que «[a]s penas não devem ser desproporcionadas em relação à infracção». Nesse sentido, e como bem sublinham JORGE MIRANDA e JORGE PEREIRA DA SILVA, ao abordarem do princípio da proporcionalidade, “a forma algo assistemática da sua positivação constitucional não põe em dúvida a vocação global que possui, enquanto instrumento decisivo de combate ao arbítrio do poder e, sobretudo, de todos os atos e omissões deste que, de alguma forma, e, independentemente da função do Estado, se possam revelar agressivas dos direitos dos indivíduos³⁶³”.

A Constituição limita os poderes públicos, desde logo a *potestas* do Estado naquilo que é a atuação ao abrigo do Direito Penal que impacta na vida de qualquer cidadão. Neste sentido, o poder legislativo está fortemente limitado, uma vez que as normas penais asseguram um pleno equilíbrio entre o fator *restrição* e o fator *liberdade*, ou seja, as normas penais devem restringir ao mínimo as liberdades, através, nomeadamente, do princípio da proibição de excesso, o princípio da ofensividade e o princípio da proporcionalidade.

Existe vasta doutrina e literatura jurídica em geral sobre o princípio da proporcionalidade. Podemos mesmo afirmar que este princípio, consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição é o *punctum crucis* que trespassa o direito constitucional penal, sendo, como apelida LAMAS LEITE “a *marca identitária* de todo este ramo de Direito, na sua correlação umbilical com a Lei Fundamental”. Comporta três subprincípios: o princípio da *adequação*, o princípio da *necessidade* e o princípio da *proporcionalidade stricto sensu*.³⁶⁴ Estas três

³⁶³ MIRANDA, Jorge e SILVA, Jorge Pereira da – Art. 18.º (Força Jurídica). In *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, Preâmbulo, Princípios Fundamentais, Direitos e Deveres Fundamentais, Artigos 1.º a 79.º*, 2.ª Edição Revista, Universidade Católica Editora, 2017, p. 274.

³⁶⁴ O autor chama a atenção para a extensão do princípio da proporcionalidade quando refere que toda e qualquer teoria que se tem debruçado para a extensão dos séculos, sobre a *vexata quæstio* dos fins do sancionamento é, em si, uma *materialização concreta da proporcionalidade*. Sejam os autores de filiação ético-retributiva sejam os de feição relativa, todos eles encaram os respectivos pressupostos como o modo para si mais perfeito de dar guarida

subdimensões – a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito – relevam, no que concerne ao direito criminal, sob o ponto de vista dos meios e sob o ponto de vista dos fins.

Assim, quanto à subdimensão *adequação*³⁶⁵, que está ligada à lei em específico, o que se pretende é apurar se um dado compêndio legislativo se mostra apto, isto é, se da forma como se encontra alicerçado está pronto a alcançar o objetivo a que se propôs, o que quer dizer que, transpondo para o direito penal significa que, um determinado tipo legal de crime ao prever uma determinada cominação legal, *rectius*, uma sanção (seja privativa ou não privativa da liberdade), deve ser apropriado³⁶⁶ à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes.

Neste sentido podemos formular duas questões quanto à questão da pena, a saber: a) a proteção de bens jurídicos pelo Estado (através da consagração constitucional de princípios e normas legais infra-constitucionais, desta feita, promovendo a segurança e a paz social), pode apoiar-se na execução da pena, como meio adequado para tal desiderato?; b) o propósito estadual de garantir o direito fundamental à reintegração do condenado que cumpre uma pena, encontra na fase executiva um meio conforme para garantir a efetivação desse mesmo direito?

Quanto à primeira formulação cremos que o meio prisional, onde é levada a cabo a execução da pena não se mostra *in abstracto* nem um meio inadequado do ponto de vista da proteção formal dos bens jurídicos lesados e a paz pública nem se revela como desconforme face aos intentos de reintegração da pessoa condenada. A ser propugnada a tese contrária cremos que poderíamos ser tentados a teses mais extremadas que defendem o abolicionismo da pena de prisão ou mesmo até do próprio sistema penal.

A previsão de uma determinada moldura penal ou a cominação de um *quantum* diário de pena de multa deve ser apropriado ao fim que almeja, ao ponto de ser previsto o ponto ótimo

à proporcionalidade em sentido estrito. A retribuição, a actuação sobre a comunidade no seu conjunto, em feição negativa ou positiva, ou a preventivo-especial, em todas as modalidades conhecidas, justificam a imposição sancionatória para que tendem como a forma mais perfeita de encontrar uma equivalência entre a gravidade da limitação (ou eliminação) de direitos e a gravidade intrínseca do delito. LEITE, André Lamas – Especificidades do juízo que preside às sanções substitutivas e o substrato da atenuação especial da pena. In *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*. Volume I, Universidade Católica, p.177.

³⁶⁵ Ou também apelidado, por Gomes Canotilho, de princípio da conformidade. Canotilho, J.J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 269.

³⁶⁶ A este propósito salientam Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva no seu comentário ao artigo 18.º da CRP Anotada, que um dos aspetos que este subprincípio não concretiza é, por um lado, qual o fim prosseguido pelo legislador e, por outro, se esse fim irá ser efetivamente atingido. Quanto a este último ponto realçam os autores que a análise da adequação de uma qualquer medida legislativa implica sempre a realização de juízos sobre, por um lado, o diagnóstico que o legislador fez da realidade que pretende regular e, por outro lado, sobre os prognósticos efetuados quanto aos efeitos da sua intervenção e quanto à evolução futura dessa realidade. Para um melhor entendimento, MIRANDA, Jorge e SILVA, Jorge Pereira da – Art. 18.º (Força Jurídica). In *Constituição...*, pp. 274 e 275.

de punição, não restringindo demasiado o espectro garantístico nem asfixiando o limiar mínimo de proteção dos bens jurídicos lesados ou colocados em perigo de lesão.

A subdimensão *necessidade*, ou, também conhecida como *princípio da exigibilidade*, destina-se a verificar se, de entre os meios ao dispor do legislador, existe um meio que, sendo apto a produzir o mesmo resultado, é menos castrador dos direitos fundamentais. O que se pretende é limitar a adoção de leis excessivas, de modo a que as mesmas não firam ou deixem um qualquer cidadão exposto a um tratamento menos vantajoso.

Assim, do que se trata é de efetuar o cotejo entre os diversos meios ao dispor do legislador, isto é, “entre o meio efetivamente utilizado e outros meios hipoteticamente disponíveis para alcançar o fim almejado pelo legislador (que tem de ser constitucionalmente legitimado)”³⁶⁷, ou seja do que se fala é de uma questão de eficiência.

Neste sentido, para a consecução de determinados fins, só será possível adotar o meio, *in casu*, a norma restritiva que for menos onerosa. JORGE MIRANDA e JORGE PEREIRA DA SILVA falam ainda na necessidade de aferir a necessidade sob diversos prismas³⁶⁸: a exigibilidade material, que coloca em evidência a questão do equilíbrio entre o meio usado e a limitação dos direitos consagrados constitucionalmente, o que quer dizer que deverá ser feito um exercício de adequabilidade entre o meio menos gravoso e o bem jurídico a tutelar, por exemplo se perante um determinado tipo de ilícito se deve optar por sanções criminais ou sanções, por exemplo administrativas; a exigibilidade espacial que se refere à necessidade de encurtar o campo de intervenção, isto é, optando por medidas legislativas de jurisdição territorial mais reduzida; a exigibilidade temporal que pressupõe uma delimitação temporal da medida, isto é, a opção por medidas momentâneas e que não se estendam indefinidamente no tempo; e, por fim, a exigibilidade pessoal eu se traduz em a medida se dever aplicar a um número reduzido de pessoas.

Por fim, a proporcionalidade *stricto sensu* convoca um juízo de proporcionalidade propriamente dita, ou seja, exige um juízo aposteriorístico, a fim de apreciar se uma determinada opção foi tomada nos termos exigíveis e equilibrados para prover o resultado. Trata-se nas palavras de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS “de proceder a uma correta avaliação da providência adotada em termos qualitativos e quantitativos e, bem assim, para que esta não fique aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido – nem mais nem menos”³⁶⁹. O que pretende no fim é que, aferidas as subdimensões da necessidade e da

³⁶⁷ MIRANDA, Jorge e SILVA, Jorge Pereira da – Art. 18.º (Força Jurídica). In *Constituição...*, p. 275.

³⁶⁸ MIRANDA, Jorge e SILVA, Jorge Pereira da – Art. 18.º (Força Jurídica). In *Constituição...*, p. 276.

³⁶⁹ MIRANDA, Jorge e SILVA, Jorge Pereira da – Art. 18.º (Força Jurídica). In *Constituição...*, p. 274.

adequação, se deve equacionar se o resultado é ainda assim proporcional ao *quantum* punitivo da medida escolhida. Neste sentido, tanto os meios usados como os fins alcançados devem ser colocados na balança da ponderação, a fim de se encontrar o ponto ótimo da proporção.

5.2.O princípio da proporcionalidade e a sua relação com as penas

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente que se observasse a proporcionalidade entre a gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada³⁷⁰.

Não obstante o princípio da proporcionalidade ser uma consagração do constitucionalismo moderno (embora já fosse reclamado por Beccaria), sendo, por isso, aceite desde o Iluminismo, procura-se eliminar, dentro do possível, toda e qualquer intervenção desnecessária do Estado na vida privada dos cidadãos. Aliás, essa conclusão decorre da própria subdimensão da adequação, que dita que um determinado tipo de crime se mostre apropriado para a tutela de um determinado bem jurídico carente de tutela jurídico-penal.

Donde, a pena prevista como consequência de um comportamento desviante, deve mostrar-se adequada à finalidade própria a que se presta, desde logo cumprir com uma finalidade de protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. Por isso a pena deve prosseguir um fim que se situe no plano da tutela de valores e interesses, os quais têm como referente o texto constitucional, para que o Direito Penal se afirme, como refere GUEDES VALENTE, como “Direito Penal integral do ser humano³⁷¹”. O que podemos afirmar é que todas as concepções que se possam construir nos antípodas desta resultam desajustadas, isto é, não prosseguem uma finalidade de prevenção geral e especial.

Por outro lado, a subdimensão da necessidade, *in casu*, da pena traduz uma ideia de freio punitivo por parte do Estado. O que se quer dizer é que estando o poder punitivo do Estado limitado, significa que a sua intervenção, (ou seja, a intervenção da pena) é limitada aos casos onde se justifica, tornando-se desnecessária quando um determinado bem jurídico é protegido

³⁷⁰ Art. 8.º da DUDH: “A lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

³⁷¹ Afirma o autor que devemos viver (...) o tempo do sistema penal integral do ser humano em se afirmar como a barreira inultrapassável face às tendências deladoras dos direitos humanos, cuja corrosão se inicia com a delação da pessoa enquanto fundamento nevrálgico do Estado de direito material social democrático. VALENTE, Manuel Guedes – *Direito Penal do Inimigo e Terrorismo...*, p. 36.

por um instrumento menos introsivo, ou quando esse bem jurídico não necessita sequer de proteção. Em todo o caso, a pena resultará sempre sujeita a um ajustamento consoante o caso.

A subdimensão da proporcionalidade em sentido estrito, no campo da pena, a sopesar a proteção do bem jurídico ou em perigo de lesão, a conduta e o efeito antijurídico que cria e a consequência jurídica. Ou seja, do que se trata é de, por retas contas, aferir se a pena aplicada não é, ainda assim, excessiva para o resultado que se pretende alcançar.

Portanto há um exercício de custo-benefício, isto é, se a intervenção do Direito Penal é necessária para que se obtenha a tutela do bem jurídico, ou seja, se a intervenção do direito penal é idónea, ou, melhor, se do ponto de vista material o direito penal é chamado a intervir e, se chamado, há uma devida compensação fática pela intervenção do poder punitivo do Estado.

Nesta senda o princípio da proporcionalidade das penas está umbilicalmente ligado, a jusante, aos fins da pena, em concreto com o momento da determinação da pena, que encerra, de resto, a questão da legitimação do direito penal³⁷². Donde se colhe que, nunca poderá ser aplicada uma pena superior à gravidade da conduta, mas tão só aquela que for a necessária assegurar a proteção do bem jurídico.

Contudo quando falamos no princípio da proporcionalidade não podemos olvidar a seguinte questão: aquando da fixação de uma pena, deverá a mesma cingir-se à gravidade do crime ou não? ADRIANO TEIXEIRA fala-nos de várias teorias, a saber: a teoria da proporcionalidade pelo facto, que se funda num ideário retributivista, a teoria proporcional ao delito fundada numa ideia de prevenção geral e a teoria expressiva da pena.

A teoria da proporcionalidade pelo facto, ancorada essencialmente em ANDREW VON HIRSCH³⁷³, traduz a ideia de que a pena apenas deve expressar e, por isso quantificar, a gravidade do delito levado a cabo, sendo que despreza toda e qualquer conceção que pugne um ideário preventivo, quer geral, quer especial. Por isso, os delinquentes, segundo esta teoria deveriam ser punidos de forma semelhante, caso tivessem praticado semelhantes infracções

³⁷² A este propósito Anabela Miranda Rodrigues refere que (...) um direito penal teleologicamente orientado deve ser hetero-legitimado. (...) Quer isto dizer que (...) só pode apelar a uma legitimidade que, apoiando-se no que se considera serem as coordenadas e os limites jurídico-constitucionais do direito penal, empresta à teleologia uma dimensão expressamente transcendente. RODRIGUES, Anabela Miranda – *A Determinação da Medida...*, p. 254.

³⁷³ É Von Hirsch que em 1976 com a sua obra “Doing Justice” inaugura a expressão “just deserts” ou a teoria do “justo merecimento”. O foco central desta teoria assenta numa tentativa de envolvimento entre a justiça e a equidade ou a justeza das decisões. Refere-nos Sloan e Miller que “(...) a gravidade da infracção e os antecedentes da infracção tornam-se a base substantiva para determinar a punição apropriada. As sentenças são fixadas pelo legislador, o que reduz a probabilidade de disparidade: dois indivíduos condenados pelo mesmo crime recebem não apenas a mesma sanção (por exemplo, prisão), mas também cumprem o mesmo período de tempo (por exemplo, cinco anos).” SLOAN III, John e MILLER, J. Langley – Just Deserts, The Severity Of Punishment And Judicial Sentencing Decisions. In *Criminal Justice Police Review*, Volume 4, Issue 1, Sage Publications, 1990, p. 22.

criminais³⁷⁴, sendo que o contrário é também válido, isto é, para crimes com gravidade díspar assim também deveriam ser sancionados diferentemente. A construção do justo merecimento – *just deserts* – que apõe um cunho retributivista à proporcionalidade tem inerente uma correspondência entre a conduta e a pena.

Por outro lado, reconhece-se que o princípio consagrado no art. 18.º, n.º 2, da CRP se assume como marca identitária do Direito Penal. Para vários autores o conceito de proporcionalidade em Direito Penal encontra legitimação maioritariamente na teoria da prevenção geral positiva³⁷⁵.

Com bem refere FARIA COSTA, “a pena representa a reação de uma comunidade de homens àqueles comportamentos penalmente proibidos por essa mesma comunidade. (...) a pena é o reflexo dos valores dessa comunidade em um certo tempo e em um certo espaço. A pena é, por sobre tudo, a refração entendimento do homem sobre si próprio. Precisamente por isso, a pena repõe o sentido primevo da relação de cuidado-de-perigo”³⁷⁶.

Donde, faz sentido que seja estabelecida uma ponte entre uma certa ideia de proporcionalidade e a forma como o homem médio olha para uma determinada conduta e a reprova, devendo a pena reflectir um maior ou menor *quantum*. Por sua vez, ao Estado cabe também, através das sucessivas políticas criminais que adote efetuar o mesmo tipo de exercício que não se deverá estribar numa lógica ético-retributiva, mas num raciocínio de perspetivar o leque de sanções adequadas para determinados tipos legais de crime, a partir da sua gravidade. Por isso, a ideia de proporcionalidade nasce desde logo na conceção que for afirmada na génese e definição de política criminal pois, só pode vingar a compreensão de que uma pena correcta é aquela que é intercedida por um princípio geral de proporcionalidade.

O problema da justificação do tipo e da medida da pena é um problema moral e político, que acaba por conformar a sua legitimação externa. Este problema é, por sua vez, suscetível de ser decantado em três questões: o da predeterminação pelo legislador do tipo e da medida máxima e mínima de pena para cada tipo de delito; o da determinação por parte do juiz da

³⁷⁴ Aqui fala-se em proporcionalidade relativa ou ordinal e no segundo caso de proporcionalidade absoluta ou cardinal. TEIXEIRA, Adriano – *Teoria da aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. 1.ª Edição, São Paulo, Marcial Pons, 2015, p. 61.

³⁷⁵ Schünemann refere que a proporcionalidade, em direito penal deve ser integrada por princípios éticos suplementares e não encontra uma fundamentação satisfatória somente na teoria da prevenção geral positiva. Para Von Hirsch, a razão estaria no conteúdo de censura de ilicitude e de culpa que a decisão encerra, ou seja, estes dois componentes do conceito de delito seriam, em si, o fundamento da proporcionalidade. A proporcionalidade não depende da maior ou menor dificuldade em provar a alegação dos factos, reforçando sim, ela mesma, o efeito geral-preventivo do sistema sancionatório.

³⁷⁶ O Autor prossegue referindo que o fundamento do direito penal encontra-se na primeira relação comunicacional de raiz onto-antropológica na relação de cuidado-de-perigo. COSTA, José de Faria – *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*. 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2015, pp. 9 e 10.

natureza e da medida concreta da pena a aplicar em cada caso; o da pós-determinação, na fase executiva, da duração da pena efetivamente aplicada.

A medida e a imposição da pena têm um limite, o que, para alguns autores, se trata mesmo de um limite ético³⁷⁷. Dito de outra maneira, a medida da imposição da pena deve encontrar um ponto mínimo de equilíbrio entre a aptidão para cumprir com o fim preventivo e a sua imposição deve funcionar sempre que não exista outra medida menos gravosa que logre o mesmo objetivo. Relembremos que a pena – segundo MONTESQUIEU, BECCARIA, ROMAGNOSI, BENTHAM e CARMIGNANI – deve ser "necessária" e "a mínima dentre as possíveis" em relação ao objetivo da prevenção de novos crimes. O facto de que entre pena e o crime não exista nenhuma relação natural não isenta a primeira de ser adequada ao segundo, pelo que o nexó retributivo, que sempre em alguma medida existe, e que liga a sanção ao ilícito penal exige que a qualidade e a quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e à gravidade do outro.

Com efeito, as ideias do Iluminismo passaram a assegurar ao indivíduo um novo espaço na ordem social, que o libertou das velhas e autoritárias relações medievais, implicando a recusa de qualquer forma de intervenção ou punição desnecessária ou exagerada. A mudança filosófica de concepção do indivíduo, do Estado e da sociedade impôs, desde então, maior respeito à dignidade humana e a consequente proibição de excesso. Em matéria penal, mais especificamente, segundo HASSEMER, a exigência de proporcionalidade deve ser determinada mediante “um juízo de ponderação entre a carga ‘coativa’ da pena e o fim perseguido pela cominação penal”³⁷⁸. Ainda segundo a doutrina do mesmo autor, o princípio da proporcionalidade não é outra coisa senão “uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência jurídico-penal, constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado nos seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas”³⁷⁹. Com efeito, por força do princípio da proporcionalidade, na relação entre crime e pena, deve existir um equilíbrio entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada.

Assim, o exercício que deverá ser levado a cabo relativamente à manutenção do princípio da proporcionalidade passa pela análise dos critérios da necessidade e da adequação,

³⁷⁷ Neste sentido RICO, José M. – *Prevención del Delito, Opúsculo de Derecho Penal y Criminología*, Ed. Lerner, Córdoba, 1991, p. 32 e ss. Para este autor la disuasión no puede exceder ciertos límites éticos (a veces uma medida eficaz para solucionar un problema dado puede ser injusta y constituir um costo social elevado e incluso inadmisible). *Apud* VILLAZALA, Tomás, *et alii*. – *Punitividad y Victimación en la Experiencia contemporánea*. Estudios. Dykinson, 2009, p. 243.

³⁷⁸ HASSEMER, Winfried. *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto – *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol. I. 11.^a ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 26.

³⁷⁹ HASSEMER, Winfried – *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984, p. 279.

ou seja, qual a relação custo-benefício para o cidadão de, com meios menos gravosos, atingir a mesma eficácia na busca nos objetivos pretendidos, aquando da aplicação de uma pena. Tudo sopesado, trata-se de, numa lógica dedutiva, concluir que o meio não será necessário se o objetivo a atingir não puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele adequada e menos onerosa. O juízo sobre a proporcionalidade de uma pena, há-de neste sentido resultar de eventual ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o destinatário da pena e o escopo da consequência penal envidada pela norma.

5.3. O princípio do garantismo (das penas)

O garantismo penal³⁸⁰, nascido da tradição clássica do pensamento liberal³⁸¹ traduz-se em minimizar ou limitar o poder punitivo através de uma premissa básica que é a sujeição à lei do poder judicial e a lei penal ordinária – à *Grundnorm* – isto é, à lei constitucional. Quando se fala em garantismo alude-se também a uma ideia de “direito penal mínimo”, isto é, um direito penal que envide um modelo em que se vise eliminar ou reduzir, pelo menos, a violência, associada muitas vezes à intervenção do poder punitivo. Naturalmente, esses limites têm várias balizas, tanto a um nível material como ainda processual. Cremos, no entanto, que os limites se estenderão também para o nível executivo.

Neste sentido, o garantismo deve atuar como um freio à disseminação da violência na sociedade e sob uma dupla fórmula: reagir perante a violência dos delitos e insurgir-se contra a própria violência das sanções impostas aos delitos, traduzindo-se num Direito Penal de carácter preventivo verdadeiramente erigido e apoiado numa base em que deve alinhar-se com uma visão em que apenas caiba uma conceção minimalista da intervenção do direito penal. Noutros termos, o direito penal deve apenas e só ser chamado quando existam ataques de extrema gravidade e que firam os bens jurídicos.

Quanto ao fundamento do princípio, podemos afirmar que o mesmo assenta num triplo fundamento: fundamento político, fundamento criminológico e fundamento político-criminal, que se apoiam na doutrina do pacto social, pois quando só quando o homem renuncia a essa

³⁸⁰ Como bem explica Ferrajoli, la introducción del neologismo garantismo para referirse a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales son (...) relativamente recientes. (...) La expresión garantismo, en su sentido estricto de garantismo penal, surgió, en la cultura italiana de izquierda en la segunda mitad de los años setenta, como respuesta teórica a la legislación y a la jurisdicción de emergencia (...). Y se relaciona con la exigencia, típica de la ilustración jurídica, de la tutela del derecho a la vida, a la integridad y a la libertad personales, frente a ese terrible poder que es el poder punitivo, en expresión de Montesquieu. FERRAJOLI. Luigi – *Democracia y Garantismo*. Edición de Miguel Carbonel, Editorial Trotta, 2008, pp. 61 e 62.

³⁸¹ Sobre este assunto IPPOLITO, Dario – *Génesis del Garantismo Penal*. Buenos Aires: Zela, 2025, pp. 25 e ss.

parte da sua liberdade, constitui o depósito público que garante essa mesma liberdade. Qualquer pena que exceda a necessidade de manter o estado da sociedade seria injusta e contrária ao contrato social.

O esquecimento do respeito ao princípio da fragmentação por parte do legislador leva a uma inflação punitiva que provoca a degradação da função da pena. Quando se faz referência ao princípio do garantismo das penas também se faz referência à exigência de proporcionalidade entre a gravidade da pena e a gravidade da infração, exigência que só é parcialmente tida em conta quando se fala de carácter fragmentário, que constitui um verdadeiro freio, a par com o princípio da legalidade, do poder punitivo do Estado. Neste sentido o direito penal só deve intervir como último recurso para a tutela de bens jurídicos violados.

Do ponto de vista do combate à criminalidade organizada sabemos que “os instrumentos de resposta a essa criminalidade restringem direitos fundamentais de forma particularmente intensa, pelo que a sua admissibilidade terá de assentar num triplo juízo de adequação/necessidade/proporcionalidade *stricto sensu* favorável.”³⁸²

Os conceitos de carência penal ou de carência da tutela penal, encontram-se por tradição ligados à questão político-criminal da punibilidade. A necessidade de estar prevista uma sanção e a hipótese de essa sanção vir a ser aplicada constitui ainda motivo de acesa discórdia na doutrina. Contudo, apartando-nos de tais querelas, o que importa para a nossa temática é estabelecer um ponto de conexão entre a necessidade de punição e o crime organizado transnacional.

5.4. O princípio da humanidade (da execução das penas)

O princípio de humanidade é o princípio estandarte do Direito Penal e aquele que impede tanto a pena de morte como a pena de prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam o âmago da dignidade da pessoa humana ou que incidam sobre a integridade física e psíquica dos condenados.

É curioso atentar que, historicamente e logo a partir do século XVIII, assiste-se ao início daquela que ficou conhecida como a era do “Humanitarismo Penitenciário”³⁸³ ou ainda do Penitenciarismo moderno, patrocínada com o pensamento de três grandes penitenciaristas, JOHN HOWARD, CESARE BECCARIA e JEREMY BENTHAM.

³⁸² NUNES, Duarte Rodrigues – *Criminalidade Organizada e Economia Lícita*, ...p. 31.

³⁸³ GONÇALVES, Pedro Correia – A Era do humanitarismo Penitenciário: as obras de John Howard, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham. In *R. Fac. Dir. UFG*, V. 33, n. 1, jan. / jun. 2009, p. 9.

JOHN HOWARD, a quem é atribuído o nascimento da ciência da prisão, é o mesmo que, em 1776 denuncia o mau estado³⁸⁴ em que se encontravam as prisões, propugnando pelo incremento das condições de vida dos cidadãos privados de liberdade. É do seu testemunho vivo do estado das prisões que visita por toda a Europa, que nasceu a obra “*The State of the Prisons in England and Wales, with Preliminary Observations and an Account of Some Foreign Prisons*”, (1777), e que dá conta do estado deplorável das prisões europeias, espaços sombrios, insalubres e desordenadas. Sob o mote “Fá-los diligentes e serão honestos”³⁸⁵ Howard propôs a construção do edifício penitenciário em torno de cinco vetores essenciais: a educação (com incidência no viés religioso); trabalho (introduzindo uma rotina organizada); alimentação e higiene; isolamento (a fim de evitar uma contaminação moral) e Inspeções Periódicas³⁸⁶. Apesar do visionarismo de Howard, os seus ideais não foram avante, uma vez que a deportação dos criminosos era mais económica e rentável do ponto de vista preventivo. Visto como o incrementador do humanismo penitenciário, foi nos Estados Unidos da América que, através da Sociedade de Filadélfia se deu continuidade ao legado de Howard através da criação da primeira prisão celular, a Newgate Prison.

CESARE BECCARIA que se haveria de seguir a Howard foi um adepto afincado do brocardo “mais vale prevenir os delitos do que puni-los”³⁸⁷. Sendo um dos autores mais lembrados a propósito da tortura e da ligação desta à desumanidade das penas, foi ele que advogou por um direito penal contrário às ideias de crueldade e arbitrariedade. Por outro lado, é Beccaria que introduz a ideia de proporcionalidade³⁸⁸, uma vez que a pena privativa da

³⁸⁴ Antes da era do humanitarismo George Ives descreve o estado das prisões: as antigas prisões eram sobrelotadas, esqueléticas, infectas e imundas; as novas deveriam ser limpas e higiénicas. Nos velhos edifícios o deboche e o vício eram ordinários e galopantes; no meio da humidade e da miasmática escuridão eram ouvidos juramentos e obscenidades dos mais abandonados sexos, juntamente com o arrastar dos seus pesados grilhões, cujo som poderia ser ouvido de tempos a tempos pela acentuada cutilada do chicote do carcereiro. As novas prisões eram compostas por celas; existiam enormes fileiras de túmulos, dentro dos quais um recluso solitário e indolente frequentemente morria. Um profundo silêncio reinava, mas por vezes figuras fantasmagóricas, sempre vigiadas, e usando máscaras, possivelmente com medo de que se reconhecessem uns aos outros, eram apressadas através de passagens típicas de adega, não se atrevendo a virar a cabeça para olhar à sua volta, nem tão pouco a levantar os olhos para um rápido soslaio em busca de uma outra máscara eventualmente presente. IVES, George - *A History of Penal Methods: Criminals, Witches, Lunatics*. Montclair: Patterson Smith, 1970, pp. 171 e 172.

³⁸⁵ Tradução livre do inglês: “Make them diligent and they will be honest”.

³⁸⁶ Contudo cabe salientar que John Howard não foi a única pessoa que esteve por detrás do Penitentiary Act de 1779. Ao lado dele estiveram nomes como Sir William Blackstone e William Eden, que propusera um modelo alternativo à deportação, como se pode ler no seguinte trecho: “*As an alternative to transportation this provided for the building of two penitentiaries, one for males and one for females, where solitary Imprisonment, accompanied by well regulated labour, and religious Instruction might be the means, under Providence, not only of deterring others from the Commission of the like Crimes, but also of reforming the Individuals, and inuring them to Habits of Industry*”. Disponível em <https://discovery.nationalarchives.gov.uk/details/r/bd7861bf-6f01-4945-8218-68eec54966c1> [Consultado em 24.07.2022].

³⁸⁷ BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos...*, p. 154.

³⁸⁸ BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos...*, pp. 72-77.

liberdade “não devia “preceder a sentença senão quando a necessidade” o “exigisse”³⁸⁹. Paralelamente, Beccaria também aborda o princípio da legalidade, referindo que “a prisão é uma pena que por necessidade deve, diferentemente de todas as outras, preceder a declaração do delito; porém este carácter distintivo não exclui este outro essencial, isto é, que só a lei determine os casos em que um homem é merecedor de pena”³⁹⁰.

GUZMAN, a propósito de Howard e Beccaria, faz uma atenta comparação, realçando o impacto que ambos tiveram na construção do penitenciarismo humanista: “a obra de Beccaria teve cariz político e jurídico, a de Howard um fim filantrópico e humanitário; o campo de acção daquele foi de grande amplitude, pois ambicionava a reforma do Direito Penal em vigor à época, o de Howard limites mais apertados, materializando-se na humanização do regime das prisões e na sua organização visando uma finalidade correcional. Beccaria levou a cabo a sua obra através da pena e do papel, na paz do seu gabinete de trabalho, Howard visitou um grande número de prisões europeias, vendo de perto o seu drama, tendo para tanto empreendido longas e perigosas viagens a países distantes, manteve um estreito contacto com os presos e arriscou a sua saúde e sua vida expondo-se ao contágio das doenças carcerárias, que vieram a causar a sua morte. Beccaria foi um pensador, Howard um homem de acção”³⁹¹.

Na senda de Howard e Beccaria, sucederia JEREMY BENTHAM que expressou um grande interesse pelo sistema penitenciário. O pensador londrino, que haveria de escrever a obra *The Constitutional Code*, coloca a tónica na necessidade de prevenir os delitos ao invés de puni-los. Apesar de na obra de Bentham se denotar uma clara defesa da prisão³⁹², verifica-se uma grande preocupação no carácter preventivo especial da pena a fim de que os condenados reingressassem na sociedade sem constituir uma ameaça. Bentham é considerado ainda o pai do panoptismo, a ideia panóptica de que a estrutura predial de diferentes instituições como casas de inspeção, prisões e outras, podiam ter no seu centro uma torre de observação e, a partir desta se expandirem todos os seus raios para vigiar e controlar, tanto o movimento, como o comportamento das pessoas.

O *Panopticon* foi uma primeira formulação da ideia de “*Big Brother*”, que viria a ser

³⁸⁹ GONÇALVES, Pedro Correia – *A Era do Humanitarismo Penitenciário...*, p. 13.

³⁹⁰ BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos...*, p. 126.

³⁹¹ GARRIDO GUZMAN, Luis – *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa), Madrid, 1983, p. 91.

³⁹² Bentham defende um modelo prisional assente em três princípios: doçura, rigor, severidade que desaguam em três regras essenciais: a) a separação dos reclusos por sexo; b) a manutenção adequada da higiene e do vestuário dos detidos; c) o fornecimento de uma alimentação apropriada; d) a aplicação rigorosa do regime disciplinar. GONÇALVES, Pedro Correia – *A Era do Humanitarismo Penitenciário...*, p. 15.

desenvolvida mais tarde por George Orwell, no seu livro “1984”, que trata de uma sociedade totalitária e desumana que vigiava todos e cada um dos seus cidadãos.

Segundo Jeremy Bentham, o *Panopticon* apresentava uma série de virtualidades, (moral reformada, saúde preservada, indústria revigorada, instrução difundida, encargos públicos aliviados) através de uma simples ideia arquitectónica e assentes ainda num princípio de maximização da segurança através da diminuição de gastos. Foram construídos alguns edifícios prisionais de acordo com a estrutura do *Panopticon*, dos quais se destacam a *Eastern State Penitentiary* em Filadélfia, a *Pentonville Prison* em Londres e a *Millbank Prison*, também em Londres, desenhada pelo próprio Jeremy Bentham. Podemos mesmo afirmar que o *Panopticon* foi o modelo prenunciador das prisões de tipo radial, que podem hoje ser encontradas um pouco por todo o mundo.

Com efeito, o debate sobre a reforma das prisões que a princípio se instalou em âmbito local em cada nação, a partir da segunda metade do século XIX, tomou uma dimensão mundial com a organização do Congresso Internacional Penitenciário de Londres (1872), Estocolmo (1878) e Roma (1885), levando ao reconhecimento de uma nova ciência, a chamada *ciência penitenciária*. Esta passou a ser mencionada pela adoção do termo *ciência das prisões* ou *ciência penitenciária* em publicações da época, como em *Leçons sur les prisons*, *La science pénitentiaire au Congrès de Stockholm*, *Congresso Penitenciario de Stkholmo em 1878* e *The State of Prisons and of Child-Saving Institutions of in the Civilized World* de em outras obras da literatura penitenciária. É no contexto histórico das prisões modernas e num período de matizes efervescentes das ciências criminais, sociais e penitenciária que John Howard, Jeremy Bentham, Nikolaus Heinrich Julius, Alexis de Tocqueville, Gustave de Beaumont, William Crawford, Enoch Cobb Wines, Walter Crofton, Luiz Viana de Almeida Valle, André Augusto de Padua Fleury, Herbert Spencer produziram obras e relatórios sobre o estado das prisões, as formas de tratamento ao homem criminoso, enfim, sobre o funcionamento dos sistemas penitenciários.

Como bem realça GUEDES VALENTE o princípio da humanidade faz com que “se olhe para o sistema jurídico-criminal, que implica a aplicação de sanções criminais, sem olvidar a personalidade do agente do crime, sob pena de delação total da reinserção ou tratamento do delinquente”. Por outro lado, reforça o autor, “o princípio da humanidade inculca o legislador a tipificar como crime as condutas humanas negativas dignas de ocuparem o oceano do Direito Penal e adequadas às finalidades das penas e adequadas ao comando constitucional de respeito

da dignidade da pessoa humana: o legislador penal não deve esgotar-se na tipificação da pena única de prisão, mas deve estatuir penas alternativas abstratas concretamente exequíveis”³⁹³.

No campo da execução, o princípio da humanidade assume um papel de destaque uma vez que representa um dever de não opção por parte do legislador por penas degradantes, cruéis ou mesmo por penas de duração perpétua. O princípio da humanidade está diretamente conexionado ao princípio da proporcionalidade, mas também a um certo postulado racional, ou seja, a escolha do legislador deverá prostrar-se numa certa vinculação entre o tipo e a pena, que deve ser limitado e modelado a montante pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Onde, segundo o princípio da humanidade, a previsão, aplicação e a própria execução das penas, especialmente a privativa de liberdade, devem coadunar com a dignidade humana, respeitando o indivíduo e abstendo-se de práticas desumanas e degradantes. Como escreve GUEDES VALENTE, o “princípio da humanidade é o reflexo nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana, cuja afetação se verifica, desde logo, na estatuição da pena a aplicar a cada tipo de crime. O princípio da humanidade implica que a pena a aplicar tem de derivar da “absoluta necessidade, caso contrário “é tirânica” e desumana e violadora da dignidade da pessoa humana”³⁹⁴.

6. Princípios gerais do poder punitivo

6.1. O princípio da legalidade

No ano de 1764, no seu *Dei Delitti e delle Pene*, CESARE BECCARIA começa por afirmar que “somente as leis podem fixar as penas correspondentes aos delitos; e este poder só ao legislador pode pertencer, ele que representa toda a sociedade unida por um contrato social; nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode com justiça infligir penas a um outro membro da mesma sociedade”³⁹⁵.

O princípio da legalidade criminal veio estabelecer os limites de atuação do direito penal erigindo o brocardo latino que até hoje viria a tornar-se a bússola de todo o direito penal, e por consequência, da sua intervenção: *Nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia, stricta et*

³⁹³ VALENTE, Manuel Guedes – *A Ciência Jurídica como Caminho...* p. 57.

³⁹⁴ VALENTE, Manuel Guedes – *Do Ministério Público e da Polícia...*, p. 175.

³⁹⁵ BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos...*, p. 66.

scripta, que FEUERBACH enunciou.

A preocupação de FEUERBACH é notável, como elucida ROXIN³⁹⁶, não sendo despicienda a ligação que aquele opera com necessidades de prevenção geral, uma vez que é inegável o fator de intimidação originado pela previsão legal na pessoa do delinquente.

O princípio da legalidade exige assim, com referem SIMAS SANTOS e PEDRO FREITAS, “uma predeterminação normativa de condutas típicas, como também é necessária a tipificação anterior e precisa, com a suficiente concretização da descrição das penas”³⁹⁷. Neste particular, é a própria CRP que consagra no seu artigo 29.º, n.º 3, essa mesma exigência ordenando que “não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior”³⁹⁸.

Donde se perscruta que o princípio da legalidade está intimamente ligado com a teoria do contrato social sendo que tal já se encontrava expresso na obra de BECCARIA quando refere que: “(...) se cada membro particular está ligado à sociedade, esta está, da mesma maneira, ligada a todos os membros particulares através de um contrato que, da sua própria natureza, obriga as duas partes. Esta obrigação, que desce do trono à cabana, que une igualmente o maior e o mais insignificante dos homens, outra coisa não significa senão que é do interesse de todos que os pactos úteis à maioria sejam observados. A violação, ainda que de um só, é o início da permissão da anarquia. O soberano, que representa a própria sociedade, não pode fazer senão leis gerais é que todos os membros fiquem obrigados, mas já não pode julgar que alguém tenha violado o contrato social, pois então a sociedade dividir-se-ia em duas partes: uma representada pelo soberano, que afirma a violação do contrato e a outra pelo acusado que a nega”³⁹⁹.

Neste sentido, ANABELA RODRIGUES vinca a importância do princípio da legalidade, chamando a atenção para que “o princípio da legalidade, em direito penal, representou um importante antecedente do respeito devido pela pessoa do delinquente”, sendo que, dele deriva “o princípio da legalidade da execução”, uma vez que o princípio da legalidade deve prover à segurança jurídica, protegendo o indivíduo do Estado, e promova garantias durante o período

³⁹⁶ ROXIN, Claus - *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

³⁹⁷ SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho de e FREITAS, Pedro – Dosimetria da Pena: Fundamentos, critérios e limites. In *Processo e Decisão Penal: textos /Filipe Preces [et alii.], conceção e organização Jurisdição Penal e Processual Penal*. 1.ª Ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 70.

³⁹⁸ É aliás da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre a definição das penas e medidas de segurança e respectivos pressupostos, como decorre [n.º 1, al. c) do art. 165.º da CRP]. Na verdade, o art. 29.º da Constituição da República Portuguesa prescreve que:

(i) Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior;

(ii) Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam

8 expressamente cominadas em lei anterior.

³⁹⁹ BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos...*, pp. 66 e 67.

de execução da pena. Assim, como a mesma autora sustenta, reconhece-se um movimento garantístico quanto à pessoa do recluso, restituindo-lhe «a sua autêntica dimensão de ser humano: o indivíduo-recluso torna-se verdadeiro sujeito de direitos que lhe demarcam a fronteira da “humanidade”». ⁴⁰⁰

Se é verdade que aceitar o princípio da legalidade é entrever que a pena, lida no sentido de abranger a sua tipologia e gravidade, tem de estar prevista em lei antecedente, não se pode deixar de mencionar que o princípio abarca igualmente um espaço de intervenção jurisdicional – *nulla poena sine iudicio* – que pode ser vista sob um duplo sentido: o primeiro por referência a que não pode ser executada uma qualquer pena que não dimanar de uma decisão proferida por um tribunal competente, com trânsito em julgado, como expressamente decorre dos artigos 29.º, n.º 1 ⁴⁰¹ e n.º 5 e 32.º da CRP ⁴⁰² e do artigo 10.º da DUDH ⁴⁰³. O segundo sentido da intervenção jurisdicional presente no princípio da legalidade tem precisamente a ver com um espaço que é dado ao julgador a que ANABELA RODRIGUES apelida de “momento valorativo de determinação da pena” ⁴⁰⁴. O que quer dizer que neste sentido não se pode maximizar o princípio da legalidade de tal forma que se possa afirmar que o mesmo é absoluto. Concordamos por isso com a autora quando afirma: “só enquanto a lei deixa espaço de intervenção jurisdicional podem certos, *in*

⁴⁰⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda – *Novo Olhar...*, p. 67.

⁴⁰¹ O artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa, é pródigo em honrar o legado deixado por Beccaria, procedendo ao reconhecimento do princípio da legalidade criminal – Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a ação ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior, constituindo nesta medida uma das garantias previstas no Estado de Direito Democrático e que atravessa todo o ordenamento jurídico.

⁴⁰² É importante realçar que as garantias do processo criminal previstas no artigo 32.º da CRP têm imbuído o princípio da legalidade: 1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso. 2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa. 3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os atos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória. 4. Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos atos instrutórios que se não prendam diretamente com os direitos fundamentais. 5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório. 6. A lei define os casos em que, assegurados os direitos de defesa, pode ser dispensada a presença do arguido ou acusado em atos processuais, incluindo a audiência de julgamento. 7. O ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei. 8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. 9. Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior. 10. Nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa.

⁴⁰³ O artigo 10.º da DUDH (Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida) que é diretamente aplicável no ordenamento jurídico português por via do artigo 16.º, n.º 2 (Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.).

⁴⁰⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda – *A Determinação da Medida da Pena...*, p. 56.

casu, juízos, mormente os referentes à personalidade do condenado⁴⁰⁵ e ao crime concretamente cometido ser tomados em conta no momento da punição”⁴⁰⁶. O princípio da legalidade, abre, neste particular, espaço de intervenção do juiz, estabelecendo uma complementaridade judicativa que densifica o próprio princípio. Para além disso, o espaço de atuação do julgador está balizado no artigo 71.º do Código Penal⁴⁰⁷, por isso ainda que se pudesse alvitrar uma questão de suposta inconstitucionalidade, tal estaria desde logo arredado do campo de visão do intérprete. Donde, o princípio da legalidade, apesar de não assumir um carácter absoluto, comporta o “sistema da pena variável” em que se almeja dar um lugar ao julgador no processo de determinação da pena. Se por um lado não podemos ser avalistas de um sistema que vê no tipo incriminador um modelo acabado e austero de previsão legal, e portanto que apenas implementaria de forma cega penas fixas⁴⁰⁸, por outro é igualmente defensável que não se pode votar o sistema a uma indiscriminada arbitrariedade, que colheu aliás com o Correcionalismo⁴⁰⁹, absolutamente centrado na pessoa do delincente e na sua inerente

⁴⁰⁵ Quanto à questão da personalidade do agente veja-se o esclarecimento ditado no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 22.01.2013: Na determinação da medida da pena as considerações que possam fazer-se sobre a personalidade do arguido devem cingir-se à sua *personalidade revelada no facto*, de modo que seja punido pelo que fez e, não, pelo que é. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/9850779d7ea1714480257de10056fa50?OpenDocument> [Consultado em 25.07.2022].

⁴⁰⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda – *A Determinação da Medida da Pena...*, p. 56.

⁴⁰⁷ Artigo 71.º do CP: 1- A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção. 2 - Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente: a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente; b) A intensidade do dolo ou da negligência; c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram; d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica; e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime; f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena. 3 - Na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena.

⁴⁰⁸ Para o perigo de um sistema de penas fixas chama-nos a atenção Faria Costa: em termos abstratos a definição de uma pena fixa seria ainda mais redutora da complexidade, logo mais absorvente de conflitos. Mas logo explica melhor o autor que (...) se se aplicasse uma pena fixa, levando só em linha de conta a densidade cultural do mundo de hoje, que não a violação do sentido de tratar desigualmente o que é desigual, estamos crentes que o número de reincidentes subiria (aumento do conflito, aumento de complexidade). Em segundo lugar, a individualização da pena, com tudo o que congrega em seu redor, é ela própria expressão de individualidade, outro dos vectores fundamentais das sociedades modernas, cujo não reconhecimento redundaria em potenciação de conflito. (...) A irradiação da pena fixa abre a possibilidade de escolha de alternativas na aplicação concreta da pena. Neste sentido, e só neste preciso sentido, o aplicador da sanção (juiz) participa no processo, comunica, não no consenso, mas no dissenso, por isso decide, é parte, o que o torna co-responsável. Ora, este nódulo comunicativo implica a diminuição do grau de conflito, já que este tendencialmente varia de modo inverso ao número de pessoas intervenientes no processo ou que, de alguma maneira, contribuem para a decisão final. COSTA, José de Faria – *O Perigo em Direito Penal*, Reimpressão, Coimbra Editora, 2000, pp. 113 e 114 (nota de rodapé n.º 72).

⁴⁰⁹ A génese do Correcionalismo pode ser encontrada na obra *Comentatio na poena malum esse debeat* de Carlos Röder, publicada em 1839. A sua obra tem como temática principal o desenvolvimento do altruísmo e da piedade. A pena para Röder deveria ser aplicada como meio de correção moral, ou seja, aquele que viola uma norma penal desvia-se do bom caminho de modo que a aplicação da pena é necessária para que o desvio seja corrigido. Foi em Espanha que o Correcionalismo teve os seus maiores cultores, tais como Giner de los Ríos, Romero Giron, Alfredo Calderón, Rafael Salillas, e mais recentemente, Luis Jiménez de Asúa. Esta Escola encontra-se entre as adeptas

recuperação, uma brecha para o reforço da indeterminação das penas, mote para a implementação das ideologias do tratamento.

Por outro lado, e certamente não menos importante, o princípio da legalidade espraia-se na concessão de um leque de outras garantias que protegem o cidadão da *potestas* punitiva do Estado. O que significa necessariamente que a lei que incrimina tem de ser prévia e certa e estar positivada na lei.

O princípio da legalidade, cuja primeira previsão constitucional em Portugal se deu na Constituição Portuguesa de 1822, em que foram consagrados os princípios ligados aos ideais liberais da época como a separação de poderes, igualdade jurídica e respeito pelos direitos pessoais, foi orientada, como nos lembra FARIA COSTA a propósito da obra de Cesare Beccaria, “para temas como os da “igualdade entre os homens”, no sentido substancial, “a única que é capaz de garantir a verdadeira liberdade dos cidadãos, a única – porque também crisol dos outros dois grandes valores – que mais se avizinha de uma ideia material de justiça”⁴¹⁰, então importa assegurar que nos dias que correm o princípio da legalidade criminal encontre a mais plena concretização possível.

6.2. O princípio da dignidade da pessoa humana – da necessidade de humanidade

O artigo 1.º da Lei Fundamental Portuguesa inaugura-se com o primado pela da preservação da dignidade da pessoa humana: “Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. A base, portanto, de cada Estado e em especial de o português deve ancorar-se nesta ideia que erige cada ser humano a uma espécie de pedestal garantístico,

das teorias relativas da pena, uma vez que, para seus pensadores, a pena teria como função principal a correção ou melhora do indivíduo para que ele se emende e não venha a (re)incidir na prática de condutas criminosas. A pena, portanto, não se justifica por si mesma (como quisera Kant, ao colocá-la como uma derivação do imperativo categórico que nós, moralmente, não poderíamos deixar de observar), mas sim por ser um instrumento útil a determinado fim, qual seja o de fazer cessar no agente o impulso motivador de sua conduta reprovável e torná-lo apto ao convívio social. Assim, percebe-se que a pena tinha em vistas uma preponderância de prevenção especial. A Escola Correcionalista tem como primeira peculiaridade o fato de ter reunido sob seus ideais tanto os adeptos do naturalismo causal determinista (proximidades com a Escola Positivista), quanto do livre-arbítrio (proximidade com a Escola Clássica), uma vez que, mesmo nunca tendo chegado a um consenso sobre quais seriam as causas que impulsionam o indivíduo ao cometimento de um crime, todos eles compartilham da mesma premissa: o delinquente é um ser débil.

Portanto, neste sentido envida-se uma verdadeira ideologia de tratamento, referem Figueiredo Dias e Costa Andrade, e que mais tarde iriam dar lugar a posições bastante extremadas no que se refere às teorias de prevenção especial, que culminariam com movimentos assentes na retribuição, *just deserts*.

⁴¹⁰ FARIA COSTA, José de - *Ler Beccaria hoje*. Apud BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos...*, pp. 6 e ss.

desenhando-se em sua orla uma constelação de direitos que acompanharão a pessoa na sua vida em sociedade proporcionando-lhe um bem-estar intrínseco e extrínseco.

O princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana afirma-se como uma imposição para o Estado, um dever de *facere*, que se traduz no reconhecimento do indivíduo como um fim em si mesmo, que se giza em torno de quatro aspectos apontados por SARLET⁴¹¹ para a concretização da tutela da dignidade da pessoa humana: a) a dimensão da proteção da integridade física da pessoa, que pretende aqui salvaguardar a proibição de imposição de pena de morte, tortura ou penas de natureza corporal; b) a garantia de condições de vida “justas e adequadas”, realçando os direitos sociais ao trabalho, segurança social, que contribuem para a sustentação de uma vida equilibrada e de condições para uma vida digna; c) a garantia da isonomia (vedação da escravidão, da discriminação, de perseguições e outros tratamentos discriminatórios; d) garantia da identidade pessoal, através da manutenção da autonomia e integridade intelectual para um livre desenvolvimento da personalidade, traduzindo-se nos direitos de liberdade de consciência, de pensamento, tutela da intimidade, honra e esfera privada.

A pena, a punição e todo o sistema punitivista, que agrega de forma central a fase executiva da pena, e que se assume essencial para a definição de uma política criminal humanista, está imbuída deste princípio, donde depois se desagregam uma série de direitos que constam do cardápio da pessoa condenada, desde o momento que ingressa no sistema até dele sair.

Arelado ao princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se o princípio da humanidade. Este princípio afirma-se a partir do século XVIII, já depois da Revolução Francesa, e, com a influência do movimento iluminista, o Direito Penal humaniza-se, consolidando-se a pena privativa de liberdade consolida-se como forma de punir, sendo uma alternativa às chamadas penas excessivamente aflitivas⁴¹². A Declaração dos Direitos do Homem da Virgínia, de 1776, é de facto o ponto de viragem e matéria de humanização das penas, vetando a aplicação de penas cruéis e desumanas, dando início a uma era de

⁴¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang – *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª. Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pp. 104-105. *Apud* OLIVEIRA, Rodrigo Moraes – *Juízo e Prisão: Ativismo Judicial no Brasil e nos EUA*. Porto Alegre: Boutique Jurídica Editora, 2018, pp. 225-226.

⁴¹² MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio - Principios penales en el estado social y democrático de derecho. In *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 1, 1991, pp. 286-289.

universalização dos direitos humanos⁴¹³, estabelecendo-se o ser humano como dotado de direitos inerentes à sua condição humana.

Como atesta GUSTAV RADBRUCH “não cabe dúvida de que a revisão dos problemas fundamentais do direito penal sob o signo da ideia de humanidade será uma das missões mais importantes deste ramo da ciência do Direito no futuro”⁴¹⁴.

Muito embora o princípio da humanidade não tenha correlativo expresso no normativo constitucional, a verdade é que é um princípio estruturante que perpassa todo o espírito da Constituição e conduz o ordenamento jurídico, limitando a ação estatal, reconhecendo um núcleo indquebrável de direitos às pessoas que o Estado Democrático assente na dignidade da pessoa humana. Como lembra LUIGI FERRAJOLI “isto quer dizer que mais além de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental à qualidade e à quantidade da pena”, e aí está fundado “o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infamantes e, por outro lado, da cadeia perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente longas”⁴¹⁵. Desta forma, o princípio da humanidade apresenta duas consequências práticas, sendo que a primeira se refere às espécies de penas permitidas e proibidas no ordenamento jurídico e, bem assim, ao seu modo de execução, e a segunda atine às finalidades que se pretendem alcançar através das sanções criminais.

⁴¹³ Surge, então, no Direito Internacional, o primeiro conjunto de normas, tanto consuetudinárias quanto convencionais, que proíbem a tortura e quaisquer penas ou tratamentos desumanos, degradantes ou cruéis após o século XVIII, como são exemplo as Convenções de Haia, de 1899 e 1907 que dispuseram sobre crimes de guerra, a terceira Convenção de Genebra, de 1929, dispondo sobre Direitos Humanos Internacionais, estabeleceu uma proteção geral aos prisioneiros de guerra enfatizando a dignidade e o tratamento humano devido a estes prisioneiros. Em 1945, cria-se a Organização das Nações Unidas, cujo objetivo era a busca da paz, da cooperação e solução dos problemas internacionais, erigindo o respeito ao ser humano e a sua dignidade como a base da nova ordem jurídica internacional. Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, reconheceu que a dignidade inerente a todo ser humano é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Vários outros pactos e convenções internacionais foram assinados proibindo as penas e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, além de estabelecerem a tortura como um delito internacional, impondo aos Estados o dever de reprimi-la. A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, também conhecida como Convenção Europeia de Direitos Humanos, datada de 1950, teve o objetivo de aplicar e efetivar os direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e que trouxe a inovação de no seu Protocolo n.º 6, relativo à abolição da pena de morte, estabelecendo, em seu artigo 1.º, a abolição da pena de morte, não podendo mais esta ser aplicada ou executada nos países que ratificarem este protocolo. Adotado em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos realçou os direitos que devem ser resguardados pelos Estados e que são decorrentes da dignidade inerente à pessoa, cujo reconhecimento é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Em 1984, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes com o objetivo de tornar mais eficaz a repressão destes comportamentos, estando em linha com o artigo 5.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e com o artigo 7.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

⁴¹⁴ RADBRUCH, Gustav – *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Apud OLIVEIRA, Rodrigo Moraes – *Juízo e Prisão...*, p. 236.

⁴¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Apud OLIVEIRA, Rodrigo Moraes – *Juízo e Prisão...*, p. 242.

Este princípio como assevera GUEDES VALENTE, «impõe a defesa e a efetividade de uma ordem jurídica centrada no “rosto humano”»⁴¹⁶. É por este motivo que o princípio da humanidade do ponto de vista do sistema jurídico-penal, deve estender-se à execução da pena que se giza em torno do indivíduo recluso, objeto de sanções criminais. Ainda como atesta GUEDES VALENTE “o princípio da humanidade, como princípio regente da ordem jurídica que se inscreva no caminho da afirmação e valoração do ser humano, é o reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana (...). Esta dimensão de humanidade expressa-se com profundidade no sistema jurídico penal integral: direito penal material, processual e penitenciário”, sendo precisamente nesta última dimensão que o mesmo se projeta⁴¹⁷. Mas não só.

O princípio da humanidade deve projetar-se também, e sob o ponto de vista material, na previsão das penas, ou seja, na norma legal. Isto quer dizer que o legislador ao prever uma determinada sanção penal, deve modelar a sua opção de acordo com o princípio da humanidade. Decidir pela bondade da previsão de uma determinada pena ancorada à proteção de um determinado bem jurídico implica reconhecer que o exercício de tipificação criminal deve extirpar qualquer pena cruel, de caráter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida. Como realça DAMIÃO DA CUNHA, “tanto a proibição da pena de morte, como a da prisão (ou sanção criminal) de caráter perpétuo inserem-se numa tradição portuguesa de humanitarismo no programa político-criminal”⁴¹⁸.

No plano da execução das penas, o princípio da humanidade vincula duplamente o legislador penal, isto é, por um lado rejeita a opção por penas de caráter indeterminado ou de caráter perpétuo e, por outro, evita a redução do recluso a não-pessoa, sob pena de o direito penal se desvincular da sua utilidade político-criminal⁴¹⁹, o que impõe ao Estado de Direito Democrático a criação de condições humanas dignas na execução da pena ou medida privativa

⁴¹⁶ VALENTE, Manuel Guedes – A Ciência Jurídica como caminho de afirmação e valoração do ser humano. In *Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, Volume 4, n.º 1, Janeiro-Dezembro de 2013, p. 56.

⁴¹⁷ VALENTE, Manuel Guedes – A Ciência Jurídica como caminho..., p.56. Como delineia o autor, “o princípio da humanidade é uma consequência da constitucionalização do exercício dos poderes – político-legislativo, judicial e executivo – e a positivação das normas garantes dos direitos e deveres dos seres humanos inseridos em uma comunidade”.

⁴¹⁸ CUNHA, Damião – Art. 30.º - Limites das Penas e das Medidas de Segurança. In MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui - *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 334. que à prisão perpétua, para este efeito, equivalem as sanções que, pela largueza da sua duração (p. ex., 40 ou 50 anos, acrescentamos nós), na prática a tal correspondem. O fundamento encontra-se, para o autor, na “tradição portuguesa de humanitarismo no programa político-criminal”.

⁴¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María – *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: JMB, 1992, p. 70. O autor refere a este propósito da doutrina do funcionalismo moderado de Claus Roxin, concluindo que a concepção de Roxin representa a humanização através da política-criminal, tendo como objetivo principal a proteção dos bens jurídicos como finalidade do Direito Penal, sendo que a sua teoria oferece acolhimento a valores e princípios garantistas ao configurar o sistema da dogmática jurídico-penal e do Direito Penal.

da liberdade. O recluso é um ser humano privado de várias liberdades, devido ao estado de *capitis deminutio* a que está votado.

O princípio da humanidade determina ao legislador que produza instrumentos jurídicos em geral e jurídico-criminais em particular para que os operadores judiciais atuem imbuídos pelo respeito pela dignidade da pessoa humana e, por isso, criem uma ordem jurídica legítima e válida, modeladora da norma, sob pena da ordem jurídica ser dotada de, como refere HABERMAS “fraqueza cognitiva” e respetiva “fraqueza motivacional” por excesso de indeterminação⁴²⁰.

São múltiplas as refrações do princípio da humanidade e podemos afirmar que a política criminal portuguesa tem assentado num postulado humanista, o qual, aliás, é responsável pela preservação dos direitos fundamentais, através do direito penal, em especial da pena, se e quando usada numa perspetiva preventiva, quer geral, e portanto, para a defesa da sociedade dela própria, quer especial, agindo sobre a pessoa do delinquente para que este se recupere e “regresse” ao seu entorno social sem o desiderato de praticar mais crimes.

A construção jus-filosófica kantiana⁴²¹ baseada na ideia de que o *ser humano é um fim em si mesmo* conduz-nos a adotar a posição de que a ciência jurídica deve, no foro criminal, não só não ignorar como ainda focar-se no *princípio da recuperação ou ressocialização ou do tratamento do delinquente*⁴²², como expressão de reconhecimento de dignidade de cada um tem na relação intersubjetiva com o outro, como um dever que será expresso pelo imperativo categórico de exigência da moral e um pressuposto para agir moralmente.

6.3. O princípio da fragmentariedade

O princípio da fragmentariedade ou também conhecido como princípio da intervenção mínima traduz-se no facto de que o Direito Penal apenas deve intervir em certas e determinadas situações, que devem estar previstas na lei. Este princípio, à semelhança de outros, integra o rol de princípios limitadores do *ius puniendi*, que constituem a base normativo-constitucional

⁴²⁰ HABERMAS, Jürgen – *Direito e Moral*. (Tradução do alemão *Recht und Moral (tanner Lectures 1986)* aus «*Faktizität und Geltung Beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratischen rechtsstaates*» de Sandra Lippert). Lisboa: Piaget Editora, 1999 e, também, VALENTE, Manuel Guedes – *A Ciência Jurídica como caminho...*, p.58.

⁴²¹ Cf. KANT, Emmanuel – *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, 2003, pp. 69-72. Esta é também a posição sufragada por Guedes Valente em Manuel Monteiro Guedes – *A Ciência Jurídica como caminho...*, p.58 e 59.

⁴²² MOURA, José Souto de – *Alternativas à Pena de Prisão*. In *Direito ao assunto*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 123. *Apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *A Ciência Jurídica como caminho...*, p.58.

herança da Revolução Francesa e dos ideais iluministas. Embora o princípio da intervenção mínima tenha sido teorizado por MUÑOZ CONDE⁴²³, já muito antes, no século XVIII, MONTESQUIEU, defendia que “quando um povo é virtuoso, precisa de poucas penas”⁴²⁴. À semelhança, Cesare Beccaria, ao posicionar-se quanto às penas adotadas pela tradição cristã, referia que “as penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza”⁴²⁵. Recordemos que Beccaria ofereceu a densidade jurídico-filosófica ínsita à construção do princípio da intervenção mínima, procurando estabelecer os limites entre a justiça humana e a divina demarcando a utilidade social da pena, afastando quaisquer conotações de vindicta.

VON LIZST defendia na sua teoria dos fins da pena, que para castigar um comportamento, deve haver necessidade, ou seja, devem ser apenas previstas penas criminais no caso de não existirem outras sanções ou medidas previstas para a proteção do bem jurídico afetado. O direito, na conhecida teorização de JELLINEK⁴²⁶, não é nem pode ser o máximo mas apenas o mínimo ético, donde, o direito penal deve ser então o mínimo do mínimo. Esta é a força da ideia de fragmentariedade do *ius puniendi*”⁴²⁷.

Apesar do princípio da reserva de lei impor limites e ditar a prévia tipificação dos ilícitos criminais e das penas não impede que, ainda assim o Estado, possa criar tipos penais desajustados. O conceito de pena previsto nos primeiros textos constitucionais formulado por vários filósofos e penalistas, como Montesquieu, Beccaria ou Bentham alertavam já para as “penas inutilmente excessivas”⁴²⁸.

⁴²³ MUÑOZ CONDE, Francisco – *Introducción al Derecho penal*. Barcelona, Bosch, 1975, pp. 58-97. Esta teorização surgiu em 1975, ano em que o autor desenvolveu as primeiras noções do princípio da intervenção mínima. Também MIR PUIG, em meados dos anos setenta, sustentou que os fundamentos do Estado de Direito democrático congregavam um razoável número de limitações formais e materiais ao poder legislativo, ao poder judicial e ao poder de execução de penas.

⁴²⁴ MONTESQUIEU, Charles de – *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 94.

⁴²⁵ BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos...*, p. 65. No mesmo sentido, também Von Lizst no seu Programa de Marburgo, em 1882, refere que “não se pode conceber mais grave ofensa à ideia de fim do que o emprego perdulário da pena, do que a aniquilação das condições físicas, éticas e económicas de um cidadão, quando ela não for irrecusavelmente exigida pela Ordem Jurídica.”

⁴²⁶ A teoria do mínimo ético foi desenvolvida pelo jurista Georg Jellinek (1851-1911) e aperfeiçoada por Jeremy Bentham (1748-1823). Essa teoria consiste na ideia de que todas as normas jurídicas são normas morais. Desse modo, considera-se que as normas morais mais relevantes para a sociedade são transformadas, pelo Estado, em normas jurídicas. Assim o direito representa apenas o mínimo de preceitos morais necessários para que a sociedade possa viver em harmonia. A Teoria do Mínimo Ético pode ser representada graficamente a partir de dois círculos concêntricos no qual o maior representa a moral e o menor o direito. Esta ideia de círculos concêntricos é proveniente de Bentham, que restringe o direito àquele círculo onde se aplicam penas materiais, salientando que as mesmas só devem existir para os casos em que o bem resultante da aplicação das mesmas for maior que o mal que as mesmas provocam. Porque o mal produzido pelas penas é uma *despesa* que o Estado faz, tendo em vista um *lucro*, o desaparecimento dos crimes.

⁴²⁷ COSTA, José de Faria – *Beccaria e o Direito Penal...*, p.35.

⁴²⁸ FERRAJOLI, Luigi – *Direito e Razão...*p. 317.

Se é verdade, como sustenta BINDING, “que «o Direito Penal não constitui um “sistema exaustivo” de proteção de todos os bens jurídicos do indivíduo, mas representa um “sistema descontínuo” que criminaliza ilícitos em razão da indispensabilidade da proteção jurídico-penal»⁴²⁹, então, o sistema punitivo deve utilizar um arsenal de sanções específicas, a serem apenas aplicadas como *ultima ratio*.

Vejamos, no entanto, como hodiernamente o princípio da fragmentariedade e a sua *ratio* inicial (intervenção mínima por parte do Estado e limitação do seu *ius puniendi*), ganham uma nova significação aquando da análise das finalidades atribuídas à pena e a crise que vem atravessando esta temática.

Se as teorias retributivas ou absolutas entendem que a pena é um fim em si mesmo, um castigo que visa a retribuição de um mal, as teorias preventivas ou relativas têm o fito de prevenir novos crimes. Não obstante, é nas teorias relativas que o princípio da intervenção mínima poderá ganhar maior relevo, pois, na vertente da prevenção especial positiva, cuja finalidade é a ressocialização, verificamos que, no plano prático, a pena privativa de liberdade só em alguns casos ressocializa, sendo que muitas vezes o que se alcança é apenas a “dessocialização”.

Assim, ante a indisputada incapacidade do Direito Penal na resolução de problemas sociais que se lhe colocam, não se pode admitir a sua aplicação senão sob o princípio da intervenção mínima.

6.4. O princípio da segurança jurídica

Aliado ao princípio da intervenção mínima o princípio da segurança jurídica está intimamente ligado com o próprio poder de punir do Estado. Neste sentido, o poder de punir do estado corresponde a uma ação e ao seu resultado. Uma ação implica a violação de um bem jurídico e o resultado transporta consigo um inerente desvalor. O princípio da segurança jurídica traduz a ideia de que, o direito penal ao exercer o seu papel de controlo na sociedade, necessita estabelecer leis e normas que sejam aptas a transmitir um sentimento preventivo e ao mesmo tempo um sentimento repressivo.

Na verdade, a vida num Estado de Direito Democrático terá de estar ancorada, necessariamente, nos princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança. O princípio

⁴²⁹ JESCHECK, Hans H. – *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1981, v. 1, p. 73.

da segurança jurídica, enquanto implicado no princípio do Estado de Direito Democrático, comporta a ideia da previsibilidade que, no essencial se “reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos”⁴³⁰.

Daí que a realização e efectivação do princípio do Estado de Direito, no quadro constitucional, imponha que seja assegurado um certo grau de calculabilidade e previsibilidade dos cidadãos sobre as suas situações jurídicas, ou seja, que se mostre garantida a confiança na actuação dos entes públicos. É, assim, que o princípio da protecção da confiança e segurança jurídica pressupõe um mínimo de previsibilidade em relação aos actos do poder, de molde a que a cada pessoa seja garantida e assegurada a continuidade das relações em que intervém e dos efeitos jurídicos dos actos que pratica.

GOMES CANOTILHO enfatiza que “a segurança jurídica está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e de realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico”⁴³¹.

O princípio da segurança jurídica contém de um ponto de vista abstrato o desiderato de

⁴³⁰ Cfr. Ac. STA de 18/05/2022. Disponível *online* em:

<https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/3889aeb0ca4ad8138025885a0037a110?OpenDocument&ExpandSection=1> [Consultado em 14/02/2025].

⁴³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a edição, Reimpressão, 2021, p. 257. Neste sentido importa também recuperar o pensamento de Hans Kelsen, que vazado na ideia de que um estado que não ofereça aos cidadãos um ordenamento jurídico seguro e previsível, não poderá ser um verdadeiro Estado de Direito: “se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um Estado de Direito, essa expressão representa um pleonismo. Porém, ela é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado sabaquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica”. KELSEN, Hans – *Teoria Pura do Direito*. 5.^a Ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 346.

assegurar a finalidade de prevenção geral positiva, quando lido dentro daquilo que são as finalidades da punição. A devolução de uma ideia de confiança que está inerente ao espírito do princípio concorre para trespassar uma ideia pedagógica ínsita à lei. Por um lado, ao ser determinada e inscrita uma pena num determinado tipo legal, estipula-se um limiar mínimo de creditação intra-normativa e extra-normativa. O que quererá dizer que os efeitos ambicionados pela norma têm desde logo uma força interna que é auto-impositiva, isto é, a norma penal tem um valor intrínseco próprio. Por outro lado, a norma carrega consigo também uma força externa, com repercussão na vida social e comunitária. A segurança jurídica joga-se, portanto, nesta dupla face apresentada.

Mas o princípio também se pode esgrimir numa política criminal cujos critérios gerais se ancorem na ideia de segurança jurídica, dado que a “legalidad sustancial, proporcionalidad y subsidiariedad constituyen los criterios de valor desde los cuales ha de realizarse una opción general políticocriminal”⁴³². Por outro lado, como sublinha CLAUS ROXIN, sustentando como ponto de partida uma política criminal que parta da ideia de segurança jurídica, «mientras que al Derecho penal, en el sentido jurídico de la palabra, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al ataque del "Leviathan" del Estado»⁴³³. Ora esta igualdade de aplicação assenta também na ideia de que o princípio da segurança jurídica deflui da ideia de se gerar a necessária tranquilidade aos cidadãos, perante as ações do Estado, no sentido de não sofrerem surpresas nem mudanças repentinas na ordem jurídica à qual estão submetidos, i.e., o cidadão não pode ser surpreendido com uma pena não permitida na ordem jurídica.

6.5. Princípio da culpa (bilidade)

O princípio da culpa ou da culpabilidade emerge de um ponto de vista constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, deverá ser enxergado como a pedra de toque de toda a ciência penal ou como o aborda FARIA COSTA “o princípio da culpa revela a ideia forte de reprovação individual como estrutura fundante consentânea com os mais lúdicos valores, quer individuais, quer comunitários consagrados na ordem jurídica”⁴³⁴. Deste modo, o

⁴³² RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga – *Política Criminal*. Editorial Colex, 2001, p. 177.

⁴³³ ROXIN, Claus – *Política Criminal y sistema del derecho penal*. Traducción e Introducción de Francisco Muñoz Conde, 2.ª edición, 1.ª reimpresión, Colección Claves del derecho penal, volumen 2. Editorial Hammurabi Srl, 2002, p. 32.

⁴³⁴ COSTA, José de Faria – *Direito Penal*. 1.ª Ed., Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2017, p. 357.

princípio da culpa assume um pendor sociológico importante que expressa rigor e segurança jurídica e, por essa via, é penhor da paz social e criadora de um espaço de responsabilidade.

No preâmbulo do Código Penal podemos desde logo encontrar a relevância dada à culpa, erigida como um dos princípios basilares que assenta na compreensão de que toda a pena tem de ter como suporte axiológico-normativo uma culpa concreta. O princípio *nulla poena sine culpa*, como ensina FIGUEIREDO DIAS: “ 1) serve finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial; 2) a pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa; 3) dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto óptimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico; 4) dentro desta moldura de prevenção geral de integração a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa ou de intimidação ou segurança individuais”⁴³⁵.

O art. 40.º, n.º 2 do CP ao estabelecer que: “Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa”, pressupõe que, em caso algum, pode haver pena sem culpa ou acima da culpa, ancorando-se esta máxima na fundamentação de que o princípio da culpa não alimenta qualquer concepção retributiva da pena, mas antes se estriba no princípio da inviolabilidade da dignidade da pessoa. E, como reforça aquele autor “é precisamente esta circunstância que permite uma correcta incidência da ideia de prevenção especial positiva ou de socialização”⁴³⁶.

No horizonte ilimitado que representa a criminalidade, e, em especial, a criminalidade organizada e altamente organizada, a culpa deve ser analisada sempre desdo o óculo do fundamento e limite do poder de punir, que é o pêndulo político-criminal de um qualquer Estado de Direito. Como assevera GERMANO MARQUES DA SILVA, o princípio da culpa “é um juízo de censura do agente por não ter agido em conformidade com o dever jurídico embora tivesse podido conhecê-lo, motivar-se por ele e realizá-lo”⁴³⁷.

O juízo de culpa(-bilidade) baseia-se na existência de uma actuação livre por parte do agente, e, ao mesmo tempo, consciente e voluntária, na medida em que se parte do princípio de que a sua actuação é dominada pela vontade. E, por isso, a culpa pressupõe um domínio indevido

⁴³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal – Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*. Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito, 1996, p. 121.

⁴³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal Português – Parte Geral, Tomo II, As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra Editora, 2009, p.121.

⁴³⁷ SILVA, Germano Marques – *Direito Penal Português, Parte Geral III – Teoria das Penas e das Medidas de Segurança*. Editora Verbo, 2008, p.

dessa vontade livre, e por inerência uma liberdade de decisão e de actuação: a liberdade de o agente se determinar de acordo com o dever ser jurídico.

Como refere MIGUEZ GARCIA, “admite-se correntemente que a culpa é censurabilidade. Com o desvalor da sua atitude dirige-se a censura ao autor do facto por ele não ter actuado de acordo com o direito, por se ter decidido pelo injusto, embora se pudesse ter comportado de outra forma, podendo ter-se decidido pelo direito. O fundamento interno do “juízo da culpa” radica em que a pessoa é posta, de forma livre e responsável, numa posição de autodeterminação ética e por isso mesmo capaz de se decidir pelo direito e contra o ilícito.”⁴³⁸

Desta forma, podemos concluir que o princípio da culpabilidade está intimamente ligado a exigências de prevenção geral pois um direito penal que se reja pelo princípio da culpa pode ter como fim último a função de orientação cultural de um povo (prevenção geral positiva), na medida em que se se apela à vontade da pessoa para que se comporte de acordo com os ditames do direito pressupõe-se a sua capacidade de autodeterminação.

6.6. Princípio da Ressocialização

Parece-nos bastante retilínea a asserção de que a punição se escoa por meio de uma sanção, quer seja privativa da liberdade ou não. E, com efeito, a punição não é apenas exclusiva do crime⁴³⁹. A sua densificação vai adquirindo vários significados tendo-se observado com o advento da pós-modernidade um endurecimento do sistema punitivo. Esta ideia de perigo permanente que vem impregnando a sociedade e que se subsume à liquefação e consequente multiplicação de riscos leva a uma clara opção político-criminal de timbre repressor e controlador⁴⁴⁰.

Pese embora as sucessivas inovações que modelaram a política criminal pelo menos no último quadro do século XX, nos primórdios da democracia portuguesa, o quadro do sistema

⁴³⁸ GARCIA, Miguez M. – *Anotação ao artigo 20.º, Código Penal Parte Geral e Especial (com Notas e Comentários)*. 3.ª Edição, Almedina, 2018, pp. 187 e ss.

⁴³⁹ Como bem refere Augusto Jobim do Amaral, a punição desempenha uma função social complexa. Castigos não foram feitos apenas para sancionar, servem também para manter e bem aperfeiçoar os próprios mecanismos punitivos e suas funções. MORAIS DA ROSA, Alexandre e JOBIM DO AMARAL, Augusto – *Cultura da Punição: A Ostentação do Horror*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2014, p. 14.

⁴⁴⁰ A questão do controlo desempenha hodiernamente um papel central, naquela que é a cultura do perigo que se arvora em dispositivos de controlo, como por exemplo o panoptismo, e que evolui na modernidade para uma sociedade disciplinar que é dominada por dois polos: o indivíduo vs a massa. O indivíduo surge moldado segundo individualidade pelo poder que o pastor emana com palavras de ordem. Por isso as sociedades de controlo o indivíduo passa de ter uma assinatura para um número. Na nossa nova pele informática, vemo-nos falando em trocas flutuantes, necessariamente, surfando freneticamente na rede em órbita nesta maneira diferente de viver a relações com outrem. MORAIS DA ROSA, Alexandre e JOBIM DO AMARAL, Augusto – *Cultura da Punição...*, p. 31.

de justiça criminal, com especial foco no sistema de execução penal e o subsistema prisional em particular não acompanhou a tendência de crescimento da criminalidade. A capacidade prisional da década de 80, de cerca de 28%, passa a sobrelotação em 1985, cerca de 114%, passando Portugal a deter um sistema de justiça criminal totalmente incapaz de dar resposta ao crescimento da criminalidade.

Esta tendência tem um desenlace muito premente na forma como se desenha a punição em ação, ou seja, na forma como se escolhe o cardápio punitivo em ordem a punir de acordo com as exigências que se fazem sentir dentro de um determinado momento histórico.

Se a política criminal deve ser o alfa e o ómega da legitimação da intervenção penal que é, a montante, pontificada e delimitada pelos princípios gerais de direito, e, se não podemos aceitar a retribuição como caminho apto a erradicar os males do homem recluso, premissa defendida por JOHN RAWLS, para quem “a perspectiva retributiva ocorre quando a punição é justificada pelo fundamento da transgressão merecer punição”⁴⁴¹, então a opção apenas pode ser a da via da ressocialização do condenado.

ZAFFARONI cunhou as várias formas de intervenção no domínio da prevenção especial positiva como ideologias “re”⁴⁴², isto é, remetendo para as ideias de ressocialização, recuperação, reintegração, reinserção, repersonalização, etc.

O artigo 40.º do CP, no que diz respeito às finalidades das penas, esboça aquilo que FIGUEIREDO DIAS descreve como “o preceito que consubstancia de forma exata, o paradigma penal das sociedades democráticas industriais do fim do século XX”⁴⁴³. Aí se estabelece que o fim almejado com a aplicação de uma pena é a reintegração do agente na sociedade.

Mas, afinal perguntamos nós: que funções desempenha a prisão nos dias de hoje? Afinal a ligação entre a sanção e a refracção na figura da prisão andam *pari passu* com o entendimento da (perda da) eficácia da lei. Ora, se por um lado, a eficácia anda de mãos dadas com o efetivo respaldo da lei no campo em que se projeta, por outro, esse espectro de projeção enfrenta um significado meramente marginal e não absoluto. A prevenção geral entrou num relativo colapso em que “o criminoso age em regra no pressuposto da impunidade. (...) As prisões, estando longe de um hotel de cinco estrelas, já não despertam um pavor que justificavam no tempo de Charles

⁴⁴¹ RAWLS, John – *Two Concepts of Rules*. The Philosophical Review. Vol. 64, n.º 1 (Jan), 1955.

⁴⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et al. *Apud* OLIVEIRA, Rodrigo Moraes – *Juízo e Prisão...*, p. 245.

⁴⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo – O Direito Penal entre A sociedade industrial e a Sociedade do Risco. In *Estudos em Homenagem ao Professor Rogério Soares*, Studia Iuridica 61, Coimbra Editora, 2001, p. 584-585.

Dickens e as finalidades de ressocialização de que, ao nível da prevenção especial, as penas se revestem, estão longe de ter justificado as esperanças que depositámos nelas”⁴⁴⁴.

Mas como operacionalizar e ajustar os pontos convexos da eterna questão ressocializadora segundo os ditames da prevenção especial positiva concatenados no artigo 40.º do CP?⁴⁴⁵ Ou, dito por outras palavras, estarão os fins das penas, tal como estipulado na lei, em aparente duelo com uma política criminal mais endurecida e menos garantista? Se é certo que os crimes de jaez organizado, com tendências transnacionais, se encontram no topo das prioridades de política criminal, quer ao nível da prevenção, como ao nível das prioridades de investigação⁴⁴⁶, a verdade é que paira ainda uma sombra sobre a própria execução da pena, campo árido e multiforme, carecido da eficácia da ciência penal global que nesta fase encontra a sua *ratio* legitimadora.

Aliás, as alegadas boas intenções consagradas nas grandes orientações de política criminal para o biénio de 2020-2022, quanto à prevenção da reincidência institucionalmente atribuída à Direção-Geral dos Serviços Prisionais, esbarram com a malograda ineficácia e desajustamento da instituição penitenciária face ao *quantum* interventivo pós-sentencial que a criminalidade organizada reclama.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ fala-nos da prevenção terciária que se refere diretamente à população reclusa e tem por fim a prevenção da reincidência. Para a autora o que é central é trabalhar a assistência pós-penitenciária apoiando o recluso com medidas económicas e sociais

⁴⁴⁴ SANTOS, António de Almeida – *Novo Mundo, Novo Crime...*, p. 358. Acrescenta o autor: Uma coisa é certa: definido novo crime (leia-se o novo inimigo) (...) as respostas clássicas não intimidam nem o incomodam. E eu não me resigno à perspetiva de um Mundo económica e politicamente comandado, a mais ou menos curto prazo, pelo espírito do mal, que é como quem diz pelos senhores do crime organizado. Impõe-se, pois, uma reação saudável, que não pode ficar confinada aos primores da criminalística, nem ao fundamentalismo garantístico dos Estados de Direito - involuntários aliados objetivos dos senhores do crime - nem ao artesanato policial do passado, nem a perfeccionismo formal dos clássicos sistemas de processo, nem aos intocáveis sistemas judiciais personalistas e roneiros, nem à territorialidade dos sistemas jurídicos, nem à obsolescência de prisões que inclusive se chamam ainda penitenciárias, a lembrar o tempo em que a pena era uma verdadeira penitência, forma entre outras de ganhar o Céu!. *Idem*, p. 365.

⁴⁴⁵ O artigo 40.º, n.º 1 do C.P. refere o seguinte: A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. Já o preâmbulo do Código Penal de 1995 (alterado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março) colocava em destaque o ideário humanista podendo ler-se a este propósito: A realização dos ideais de humanidade, bem como a reinserção social assinalados, passam hoje, pela assunção do recluso como sujeito de direitos ou sujeito de execução, que o princípio do respeito pela sua dignidade humana aponta de forma imediata. Assinala-se, portanto, um decisivo movimento de respeito pela pessoa do recluso que, reconhecendo, a sua autonomia e dimensão como ser humano, assaca à sua participação na execução um relevantíssimo papel na obra de inserção social, em que não só a sociedade como também o recluso são os primeiros interessados.

⁴⁴⁶ Assim estabelece a Lei n.º 55/2020, de 27 de agosto, que define os Objetivos, prioridades e orientações de Política Criminal para o biénio de 2020-2022, em cumprimento da Lei n.º 17/2006, de 23 de maio, que aprova a Lei-quadro da Política Criminal. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/141259621/details/maximized> [Consultado em 05.09.2020].

a fim de o incentivar na sua reinserção social⁴⁴⁷. Por outro lado, acompanhamos Figueiredo Dias quando refere que “não são tanto os delinquentes que devem ser “reeducados” quando sobretudo a sociedade punitiva – que vale dizer, a sociedade classista, burguesa e capitalista – que deve ser (revolucionariamente) transformada”.⁴⁴⁸

A justificação da prisão é muitas vezes encarada como uma forma de resolver problemas nocivos. E olha-se para a origem dessa nocividade que é o homem delinquente como o epicentro do drama ignorando que o problema, em demasiados casos não se concentra no condenado. O preso, que jaz na sombra escondido⁴⁴⁹, deve reclamar do Estado um tratamento reintegrador, fazendo jus à finalidade precípua da execução que é – ressaltados porventura certos casos-limite concretos em que tal se torne, pela própria natureza das coisas, de todo inútil ou impossível – a prevenção especial positiva ou de socialização. Finalidade esta que, por sua vez, se traduz em oferecer ao recluso as condições objectivas necessárias não à sua emenda ou reforma moral, sequer à aceitação ou reconhecimento por aquele dos critérios de valor da ordem jurídica, mas à prevenção da reincidência por reforço dos standards valorativos da sociedade no seu todo.

6.5.A política criminal no quadro doutrinal em evolução – a colocação do problema dentro do quadro da criminalidade organizada transnacional

A disseminação e complexificação de estruturas criminais organizadas, dotadas de amplo e vasto poder germinador, que, na linha do pensamento de HASSEMER⁴⁵⁰, se encontram

⁴⁴⁷ A Autora fala-nos a este propósito de três tipos de prevenção: a primária, que se prende com as causas da criminalidade, procurando estabelecer programas adequados de socialização em linha com as carências criminógenas, dotando o indivíduo de capacidades e conhecimento para melhor se inserirem socialmente; a secundária que se manifesta aquando da prática do crime e direciona-se aos grupos que apresentem um maior risco de se inserirem na onda do crime – aqui atuam as polícias que têm uma maior visibilidade no patrulhamento do crime nas ruas, sendo a sua atuação uma direta, a título preventivo, a fim de potenciar a segurança dos cidadãos; e a terciária que se refere à população reclusa e ao objetivo de evitar a sua reincidência que se liga diretamente a prevenção especial positiva da pena e aos seus fins de ressocialização. É no âmbito da prevenção terciária que a autora nos fala da assistência pós-penitenciária, ajudando o recluso a dotar-se de competências para o seu regresso à vida social. RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga – *Política Criminal...*, pp. 42-44.

⁴⁴⁸ DIAS, José de Figueiredo – *Os Novos Rumos da política criminal ...*, p. 26.

⁴⁴⁹ Anabela Rodrigues refere-se ao preso e à fase de execução como o drama judiciário, uma vez que o momento que se segue à fase da sentença constitui um drama ignorado ou escondido em que o mesmo protagonista – o condenado – transita para uma situação de maior vulnerabilidade que é ainda mais merecedora de tutela. Vide RODRIGUES, Anabela Miranda – *O Novo Olhar...*, pp. 8-9.

⁴⁵⁰ Convocamos aqui o pensamento de Winfried Hassemer. HASSEMER, Winfried – *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra: A Segurança Pública no Estado de Direito*. Lisboa: AAFDL, 1995.

pulverizadas e entranhadas, quer na estrutura do Estado, quer também em outras de foro privado, são aptas, de modo devastador, a arruinar a paz e a tranquilidade comunitárias.

O papel da política criminal revela-se dentro da sua circunstância histórico-sociológica como o barómetro da intervenção do Estado, na sua função de “definição das estratégias e controlo social do fenómeno da criminalidade”⁴⁵¹ o que se traduz, também, na definição dos termos da punibilidade – em suma, que condutas devem ser puníveis, como devem ser puníveis e até que limites deve ir tal punição.

Nos últimos tempos tem-se escrito abundantemente, não só de forma académica, mas também nos meios de comunicação social (imprensa escrita e não escrita), sobre a necessidade quase que vital de enrijecer as penas. Se é certo que, como têm dado conta algumas vozes da doutrina e as estatísticas decorrentes de vários relatórios nacionais e internacionais⁴⁵², de que o crime tende a ser uma realidade crescente, têm pululado vozes em alguns quadrantes políticos para o aumento das molduras penais, como remédio para o mal do crime.

Apesar do previsto aumento da criminalidade, as penas hão-de tornar-se mais suaves. Poderá, no entanto, parecer um raciocínio paradoxal, pois corresponde ao raciocínio do leigo reagir a uma criminalidade crescente com penas mais duras. E também surpreenderá aquele que tenha observado que, nos últimos anos, a moda político-criminal tem tendido para um enrijecimento do direito penal⁴⁵³.

Não há dúvida, portanto, que as mudanças ocorridas nas últimas décadas foram acompanhadas por uma crescente exigência de segurança nas sociedades democráticas. Esta intensa procura de segurança é motivada por novas ameaças, novos cenários, novas identidades, novos conflitos.

De facto, como iremos dissecar, estes fatores modelam as tendências em que se apoiam as principais correntes políticas, das quais, a criminal, e vejamos como de facto este volte-face multidimensional veio introduzir preocupações claras no que tange à definição e implementação de políticas públicas em sede penal.

A forma como os Estados devem enfrentar um novo tipo de criminalidade tem fundamentalmente a ver com o nível de perigosidade que as formas do crime organizado emprestam ao conceito de crime talqualmente o conhecemos. Contudo coloca-se a questão

⁴⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal...*, p. 23.

⁴⁵² No espectro nacional o RASI de 2024 aponta para um aumento da criminalidade, nomeadamente, no que tange à prevenção e investigação da criminalidade grave, violenta, altamente organizada e complexa, situando esse aumento nos 5,6%. A nível internacional por exemplo, podemos realçar o Relatório global do UNODC sobre tráfico de pessoas, em que o número de vítimas detectadas aumenta 25%, com mais crianças exploradas e casos de trabalho análogo à escravidão.

⁴⁵³ ROXIN, Claus – *Estudos de Direito Penal...*, p. 17.

sempre de saber no que é que afinal se transformou o crime e para onde caminha este fenómeno que hoje se desenvolve numa sociedade dominada por mecanismos de controlo cerrados e, por vezes, coloca-se a questão de descortinar a forma como tais crimes são punidos e como tais penas irão ser, por sua vez, executadas. Trata-se de saber não só, que política criminal queremos, mas, fundamentalmente, de que política criminal precisamos.

Os ramos da ciência conjunta do direito penal, constituída pela criminologia, política criminal e dogmática jurídico-penal têm vindo a redefinir-se à medida que as exigências o vão reclamando. As questões de política criminal não têm escapado à voragem dos próprios acontecimentos mais recentes da história, os quais nos permitem olhar para o fenómeno do crime de uma perspetiva multifacetada.

A sustentação da política criminal hodierna encontra-se assente naquele que foi o grande movimento da reforma penal que grassou, sobretudo a partir do final da II Guerra Mundial⁴⁵⁴. A tónica dada por esta ampla reforma, no que tange particularmente às sanções criminais, contem as seguintes inovações, como aponta FIGUEIREDO DIAS: “restrição do âmbito e a frequência de aplicação das penas privativas da liberdade; luta decidida contra as penas de prisão de curta duração, conducente à sua substituição por penas não detentivas ou não institucionais; enriquecimento da panóplia e aumento sensível do campo e da frequência de aplicação de penas não detentivas, em particular da pena de multa; tentativa de limitar, por todos os meios, o efeito estigmatizante – e consequentemente criminógeno – das reacções criminais, sem frustrar as expectativas sociais que subjazem às normas violadas”⁴⁵⁵.

Podemos, pois, afirmar que é na pena privativa da liberdade que repousa o fim último do escopo político-criminal. A intervenção do Estado na modelação de um sistema penal encimado pela previsão de sanções é lapidado por princípios que devem reger a forma de intervenção, limitando essa mesma intervenção, por isso se prevêm vários princípios que moldam a sua concretização, ditando, por um lado, a necessidade de limitação dos seus efeitos negativos e criminógenos, e a promoção dos efeitos positivos, prospectivos e socializadores; e a necessidade da substituição da pena de prisão por sanções não institucionais⁴⁵⁶.

A significação da própria política criminal ante esta metamorfose radica naquilo a que HASSEMER denomina como “conversão de uma política criminal intra-sistemática numa política

⁴⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal Português...*, p. 49.

⁴⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal Português...*, pp. 50 e 51.

⁴⁵⁶ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal Português...*, p. 53. A propósito da substituição da pena de prisão por penas não institucionais é o próprio artigo 71.º do Código Penal que estipula que: Se ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades de punição.

criminal trans-sistemática⁴⁵⁷”. O que pretendemos com isto afirmar é a ideia de que a política criminal é o “se” e o “como”⁴⁵⁸ de toda a intervenção penal, o que, na linha de ROXIN, é a verdadeira assunção da política criminal. Por outro lado, não se pode deixar de se afirmar “o coração e o “eixo” da reforma penal e de uma correta política criminal se encontram, em grande medida, na questão penitenciária⁴⁵⁹.

As preocupações que se colocam a nível da política criminal têm várias origens. Assim como o conceito de política criminal, que foi dissecado por diversos autores de múltiplas formas⁴⁶⁰.

De todo o modo qualquer que seja a definição por que se opte, importa realçar que uma das questões que se coloca com especial acuidade é de saber se se deve eleger, no quadro de uma criminalidade de jaez organizado, por uma intervenção de *ultima ratio*, como deve, aliás, alinhar-se a estrutura de intervenção do direito penal, ou se, pelo contrário, não. A questão em torno de uma política criminal hodierna coloca-se em saber se se continua a enfatizar um direito penal de último recurso ou, ao invés, um direito penal de primeira intervenção face a uma criminalidade mutável e complexa. Por isso hoje, em face de uma determinada conduta cabe aferir que pena se impõe.

Podem coligir-se vários entendimentos doutrinários acerca da significação da política criminal sob o óculo da pena, que se alinham naquilo que FIGUEIREDO DIAS descreve como a função primordial da política criminal que é “definir o se e o como da punição⁴⁶¹”. Para SANZ MULAS, “la política criminal como aspecto de la política general, y por tanto como ejercicio del poder, refleja claramente la ideología de quien la lleva a cabo. Esto es, depende de la forma del Estado, del modo del gobierno, y en concreto de si en su actuación está limitado por los limites derivados del respeto a los derechos fundamentales. En este sentido, el crimen se percebe, se maneja, de forma distinta en los Estados totalitários que en los democráticos”⁴⁶². Como enfatiza a mesma autora, no cerco dos estados democráticos parte-se de uma ideia de “normalização”

⁴⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Os Novos Rumos da Política Criminal...*, p. 12.

⁴⁵⁸ DIAS, Jorge Figueiredo de – *Direito Penal...*, pp. 37-40 e VALENTE, Manuel Guedes – *Do Ministério Público e da Polícia...*, pp. 120 e 121.

⁴⁵⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda – Da afirmação de direitos à proteção de direitos dos reclusos: a jurisdicionalização da execução da pena de prisão. In *Revista Direito e Justiça*, Volume Especial 2004, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2004, p. pp. 185 e 186. Aliás, como destaca a autora, se, num certo sentido, - o da sua importância prática -, a fase da execução deve ser encarada como especialmente relevante para o delinquente que sofre a sanção, no plano inter-relacional é nela que se joga o destino do sistema penal.

⁴⁶⁰ Sobre este assunto, os vários conceitos de política criminal, VALENTE, Manuel Guedes – *Do Ministério Público e da Polícia...*, pp. 65 a 82.

⁴⁶¹ DIAS, Jorge de Figueiredo – O Direito Penal entre a sociedade industrial e a Sociedade do Risco. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 33, Janeiro, 2001, p. 585.

⁴⁶² SANZ MULAS, Nieves - *Política Criminal*, 2.ª Edición, Ratio Legis, 2017, p. 24.

do crime, no sentido em que, o crime sempre seria o preço a pagar pela manutenção dos direitos humanos. Neste sentido “la política criminal del Estado democrático no va dirigida a borrar toda huella del delito, sino a um fin bastante más realista y materilizable: mantener las cifras de criminalidade em niveles tolerables”.⁴⁶³

A ideia de prevenção está assim muito presente naquilo que se entende por política criminal, e, por isso, no cerco da sociedade do risco, assente em premissas difusas e valores contraditórios, dever-se-á pensar na proteção dos direitos fundamentais como eixo central do campo de atuação da prevenção. Por isso a prevenção deverá situar-se ou mover-se dentro dos estreitos limites constitucionais expressos na Constituição da República Portuguesa.

Não se pode olvidar que uma política criminal que derive para um toque autoritário, com tendências intimidatórias com recurso à ameaça, ao castigo e ao medo, acaba por desencadear aquilo que ZÚÑIGA RODRÍGUEZ apelida como “uma espiral difícil de parar”: por um lado, porque acabará por desencadear a previsão e consequente aplicação de castigos mais pesados, consoante o grau de permanência do próprio ilícito criminal, e, por outro lado, instiga a uma reprodução sucessiva e ilimitada de efeitos criminógenos criando no sujeito uma cada vez maior predisposição para o crime ⁴⁶⁴.

Mas também à punição há-de reconhecer-se uma função social, pelo que é através da punição que se efetiva aquilo a que ZÚÑIGA RODRÍGUEZ refere como a “transcendentalidade do puramente penal”⁴⁶⁵.

Na ótica de FEUERBACH “política criminal é o conjunto de procedimentos repressivos por meio dos quais o Estado reage contra o crime”⁴⁶⁶. Esta ideia de reação acompanha as origens do mundo como são exemplo as formas primitivas de reação ao crime que vão desde a vingança privada, ao sistema de talião ou ao sistema composicional⁴⁶⁷.

No entanto, como bem salienta ROXIN, a política criminal é assim uma espécie de sistematização ancorada nas tradicionais categorias da estrutura do delito – tipicidade,

⁴⁶³ SANZ MULAS, Nieves - *Política Criminal...*, pp. 25 e 26. Como assevera a autora o que é traço distintivo para com os Estados totalitários é que nestes aposta-se mais no mote de acabar com o delinquente a qualquer preço, e por isso gizando políticas repressivas, que, no aspecto da fase executiva, propalam uma política de aumento de encarceramento. Como remata a autora la política criminal moderna, marcada pela búsqueda de eficacia a toda costa, es hasta cierto punto autoritaria, pues la sanción penal se há convertido en um instrumento estatal, que lo utiliza como prima ratio desconociendo los limites de la intervención penal.

⁴⁶⁴ RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga – *Política Criminal...*p. 41. A este propósito refere a autora (vide nota de rodapé 64, em que se refere que o fenómeno onde mais se acaba por verificar esta gradação delituosa é o crime de tráfico de estupefacientes, em que las ganancias mayores se obtienen proporcionalmente a la licitud de las actividades realizadas.

⁴⁶⁵ RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga – *Política Criminal...*, p. 70.

⁴⁶⁶ DELMAS-MARTY, Mireille – *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri, S. Paulo, Manole, 2004, p. 42.

⁴⁶⁷ RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga – *Política Criminal...*p. 71.

antijuridicidade e culpabilidade - e, por isso, “deben sistematizarse, desarrollarse, y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal”⁴⁶⁸.

SANZ MULAS refere que “cabría por tanto definir la política criminal como la medida o conjunto de medidas (jurídicas, sociales, educativas, económicas, etc) que adopta una sociedad politicamente organizada para prevenir y reaccionar frente al delito, a efectos de mantenerlo em unas cuotas tolerables. Esto es, son las decisiones que uma sociedade tom frente al delito, el delincuente, la pena, el proceso y la víctima”⁴⁶⁹. Tal ideia é igualmente sustentada por ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: “La legitimidade de la actuación política y, por tanto de uma determinada Política Criminal reside, entonces, no en su capacidad para organizar las respuestas que la Sociedad demanda frente al fenómeno criminal, sino en prevenir dicho fenómeno dentro del sistema de valores democráticos”⁴⁷⁰. Para GUEDES VALENTE⁴⁷¹, o conceito de política criminal traduz aquilo que o autor denomina por “conteúdo e fins do Direito Penal”, uma vez que a política criminal “subordinada aos vectores da legitimidade e da eficácia e aos princípios ético-filosóficos-jurídicos da legalidade, da culpabilidade, da ressocialização e da humanidade, deve debruçar-se sobre as causas do crime, sobre a correcta redacção dos tipos legais de crime de modo a corresponderem à realidade delituosa, sobre os efeitos das sanções penais, sobre o limite de extensão da aplicação do Direito Penal de que dispõe o legislador penal face à liberdade do cidadão”.

ROXIN fala-nos, neste particular, do elemento da culpabilidade. A culpabilidade é de onde emerge a questão da necessidade da pena e dos fins que querem e se devem imprimir àquela. Como avança o autor “si alguien, por las razones que sean, no puede evitar el injusto típico por él realizado, carece de objecto castigarlo; cualquiera que sea la teoría de la pena que se mantenga, no se puede pretender retribuir uma culpabilidade inexistente”⁴⁷².

Paralelamente, é necessário partir de um dado conhecido que tem a ver com a incapacidade do Estado em controlar a criminalidade ante níveis de ameaça difusos.

Esta conceção de base é, hodiernamente, o ponto de fuga do sistema, uma vez que é precisamente neste ponto que se cruza a complexidade do combate a este fenómeno – o da criminalidade organizada transnacional – e que é, por um lado, o do combate ao fenómeno e a sua compaginação com os direitos e liberdades dos cidadãos. cremos que o que se verifica é

⁴⁶⁸ ROXIN, Claus – *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde, 2.ª Edición, 1.ª Reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 19.

⁴⁶⁹ SANZ MULAS, Nieves – *Política Criminal...*, p. 23.

⁴⁷⁰ RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga – *Política Criminal...*, p. 33.

⁴⁷¹ VALENTE, Manuel Guedes – *Do Ministério Público e da Polícia...*, pp. 81 e 82.

⁴⁷² ROXIN, Claus – *Política Criminal...*, pp. 89 e 90.

um ainda incipiente, porém convergente, reconhecimento para a necessidade de agir, o que se tem vindo a refletir no discurso político-criminal, num “contexto anacrônico, ingênuo e teimoso”⁴⁷³.

Importa sublinhar, como faz ROXIN⁴⁷⁴, que o problema das finalidades da pena sob um ponto de vista da sua inserção político-criminal coloca-se no elemento do tipo – culpa. Esta desmontagem é essencial para aferir de que forma se legitima a intervenção do Estado, em especial, em que medida se deve impor uma determinada pena a um autor de um ilícito criminal. Ao mesmo tempo deve ter-se em conta que política-criminal deve projetar-se fora das fronteiras jurídicas⁴⁷⁵. O que quer dizer que o legislador deve olhar para lá daquilo que deve positivizar no texto legal.

HASSEMER é um dos autores que caminha no sentido de um direito penal de *prima ratio*. Para o autor “em face dos grandes e tormentosos problemas sociais, no atual discurso político o Direito Penal vige não mais como *ultima*, senão como *prima* ou até mesmo *sola ratio*”⁴⁷⁶.

Este ponto é essencial para dirimir a nossa questão de fundo. Se pretendemos esgrimir os limites da punição, devemos questionar, à semelhança de EDUARDO CORREIA, qual é o “critério de valoração – em vista de uma mais eficaz repressão do crime – do direito criminal constituído e indicar o direito criminal a constituir”⁴⁷⁷. O sentido, por isso, do que deve ser criminalizável ou não num dado ponto histórico, deve ser qual a política a escolher para fazer face a um fenómeno social que transporta um nível de ameaça diferente da criminalidade corrente.

Como define VON LIZST, a política criminal, como integradora da ciência conjunta do direito penal⁴⁷⁸, é “o conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica

⁴⁷³ HASSEMER, Winfried – Segurança Pública no Estado de Direito. In *Revista dos Tribunais Online*, Thomson Reuters, 1940, p. 2. A expressão é do autor.

⁴⁷⁴ ROXIN, Claus – *Política Criminal...*, p. 25. Acrescenta este autor que a mi juicio, la función político-criminal del tipo es doble: la función de garantía, por la que se plasma legislativamente la exigencia, del *nullum crimen sine lege*; y la función de motivación, por la que se intenta, al prohibir una conducta, apartar a la generalidade de la comisión de delitos.

⁴⁷⁵ Neste sentido *vide* ROXIN, Claus – *Política Criminal...*, pp. 41 e ss.

⁴⁷⁶ HASSEMER, Winfried – *Desenvolvimentos Previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal*. [Disponível online em: <https://core.ac.uk/download/pdf/303989357.pdf>. Consultado em 02.04.2021].

⁴⁷⁷ CORREIA, Eduardo – *Direito Criminal I*. Reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 8.

⁴⁷⁸ A ciência conjunta (total ou global) do direito penal – *gesamte Strafrechtswissenschaft* – prevê como ciências autónomas, a ciência estrita do direito penal (ou dogmática jurídico-penal), a criminologia e a político-criminal. DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...*, p. 19. Com efeito, como Costa Andrade cita a propósito do carácter cintilante da Criminologia, da Política Criminal e da Dogmática Jurídico-Penal contemporâneas estes três ramos do saber vivem, com efeito, um período de notória ebulição com a recorrente problematização dos respetivos horizontes epistemológicos, modelos metodológicos, objectos de estudo e, consequentemente, a permanente oscilação das fronteiras recíprocas, provocando-se áreas cada vez mais extensas de interpenetração e condomínio mais ou menos pacífico, mais ou menos conflitual – MULLER DIETZ, H. – *Sozialwissenschaft und Strafrechtsdogmatik und Kriminal-Politik*. Koln: Carl Heymanns, 1971, p. 105 e ss. *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre o Estatuto e Função da Criminologia Contemporânea*. Disponível online em:

das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com estas relacionadas”⁴⁷⁹. Na mesma ótica, diz-nos o mesmo autor que “a pena irá infligir sobre o delinquente um mal, que afetará bens jurídicos individuais como a liberdade, a honra, a reserva da intimidade da vida privada, para que o agente do crime não cometa, no futuro, novos crimes”⁴⁸⁰. Mas, ao mesmo tempo que a pena encerra este lado repressivo, é o mesmo autor que defende que é o próprio direito penal que «“como magna carta del delincuente” protege no a la comunidade, sino al individuo que se “rebela contra ella” garantizandolé el derecho “de ser castigado sólo bajo los presupuestos legales y unicamente dentro de los límites legales”»⁴⁸¹, e, portanto, a política criminal, figura como a “ciência competente para definir os limites da punibilidade”⁴⁸².

Por isso sob o ponto de vista da pena e da função que a mesma, é importante ser erigida uma política criminal que densifique o papel da pena no quadro, quer da sua previsão legal, quer também no quadro da sua aplicação.

Se se trata de estabelecer uma muralha fortificada, fortalecendo-se assim a capacidade de intervenção do direito penal na sua concreta debelação do ato criminoso, trata-se também de lhe conceder mecanismos de proteção face às exigências que a sociedade faz ao direito penal. No entanto, quão musculada deve ser a intervenção do direito penal, e em que termos e com que limites deve intervir o Estado na definição das grandes opções político-criminais?

A eficácia do sistema punitivo encontra-se ancorada às grandes opções de política criminal que constituem e enformam de forma inexorável a dogmática penal e que balizam as linhas de intervenção do Estado. A medição dos efeitos criminógenos decorrentes da aplicação da pena, a fim de encontrar buscar modelos punitivos alternativos que sejam adequados perante as novas formas de delinquir associados ao crime organizado, mostram-se como um dos maiores desafios dos governos contemporâneos.

Se é certo que no presente vivemos uma crise institucional complexa e demarcada por uma nova ordem que parece dominar o mundo, sobretudo depois de uma série de

<https://portal.oa.pt/upl/%7B33fb1313-03d9-426b-9b2c-f9d223570b02%7D.pdf> [Consultado em 02 de Maio de 2021].

⁴⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...*, p. 19.

⁴⁸⁰ VON LIZST, Franz – *Tratado de Direito Penal*, Tomo I, p. 72. *Apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Do Ministério Público e da Polícia...*, p. 68.

⁴⁸¹ ROXIN, Claus - *Política Criminal...*, pp. 32 e 33.

⁴⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal...*, p. 32 e 33. Para Figueiredo Dias, “a política criminal trata-se de uma ciência transpositiva, transdogmática e trans-sistemática face a um qualquer direito penal positivo. A sua função consiste em servir de padrão crítico tanto do direito constituído, como do direito constituindo, dos seus limites e da sua legitimação, sendo por isso a pedra angular de todo o discurso legal-social da criminalização/descriminalização”.

“barbaridades”⁴⁸³ cujo apogeu mais dramático aconteceu com os ataques do 11 de Setembro em Nova Iorque, é necessário que se opere uma re-legitimação da intervenção do Estado dentro daquilo que é o seu modo de organização jurídico-político.

Hoje, ao direito penal escoado no normativo legal, espera-se um correspondente respaldo do sistema de valores baseado na dignidade da pessoa humana encimado por um modelo garantista e de proteção dos direitos, liberdades e garantias, que seja penhor ao mesmo tempo da proteção da segurança. Como assevera TERESA SOUSA, “o direito penal espelha atualmente o dilema entre uma maior eficácia e a necessidade de manutenção da visão humanista em que foi gerado, colocando o legislador e o próprio aplicador do Direito numa encruzilhada e perante opções valorativas de fundo”⁴⁸⁴.

Mais do que uma política criminal coletiva, que reflita a universalidade do modelo desejado de justiça penal, pretende-se cada vez mais uma política criminal que encontre soluções efetivas para as grandes ameaças. De facto, como bem coloca ANABELA RODRIGUES, “a ilusão da “justiça para todos e já” que a democracia trouxe consigo deu lugar à justiça que, se se quer “realizar”, tem de ser seletiva na intervenção”⁴⁸⁵.

Esta demanda da seletividade face aos sintomas adversos da transmutação dos fenómenos criminosos, pode ser apta a criar um sistema de hiper-criminalização de fenómenos sob uma dupla via, que, em nosso entender, pode ser nefasta: não só porque, por um lado, pode criar normas incriminadoras de conteúdo impreciso que levam a uma sub-representação do ato criminoso em questão, mas também porque pode gerar um endurecimento das penas previstas para um determinado tipo incriminador.

Neste sentido, uma sensação de permanente insegurança, do medo generalizado e da rutura do Estado para conter esta nova vaga líquida⁴⁸⁶ do crime, lida com as flutuações dos

⁴⁸³ O conceito de barbaridades extrai-se da análise de Salo de Carvalho, quando o mesmo se alerta, mesmo antes dos ataques às Torres Gémeas, para o incentivo à cultura do medo. Assim, diz-nos o autor o seguinte: A barbárie organizada, lidando e manipulando o medo ao delito, que definitivamente é incorporado à agenda política, ganha lugar de destaque e prioridade na arena pública e se estabelece com grau de rigidez, que é duvidoso que essa barbárie organizada possa vir a ser desmontada em curto prazo. CARVALHO, Salo de – *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro (Fundamentos e Aplicação Judicial)*. Editora Saraiva, 2013, p. 24.

⁴⁸⁴ SOUSA, Teresa – O Direito Penal na encruzilhada: reflexões em torno da Política Criminal à luz da ciência política. In *Revista Julgar*, n.º 7, 2009, p. 147. A propósito desta visão humanista da autora, a mesma cita Anselmo Borges, num trecho aquele autor quando o mesmo refere: o Direito Penal, é, na sua própria essência, a prova da existência do humanismo, pois o Direito existe para a defesa da liberdade. O homem foi capaz de erguer um edifício jurídico-penal, que está para lá do simples instinto e da vingança imediata, cega e bruta. Esta capacidade revela a diferença qualitativa entre o homem e o animal. BORGES, Anselmo – O Humanismo no Horizonte da Pós-Modernidade. In *Revista do CEJ*, Ano 2005, n.º 3, p.18 e ss. *Apud* SOUSA, Teresa – *O Direito Penal na encruzilhada...*, p. 147.

⁴⁸⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda – Celeridade e Eficácia: uma opção político-criminal. In *Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra Editora, 2003, p. 41.

⁴⁸⁶ Zygmunt Bauman discerne acerca da significação modernamente dada à palavra liquidez. Para este autor los fluidos, por así decirlo, no se fijan al espacio ni se atan al tiempo. En tanto los sólidos tienen una clara dimensión

níveis de segurança que a cada momento se vão impondo à mão criminalizadora do legislador. O perigo, como base da hegemonia dos tempos da incerteza que desenvolve simultaneamente o homem como um *hostes*, translada para o campo da política, seja ela criminal ou qualquer outra, um sentimento de confronto e guerra aberta a um homem invisível, criando um direito das hostilidades, desenhando um repertório bem conjugado de tipos de criminais e instrumentos processuais para debelar os grandes males trazidos pelo homem-ameaça.

Exige-se que o direito penal seja um “ordenamento de segurança”⁴⁸⁷, no entanto impõe-se-lhe também uma intervenção pelo mínimo⁴⁸⁸. No decurso da intervenção de um Direito Penal pelo mínimo, a função da pena deve basear-se em assegurar a sobrevivência da sociedade através da sua função preventiva, sem exceder o dano produzido por estes. Daí que o minimalismo penal, escorado nos princípios da intervenção mínima, fragmentariedade, legalidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, visa excluir condutas que não lesem o ordenamento jurídico ou tragam prejuízos para o bem comum, em face da irrelevância do ato praticado por referência aos bens jurídicos tutelados.

Impõem-se por isso que a aplicação do Direito Penal, segundo o minimalismo seja baseada numa razão de proporcionalidade, com a adoção por exemplo de penas alternativas e outras soluções para a punição dos delitos que não sacrifiquem a ordem jurídica.

A teoria do minimalismo defende a proporcionalidade na aplicação do Direito Penal, com a adoção de penas alternativas, bem como de outras esferas para solução dos delitos que não violem o ordenamento jurídico ou tragam ínfimos prejuízos para o bem comum. Se ao Direito Penal cabe a cessação da violência, hoje o que se assiste é a uma expansão excessiva e despudorada do Direito Penal, podendo mesmo falar-se num certo desgaste. O cenário que temos defronte contempla um direito penal de hiper-tutela que cria uma amálgama complexa

espacial pero neutralizan el impacto y disminuyen la significación del tiempo (resisten efectivamente su flujo o lo vuelven irrelevante), los fluidos no conservan una forma durante mucho tiempo y están constantemente dispuestos (y proclives) a cambiarla; por consiguiente, para ellos lo que cuenta es el flujo del tiempo más que el espacio que puedan ocupar: ese espacio que, después de todo, sólo llenan por un momento. En cierto sentido, los sólidos cancelan el tiempo; para los líquidos, por el contrario, lo que importa es el tiempo. En la descripción de los sólidos, es posible ignorar completamente el tiempo; en la descripción de los fluidos, se cometería un error grave si el tiempo se dejara de lado. Las descripciones de un fluido son como instantáneas, que necesitan ser fechadas al dorso. BAUMAN, Zygmunt – *Modernidad Líquida...*, p. 8.

⁴⁸⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda – *Globalização...*, p. 46. Acrescenta a autora que ao direito penal se pede que seja um direito-limite dos direitos das pessoas, isto é que satisfaça, paradoxalmente, duas ambições: que limite os poderes do Estado, em nome da proteção dos direitos das pessoas; e que amplie os poderes do Estado, também em nome dos direitos das pessoas.

⁴⁸⁸ Neste sentido sugere-nos Faria Costa que, face à manifestação de interesses difusos outros ramos do direito, quais sejam o direito de mera ordenação social ou o direito administrativo, ou ainda o direito civil, estes devem ser os meios mais adequados a defesa dos interesses ou valores, que constituem o princípio do mínimo de intervenção estadual no que diz respeito à criminalização e consequente penalização. COSTA, José de Faria – *O Perigo em Direito Penal: Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Reimpressão, Coimbra Editora, 2000, p. 315.

legislativa, contrária a uma ideia de uniformização de todo o sistema penal. Estamos, pois, diante de uma nova enfermidade chamada “elefantíase legislativa”, caracterizada pela ampliação das situações que sejam passíveis de intervenção do Direito Penal.

7. Definição, evolução legislativa e a eficácia do modelo político-criminal hodierno – que política criminal de penas?

A predisposição do Estado para a assunção de um papel controlador face a novas ameaças e riscos tem vindo a reclamar pela constituição de uma nova aparelhagem legislativa e por uma transferência de competências para as estruturas de repressão – forças de segurança – a fim de elevar o valor da segurança até um patamar satisfatório de paz social⁴⁸⁹.

Podemos indagar se a punição é a consequência necessária do crime, ou se deve ter um fim que transcenda a essência da punição para o futuro (*ne peccetur*). Entre os próprios clássicos, não se reconhece já um fim, quando se considera o direito penal como proteção de interesses ou bens jurídicos. Para VON LISZT, a punição justa é a punição necessária. Na verdade, se quisermos manter a dupla função da pena, como prevenção geral e prevenção especial, bem como a concepção normativa da culpa, é necessário reconhecer a retribuição como a essência da pena e distinguir a finalidade a que serve. Correlacionar as dimensões, crime organizado transnacional, política criminal e o subsequente respaldo no sistema de execução de penas é uma tarefa deveras desafiadora. E podemos marcar a tónica no adjetivo, uma vez que, isoladas, estas dimensões com todas as suas construções e contorções, provocam múltiplas reações de cariz substancial e contêm uma carga subjetivo-material a que subjaz uma sucessão histórica própria que as modela e influencia. Porquanto, concordaremos na afirmação de que, tanto para a repressão do crime organizado transnacional como para a construção de um sistema de execução de penas é necessária uma política criminal que conceba uma matriz referencial dentro de uma lógica global e metamorfoseada para que tende a criminalidade moderna.

É de relembrar que o direito penal tem na sua essência uma componente política, que são duas dimensões que não estão apartadas e nem podem ser dissociadas. A subsistência do

⁴⁸⁹ Neste sentido também Anabela Rodrigues, que fala de uma penalização da segurança, fruto de uma ideia de cultura de controle estatal, fechada e monolítica. Neste particular, frisa ainda a autora o seguinte: O Estado penal é também o resultado desta reorientação do Estado e da sua nova legitimidade – que não se contesta - para assumir o controle dos novos e grandes riscos, mas cujo poder e competências não cessam de aumentar em matéria de criminalização generalizada, polícia, repressão e segurança. RODRIGUES, Anabela Miranda – *Controlar e punir...*, p. 163.

primeiro passa pelo equilíbrio e consistência da segunda. Os processos de globalização a que vimos assistindo, a explosão do mundo digital, mas também o advento de eventos que marcaram pontos de viragem na História, contribuíram para o depauperamento do poder político confinado a um território. Com este virar dos acontecimentos o que se verifica é a polarização de duas coordenadas, a saber: por um lado, a constatação de que cada vez mais os direitos humanos são uma emergência do mundo moderno e, portanto, é necessária a sua preservação e a sua efetivação e, por outro lado, a de que parece haver uma urgência em castrar esses próprios direitos humanos colocando-os do lado de fora da equação. Isto quer dizer que para a pessoa, o que se vem advogando é a construção de um *inimicus*, o que constitui o reverso do que é ser-se humano.

O direito penal, contudo, maximizou-se em medida similar aos direitos sociais e transindividuais. Assim, o cenário punitivo, no período entre as Guerras, assistiu à elaboração de modelos de interventivos autoritários, que produziram transformações no direito e no processo penal no século XX.

Estabelecer, como FOUCAULT vinca, “uma nova “economia” do poder de castigar”⁴⁹⁰ é o que se encontra hoje na ordem do dia, uma vez que se clama por políticas criminais que sejam eficazes e cujo custo-benefício se mostre orientado para resultados satisfatórios. Max Weber, definiu Estado “como o agente que reivindica o monopólio dos meios de coerção e o uso deles em seu território soberano”⁴⁹¹. Mas como é que afinal este estado define novas políticas perante um sentimento de crescente impotência face a um declínio do poder de facto, isto é, do monopólio estatal sobre o território e as suas fronteiras?

Neste sentido, mostra-se elementar fazer uma leitura integrada e cruzada, que se traduz nas seguintes questões: perante o crime organizado internacional, que política criminal?, ou seja, face a um fenómeno criminoso complexo que trespassa fronteiras e que corrói a estrutura de um Estado de Direito Democrático, devem-se adotar medidas mais restritivas e securitárias para conter e prevenir o crime?, ou, por outro lado, deve-se apelar a uma total “estadualização” da política criminal por forma a evitar a disseminação de estruturas organizadas? Não se pode escamotear que o Estado é o epicentro do poder punitivo alicerçado num sistema de valores jurídico-constitucional que legitima o “se” e o “como” da capacidade de intervenção estatal na aplicação de sanções, por isso levantar-se a grande preocupação quando é o próprio crime que

⁴⁹⁰ FOUCAULT, Michel – *Vigiar e Punir...*, p. 84.

⁴⁹¹ WEBER, Max – *Economia e Sociedade, Fundamentos da Sociologia Compreensiva, (Wirtschaft und Gesellschaft der verstehenden Soziologie)*. Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1991, Vol. I, p. 34.

germina dentro da própria estrutura do Estado.

Os variados processos de globalização, quer económica, social ou económico-financeira vieram ditar uma nova morfologia do crime, dado que existe um paradoxo que reside na deformação de distribuição de riqueza: enriquecendo mais uns e empobrecendo mais outros. De facto, isto tem consequências no modo de exteriorização da infração à lei, ou, se quisermos, na violação da lei penal, o que gera a necessidade de criação de todo um novo entendimento quanto ao que deve ou não deve ser criminalizado num determinado espaço e num determinado tempo.

Do que se trata por um lado é de afirmar a intenção do legislador perante a evidência das transformações que a todo momento se vão impondo e que consubstanciam bens jurídicos passíveis de tutela penal e, por outro lado, entender de que forma pode a punição aglutinar a intencionalidade do legislador na necessidade sociológica que lhe é imposta e que converge no efeito prático estabelecido na norma legal.

O legislador penal vê-se por isso hoje confrontado com diversas e complexas questões que vão desde a prevenção à repressão de comportamentos, evitando que a criminalidade se reproduza em circuitos viciosos e resultados desastrosos.

A Constituição Portuguesa consagra os pontos cardeais de onde dimanam as principais diretrizes dos sucessivos modelos de política criminal. Esta orientação pelos ditames constitucionais modernos é aquilo a que podemos chamar, como já houvera chamado BOBBIO, “a era dos Direitos”, uma vez que, como todos recordamos, o século XX havia sido pródigo a rechaçar a tutela de direitos humanos e direitos fundamentais.

É por todos consabido que a edificação de um modelo punitivo, debruçado sobre as consequências jurídicas deve escorar-se em opções de política criminal orientadas, tanto para a prevenção, como para a repressão do crime.

Os sucessivos Governos têm várias ferramentas⁴⁹² que lhes permitem antever várias probabilidades: a da detenção, a de condenação e, para o que aqui nos importa, o nível de severidade do castigo associado ao acto praticado. Nesta senda, os governos produzem leis de política criminal cujo escopo nuclear é desincentivar a actividade criminal.

Se quisermos marcar um ponto de partida da política criminal mais recente, isto é, aquela que se iniciou em meados do século anterior, poderemos nomear o Projeto de Eduardo Correia de 1963 que marcou de forma indelével o cenário político-criminal da época, visto então, como reformista e avançado para o período histórico em que se inseriu, constituindo um obrigatório

⁴⁹² MENDES, Silvia M. – *Criminal Deterrence Policy: Theory, Politics, and Practice*. Ph.D. Dissertation. Binghamton: SUNY, 2001, p. 74.

ponto de referência⁴⁹³. Assim este Projeto intensificou as denominadas grandes intenções político-criminais, rechaçando desde logo a pena de prisão perpétua e a pena de morte, penas injustificáveis, cruéis e desnecessárias⁴⁹⁴ e, por outro lado, relegando para a pena privativa da liberdade a sua característica de pena de último recurso. Este Projeto foi muito importante neste último aspecto pois veio reconfigurar a pena de prisão a fim de lhe limitar os seus efeitos criminógenos e negativos, atribuindo-lhe um sentido positivo, reintegrador e socializador⁴⁹⁵. Como tal e, como terceira linha⁴⁹⁶ de proposição do Projeto, dava-se enfoque ao princípio de que nenhuma pena envolve a perda de direitos civis, profissionais e políticos, no sentido em que importava já à data, retirar qualquer efeito estigmatizante às penas.

Se as preocupações tidas há mais meio século atrás continuam plenamente válidas, devemos ainda assim escarpelizar qual o modelo político-criminal que envidamos para os nossos dias, sem antes, porém, olharmos para os grandes modelos de política criminal em matéria sancionatória.

Na génese dos grandes modelos de política criminal contemporânea, dois se destacaram, a saber: o modelo que tributa das teses das escolas clássica e neoclássica que assenta na trilogia retribuição/ prevenção geral de intimidação, repressão e punição (castigo) dos agentes do crime⁴⁹⁷, e um outro modelo que se baseia numa ideologia de tratamento, derivada da escola positivista ou moderna⁴⁹⁸, que assenta na trilogia prevenção especial, recuperação (ou reinserção) social e internamento (para cura).

Muito embora estes modelos não tenham vingado⁴⁹⁹, foram sendo cruzados tendo dado origem a modelos de teor misto, mas que infalivelmente levaram a uma “desordem de modelos”, e consequentemente a uma crise político-criminal⁵⁰⁰, desde logo porque os alicerces em que se sustentam ambos os modelos não concretizam o ideal de Estado de Direito democrático, tendo em consideração o primado da proteção da dignidade da pessoa humana. Isto serve também para defender o postulado de que em matéria de penas, a atividade

⁴⁹³ DIAS, Jorge de Figueiredo – O Sistema Sancionatório do Direito Penal Português no Contexto dos Modelos de Política Criminal. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Número especial. Coimbra, 1984, p. 787.

⁴⁹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo – *O Sistema Sancionatório...*, p. 788.

⁴⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo – *O Sistema Sancionatório...*, p. 789.

⁴⁹⁶ Existe ainda uma quarta linha proposta no sistema gizado por este Projeto que vai no sentido de traçar uma direção a uma conceção monista (ou de via única) das reações criminais. DIAS, Jorge de Figueiredo – *O Sistema Sancionatório...*, pp. 791 e ss.

⁴⁹⁷ Também ficou conhecido como “modelo azul”, devido às causas histórico-políticas que lhe préexistiram, isto é, às reações burguesas contra as concepções das sociedades feudais.

⁴⁹⁸ Também ficou conhecido como “modelo vermelho”, que teve como cenário a reação das classes trabalhadoras contra o domínio da burguesia.

⁴⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *O Sistema Sancionatório...*, p. 800.

⁵⁰⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo – *O Sistema Sancionatório...*, p. 801.

socializadora deve colocar à disposição do condenado o maior número possível de condições que permitam a este não voltar a reincidir.

Mas se o Estado detém o monopólio do poder punitivo, radicado em premissas constitucionais que centralizam a figura da pessoa em detrimento de concepções castradoras da dignidade da pessoa, também é certo que não descarta a sua face de proteção do valor da segurança, valor que a sociedade reclama face à inflexão da vaga criminal moderna. Donde, robustece a ideia da pena como ideia majestática, reafirmando a pena privativa da liberdade como o único meio capaz de fazer face ao crime, vista no circunspecto eixo estigmatizante, próprio do modelo clássico.

Se atentarmos na linha de construção das leis de política criminal nos últimos anos, verificamos que as mesmas foram construídas a toque do ímpeto securitivista, gerando uma corrente de hiperconcentração na causa penal/punitivista. Todavia sabemos que a redução da criminalidade ou pelo menos a sua manutenção dentro de níveis socialmente suportáveis não pode apenas ser obtida por via legal, por isso o direito, neste aspeto purista, não pode ser elevado à categoria de apaziguador de todas as tormentas.

Não podemos arredar da nossa visão crítica um ponto de partida que nos permita escamotear as recentes tendências do legislador português quanto ao modelo de política criminal que tem sido muito influenciado por pressões sociais como forma de resposta a necessidades de vária ordem, atendendo aos ventos internacionais que acabaram por influenciar o legislador interno.

Mas um primeiro ponto de partida só se faz se se ancorar na Constituição da República Portuguesa de 1976 que é a norma *mater* que permite prosseguir na garantia dos direitos fundamentais, e que estabelece os alicerces do Estado Social e Democrático de Direito. Apesar das sucessivas revisões a que foi acometida, na visão de FARIA COSTA ressaltam quatro ideias principais de tais revisões: “ a) a redução ideológica da versão inicial da Constituição de 1976; b) a compaginação entre os valores de um Estado de Direito Democrático e Social com a liberdade de iniciativa e organização económica e com a redução do Estado na economia; c) uma extensa valorização dos direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias, direitos económicos e sociais e novos direitos ditos de terceira e quarta geração); d) adaptação do regime constitucional de um Estado soberano ao processo de integração europeia”⁵⁰¹. É a Constituição da República Portuguesa que passa a promover as bases da política criminal, que é imanente ao sistema jurídico-constitucional, tendo as suas proposições pertencentes ao quadro de valores

⁵⁰¹ COSTA, José de Faria – Um olhar sobre as últimas reformas, em Portugal, no âmbito da legislação penal. In RIPOLLÉS, José Luis Díez; PÉREZ, Octavio García (Coord.) *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo - una perspectiva comparada* (2000-2006). Buenos Aires: Editorial B de F, 2008, p. 384.

nela positivados.

Como bem realça TERESA SOUSA, “as políticas de prevenção criminal atuam a montante do fenómeno delituoso e envolvem, nomeadamente, a colaboração de áreas tão distintas como sejam a política económica e social, o ambiente e urbanismo, as políticas educativas. Por outro lado, a reintegração do agente na sociedade e a prevenção de eventuais recidivas apenas pode ser perseguida com a colaboração estreita de diversas entidades públicas ou privadas no processo de acompanhamento direto e monitorização no terreno dos indivíduos em fim de cumprimento de pena”⁵⁰².

O ponto de viragem no panorama do Direito Penal português, no entorno político-criminal, foi diversas vezes alterado: em 1963, quanto à parte geral e em 1966, quanto à parte especial, alterações que se ficaram a dever a Eduardo Correia; sendo que, por fim, as revisões de 1995, 1998 e 2007, que serão objeto de estudo a partir de então. Tendo em vista a realidade mutável do fenómeno criminal, em 1995⁵⁰³, Portugal aprovou a primeira reforma do CP de 1982, que foi considerada a revisão de maior relevância e abrangência, mantendo a essência originária com um profundo cunho democrático inserido nos parâmetros de um Estado Direito democrático. O legislador colocou então a tónica sobre a prevenção especial, uma vez que a norma, por si só, não bastava como referência para a comunidade, mas sim, a “concretização da sanção que traduz a medida da violação dos valores pressupostos na norma”, pois só com “a execução da pena revelará a capacidade ressocializadora do sistema com vista a prevenir a prática de novos crimes”. A reforma penal de 1995 do CP passava assim a reforçar a política de combate ao carácter criminógeno das penas detentivas de curta duração colocando a socialização como objetivo primário da execução da pena de prisão, recusando em nome do princípio da humanidade, da pena de morte e da prisão perpétua. A pena privativa de liberdade assumiu um papel residual no seio da política criminal arredando os seus efeitos negativos e trazendo um sentido positivo e socializador⁵⁰⁴.

Aliás, como bem sintetiza RUI PEREIRA, a revisão de 1995, teve em consideração “o alargamento do âmbito de aplicação da lei penal portuguesa perante novos fenómenos de

⁵⁰² SOUSA, Teresa – *O Direito Penal na encruzilhada...*, p. 156.

⁵⁰³ O Relatório da Reforma Penal de 1995 “elegueu como objetivos fundamentais a segurança dos cidadãos, a prevenção e repressão do crime e a recuperação do delinquente como forma de defesa social”, afirmando que um sistema penal moderno e integrado não se esgota na legislação penal, sendo fundamental trabalhar a prevenção criminal nas suas múltiplas vertentes “(operacionalidade das forças de segurança, eliminação de fatores de marginalidade através da promoção da melhoria das condições económicas, sociais e culturais das populações e da criação de mecanismos de integração de minorias)”.

⁵⁰⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda – Sistema punitivo português: principais alterações no código penal revisto. In *Sub Judice: justiça e sociedade. Código penal: os anos da reforma*. Jan./jun./out., 1996, pp. 32 e 33.

transnacionalidade criminosa, o reforço da prevenção especial relativamente a reincidentes, a intensificação do combate às penas detentivas de curta duração, a identificação de vítimas especialmente débeis, a acentuação do valor da liberdade, a observância do princípio da legalidade e a promoção de novos bens jurídicos carentes de tutela.”⁵⁰⁵

Dez anos volvidos, em 2005, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 138/2005 procedeu-se a reformas na esfera da justiça penal propondo uma nova revisão quer do Código Penal, como do Código de Processo Penal, como também, “o enquadramento da definição e da execução da política criminal, a lei-quadro da reforma do sistema prisional e respectivos diplomas complementares e o regime das bases de dados para fins de investigação criminal”. Tal revisão veio a efetivar-se em 2007, através da Lei n.º 59/2007 de 4 de setembro, seguindo várias orientações, de onde se destacam: a) a diversificação das penas aumentando o leque das penas alternativas ou substitutivas da pena de prisão e alargando a sua aplicação; e, b) a repressão de fenómenos criminais graves considerados como ameaças insuficientes captadas pelos tipos criminais previstos no Código. A preocupação do legislador foi a de adequar o Direito Penal aos novos riscos, a fim de oferecer respostas para os crimes contra a Humanidade, o terrorismo, os tráficos de pessoas, armas e drogas, a criminalidade económica transnacional e outros fenómenos criminais graves que cruzam as fronteiras.

Como bem chama à colação GUEDES VALENTE, “as leis portuguesas de política criminal – 2007, 2009, 2015 e 2017 – marcadamente influenciadas pelo fenómeno do terrorismo, esgotam o âmbito de aplicação no quadro criminal, demonstrando que se esgrimem como produto de uma ciência auxiliar e intrasistémica ao Direito penal e não como uma ciência autónoma não jurídica e transsistémica ao Direito Penal”⁵⁰⁶. De facto, quando analisadas as sucessivas Leis-quadro de política criminal dos últimos anos, maioritariamente desde 2017, constata-se que de facto a tónica continua a ser mantida na persecução de crimes como o terrorismo, a criminalidade violenta organizada e grupal, os crimes de tráfico de pessoas, para efeitos de exploração sexual, laboral ou de tráfico de órgãos, os crimes contra o Estado, designadamente os crimes de corrupção e tráfico de influência, a criminalidade económico-financeira, em especial o crime de branqueamento de capitais, o tráfico de estupefacientes e de substâncias

⁵⁰⁵ PEREIRA, Rui Carlos – Código penal: as ideias de uma revisão adiada. In *Revista do Ministério Público*. ano 18, jul./set., 1997, p. 60.

⁵⁰⁶ Veja-se a posição do Autor relativamente à política criminal como ciência autónoma, na senda do ensinado por Figueiredo Dias, apresentando este a política criminal como “uma ciência transpositiva, transdogmática e transistemática face a qualquer direito penal positivo.” VALENTE, Manuel Guedes – *Do Ministério Público...*, pp. 92 e ss.

psicotrópicas, em particular as chamadas drogas sintéticas, entre outros⁵⁰⁷. Esta tendência, por tipologia de crime, tem-se mantido constante nas sucessivas leis de política-criminal – Lei n.º 55/2020, de 27 de agosto, Lei n.º 51/2023, de 28 de agosto – mantendo-se afinadas pelo mesmo diapasão, refletindo, por isso, um direito penal que é o produto de uma certa e concreta realidade. Mas se a assunção de uma estratégia de repressão e prevenção do crime, através de uma política criminal vem trilhando as consequências da transnacionalização do crime, podemos afirmar que a política criminal funciona assim como o motor de uma ideologia baseada na ideia de segurança que inevitavelmente se irá respaldar no sistema penitenciário. Se verificarmos nas duas últimas leis de política criminal, de 2020 e 2023, quanto à estratégia político-criminal, verificamos que de facto é colocada a ênfase nos tipos criminais alinhados com a característica da transnacionalidade, mas, quanto ao *modus executandum*, isto é, quanto à estratégia político-criminal de execução de penas aplicadas por força dos tipos penais referentes à criminalidade organizada, as orientações são parcas e genéricas, não diferenciando as tipologias criminais e as suas necessárias carências preventivo-especiais, com foco no criminoso condenado.

Assiste-se a uma generalização dos intentos preventivo-especiais que se depositam na instituição penitenciária e no seu desiderato de prevenção da reincidência, a qual compete à Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais. Ao cotejarmos o artigo 14.º da Lei n.º 55/2020, de 27 de agosto e da Lei n.º 51/2023, de 28 de agosto⁵⁰⁸, verificamos que a sua redação

⁵⁰⁷ De acordo com a Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto, estes são alguns exemplos de crimes de prevenção e investigação prioritárias.

⁵⁰⁸ O art. 14.º da Lei n.º 55/2020, de 27 de agosto, refere o seguinte: 1 - Compete à Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP):

a) Assegurar que os programas dirigidos a certas formas de criminalidade ou a fatores criminógenos específicos são disponibilizados tanto em meio prisional como em meio livre, por forma que a frequência daqueles possa ser associada ao cumprimento de pena de prisão, à execução de pena de prisão em regime de permanência na habitação ou à suspensão da execução da pena de prisão;

b) Desenvolver programas específicos de prevenção da reincidência para jovens adultos, bem como para condenados por crimes de violência doméstica, contra a liberdade e a autodeterminação sexual, de incêndio rural e rodoviários, incluindo-se a possibilidade de inscrição e frequência de aulas de condução para obtenção de título de condução e a integração em programas de desintoxicação do álcool, de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas, em meio livre ou prisional;

c) Disponibilizar ao CSM e à PGR informação sistematizada sobre os programas existentes, incluindo o seu conteúdo, os seus objetivos e as condições de frequência, designadamente para efeitos de ponderação no âmbito da suspensão provisória do processo, no cumprimento de pena de prisão, na execução de pena de prisão em regime de permanência na habitação ou na suspensão da execução da pena de prisão;

d) Promover o alargamento da bolsa de entidades beneficiárias do trabalho a favor da comunidade, com vista a aumentar o número, a alargar a abrangência geográfica e a diversificar o tipo dos postos de trabalho disponíveis, bem como disponibilizar aos tribunais informação sistematizada sobre os postos de trabalho existentes.

2 - A DGRSP assegura o alargamento a todo o território nacional dos programas a que se refere a alínea b) do número anterior.

Da mesma forma o art. 14.º da Lei n.º 51/2023, de 28 de agosto, refere que: “1 - Compete à Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP):

é decalcada e que, apesar de ter algumas especificações quanto a “programas específicos de prevenção da reincidência para jovens adultos, bem como para condenados por crimes de violência doméstica, contra a liberdade e a autodeterminação sexual, de incêndio florestal e rodoviários”, a verdade é que não oferece outras soluções quanto à criminalidade de jaez organizado.

E bem se diga que não oferece qualquer tipo de política criminal penitenciária *strictu sensu*, isto é, que coloque em evidência quais as necessidades executivas consoante o tipo de criminalidade em causa, em específico a criminalidade organizada. Por isso à bondade de as leis de política criminal abrirem o seu leque de ação aos crimes de jaez organizado não demonstram, por seu turno, o discernimento de prever a forma da sua execução.

Porém, esta tendência de desadequação não traduz um todo que deve ser considerado, e que repousa no facto de o legislador português ter vindo, essencialmente nos últimos trinta anos a produzir políticas criminais que vão de encontro ao objectivo de equilíbrio do sistema criminal. Para além de se verificar uma preocupação por parte do legislador no valor da celeridade processual, nomeadamente na diminuição do tempo que ocorre entre o momento da detenção e o momento de imposição de sentença simplificando o processo penal, há uma clara tendência para incentivar os juízes a recorrerem a sentenças menos pesadas para crimes menos graves, oferecendo-se um equilíbrio por parte do Ministério Público no encaminhamento do processo e também por parte dos tribunais na determinação da severidade das penas a impor. Mas, ao reservarem-se as penas de prisão para crimes mais graves, e ao passar-se a mensagem de

a) Assegurar que os programas dirigidos a certas formas de criminalidade ou a fatores criminógenos específicos são disponibilizados em meio livre e prisional, por forma a que a frequência daqueles possa ser associada ao cumprimento de pena de prisão, à execução de pena de prisão em regime de permanência na habitação ou à suspensão da execução da pena de prisão;

b) Desenvolver programas específicos de prevenção da reincidência para jovens adultos, bem como para condenados por crimes de violência doméstica, contra a liberdade e a autodeterminação sexual, de incêndio florestal e rodoviários, incluindo a possibilidade de inscrição e frequência de aulas de condução para obtenção de título de condução e a integração em programas de desintoxicação do álcool, de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas, em meio livre ou prisional;

c) Disponibilizar, no início de cada ano judicial, ao CSM e à PGR informação sistematizada sobre os programas existentes, incluindo o seu conteúdo, os seus objetivos e as condições de frequência, designadamente para efeitos de ponderação no âmbito da suspensão provisória do processo, no cumprimento de pena de prisão, na execução de pena de prisão em regime de permanência na habitação ou na suspensão da execução da pena de prisão;

d) Promover o alargamento da bolsa de entidades beneficiárias do trabalho a favor da comunidade, com vista a aumentar o número, a alargar a abrangência geográfica e a diversificar o tipo dos postos de trabalho disponíveis, bem como disponibilizar aos tribunais informação sistematizada sobre os postos de trabalho existentes.

2 - A DGRSP assegura o alargamento a todo o território nacional dos programas a que se refere a alínea b) do número anterior.

3 - As forças de segurança e a DGRSP articulam-se no quadro dos programas de prevenção da reincidência para condenados por crimes de incêndio florestal, nomeadamente no âmbito das medidas de vigilância e de acompanhamento a observar nos períodos de maior incidência de fogos, bem como quanto a programas de prevenção da reincidência para condenados por crimes de violência doméstica.

severidade para este tipo de crimes, dever-se-ia também melhorar as condições para o cumprimento das penas de prisão, aliviando, desde logo, a prisão-instituição.

Esta lacuna ilustra bem a desarticulação entre o subsistema legal representado pelo legislador, o subsistema penal representado pelo juiz e, ainda, o subsistema penal executivo.

Um dos fundamentos que pode ser apontado para esta tendência é a elevação do ideal de segurança que tem perpassado o Direito Penal como um todo, o que, a jusante, na fase executiva da pena alimenta e retroalimenta toda a indústria do penitenciário. É, pois, necessário compreender que os níveis de perigosidade têm oscilado com a evolução da própria sociedade, o que nem sempre se deduz do grau de perigo que o delinquente apresenta de *per si* mas do grau de utilização que os agentes estatais, mormente os judiciais, fazem da prisão, assistindo-se a uma veneração da clausura por um tempo cada vez mais longo, o que faz da prisão o mecanismo por excelência do confinamento do indivíduo.

À luz desta lógica securitária, promove-se a ideia de que a prisão funciona e é vista como uma estratégia punitiva institucional, mesmo que apenas se vise almejar o adiamento da atividade criminosa por parte de indivíduos perigosos, o que, em termos práticos, gera uma diminuição estatística do crime, mas não provoca uma consciencialização na pessoa do condenado nem produz uma efetiva redução da criminalidade.

Por isso, o campo atual da política criminal é amplo, não se podendo, nesse sentido, reduzi-la ao papel de conselheira da sanção penal, limitada à indicação ao legislador, de quando e como criminalizar condutas. É, pois, necessário que do que é ditado pelo legislador, imbuído pelas tendências político-criminais que se refratam na estipulação e no *design* das penas e das molduras penais, se estabeleça uma ponte entre a fase judicial da determinação da pena e a sua efetiva execução em meio prisional. Mas também, para além disso, é necessário oferecer um leque mais vasto de sanções que melhor se adequem às várias realidades penais. E, desde logo, o foco não poderá apenas incidir numa aposta recorrente na pena privativa da liberdade. Em matéria de criminalidade organizada podem ser desenhadas distintas opções que baseiem em dois vetores essenciais: de prevenção (geral e especial) e a necessidade de reformular o edifício das penas, tal como estão positivadas.

Do ponto de vista da organização do sistema de execução de penas, existem três áreas punitivas tradicionais: o da execução de penas e medidas na comunidade, o da privação da liberdade em estabelecimentos prisionais e ainda o sistema de vigilância eletrónica. Analisando os dados mais recentes quanto a estas tipologias de execução no universo punitivo interno,

constatamos que segundo as últimas estatísticas⁵⁰⁹ prisionais, a população prisional situa-se nos 12.500 presos, sendo que, por referência ao ano de 2023, estiveram em execução um total de 54.177 penas e medidas⁵¹⁰. Ainda assim, e comparando por exemplo com dados entre 1974 e 2020⁵¹¹, constata-se um crescimento exponencial do número de pessoas privadas da liberdade, o que revela uma tendência político-criminal encarceradora, demonstrando que a produção legislativa nacional, no que concerne às leis de política criminal, se têm cingido à prevenção, repressão e redução da criminalidade a fim de salvaguardar a defesa de bens jurídicos, a proteção da vítima e a reintegração do agente na sociedade.

Assim colocado o cenário, se se almeja pela reintegração do agente na sociedade, evidencia-se que a flutuação crescente do aumento do encarceramento – que atingiu o seu pico em Portugal nos anos ’90, que foi depois apaziguado com algumas reformas que visaram introduzir mecanismos alternativos à privação da liberdade, como foi o caso da vigilância eletrónica – tende a revitalizar o movimento centrífugo de *arrest-release-repeat* que marca uma tendência de reincidência no crime especialmente nas novas tipologias em que se insere a criminalidade organizada. O efeito não desejado desta aparente falência do sistema, giza-se no efeito perverso que a privatização do sistema prisional poderá trazer, um setor que deve manter-se, em nosso entender no domínio público e de total controlo do Estado.

7.1.A influência do direito europeu no sistema sancionatório interno - A tendência para a assunção de um espaço penal comum

A política criminal, como afirma RODRIGO ZIEMBOWICZ, “está em franco processo de “desnacionalização” ou “desestadualização”, tendo em conta que os Estados não possuem condições de detetar, prevenir e reprimir a criminalidade organizada transnacional, se atuarem isoladamente”⁵¹².

Desde o final do século XX e o início do século XXI, a criminalidade passou a assumir

⁵⁰⁹ Os números são os correspondentes ao período de 1 a 15 de abril de 2025. Disponível *online* em: <https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/SitPen.pdf> [Consultado em 31.03.2025].

⁵¹⁰ Tendo-se destacado a suspensão da execução da pena de prisão, medida de execução mais longa no tempo, com duração máxima de cinco anos, com 24.122 solicitações e uma representatividade de 44,52%.

⁵¹¹ Disponível *online* em: https://idpee.fd.uc.pt/pdfs/bd_2020.pdf. [Consultado em 01.04.2025].

⁵¹² ZIEMBOWICZ, Rodrigo Luís – Estimular e Proteger o Desenvolvimento Económico diante da Criminalidade Organizada. In Manuel Monteiro Guedes Valente (Coord.). *Criminalidade Organizada Transnacional – Corpus Delicti III*. Coimbra, Almedina, 2021, p.98.

novas formas passando as mesmas a afinar por um mesmo diapasão – o carácter transfronteiriço ou transterritorial.

O espaço internacional, mas, com mais incidência, o espaço europeu, não permaneceu imune à surgência deste tipo de criminalidade, arcando com o fardo trazido pela homogeneização e integração económica, que rapidamente disseminou um novo género de criminalidade.

Na verdade, o ímpeto da criação de um mercado comum associado à Comunidade Económica Europeia (CEE) nascida em 1957 no Tratado de Roma, que fornecesse o caldo progressista para uma melhor qualidade de vida dos cidadãos europeus, não conseguiu, no seu processo de crescimento, escudar-se de um certo tipo de criminalidade. De facto, com a criação de um mercado comum assente na livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais, abriu-se espaço para o nascimento de uma comunidade criminal europeia, potenciadora e germinadora de uma criminalidade complexa e assaz dissimulada, com tendência para a transnacionalidade.

Mais tarde, ao instituir-se a União Europeia, o Tratado de Maastricht⁵¹³ inaugurou uma nova era, ao estabelecer “uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus”. Isto significou que, ao erigir o terceiro pilar, que decorre do art. 3.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia (TUE)⁵¹⁴, concedeu-se uma maior legitimidade ao espaço de liberdade, segurança e justiça, iniciado com o Tratado de Maastricht⁵¹⁵ em 1992, reforçada em 1997 com o Tratado de Amesterdão, que, no essencial, modificou o Tratado da União Europeia e os Tratados que instituem as Comunidades Europeias, e que passou a prever pela primeira vez, um mecanismo de cooperação reforçada, e, assim, dependendo de determinadas condições, era possível que um

⁵¹³ A União criada pelo Tratado de Maastricht estabelecia competências, classificadas em três grandes grupos, designados por «pilares»: o primeiro «pilar» era constituído pelas Comunidades Europeias e fornecia um quadro no âmbito do qual deveriam ser exercidas pelas instituições comunitárias as competências que eram objeto de transferência de soberania pelos Estados-Membros nos domínios visados pelo Tratado; o segundo «pilar» era constituído pela política externa e de segurança comum, regida pelas disposições do Título V do Tratado da União Europeia; o terceiro «pilar» era constituído pela cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos, prevista no Título VI do Tratado. As disposições dos títulos V e VI estabeleciam uma cooperação de tipo intergovernamental que recorria a instituições comuns e se encontrava dotada de certos elementos supranacionais, nomeadamente a associação da Comissão Europeia e a consulta do Parlamento Europeu.

⁵¹⁴ Estipula o art. 3.º, n.º 2 do TUE o seguinte: “A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno.”

⁵¹⁵ Com o terceiro pilar, erigido sob o mote da cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos, coube à União Europeia desenvolver uma ação comum nestes domínios através de métodos intergovernamentais, a fim de proporcionar aos cidadãos um elevado nível de proteção. Esta ação incidia sobre os mais variados domínios, tais como as regras relativas à passagem das fronteiras externas da Comunidade e reforço dos controlos; a luta contra o terrorismo, a grande criminalidade, o tráfico de droga e a fraude internacional; a cooperação judiciária em matéria penal e civil; a criação de um Serviço Europeu de Polícia (Europol) dotado de um sistema de intercâmbio de informações entre as forças policiais nacionais; a luta contra a imigração clandestina e a política de asilo comum.

certo número de Estados-Membros recorresse às instituições comuns para organizar essa mesma cooperação entre si. É, no entanto, em 1999, com o Conselho Europeu de Tampere que se debate a criação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça na União Europeia⁵¹⁶, atingindo-se um novo paradigma da justiça penal, pela via do reconhecimento mútuo e da harmonização.

O Tratado de Amesterdão mencionou pela primeira vez a aproximação da legislação penal, em especial no seio da prevenção de combate do terrorismo, tráfico de seres humanos ou corrupção, fornecendo assim um “elevado nível de protecção aos cidadãos num espaço de liberdade, segurança e justiça”. Da mesma forma o Livro Verde sobre a aproximação, o reconhecimento mútuo e a execução das sanções penais na União Europeia eleva o objectivo da harmonização “ao estabelecer incriminações e sanções comuns relativamente a certas formas de criminalidade”, contribuindo “para dar aos cidadãos um sentimento comum de justiça, que é uma das condições da realização do espaço de liberdade de segurança e de justiça”, manifestando que determinados comportamentos são inaceitáveis e sancionados de forma equivalente”, conduzindo “a uma protecção eficaz e equivalente dos cidadãos em todo o território da União contra um fenómeno que se opõe a princípios e valores comuns dos Estados-Membros”. Por fim, o Tratado de Lisboa, envia também claramente no seu art. 67.º uma mensagem no sentido de aproximar as legislações por mor da garantia de um elevado nível de segurança e o Programa de Estocolmo, ao estabelecer as prioridades da União Europeia para o espaço de justiça, liberdade e segurança, imprime outrossim a necessidade de estabelecer regra mínimas comuns “com vista a melhorar a protecção dos cidadãos e o combate ao crime organizado e ao terrorismo.”

Um dos grandes desafios que permanecem no quadro da construção europeia é a ausência da discussão no sentido da construção de uma política criminal europeia. Este vácuo pode traduzir-se na falta de um sistema garantista e concomitantemente um adequado controlo

⁵¹⁶ Os pontos 5. e 6. das Conclusões da Presidência deste Conselho espelham a necessidade da criação deste espaço. A liberdade apenas pode ser disfrutada num verdadeiro espaço de justiça, onde as pessoas possam recorrer aos tribunais e às autoridades de qualquer Estado-Membro tão facilmente como o fariam no seu próprio país. Os criminosos não devem ter a possibilidade de tirar partido das diferenças entre os sistemas judiciais dos Estados-Membros. As sentenças e decisões devem ser respeitadas e aplicadas em toda a União, salvaguardando simultaneamente a segurança jurídica de base tanto dos indivíduos como dos operadores económicos. É necessário alcançar um grau mais elevado de compatibilidade e de convergência entre os sistemas jurídicos dos Estados-Membros.; 6. As pessoas devem contar que a União enfrente as ameaças que a grande criminalidade representa para a sua liberdade e os seus direitos. A fim de fazer face a estas ameaças, é necessário um esforço comum para prevenir e combater o crime e as organizações de criminosos em toda a União. Impõe-se a mobilização conjunta dos recursos policiais e judiciais para garantir que os criminosos ou os produtos do crime não se possam esconder na União.

jurisdicional europeu que tutele os direitos fundamentais. Um dos exemplos mais salientes prende-se com um desfasamento entre iniciativas de harmonização e as de aplicação do reconhecimento mútuo, ligado à abolição da dupla incriminação. Este mecanismo implica reconhecer que o que num Estado é crime, o é igualmente num outro, tratando-se, portanto, de um encontro consentido de soberanias e dos seus sistemas valorativos internos, no que concerne à repressão de comportamentos com desvalor social. Esta cedência de soberanias e de uma certa linearidade valorativa que Amesterdão pretendeu acentuar através da abolição da dupla incriminação, base do reconhecimento mútuo, resvala para um pretenso perigo – o perigo da criação de um espaço penal europeu repressivo, que privilegia um discurso criminalizador, de *prima ratio*, de intermitência com um discurso humanista, democrático e sobretudo lógico, que abre o caminho para um verdadeiro direito penal europeu.

A harmonização é assim o passo determinante para a efectivação de uma política criminal europeia. Se a harmonização é essencial no viés processual, nomeadamente nos mecanismos de investigação, uma vez que cada Estado tem os seus métodos de acordo com as suas necessidades investigativas, a questão coloca-se também ao nível material.

E deste modo as questões que se colocam são estas: Será desejável estabelecer níveis de penas máximas e limites mínimos? Até onde pode ir a harmonização?

A demanda pelo combate à criminalidade organizada não se compadece com medidas desenquadradas de um sistema integrado, que revertendo pretensões repressivas e securitárias contribuam para o equilíbrio entre a tensão liberdade-segurança ínsita na construção do espaço penal europeu. E repensar o sistema punitivo e da execução de penas deve também entrar na equação de um sistema penal gizado num mundo globalizado.

O Tratado da União Europeia (TUE) prevê, no art. 31.º, alínea e), "adoptar gradualmente medidas que prevejam regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis" em determinados domínios.

Este travejamento normativo de que resulta uma intenção de harmonização *tout court* demonstra no plano político-criminal uma mudança de paradigma quanto ao ser-se europeu na sua mais elementar forma de existência. Deste modo, colocar o tema do sistema punitivo como centro imperioso da discussão significa adotar uma visão integradora dos diversos sistemas jurídico-penais co-existentes e dos seus sistemas punitivos. Mais do que uma mera e abstracta comparação entre sistemas, dever-se-á ponderar, quanto ao sistema punitivo em si, qual é afinal o sentido da punição e por que se pune, sem nunca descurar a questão de, por quem se pune. Cabe à ciência penal no seu todo, mas sobretudo no que concerne à consequência jurídica, que é a pena, indagar qual o seu papel, e se, enquanto sanção, estará ou não a cumprir o seu propósito

– o preventivo, de um lado, e a salvaguarda e tutela dos bens jurídicos lesados ou colocados em perigo de lesão, por outro.

A aproximação das sanções penais tem o desiderato de uniformizar e compatibilizar o leque normativo dos Estados-Membros, por forma a reforçar a cooperação judiciária em matéria penal. Disso é exemplo o art. 83.º, n.º 2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que abre a possibilidade do estabelecimento de um mesmo denominador comum quanto às sanções ao apelar à aproximação das disposições legislativas através de regras mínimas: “Sempre que a aproximação de disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros em matéria penal se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objeto de medidas de harmonização, podem ser estabelecidas por meio de diretivas regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções no domínio em causa”⁵¹⁷.

O Conselho, através de decisões-quadro, já vem adotando disposições legislativas e regulamentares, no que respeita ao branqueamento de capitais, ao terrorismo, à criminalidade ambiental, ao tráfico de seres humanos, à corrupção no sector privado e a ajuda à entrada e permanência irregulares de cidadãos estrangeiros, com o desiderato de estabelecer um certo nível de harmonização penal.

A harmonização significa que, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se identifiquem necessidades e as diferenças prejudiciais em matéria de sanções e os eventuais limites que é necessário impor para garantir a realização de um espaço europeu de justiça. Na linha de ANABELA RODRIGUES, o travejamento de uma verdadeira política criminal europeia assenta na harmonização⁵¹⁸.

Nesta senda, não podemos esquecer que o espaço europeu coloca ainda alguns escolhos, mesmo depois de todos os esforços e as boas aragens trazidas pelos vários Tratados que foram edificando aquele espaço de “liberdade, segurança e justiça”. A segurança, como valor absoluto, abre o caminho, ainda que paradoxalmente, a um sentimento de inconturbada insegurança. É certa a convicção de que a segurança, enquanto valor a preservar para a sã convivência em sociedade, se deve trabalhar como produto da soma entre liberdade e justiça. A questão coloca-

⁵¹⁷ Disponível online em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF [Consultado em 29.10.2023].

⁵¹⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda – *A Emergência de uma Política Criminal Europeia: Traves-Mestras da sua Definição. Grupo I.2: Direitos Fundamentais, Justiça e Assuntos Internos, Congresso Portugal e o Futuro da Europa*. Lisboa: IEEL, 2003, p. 2. Disponível online em: https://www.e-cultura.pt/ieei/wp-content/uploads/docs/2022/PT_ADN_IEEI_003_0484%20A%20Emerg%C3%Aancia%20de%20uma%20Pol%C3%ADtica%20Criminal%20Europeia%20Traves-Mestras%20da%20sua%20Defini%C3%A7%C3%A3o,%20por%20Anabela%20Rodrigues.pdf

se quando as parcelas mudam de lugar na equação, e a segurança e a justiça se cristalizam como valores superiores à liberdade⁵¹⁹.

Esta assunção da segurança como uma espécie de único acesso viável à cidadela muralhada em que se traduz a União Europeia, pode ser verificada no menú de tipos de crime previstos no art. 83.º, n.º 1 do TFUE⁵²⁰, ou no exacerbado tendencialismo da *mens legislatoris* quando indica uma espécie de cura através de uma política assente na “segurança”. O art. 67.º, n.º 3 do TFUE⁵²¹, apoia-se numa lógica de não assunção da harmonização relegando a aproximação das legislações penais para um critério de necessidade. Assim esta opção afirma-se em toda a linha como a barreira inultrapassável da redenção europeia e encontra-se a um passo da sacralização de um direito penal belicista. Mas, será este definitivamente o caminho que se pretende trilhar?

Não podemos olvidar que o caminho para a harmonização não subalterniza a questão das divergências entre os catálogos legais dos Estados-Membros em matéria de sanções penais. Ademais estas clivagens são a afirmação das soberanias que devido a motivações históricas e às tradições jurídicas fortemente arreigadas nos sistemas jurídicos, adotam acervos normativos de acordo com uma determinada política criminal a fim de confrontar e responder a questões fundamentais no domínio do direito penal.

No entanto quando se fala em harmonização, em especial de uma harmonização penal de âmbito material, pretende-se erigir um espaço penal europeu democrático, que permita a construção de uma identidade europeia sem outrossim deixar de respeitar os respectivos entornos nacionais. O Direito Penal só pode lograr ser um direito de liberdade se eleger a harmonização como penhor da construção e manutenção de valores comuns e encerre em si a salvaguarda das pessoas como destinatários de uma normatividade que se impõe como *ultima ratio*.

⁵¹⁹ A este respeito Guedes Valente fala-nos que à mercê da construção de um espaço penal europeu com tendências securitárias, “a União Europeia defende uma orientação matemática de Direito Penal pró-securitário, em que a liberdade (L) e a segurança (S) adicionadas geram justiça (J). $L+S=J$.” Mas para este Autor, o Direito Penal deverá ser aquele “subordinado à legitimação democrática própria de um espaço democrático: em que a liberdade (L), se adiciona à justiça (J) e ambas gerem a segurança (S): $L+J=S$ ”. VALENTE, Manuel M. Guedes – *Direito Penal do Inimigo...*, pp. 138 e 139.

⁵²⁰ Cfr. Art. 83.º, n.º 1 do TFUE na versão consolidada: “O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de directivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infracções, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns. São os seguintes os domínios de criminalidade em causa: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada.”

⁵²¹ Art. 67.º, n.º 3 do TFUE na versão consolidada: “A União envida esforços para garantir um elevado nível de segurança, através de medidas de prevenção da criminalidade, do racismo e da xenofobia e de combate contra estes fenómenos, através de medidas de coordenação e de cooperação entre autoridades policiais e judiciais e outras autoridades competentes, bem como através do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal e, se necessário, através da aproximação das legislações penais.”

7.2. O respaldo político-criminal da uniformização de sanções – as normas mínimas no cenário europeu e o caminho da harmonização

A interconexão entre a panóplia de medos e perigos que se elevam a problemas de caráter mundial e que se encontram diretamente ligados ao mundo do crime, fazem com que tenham de nascer respostas por parte dos Estados.

Como temos vindo a constatar a *quaestio criminis* não se cinge a um só Estado, donde, é imperativo falar (cada vez mais) em cooperação *tout court* - no sentido da harmonização de valores e princípios que se escoem numa política criminal comum - com vista à debelação de um flagelo que ataca as sociedades e corrói as suas estruturas elementares, desde logo, o próprio Estado.

No caso da criminalidade transnacional, reconhece-se ainda um desemparelhamento entre as políticas criminais locais ou internas, associadas à pretensão punitiva de um Estado em punir condutas que têm um cunho internacional, mas que foi sendo aproximado com diversos instrumentos de uniformização que deram o salto no sentido da edificação de um verdadeiro direito penal europeu.

A aproximação das sanções penais, de um ponto de vista político-criminal não pode ignorar *ab initio* que qualquer passo que seja dado no campo da aproximação legislativa deve ancorar-se num quadro principiológico encimado por alguns princípios base, tais como o princípio da proporcionalidade e o da subsidiariedade⁵²².

No sentido de se atender à fortificação da trilogia liberdade, segurança e justiça na União Europeia, impõe-se uma questão muito justa: perante a edificação de uma realidade conjuntural de transformações criminológicas, qual a tendência que deve ser impressa ao discurso dos Estados na formulação da sua base e tronco punitivos? Afinal, qual o caminho para uma política criminal que abdique de uma certa intransigência populista permanente?

Impõe-se uma resposta afirmativa dos Estados, um dever de *facere*, que ofereça em unísono às penas e medidas de segurança uma mesma finalidade – a de prevenção, colocando a pena privativa da liberdade nos antípodas das soluções de *prima ratio*.

⁵²² O Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, anexo ao Tratado CE pelo Tratado de Amesterdão, contém os critérios de aplicação destes princípios. Ademais é no próprio Tratado de Amesterdão que no seu artigo 4.º estipula o seguinte: “Em relação a qualquer proposta de texto legislativo comunitário, os motivos em que esta se baseia serão tornados expressos de modo a demonstrar que obedece aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade; as razões que permitam concluir que um determinado objectivo da Comunidade pode ser alcançado mais adequadamente ao nível comunitário devem ser corroboradas por indicadores qualitativos e, sempre que possível, quantitativos.”

Para levar a cabo o desiderato da criação e manutenção válida de um espaço de liberdade, segurança e justiça na União Europeia, é necessário que se empreendam todos os esforços de aproximação na aplicação e execução das penas, uma vez que se reconhece que os Estados-membros de forma isolada não cumprem os objectivos da aproximação sendo os mesmos melhor executados numa dimensão europeia.

Quais devem ser então as grandes questões no domínio da aproximação das sanções penais?

Em primeiro lugar há-de reconhecer-se que para atingir estes objectivos, as medidas de aproximação pretendidas devem incidir sobre diferentes aspectos relacionados com as sanções a que correspondem, sendo que se podem englobar em duas grandes questões: a) as sanções a considerar, e para isso estão implicadas razões de política criminal, uma vez que não é suficiente a harmonização de penas se ao nível da sua determinação operarem critérios mais ou menos rigorosos, que divergem de Estado para Estado; b) em segundo lugar a escolha de uma sanção aplicável implica necessariamente uma escolha quanto às modalidades de execução dessa sanção que, após serem harmonizadas, deveremos questionar de que forma serão depois executadas.

Apesar da boa intencionalidade destas duas grandes vertentes propostas, há que ressaltar que não se trata de harmonizar de forma simultânea e, a curto prazo, de propor a uniformização de todas as sanções penais na União Europeia, pois tal não seria nem desejável nem juridicamente exequível. Mas, ao estabelecer sanções comuns relativamente a certas formas de criminalidade, contribuir-se-ia para sedimentar um sentimento comum de justiça, que é uma das condições da realização do espaço de liberdade, segurança e justiça, ao mesmo tempo que determinaria que certos comportamentos são inaceitáveis e sancionados de forma equivalente, o que também conduziria a um nível adequado de protecção em todo o território da União Europeia contra um fenómeno que se opõe a princípios e valores comuns dos Estados-Membros, como é o caso da criminalidade organizada transnacional.

O corolário de um espaço europeu de justiça, que opte pela harmonização das suas sanções, submetendo comportamentos criminosos idênticos a sanções semelhantes para os autores dos factos, independentemente do local onde a infracção seja cometida, constitui um dos domínios considerados prioritários, pois só através da aproximação das disposições de direito penal material e penal executivo, certas formas de criminalidade poderão ser debeladas de forma eficaz.

A estipulação de normas mínimas no espaço europeu contribui igualmente para impedir que os autores de infracções, por exemplo, os envolvidos na criminalidade organizada beneficiem da divergência de penas entre os Estados, evitando que se desloquem de um Estado para outro

para iludir acções penais ou a execução de penas. As conclusões de Tampere, no seu ponto 5⁵²³, salientam que os autores de infracções não devem ter a possibilidade de tirar partido das diferenças entre os sistemas judiciais dos Estados-Membros, o que é mais evidente no contexto da criminalidade económico-financeira⁵²⁴.

Finalmente, a aproximação das normas de direito penal relativas a sanções e sua execução contribui para facilitar a aceitação do reconhecimento mútuo das sentenças, visto reforçar a confiança mútua. A aproximação não constitui, no entanto, uma condição *sine qua non* do reconhecimento mútuo. Trata-se, isso sim, de dois mecanismos complementares que permitem concretizar o espaço judicial europeu. A compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros seria, pois, facilitada, em conformidade com a alínea c) do artigo 31º do TUE e, por outro lado, melhorada a cooperação entre as autoridades competentes dos Estados-Membros no que respeita à execução das decisões – alínea a) do artigo 31º do TUE. Condições de execução das penas compatíveis entre os Estados-Membros contribuiriam para reintegrar as pessoas, permitindo-lhes purgar as penas num Estado-Membro diferente daquele em que a sentença foi proferida.

No que respeita às sanções, foram fixadas as penas aplicáveis. A fórmula utilizada para a harmonização das sanções consistiu em estabelecer penas eficazes, proporcionais e dissuasivas, procurando cada vez mais fixar o mínimo da pena máxima. Esta abordagem, que se limita à pena privativa de liberdade, conduz, do ponto de vista da Comissão, a uma aproximação mínima que poderá revelar-se insuficiente para a realização dos objectivos mencionados. A Comissão pretende responder à eventual necessidade de identificar os domínios em que se justifique uma acção ao nível da União.

Acresce ainda que as acções lançadas pela Comunidade com base no Tratado da União Europeia não prejudicam as competências que esta detém em matéria de realização dos objectivos enunciados no artigo 2º do TCE, para impor aos Estados-Membros que adoptem sanções eventualmente de carácter penal, a nível nacional, quando tal se revele necessário para

⁵²³ O ponto 5 das Conclusões do Conselho Europeu de Tampere refere o seguinte: “5. A liberdade apenas pode ser disfrutada num verdadeiro espaço de justiça, onde as pessoas possam recorrer aos tribunais e às autoridades de qualquer Estado-Membro tão facilmente como o fariam no seu próprio país. Os criminosos não devem ter a possibilidade de tirar partido das diferenças entre os sistemas judiciais dos Estados-Membros. As sentenças e decisões devem ser respeitadas e aplicadas em toda a União, salvaguardando simultaneamente a segurança jurídica de base tanto dos indivíduos como dos operadores económicos. É necessário alcançar um grau mais elevado de compatibilidade e de convergência entre os sistemas jurídicos dos Estados-Membros.”

⁵²⁴ Não se deve, porém, deixar de se fazer referência à efetivação do princípio do “ne bis in idem” no quadro europeu, que, ao abrigo do artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, princípio que consagra o direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito, que demonstra que a sua aplicação estará mais facilitada se as penas aplicáveis forem comparáveis e efectivamente aplicadas.

atingir o objectivo comunitário. Entre estes domínios podem citar-se, por exemplo, a protecção do ambiente, incluindo a proibição de descargas ilegais por navios ou a política comum de pescas.

Para além da pena de prisão, os sistemas penais dos Estados-Membros prevêem uma vasta gama de sanções. Por outro lado, mesmo que se fixe a mesma pena em relação a uma infracção, divergências importantes nas normas gerais de direito penal dos Estados-Membros provocam diferenças entre a pena pronunciada e a pena executada.

O presente Livro Verde contém uma análise comparativa da legislação dos Estados-Membros. A situação nos países em vias de adesão não pôde ser tida em consideração nesta fase, visto que os estudos utilizados na sua elaboração não abrangiam a legislação de todos estes países. No âmbito da consulta lançada pelo Livro Verde, os países em vias de adesão terão, como é óbvio, a possibilidade de exprimirem os seus pontos de vista. A Comissão instá-los-á a enviar-lhe contribuições, por forma a completar as informações factuais relativas à respectiva legislação nas matérias abrangidas pelo Livro Verde.

Neste contexto, podemos interrogar-nos, em termos de eficácia, se a sanção é efectivamente aplicada e se esta aplicação tem efeito dissuasivo, por forma a reutilizar conceitos bem conhecidos que vingam desde o processo do "milho grego ou jugoslavo" e que estão na base do sistema de aproximação das sanções patente nos textos adoptados no âmbito do terceiro pilar. Em conclusão, a sanção sofrida é o resultado final de uma equação complexa com um número extremamente elevado de variáveis. Donde, o mote seria intervir sobre todos os factores para garantir sanções iguais entre as diversas ordens jurídicas.

Para concretizar este mandato, foram já adoptados pelo Conselho alguns instrumentos legislativos (decisões-quadro), no que respeita à fraude dos meios de pagamento que não efectuados em numerário, a contrafacção do euro, o branqueamento de capitais, o terrorismo, a criminalidade ambiental, o tráfico de seres humanos, a corrupção no sector privado e a ajuda à entrada e permanência irregulares de cidadãos estrangeiros. Estão em discussão outros instrumentos no Conselho e no Parlamento Europeu, entre os quais propostas de decisões-quadro relativas à poluição originada por navios ou ao racismo e à xenofobia. As decisões-quadro têm por objectivo aproximar as disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros. Vinculam-nos quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

O debate em torno das penas alternativas à prisão e mesmo sobre uma estratégia europeia alternativa à prisão ou sobre as perspectivas de uma justiça reparadora assenta sempre no debate quanto à protecção dos direitos fundamentais ao nível das garantias processuais e do seu

controlo jurisdicional. De facto, devemos pensar se este não será o momento chave para realizarmos o projecto penal europeu.

De um ponto de vista genérico, falar de política criminal é falar na elevação do direito penal ao expoente humanista e à defesa da liberdade em nome da segurança. Não podemos negar que existe um novo paradigma ao nível da justiça penal europeia – pela via do reconhecimento mútuo e da harmonização – não obstante o défice na procura de uma política criminal europeia. Segundo ANABELA RODRIGUES, “a tarefa de harmonização ao nível processual é tão mais importante quanto se tiver em conta a rápida evolução de novos métodos e técnicas de investigação e de vigilância que as inovações tecnológicas permitem. (...) A emergência de um sistema de justiça penal europeia parece inevitável. Mas falta «um projecto a longo prazo» que lhe dê sentido. A passagem de um espaço para um sistema de justiça penal não se faz por si. Há uma mudança de perspectiva que pressupõe opções essenciais, quer ao nível material quer processual, que ainda não foram pensadas de forma sistemática nas suas consequências últimas. Quando a construção europeia é «pré-determinada por combates» – o tráfico de seres humanos, a criminalidade organizada e, agora, o terrorismo –, é o pendor securitário e repressivo do penal que ressalta. Temos agora a oportunidade de repensar a Europa penal. Esta pode representar uma «mais-valia potencial», em relação aos sistemas nacionais, no plano da protecção dos direitos e liberdades e no equilíbrio liberdade/segurança”⁵²⁵.

Este mesmo pensamento encontra-se gizado naquilo que FIGUEIREDO DIAS discorre quando refere que “uma política criminal que se queira válida para o presente e para o futuro próximo e para um estado de direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do direito penal que só intervenha com os seus instrumentos próprios de atuação ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem”.

A política criminal é, por isso, também limitada por um quadro ético-valorativo constitucional que funciona como bússola orientadora e balança de contrapesos no quadro da atividade punitiva do Estado. O labor e o pensamento jurídico colocam o legislador e o aplicador do direito diante de uma visão bifurcada que põe ante si a necessidade de fazer opções valorativas novas e, ao mesmo tempo, manter-se fiel às fundações ético-jurídicas do direito e das suas conquistas civilizacionais. Este é o grande desafio.

Um facto que não podemos descurar é a crise identitária que vivemos. No mundo da pós-

⁵²⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda e MOTA, José Luís Lopes da – *Para uma Política Criminal Europeia - Quadro e Instrumentos Jurídicos da Cooperação Judiciária em Matéria Penal no Espaço da União Europeia*. Coimbra Editora, 2002, p. 120.

modernidade em que estamos inseridos, a era da pós-verdade, o Estado soçobra e os poderes públicos vêm-se enleados em crises cíclicas de descrédito social o que leva a que, em consequência, haja um menor envolvimento dos cidadãos na *res publica*.

O “discurso da crise”, como o apelida HENRIQUES GASPAR, modela o dia-a-dia na justiça. Como o mesmo refere “é o discurso da crise – da crise da justiça: recorrente, circular, nascido de fragmentos ocasionais e impressionistas, que se auto-alimenta, mas vai fazendo opinião, que produz e reproduz a definição totalitária da agenda mediática, volátil e errática”⁵²⁶.

A aproximação dos vários direitos penais europeus é uma medida de política criminal que visa uma harmonização de normas penais nacionais, que, apesar de serem díspares devem ser repensadas por forma a preverem soluções punitivas próximas.

O caminho para um espaço integrado penal europeu, que congregue soluções regionais para problemas além-fronteiras vai no sentido de uma verdadeira “regionalização político-criminal”⁵²⁷. Esta transformação no tecido político-criminal evidenciou-se com especial acuidade a partir a emergência de novas formas de delinquir, aliada ao fenómeno da globalização em que se dispersaram redes criminosas de forma vertiginosa e em que um certo tipo de criminalidade encontra vantagens e atua e se expande num solo físico, social e histórico propiciador de um ambiente que cultiva e germina a especial danosidade do crime, confundindo-se o lícito e o ilícito, a dificuldade de interceptação e posterior sancionamento do crime. Se esta trama traz evidentes questões jurídico-penais, do ponto de vista sancionatório num prisma interno, devido às concretas características da criminalidade organizada, relevam também algumas questões que forçosamente se colocam num prisma externo, isto é, ao nível europeu.

Os vários Tratados Europeus, desde Maastricht⁵²⁸, em 1992, passando pelo Tratado de

⁵²⁶ GASPAR, António Henriques – A justiça e a Crise: a recorrência do discurso e a realidade. In *Revista do Ministério Público*, n.º 95, Lisboa, 2003, p. 17.

⁵²⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda – *Um sistema sancionatório...*, p. 292.

⁵²⁸ Título VI, artigo K.1: “Para a realização dos objectivos da União, nomeadamente o da livre circulação de pessoas, e sem prejuízos das atribuições e competências da Comunidade Europeia, os Estados-membros consideram questões de interesse comum os seguintes domínios: 7) A cooperação judiciária em matéria penal”. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=PT> [Consultado em 26.08.2022]. O Tratado da União Europeia, assinado em Maastricht em 1992, introduziu alterações com consequências relevantes para a repressão do crime organizado. Tal como previamente referido, a mais importante destas alterações terá provavelmente sido a institucionalização dos grupos *ad hoc* através quer da sua inclusão no tratado, quer da criação do Terceiro Pilar dedicado à justiça e assuntos internos. Dentre os resultados de tal institucionalização, podemos sublinhar o desenvolvimento da cooperação policial, alfandegária e judicial que procurou alcançar posições de consenso relativamente à fronteira externa da ue e a políticas de asilo e imigração, assim como um esforço considerável no sentido de desenvolver meios mais eficazes de acção contra o tráfico de drogas, imigração ilegal, terrorismo e crime organizado.

Amesterdão⁵²⁹ foram prodigiosos no alargar do horizonte em direção ao direito penal europeu. Em 1992, com a adoção do Tratado de Maastricht, começou a desenhar-se o “espaço de liberdade, segurança e justiça”, mote para o alargamento das competências da UE, que até aí se encontravam limitadas à esfera económica. De facto, o Tratado que instituiu a União Europeia, ao reconhecer como tema de interesse comum, tendente à realização dos objetivos da União, a repressão da fraude internacional, a cooperação judiciária em matéria penal e a cooperação policial, tendo em vista a prevenção e a repressão do terrorismo, o tráfico ilícito de drogas e outras formas graves de criminalidade internacional, estabelecendo mesmo a possibilidade de criação de um sistema de intercâmbio de informações no âmbito de uma Unidade Europeia de Polícia, aponta, claramente, ao futuro espaço de liberdade, segurança e justiça para a realização dos objetivos da União, nomeadamente o da livre circulação de pessoas, e sem prejuízo das atribuições e competências da Comunidade Europeia.

Deste modo, os Estados-Membros consideram questões de interesse comum os seguintes domínios: 1) a política de asilo; 2) as regras aplicáveis à passagem de pessoas nas fronteiras externas dos Estados-Membros e ao exercício do controlo dessa passagem; 3) a política de imigração e a política em relação aos nacionais de países terceiros: a) as condições de entrada e de circulação dos nacionais de países terceiros no território dos Estados-Membros; b) as condições de residência dos nacionais de países terceiros no território dos Estados-Membros, incluindo o reagrupamento familiar e o acesso ao emprego; c) a luta contra a imigração, permanência e trabalho irregulares de nacionais de países terceiros no território dos Estados-Membros; 4) a luta contra a toxicomania; 5) a luta contra a fraude de dimensão internacional; 6) a cooperação judiciária em matéria civil; 7) a cooperação judiciária em matéria penal; 8) a cooperação aduaneira; 9) a cooperação policial tendo em vista a prevenção e a luta contra o terrorismo, o tráfico ilícito de droga e outras formas graves de criminalidade internacional, incluindo, se necessário, determinados aspectos de cooperação aduaneira, em

⁵²⁹ No Tratado de Amesterdão levou-se mais além o alcance da cooperação, passando o Título VI, em especial o Artigo K.1, a deter a seguinte redação, onde aliás já se aflora o tema da criminalidade organizada: “Sem prejuízo das competências da Comunidade Europeia, será objectivo da União facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça, mediante a instituição de acções em comum entre os Estados-Membros no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal e a prevenção e combate do racismo e da xenofobia. Este objectivo será atingido prevenindo e combatendo a criminalidade, organizada ou não, em especial o terrorismo, o tráfico de seres humanos e os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de droga e o tráfico ilícito de armas, a corrupção e a fraude, através de : — uma cooperação mais estreita entre forças policiais, autoridades aduaneiras e outras autoridades competentes dos Estados-Membros, tanto directamente como através do Serviço Europeu de Polícia (Europol), nos termos do disposto nos artigos K.2 e K.4, — uma cooperação mais estreita entre as autoridades judiciárias e outras autoridades competentes dos Estados-Membros, nos termos do disposto nas alíneas a) a d) do artigo K.3 e no artigo K.4, — uma aproximação, quando necessário, das disposições de direito penal dos Estados-Membros, nos termos do disposto na alínea e) do artigo K.3.”

ligação com a organização, à escala da União, de um sistema de intercâmbio de informações no âmbito de uma Unidade Europeia de Polícia (Europol).

Este esforço legal que quer evidenciar-se e que preconiza uma verdadeira aproximação das legislações baseou-se na existência de diferenças notáveis entre as legislações dos Estados-Membros em matéria de sanções. A *ratio essendi* para esta clivagem assenta em motivos históricos, culturais e jurídicos próprios de cada ordenamento jurídico europeu e que são o reflexo da evolução das sociedades e, por conseguinte, da forma como os Estados foram confrontados e responderam a questões fundamentais no domínio do direito penal. Isto significa que optar por uma via de harmonização implique desde logo um choque com uma tradição de uma certa coerência interna de cada Estado, pelo que uma mudança abrupta nas legislações sem atentar nas características de cada sistema pode acarretar perigos e distorções. Um caminho de harmonização apenas é possível com uma aturada análise da necessidade dessa harmonização, onde se identifiquem necessidades, em função dos objectivos estabelecidos e de identificar as diferenças que possam colocar obstáculos em matéria de sanções e os eventuais limites que se hão-de esgrimir para a garantia da realização de um espaço europeu de justiça.

A inexistência de entidades de entorno internacional suficientemente capazes de emanar poder punitivo (*ius puniendi*⁵³⁰) que extravase as fronteiras de um Estado associada à carestia de órgãos e entidades legitimadas para a perseguição e repressão do crime, e, bem assim, a falta de eficácia que muitas vezes é demonstrada ao nível judicial faz com que se reproduzam as dificuldades para o debelamento da criminalidade organizada transnacional, herança da globalização.

Como elucida INÊS HORTA PINTO, a aproximação das sanções penais poderá congregar vários objectivos, pois, ao estabelecer incriminações e sanções comuns relativamente a certas formas de criminalidade, a União envia uma mensagem simbólica, contribuindo para dar aos cidadãos um sentimento comum de justiça, que é uma das condições da realização do espaço de liberdade de segurança e de justiça. Além disso, manifestaria claramente que determinados comportamentos são inaceitáveis e sancionados de forma equivalente⁵³¹.

Assim, a aproximação relativa à incriminação de um comportamento, bem como ao nível da sanção que lhe é atribuído, conduz a uma protecção eficaz e equivalente dos cidadãos em

⁵³⁰ Figueiredo Dias distingue Direito Penal e *Ius Puniendi*. Para o Professor de Coimbra, do direito penal (*ius poenale*) costuma distinguir-se o direito penal em sentido subjetivo (*ius puniendi*), com poder punitivo do Estado resultante da sua soberana competência para considerar como crimes certos comportamentos humanos e ligar-lhes sanções específicas. DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal...*, p. 6.

⁵³¹ PINTO, Inês Horta – *A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais na Europa (Finalidades, Obstáculos, Realizações e Perspetivas de Futuro)*. Coimbra Editora, 2013, pp.110 e ss.

todo o território da União contra um fenómeno que se opõe a princípios e valores comuns dos Estados-Membros.

O Tratado da União Europeia (TUE) prevê, no artigo 31.º, alínea e) a adoção gradual de medidas "que prevejam regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis" em determinados domínios. Esta abordagem é confirmada no Plano de Acção do Conselho e da Comissão sobre a melhor forma de aplicar as disposições do Tratado de Amesterdão relativas à criação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça. A Conclusão n.º 48 do Conselho Europeu de Tampere de 1999, foi exímio em concluir pela necessidade de uniformizar as sanções criminais ao nível das legislações nacionais em matéria penal, nomeadamente a criminalidade financeira (branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção do euro), o tráfico de droga, o tráfico de seres humanos, nomeadamente a exploração de mulheres, a exploração sexual de crianças, os crimes de alta tecnologia e os crimes contra o ambiente, através de decisões-quadro que têm por objectivo aproximar as disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros, vinculando quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios a adotar.

A via para a harmonização, que se queda entre a cooperação (auxílio entre Estados) e a unificação (adoção de regras comuns a todos os Estados-Membros), nem sempre se mostra um caminho possível, quer porque emergem razões ligadas à preservação das soberanias nacionais ligadas a tradições jurídicas internas e às exigências político-criminais que se fazem sentir.

Assim, a preocupação crescente da criação de mecanismos supranacionais que sejam aptos a combater de forma eficaz a criminalidade transnacional, tem-se traduzido na criação de instrumentos que permitam limar as insuficiências decorrentes das legislações nacionais. Estes instrumentos existem, tanto a um nível regional como internacional, não só como um meio de harmonização e aproximação das legislações penais como ainda para erigir um modelo de legitimação supranacional que estabilize a eficácia da norma e nesse sentido abra caminho ao combate robusto dos fenómenos criminais.

Quando dissertou acerca do aparecimento do direito internacional penal, DELMAS-MARTY colocou a questão do aparecimento daquele ramo do direito de forma bipartida, isto é, como um processo de “criminalização da oportunidade” e a “criminalização de vocação permanente”⁵³². Em ambos os casos do que verdadeiramente se trata é de atender a necessidades

⁵³² DELMAS- MARTY, Mireille – *Os Grandes Sistemas de Política Criminal...*, p. 517.

práticas atinentes a um quadro de “guerra”, que há-de fazer face às dificuldades emergentes das infrações organizadas à escala internacional.

A colocação por aquela autora faz emergir a questão de qual o papel assumido pelos diplomas supranacionais e qual deve ser o impacto que os mesmos têm, quer a um nível intra-legal, como também a um nível inter-legal. Inegável é a asserção de que as grandes linhas em que se apoiam estes diplomas têm o condão singular de apontar as finalidades primordiais de estabelecer o que, num dado período histórico-social, deve ser criminalizado e de estabelecer o quantum sancionatório para tal desvio comportamental. Por isso prossegue a mesma autora que “este apego dos Estados à soberania nacional do poder de punir incita-os a uma interpretação extensiva da competência territorial, completada por uma competência dita “universal”. (...) Por outro lado, a emergência, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, de um verdadeiro direito internacional dos direitos humanos que poderia demarcar o limite, segundo mecanismos comparáveis aos do direito europeu dos direitos humanos, do conjunto de estratégias de política criminal, quer se trate de criminalização ou de descriminalização, ou ainda de estratégias de ruptura, e mesmo de estratégias de adaptação”⁵³³.

8. A *ratio* de intervenção punitiva do Estado como forma de legitimação – a possível política criminal do futuro e um direito penal de terceira via (?)

A função de intervenção do Estado enquanto “o ente que pune” foi flutuando ao longo da história assumindo três importantes e demarcadas fases: uma de cunho religioso, outra de cunho político e por fim uma fase jurídica.

De acordo com MARC ANCEL, “a primeira conceção de justiça penal foi uma conceção religiosa; ela consiste em garantir a expiação do criminoso culpado por haver atentado contra a Divindade. O crime suscita a cólera dos Deuses que só será apaziguada pelo castigo expiatório. (...) A execução da pena ganha assim um aspecto sagrado que caracteriza esse “período teocrático que constatamos na história de quase todos os povos”⁵³⁴.

Apesar desta ideia de expiação que parece reencontrar-se nos tempos atuais, assiste-se ao eclodir de um discurso garantista – como instrumento de inapelável e rígida defesa dos direitos humanos e de um sistema democrático – que se mostra como o último reduto para ultrapassar

⁵³³ DELMAS- MARTY, Mireille – *Os Grandes Sistemas de Política Criminal...*, p. 516.

⁵³⁴ ANCEL, Marc – *A Nova defesa social: um movimento de política criminal humanista*. Tradução de Heleno Cláudio Fragoso. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1979, p. 226.

a afluência hipercriminalizadora da *Law and Order* ou da política criminal da Tolerância Zero, que parecem ainda ser herança daquele modelo expiatório. A famosa frase de WILLIAM BRATTON, chefe da polícia municipal de Nova Iorque “Em Nova Iorque, sabemos onde está o inimigo”, é ilustrativa de como a utilização do direito penal como primeiro recurso de intervenção é usado para dirimir problemas, neste caso de cariz social, que, em primeira linha, não caem no seu escopo de atuação. A teoria das janelas partidas ou na sua expressão original, “the broken windows theory”⁵³⁵, formulada em 1982 por James Wilson e George Kelling, pretendia fazer uma espécie de cerco às franjas mais desfavorecidas da sociedade, sobretudo as que habitavam as ruas da cidade de Nova Iorque. O método usado é revelador do desejo desenfreado da erradicação do inimigo público, afinal dos mais marginalizados pela sociedade.

A tendência para a afirmação de um direito penal máximo, que pugna por um direito penal manifestamente repressivo e de tom punitivo desenfreado, é concebido como um instrumento de defesa social, isto é, de proteção da maioria contra uma minoria que delinqui, optando por modelos caracterizados por um reforço sancionatório que se envida a todo o custo nos discursos político-partidários e o saudosismo revivencialista do modelo inquisitorial do processo e que grassam de forma avassaladora na maioria dos países ocidentais. Como SALO DE CARVALHO ilustra, “a perda do significado ilustrado do direito e a legitimação de novo irracionalismo, potencializado pelas teses neoliberais de Estado mínimo na esfera social e máximo na esfera penal, redundam na solidificação de verdadeiro Estado Penal”⁵³⁶. Por esse motivo, surge aquilo que se designa por direito penal mínimo, que a par do garantismo enformam um paradigma de minimização da violência da intervenção punitiva, balizando limites, a fim de criar uma orla de direitos inerentes à pessoa. Se FERRAJOLI aponta, no que respeita ao delito, dois tipos de limites – as garantias penais substanciais e as garantias penais processuais – atrever-nos-íamos a acrescentar uma terceira – as garantias de execução da pena. Estas garantias encontram-se dispersas em vários instrumentos legais, desde logo com os processos de incorporação

⁵³⁵ Para uma mais completa e aprofundada análise desta teoria e das críticas que lhe podem ser assacadas, vide KAMALU, Ngozi C. and ONYEOZILI, Emmanuel C. – *A Critical Analysis of the ‘Broken Windows’ Policing in New York City and Its Impact: Implications for the Criminal Justice System and the African American Community*. In *African Journal of Criminology and Justice Studies*: Vol. 11: Iss. 1, Article 6. Disponível online em: <https://digitalscholarship.tsu.edu/ajcjs/vol11/iss1/6/>.

Os autores apontam o seguinte: “Critics of broken windows strategy maintain that its success is exaggerated and oversold. They argue that the decline in crime in the city was not a consequence of the strategy, but due to improved economy, declining numbers of teenage males, and the decline in crack cocaine use. The broken windows strategy in fact yielded unintended consequences and other collateral effects because of its negative impact on the racial minorities. Furthermore, it created enormous financial burden on the criminal justice system by diverting limited resources for social programs to punishment and incarceration, thus undermining the traditional police-community emphasis of effective policing”.

⁵³⁶ CARVALHO, Salo de – *Pena e Garantias*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, pp. 80-81.

constitucional dos direitos e garantias, principalmente a partir da carta da ONU em 1948, em que ocorre a positivação de grande parte da cadeia principiológica garantista. Os instrumentos de avaliação da legitimidade das normas, anteriormente situados fora dos sistemas constitucionais, são afirmados no plano jurídico interno, passando os valores e princípios informadores das normas constitucionais a atuar como mecanismos de avaliação da substância das demais normas infra-constitucionais.

Almeja-se hoje por uma política criminal mais garantista. O Estado de Direito democrático estrutura-se em torno de princípios democráticos da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana e, por isso, por mera vocação moral gizada na Constituição, visa-se uma (re)construção de um modelo político-criminal a partir de uma concepção da teoria do garantismo que torne efetivas as garantias constitucionais, nomeadamente, na esfera penal.

O binómio que se situa entre o “cidadão amigo” e o “cidadão inimigo” e que abre renovadamente a discussão em torno daquilo que deve ou não ser uma sociedade empurra-nos para um permanente confronto dentro das muralhas do direito penal e, dentro deste, da razão de punir⁵³⁷.

O garantismo ferajoliano, é “um modelo normativo de direito, caracterizado, no plano epistemológico, como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, no plano político, como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência (e maximizar a liberdade) e, no plano jurídico, como sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do estado na garantia dos direitos dos cidadãos”⁵³⁸. O propugnado por FERRAJOLI é a opção por um modelo de política criminal de mínima intervenção que salvguarde os direitos fundamentais dos cidadãos e que mantenha em níveis mínimos a “violência estatal” que está ínsita ao próprio direito penal, porque na verdade a pena em si considerada, sendo um mal em si mesmo, tem, contudo, de ser justificada, a fim de não ser aplicada de forma injustificada ou excessiva. No entanto, foi CESARE BECCARIA que, antes de FERRAJOLI, introduziu a ideia de garantismo e inaugurou uma nova era do constitucionalismo democrático garantista. É mais recentemente que FERRAJOLI vem reavivar o legado de BECCARIA, resumindo o mesmo a três perspetivas: o Direito Penal como um sistema de garantias; a consolidação do pensamento jurídico constituinte e o seu carácter militante frente à crise hodierna do garantismo. A primeira perspetiva, ou seja, a visualização do direito penal

⁵³⁷ Quer uma opção quer outra negam o Direito Penal por obliterarem os princípios da igualdade, da proporcionalidade e da legalidade. Neste sentido seguimos VALENTE, Manuel Guedes – *Do Ministério Público...*, pp. 113, n. 196 e pp. 149-162.

⁵³⁸ FERRAJOLI, Luigi – *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Luis Flávio Gomes *et alii*. São Paulo: RT, 2002, p. 786.

como um sistema de garantias traduz-se no que BECCARIA já referia quanto à pena: “para que toda a pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a mais pequena possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixada pelas leis”. Não se pode deixar aqui de antever o caráter contratualista que Beccaria usava na própria conformação da pena e, por conseguinte, a sua legitimação e, por outro lado, já se deixava entrever uma importante preocupação com o princípio da proporcionalidade. A segunda perspetiva, relacionada com a consolidação do pensamento jurídico, descortina o caráter de subordinação à lei fundamental, o que implica, desde logo, desenhar um plano de limites ao direito penal que é encontrado numa dimensão constitucional e objetivado nos direitos fundamentais que dimanam da constituição e num plano mais abrangente nos direitos humanos positivados em diversos instrumentos internacionais. Neste sentido podemos confirmar, partindo de uma visão ferrajoliana, que o garantismo encontra a sua legitimação nos referentes constitucionais, onde se valida e ao mesmo tempo se limita. O que quer dizer que um sistema que assenta no garantismo, não se basta numa propalação desmedida de direitos, mas, ao invés, estabelece um leque de instrumentos para que se possam proteger os direitos. Como refere CRESPO: “Um sistema de direito garantista é aquele que não se limita a proclamar direitos, mas antes que estabelece os mecanismos necessários para os proteger a partir de uma Constituição em sentido forte, vinculante, inclusivamente, para o legislador, que se vê limitado também pelos princípios que aquela contém”⁵³⁹. Finalmente a terceira perspetiva, que colide com a própria essência do garantismo em si, e que é o da sua crise. Ora, esta crise está intimamente ligada com o surgimento de um clima punitivista em que se verifica um fenómeno de expansão da punitividade, em clara contradição com a pretensão de reduzir o Direito Penal a um núcleo duro, correspondente, na sua essência, ao denominado Direito Penal Clássico.

Este estado de coisas leva a que, segundo ZAFFARONI, se criem condições de exceção aos direitos humanos de primeira geração, que se repartem em três ordens de ideias: “poderes excepcionais dos polícias, a construção de tipos penais nebulosos e a redução de garantias processuais”⁵⁴⁰. A que, acrescentaríamos, a obsessão pelo encarceramento.

Esta obsessão respalda-se no parco investimento estadual na prevenção e repressão do crime organizado que não se pode ancorar numa ideia solitária de repressão de uma criminalidade que afinal galga fronteiras e enfraquece soberanias. Há-de no fundo reconhecer-

⁵³⁹ CRESPO, Eduardo Demétrio – *A Metamorfose do Direito Penal...*, p. 78.

⁵⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio - El antiterrorismo y los mecanismos de desplazamiento. In J. R. Serrano-Piedecabras & E. Demetrio Crespo (Dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid, Iustel, p. 370.

se um estado geral de impreparação dos órgãos estaduais responsáveis pela persecução criminal, a qual deriva de uma política criminal presa a uma conceção muitas vezes desvirtuada e desfasada da realidade presente e cujas terminações desabam numa política de encarceramento desadequada e inanimada devido a fatores de desadequação da prisão-instituição e dos seus alicerces: edifícios, recursos humanos, políticas de ressocialização e execução dessa mesma ressocialização, meios institucionais e logísticos.

Nesse sentido, e, por se estar perante uma criminalidade muito grave, de efeitos danosos avultadíssimos e cuja violência é bem conhecida, tem-se convocado um discurso de encurtamento dos direitos, liberdades e garantias do delinquente, pretendendo-se que o respeito pelos direitos fundamentais seja inconciliável com a eficácia da perseguição deste tipo de criminalidade, e doravante, da eficácia da repressão e consequente punitivização (em que se insere a execução da pena). Trata-se, como a apelida ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, de uma política criminal autoritária, conservadora e utilitarista e ancora-se debaixo de uma legislação “da emergência”⁵⁴¹, em que encontramos fenómenos como o do tráfico de droga, o terrorismo e a restante criminalidade organizada. Com o crescimento da criminalidade organizada, o binómio segurança-garantismo ganha um relevo crescente nas tendências legislativas, *maxime*, quanto a uma certa exacerbação punitiva. Esta banalização do punitivismo, no sentido em que lhe dá destaque pelo seu endurecimento, pode concorrer para uma política criminal pouco eficaz, a montante, quando se concorre para o fortalecimento da tendência do aumento das penas, e, mesmo, do retorno da pena de prisão perpétua (alas mais radicais do discurso político), e, a jusante, para a persistência em modelos de ressocialização inadequados ou, em muitos casos, insuficientes, para recuperar um criminoso específico, que floresce de dentro pra fora dos muros, tornando a prisão mais uma etapa do percurso criminoso.

Por isso a política criminal, devendo ser permeável à carência ou ao excesso de intervenção penal, deverá mitigar os clamores populares, favorecedores de uma aplicação drástica do direito penal. Nas sábias palavras de LABORINHO LÚCIO estes clamores traduzem-se numa “opinião pública de reforço legitimador de uma política criminal caracterizada por “uma diminuição de garantias, por uma ampliação do direito penal e por um aumento do poder do Estado”⁵⁴².

⁵⁴¹RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga — La Ley de seguridad ciudadana: un sintoma de la crisis del poder ejecutivo. Especial consideración del sistema penal. In *Themis, Revista De Derecho*, (32), 1995, p. 147.

⁵⁴² LABORINHO LÚCIO, Álvaro — Processo Penal e Consciência Coletiva. In *Que Futuro para o Direito Processual Penal. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código do Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, p. 146. A este propósito, o autor apoia-se em Hassemer, a fim de vincar a questão da manutenção de um círculo mínimo ou o núcleo essencial dos direitos fundamentais, precisamente pela necessidade de garantir limiares mínimos de proteção.

Se a nossa perspectiva se trata de encontrar um modelo politico-criminal conforme às carências evidenciadas pela existência de uma criminalidade que se transfigura, devemos almejar por uma política criminal humanista, democrática e progressista como concretizadora dos direitos fundamentais e busca por um espaço de segurança que permita o desenvolvimento do indivíduo no seio social com a garantia da tutela estatal quanto à manutenção do bem-estar coletivo, i.e., interrogamo-nos que nível de punitivismo queremos que se extraia de uma política criminal assim gizada.

8.1.Uma política-criminal e um direito penal expansionista?

LUIGI FERRAJOLI fala-nos, a este propósito, de um direito penal dicotômico, ou de dois extremos: “direito penal mínimo” e “direito penal máximo”, colocando num pólo maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas. Entre os dois extremos, como se viu, existem diversos sistemas intermediários, até o ponto de que se deverá falar mais apropriadamente, a propósito das instituições e dos ordenamentos concretos, de uma tendência ao direito penal mínimo ou de uma tendência ao direito penal máximo. Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira os níveis normativos superiores e, a outra, os níveis normativos inferiores, e dando lugar com sua separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e a uma ilegitimidade tendencial dos segundos”⁵⁴³.

Esta (in)sana convivência mostra ainda assim um desequilíbrio e, por vezes, alguma desorientação política de alguns Estados, que, à mínima tempestade social pendem para sistemas maximalistas do direito penal. A tentação por um hiper-punitivismo e uma hiper-criminalização de condutas, relembra DOUGLAS HUSACK⁵⁴⁴, assevera o exacerbado crescimento e expansão da lei penal. Ou seja, muito direito penal, leva-nos a um *overpunishment* (excesso de punição) e a uma *overcriminalization* (excesso de criminalização), ambos produtos do expansionismo penal.

Foi inspirado na “sociedade de risco” do sociólogo ULRICK BECK que SILVA SÁNCHEZ cunhou a expressão “expansionismo penal”, tendo analisado o mesmo como um fenómeno das

⁵⁴³ FERRAJOLI, Luigi – *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 83.

⁵⁴⁴ HUSACK, Douglas – *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 3 a 17.

sociedades contemporâneas e o seu reflexo intrínseco nas legislações internas. Por isso, para SILVA SÁNCHEZ “no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la «reinterpretación» de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término «expansión»”⁵⁴⁵.

Assim colocadas as coisas, este novo modelo punitivo leva-nos a almejar por um direito penal que se modernize⁵⁴⁶ atendendo a que, se por um lado se assiste a um desejo desenfreado de que o Direito Penal seja usado para, de forma musculada, debelar condutas que colocam a paz social em causa, por outro, para manter a essa paz, o Direito Penal tem de saber alargar o seu espectro de proteção “en orden a la protección de intereses que no pertenecían su ámbito clásico de aplicación”⁵⁴⁷. O grande desafio está em alcançar um ponto médio que permita lograr um Direito Penal de intervenção moderada, ou seja, nem demasiado alargado nem demasiado afunilado. A este propósito SILVA SÁNCHEZ propõe um “direito penal de terceira velocidade em que a pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”⁵⁴⁸.

Esta terceira via, preconizada por SILVA SÁNCHEZ, estipula uma seccionação do Direito penal em diversos patamares ou níveis de exigência, configurando uma lei penal de duas velocidades. A primeira corresponderia ao Direito penal clássico, respaldado na pena de prisão, leal aos princípios, os quais devem ser mantidos bem como as regras de imputação e princípios processuais. Por seu turno o direito penal de segunda velocidade seria uma espécie de direito penal acessório, no qual se integrariam crimes de perigo presumido Este autor estabelece, assim, dois níveis de rigor dentro do direito penal: um, mais rigoroso, para o núcleo duro de criminalidade e outro, mais flexível, para as figuras com que deve enfrentar os novos riscos da

⁵⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – *La Expansión...*, p. 20.

⁵⁴⁶ Esta ideia de modernização, alerta Silva Sánchez, não pode ser levada ao extremo de pensar-se uma subtração de garantias uma vez que no se trata de (...) tampoco aceptar sin reparos el proceso e desnaturalización del sistema garantías del Derecho Penal. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – *La Expansión...*, p. 176.

⁵⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – *La Expansión...*, p. 158.

⁵⁴⁸ Para o autor o Direito Penal teria uma primeira velocidade representada pelo direito penal da prisão (Derecho penal de la cárcel), em que vigorariam os princípios político criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais e um direito de segunda velocidade em que se aplicariam penas de privação de direitos ou pecuniárias em que tais princípios e regras podiam ser flexibilizados de forma a atenuar a sanção. Silva Sánchez, Jesús-María – *La Expansión...*, p. 183.

sociedade moderna. Para além disso, Silva Sánchez propõe uma terceira velocidade do direito penal, em que o direito penal convocaria uma ampla relativização das garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais. Sem negar que esta terceira velocidade descreve uma área que deve ser reduzida à expressão mínima, o mesmo autor considera que ela é inevitável em certas áreas excepcionais (crime de natureza profissional, violenta e repetida delinquência sexual), ou fenómenos como o crime organizado e terrorismo, que ameaçam minar os fundamentos do Estado.

A emergência do direito penal do inimigo, ou seja, todo o cidadão que se desvincula da ideia de direito, torna-o um ser de rotina, isto é reincidente, profissionalizado em crime e suscetível de ser integrado em estruturas criminosas organizadas, formulando um ser distribuidor de perigo permanente. O presente estado de coisas pode levar a que haja um tendencial endurecimento das penas privativas de liberdade, sendo por isso necessário que o Direito Penal capaz de proteger o indivíduo para as eventuais investidas tirânicas dos Estados cegos por uma noção de segurança exacerbada que desprestigia os direitos e as garantias constitucionalmente consagradas, pois como assevera ROXIN: “Mientras que el Derecho Penal, como “magna carta del delincuente”, según expresa confesión de Lizst, protege no a la comunidade, sino al individuo que “se rebela contra ella”, garantizándole el derecho “de ser castigado sólo bajo los presupuestos legales y únicamente dentro de los limites legales”⁵⁴⁹.

Também no séc. XX e em mais alguns anos para além da primeira década da actual centúria, ao invés do sentido atrás descrito, principalmente no mundo anglo-saxónico, existe um sector doutrinal e jurisprudencial que defende a aplicação, em especial para certo tipo de criminalidade, maxime a económico-financeira (*white-collar crime*, em sentido lato), de penas curtas de prisão, pelo elevado potencial especial-preventivo que as mesmas encerram (e, de jeito reflexo, para toda a comunidade, em uma forma que temos por dupla: por um lado, os indivíduos dos grupos sociais mais favorecidos percebem que a lei não é “letra morta” e que não têm o estatuto de “intocáveis”, ao passo que as demais pessoas vêem o sistema em funcionamento mesmo em relação àqueles que, amiudadas vezes, entendem como estando acima do próprio sistema). Mesmo na Europa do *civil law*, autores existem que manifestam algum apreço pela teoria do *sharp-short-shock*⁵⁵⁰. Em Espanha, salientando o seu relevo no

⁵⁴⁹ ROXIN, Claus – *Política Criminal y Sistema del derecho penal*, 2.ª Edição, 1.ª Reimpressão, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, p. 33.

⁵⁵⁰ É o caso de CLAUD ROXIN/GUNTHER ARZT/KLAUS TIEDEMAN – *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 31.

âmbito da criminalidade económico-financeira⁵⁵¹, ao negar uma reabilitação genérica das penas curtas de prisão por esta via, mas ao reconhecer que, em hipóteses excepcionais, nomeadamente nos crimes de white-collar e nos delitos muito pouco graves e repetidos por pessoas de alta condição económica, o efeito de *shock* possa desempenhar, *in casu*, as finalidades punitivas.

Em termos punitivistas pode-se hoje falar em três velocidades do Direito Penal. SILVA SANCHÉZ fala-nos numa primeira⁵⁵² e segunda velocidade, relacionadas com a imposição de uma pena privativa da liberdade ou penas alternativas ao delinquente, respetivamente.

Na conceção daquele autor, uma primeira velocidade seria representada pelo direito penal do cárcere, em que haveriam de ser mantidos rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais. Esta primeira velocidade é apresentada sob diversas denominações – direito penal mínimo, direito penal clássico, direito penal de garantias, direito penal tradicional, direito penal – que sendo contemporâneo à Revolução Francesa de 1789, ancora-se no princípio de legalidade difundido pelos burgueses liberais para limitar o poder absolutista do Estado. Este direito penal encontra os seus pontos cardeais em princípios bem definidos e basilares como sejam o princípio da intervenção mínima, ladeado pelos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, bem como nos direitos fundamentais, cuja finalidade é tutelar os direitos e constitucionais e de direito internacional. Nesta concepção do direito penal de garantias a função penal é restrita aos direitos individuais e não pode ser usado como instrumento de tutela dos novos e grandes riscos, próprios da sociedade presente – a sociedade do risco. Assim, e com um apoio na teoria do garantismo de FERRAJOLI, um direito penal clássico implica uma redução dos mecanismos punitivos do Estado ao mínimo necessário, justificando-se a intervenção penal aos casos estritamente necessários para a proteção dos cidadãos. Um direito penal clássico que se caracteriza assim como uma *potestas*, um poder, reduzido a um mínimo de intervenção, o que se pretende através de todo o seu edifício epistemológico; que igualmente, se traduz, sob um ponto de vista político como um meio de tutela idóneo que tem a finalidade de minimizar a violência e de maximizar a liberdade; e que, sob um ponto de vista técnico-jurídico se evidencia

⁵⁵¹ Cf. BERISTAIN IPIÑA, Antonio – *La pena...*, pp. 159-160. Não anda longe desta última, a posição de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS – *Direito Penal português...*, pp. 360-365.

⁵⁵² Esta primeira velocidade encontra-se assim gizada nas lições de Silva Sánchez: “Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – *La Expansión del Derecho penal...*, p. 193.

como um sistema vinculativo emanado da função punitiva do Estado e que constitui-se como um penhor dos direitos dos cidadãos.

Uma segunda velocidade, para os casos em que, “por não se tratar de prisão, senão de penas privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras próprios da primeira velocidade poderiam experimentar uma flexibilização proporcionada a menor intensidade da sanção”⁵⁵³. O que quer dizer que na primeira velocidade são assegurados todos os direitos e garantias constitucionais, penais e processuais penais, enquanto que a segunda velocidade, permite que sejam prejudicadas algumas garantias processuais do delinquent (como por exemplo no caso da suspensão provisória do processo, tendo em vista critérios de celeridade e eficácia). O direito penal de segunda velocidade é de facto o que representa um maior desafio uma vez que almeja reduzir ao máximo a aplicação das penas privativas de liberdade, somente reservando aos estabelecimentos prisionais os indivíduos que não tenham condições para permanecer em sociedade.

O escopo desta segunda velocidade do direito penal é, de uma banda, manter o núcleo rígido do direito penal, onde devem ser mantidos os princípios do direito penal tradicional dirigidos à proteção subsidiária de bens jurídicos individuais, na teoria da ação penal (individualização da responsabilidade penal, imputação objetiva e subjetiva e culpa e, de outra banda, instituir um outro campo jurídico-penal dirigido em específico à proteção dos riscos da modernidade, em que opere a uma espécie de anestesia aos princípios do direito penal clássico, das garantias, cedendo lugar a outros princípios com maior grau de flexibilização, ainda que controlada, ancorados na tutela antecipatória de interesses coletivos indefinidos, para os quais se requereria uma menor intensidade de garantias.

Mas se existem autores como FIGUEIREDO DIAS que se mostrapositor ao direito penal de duas velocidades⁵⁵⁴, pois é inadequado para o debelamento de fenómenos penais específicos trazidos à luz do dia com o advento da sociedade do risco, existem outros autores que pretendem o retorno o direito penal mínimo, construído para a tutela dos bens jurídicos individuais e com direta vinculação aos princípios constitucionais de garantia. Outros autores, porém, sugerem que a maioria dos fenómenos expansivos do direito penal deveria ser reconduzida a uma espécie de direito administrativo sancionador.

⁵⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – *La Expansión del Derecho penal...*, p. 194.

⁵⁵⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de - *Direito penal: parte geral - questões fundamentais - a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 134.

A terceira velocidade do Direito Penal, ao contrário do Direito Penal do Cidadão, não observa os princípios fundamentais expressos no texto constitucional⁵⁵⁵, apresentando o Direito Penal segundo uma concepção anti-garantista. A terceira velocidade edificada segundo a teoria do Direito Penal do Inimigo, ao desejar agregar e segregar grupos específicos de indivíduos que representem uma ameaça à sociedade, para depois lhes restringir direitos fundamentais, vê na finalidade da pena uma forma de resguardar a sociedade de factos futuros relegando para segundo plano os factos cometidos, não os punindo.

Recentemente vem surgindo na doutrina o conceito de uma quarta velocidade⁵⁵⁶ do Direito Penal, propondo que chefes de Estado que cometam crimes contra a humanidade, sejam julgados pelo TPI, onde os direitos e garantias individuais são reduzidos, uma vez que a população mundial avista nesses crimes um ato de crueldade.

Isto quer dizer que se espera uma política criminal de resultado, todavia a mesma encontra-se ameaçada por uma política criminal de perigo, como bem explicita SANZ MULAS: “La exigencia de mayor respuesta frente al fenómeno de la delincuencia organizada, viene justificada en la mayor peligrosidad de estas formas delictivas respecto a la delincuencia individual (mayor desvalor de acción), y por suponer un ataque a bienes adicionales al afectar a la propia estabilidad del sistema político y/o económico del Estado (mayor desvalor del resultado)”⁵⁵⁷.

Mas perguntamos, esta política criminal ou conjunto de medidas tomadas dentro dos variados e sucessivos governos, tem sabido responder ao fenómeno do crime organizado?

Cesare Beccaria defende que não deve haver distinção entre as penas aplicadas aos nobres e as penas aplicadas aos plebeus. Na sua obra *Dei Delitti e Dele Pene*, BECCARIA refere-se à punição dos nobres. Escreve o mesmo: “Quais serão então as penas adequadas aos delitos dos nobres, cujos privilégios constituem em grande as leis das nações? Não examinarei aqui se esta distinção hereditária entre nobres e plebeus é útil num governo ou necessária na monarquia, se é verdade que constitui um poder intermédio, que limite os excessos dos dois extremos, ou se ela constitui antes uma classe que, escrava de si mesma e dos outros, encerra em um círculo

⁵⁵⁵ A existência de uma terceira velocidade coloca-se quando “o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – *La Expansión del Derecho penal...*, p. 193.

⁵⁵⁶ Ao que podemos observar, a quarta velocidade do Direito Penal iniciou-se no Julgamento de Nuremberga (entre 1945 e 1949), onde foram julgados os crimes praticados pelos nazis durante a II Guerra Mundial (1939-1945).

⁵⁵⁷ SANZ MULAS, Nieves – *Política Criminal...*, p. 178. Segundo a autora, as organizações criminosas têm capacidade para desestabilizar a organização política – através do uso de meios intimidatórios e violentos e do recurso à corrupção, como meio de infiltração no poder, perturbando os princípios do funcionamento da Administração, em particular os princípios da igualdade, legalidade e eficiência; desestabilizar o sistema económico – através do recurso à corrupção e ao branqueamento de capitais, que tem depois refrações ao nível do custo dos produtos que contribui para a desigualdade social.

estreitíssimo toda a circulação de crédito e de esperança – semelhante àquelas fecundas e amenas ilhotas que surgem nos arenosos e vastos desertos da Arábia – e se, mesmo que a seja verdade que a desigualdade é inevitável ou útil na sociedade, seja também verdade que ela deve existir mais nas classes do que nos indivíduos, deter-se numa parte mais do que circular por todo o corpo político, perpetuar-se mais do que nascer e destruir-se a cada instante. (...) ⁵⁵⁸.

Conclusões

O Direito apresenta-se como uma realidade em mutação e deve apresentar soluções válidas, isto é, legalmente eficazes perante os desafios que se lhe colocam. Se ao Direito compete limitar a ação punitiva do Estado, então é ao próprio Estado que se impõe proteger o cidadão, já que também se lhe assaca a responsabilidade de punir. Nos seus plúrimos interesses, ideais e valores cabe ao Estado proteger o cidadão proporcionando-lhe os meios devidos, para se poder defender de qualquer ataque exógeno ou mesmo endógeno, onde se encontra a tutela penal para que possa, de forma livre exercer os seus direitos.

A criminalidade organizada transnacional veio colocar desafios a vários níveis – de ordem sociológica, económica, histórica e jurídica, tendo impacto mais saliente no ramo jurídico-criminal, onde se posiciona. A criminalidade organizada, proveniente de um mundo globalizado, veio colocar em perspetiva a ideia de Estado, a ideia de poder e a ideia de segurança e o valor da liberdade, que, quando lida em conjugação com todas as outras premissas gera uma espécie de caos na ordem mundial a que o Direito não deve ficar indiferente. Se ao Direito Penal cabe colocar a ordem à frente do caos, designadamente usando o seu acervo preventivo e repressivo, então esse Direito Penal deve alicerçar-se em opções que do ponto de vista jurídico-criminal sejam válidas para um determinado tempo e lugar. Para além de que o Direito Penal deve também estribar-se em normas válidas, vigentes e eficazes que concorram para o restabelecimento da validade da norma que se exauriu com o cometimento do facto criminoso.

Tratámos de compreender nesta primeira parte do nosso ponto de partida como é que afinal a criminalidade organizada transnacional se coloca como uma ameaça ante os Estados. Para compreencermos a ameaça, mostrou-se imperioso perceber a mudança que se veio operando num recorte sociológico que catapulta a conceção de Estado – ou seja, a passagem da

⁵⁵⁸ BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos...*, pp. 105-106.

ideia de um Estado-nação, fechado, virado para dentro dos seus muros, para um Estado-líquido, cujas fronteiras esmorecem face à própria ambiguidade de ideia de soberania. É, pois, por isso necessário que se compreenda a criminalidade organizada transnacional como um fenómeno que nasce de uma realidade sociológica singular e cria uma realidade endógena que cria a sua própria identidade – uma realidade sem fronteiras, que preconiza o medo e expande o perigo, através do aumento do grau do risco. Face à expansão do perigo, a liquidez provocada pelos movimentos transfronteiriços de pessoas, bens e serviços reformula a própria matriz político-económica que sustenta uma criminalidade assente na obtenção de avultados lucros.

Assim, impende sobre o aquele que pensa e executa o Direito o esforço de definir um determinado estado de coisas, que, ao existir, devem ser normativizadas. Mas a criminalidade organizada, como vimos, não congrega essa singeleza na definição que a aturada mão do legislador inflama. A orientação que se tem vindo a dar nos textos-norma, quer de compleição supra-nacional quer interna, e o desastre provocado nos normativos nacionais de fenómenos como a COT, adensam a rutura da segurança jurídica em prol de uma confusão jurídica. Os mecanismos jurídicos internacionais e regionais, apesar de indicarem as diretrizes procedimentais para a apreensão dos produtos do crime ou de promoverem ações concertadas entre os Estados-membros pela via da cooperação e disseminação de medidas preventivas, como foi exemplo disso a Convenção de Palermo, apresentam dissonâncias. Mas nunca podemos olvidar também que a própria DUDH, a CEDH, os vários tratados que se foram construindo até Lisboa e a CDFUE são a base em que assente Palermo, pois todas estas normas têm também sido patrocinadoras de normas intensas e robustas, nas dimensões constitucional e penal.

Mas há que ter a agilidade mental para nos darmos conta que há uma dimensão de fatalidade na construção que tem vindo a ser feita da COT, ou seja, tudo o que se soma a uma pretensa sensação de certeza jurídica traz consigo, por vezes, a necessidade da previsão de consequências jurídicas ajustadas a um pensamento repressivo-retributivo de elevado carácter criminógeno e também da adoção de meios e instrumentos jurídico-processuais que laminam o garantismo da intervenção estatal na repressão do crime (organizado).

A esta amálgama sociológica em que este tipo de criminalidade germina acresce o seu enquadramento político-criminal, uma vez que o próprio contexto em que se desenrola deixa pouca margem para uma atuação que se quer conjunta, concertada e com os meios adequados e necessários para ser debelada.

No meio desta crise social que é fruto da criminalidade organizada e o refluxo que a mesma provoca dentro das estruturas institucionais do Estado, devemos pensar que direito penal

devemos continuar a ter. Se a apologia de um Direito Penal que abandone o seu entorno punitivo, isto é, centrado na pena, parece tentador, porquanto apresenta alternativas mais viáveis para a resolução de conflitos, tributamos ainda assim, que só um modelo que assente num poder punitivo – a pena – pode ser a panaceia para a cura dos grandes males da modernidade, pois o Direito Penal, pelo nosso óculo de visão, legitima-se e externaliza-se através do seu modo intrínseco de ser: punir dentro das margens de contenção da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade, da fragmentaridade e da humanidade.

Não podemos também esquecer que, se escolhemos o modelo punitivo, baseado na pena (de prisão/multa), não podemos polarizar demasiado a ideia de segurança, uma vez que fará com que o cidadão caia no “complexo do inimigo”, que reemerge a questão jakobsiana do direito penal do inimigo, ao invés de nos submergirmos a um Direito Penal do cidadão. A lógica da inversão dos papéis que tão facilmente polula nas mentes dos fiéis seguidores dos populismos penais, não se pode mais atracar no silogismo “mais crime, logo prisão”, mas antes numa ideia de “mais crime, melhor prisão”, na medida em que devemos olhar o cidadão condenado como um verdadeiro sujeito de direitos.

Mas se o desejo desenfreado de “combater” o homem-ameaça é hoje o pêndulo central de qualquer política interna de um Estado, percebemos que apesar das boas intenções político-legislativas, o sistema de execução de penas transporta para o seu interior uma visão securitária tornando o cidadão encarcerado vítima do seu próprio processo dessocializador, durante o período em que se encontra privado da liberdade.

As tendências político-criminais mais recentes têm demonstrado por outro lado que o abandono de políticas de carácter expansionista abre caminho para novos horizontes, no sentido de que se caminha no sentido de oferecer ao cidadão o máximo de condições possíveis para que evite reincidir. As grandes opções de política criminal (não só as previstas neste biénio, mas também as anteriores) têm vindo a apontar no sentido da prevenção, repressão e redução da criminalidade, que permita, numa terceira vertente, reintegrar os agentes do crime na sociedade. O Anexo à Lei n.º 51/2023, de 28 de agosto⁵⁵⁹, que define os objetivos, prioridades e orientações

⁵⁵⁹ Esta lei encontra-se organizada em cinco capítulos, a Lei-Quadro da Política Criminal tem como objeto a condução da política criminal através da definição de objetivos, prioridades e orientações em matéria de prevenção de criminalidade, investigação criminal, ação penal e execução de penas e medidas de segurança. Esta lei-quadro de política criminal coloca no centro o acusado ou condenado, realçando a importância em garantir o acompanhamento e a assistência das pessoas acusadas ou condenadas pela prática de crimes e em promover a reintegração das mesmas na sociedade.

da política criminal para o biênio de 2023-2025, em cumprimento da Lei n.º 17/2006, de 23 de maio, que aprova a Lei-Quadro da Política Criminal, realça, quanto à matéria de tráfico de droga, que a esta é a primeira lei de política criminal a acolher o meio prisional como prioritário em matéria de investigação e a necessidade de agir e de repor a paz social num ambiente que se quer de reinserção social.

FONTES: HART, H.L.A. – *Punishment and responsibility. Essays in the Philosophy of Law*; VILAJOSANA, Josep M. – *Las Razones de la Pena*; FERRAJOLI, Luigi – *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*; CARVALHO, Salo de – *Penas e Garantias*; AQUINO, S. Tomás de – *Summa Theologica, I, II*; HASSEMER, Winfried - *Die neu Lust auf Trafe*; Apud GÜNTHER, Klaus – *Crítica da Pena*; SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Introdução e Teoria da Lei Penal*; COSTA, José de Faria – *Beccaria e o Direito Penal (Três Estudos)*; CORREIA, Eduardo - *Direito criminal, I: Lições do Prof. Eduardo Correia ao curso do IV ano jurídico*; BELEZA, Teresa Pizarro - *Direito penal, I*; PATTO, Pedro Vaz – *Reflexões sobre o fim das penas. Psicologia e Justiça*; JAKOBS, Günther – *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*; HOBBS, Thomas – *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*; ROXIN, Klaus – *Problemas Fundamentais de Direito Penal. Sentidos e Limites da Pena Criminal*; COSTA PINTO, Francisco de Lacerda da – *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*; PALMA, Maria Fernanda – *O Argumento Criminológico e o Princípio da necessidade da pena no Juízo de Constitucionalidade*; GRECO, Luís – *Por que inexistem deveres absolutos de punir*; BLOY, René – *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe*; DIAS, Jorge de Figueiredo – *Novos Rumos da Política Criminal*; RODRIGUES, Anabela Miranda – *A Posição Jurídica do Recluso na Execução Privativa da Liberdade. Seu Fundamento e Âmbito*; ZAFFARONI, Eugénio Raúl – *O Inimigo no Direito Penal*; BOBBIO, Norberto - *Locke e o Direito Natural*; DWORKIN, Ronald – *O Império do Direito*; ZIPPELIUS, Reinhold – *Teoria Geral do Estado*; LAMEGO, José – *A Teoria Pura do Direito de Kelsen*; FREITAS, Pedro Miguel Fernandes – *A Determinação da Medida da Pena privativa da Liberdade – Um olhar crítico a partir do direito anglo-saxónico*; HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich - *Princípios Fundamentais da Filosofia do Direito*; BITENCOURT, Cezar Roberto - *Tratado de Direito penal: parte geral*; FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal, Parte Geral, II, Penas e Medidas de Segurança*; NETO, António Salomão e DAVID, Décio Franco – *Reflexões sobre a pens em Hegel: (In)compreensão e Dificuldade de Superação*; HASSEMER, Winfried - *Punir no estado de direito*; GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho (Org.) - *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*; VON LIZST, Franz – *La idea de fin en Derecho Penal*; JAKOBS, MELIÁ, Manuel Cancio – *Derecho Penal del Enemigo*; MOORE, Michael - *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Os Direitos humanos no direito penal reintegrador: a afirmação do direito penitenciário*; DIAS, Jorge de Figueiredo – *Breves Considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em Direito Penal Económico*; BARATTA, Alessandro – *Ressocialización o control social – por um concepto crítico de reintegración social del condenado*; MORAIS DA ROSA, Alexandre e JOBIM DO AMARAL, Augusto – *Cultura da Punição: A Ostentação do Horror*; MESSUTI, Ana – *O Tempo como pena*; SANTOS, Cláudia Maria Cruz – *O Crime de Colarinho Branco (Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*; ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre o Estatuto e Função da Criminologia Contemporânea*; BARATTA, Alessandro – *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*; KLENOWSKI, Paul, DODSON, Kimberly – *Who commits white-collar crime and what do we know about them?*; BERGALLI, Roberto – *Criminología del white-collar crime: forma-estado y proceso de concentración económica*; RIPOLLÉS, José L. Díez – *La Política Criminal en la encrucijada. Estudios y Debates em Derecho Penal*; DIAS, Jorge de Figueiredo – *O Direito Penal*

entre A sociedade industrial e a Sociedade do Risco; SALLA, Fernando e LOURENÇO, Luiz Cláudio - *Aprisionamento e prisões*; BARATTA, Alessandro – *Ressocialização ou controlo social: uma abordagem crítica da reintegração social do sentenciado*; FARINHA, Inês – *O Intervalo descompassado entre a vigência e a efetividade da norma: a (re)emergência da questão ressocializadora*; RODRIGUES, Anabela Miranda - *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária*; COSTA ANDRADE, Manuel da - *Constituição e Direito Penal (na perspectiva da Lei Básica de Macau)*; JAKOBS, Günther - *O Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal Do Inimigo*; RODRIGUES, Anabela Miranda – *Um sistema sancionatório penal para a União Europeia – entre a unidade e a diversidade ou os caminhos da harmonização*. JAKOBS, Günther – *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*; CUNHA, Manuela I. Pereira – *A Prisão e as suas novas redundâncias*; RIVERA BEIRAS, Iñaki - *Desencarceramento: por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical*; DIAS, Jorge de Figueiredo - *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*; VALENTE, Manuel Guedes – *Criminalidade Organizada. Investigação, Direito e Ciência*; AUSTIN, James e FABELLO, Tony – *The Diminishing Returns of increased incarceration (A Blueprint to Improve Public Safety and Reduce Costs*; ROWN, Ellie – *A systematic review of the effects of prison segregation*; CLEMMER, Donald, WILDEMAN Christopher, WAKEFIELD, Sara – *Prison Community*; SYKES, Gresham - *The Society of Captives: A Study of a Maximum Security Prison*; VALENTE, Manuel Guedes – *Da Perda de Bens e de Direitos no Direito Penal e Processual Penal em Portugal: controvérsias de um regime em “apuração”*; TEIXEIRA, Adriano (Org.) – *Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal. Confisco Alargado e confisco sem condenação*; DIAS, Augusto Silva - *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*; CUNHA, José M. Damião da - *Perda de bens a favor do Estado*; CAEIRO, Pedro - *Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)*; ANDRADE, Manuel da Costa, ANTUNES, Maria João - *Da apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens do crime. In Revista de Legislação e Jurisprudência*.

Breve Enquadramento

“Ninguém compra um apartamento impressionado por uma bela maquete apresentada por uma empresa notoriamente insolvente; no entanto, compramos a suposta segurança que o sistema penal nos vende, que é a empresa da mais notória insolvência estrutural em nossa civilização.”

Eugenio Zaffaroni, in “Em busca das penas perdidas

Refletir sobre a pena, como pilar da arquitetura do edifício penal, convoca a cada momento histórico refletir sobre que modelo de intervenção penal precisamos para as constantes provocações da sociedade e para as políticas que essa mesma sociedade necessita para conter os fenômenos criminais.

O século XX foi marcado por inúmeras tragédias ocorridas dentro dos estabelecimentos prisionais, como o conhecido Massacre do Carandiru⁵⁶⁰. Por demais sabidas que são as críticas que possamos assacar ao espaço prisional e o sistema como um todo, a pena de prisão, de *per si*, continua a ser muito questionada no campo teórico, desde os princípios que a enformam aos fins que a projetam. Mas, para que a pena possa cumprir o seu fim, seja qual for a causa que lhe dá existência é necessário o respeito e a proteção das garantias fundamentais da pessoa.

O termo ressocialização, que não pode ser confundido com reinserção ou mesmo reeducação, parece implicar uma mudança significativa dos comportamentos e valores que o indivíduo vem adquirindo e inculcando, e que oscila conforme o ambiente em que o indivíduo está inserido. No meio carcerário, fala-se no fenômeno da “prisionalização”⁵⁶¹, que faz com que

⁵⁶⁰ Há 30 anos, o sistema prisional brasileiro vivenciou o maior massacre e a maior tragédia de sua história. Na tarde do dia 2 de outubro de 1992, por volta das 14h, véspera de eleições municipais, dois detentos brigaram no Pavilhão 9, na Casa de Detenção de São Paulo, um complexo penitenciário que foi construído nos anos 1920, no bairro do Carandiru, na zona norte de São Paulo. O complexo era formado por sete pavilhões. Na época, 7.257 presos viviam no local, 2.706 deles só no Pavilhão 9, onde estavam encarcerados os réus primários, aqueles que cumpriam sua primeira pena de prisão ou que ainda aguardavam julgamento. A briga entre os detentos logo se generalizou e se transformou em uma rebelião. Foi então que a Polícia Militar (PM) foi chamada para conter o conflito. Após a falha em uma tentativa de negociação com os presos, o comando policial decidiu entrar no local com metralhadoras, fuzis e pistolas. Meia hora depois da entrada da PM, “as metralhadoras silenciaram”, contou o médico Drauzio Varela, em seu livro *Estação Carandiru*. O resultado da violenta ação policial no local, que mais tarde ficou conhecido como o Massacre do Carandiru, foi a morte de 111 detentos, sendo que 84 deles sequer tinham sido julgados e condenados por seus crimes.

⁵⁶¹ Termo que surgiu em capítulos da obra *The Prison Community*, do autor norte americano Donald Clemmer. Em uma interessante comparação: “assim como usamos o termo americanização para descrever o maior ou o menor grau de interação dos imigrantes com o estilo de vida da América, pode-se usar o termo prisionalização para indicar adoção em maior ou menor grau do modo de pensar, hábitos, costumes e regras gerais das penitenciárias. CLEMMER, Donald – *Prison Community*. Nova Iorque: Holt, Rinehart and Winston, 1958, p. 299. Para Alessandro Baratta devemos analisar a questão de dois prismas: o da “desaculturação”, que seria o

o sujeito privado de liberdade se submeta ao caos penitenciário, ou seja, ao ser privado da liberdade, irá ser sujeito a uma trans-socialização, pois ir-se-ão produzir novos comportamentos, novas percepções, ideias ou valores que o cidadão recluso não detinha até então.

processo de desadaptação com a vida em liberdade, com o seu afastamento progressivo dos valores do mundo externo, e o da “aculturação” ou “prisionalização”, que seria a assunção de atitudes, modelos e valores do sistema carcerário. BARATTA, Alessandro - *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014, pp. 184-185.

9. Ontologia da pena

A pena, segundo HART, é “un acto que ocasiona un daño, impuesto como consecuencia del incumplimiento de una norma jurídica, que se inflige al responsable del incumplimiento, es administrado intencionadamente por seres humanos distintos a la víctima, y cuya imposición y regulación vienen determinadas por el sistema jurídico, cuyas normas han sido incumplidas”⁵⁶².

A pergunta “Porquê punir?” é talvez uma das questões que mais intriga os estudiosos do direito e uma das que mais inquieta qualquer penalista, em particular. LUIGI FERRAJOLI⁵⁶³ formulou há mais de trinta anos a pergunta que ainda hoje atribula muitos espíritos inquietos: “Por que se pune?”⁵⁶⁴. No entanto, parece-nos que para além desta questão a questão da necessidade de punir – porque devemos punir – parecenos umbilicalmente ligada àquela.

Assistimos hoje a uma nova emergência, e diríamos até um certo frenesi, por sanções punitivas. Hassemer fala-nos do «“novo “desejo pela pena”» (*neue Lust auf Strafe*)”⁵⁶⁵ que desponta na sociedade hodierna, como forma de responder não a um aumento desmesurado da criminalidade, mas a um certo sentimento de necessidade de punição como se se tratasse de

⁵⁶² HART, H.L.A. – *Punishment and responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Oxford Clarendon Press. *Apud* VILAJOSANA, Josep M. – *Las Razones de la Pena*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 17.

⁵⁶³ Ferrajoli assim coloca: “A pergunta “por que punir?” pode, primeiramente, ser compreendida em dois sentidos diversos: a) por que existe a pena, ou seja, se pune; b) por que deve existir a pena, ou seja, se deve punir. No primeiro sentido, o problema do “porquê” da pena é um problema científico, que admite respostas de carácter empírico formuladas em forma de proposições assertivas verificáveis e falsificáveis, ou, pelo menos, suscetíveis de serem consideradas verdadeiras ou falsas. No segundo sentido o problema é, ao contrário, filosófico, precisamente de filosofia moral ou política, admitindo respostas de carácter ético-político formuladas em forma de proposições normativas, e, enquanto tais, nem verdadeiras nem falsas, mas, apenas e tão somente, aceitáveis ou inaceitáveis como justas ou injustas. O primeiro problema, por seu turno, pode ser compreendido em dois sentidos diversos: aa) por que existe o fenómeno da pena, ou seja, de fato se pune, que constitui um problema histórico ou sociológico que admite respostas verdadeiras ou falsas, com base nos efetivos comportamentos humanos; ab) por que existe o dever jurídico da pena, ou seja, de direito se pune, que constitui um problema jurídico que admite respostas verdadeiras ou falsas, com base naquilo que prescrevem as normas de direito positivo”. FERRAJOLI, Luigi – *Direito e Razão...*, p. 260.

⁵⁶⁴ Salo de Carvalho adere à mesma preocupação quando refere: ““A avaliação garantista (pessimista) do ius puniendi, centrada na realidade mesma do sistema penal, passa inevitavelmente pela discussão sobre as justificações da pena, entendida esta como instrumento jurídico-político de manifestação do poder no controle social. Trata-se necessariamente de um repensar sobre o que se convencionou chamar teorias da pena ou seja sobre a indagação considerada como umas mais importantes não só do direito penal mas também da teoria política: por que punir?” CARVALHO, Salo de – *Pena...*, p. 117.

⁵⁶⁵ HASSEMER, Winfried – Die neue Lust auf Trafe. Frankfurter Rundschau, 20 dez., p. 16. In *Revista Direito GV* (Getúlio Vargas) 4, V. 2 N. 2 | P. 187 - 204 | JUL-DEZ 2006, p. 189. Disponível online em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5547976/mod_resource/content/1/Texto%20Critica%20da%20Pena%201%20-%20Klaus%20Gunther.pdf. [Consultado em 28.12.2023].

um analgésico, cujo efeito anti-álgico serena os espíritos mais atribulados (que podem ser os menos carentes ou menos ameaçados pela criminalidade em geral), e que clamam a todo o momento pelo aumento da intensidade da demanda geral por punição. Vivemos enredados numa tensão dialética entre o drama falibilístico dos meios de comunicação social, que promovem o medo pela criminalidade e o fracasso político em combater esse monstro destruidor da paz social que é o crime. Neste jogo de deve e haver, e de uma atávica incapacidade de oprimir o delinquente actual, continua-se a exigir que a punição se mantenha firme e austera, confiantes que os seus efeitos serão a salvação de um mundo em ruína.

Porém há que ressaltar o enorme fosso existente entre a busca desenfreada por punição e a verdadeira eficácia da pena, secundariza a temática dos fins das penas e do que se visa hoje buscar com a sua aplicação, permanecendo e subsistindo apenas o logro fugaz de legislações fomentadoras do aumento das molduras penais que se respaldem numa execução da pena exemplar. Não obstante haja quem advogue que a pena pode ser eficaz e até eficiente na repressão de uma nova criminalidade, porém muito pouco eficaz na diminuição da reincidência, a confiança na pena e nos seus efeitos apresenta-se tóxica e constante⁵⁶⁶.

A obsessão pelo castigo renasce como um dos focos do Direito Penal, sendo a pena de prisão redimensionada a cargo de uma nova realidade, cultural, político-histórica, económica e social. Não se pode negar que o que se pretende hoje que a prisão seja, como pilar da apologia de um securitarismo exacerbado, é que a mesma dê todas as respostas, ou pelo menos, a resposta, ante o poder por parte de quem tem o poder de punir.

S. TOMÁS DE AQUINO, na sua obra *Summa Theologica* alertava para o fundamento do poder de punir quando referia que *Ad conservationem concordiae inter homines necessarium est quod poenae malis inflingantur*⁵⁶⁷.

É consensual entre os doutrinadores do Direito Penal que o fim do direito penal se escoa na pena, como realça JOSÉ DE FARIA COSTA: “De um jeito ou de outro com maior ou menor grau de humanização o Direito Penal sempre esteve aqui aí ali acolá: *ubi societas, ibi crimen*,

⁵⁶⁶ The empirical question of the effectiveness of punishment is considerably clouded by the commonsense view of the efficacy of punishment. Most people believe punishment works because they use it in their everyday life, with their children, their co-workers and their pets, and, are themselves subject to it. Indeed, “punishment is what most of us do. . .first. It is our teaching legacy passed down from generation to generation. We are virtually surrounded by punishing strategies used to influence our behavior: From overdue library books to dogs without licenses; fines, penalties and reprimands whirl around us like leaves in a storm. For many of us, to give up punishment as our primary tool with which to influence negative behavior is to leave us empty handed.” (Friedman and Brinker, 2001: 1).

⁵⁶⁷ AQUINO, S. Tomás de – *Summa Theologica*, I, II, q. 96, a. 2. Apud SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Introdução e Teoria da Lei Penal*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, p. 15. O autor traduz o brocardo latino de latim para português, fazendo-o em tradução livre: *Para conservar a harmonia entre os humanos é necessário castigar os males por eles praticados*.

ibi poena”⁵⁶⁸.

O Estado não pode lançar mão de uma pena que se dissocie de um fim social, uma vez que, a pena como instituição da sociedade, só pode ter uma finalidade imanente no sistema social. Com lucidez afirma ROXIN que as sentenças são emitidas em nome do povo, e por essa razão não é despidendo que a sociedade exija que quem inverte o contrato social responda pelo que fez, não só porque existe a necessidade de prestar explicações à comunidade, depauperada pela violação de um bem jurídico, mas também à(s) vítima(s) pelo(s) dano(s) provocado(s).

Muitas vezes se coloca a questão de saber qual deverá ser o papel do Estado e qual ou quais deverão ser as suas preocupações.

A sociedade é um constante motor de reação ao crime. Neste sentido a definição do papel do Estado é *mister*, no sentido de aquilatar acerca das ferramentas de que deve lançar mão e de que forma devem operar essas ferramentas – se sobre o condenado, e uma possível reversão interna da sua tendência para praticar crimes ou se ainda sobre o condenado, para alertá-lo para a importância do cumprimento das normas penais. Sendo de facto a pena uma amarga necessidade numa sociedade de homens imperfeitos, a pena não deixa de ser um constrangimento, uma reprovação imposta ao condenado que lhe restringirá um conjunto de direitos, desde logo limitando a sua liberdade ambulatoria, o direito de gozo do seu património bem como outros direitos pessoais.

A problemática dos fins das penas não é unânime e tem vindo a dividir a doutrina até aos dias de hoje, permanecendo ainda muitas vezes difícil definir o que se pretende concretamente como a aplicação das penas.

A discussão que começou centrada na bipolarização clássica entre as doutrinas absolutas ou retributivas ou as doutrinas de prevenção geral ou especial⁵⁶⁹, repousa agora numa aceleração crítica dirigida ao fracasso da ressocialização, ou como apelida Figueiredo Dias, “a queda do mito da ressocialização”.

Se é verdade que a prevenção geral positiva ou de reintegração introduz uma ideia de

⁵⁶⁸ COSTA, José de Faria – *Beccaria...*, p. 34.

⁵⁶⁹ Esta designação é utilizada de forma consensual pela doutrina penal portuguesa. Se percorrermos alguns manuais de vários penalistas podemos constatar diferentes formas de abordar os fins das penas. Eduardo Correia distingue teorias absolutas, etiológicas ou ético-jurídicas (*res absoluta ab effectu*) e relativas (*res relativa ad effectum*), utilitárias ou finalistas. CORREIA, Eduardo – *Direito criminal, I: Lições do Prof. Eduardo Correia ao curso do IV ano jurídico*, pp. 44 e ss.; Figueiredo Dias reconduz os fins da pena às teorias absolutas, ligadas às doutrinas da retribuição ou da expiação, e às teorias relativas, prevenção geral ou prevenção especial - *Direito Penal I*, pp. 44 e ss; BELEZA, Teresa Pizarro – *Direito penal, I*, 2. ed., AAFDL 1985, p. 315, separa entre as teorias da retribuição das teorias de prevenção; SILVA, Germano Marques da – *Direito penal português, Parte geral, III, a Teoria das penas e medidas de segurança*, 2. ed., Lisboa: Verbo, 2008, pp. 33 e ss. aborda os fins da pena remetendo-os ou a racionalidades utilitaristas ou a racionalidades retributivas.

estabilização, garantindo por isso a reparação e a posterior manutenção da paz jurídica delapidada pelo cometimento do crime através do robustecimento da consciência jurídica coletiva no respeito pelo direito penal e a sua função de proteção bens jurídicos, é, por seu turno a pena que prossegue a arduosa tarefa de, por um lado, reforçar a confiança da comunidade na validade e vigência das normas, e, por outro, rebustecer a manutenção da segurança da ordem jurídica interpelando os membros da sociedade, para a vigência da ordem jurídico-penal, sustentada no bem jurídico, constitucionalmente tutelado. Recaindo agora no espectro negativo, a pena tem o objetivo de, de forma intimidatória, promover o não cometimento de um determinado crime.

Sob o espectro dos fins ou finalidades da pena jurídico-criminal, cuja problematização é tão velha que quase se perde na noite dos tempos, encontramos dois grandes grupos teóricos fundamentais: as teorias absolutas ou retributivas, de uma parte, e teorias relativas ou utilitaristas, de outra.

Esta bipartição não está isenta de crítica e de controvérsia, uma vez que, duas ordens de razão punitiva se abrem diante de nós: por um lado, temos a opção entre uma reação virada para o passado, ou seja, pune-se porque se cometeu um crime, ou, uma reação a pensar no futuro, pune-se para que se venham a cometer menos crimes. Retribuição e prevenção aparecem como duas fases distintas clamando a realização da justiça através de um critério de imputação de culpa. Culpa, neste caso, do agente, porque é pressuposto da punição e limite na escolha e medida da pena, donde, a pena não poderá ultrapassar o grau de culpa que o agente comporta.

Assim, no nosso sistema jurídico, o artigo 40.º do CP empresta um cariz utilitário à pena, preventivo, não lhe cabendo como finalidade a retribuição da culpa, a qual deverá ser afastada dos fins das penas. Este sentido utilitário está intimamente ligado ao que se acha consagrado no artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Exemplo paradigmático desta última conclusão é dado por FIGUEIREDO DIAS. Ora vejamos.

A correta apreensão da função do direito penal advém, como bem alerta o distinto professor, das especificidades acometidas a duas dimensões distintas: o comportamento criminoso, de um lado, e a consequência jurídica, por outro. Como a base definitiva do próprio direito penal assenta precisamente nestes dois pilares – o reconhecimento de que no direito penal se descobre um conjunto de normas jurídicas que ligam certos comportamentos a determinadas consequências jurídicas –, serão precisamente neles que se consagrarão a

legitimação, fundamentação e sentido da intervenção penal.

Assistimos, no entanto, a uma transmutação, ou, se se quiser, a uma reconversão da lógica delitiva, uma vez que a prisão cumpre uma função reprodutora de criminalidade e a pessoa rotulada como delinquente assume o papel que lhe é consignado, comportando-se de acordo com o mesmo. Todo o aparato do sistema penal está preparado para essa rotulação e para o reforço de papéis – processo de produção e reprodução de delinquência.

Por outro lado, não se pode negar, como nos ensina PAULO FERREIRA DA CUNHA, que o pendor da pena tem um viés negativo e está intimamente ligado ao conceito de morte, encerrando por isso mesmo uma ideia de castigo, penitência, suplício.⁵⁷⁰ Para além disso tem também a si associada a ideia de separação, alheamento, ou mesmo um fechamento para a vida que se joga nos corredores da vida real.

Autores como KANT, FEUERBACH e HEGEL inserem-se numa linha retribucionista, isto é, a pena é uma expressão metafísica, transcendente, que se concebe e existe como uma necessidade de justiça. Neste sentido, como sugere KANT, a pena é um imperativo categórico, na medida em que se pune como se uma necessidade fosse, prévia a qualquer utilidade, vantagem ou interesse social. PEDRO VAZ PATTO, a propósito da pena como uma ideia pura de justiça cita “o célebre exemplo dado por Kant, expoente desta teoria, ao aludir à comunidade de habitantes de uma ilha que, antes de se desintegrar como comunidade com a dispersão desses habitantes para outros locais (...), não pode deixar de punir quem seja responsável por crimes que no seu seio tenham sido cometidos”⁵⁷¹. Assim, a defesa por uma ideia plena de punição e a necessidade de punir como a edificação da própria ordem das coisas e da justiça, Para FEUERBACH a aplicação de uma pena deve assentar numa base de retribuição que seja alheia a qualquer fim, através daquilo a que o próprio denominou de “teoria da coação psicológica”, ou seja, a ameaça penal tem de ser suficientemente rigorosa para que o cidadão não volte a delinquir. Contudo não falece nas suas suposições quando advoga o que a teoria da coação psicológica tem o condão de tornar a execução da pena uma espécie de confirmação da “ameaça” contida na norma⁵⁷².

⁵⁷⁰ Para o autor, esta ideia vai beber ao facto de a pena ter feito a sua aparição no mundo jurídico numa perspectiva humanística em que ainda vivemos em grande medida como castigo aplicado aos escravos pela sua desobediência ou como simples manifestação da superioridade do senhor o qual tem como sabemos sobre o escravo um direito de vida e de morte. Cunha, Paulo Ferreira da – *Crimes & Penas...*, p. 203.

⁵⁷¹ PATTO, Pedro Vaz – *Reflexões sobre o fim das penas. Psicologia e Justiça*. Editado por António Castro Fonseca. Almedina. Coimbra, 2008, p. 383.

⁵⁷² Feuerbach estabelece uma relação de interdependência triangular entre mal, delito e delinquente, quando refere que el mal no puede ser impuesto sin el delito, el delito no puede ser cometido sin que el delincuente se exponga a la pena (...) pues el otro tiene derecho a vincular la acción a esa condición; yo tengo consecuentemente que someterme a la condición o bien omitir la acción. JAKOBS, Günther – *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*.

10. As Finalidades da pena no quadro jurídico-histórico-filosófico – Uma leitura contratualista dos fins das penas e a sua subsistência no século XXI

“Todo o castigo parece no princípio um motivo de tristeza e não de alegria, mas depois produz naqueles que o sofreram um fruto de paz e de justiça”.

Epístola de S. Paulo aos Hebreus, Bíblia

A teoria da pena, em todo o seu entorno conceptual e normativo-genético, brota de uma matriz filosófica de base contratualista. Vastas foram as obras filosóficas que cruzaram e sintetizaram a *ratio essendi* da sociedade, do Estado e da função que o ser humano é chamado a desempenhar neles.

Basta que pensemos na própria finalidade da pena e no significado que a mesma encerra para que percebamos afinal que a mesma só pode tornar-se operacional se for ditada por uma lei e aplicada por um órgão com poderes judiciais. Daí que a pena, quase desde a sua existência consista num meio de acesso a um poder, que está atribuído ao Estado, e ao qual compete lançar mão para assegurar a paz pública.

Esta ideia de troca ou se quisermos de sinalgmaticidade surge na teoria do contrato social atribuída a JEAN-JACQUES ROUSSEAU⁵⁷³. Esta teoria assenta na transferência de poder que a sociedade opera para uma terceira entidade, o Estado, utilizando a diferença entre súbditos e soberano, na qual aqueles consentem em delegar o poder que possuem a este, para que proteja os seus bens, direitos e interesses. Com esta transição do poder o homem sairia de seu estado natural, no qual é livre, passando a viver num Estado civil, no qual certos direitos são limitados em prol de que se estabeleça igualdade e se alcance justiça entre os homens. Implicando a pena, *rectius*, a pena de prisão, uma limitação de direitos, nomeadamente o de livre circulação, essa limitação deve estar entregue a uma entidade que esteja limitada a montante por princípios estruturantes de direito e a jusante por instituições que façam cumprir uma panóplia de direitos encimados por esses princípios.

CESARE BECCARIA entende que a pena funciona como um escudo de protecção contra as intrusões dos particulares. Beccaria entende que a transferência de uma parte da liberdade

Traducción y estudio preliminar Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Editorial Aranzandi, 2006, pp. 120 e 121.

⁵⁷³ ROUSSEAU, Jean-Jacques – *O Contrato Social*, (trad. do francês). Edições Martin Claret, 2013.

corresponde a uma espécie de renúncia colectiva consentida, por forma a viver em segurança, ou pelo menos viver dentro de um clima de suposta segurança. É de forma ilustrativa que BECCARIA assevera: “Não bastava, porém, ter formado esse depósito; era preciso protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois tal é a tendência do homem para o despotismo, que ele procura sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros. Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico, que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis”⁵⁷⁴.

Por seu turno, THOMAS HOBBS⁵⁷⁵ fala-nos da necessidade da existência do consentimento dos indivíduos, já que é através deste que os mesmos renunciam aos seus próprios poderes a fim de os transferir a uma única pessoa, quer seja física ou uma entidade coletiva de pessoas. O pacto tem esta característica, que é aquela que está assente numa espécie de acordo, acordo esse que deve ser estabelecido entre os cidadãos de uma comunidade com carácter de permanência. Ou seja, para HOBBS existe somente um pacto entre um conjunto de pessoas que se sujeitam a uma vontade de alguém que é alheio a esse a esse pacto, por norma o soberano. A união que se verifica torna-se perfeita através da transferência de poder que os indivíduos operam, subsumindo a sua vontade a uma pessoa que representa uma entidade superior abstracta, traduzindo-se naquilo a que se denomina um pacto de submissão, sendo que os contratantes se tratam de pessoas singulares vinculados entre si que se comprometem em se submeter a um terceiro.

Operada esta transferência de poder, fica nas mãos do soberano o domínio para, em nome do povo, proceder à manutenção da paz social. Lograda esta transferência de poder, através da relação intersubjectiva que se estabelece entre a sociedade e o Estado, que limites se impõem? Será com a resposta a esta questão que podemos encontrar o fundamento do poder de punir, que está intimamente ligado com a estrutura política e social da sociedade. Como assevera GERMANO MARQUES DA SILVA, o direito penal “é um poderoso instrumento de estruturação política e social (...) e compartilha (...) a ambição de obter das pessoas que conformem o seu comportamento a um determinado projecto definido pelo poder político, ou, pelo menos, de conseguir que não contrariem os seus objectivos”⁵⁷⁶. cremos assim que o poder punitivo atribuído ao Estado, corresponde à própria execução do contrato social, pois a pena

⁵⁷⁴ BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos...*, p. 63.

⁵⁷⁵ HOBBS, Thomas – *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil* (trad. do inglês). 4.^a Edição. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda INCM, 2009.

⁵⁷⁶ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Introdução...*, p. 16.

como reafirmação da validade da norma penal é a devolução dos efeitos contratuais decorrentes da celebração do contrato social.

Assim, mais do que a própria função do homem na sociedade, torna-se fulcral delimitar que função é o Estado chamado a esgrimir dentro desta nova modernidade, cujos limites não se vazam num só Estado, na sua veste de detentor do *ius puniendi*, mas têm implicações que o extravasam, tendo reflexo direto na forma da sua atuação punitiva.

O desenvolvimento da ciência jurídica (penal) e a edificação dos seus pilares deveu-se aos contributos filosóficos como sejam os incontornáveis IMMANUEL KANT ou GEORG HEGEL, ou mais tarde, a visão de HANS KELSEN, que empresta ao direito aquele que é afinal o seu ensejo: a legitimação da norma pela norma, que, para ser eficaz tem de se afirmar válida.

É *mister* que o fenómeno punitivo seja observado sob uma perspetiva jus-filosófica que o fundamenta, sob uma perspetiva histórica, que o racionaliza e sob uma perspetiva jurídica, que o valida.

O ideário contratualista ínsito na obra de ROUSSEAU⁵⁷⁷, como já constatámos, determina que só ao Estado pode ser assacada a função de punir, contanto, por um lado, que essa atribuição só possa ser exercida pelo aparelho institucional que aquele acomoda, através dos tribunais, e, por outro lado, que essa função acomode um viés moralista ou humanista na visão de KANT⁵⁷⁸, no qual deve radicar toda a ação do poder do Estado.

A propósito do viés humanista não deixa de ser interessante constatar a ligação que SALO DE CARVALHO estabelece entre a sanção e violência, quando refere que “o uso da força no interior de uma ordem jurídico-política seria sempre limitado por regras e centralizado em organismos determinados, visto a sanção jurídico-penal ser sempre, independente da espécie de pena aplicada, um ato de violência”⁵⁷⁹.

No entanto, se a sanção se manifesta através da violência, surge uma pertinente indagação levantada por KELSEN: “qual seria a diferença entre o Estado (comunidade jurídica) e um ‘bando de saqueadores’, visto que ambos adotam a violência para privar determinadas pessoas de seus bens (vida, liberdade, património *et coetera*)”⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ Referimo-nos aqui à obra *O Contrato Social*.

⁵⁷⁸ Kant criticou a punição de viés utilitarista de Bentham, por acreditar que ela é incompatível com a dignidade da pessoa humana. Apesar de Kant se inserir na corrente de filósofos retributivistas, e constar como um acérrimo crítico de Cesare Beccaria, ele nega o tratamento do criminoso como um simples objeto, preservando-se assim a máxima: Age e de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como um meio.

⁵⁷⁹ CARVALHO, Salo de – *Pena e Garantias*...p. 116.

⁵⁸⁰ KELSEN, Hans. *Apud* CARVALHO, Salo de – *Pena*..., p. 116.

Ora, a força centrífuga da criminalidade organizada transnacional encontra-se galvanizada naquilo a que Hobbes nos ensina na sua obra “O Leviatã”. O Estado soberano⁵⁸¹ soçobra e é colocado em perigo, uma vez que o crime organizado impregna nas estruturas mais profundas daquele. Nesse sentido, não estaremos nós afinal emaranhados no paradoxo da legitimidade punitiva do Estado, ante o esboroamento da máquina estatal, garante do Estado de Direito de matriz constitucional consolidada?

Apesar da existência de razões que concorrem para o esvaziamento ou não da capacidade abstrata do Estado conter os fluxos da criminalidade no seu seio, é indiscutível que só aquele pode e deve ser o detentor de capacidade punitiva. A pena, segundo MUÑOZ CONDE, é o motor para uma sã convivência em sociedade, logo é ao Estado que compete usar este meio de controlo para permitir a paz social.

É por se arrogar essa legitimidade, a de punir, que o que se pode pedir à pena, é que otimize os resultados⁵⁸², ao invés de os agravar, como bem sustenta ANABELA RODRIGUES.

O propósito de garantia da segurança e motor de prevenção geral e individual a pena tem o papel primordial de proteger lesões ou possíveis lesões dos bens jurídicos tutelados. Nesse sentido para fundamentar a emanção do “castigo” que procede do Estado, necessário é que se questione o sentido da pena, isto é, o porquê da pena nas suas várias latitudes.

Hassemer a propósito, destaca o seguinte: “(...) os fins da pena como teorias que indicam a missão que tem a pena pública são um meio adequado para concretizar o juízo de culpabilidade. Uma concreção do juízo de culpabilidade sobre o ponto de vista do fim das penas promete, além do mais, uma harmonização do sistema jurídico-penal, um encadeamento material de dois setores fundamentais, que são objeto hoje dos mais graves ataques por parte dos críticos do direito penal: culpabilidade e fins das penas.”

Assumindo a centralidade da questão, vem-se assistindo a uma evolução que ditou a mudança das teorias retribucionistas da pena para as teorias preventivas. Aliás esse é um sintoma da progressão dos tempos e do entendimento do que é o próprio papel do Estado. É interessante denotar, como faz ROXIN, que hoje o que é central questionar é “com base em que

⁵⁸¹ HOBBS, Thomas – *Leviatã ou Matéria...*, 2013. A propósito do poder Hobbes realça que O maior dos poderes humanos é aquele que é composto pelos poderes de vários homens, unidos por consentimento numa só pessoa, natural ou civil, que tem o uso de todos os seus poderes na dependência de sua vontade: é o caso do poder de um Estado. Ou na dependência da vontade de cada indivíduo: é o caso do poder de uma facção, ou de várias facções coligadas. Consequentemente ter servidores é poder; e ter amigos é poder: porque são forças unidas.

⁵⁸² Neste sentido posiciona-se Anabela Rodrigues. Esta autora refere que num sistema penal teleologicamente orientado cabe à pena o ónus de otimizar os resultados. Os paradigmas ideais de hipereficácia preventiva geral e especial que a literatura descreve com a sua força sugestiva evidenciam, a breve trecho, que, em política criminal, a otimização dos resultados deve ser limitada por garantias que tornem ontologicamente inalcançáveis *ex ante* determinados vértices de eficácia. RODRIGUES, Anabela Miranda – *Novo Olhar...*, p. 31-32.

pressupostos se justifica que o grupo de homens associados ao Estado prive da liberdade algum dos seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida”⁵⁸³.

10.1. Pena como elemento constitutivo da teoria do crime na era pós-moderna

A teoria da ação final⁵⁸⁴, desenvolvida por WELZEL, separa o elemento punibilidade (condições objetivas de punibilidade e exclusão da pena) da tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Para os finalistas, a construção da teoria da infração alicerça-se em três categorias dogmáticas: ação típica, ilícita e culpável, a que junta uma terceira, autónoma, relativa à necessidade da pena. É importante denotar que a autonomização do aspecto do punitivismo na cadeia dogmática de decomposição do crime relaciona-se com a própria afirmação da necessidade de pena. Embora não seja nossa pretensão escarpelizar a teoria da ação penal, tal como proposta por Welzel, existe a necessidade de realçar a importância da categoria da punibilidade mormente a compreensão do seu conceito de punibilidade que passa pela distinção entre prescrição normativa e sanção. Desde logo PETROCELLI demonstra que a relação entre o preceituado na norma e a sanção é indissociável, o que é confirmado pela existência do conceito de facto jurídico. Segundo este autor o facto jurídico figura como uma premissa obrigatória e de certa forma lógica, porque a existência de um qualquer facto jurídico produto de uma ação humana só será compreendido se existir a previsão de uma consequência jurídica para tal ocorrência. Neste sentido, o crime como facto jurídico em que torna decorrente de uma ação humana, culposa e ilícita, só assume essa dimensão porque é prevista uma consequência jurídica, a pena. É por isso que PETROCELLI reforça que sem a previsão de uma consequência jurídica, não seria concebível um facto jurídico sem a cominação de uma sanção, ou seja, não

⁵⁸³ ROXIN, Claus – *Problemas Fundamentais de Direito Penal. Sentidos e Limites da Pena Criminal*. 3.ª Edição, Editora Veja, 1998, p. 15.

⁵⁸⁴ Neste caso podemos destacar autores como Welzel, Maurach, que mantiveram a estrutura da teoria da infração penal, mas complementando-a com outros pressupostos materiais de punibilidade, embora autonomizando-os das restantes categorias dogmáticas. Para Welzel tais categorias funcionam como critérios de decisão *ah hoc*. Tal como explica Frederico da Costa Pinto (...) as condições objetivas de punibilidade surgem em Welzel com autonomia material para fundar decisões específicas sobre a atribuição da pena, embora não lhe corresponda expressamente uma categoria valorativa equivalente à ilicitude ou à culpabilidade. Maurach, à semelhança, recorre também a uma quarta categoria dogmática dentro da teoria da infração: as condições objetivas de punibilidade e as causas de exclusão e anulação da pena. COSTA PINTO, Francisco de Lacerda da – *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, Tomo I, Almedina, 2013, pp. 372 e 376.

pode haver ilícito penal ao qual não se comine uma pena, ou ainda, não há delito sem punibilidade⁵⁸⁵.

Coexistem diversas interpretações acerca da posição sistemática da punibilidade, ora sendo colocada como parte integrante da teoria da pena, e, portanto, sendo analisada no âmbito da teoria da responsabilidade penal, como uma quarta categoria estrutural, não sendo consensual enquanto tal, ora suscitando dúvidas quanto à sua consideração como elemento estruturante da teoria do crime⁵⁸⁶. Dos autores que não aceitam a colocação da categoria da punibilidade ao lado dos três vértices da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, como é o caso de MUÑOZ CONDE, estas três categorias são suficientes para a completa configuração do crime. Para esta vertente de entendimento determinados crimes só podem ser punidos caso se encontrem verificadas certas circunstâncias excepcionais e, por isso, apenas o legislador pode fixar certos pressupostos que, por razões político-criminais podem implicar a aplicação de uma pena.

DÍEZ RIPOLLÉS, de outra banda, entende que a punibilidade deve ser compreendida dentro da construção da teoria do crime, uma vez que só haverá responsabilidade penal se se implicar um juízo de responsabilidade de um determinado agente pelo seu comportamento - típico, antijurídico e culpável, a que se junta a necessidade de pena se, diante de certos elementos tal comportamento se reputar como punível. A exigência de pena é pautada a montante pelos princípios de proporcionalidade e humanidade das penas, e o juízo de necessidade de pena a jusante deve basear-se na consecução das finalidades da pena. Assim entendida a punibilidade, de acordo com o Autor, constituiria a última categoria da infração penal, não obstante ser dotada de conteúdo próprio, o que quer dizer que não se trata, à semelhança dos restantes elementos de uma mera categoria formal, ou seja, que diz que uma conduta é punível. A categoria da punibilidade tem elementos próprios, com implicações sensíveis na estrutura de responsabilidade criminal, podendo a punibilidade ser um elemento elástico, na medida em que pode ser graduada ou mesmo excluída.

Nesta medida a punibilidade distingue-se das demais categorias, uma vez que tem um aporte axiológico-normativo, redimensionando a imputação jurídico-penal de uma conduta criminosa. Isto vale por dizer, ainda na senda de DÍEZ RIPOLLÉS que a categoria da punibilidade

⁵⁸⁵ PETROCELLI, Biagio – Reato e punibilità. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. N.º 3, V. 3, 1960, pp. 669 e ss.

⁵⁸⁶ A propósito da consideração da punibilidade como elemento da teoria do crime, encontramos a posição da Bataglini, para o qual a punibilidade é um elemento autónomo do delito, ao lado do facto típico e da culpa em sentido amplo. Vide BATTAGLINI, Giulio - *Gli elementi del reato nel nuovo codice penale*. Annali di Diritto e Procedura Penale. v. 3, 1934.

se estrutura de acordo com três valores de utilidade: um primeiro atinente ao grau de eficácia da norma e, portanto, deve-se cumprir o objetivo que a norma encerra ao prever uma sanção; uma segunda, que diz respeito à tutela dos bens jurídicos pela aplicação da sanção penal e em terceiro que tem a ver com a eficiência da norma conjungando o desiderato contido na norma que tem efeitos erga omnes e os efeitos preventivos gerais que atribuem à categoria da punibilidade um caráter pragmático. Em suma, na visão do autor a implicação deste pragmatismo é a imposição e a execução de uma pena devem ser condicionadas e moduladas por valores de utilidade⁵⁸⁷.

MARIA FERNANDA PALMA chama a atenção da necessidade de pena, como princípio estandarte em matéria penal que pode estar a sofrer uma certa crise⁵⁸⁸. O princípio da necessidade da pena é a *ratio essendi* da punitividade, pois é a partir dessa necessidade que se garantem e se tutelam liberdades essenciais numa lógica de sustentação da própria intervenção penal que se digladia entre a restrição e promoção da liberdade. A autora parte de uma formulação do princípio do ponto de vista constitucional que, cremos, deve ser lido e percebido nesse prisma, numa primeira análise. Ou seja, se, como é referido “a necessidade da pena é vista como um critério de proteção do interesse social que condiciona a satisfação de direitos de tipo liberal”⁵⁸⁹, a questão coloca-se até onde deve ser estendida essa necessidade em função dos direitos e liberdades a proteger. Será necessária a obtenção de dados empíricos que nos atestem e confirmem a necessidade de criar novas incriminações ou ainda a necessidade de alterar, remodelando o sistema de penas bem como o *quantum* penal requerido para assegurar a finalidade de prevenção geral? Ou bastará o olhar fixo do legislador, que, algumas vezes distraído pela comoção popular, derrota um sistema que se nivela por uma ontologia normativo-constitucional que deve ser encimada pela carga valorativa de um sistema de cunho garantista e humanista?

A resposta dada pela autora, quando a mesma pergunta “Embora, por exemplo, a interpretação da realidade criminal conduza a explicações em que as circunstâncias do meio social “determinam” os comportamentos criminosos e as penas revelam diminuta eficácia,

⁵⁸⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis – La categoría de la punibilidad en el Derecho Penal español. In SILVA SÁNCHEZ *et alii*. (Coord.). *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Buenos Aires: BdeF, 2017, p. 16.

⁵⁸⁸ A autora coloca a questão de uma forma muito direta quando afirma: “A expansão do Direito Penal implicou, inevitavelmente, a relativização do princípio da necessidade da pena? Suscitou alteração funcional (passando a justificar a criminalização, em vez de deixar de se comportar como um princípio liberal) ou conduziu mesmo à crise do princípio?”. PALMA, Maria Fernanda – O Argumento Criminológico e o Princípio da necessidade da pena no Juízo de Constitucionalidade. In *Revista Julgar*, n.º 29, 2016, p. 106.

⁵⁸⁹ PALMA, Maria Fernanda – *O Argumento Criminológico...*, p. 113.

deixará de se poder afirmar a necessidade da pena em crimes graves ou que causem grande alarme social?”⁵⁹⁰, não pode deixar de suscitar-nos algumas inquietações.

A resposta a tais inquietações sugere-nos que subsiste, em contraposição com o ensejado pela autora, a premência de manter a categoria da punibilidade como um critério de eficácia quanto à necessidade de manter o escopo do direito penal vigente e eficaz. Isto vale por dizer que a necessidade de pena para as “novas” morfologias do crime exige que, de um lado o legislador assente nas principais orientações de política criminal subsumidas aos comandos e princípios constitucionais, modele a norma para que esta seja eficaz, fazendo assim um contraponto, um balanço estrito e restrito entre o bem jurídico que se pretende tutelar e o respeito por um sistema grantista e humanista.

10.2. O Fundamento, a Finalidade do Poder de Punir e a Necessidade de Punir

A palavra “fundamento”, que traduz a ideia de alicerce, sustentação, fundação ou apoio, desencadeia, quase que de uma forma natural o porquê da existência de uma coisa. A “finalidade”, como a própria palavra indica, direcciona-se a um fim, a um objectivo. Por isso, a distinção entre fundamento e finalidade, catapulta-nos para a pena, enquanto sanção. E qual o motivo para tal? Muito simplesmente porque no fundamento encontramos o motivo para a demanda da punição, e, se quisermos, o dever que incumbe sobre o Estado e do seu poder de emanção de *potestas puniendi*.

Quando se fala em fundamento alude-se à *ratio essendi* de uma determinada coisa, isto é, à materialidade intrínseca da causa, do que precede um dado evento, tal como nos ensinou HERÁCLITO. De um ponto de vista metodológico e lógico-hermenêutico, faz-se necessário, porém, antes de enveredarmos na análise dos fundamentos e finalidades das penas, esclarecer previamente o que se entende por fundamento e finalidade, decompondo e, concomitantemente, explanando, a razão de ser da expressão que encabeça o presente capítulo. Etimologicamente, a palavra “fundamento” encontra a sua raiz no latim *fundamentum*, significando base, alicerce, fundamento ou aquilo que determina a existência ou a razão de ser de uma coisa, pois a vida é em si um eterno fluir e uma constante mudança.

⁵⁹⁰ PALMA, Maria Fernanda – *O Argumento Criminológico...*, p. 114.

Nesse sentido, a finalidade alinha-se como a resposta à pergunta: para que se pune?, onde vai imbuída uma ideia da natureza de um fim que se quer, porque é necessário, além de que existe um verdadeiro dever de atuação positivo. Tal como realça LUÍS GRECO, “a punição é um atuar positivo e (...) o dever de punir deriva do poder de proteger direitos humanos”, embora como remata o autor, “quem se reporta a direito humanos para defender uma obrigação absoluta de punir está, em verdade, preocupado não mais com direitos de pessoas concretas que cumpre proteger, e sim mostrando-se disposto a sacrificar esses direitos e essas pessoas em nome de uma suposta ideia de direitos humanos desvinculada dos seus reais titulares”⁵⁹¹. Desta feita, a pena não passa da intervenção num direito fundamental, atuando sobre o destinatário como ser humano, limitando-lhe direitos fundamentais.

É indiscutível que a pena permanece como a sanção mais proeminente de entre as variadas sanções, sendo, como bem frisa ANABELA RODRIGUES “quer de um ponto de vista moral quer social, é a mais relevante das sanções jurídicas”⁵⁹². A existência da pena por si só não adquire relevância social se não se fizer uso dela. Por isso deve obter legitimação para ser aplicada. Segundo aquela autora, a pena “trata-se do meio mais enérgico ao dispor do poder instituído para assegurar a convivência pacífica dos cidadãos em sociedade mas é simultaneamente o que toca mais perto a sua liberdade segurança e dignidade”⁵⁹³.

Existe um ponto prévio realçado por ANABELA RODRIGUES que diz respeito a uma confusão entre as teorias da pena e os fins da pena. Segundo a autora, as teorias da pena existem para responder ao problema da justificação da punição, por isso, quer estejamos a falar das teorias retributivas ou das teorias de prevenção o que é facto é que o que se está a discutir é a justificação da pena e não propriamente o da sua finalidade, por isso “fica claro com isto que as teorias retributivas nada têm a ver com a finalidade da pena”⁵⁹⁴.

O que faz ANABELA RODRIGUES, é realçar a diferenciação entre o que são as teorias absolutas, as quais propendem para dar resposta ao porquê de se punir, e, nesta medida, serem a base da razão da pena, reduto autónomo da punição em si mesma, e as teorias relativas, que se debruçam sobre a questão das finalidades, atribuindo à pena um papel dinâmico, quer sobre a comunidade, quer sobre o indivíduo, naturalmente retirando à própria pena uma conceção finalística, isto é, no sentido de existir uma transcendentalidade terrena da pena, que não se esgota em seu torno. No caso das teorias absolutas a pena está desligada de qualquer ideia de

⁵⁹¹ GRECO, Luís – Por que inexistem deveres absolutos de punir. In *Católica Law Review*, Volume I, n.º 3, novembro de 2017, pp. 125 e 126.

⁵⁹² RODRIGUES, Anabela Miranda – *A Determinação...*, p. 152.

⁵⁹³ RODRIGUES, Anabela Miranda – *A Determinação...*, p. 152.

⁵⁹⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda – *A Determinação...*, p. 155.

finalidade e, portanto, nem sequer se pode falar em fins como, diferentemente se faz nas teorias relativas. Por isso ser fulcral distinguir os fundamentos das finalidades como forma de inteligir a questão dos fins das penas.

FIGUEIREDO DIAS refere que “a finalidade da execução da pena é simultaneamente mais modesta, mais nobre – e mais difícil. Do que se trata, verdadeiramente, é de *oferecer* ao delinquente o máximo de condições favoráveis ao prosseguimento de uma vida sem praticar crimes, ao seu ingresso numa vida fiel ou conformada com o dever-ser jurídico-penal – visando a prevenção da reincidência através da colaboração voluntária e ativa daquele”⁵⁹⁵.

Já vimos que as teorias da pena, na esteira de ANABELA RODRIGUES, dizem respeito à justificação em si, embora admitamos que assim não acontece no que tange às teorias relativas ou preventivas, vejamos o que acontece quando falamos em fins.

Para BELEZA DOS SANTOS, o fim último das penas corresponde ao fundamento do poder de punir ou fundamento jurídico da pena, ao passo que o seu efeito imediato é conhecido como fim ou fins das penas. O fim mediato ou último das sanções criminais – sustenta o autor – é o da defesa de um “conjunto de valores e interesses que, em certo povo e em certo momento, se julga deverem ser defendidos pelo direito e, especialmente, por sanções criminais. Para que este fim último seja cumprido há que “empregar certos meios penais ou de segurança que actuem em certa direcção, isto é, ou retribuindo, ou intimidando, ou corrigindo, ou deslocando, ou eliminando...”. Estes meios constituem os fins imediatos da pena⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Novos Rumos da Política Criminal...*, p. 30. Também nesta linha como refere o autor, RODRIGUES, Anabela Miranda – *A Posição Jurídica do Recluso na Execução Privativa da Liberdade. Seu Fundamento e Âmbito*, Coimbra, 1982, p. 142 e ss.

⁵⁹⁶ Muitos são os penalistas que contribuem para a distinção entre os fins imediatos e mediatos das penas. Eduardo Correia, *Direito criminal, I: Lições do Prof. Eduardo Correia ao curso do IV ano jurídico*, que propugna uma distinção entre os fins mediatos das sanções criminais, traduzidos precisamente na necessidade de proteger certos interesses ou bens jurídicos, e os fins imediatos, que significariam os meios através dos quais as sanções criminais atingiriam os fins imediatos. Mais tarde, no seu *Direito criminal, I*, Eduardo Correia persiste na distinção entre fins imediatos e fins mediatos. É certo que assevera que as sanções criminais correspondem a uma necessidade de afirmar certos valores ou bens jurídicos, mas do texto não consta a problemática de distinção entre fins imediatos e fins mediatos das penas, sobrando uma menção ao problema dos fins imediatos das penas, onde emergem as teorias absolutas, relativas e mistas. Também Cavaleiro de Ferreira, *Direito penal português, II*, sustenta uma conceção de fins últimos ou mediatos, da pena e medida de segurança, como a tutela da ordem jurídica, e fins imediatos ou específicos da pena, aqueles que decorrem das teorias absolutas e relativas. Esta distinção prossegue também nas suas *Lições de Direito Penal*, onde explicita, a propósito do binómio penas-medidas de segurança, o propósito último das sanções criminais: defesa da ordem jurídica, ou melhor, defesa e conservação da ordem social e jurídica. Mais recentemente, Germano Marques da Silva, *Direito Penal Português, I*, sublinha a diferença entre fins do direito penal e fins das penas, fazendo corresponder os primeiros, *rectius*, o primeiro, na linha dos autores portugueses clássicos, à defesa da sociedade, ao passo que nos segundos haverá, contudo, a ideia de satisfação dos interesses originados pela violação das normas, interesse(s) esse(s) difusamente nascido no seio social do facto de ter sido praticado o crime.

Muitas vezes nos questionamos também porque existe a necessidade de punir. Aliás, esta é uma questão que cerca a própria finalidade do direito penal como um todo, e que constitui, na essência, um problema de política criminal.

Juntamente com a escalpelização do conceito da necessidade de punir aparece outro que é o do merecimento da pena⁵⁹⁷. Neste sentido, é merecedor de pena quando “se revelar tão perigoso e censurável, tão inaceitável enquanto exemplo de um comportamento contrário à vida em sociedade, faz com que a pena, quanto instrumento mais intenso da coação estatal e expressão mais forte da desaprovação social, seja necessária e idónea para a proteção da comunidade”⁵⁹⁸. Esta formulação de RENÉ BLOY coloca em evidência a necessidade de pena de acordo com as finalidades a que se propõe, isto é, dissecar se do ponto de vista político-criminal a pena cumpre com o seu desiderato. BLOY dissecou neste âmbito três vias distintas, para melhor compreender se com a aplicação de uma pena se atinge um resultado políticocriminalmente conforme: “a realização de um desvalor; a impossibilidade de as finalidades das penas se alcançarem de outro modo (que não através da pena) e a idoneidade da pena para a prossecução dos seus fins. Na verdade, como fica bem patente, a preocupação de BLOY tem implícita uma ideia de finalidade da pena também acompanhada por SCHMIDHAÜSER que a necessidade de pena se afere pela função preventiva que a pena reclama e, desta forma, estar aliada a uma resposta eminentemente político-criminal.

No seio da criminalidade organizada transnacional podemos falar essencialmente e nesta linha do merecimento da pena, que as “novas” tipologias de crime, por se afivelarem perigosas e com um elevado desvalor social, exigem do aparelho do Estado uma reflexão mais apurada tanto do fundamento de punir condutas que transpõe, em muitos casos, fronteiras. Ora, esta ideia intrínseca que subjaz à função da pena, vazada quer no fundamento, finalidade e necessidade de punir, mostra-se pois mais complexo no seio da criminalidade organizada transnacional. Se, quanto ao fundamento, é inquestionável que o que está em causa é a

⁵⁹⁷ Frederico da Costa Pinto evidencia o pendor destes dois conceitos fundamentais para a dogmática penal, inserindo uma nota histórica. É a partir da década de 70 que diversos de autores relacionam de forma consequente as exigências de merecimento e necessidade de pena com a estrutura metodológica da análise do crime, sugerindo a autonomização de momentos específicos distintos da tipicidade, da ilicitude ou da culpabilidade, a partir da ideia do merecimento de pena ou da necessidade de tutela penal. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – *A Categoria da...*, p. 899.

⁵⁹⁸ BLOY, René – *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe*. Duncker & Humblot, Berlin, 1976, p. 231, seguido por PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – *A Categoria da...*, pp. 901 a 904. Como evidencia o autor, o merecimento da pena adquire por parte de alguns penalistas outras densificações: para Jescheck, o merecimento da pena está centrado na dignidade do bem jurídico e ao grau com que o indivíduo ataca esses mesmos bens jurídicos; na mesma linha também Costa Andrade; Klaus Günther centra o merecimento da pena no desvalor da ação e no desvalor do resultado; Hassemer por seu turno centra a sua análise do merecimento da pena em critérios de justiça e utilidade da intervenção jurídico-penal.

necessidade de proteção de bens jurídicos lesados ou colocados em perigo de lesão, o que, aliado ao desvalor da conduta e do resultado que o crime organizado provoca, não restarão dúvidas que a finalidade da punição, à semelhança do restante catálogo de crimes, deverá ser por uma lado munir a norma de uma clara mensagem inibidora da prática de crimes, e portanto, semear uma ideia de consequencialismo negativo que advém da prática de crimes, e por outro, atuar profundamente na prevenção especial positiva, o que apenas se logra com um sistema de sanções proporcionais, que evitem a reincidência.

“A pena é um dos casos em que o direito subordina o tempo aos fins que almeja”

Ana Messuti

10.3. Do Direito Penal “inimigo” de base contratualista e o conceito jurídico de sanção

A ideia de que o sujeito criminoso “deve ser tratado como uma coisa perigosa que ameaça a segurança do futuro”⁵⁹⁹, coloca-nos na senda de um retrocesso perante aquele que é um entendimento do direito penal moderno vigente. O direito vê-se confrontado com um retorno à negação de direitos liberdades e garantias fundamentais quer substantivas, quer processuais, elegendo o valor da segurança como o epíteto de sociedade atual e que se legitima através da punição, como um instrumento de controlo social.

Quando em 1762, JEAN-JACQUES ROUSSEAU lançou a teoria do contrato social referiu que o homem ao aderir ao contrato social perde a sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo aquilo que é necessário e ganha a liberdade civil e à propriedade de tudo aquilo que possui, por isso, o contrato social assume-se como uma renúncia da parte perante o todo, a fim de que nesse todo diluído do qual fazemos parte se erga um conjunto de regras que a todos regem, ocorrendo uma transferência do poder para o Estado soberano.

O ponto de controvérsia encontra-se no facto de que em HOBBS existe uma ampla renúncia e alienação total dos direitos naturais ao Estado, ao passo que, para LOCKE, o estado civil e a nomeação da autoridade teriam como fim a garantia daqueles direitos naturais, não havendo renúncia. Em Hobbes o estado civil coloca-se acima do estado natural, suprimindo-o; para Locke, o estado de natureza é conservado, representando a sua plena e eficaz consolidação. Como nos refere NORBERTO BOBBIO: “(...) isso explica “por que Hobbes elabora uma teoria do Estado absoluto, e Locke, a de um Estado limitado; o Estado de Hobbes precisa cancelar os últimos resíduos do estado de natureza, enquanto para Locke o Estado é pura e simplesmente

⁵⁹⁹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl – *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução do espanhol “El enemigo en Derecho Penal”, de Sérgio Lamarão. 2.ª Edição, Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 20.

uma instituição com o objetivo de tornar possível a convivência natural entre os homens. Como na concepção de Hobbes o mal é radical, o remédio deve ser igualmente radical: o estado de natureza deve ser suprimido e, em lugar da lei natural, deve vigorar a lei positiva. Na concepção de Locke, contudo, o estado de natureza deve ser pura e simplesmente corrigido e posto em condições de continuar vivendo, com todas as suas vantagens, no estado civil, mediante um aparelho executivo que tenha condições de obrigar a respeitar as leis naturais”⁶⁰⁰.

Os juristas saudosistas reverenciam a ideia de que o direito se autopurifica. Tal imagem concebe duas formas ou estágios do mesmo sistema jurídico: a forma mais nobre latente na menos nobre, o direito contemporâneo, impuro, que gradualmente se transforma na sua própria ambição mais pura, a duras penas, sem dúvida, tanto com deslizes quanto com ganhos, nunca atingindo a pureza final mas aprimorando-se sempre com relação à geração anterior. Há problemas nessa misteriosa imagem, e estes vêm somar-se tanto à complexidade quanto ao poder do direito como integridade”⁶⁰¹.

A teoria da pena tem vindo a ser estudada por variados penalistas, quer nacionais quer internacionais, sob um ponto de vista da função do direito penal. A ligação umbilical que se estabelece estritamente entre a pena e a sua função forma a base da política de intervenção do Estado através da sua força legitimadora e legitimante na regulação de condutas e comportamentos humanos.

Tal como já ZIPPELIUS referira “é mediante a conduta orientada pelo direito garantido que se estabelece a comunidade estadual. A conduta dos cidadãos encontra-se coordenada, por se orientar segundo normas que beneficiam de uma oportunidade segura de aplicação e efetivação forçadas e organizadas. Na maior parte dos casos a (...) ameaça de sanções, a simples possibilidade de efetivação compulsiva chegam para fazer funcionar a ordem jurídica e para a fazer desempenhar a sua missão de esquema orientador. As sanções desencadeadas pela violação das normas garantem, ao mesmo tempo, a força motivadora e a eficiência das normas nos casos muito mais frequentes em que se verifica a sua observância voluntária”⁶⁰².

No quadro da relação que se estabelece entre a pena e a sua instrumentalização na função repressora que se atribui ao Estado, através dos seus órgãos e entidades que aplicam a lei e lhe dão eficácia, a sanção tem tido uma significação muito própria.

⁶⁰⁰ BOBBIO, Norberto – *Locke e o Direito Natural*. Tradução de Sérgio Bath, Editora UNB, 1997, pp. 182-183.

⁶⁰¹ DWORKIN, Ronald – *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 477.

⁶⁰² ZIPPELIUS, Reinhold – *Teoria Geral do Estado*. Tradução de António Cabral de Moncada, 2.º Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, p. 34.

Na ótica de Kelsen, a “sanção é consequência de uma conduta (ação ou omissão), consiste na produção compulsória de um mal – ou, dito de outro modo, na privação compulsória de um bem – e é levada a cabo pela autoridade competente (tanto judicial como administrativa)”⁶⁰³.

O Direito penal, gizado em função da aplicação de uma pena desempenha um papel central ao evitar a repercussão de condutas nefastas no seio da sociedade, impedindo que se perturbe a normal convivência social. Deste modo, e, essencialmente ao Direito Penal cumpre: a) criar processos de criminalização primária, isto é, criminalizar comportamentos que lesem bens jurídicos fundamentais através do seu poder legiferante; b) em segundo lugar, cabe-lhe assegurar que essas mesmas normas se operacionalizem no ordenamento jurídico, ou seja, serem suscetíveis de ser aplicadas pelo sistema judiciário e, c) em terceiro lugar, impende ao direito penal executar a pena, encerrando o ciclo sancionatório que é próprio deste ramo de direito público.

A função ou a finalidade do direito penal leva-nos irremediavelmente à questão da função da sanção, enquanto conceito jurídico autonomizado, sem embargo de podermos afirmar desde logo que o conceito de sanção é abrangente e deriva de uma tese puramente contratualista.

O direito penal, *rectius* a ciência conjunta do direito penal, presta-se não só à escarpelização do comportamento desviante – o comportamento exercido *contra legem poenalis* – como também ao estudo das consequências do crime. Na linha de FIGUEIREDO DIAS, a “questão dos fins das penas constitui um a questão do destino do direito penal e do seu paradigma”⁶⁰⁴.

10.4. As Teorias Ético-Retributivas (kantianas) e a sua (não) aplicação ao Crime Organizado

Uma conceção do tipo retributivo há de partir ao menos da consideração da pena como compensação pelo dano do facto cometido e culpa do agente. A essencialidade desta premissa, tradutora do conceito de retribuição, pode-se escorar no panorama notoriamente complexo – e, por vezes, radicalizado – dos pensamentos que confluem no ideário retributivo, que comunga do ideal de justiça como justificação da pena, quando não mesmo seu fim ou finalidade,

⁶⁰³ LAMEGO, José – *A Teoria Pura do Direito de Kelsen*. AAFDL, 2019, p. 132.

⁶⁰⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...*, p. 42.

alheando-se por isso, pelo menos direta e imediatamente, de qualquer cariz utilitarista ou finalidade empírico-social, normalmente apontada às teorias preventivas. Esta ideia de justiça tem por base, como seu antecedente indelével, a culpa demonstrada pelo agente: a culpa é, deste modo, pressuposto, fundamento e limite inultrapassável da medida da pena.

IMMANUEL KANT propôs que a pena seria baseada no preceito taliônico e seria um imperativo categórico. O indivíduo que comete um crime deve ser punido por ter incorrido em uma conduta ilícita e a pena não pretenderia promover benefícios para o condenado ou sociedade, pois a personalidade inerente a todos os indivíduos protegeria o infrator de ser tratado como um meio para fins alheios. O crime que um indivíduo comete contra outro seria uma conduta contraditória ao imperativo de como o ser humano deve ser tratado – sempre como um fim em si e nunca como um meio. Esse postulado demonstra que um crime praticado contra alguém é uma conduta imprópria, porém não dispõe que o fundamento para punir o infrator é o indivíduo vitimado. O fundamento para punir o infrator seria a justiça, ou seja, seria intrinsecamente justo e também um dever da sociedade punir um indivíduo que vitima outro. Considerar a vítima como um fundamento da pena aparenta ser incompatível com a concepção kantiana. Uma pena fundamentada na vontade da vítima seria inadmissível, pois implicaria tratar o infrator como um meio para o fim de satisfazer o indivíduo afetado pelo crime.

Existe um hiato estrutural e prático entre o queremos da pena e os efeitos práticos que se visam alcançar através da sua aplicação.

A pena, no entorno das teorias absolutas ou retributivistas é encarada como uma exigência pura de justiça ou, na aceção de IMMANUEL KANT, um verdadeiro imperativo categórico. Visto como o principal filósofo da era moderna, KANT não separava a moral do direito, preconizando que o indivíduo deverá agir apenas segundo a máxima que gostaria de ver transformada em lei universal. É na sua obra *A Metafísica dos Costumes*, que o filósofo alemão enuncia o que entende por imperativo categórico, assim, “imperativo categórico (incondicional) é aquele que pensa uma ação como objetivamente necessária e a torna necessária, não indiretamente através da representação de um fim que possa ser alcançado pela ação, mas sim através da mera representação dessa ação mesma (de sua forma), portanto diretamente”. O axioma “aja conforme a uma máxima que possa valer ao mesmo tempo como uma lei universal” quando transposto para a área da punição traduz a linha filosófica de que se pune por uma questão de uma quase exigência natural que se encontra acima de uma qualquer ordem.

Neste sentido, a pena não pode assumir uma lógica utilitarista, ou seja, partir da premissa de que castigar o delinquente em razões de utilidade não será eticamente permitido. O que a aplicação da lei deve operar é uma retribuição ao infrator com o mal por ele cometido.

Na verdade, a exigência de punir é em si tautológica, e concorre para passar a ideia de que não existe qualquer bondade sociológica na aplicação da pena. Ao invés, a punição está numa espécie de antecâmara, ou seja, anterior a qualquer ordem jurídica e a qualquer orientação político-criminal, fiel portanto a uma ideia de utilidade social que se basta a si mesma e que é erigida sob um mandamento universal.

Quando se fala em teorias retributivas tende-se a relacionar a pena com “castigo”, e, portanto, “ao mal do crime responde-se com o mal da pena”⁶⁰⁵. Paradoxalmente, se por um lado a pena tem associado um pendor expiatório, por outro lado funciona como um equalizador, uma vez que parte do conceito de pessoa humana como um ser livre em si mesmo, numa lógica de purificação social, uma vez que a pena irá ser um modelo para eventuais delinquentes, intimidando-os para que não voltem a delinquir.

No entanto, como denota PEDRO FREITAS, e, a nosso ver, bem, é que a assunção de que KANT é na sua génese retributivista deve ser infirmada já que na sua obra *Metafísica dos Costumes*, KANT defende que “todas as punições são preventivas, seja para dissuadir o transgressor, ou para avisar outros pelo seu exemplo”⁶⁰⁶.

HEGEL vai ainda mais longe ao afirmar que o condenado tem um direito à pena, uma vez que esta tem um pendor intimidatório e afasta a conceção da pessoa como ser humano, e por isso, a pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, é um verdadeiro direito, porque vem de um ser de razão e implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito”⁶⁰⁷. Isto traduz a ideia de que é o próprio condenado que almeja a pena porque sabe que, dentro da sua racionalidade, é a pena que lhe atribui a liberdade como ser humano que é. Por isso, a pena, no seio do sistema do Direito desempenha um puro papel de reconhecimento do indivíduo como ser dotado de liberdade.

HEGEL liga assim a pena, num primeiro plano, àquilo que denomina de “domínio do direito imediato”, isto é, a aplicação da pena na prática não se pode efetivar senão por meio de um contrabalanço⁶⁰⁸, isto é, proporcional à gravidade que o crime traduz. Contudo não se lhe

⁶⁰⁵ PATTO, Pedro Vaz – *Reflexões sobre o fim das penas...*, p. 383.

⁶⁰⁶ FREITAS, Pedro Miguel Fernandes – *A Determinação da Medida da Pena privativa da Liberdade – Um olhar crítico a partir do direito anglo-saxónico*, Setembro de 2015, Univ. do Minho, p. 102.

⁶⁰⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich – *Princípios Fundamentais da Filosofia do Direito*. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: M. Fontes, 1997, p. 89.

⁶⁰⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich – *Princípios fundamentais...*, p. 92. É o autor que afirma que: “Neste domínio do direito imediato, a abolição do crime começa por ser a vingança que será justa no seu conteúdo se constituir uma compensação”.

atribui um qualquer pendor típico de *vindicta privata* até porque, como acentua PEDRO VAZ PATTO, “não deve identificar-se a ideia de vingança com a ideia de reacção. A pena retributiva é a expressão de uma justiça que se liga à ideia de proporção e equilíbrio entre dois termos, momento racional que contrasta com qualquer movimento passional, o qual tende à exclusividade, de que decorre sempre a vingança”⁶⁰⁹.

A finalidade da pena não é a retribuição de um mal, pois o crime para HEGEL não é um mal, tal como perspectivava KANT. A pena funciona enquanto reafirmação por oposição ao crime, que, na aceção hegeliana, toma a forma de uma lesão contra a liberdade do outro, destarte, a “pena é, a um só tempo, um direito da sociedade e um direito do indivíduo”⁶¹⁰.

Por outro lado, CAVALEIRO DE FERREIRA afirma também que “a pena, porém, não é um mal em si mesmo que deva seguir-se ao mal cometido e a ele se equiparar. A pena é repressão porque, originada no crime, se dirige não somente para o futuro – *ne peccetur* –, mas para o passado – *quia peccatum*”⁶¹¹.

Assumir a associação do fator retribuição à visão de HEGEL, equivale a uma parca compreensão do sistema penal. Na verdade, o que HEGEL assume é a pena enquanto compensação, ou se se quiser, uma espécie de vingança. Se para HEGEL a função última da pena é afirmar e reafirmar a estrutura do direito como um sistema, é equivalente a afirmar a própria realização da liberdade. Apesar de ser vingança, a pena é diferente da vingança privada, pois o “exercício da vingança pelos heróis e pelos cavaleiros andantes é diferente, pois faz parte da formação dos Estados”⁶¹².

Utilizar HEGEL para fazer uma leitura do Estado hoje é possível, mas ainda que reconheçamos que os resultados dessa análise seriam negativos, tal tarefa não se apresenta fácil ante um modelo democrático de Direito penal, havendo várias correntes doutrinárias contrárias. Porém, como bem ressalva HASSEMER, o «“sentido da pena estatal jamais será ‘esclarecido’ de forma simplista e, como problema, jamais será ‘resolvido’»⁶¹³.

⁶⁰⁹ PATTO, Pedro Vaz – *Reflexões sobre...*, p. 386.

⁶¹⁰ No mesmo sentido posiciona-se BITENCOURT, Cezar Roberto - *Tratado de Direito penal: parte geral*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, p. 139.

⁶¹¹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal, Parte Geral, II, Penas e Medidas de Segurança*. Reimpressão da Edição de Janeiro de 1989, p. 45.

⁶¹² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich - *Princípios fundamentais da Filosofia do Direito*. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: M. Fontes, 1997, p. 93. *Apud* NETO, António Salomão e DAVID, Décio Franco – Reflexões sobre a pena em Hegel: (In)compreensão e Dificuldade de Superação. In *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 10, n. 18, p. 59-80, jan./jun. 2018, p. 72.

⁶¹³ HASSEMER, Winfried – Punir no estado de direito. In GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho (Org.) - *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: M. Pons, 2012. p. 336.

As conhecidas críticas doutrinárias à teoria retributivista de HEGEL possuem mérito, entretanto não nos parece que a recusa da proposta hegeliana possa ser dada de forma simplista. Principalmente, pelo fato de que, além da incorreta compreensão da proposta hegeliana, o espetáculo da punição está imbricado no senso comum dos clamores sociais. Agregado ao fator retributivo, coexiste a proporcionalidade da resposta estatal, a qual se converte no verdadeiro filtro de limites da atividade punitiva, projetando um novo espaço para debate sobre a finalidade da pena, ainda que se admitisse um viés exclusivamente retributivo.

Mas como bem coloca VON LIZST: “Basta una mirada a la historia de la pena para percatarse de la exactitud de esta afirmación: toda la evolución del sistema penal, tanto en el buen como en el mal sentido, y en especial toda la configuración y desfiguración de la pena privativa de libertad como elemento característico de la moderna penalidad criminal, se ha posibilitado, iniciado y desarrollado en la lucha entre las teorías absolutas y las relativas, o de unas o otras entre sí, es decir, por la acentuación de los fines del castigo”⁶¹⁴.

A pena é desde os primórdios da cultura humana uma reação relativamente a fatores externos que impendem sobre as condições de vida das pessoas consideradas como indivíduos ou grupos de indivíduos, que segundo mesmo autor, é “(...) ciega, instintiva y no intencional ni determinada por la representación de un fin”⁶¹⁵, uma vez que, prossegue “la pena, en efecto, no es, como lo suponen unánimemente los sustentadores de las teorías relativas, una utilización del ingenio humano, el resultado de un cálculo estatal; no ha sido gestada por la idea de fin, sino independientemente de ella y ha elurado precediéndola en la historia de la cultura humana”⁶¹⁶. (...)La pena primitiva, como consecuencia, aunque sea tan sólo mediata, del instinto de conservación de la especie, debe, desde su 'principio, tener carácter social, aparecer como reacción social contra perturbaciones sociales”⁶¹⁷.

Estudar a pena nesta intersecção convoca uma multiplicidade de problemas que pretendemos dissecar sob o óculo da criminalidade organizada. Não que alguns entendimentos de fundo possam alterar o sentido ontológico da pena em si, porquanto, quando respaldada num determinado ambiente criminógeno, a pena, quer na sua significação isolada, quer também na sua dimensão holística, adquire uma projeção diferenciada.

A pena encontra-se entreposta neste duelo de titãs, uma vez que, se por um lado, encerra em si o peso da norma penal que se escoia no cume que é a sanção, amplificadora do desvalor

⁶¹⁴ VON LIZST, Franz – *La idea de fin en Derecho Penal*. Universidad Nacional Autónoma del México, Universidad d Valparaíso de Chile. Editora Ex Libris César Sepúlveda México, 1994, p. 56.

⁶¹⁵ *Idem*, p. 63.

⁶¹⁶ *Idem*, p. 65.

⁶¹⁷ *Idem*, p. 71.

da ação aí inscrita, por outro, é a face desprotegida da chancela executória que se abre na arena do cárcere. Mas a pena não deixa de ser em si mesma considerada uma forma de coação⁶¹⁸. Esta ideia de coação, que tem ínsito um correspondente toque pejorativo, não deixa de ser a tradução acabada daquilo que a pena comporta.

KELSEN alinha o conceito de sanção exatamente neste sentido de que “sanção é a consequência de uma conduta (ação ou omissão), e consiste na produção de um mal – ou, dito de outro modo, na privação compulsória de um bem – e é levada a cabo pela autoridade competente”⁶¹⁹. A ideia coercitiva emprestada pelo ideário de KELSEN estriba-se no entendimento de que uma norma só é norma se se respaldar na sua dimensão sancionatória. A assunção da centralidade da norma na teoria kelseniana baseia-se no entendimento de que tem de existir a estatuição de uma sanção para a norma se considerar “completa”. Dizendo de outro modo, para aquele autor, a sanção é justificada pela existência de um ato ilícito que lhe dá a validade.

A questão conturbada e complexa, que é a de saber quais são os fins das penas, sempre flutuou ao longo dos variados acontecimentos históricos e da racionalidade axiológica subjacente a tais acontecimentos. O Direito Penal sincroniza-se, de forma irremediável com os fins das penas, esse malfadado epílogo, onde repousa o seu mais ínfimo propósito.

O conceito de pena encerra uma multiplicidade de acepções e de leituras – que não se esgotam apenas numa leitura jurídica. Os fins das penas podemos afirmar é o fim a que se projeta o direito penal. Nesse sentido, seja pelo viés da “maximização da utilidade pública, seja o da neutralização dos riscos, seja o da reposição da validade contra-fáctica da norma”⁶²⁰.

Segundo nos diz Durkheim, “o Estado não é uma potência coercitiva enorme, mas uma vasta e sábia organização”⁶²¹.

⁶¹⁸ A este propósito, define Jakobs, que a pena es portadora de la respuesta al hecho, como hecho de una persona racional e que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad. JAKOBS, MELIÁ, Manuel Cancio – *Derecho Penal del Enemigo*. Civitas, 2003, p. 23.

⁶¹⁹ LAMEGO, José – *A Teoria Pura do Direito de Kelsen*. AAFDL Editora, Lisboa, 2019, p. 132. Para Kelsen, o Direito é a *coercive order which stipulates sanctions*. De facto, no óculo de Kelsen a questão coerciva tem um papel central, que enfatiza dois tipos de análise: i) a análise formal das normas, explicitando a sua forma lógico-imputativa; ii) a análise sociológica, desenvolvendo explicações pormenorizadas sobre as técnicas de motivação das condutas e estabelecendo, nessa base, as diferenças entre os diversos sistemas normativos. LAMEGO, José – *A Teoria Pura...*, p. 69.

⁶²⁰ COSTA, José de Faria – *Linhas de Direito Penal e da Filosofia: Alguns Cruzamentos Reflexivos*. Coimbra Editora, 2005, p. 411.

⁶²¹ WACQUANT, Loïc – *Punir os Pobres: a Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos*. Editora Revan, 2.ª Edição, 2003, p. 19.

O Projeto Alternativo Alemão – o *Alternativ Entwurf* datado de 1966 – foi um projeto alternativo de reforma que veio repudiar a ideia retributiva e de inspiração eticizante⁶²², aderindo completamente à orientação preventiva especial, estabelecia um novo impulso no sistema de penas, com inúmeras hipóteses de medidas alternativas. A culpabilidade era estabelecida como limite das garantias invioláveis do sistema sancionatório e não como fundamento justificador da pena. Nesse mesmo Projeto decorria também a seguinte afirmação: “a pena é uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens”⁶²³.

11. Teoria da Pena – Tensão entre as teorias de prevenção (geral e especial)

11.1. As Teorias de Prevenção Geral – negativa e positiva

O brocardo “não castigar porque se praticou um mal ou um crime, mas para que o delinquente e outros não voltem a praticar crimes no futuro”, é ilustrativo do que se almeja com as teorias de prevenção geral.

Existem, porém, duas vias para alcançar esse fim: de um lado a teoria da prevenção geral negativa ou de intimidação, que como o próprio nome indica visa intimidar o agente ou um potencial agente. A teoria de prevenção geral negativa ou de intimidação repousa num “mecanismo psicológico”⁶²⁴, ligado a um automatismo comportamental traduzido na predisposição de um ser humano ser “motivado pelo prazer retirado de determinada ação e contra motivado pelo desprazer que a essa ação possa estar associado”⁶²⁵. HOBBS, LOCKE, PUFFENDORF ou BECCARIA, cultores desta variante da teoria de prevenção negativa, direcionaram o foco para a previsão da pena, enquanto que outros, como FEUERBACH ou CARRARA, deram mais destaque à aplicação judicial da pena. Este modelo punitivo via a pena demitida de quaisquer razões de prevenção criminal e legitimada por razões de justiça, ou por outras palavras, pretende-se veicular uma mensagem de que “o crime não compensa: que as

⁶²² GIACOMOLLI, Nereu José Giacomolli, SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da - Panorama do princípio da legalidade no direito penal Alemão vigente. In *Revista Direito GV*. Vol 6, n.º2. São Paulo, 2010. [Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000200011]. (Consultado em 17.03.2021).

⁶²³ BITENCOURT, Cezar Roberto – *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. Editora Saraiva, Ano 1993, p. 25.

⁶²⁴ PATTO, Pedro Vaz – *Reflexões sobre...*, p. 394.

⁶²⁵ É precisamente Feuerbach que explora este mecanismo analisando a pena no seu viés intimidatório.

sanções do direito penal exerçam mais influência nas conjecturas dos homens propensos à delinquência do que as esperanças nas vantagens do crime”⁶²⁶. Essas teorias “absolutas” da pena baseadas no retributivismo estiveram fortemente associadas ao legado filosófico do idealismo alemão⁶²⁷.

BECCARIA também aborda a questão da finalidade de prevenção geral sob o prisma da sua eficácia quanto ao objetivo de dissuadir a prática de crimes e ao cumprimento de uma finalidade de prevenção geral, entendemos o seguinte: em primeiro lugar, é duvidoso, e a história do direito penal bem o demonstrou, que a severidade da pena seja motivo determinante da dissuasão da prática de crimes uma vez que as pessoas não são inteiramente racionais nas suas decisões. Já há um aspecto em que a duração da pena influencia efectivamente a prevenção, e que se refere à neutralização ou afastamento da pessoa da sociedade e da possibilidade física de cometer crimes. Sob esse ponto de vista não haverá dúvidas de que quanto mais tempo o infractor, ou o potencial infractor, estiver preso, menos crimes poderá cometer, embora também a essa luz, seja de ter presente que é mais elevada a taxa de reincidência quanto mais tempo o criminoso for mantido na prisão, sobretudo tratando-se de criminosos de baixo risco. Por outro lado, e mesmo que a severidade da pena funcionasse a cem por cento como mecanismo de afastamento da prática do crime, que fosse totalmente eficaz à luz da lógica utilitarista que começámos por referir no pensamento de Beccaria, nem por aí se conseguiria justificar ou legitimar esta política de sentencing, uma vez que ela é completamente arbitrária, tornando imprevisível a pena aplicável no caso concreto, e inviabilizando o funcionamento do mecanismo mental da prevenção de crimes. Sendo certo que, e por aqui concluímos este ponto, que mesmo BECCARIA tinha a humanidade da pena como limite ao utilitarismo e à dissuasão da conduta criminosa.

⁶²⁶ HASSEMER, Winfried – *Histórias das Ideias...*, p. 46. O Autor aponta para a crítica que pode ser tecida contra a prevenção por intimidação quando refere que a intimidação como forma de prevenção atenta contra a dignidade da pessoa humana, na medida em que ela converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras e, além de que, os efeitos dela esperados são altamente duvidosos, porque a sua verificação real apoia-se necessariamente e categorias empíricas bastante imprecisas, tais como: o inequívoco conhecimento por parte de todos os cidadãos das penas cominadas e das condenações (pois, caso contrário, o Direito Penal não atingiria o alvo que se propõe) e, a motivação dos cidadãos obedientes à lei para assim se comportarem precisamente em consequência da cominação e aplicação das penas (pois, caso contrário, o direito penal como instrumento de prevenção seria supérfluo). HASSEMER, Winfried – *Histórias das Ideias...*, p. 49.

⁶²⁷ MOORE, Michael – *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 83.

11.2. O Direito Penitenciário – em direção à (re)integração

O mito associado ao criminoso-perigoso, despojado de direitos e liberdades levou a que durante (demasiados) anos se transportasse esta visão para a edificação de Estados que premiavam a *capitis deminutio* do cidadão, visão essa consequentemente trasladada para o meio penitenciário.

Como um desfecho que abstratamente pode bater a qualquer porta ou esse *no man's land* que empresta ao penitenciário uma vacuidade crescente, tem-se debatido com um certo estrangulamento finalístico. Isto é, pretende-se uma prisão que prenda “bem e eficazmente”, a reboque de um aumento de penas desmesurado que devolva um nível de segurança por que tanto se implora.

A sacralização em torno do *ius puniendi* estatal decorre de uma *vox populi* saturada pela massificação de um discurso retrógrado e apologista de um corte a quente com os direitos humanos. Pugna-se por uma solução de *prêt-à-porter*, que elimine de forma rápida e enxuta o inimigo-criminoso-perigoso, qual escolha que deverá ser separado do cidadão puro. Concordamos com GUEDES VALENTE quando refere o seguinte: “O recluso preso é um ser humano que tem de ser tratado com humanidade e com respeito pelos princípios da autodeterminação e autoconformação com o direito. Não podemos exigir uma integração sem autoresponsabilização do agente e esta depende do modo de intervenção formal e do respeito pelos valores legitimadores da ação penal”⁶²⁸.

Segundo FIGUEIREDO DIAS “num estado de direito, de cariz social e democrático, a compreensão dos fundamentos, do sentido e dos fundamentos das penas deve partir de uma concepção de prevenção geral de integração, ligada institucionalmente a uma pena de culpa, a ser executada com um sentido predominante de (re)socialização do delinquente”⁶²⁹.

Este pensamento está em linha com aquilo que se acha internacionais que reconhecem o recluso um sujeito de execução. Este entendimento fez com que se partisse da antiga posição de submissão que negava o reconhecimento na pessoa do recluso de quaisquer direitos e garantias que o desvinculava de uma posição constitucionalmente tutelada.

⁶²⁸ VALENTE, Manuel Guedes – Os Direitos humanos no direito penal reintegrador: a afirmação do direito penitenciário. In *Conferência proferida na Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo no ato de assinatura do protocolo de Cooperação entre a Escola de Administração Penitenciária e a Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, pp. 150-151.

⁶²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Breves Considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em Direito Penal Económico*. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais, Visão Luso-Brasileira, José Faria Costa (Coord.) [et.alii.], São Paulo, Quartier Lantin, 2006, p. 61.

Como escreve FIGUEIREDO DIAS, os efeitos das sanções ao nível do direito penal económico são em grande medida diferentes das sanções do direito penal geral. Para além de outras razões⁶³⁰, atenta o mesmo autor que o “grande argumento seria o de que não tem qualquer sentido tentar a sociabilização de pessoas que – dado o seu alto status económico-social, a respeitabilidade de que se reveste o seu modo-de-vida, a estabilidade da sua inserção comunitária – possuiriam já um alto grau de socialização e não precisariam, por isso, de passar por uma estratégia de “recuperação social”. Concordamos em absoluto com o autor quando expressa a sua discordância com este ponto de vista, mas impõe-se que façamos um exame crítico quanto a saber se o delinquente condenado por delitos de viés económico (organizado ou não) não se apresenta socializado face ao sistema de execução de penas vigente na atualidade.

A ser aplicada uma pena de prisão, tem-se de ficar no sentido da necessidade de pena e das respetivas finalidades de prevenção e nunca como “castigo exemplar”.

12. O binómio Ressocialização-Retribuição e o artigo 40.º do Código Penal

*“Cualquier paso que pueda darse para hacer menos dolorosas y menos dañosas las condiciones de vida de la cárcel, aunque sea sólo para un condenado, debe ser mirado con respecto cuando esté realmente inspirado en el interés por los derechos y el destino de las personas detenidas, y provenga de una voluntad de cambio radical y humanista y no de un reformismo tecnocrático cuya finalidad y funciones sean las de legitimar a través de cualquier mejoramiento la institución en su conjunto.”*⁶³¹

Alessandro BARATTA

Como HASSEMER referiu “é de todo imperativo que a mão salvadora e restauradora do direito penal se estenda àquele cidadão que falhou na sua conduta, com isto mostrando que tem

⁶³⁰ De acordo com o autor a primeira razão da diferença de impacto entre estas variantes do direito penal prende-se com a eficácia do efeito da prevenção especial no direito penal económico. Para Figueiredo Dias, um eficaz efeito da prevenção especial parece, sob diversas perspetivas, mais fácil de alcançar no direito penal económico, porque, sustenta, a estigmatização derivada da pena possuir menor suscetibilidade de pôr em causa a *self-image* do delinquente como pilar de respeitabilidade. DIAS, Jorge de Figueiredo – *Breves Considerações sobre o fundamento...*, p. 66.

⁶³¹ BARATTA, Alessandro – Ressocialización o control social – por um concepto crítico de reintegración social del condenado. In *Sistema Penal para o Terceiro Milênio: Actos do Colóquio Marc Ancel*. ARAÚJO, JR., João de Marcello de (org.) Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 294, e também acompanhado Baratta, MORAIS DA ROSA, Alexandre e JOBIM DO AMARAL, Augusto – *Cultura da Punição: A Ostentação do Horror*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2014, p. 11.

problemas, e que, portanto, poderá voltar a criar problemas para a sociedade”⁶³². Este Direito penal das consequências focado no *aftermath* do acontecimento criminoso, coloca o enfoque num direito penal que deverá ser de (re)socialização ou reinserção da pessoa que cometeu a infração.

O direito à ressocialização, que congrega uma obviedade clara e objetiva e que se coloca diante do condenado, dimana do respeito pela dignidade da pessoa humana, premissa que aliás percorre toda a fase executiva da pena. A Constituição da República Portuguesa eleva a fundamentalidade da consagração de uma multiplicidade de garantias a um cidadão que se veja privado da liberdade.

Como é obvio a questão ou o intento ressocializador acompanhou a reforma do Código Penal Português de 1995, que viria a introduzir no panorama das finalidades da pena aquele que seria o normativo legal visto como o novo modelo das sociedades democráticas do século XX.

O artigo 40.º do CP delimita o campo de atuação de todo o direito penal, atribuindo-lhe a sua centralidade da qual não pode ser desvinculado, e por outro, estabelecendo-lhe limites sobre o *quantum* da pena. Neste sentido, o artigo 40.º do CP é em si mesmo uma espécie de muralha fortificada que guarda e protege o fim de todo o edifício penal. Por outro lado, não sendo uma norma penal *tout court*, mas, sendo em si mesma uma norma, impõe um dever de ação, na medida em que podemos considerar um dever deontológico – “dever-ser” – que o legislador estipulou e que se dirige ao Estado, enquanto entidade a quem incumbirá a promoção dos meios para a reintegração do agente e, simultaneamente, à sociedade, que deve fazer respeitar os valores e no seio da qual se irão proteger os bens jurídicos.

Com a palavra “vigência” designamos a existência específica de uma norma. Quando descrevemos o sentido ou o significado de um ato normativo dizemos que, com o ato em questão, uma qualquer conduta humana é prescrita, e, por isso mesmo, imposta, a qual, por isso mesmo poderá ser de carácter proibitivo ou permissivo. Se, como acima propusemos, empregarmos a palavra “dever-ser” num sentido que abranja ambas as orientações, podemos encarar a vigência, *rectius*, validade de uma norma dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita.

Se designarmos a existência específica da norma como a sua “vigência”, damos desta forma expressão à maneira particular pela qual a norma – diferentemente do ser dos fatos naturais – nos é dada ou se nos apresenta⁶³³. Como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do

⁶³² HASSEMER, Winfried – *História das Ideias...*, p. 50.

⁶³³ KELSEN, Hans – *Teoria Pura do Direito...*, p.7.

fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos. Conforme refere BITTAR “ser e dever-ser” diferem entre si na mesma medida em que ciências sociais (humanas) diferem das ciências naturais (físico-matemáticas). Esta diferenciação repousa na distinção provocada pelos termos causalidade e imputação e suas consequências lógico-teóricas. De facto, condição e consequência, ligam-se pela imputação de uma sanção a um comportamento, na esfera do Direito; neste sentido, a sanção pode ser, como pode não ser aplicada.

Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão. Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma dizer-se – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia (como sói dizer-se) é a condição da sua vigência. E de notar, no entanto, que, por eficácia de uma norma jurídica que liga a uma determinada conduta, como condição, uma sanção como consequência – e, assim, qualifica como delito a conduta que condiciona a sanção –, se deve entender não só o fato de esta norma ser aplicada pelos órgãos jurídicos, especialmente pelos tribunais – isto é, o fato de a sanção, num caso concreto, ser ordenada e aplicada – mas também o fato de esta norma ser respeitada pelos indivíduos subordinados à ordem jurídica – isto é, o fato de ser adotada a conduta pela qual se evita a sanção. Na medida em que a estatuição de sanções tem por fim impedir (prevenção) a conduta condicionante da sanção – a prática de delitos – encontramos-nos perante a hipótese ideal da vigência de uma norma jurídica quando esta nem sequer chega a ser aplicada, pelo fato de a representação da sanção a executar em caso de delitos e ter tornado, relativamente aos indivíduos submetidos à ordem jurídica, em motivo para deixarem de praticar o delito. Nesta hipótese, a eficácia da norma jurídica reduz-se à sua observância.

Conforme o modo pelo qual as ações humanas são prescritas ou proibidas, podem distinguir-se diferentes tipos – tipos ideais, não tipos médios. A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer consequências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e, simultaneamente, ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (em sentido lato). O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com uma pena é o princípio retributivo (*Vergeltung*). O castigo pode compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente

a pena, isto é, um mal - a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra - a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o de recompensa.

Finalmente, uma ordem social pode – e é este o caso da ordem jurídica - prescrever uma determinada conduta precisamente pelo facto de ligar à conduta oposta uma desvantagem, como a privação dos bens acima referidos, ou seja, uma pena no sentido mais amplo da palavra. Desta forma, uma determinada conduta apenas pode ser considerada, no sentido dessa ordem social, como prescrita – ou seja, na hipótese de uma ordem jurídica, como juridicamente prescrita – na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção (no sentido estrito). Quando uma ordem social, tal como a ordem jurídica, prescreve uma conduta pelo fato de estatuir como devida (devendo ser) uma sanção para a hipótese da conduta oposta, podemos descrever esta situação dizendo que, no caso de se verificar uma determinada conduta, se deve seguir determinada sanção. Com isto já se afirma que a conduta condicionante da sanção é proibida e a conduta oposta é prescrita. O *ser-devida da sanção* inclui em si o *ser-proibida da conduta* que é o seu pressuposto específico e o ser prescrita da conduta oposta. Devemos a propósito notar que, com o ser – “prescrita” ou o ser – “proibida” de uma determinada conduta se significa não o ser-devida desta conduta ou da conduta oposta, mas o ser-devida da consequência desta conduta, isto é, da sanção. A conduta prescrita não é a conduta devida; devida é a sanção. O ser prescrita significa que o contrário desta conduta é pressuposto do ser-devida da sanção. A execução da sanção é prescrita, é conteúdo de um dever jurídico, se a sua omissão é tornada pressuposto de uma sanção. Se não for esse o caso, ela apenas pode valer como autorizada, e não também como prescrita. Visto não podermos admitir um *regressum ad infinitum*, a última sanção nesta série apenas pode ser autorizada, e não prescrita.

A população prisional aumentou em 176 reclusos, crescimento que se pode considerar baixo, atendendo ao facto de no ano anterior se ter verificado uma acentuada descida decorrente da aplicação da Lei no 9/2020 de 10 de abril. A taxa de ocupação em 31 de dezembro de 2021 era de 90,3%. Representa uma ligeira subida (+2,7%) relativamente à data homóloga de 2020 (87,6%), continuando pelo quarto ano consecutivo, a não se verificar sobrelotação no sistema prisional. Manteve-se estável a relação entre a população prisional feminina e a masculina, bem como a relação entre preventivos e condenados, não obstante o peso relativo dos preventivos ter decrescido 1,4%⁶³⁴.

RAÚL ZAFFARONI continua a considerar que a prevenção especial de ressocialização é o

⁶³⁴ Dados colhidos do Relatório Anual de Segurança Interna (RASI) de 2021. Disponível online em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNLI0NgcAIUgtZwUAAAA%3d>.

único fim das penas admissível num Estado de Direito democrático e social, sem prejuízo de, por meio dela, como efeito secundário, também se atingir um efeito geral-preventivo.

Para o crime organizado transnacional a solução tem de ser vista de acordo com o modelo ressocializador de que dispomos, sendo que a pena de prisão como consequência do crime, exige ao Estado a promoção dos meios para a reintegração do agente, sendo certo que não se pode escamotear que à fixação de molduras penais dever-se-á ter em conta um certo grau de eficácia do sistema, tendo em consideração os meios de que dispõem para a execução da pena, no caso do crime organizado. Para isso o Estado tem desde logo de adotar mecanismos legais que prevejam modelos de encarceramento específicos a ser aplicados a todos os estabelecimentos prisionais, de acordo com o grau de perigosidade e necessidades de socialização da pessoa que irá cumprir a sua pena.

13. *Crimes of the Powerful* e a relação com o *quantum penal*

A expressão “crime de colarinho branco”, primeira vez usada por SUTHERLAND⁶³⁵, ou, na versão americana *white-collar crime*⁶³⁶, introduziu uma certa conceção que até aos inícios do século XX ainda não havia vingado: uma ideia de um “pioneirismo moralista associado à tentativa de provar que a criminalidade não é exclusivamente provocada pelas classes tradicionalmente vistas como perigosas”⁶³⁷.

Como bem aponta COSTA ANDRADE “para além de constituir um permanente ponto de referência do interacionismo, da criminologia de conflito e da criminologia crítica, a descoberta do *white-collar crime* veio confrontar a sociedade com o desfasamento entre a ideologia e os princípios (constitucionais) da igualdade do direito penal e a verdade de um sistema penal que incrimina os pequenos e deixa livres os grandes”⁶³⁸.

⁶³⁵ O conceito de *white-collar crime* foi pela primeira vez usado por Sutherland em 1939 nos Estados Unidos da América numa célebre intervenção daquele autor na *American Sociological Association*. Note-se, porém que o fenómeno – o crime dos poderosos – já existia desde tempos primitivos. Para uma visão da evolução histórica acerca do florescimento e influência do *white-collar crime* nas sociedades, vide SANTOS, Cláudia Maria Cruz – O Crime de Colarinho Branco (Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). In *Boletim da Faculdade de Direito*, Stvdia Iuridica 56, Coimbra Editora, 2001, pp. 15 a 37.

⁶³⁶ Contudo existem expressões próximas de *white-collar crime*.

⁶³⁷ SANTOS, Cláudia Maria Cruz – *O Crime de Colarinho Branco*..., p. 42.

⁶³⁸ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre o Estatuto e Função da Criminologia Contemporânea*. Disponível online em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B33fb1313-03d9-426b-9b2c-f9d223570b02%7D.pdf>. [consultado em 13.07.2023].

Neste sentido, a definição apontada por SUTHERLAND para os crimes de colarinho branco como sendo “crimes cometidos por uma pessoa de respeitabilidade e elevado status social no decurso da sua ocupação”⁶³⁹, apesar de pioneira, logo foi alvo de críticas⁶⁴⁰.

Esta ideia de que afinal o crime não é apenas e só o produto de comportamentos desviantes tidos por pessoas de quadrantes mais desfavorecidos da sociedade, levou a que múltiplos autores tivessem estudado o fenómeno, sobretudo de uma perspetiva criminológica, isto é, das razões e motivações do padrão subjacente ao crime de colarinho branco. Tal razão radica, em SUTHERLAND, no reconhecimento de que o crime não tem um cunho genético, mas, ao invés, advém de um conjunto de processos que emergem no interior de grupos, e, portanto, a atuação de um criminoso normal radicar-se-á na influência externa de factores propícios ao cometimento da infração penal.

O conceito de *white-collar crime* obteve notoriedade com a obra de SUTHERLAND, no final dos anos trinta do nosso século, sendo pioneiro ao ter celebrizado o conceito de *white-collar crime*. Mas, muito antes disso, pode afirmar-se que aqueles com mais posses, ou seja, os mais ricos e, de certa forma, ostentando poder, já praticavam condutas criminosas, como denota BONGER⁶⁴¹. Portanto outro lado, e na senda de Sutherland, MORRIS, refere a existência de uma criminalidade de um mundo superior ou na designação anglo-saxónica “criminals of the upperworld”, conhecidos pela sua “inteligência e uso de técnicas fraudulentas e caracterizados pelo facto de conseguirem escapar à perseguição penal”⁶⁴².

Daí que as pessoas que cometem crimes de colarinho branco detenham uma boa ou muito boa condição financeira e socialmente são pessoas bem integradas na sociedade, e, portanto, sob um ponto de vista intelectual são pessoas com uma boa formação e, em alguns casos, com formação superior. É o chamado crime cometido por “pessoas colocadas em posição

⁶³⁹ Tradução livre do inglês de: “crimes committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation.”

⁶⁴⁰ A definição de Sutherland de *white-collar crime* haveria de ser rebatida por alguns autores tais como Frank Hartung, que chamou a atenção para a questão dos *blue-collar workers*, Donald Cressey cujos estudos empíricos contribuíram para a distinção entre crime corporativo e crime ocupacional. Também entre as décadas de '60 e '70 do século passado foram pontificadas por 2 outros contributos prestados por Geis, que defendeu que os delitos de colarinho branco apenas poderiam ser cometidos por empresas e não por indivíduos e ainda Edelhertz, que, contrapondo-se a Geis sugeriu um estudo repartido do conceito de crimes de colarinho branco, a fim de potenciar investigação do fenómeno criminoso e as diferentes formas que o mesmo assume.

⁶⁴¹ Sendo esta criminalidade a que Willem Bonger define como os crimes económicos dos burgueses, nomeadamente as falências fraudulentas, sendo possível distinguir três categorias de delinquência económica burguesa: uma delinquência situacional, explicada por eventuais e esporádicas dificuldades económicas; uma delinquência por cupidez, ocasional e relacionada com o puro intuito de aumentar os lucros; uma delinquência profissional, a qual pressupõe uma certa organização e um carácter de sistematicidade. SANTOS, Cláudia Maria Cruz – *O Crime de Colarinho Branco...*, p. 40.

⁶⁴² *Ibidem*.

de prestígio social” e típico de uma “sociedade de capitalismo avançado”⁶⁴³. Para SUTHERLAND, o crime de colarinho branco, como sintetiza CLÁUDIA SANTOS, contém alguns elementos essenciais que se ligam à pessoa do delinquente, como: a) existir um crime, b) esse crime é cometido por pessoas respeitáveis e com elevado estatuto social⁶⁴⁴, c) no exercício da profissão, d) em que ocorre violação da confiança e, e) o caráter de impunidade. No entanto, como denotam com mais precisão PAUL KLENOWSKI e KIMBERLY DODSON, o próprio conceito de colarinho branco alberga em si uma variedade de ilícitos criminais que “podem ir de um mero furto ou de uma burla até fraudes financeiras altamente complexas por elites corporativas”, o perpetrador é usualmente um “indivíduo caucasiano de meia idade empregado, provindo da classe média, com educação superior, casado e com ligações à sua comunidade, à família e mesmo a instituições de caráter religioso”⁶⁴⁵.

Neste sentido pode-se afirmar que o crime e a sua própria explicação, que é afinal aquilo de que se ocupa a ciência da criminologia, se situa num espaço sociológico determinado e concreto.

Apesar de estar amplamente ultrapassada a ideia do crime apenas como uma “unidade de sentido sociológico”, desprovida de qualquer qualificação jurídico-penal⁶⁴⁶, a verdade é a de que não podemos obliterar que o fenómeno criminoso na sua essência tem jaez social (até porque se da sociedade brotam os seus fundamentos, a realidade sociológica retroalimenta-se da sua própria construção criminológica). Se atentarmos na definição de SUTHERLAND, “a característica essencial do crime é ser um comportamento proibido pelo Estado como um dano ao Estado, e contra o qual o Estado reage ou pode reagir, pelo menos em última instância, com

⁶⁴³ BARATTA, Alessandro – *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6.ª Edição, Rio de Janeiro, 2011, p. 101.

⁶⁴⁴ Refere aqui a Autora que este elemento da definição de Sutherland tem suscitado dúvidas, nomeadamente no traçar de fronteiras (...) enquanto a respeitabilidade se relaciona essencialmente com a inexistência de antecedentes criminais, o status elevado pressuporia já uma referência imediata às classes sociais. SANTOS, Cláudia Maria Cruz – *O Crime de Colarinho Branco...*, pp. 45 e 46.

⁶⁴⁵ KLENOWSKI, Paul, DODSON, Kimberly – *Who commits white-collar crime and what do we know about them?* In *The Oxford Handbook of White-Collar Crime*. Edited by Shanna Van Slyke, Michael Benson and Francis Cullen, Oxford University Press, p. 102.

⁶⁴⁶ Neste sentido DIAS, Jorge de Figueiredo e COSTA ANDRADE, Manuel da – *Criminologia: O Homem Delinquente...*, pp. 73 e ss. O que os Autores sustentam é que, para além de outras razões a procura de um conceito metajurídico ou ajurídico de crime não tem hoje sentido (...) e a construção do crime se realiza por obra dum sistema de controlo, cuja estrutura e funcionamento é normativamente comandada e que, apesar de tudo, actua sempre por referência à lei.

uma pena”⁶⁴⁷. Nesta linha SUTHERLAND conjuga e cruza os conceitos de proibição, sanção legal com o de danosidade social para sustentar a definição de *white-collar crime*⁶⁴⁸.

A repressão de crimes graves como estes, sem dúvidas, representa um objetivo ansiado, mas não induz necessariamente à conclusão de que o sistema penal deverá fazê-lo, a qualquer modo e custo, a despeito das garantias e direitos individuais e, aliás, nem mesmo leva à conclusão de que o sistema penal seja efetivamente o modelo mais eficaz a prevenir e reprimir a criminalidade organizada transnacional não violenta.

Conclusões Capitulares

A pena, como consequência jurídica do crime⁶⁴⁹, tem-se cristalizado nos tempos que correm como o mais adorado mecanismo político de repressão, como ponto de fuga formal de um sistema preventivo geral, que tende a desgastar-se perante a falta de eficácia do sistema, começando pelo sistema normativo e terminando no sistema de execução da pena.

A pena tem assim uma dupla vertente, e deve ser olhada quanto a razões de natureza e de justificação. Quanto à primeira, trata-se de um juízo de valor acerca de um comportamento de um membro da sociedade que, com culpa, cometeu um crime e, quanto à segunda, é do interesse do Estado manter intacta a ordem jurídica, contribuindo para uma paz social duradoura, cuja repercussão externa será sempre sentida através da manutenção da justiça coletiva. A finalidade das penas tem sido sempre bipolarizada entre o seu motor mais retributivo/repressivo ou preventivo/reintegrador. Sem dúvida que estando longe de ser uma matéria cristalizada na doutrina e por isso gera dissidências que se repercutem ora no desejo de incutir pressão no legislador, ora de dar leveza ao quadro punitivo em vigor. A verdade, porém, é a do paradoxo da legitimidade punitiva do Estado, ante o esvaziamento da máquina estatal que corrói a própria estrutura em que aquele assenta.

O artigo 40.º do CP, no que diz respeito às finalidades das penas, esboça aquilo que FIGUEIREDO DIAS descreve como “o preceito que consubstancia de forma exata, o paradigma

⁶⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo e COSTA ANDRADE, Manuel da – *Criminologia: O Homem Delinquente...*, p. 76.

⁶⁴⁸ BERGALLI, Roberto – *Criminología del white-collar crime: forma-estado y processo de concentración económica*. In *Estudios Penales y Criminológicos*, VII, desenvolvido por SANTOS, Cláudia Maria Cruz – *O Crime de Colarinho Branco...*p. 192. A este respeito BERGALLI sugere que o delinquente é um homem prisioneiro do seu ambiente.

⁶⁴⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – *Direito Penal, Parte Geral...*, p. 3.

penal das sociedades democráticas industriais do fim do século XX”⁶⁵⁰. Se atentarmos no teor do artigo 40.º, n.º 1 do CP⁶⁵¹, verificamos que o seu escopo é o de estipular as finalidades das penas. Por um lado, reconhecendo que da sua aplicação se protegerão bens jurídicos, e que, por outro, se visará a reintegração do agente na sociedade. Diríamos assim que, para o artigo 40.º, n.º 1 do CP se considerar válido, mormente no que se refere à reintegração do agente na sociedade, terá de existir uma refração mínima entre aquilo que prescreve e o fim a que se presta no plano da execução. Ou seja, a projeção do vertido na norma deverá encontrar pleno correspondente no campo da eficácia, isto é, a reintegração do agente que cometeu um crime, para que não volte a cometer crimes no futuro. Do que se trata, portanto, é, a montante, fazer cumprir o fim último ou mediato das sanções criminais, colocando os valores e os interesses da sociedade sob o jugo protetor daquelas sanções e, a jusante, utilizar os meios penais ou de segurança e atuem sobre o condenado. Por isso, a ligação estabelecida entre a pena e a sua função é de base puramente contratualista fazendo com que a ordem jurídica se auto legitime, uma vez que as sanções desencadeadas pela violação das normas garantem a eficácia das normas. Isto não quer dizer por um lado que ao falarmos de criminalidade organizada, a norma deva ser vista de uma ótica utilitarista radical, mas antes, deve demonstrar ao agente do crime que existe um caráter retributivo correspondente à culpa que detém no processo causal da prática do crime. Por isso, tributamos da ideia de que ínsita à pena haverá de estar sempre a ideia de intimidação que serve para o futuro (*ne peccetur*). Concordamos com a visão de Kelsen quando refere que a sanção é a produção de um mal, ou seja, toda a norma tem de ter esta dimensão sancionatória para ter validade.

A evolução dos sistemas penais coloca no centro a pena privativa da liberdade como o elemento característico do Direito Penal hodierno, por isso a pena, e em específico a pena de prisão, não pode ser obliterada da cultura humana, pois figura como sendo uma reação contra perturbações e comportamento sociais. Mas a sacralização da pena estatal que elimine o inimigo-criminoso-perigoso, não pode, de forma alguma colocar de lado o ser humano. Mesmo que seja o criminoso proveniente de geografias organizadas, a pena, no seu ensejo

⁶⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo – O Direito Penal entre A sociedade industrial e a Sociedade do Risco. In *Estudos em Homenagem ao Professor Rogério Soares*, Studia Iuridica 61, Coimbra Editora, 2001, p. 584-585.

⁶⁵¹ O artigo 40.º, n.º1 do C.P. refere o seguinte: A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. Já o preâmbulo do Código Penal de 1995 (alterado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março) colocava em destaque o ideário humanista podendo ler-se a este propósito: A realização dos ideais de humanidade, bem como a reinserção social assinalados, passam hoje, pela assunção do recluso como sujeito de direitos ou sujeito de execução, que o princípio do respeito pela sua dignidade humana aponta de forma imediata. Assinala-se, portanto, um decisivo movimento de respeito pela pessoa do recluso que, reconhecendo, a sua autonomia e dimensão como ser humano, assaca à sua participação na execução um relevantíssimo papel na obra de inserção social, em que não só a sociedade como também o recluso são os primeiros interessados.

sancionatório, deve ser preventivo-reintegradora, mesmo que o delinquente condenado por delitos de viés económico se apresente socializado face ao sistema de execução de penas.

A prevenção da reincidência apenas se pode lograr se o ideário ressocializador ou reintegrador tiver plena efetivação, ou seja, que através da aplicação da pena o agente interiorize o valor dos bens jurídico-penais violados com a prática do crime.

Ora, este direito à socialização, levanta desde logo uma questão conceptual, desde logo porque o termo “ressocialização” é frequentemente utilizado de múltiplas formas, ou seja, de uma leitura perpassada por vários instrumentos legais, a CRP não utiliza o termo, apenas referindo no artigo 30.º, n.º 5 que “Os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução”. O CP fala-nos precisamente no artigo 40.º de “reintegração” e a Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro que aprova o Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade refere no seu artigo 2.º, n.º 1, o termo “reinserção”.

Por outro lado, a expressão “ressocialização” remete-nos para a ideia de uma nova socialização, ou seja, da repetição de algo que se suspendeu por um dado período, como dando a sensação de que o processo de socialização não é em si um ato permanente e contínuo, agora apenas interrompido com o cumprimento de uma pena privativa da liberdade. Neste sentido a utilização do termo “ressocialização” pressupõe como que uma evicção do sujeito recluso, relegando-o para um papel de passividade, enquanto que sempre competiria ao Estado um único papel ativo – esta visão dimana da criminologia positivista que via no condenado um indivíduo anormal e inferior a ser (re)adaptado à sociedade, o que implicaria uma imposição coativa de valores. Para alguns especialistas, a prisão é incapaz de ressocializar o condenado, e, por isso, esse não poderá ser um de seus objetivos⁶⁵². Já os fiéis à criminologia crítica censuram a ressocialização por implicar a violação da autonomia do sujeito, dado que a ideia de tratamento ou correção do indivíduo que sustenta esta escola implica uma niilificação da sua personalidade, da(s) sua(s) ideologia(s) para o converter aos valores sociais tidos como legítimos.

De todo o leque de expressões usadas, a que importará mais consenso é o de “reintegração social”, pois traduz uma situação em que um sujeito voltará, após o momento de reclusão, a assumir os valores do seu grupo de pertença, o que implica um circuito interativo entre a prisão e a sociedade, no qual os reclusos se reconheçam na sociedade e esta, por sua

⁶⁵² SALLA, Fernando e LOURENÇO, Luiz Cláudio – Aprisionamento e prisões. In *Crime, Polícia e Justiça no Brasil*. LIMA, Renato Sérgio e RATTON, José Luiz; AZEVEDO, R. (Org.). São Paulo: Contexto, 2014.

vez, se reconheça na prisão⁶⁵³. Para ALESSANDRO BARATTA, a prisão mostra-se incapaz de promover a ressocialização, pois esta, ao invés, apresenta obstáculos a essa mesma ressocialização. No entanto, apesar deste reconhecimento, ao autor sustenta que esse desiderato não deve ser abandonado, mas reconstruído propondo assim a substituição dos termos ressocialização e tratamento pelo termo de reintegração social.

A “reintegração na sociedade do recluso” implica um ato de contrição, por parte do recluso, a fim de corrigir as condições de exclusão social de que o mesmo pode emergir (o que vale para o criminoso que provenha de situação oposta – normalmente aqui se inserindo o criminoso de colarinho branco), para que possa voltar a emergir numa vida de pós-reclusão sem praticar crimes ou para que não se opere uma espécie de marginalização secundária e, a partir daí, uma vez mais, o regresso à prisão, no pêndulo circular que vimos apelidando de *arrest-release-repeat*⁶⁵⁴.

Esta ideia de reintegração pela via do cumprimento da pena está alinhada com uma ideia humanista e até cristã que via no “peccatum” a possibilidade de redenção, através do cumprimento da pena privativa da liberdade, no espaço do cárcere, de espaço de conformação e correção moral do indivíduo, tornando-o apto ao regresso à convivência social.

A reintegração foi tendo, ao longo dos tempos e dentro da dogmática dos fins das penas, diversos rumos no que tange ao modelo político-criminal em vigor. O modelo socializador que começou por ser construído numa base terapêutica e com um grande enfoque no tratamento do sujeito – do ponto de vista médico e psicológico mais virado para uma “re”orientação da personalidade, passou a assentar num modelo contratualista que se foca no indivíduo e na sua adesão voluntária⁶⁵⁵ e na comparticipação deste no seu processo de socialização. Ao mesmo tempo, a execução da pena de prisão também compreende a paulatina aquisição pelo sujeito de competências de socialização, munindo-o de ferramentas, capacitando-o desta forma para a superação das suas necessidades individuais de reintegração.

Donde, surge a questão: será a reintegração um direito do recluso?

⁶⁵³ BARATTA, Alessandro – *Ressocialização ou controlo social: uma abordagem crítica da reintegração social do sentenciado*. Alemanha: Universidade de Saarland, 2007.

⁶⁵⁴ Tradução livre de: prender-libertar-repetir. Expressão da autora. Para algumas notas sobre este fenómeno vide FARINHA, Inês – O Intervalo descompassado entre a vigência e a efetividade da norma: a (re)emergência da questão ressocializadora. In *Galileu – Revista de Direito e Economia*. Volume XXI · 1de Janeiro – 30 de Junho 2020, pp. 142-158.

⁶⁵⁵ Como refere Anabela Rodrigues, o princípio do tratamento voluntário “é um princípio que não pode deixar de se fazer valer, dado o perigo que para os direitos fundamentais do recluso representa a imposição de um tratamento coativo. (...) O “direito a não ser tratado” é parte integrante do “direito de ser diferente” que não pode ser posto em causa nas sociedades pluralistas e democráticas do nosso entorno cultural”. RODRIGUES, Anabela Miranda – *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária*. 2.^a Edição, Coimbra Editora, 2002, p. 59.

Entendemos que a reintegração constitui um direito fundamental do recluso, esperando-se que o Estado, através do seu sistema penitenciário ofereça ao condenado condições que possibilitem o ulterior regresso à liberdade sem praticar crimes. A função (re)socializadora visa a adesão do recluso ao plano que para si é delineado, essencialmente através dos vetores da formação, da educação e do trabalho, promovendo a sua responsabilização dentro do espaço carcerário, à medida que se vai flexibilizando a execução da pena.

A pena surge, neste quadro de atuação, e, para os que voluntariamente aderem, como uma pretensão ou um direito de *facere* do recluso dirigida ao Estado, para que lhe forneça os instrumentos para a sua reintegração.

Neste sentido podemos afirmar que a ressocialização se encontra num impasse, digladiando-se entre a sua função garantística, seu propósito, e a nova demanda securitária que define comportamentos e exige a eficácia do sistema punitivo, sobretudo quando falamos na repressão do crime organizado.

O espaço carcerário mais do que evitar a regressão a um estágio anterior ao da execução, deve contribuir para a não (des)socialização do recluso. E neste sentido, acompanhamos COSTA ANDRADE, quando defende que a (res)socialização deverá ser “um direito do recluso” e simultaneamente “uma obrigação para o Estado”⁶⁵⁶, o que se encontra espelhado na conjugação dos artigos 2.º e 9.º, al. d) da Constituição da República Portuguesa e que se giza no princípio da socialidade ou solidariedade. A ressocialização deve almejar uma solução eficaz que acompanhe o sujeito condenado à reclusão.

Se o Estado coloca ao dispor do condenado todos os meios, para que, querendo, se reintegre na sociedade, cremos que o Estado tem de procurar colocar-se vários passos à frente. O presente modelo de sistema carcerário existente, ainda fechado sobre si mesmo, não logra conceder ao homem recluso o exercício de forma plena do seu direito à socialização. Não esqueçamos que este mesmo modelo é sempre onde desaguam as premissas em que se sustenta toda a dogmática jurídico-penal, desde logo a matriz do direito penal do cidadão, que se tem vindo a travestir de direito penal do inimigo. Para FIGUEIREDO DIAS “o Direito Penal do cidadão é o direito de todos, o Direito Penal do inimigo o daqueles que se unem contra o inimigo”⁶⁵⁷;

⁶⁵⁶ COSTA ANDRADE refere que “(...) é seguramente à prevenção especial de ressocialização que a Constituição da República reserva o primado. Mais: pode mesmo dizer-se que a Constituição erige a ressocialização em imperativo ou obrigação do Estado”. COSTA ANDRADE, Manuel da – Constituição e Direito Penal (na perspetiva da Lei Básica de Macau). In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Número 13, Ano VI, 2002, p. 414.

⁶⁵⁷ Os destinatários deste novo modelo são indivíduos cujas ações detêm um conteúdo de tal forma grave e desviante da norma jurídica que constituem um verdadeiro ato de agressão ao Estado, não oferecendo qualquer garantia de obediência à Lei, o que consubstancia um pressuposto válido para o tratamento daqueles sujeitos como “inimigos”, destituindo-os da sua condição de “pessoa”.

face ao inimigo há apenas coação física, até chegar à guerra”. Daí que, se muitas vezes têm propugnado o regresso do direito penal do inimigo⁶⁵⁸ como uma espécie de inocuização coletiva, a pena está no epicentro do debate, almejando ser ainda mais intimidativa, um verdadeiro retrocesso à retribuição pelo crime praticado pelo autor.

Mas a questão coloca-se também a montante, se ligarmos a própria penologia e a prevenção especial positiva, ou seja, impõe-se que indaguemos se será que do ponto de vista político-criminal, a apologia pelo aumento descontrolado das molduras penais⁶⁵⁹, propulsionada pela visão securitária, logra atingir o desiderato ressocializador, em especial para as penas mais curtas de prisão, ou se para certos tipos de crime devem existir níveis de exigência ressocializadora diferente, e desta forma, em ressocialização a várias “velocidades”.

Reconhecendo que os efeitos da prisonização⁶⁶⁰ serão diferentes em casos de encarceramento mais ou menos longos, eles serão necessariamente diferentes quando se esteja a falar de um condenado por homicídio e de um condenado por corrupção ativa ou por terrorismo, surge-nos a questão de pensarmos sobre que sistemas prisionais necessitamos para ressocializar condenados por criminalidade económico-financeira, associação criminosa, terrorismo, criminalidade altamente organizada. A tensão criada por todas estas perguntas, e, bem assim a clivagem que o polo securitário e polo ressocializador criam, cada vez mais apartam a realidade vigente da norma da sua correspondente eficácia.

O ponto de partida do legislador penal na modelação jus-valorativa do artigo 40.º, n.º 1 do CP repousa no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual traz, para o campo da execução da pena, um outro, que postula a manutenção da titularidade dos direitos

⁶⁵⁸ O conceito de Direito penal do inimigo pode ser entendido como a construção dogmática jurídico-penal elaborada nos finais do século XX, tendo por principal mentor Günther Jakobs, cujo entendimento, contido essencialmente na sua obra “Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo” - *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht* - propõe a existência de um novo modelo de Direito penal paralelamente ao vigente - o Direito penal do cidadão. Este novo modelo visa dar resposta às exigências de segurança por parte da sociedade, com o seguinte fundamento: “os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, têm direito à segurança”. JAKOBS, Günther - *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá. Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli (Org.), Rosane Marques Borba (Rev.), 2.ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 29.

⁶⁵⁹ Ao nível europeu esta questão tem-se colocado ao nível da previsão dos “mínimos” das penas máximas, o que, na advertência de Anabela Miranda Rodrigues potencia um fenómeno denominado “exasperação punitiva”, o que leva, em consequência ao favorecimento do movimento da “sobrepenalização”, de que muitos países europeus são adeptos. Este fenómeno tem sido explicado por via da constante permeabilização a que se encontra devoto o Conselho, com o fito de abraçar um viés repressivo através de decisões-quadro, que sejam o espelho desse mesmo viés. Este status quo tem também um forte impacto ao nível da harmonização de sanções no quadro europeu. RODRIGUES, Anabela Miranda – Um sistema sancionatório penal para a União Europeia – entre a unidade e a diversidade ou os caminhos da harmonização. In *O Direito Penal Emergente*, Coimbra Editora, 2008, pp. 306-307.

⁶⁶⁰ O termo “prisonization” é retirado do artigo “How prison changes people”. Disponível online em: <http://www.bbc.com/future/story/20180430-the-unexpected-ways-prison-time-changes-people>.

fundamentais, onde encontra albergue, a teoria da prevenção especial positiva, encimada pelo princípio da solidariedade do Estado.

O rumo voraz dos acontecimentos que temos testemunhado, especialmente nas constantes inversões das tendências criminógenas, na transnacionalização da fenomenologia do crime, devem fazer suscitar nos cientistas do direito que tipo de prisões queremos e de que homens (res)socializados precisa a sociedade. Mas, perguntamos se não estará a sociedade mergulhada numa crise identitária, de onde devem partir os ditames axiológicos, de fora para dentro, ou de dentro para fora dos muros. Questões que permanentemente nos assolam e que exigem aturado labor científico para que respostas se imponham.

Punimos nós hoje em dia para que se não volte a punir (*punitur ne peccetur*)? A questão já demasiado esgrimida na doutrina adquire tanto ou mais premência quanto reconhecemos que a mesma não é despicienda, mostrando-se até como a face mais saliente da prevenção geral e do efeito que a mesma tem na teoria dos fins das penas. Como assinala SILVA SANCHÉZ, “todos los intentos del Derecho Penal pasan preferentemente por la prevención general, mientras que la retribución y la resocialización han quedado de modo decidido en un segundo plano”.

A razão por detrás do “fardo de punir”⁶⁶¹ é uma questão que tem vindo a afivelar vários entendimentos, mas que independentemente da razão que sustente tal encargo, está umbilicalmente ligada à questão do fim das penas. É o escopo de se punir, a razão fundamental que subjaz ao poder de punir contemporâneo.

⁶⁶¹ Expressão usada por Faria Costa. Para o autor, a problemática do sentido da pena só se densifica e cristaliza em refrações constantes no encontro do pensamento inerente ao direito penal e aqueloutro a que anda ligada a filosofia penal. COSTA, José de Faria – *Linhas de Direito Penal...*, p. 406.

Breve Enquadramento

“Como dice Platón, ningún hombre inteligente castiga porque se ha cometido una infracción (*quia peccatum est*), sino para que no se vuelva a cometer (*ne peccetur*), no se puede eliminar lo que ha sucedido en el pasado; se evita lo que pueda suceder en el futuro”⁶⁶².

GROCIO

Ao longo da evolução do estudo da pena, muitas foram as teorias que se disseminaram para explicar em cada segmento histórico, que função e finalidade têm as penas e qual o papel que são chamadas a desempenhar.

As várias dimensões que se podem assacar ao facto penal em si mesmo considerado sempre tiveram essencialmente dois vetores de análise: por um lado, o acto criminoso existe dentro de um circunstancialismo social e nesse sentido impacta o ambiente e a natureza que o rodeiam e, por outro, o ato é perpetrado por uma pessoa, um indivíduo, que desencadeia uma ação típica, ilícita, culposa e punível. Donde, o caminho de análise seja sempre bipartido.

JAKOBS defende que a pena tem o papel de repor e manter a vigência da norma. Assim, o direito tem o condão de ser um sistema de comunicações que se ocupa da estabilização de expectativas normativas. A pena funciona assim como uma espécie de contrabalanço, garantindo que comportamentos socialmente danosos não se normalizem e não se reproduzam.

A imposição de uma sanção através da norma forma o círculo perfeito da sua vigência e validade. Daí que a pena encontre a sua legitimação através da norma, de forma endógena com refrações exógenas sendo “(...) concebida como un instrumento para resolver las defraudaciones de expectativas que no pueden ser estabilizadas de otra manera (...). La pena no debe ser entendida em el plano natural, como un mal que sucede a otro mal, sino comunicativamente, como restablecimiento de la validez de la norma”⁶⁶³.

⁶⁶² JAKOBS, Günther – *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*. Traducción y estudio preliminar Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Editorial Aranzandi, 2006, p. 86. Esta citação pertence a Grocio. Para este autor a pena tem três fins: 1) mejora del autor y cuando ésta sea possible, 2) aseguramiento, llegando en caso de necesidad a la ejecución, así como, 3) um ejemplo para que otros no se vean inducidos al delito movidos por la opinión de que ese tipo de hechos quedan sin sanción. *Idem*, p. 89.

⁶⁶³ JAKOBS, Günther – *La Pena Estatal...*, pp. 23 e 25. Não se pode olvidar que Jakobs foi alterando a sua visão no que tange às finalidades das penas, tendo por começado a defender que a pena apenas tem uma função simbólica de condenação do facto cuja retribuição tem um efeito positivo para a sociedade. Esta visão simbólica da

Desta feita cabe-nos assim questionar se a tipologia de penas principais, com enfoque na pena de prisão, continua a ser a sanção que melhor dissuade o indivíduo de praticar crimes e se, na sua fase executiva, criminosos de colarinho branco são de facto reinseridos novamente na sociedade.

A sucessiva abertura da prisão-instituição ao exterior tem vindo a concretizar-se por via de um processo de democratização do cárcere, através de sistemáticos e constantes processos de “escrutínio público, crescente fluxo de bens, serviços e comunicações, penetração dos media, os fluxos materiais e os hetero-controlos”⁶⁶⁴. Se é certo que o sistema se contorce nas suas dores fruto daquela abertura, não é menos verdade que a realidade está nos antípodas dessa efetiva abertura. Fruto desta aparente modernização da prisão, que os sucessivos modelos governativos tentam implementar, a reclusão continua a ser esse epílogo malfadado, mas necessário, em especial para os indivíduos condenados dentro de tipologias mais graves de crimes. Segundo um estudo levado a cabo em estabelecimentos prisionais, baseado em tipologias diferentes de indivíduos e do seu percurso criminógeno constatou-se que os indivíduos reclusos há mais tempo mostravam sinais mais elevados de agressividade intra-punitiva que os detidos há menos tempo, o que nos deve fazer pensar aturadamente acerca de qual modelo e de que sistema prisional precisamos.

retribuição emprestada no pensamento tardio de Jakobs teve o desígnio de apontar para a função social da retribuição.

⁶⁶⁴ CUNHA, Manuela I. Pereira – A Prisão e as suas novas redundâncias. In *Revista Direito e Justiça*, Universidade Católica de Lisboa, Vol. Especial, 2004, p. 120.

14. O problema prisional e o seu paradoxo no futuro

O ressurgir do problema prisional em múltiplos quadrantes de discussão doutrinal e social tem levado a um “novo olhar” que pode e deve ser implementado. A necessidade de chamar a questão penitenciária para o circuito do debate tem essencialmente imbuída a questão da finalidade de socialização do delinquente e na subsequente questão da prevenção da reincidência. Paralelamente não se poderia enxergar a posição jurídica do recluso, se que lhe seja acometida uma inerente esfera de direitos. De outro modo, estar-se-ia a desvirtuar o próprio estado de direitos perante uma desconformidade para com os diplomas internacionais que regem o ordenamento jurídico português em especial na área dos direitos das pessoas em reclusão. A este propósito há que destacar a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, num plano internacional e regional, mas também num plano mais aproximado, a Organização Prisional de 1936, a qual lançou as bases modernas do penitenciarismo moderno.

Existe uma crescente necessidade de estabelecer uma ponte entre o fenómeno organizado do crime e a sua *relatio* com o sistema carcerário que poderá estar infalivelmente desadequado e preso numa espécie de pântano sem salvação. Estamos a viver hoje dentro de uma permanente incapacidade sistémica de estipular as prioridades e intencionalidades da prisão instituição, para que esta saia da caverna em que se encontra e percorra o caminho da luz.

Os fenómenos do terrorismo, do tráfico de seres humanos, da criminalidade económico-financeira e criminalidade organizada transnacional em geral⁶⁶⁵, provocam-nos a necessidade de descer a uma a uma nova ideia de pena de prisão perante o enigma do encarceramento para este tipo de criminalidade.

⁶⁶⁵ Recordemos o que Guedes Valente elucida quanto ao conceito de criminalidade organizada transnacional como sendo “confuso e difuso” espelhando a dinâmica global da sociedade atual, e gerador de um temor exacerbado e incontrolável sempre que os meios de comunicação social falam em criminalidade organizada ou em associações criminosas ou em grupos criminosos ou em bandos criminosos sempre com o mesmo sentido literário e jurídico. Na verdade, nem mesmo a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado (CNUCCOT) oferece clareza conceptual, uma vez que confunde o conceito de grupo organizado e grupo estruturado. Segundo o mesmo autor, a CNUCCOT não nos apresenta um conceito harmonizador de crime organizado ou criminalidade organizada. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Criminalidade Organizada. Investigação, Direito e Ciência*. Almedina Brasil, São Paulo, 2017, pp. 133 e 141.

Neste seguimento é interessante a teoria do garantismo radical de RIVERA BEIRAS, que tem o fito de combater o excessivo punitivismo e a pena privativa de liberdade como núcleo do sistema executivo penal, cuja estratégia assenta no estrito respeito aos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade. O autor parte da ideia de contradição institucional da prisão sustentada por FERRAJOLI, da redução das penas privativas de liberdade e de que a reintegração dos condenados não pode ser alcançada através da prisão, mas sim, para além da prisão⁶⁶⁶. Mas se o autor não pretende envidar por uma solução de reforma do sistema, é, antes, optar por um modelo de justiça encimado por um processo de desencarceramento pautado pelo respeito aos direitos fundamentais dos presos. Segundo RIVERA BEIRAS «“o “problema da prisão” não será resolvido “na” prisão, senão, em todo o caso, no exterior da mesma, na própria sociedade que cria, produz, alimenta e reproduz a prisão. Sem uma profunda convicção disso, haveria o risco de cair, novamente, em opções reformistas que acabam legitimando a instituição carcerária e, assim, contribuem para a sua perpetuidade. Nesse sentido, é óbvio (ainda que talvez necessário) salientar que melhor opção nunca pode ser “melhorar” uma instituição tão selvagem e violenta como a prisão, mas pensa em cada vez “menos prisão”, buscando verdadeiras estratégias de contenção dos novos ingressos, primeiro, de redução, depois, e de radical eliminação, finalmente”»⁶⁶⁷.

Por outro lado, assiste-se a uma crise generalizada de todos os meios de confinamento, em que se pode incluir a tão vociferada “a crise das instituições”. Mas que modelo afinal queremos nós para as nossas prisões.

Para o positivismo o que se pretendia era identificar as razões subjacentes ao crime e porque razão o delinquente teve um determinado comportamento desviante, o grau de perigo inerente a esse ato e por fim qual ou quais as hipóteses daquele agente voltar a delinquir, por forma a encontrar o ponto ótimo de punição. Deste modo tudo se encontrava centrado na pessoa do criminoso. A fundamentação da pena encontra-se ancorada não só numa ideia de defesa social mas também na ideia do grau de perigosidade do criminoso. Por exemplo o Sistema de Elmira ou o *Elmira System*⁶⁶⁸, ou também como ficou conhecido, o *New York's Elmira*

⁶⁶⁶ RIVERA BEIRAS, Iñaki - *Desencarceramento: por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical*. Tradução de Bruno Rotta Almeida e Maria Palma Wolff. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 66-67.

⁶⁶⁷ RIVERA BEIRAS, Iñaki - *Desencarceramento: por uma política...*, p.69.

⁶⁶⁸ O sistema Elmira foi um sistema penal americano cuja designação se inspirou no Reformatório Elmira, em Nova York. Em 1876, Zebulon Brockway destacou-se no movimento reformatório, ao estabelecer o Reformatório Elmira para jovens criminosos. Brockway foi muito influenciado pelo sistema de marcas, desenvolvido na Austrália por Alexander Maconochie, pelo qual créditos, ou marcas, eram concedidos por bom comportamento, sendo necessário um certo número de marcas. A esse sistema, Brockway adicionou um novo regime de treino moral, físico e vocacional. O sistema Elmira classificou e separou vários tipos de prisioneiros, concedendo-lhes tratamento individualizado, enfatizando o treino vocacional e o emprego industrial, recompensando o bom

Reformatory foi desenhado nos Estados Unidos da América, e baseou-se numa ideologia de tratamento, rejeitando a antiga concepção no “silêncio, obediência e trabalho”.

O objetivo deste sistema era reformar o condenado através de métodos do foro psicológico, premiando o desempenho dos seus condenados. Portanto neste modelo a pena tratamento ou a pena vista com fins medicinais visava a correção e reabilitação dos delinquentes. Podem ser apontados outros sistemas como já vimos anteriormente, o que é certo é que qualquer sistema que opte por executar uma pena de forma retributiva fazendo o delincente sofrer como compensação ou expiação do mal do crime, é um sistema “inimigo de qualquer tentativa de socialização de delincente e de restauração da paz jurídica da comunidade afetada pelo crime; inimiga em suma, de qualquer atuação preventiva e, assim, da pretensão de controle e domínio do fenómeno da criminalidade”⁶⁶⁹.

O labirinto em que se viu Minotauro⁶⁷⁰ corresponde hoje à complexa e aturada tarefa de punir e que podemos sintetizar na seguinte trilogia: quem punir, como punir e porquê punir.

Não é decerto uma imposição nova e muito menos de menor relevância tal tarefa, no entanto, a mesma suscita preocupações distintas, ainda que conexas, quer seja enquadrada no ângulo da política criminal – quais os fins (com que se pune e porquê, e quem)? – quer seja no domínio da criminologia – qual o perfil de quem comete crimes e porque os comete – quer também no âmbito da dogmática penal – quais devem ser as finalidades das penas a fim de proteger os bens jurídicos carentes de tutela penal a fim de promover a paz social.

A problemática dos fins das penas, não sendo uma matéria consensual nem acabada, pode muito bem ser ilustrada como um infinito movimento de repetida alternância. O grande cisma doutrinário associado aos fins das penas pode ser personificado pela cabeça de Janus - concepção bifrontal dos fins das penas - comumente associada a uma parte que olha para a frente e a outra que olha para trás.

comportamento dos presos sob supervisão. O Reformatório Elmira deu ao movimento reformatório dois princípios filosóficos importantes: o primeiro baseado na importância do tratamento especializado para jovens infratores, reconhecendo a sua individualidade; segundo, o reconhecimento de que, até certa idade, todos os criminosos devem ser considerados bons cidadãos com potencial. A ideologia reformatória foi-se gradualmente infiltrando no sistema prisional americano, estendendo-se depois às práticas correcionais europeias.

⁶⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo – Questões fundamentais do direito penal revisitadas. In *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1999.

⁶⁷⁰ O Minotauro é uma personagem da mitologia grega cuja representação mais tradicional entre os gregos antigos era uma criatura com a cabeça de um touro sobre o corpo de um homem. Minotauro é descrito como um ser monstruoso que possui o corpo de ser humano, mas a sua cabeça e rabo são como de um touro. Minotauro era temido nos mitos porque era uma criatura feroz que se alimentava de seres humanos, por isso foi mantido aprisionado num labirinto.

A pena continua a ser uma amarga necessidade nesta sociedade de homens imperfeitos, que urge ser contrabalançada com os referentes da legalidade, da proporcionalidade, da culpabilidade, da necessidade e da humanidade. Apesar das oscilações quanto ao objeto, podemos afirmar com SILVA SANCHÉZ que a legitimação do Direito Penal vazado na pena, ou se quisermos numa aceção mais lata, da sanção penal, respalda-se na seguinte trilogia: a) que o prejuízo que se procura evitar exceda o mal que o mesmo causa; b) que a pena seja apta e efetiva para evitar tal prejuízo; c) que não exista outra medida que provoque menos dano social que seja igualmente efetiva.

Sabemos que todos os sistemas evoluem de práticas de vingança privada para a institucionalização de sanções formais restitutivas ou repressivas, conforme o fim que prossigam. Um dado que não podemos esquecer é que, apesar do movimento de humanização da pena, a verdade é que não podemos escamotear que a mesma funciona como um processo de contra motivação (através de processos psicológicos complexos), induzindo um estímulo de aversão a um determinado comportamento denominado de *negative reinforcement* (se quisermos um incentivo a não reincidir) resultando tal contra-incentivo sofrimento ou privação (mesmo que se pense na sanção enquanto compensação de danos).

A pena comporta em si uma carga simbólica e a mesma coexiste onto-antropologicamente, inserida num determinado contexto ético-social sendo um instrumento de controlo social. Nas sociedades atuais, o impacto externo da pena assume-se ainda como negativo e contém em si uma ideia de privação coerciva que se traduz em modelos valorativos de reprovação pública, aceites na comunidade. Este simbolismo expressivo corresponde aos tipos de pena que a sociedade escolhe e o legislador impõe nos sucessivos períodos históricos, que vão evoluindo de penas com cunho mais cruel e de exacerbação do sofrimento para penas mais humanistas e com um impacto menos angustiante.

Portanto o que se pretende, à luz do princípio humanista das penas, é a integração, procurando-se através da reprovação moral do comportamento do condenado, trazê-lo de volta, quase que num apelo a um castigo que “atue sobre o coração, o intelecto, a vontade e as disposições” como refere FOUCAULT⁶⁷¹.

E, perguntamos: será que as penas privativas da liberdade – que são a consequência imediata de um sentimento primitivo ligado ao sofrimento, à dor, a um certo espetáculo da degradação alheia do “outro” – serão aptas para podermos afirmar a vigência e validade da

⁶⁷¹ FOUCAULT, Michel – *Vigiar e Punir...*, p 12.

norma reintegradora, isto é, do desiderato preventivo-ressocializador constitucionalmente plasmado?

Reparemos que no vasto espectro legislativo, quer os crimes de catálogo quer os contidos na extensa legislação penal avulsa, predomina a estatuição da pena privativa da liberdade como o fim do túnel, em que se abrem as portas para o cárcere panótico, poliédrico, que se oferece como um único caminho sancionatório. Basta, a título de exemplo, ver a Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto (Lei de Combate ao Terrorismo), nos seus artigos 3.º (fundação, adesão apoio e chefia de grupo terrorista), 4.º (infrações terroristas e relacionadas com atividades terroristas), 5.º-A (financiamento do terrorismo). No primeiro caso, 8 a 15 anos; no segundo, 2 a 10 anos; no terceiro, 8 a 15 anos.

As grandes opções de política criminal (não só as previstas neste biénio, mas também as anteriores) têm vindo a apontar no sentido da prevenção, repressão e redução da criminalidade, que permita, numa terceira vertente, reintegrar os agentes do crime na sociedade. O Anexo à Lei n.º 51/2023, de 28 de agosto (Lei de Política Criminal para o biénio 2023-2025), alvitra razões de eficiência e de operacionalidade do sistema, apontando-se uma descida sustentada dos índices de criminalidade (onde se inclui a altamente organizada) e realçando, quando se fala em matéria de tráfico de droga, que a esta é a primeira lei de política criminal a acolher o meio prisional como prioritário em matéria de investigação e a necessidade de agir e de repor a paz social num ambiente que se quer de reinserção social.

A prevenção da reincidência penal é também prevista de modo abrangente, detalhando os programas a executar e o plano para os escalar, tanto em ambiente prisional como em sede de medidas aplicadas na comunidade, visando-se dotar a arquitetura do sistema de maior segurança, sempre que uma pessoa seja entregue para execução de pena na sequência de uma sentença transitada em julgado ou para efeitos de cumprimento de medida privativa da liberdade, *v. g.*, prisão preventiva, estando em causa pessoa relativamente à qual se revele a perigosidade prevista nos n.ºs 1 e 2 do artigo 15.º do CEPMPL: “1 - O recluso é colocado em regime de segurança quando a sua situação jurídico-penal ou o seu comportamento em meio prisional revelem, fundamentadamente, perigosidade incompatível com afectação a qualquer outro regime de execução. 2 - É susceptível de revelar a perigosidade referida no número anterior:

a) A indicição ou condenação pela prática de facto que configure terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada ou a existência de fortes suspeitas de envolvimento neste tipo de criminalidade, sustentadas em informação escrita prestada por tribunal, órgão de polícia criminal ou serviço de segurança.”

Por isso, condutas associadas ao terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada ou a existência de fortes indícios de envolvimento neste tipo de criminalidade, comportamentos continuados ou isolados que representem perigo sério para bens jurídicos patrimoniais ou para a ordem, disciplina ou segurança do estabelecimento prisional, ou perigo de evasão ou de tirada, é crucial que a pessoa a entregar à guarda da Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais pelo órgão de polícia criminal seja acompanhada, aquando dessa entrega, de informação que permita avaliar e fundamentar a colocação dessa pessoa em regime de segurança, como aquele código, de resto, determina. É precisamente isso que ora se viabiliza, com a cooperação que emerge dos órgãos de polícia criminal.

Hoje a dimensão temporal da pena privativa da liberdade, associada ao espectro do sofrimento de privação, pode ser vista como aliada na cura dos males e na conversão interior do delinquente, uma vez que a dilação temporal da execução, se mostra apta para o efeito ressocializador.

Se é certo que os programas de reinserção social dos reclusos se votaram a uma profunda transformação jurídica ao longo do século XX, tornando-os mais flexíveis, no sentido de a reclusão se aproximar o mais possível da vida em liberdade, exigindo-se, para tal, mais responsabilização dos reclusos durante o processo da sua própria reabilitação, persiste ainda hoje um sistema prisional arcaico com um leque variado de problemas e deficiências em que, como afirma CARLOS PINTO DE ABREU, “os atentados à dignidade humana são graves e os meios humanos e materiais são insuficientes”⁶⁷².

Como bem aponta ANABELA RODRIGUES, “a reclusão penitenciária não pode ser um espaço de quase não-direito, uma obscura «relação especial de poder» em que o Estado se desvincula do respeito que deve à dignidade da pessoa e aos seus direitos fundamentais”⁶⁷³.

A desconformidade do espaço prisional, espaço preventivo de excelência do crime, dificilmente cumpre o seu desiderato reformador, pelo menos em parte (não pretendendo ainda assim propalar uma ideia abolicionista relegando a prisão quase à sua insignificância), exige reflexão sobre que penas necessitamos, a fim de sairmos do labirinto em que nos encontramos.

Mas antes disso temos de perguntar como queremos punir, quais os trilhos que a política criminal pretende galgar, se desejamos implementar medidas que de facto previnam e retraiam a escalada económico-financeira do crime.

⁶⁷² ABREU, Carlos Pinto de – *As Reformas do Sistema de Execução de Penas...*, p. 5.

⁶⁷³ RODRIGUES, Anabela Miranda – *Da afirmação de direitos...*, p. 188.

15. O fenómeno do *arrest-release-repeat* no fenómeno organizado do crime

Segundo alguns estudiosos do fenómeno da “prisonização”⁶⁷⁴, existe uma relação de nexos causal entre o tempo de reclusão e a incidência de consequências do efeito da reclusão na vida dos reclusos.

A situação de reclusão, que se assume complexa de *per si*, é como se sabe fonte de conflitos, propulsora de oscilações comportamentais do recluso, que se traduzem na existência de estados de desconforto emocional pela quebra da rotina normal de uma vida pretérita e que agora entram num espaço onde se deparam com a necessidade de se adequar a normas institucionais opostas às que haviam assimilado na sociedade, tendo pois de assumir e integrar rotinas diversificadas, incluindo em novos grupos de referência que integram a sub-cultura prisional e de recorrer a algumas estratégias comportamentais adaptativas.

Alguns autores defendem que a prisão contribui para a redução do comportamento crimínogeno. JAMES AUSTIN e TONY FABELLO⁶⁷⁵ verificaram que o aumento de 30% da taxa de encarceramento ocorrida em cinquenta estados nos EUA, correspondeu num período de cinco anos, a um decréscimo de 5% da criminalidade, o que, segundo o autor se deveu à eficácia da prisão, enquanto instituição.

Outros estudos evidenciam a existência de uma causa-efeito entre o tempo de reclusão e o efeito da prisonização na vida dos reclusos. À luz desta perspectiva, o processo de reclusão é contrapudemente para o bem-estar psicológico e emocional dos mesmos⁶⁷⁶. Esta perspectiva, também adotada por RUDOLF SIEVERTS demonstra que a pena privativa da liberdade tem efeitos sobre a mente do condenado, mesmo depois de ter cumprido a pena, ou seja, a prisão continua a ter efeitos reflexos na sua vida, referindo o autor algumas manifestações como, incapacidade

⁶⁷⁴ O termo prisonização é uma tradução da palavra anglo-saxónica *imprisonment*. Clemmer definiu o termo “prisonization, as the taking on in greater or less degree of the folkways, mores, customs, and general culture of the penitentiary”. Clemmer, D. – *The Prison Community*. New York: Holt, Rinehart, and Winston. In *The growth of incarceration in the United States: exploring causes and consequences / Committee on Causes and Consequences of High Rates of Incarceration*. Jeremy Travis and Bruce Western, editors, Committee on Law and Justice, Division of Behavioral and Social Sciences and Education. National Research Council of the National Academies. Disponível online em:

http://www.antoniocasella.eu/nume/Travis_Western_2014.pdf. [Consultado em 24.05.2025].

⁶⁷⁵ AUSTIN, James e FABELLO, Tony – *The Diminishing Returns of increased incarceration (A Blueprint to Improve Public Safety and Reduce Costs)*. The JFA Institute, Washington, D.C., Austin, Texas. July, 2004. Disponível online em:

https://sentencing.typepad.com/sentencing_law_and_policy/files/dimishing_returns_report.pdf.

⁶⁷⁶ Lombroso em 1895 já havia identificado alguns efeitos provocados pelo encarceramento, como por exemplo: os delírios, a tristeza, a melancolia, a monomania do suicídio, a hipocondria. Também interessante neste aspecto o estudo levado a cabo por BROWN, Ellie – *A systematic review of the effects of prison segregation*. Disponível online em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1359178919301089>. Outros autores, como Edward Carpenter mencionavam já os estados de loucura provocados pela prisão

de concentração, dificuldades de memorização, insatisfação afectiva, falta de autocontrolo, pouca sociabilidade, ausência de poder de decisão e vontade.

DONALD CLEMMER ao introduzir o conceito de “prisonização”⁶⁷⁷ também acaba por dar conta das consequências decorrentes da criação e subsequente exposição dos reclusos a uma sub-cultura prisional, como se se gerasse uma cultura própria de valores e normas, promovendo uma ideologia criminógena inerente a cada um dos indivíduos encarcerados, o que se tornará mais expressivo quanto maior for o tempo de encarceramento. GRESHAM SYKES⁶⁷⁸ utiliza até o termo *pains of imprisonment*, para se referir às principais dores inerentes à situação de reclusão: a) privação de liberdade; b) privação de bens e serviços; c) privação de relações heterossexuais; e, d) privação de autonomia e segurança.

O espaço prisional, apesar da sua imagem fortificada e muralhada, que muitas vezes impede o contacto com o exterior através do seu olhar como profissional do sistema penitenciário, da observação da sua prática quotidiana, do seu contacto diário com reclusos, ou seja, da observação directa da realidade paradoxal do mundo prisional, das suas práticas, suas incongruências e dificuldades. Uma organização vulnerável a um cada vez mais forte escrutínio e exposição públicos, a lutar pelo seu equilíbrio, num quadro de grandes constrangimentos e dificuldades financeiras, de recursos humanos, com estruturas degradadas, desadequadas às exigências, respondendo por muito mais do que aquilo que é legítimo pedir-lhe que resolva de uma assentada todos os problemas de que são os reclusos portadores após longos percursos de exclusão. Uma organização desgastada pela gestão da sobrelotação e o manancial de problemas que esta acarreta, nomeadamente ao nível da intervenção com uma população excessiva para as estruturas e recursos disponíveis. Também com dificuldades ao nível da gestão dos seus recursos humanos, na convivência entre diferentes grupos profissionais em que se torna necessário gerir tensões corporativas, decorrentes da valorização da carreira do Corpo da Guarda Prisional, versus a degradação e desvalorização das carreiras civis e técnicas superior de acompanhamento prisional e demais carreiras. A par deste quadro de dificuldades e constrangimentos, trata-se ainda de uma instituição que não cultivou historicamente o exercício crítico do seu *staff*, nem implementou uma cultura de debate, aperfeiçoamento e partilha de boas práticas como algo regular. Para além de experiências avulsas e sem continuidade, cada prisão é um pequeno mundo, isolada das restantes. Por outras palavras, é precisamente porque

⁶⁷⁷ CLEMMER, Donald, WILDEMAN Christopher, WAKEFIELD, Sara – *Prison Community*. Palgrave Macmillan Cham, 1940.

⁶⁷⁸ SYKES, Gresham – *The Society of Captives: A Study of a Maximum Security Prison*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1958/2007.

conhece profundamente a instituição como organização, que pretende alargar o campo de visão para áreas que acreditam estar no cerne dos problemas penitenciários.

16. O Crime Organizado Transnacional – Conceptualização à luz de uma neo-punibilidade

16.1. Penas Alternativas e Crime Organizado – A perda de vantagens e bens e a sua natureza jurídico-penal

Muito se tem discorrido ultimamente da importância que os proveitos do crime, nomeadamente o lucro ilícito que se obtém através de atividades delituosas, que tem vindo a ser objecto de estudo e de previsão em novas políticas públicas no que tange a um novo olhar político-criminal sobre a repressão da criminalidade, em especial da organizada.

Desta forma, os Estados têm vindo a procurar por mecanismos autónomos que lhes permitam recuperar ativos (mostrando-se cada vez mais necessária uma mais rápida articulação e coordenação entre o apuramento da responsabilidade criminal e a investigação financeira⁶⁷⁹), isto é, produtos e proveitos do crime, como a *actio in rem* ou procedimentos que dispensam uma condenação penal; o reconhecimento do carácter sancionatório da perda ampliada, indo além da clássica apreensão de bens; a cooperação policial e judiciária, no âmbito dos instrumentos específicos da União Europeia, incluindo os instrumentos baseados no princípio do reconhecimento mútuo, entre outros. Como nos frisa AGUADO CORREA, trata-se de “garantir que o delito não se torna proveitoso”⁶⁸⁰.

⁶⁷⁹ Neste caso a criação de gabinetes de recuperação de ativos especializados, integrados por equipas multidisciplinares, com assessoria específica ou ainda a criação de equipas de investigação conjuntas, tendo em vista potenciar a celeridade e a definição de estratégias coordenadas, salientando-se também os mecanismos de cooperação interna e internacional, com o suporte e coordenação de organismos como, nomeadamente, a EUROJUST.

⁶⁸⁰ CORREA, Teresa Aguado – Decomiso de los Productos de la Delincuencia Organizada. In *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-05, 2013, p. 1.

O mecanismo da perda dos benefícios do crime⁶⁸¹, uma vez que já não falamos de uma criminalidade clássica, mas sim de criminosos que têm ao seu dispor um vasto leque de instrumentos mais avançados do ponto de vista tecnológico, económico e financeiro⁶⁸².

E, neste ponto, tem-se digladiado, sobretudo e com incidência na doutrina penal portuguesa, o grande debate, de, por um lado saber qual a natureza jurídica da perda de bens e, por outro, se essa perda converge para as finalidades preventivas do direito penal.

É indubitável, estando por isso cristalizada na doutrina, que a perda de instrumentos ou produtos (artigos 109.º e 110.º CP) e a perda de vantagens (artigo 111.º CP)⁶⁸³ tem finalidades preventivas gerais e especiais a que acrescem na senda de FIGUEIREDO DIAS, “razões de ordem reconstitutiva da ordem patrimonial existente antes da prática do facto ilícito, mesmo que não lhe corresponda um dano concreto numa esfera particular”⁶⁸⁴.

Donde, a tarefa de colocar o arguido na situação patrimonial em que se encontraria caso não tivesse praticado determinado tipo de ilícito – visa desencorajar a prática de crimes: o que funciona no espectro preventivo geral, passando a ideia da contramotivação da prática de crimes e de reforço da vigência da norma e no espectro preventivo-especial atuando no agente do crime, para que não regresse à senda criminosa.

Mas, sobre a natureza jurídica do confisco alargado ou perda alargada, mantém a doutrina uma disparidade de visões que importa aqui enumerar, que vão desde razões de enquadramento normativo e de enquadramento dogmático.

De facto, podemos constatar que o legislador penal não pretendeu ver nestas sanções um carácter penal puro, isto é, entendeu não serem verdadeiras penas, ou, tê-las-ia previsto nos artigos 40.º e seguintes do CP.

⁶⁸¹ Subsiste na doutrina a querela relativamente a saber qual a designação a atribuir à figura, ou seja, se “perda” (expressão utilizada pelo legislador) ou “confisco”. PEDRO CAEIRO afirma: “as expressões “perda de bens a favor do Estado” e “confisco” exprimem adequadamente a mesma noção e podem por isso, ser usadas indistintamente. Na realidade, a sinonímia das duas expressões tem vetusta tradição no direito português”. CAEIRO, Pedro – *Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens relacionadas com crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (Em Especial, Os Procedimentos de Confisco, In Rem e a Criminalização do Enriquecimento Ilícito)*. Coimbra Editora, 2011, p. 270.

⁶⁸² Neste sentido veja-se o que refere Teubner, quando faz a ponte entre a nova onda de criminalidade e a globalização: “la globalización es un fenómeno multidimensional que involucra diversos dominios de actividad e interaccion, incluyendo los dominios económicos, políticos, tecnológicos e jurídicos...”. TEUBNER, Günther, SASSEN, Saskia e KRASNER, Stephen – *Estado, Soberanía y Globalización*. Nuevo Pensamento Jurídico. Colección dirigida por Daniel Bonilla Maldonado. Siglo del Hombre Editores. Bogota. Colômbia. 2010. p. 35.

⁶⁸³ No sentido de entender a diferença entre produto e vantagem do crime vide VALENTE, Manuel Guedes – *Da Perda de Bens e de Direitos no Direito Penal e Processual Penal em Portugal: controvérsias de um regime em “apuração”*. Apud TEIXEIRA, Adriano (Org.) – *Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal. Confisco Alargado e confisco sem condenação*. São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020, pp. 45 e ss.

⁶⁸⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge – *Direito Penal Português...*, p. 639. Apud Ac. TC 73/2023. Disponível online em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20230073.html> [Consultado em 25-05-2025].

Para AUGUSTO SILVA DIAS⁶⁸⁵ o confisco de bens tem uma natureza eminentemente penal (reforço do lema de que o crime não compensa e evitar que o património seja usado para cometer novos crimes e para ser reinvestido no mercado legítimo), constituindo um efeito não automático da pena. Já DAMIÃO DA CUNHA⁶⁸⁶, a título diferente entende que se trata uma medida de carácter não penal (nada tem a ver com um crime), de carácter análogo a uma medida de segurança (equivalente a uma sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal). No mesmo sentido se posiciona PEDRO CAEIRO considerando, nesta linha que a medida não tem natureza de pena (pois não é limitada por considerações de culpa), nem tem natureza análoga a medida de segurança (porque lhe falta o perigo que as vantagens possam representar para a futura e eventual prática de crimes), nem uma sanção penal *sui generis* (de natureza idêntica à perda clássica ou efeito da pena), e, por isso, nem sequer pode ser considerada uma reação penal, dado que a sua causa não é um facto típico, ilícito, culposos, punível, mas sim um património incongruente decorrente de indícios de práticas de crimes, rematando o Autor que apenas se trata de uma medida (não sanção) de natureza essencialmente administrativa aplicada por mor de um processo penal⁶⁸⁷.

FIGUEIREDO DIAS propende para a defesa da medida como uma reação penal análoga a uma medida de segurança, apoiando-se em razões de política criminal de que o confisco deve ser decretado independentemente da culpa ou da imputabilidade do agente, apenas dependendo da verificação de um ilícito típico que gera vantagens⁶⁸⁸.

De realçar é que a aplicação de uma medida de perda a favor do Estado, de 11 de janeiro, o Estado tem imbuída uma finalidade de prevenção criminal evitando que se estabilize o brocardo de que “o crime compensa”, no que diz respeito ao catálogo dos crimes previstos no art. 1.º da Lei n.º 5/2002. Só e apenas com a prática de um destes tipos de crime é que opera a presunção prevista no art. 7.º, n.º 1, não estando em causa o apuramento de qualquer responsabilidade penal do arguido mas tão só a determinação de uma eventual incongruência entre o valor do património do arguido e os seus rendimentos de proveniência ilícita, que tem como consequência ser declarado perdido a favor do Estado o valor do património do arguido

⁶⁸⁵ DIAS, Augusto Silva – *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*. In 2.º Congresso de Investigação Criminal, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 38 a 40.

⁶⁸⁶ CUNHA, José M. Damião da – *Perda de bens a favor do Estado*. In Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, CEJ, Coimbra Editora, 2002, p. 20.

⁶⁸⁷ CAEIRO, Pedro – Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, N.º 2, Abril-Junho 2011, pp. 308 a 311.

⁶⁸⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge – *Direito Penal Português...*, pp. 639 e ss.

que se apure ser excessivo em relação aos aludidos rendimentos, caso o arguido não ilida a presunção de causalidade.

Mas será que a presunção *juris tantum* da proveniência ilícita de bens e a sua eventual perda a favor do Estado não representa uma reação penal, ainda que tenha o efeito tão só de servir de pressuposto desencadeador de averiguação de uma aquisição ilícita de bens?

Próxima desta visão punitiva do confisco posiciona-se na doutrina, embora disruptiva INÊS FERREIRA LEITE, que distingue que se o confisco se destina a captar bens perigosos ou ilicitamente obtidos, ou se se aplicar a inimputáveis, a medida afasta-se do regime da pena; mas, quando incide sobre frutos da atividade criminosa, o confisco deve seguir o regime da pena, não se podendo neste caso prescindir-se de um juízo de culpa, podendo no limite a perda de bens ser aplicada de modo independente da pena principal, podendo até revelar-se desnecessária a aplicação de uma pena de prisão efetiva quando a mera supressão dos lucros permita satisfazer adequadamente todas as necessidades de prevenção especial.

Se é certo que não é tarefa facilitada descortinar qual a natureza das medidas de confisco, pois tais medidas regem-se por normas distintas e sobre bens de natureza diversa, não podemos escamotear que a perda de bens no geral é uma reação jurídica que se enquadra nas palavras de COSTA ANDRADE e MARIA JOÃO ANTUNES no “âmbito das consequências jurídicas de um comportamento que a lei define como crime”⁶⁸⁹.

Por outro lado, a intervenção do Estado é nesta sede uma intervenção com escopo preventivo que visa não só a pessoa abrangida por tais medidas, de forma direta, e, de forma indireta toda a comunidade, fazendo-se passar a informação de que o crime não compensa, funcionando como contramotivação e de afirmação da validade e vigência da norma. É por isso uma sanção de caráter criminal, até porque o fundamento quer da perda de instrumentos quer da perda de vantagens, não é um qualquer facto ilícito, mas um facto ilícito criminal, e que por isso tutela bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal.

Não pretendendo aqui trespassar todas as razões de ordem que precedem a análise da natureza jurídica assacada à perda de bens, a verdade é que a discussão perde-se por de entre quem as aproxima de reações análogas às medidas de segurança ou as penas ou as considerem como um *tertium genus*, autónomas portanto do leque das restantes sanções penais.

⁶⁸⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, ANTUNES, Maria João – Da apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens do crime. In *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Ano 146, N° 4005, julho-agosto 2017, pp. 360 a 370.

Querendo ou não sair deste exercício labiríntico que para alguns autores está votado ao fracasso, a verdade é que contrariamente a Minotauro não podemos relegar-nos a uma conceção da punição da criminalidade organizada transnacional que equivalha à secular parábola do “vinho novo em odres velhos”, sendo necessário e imposto hoje a quem legisla deitar fora as coisas velhas que são incompatíveis com seu novo caminho.

Se as nossas preocupações até aqui têm sido em torno das sanções existentes no ordenamento jurídico português, tendo em consideração uma dimensão de sociedade em que ainda se considera válida a sanção como privação da liberdade, perguntamo-nos se este modelo talqualmente o conhecemos, pode e deve ainda ser o caminho a seguir.

O confisco de bens obtidos ilegalmente ainda não é considerado uma prioridade, pois ainda existe uma tendência para ver os casos criminais como separados dos casos de confisco. Esta mentalidade pode ser atribuída a uma falta de experiência, conhecimento e a uma cultura profissional e contexto organizacional em que as partes relevantes em causa operam e as grandes esperanças relativas à privação de vantagens obtidas ilegalmente são quase irrealistas. No máximo, a nova legislação e métodos podem ter algum impacto em áreas relativamente transparentes ou em organizações criminosas mais pequenas. Difícil é ainda esperar, que redes criminosas transnacionais sejam seriamente afetadas pelos rendimentos que resultam do crime. Devido às suas atividades criminosas por um lado, e à falta de conhecimentos financeiros, cooperação, capacidade e interesse na aplicação da lei, por outro, mesmo que as autoridades judiciais encontrem e confisquem partes dos seus bens criminosos, é questionável se esses criminosos percebem as consequências financeiras.

O Estado torna-se um espetáculo, diante do escasso exercício de poder efetivo de seus operadores: não importa que se faça, mas sim dar a impressão de que se faz. Para além disso, a sociedade como um todo ainda rejeita veementemente a ideia de que os criminosos possam usufruir livremente dos rendimentos obtidos ilegalmente. Em geral, a abordagem do produto do crime visa demonstrar o poder das autoridades judiciais na prevenção e repressão do crime organizado, no entanto, o que sucede é que a abordagem baseada nos produtos do crime revelou a fraqueza do Estado nos seus esforços para combater o crime organizado.

A importância crescente do mecanismo das *non-conviction based confiscations*⁶⁹⁰, a partir da década de oitenta do século passado, face à emergência de uma nova realidade criminal, principalmente por força dos fóruns e das convenções internacionais, começou

⁶⁹⁰ CORREIA, João Conde - «Non-conviction based confiscations» no Direito Penal português vigente: Quem tem medo do lobo mau?. In *Revista Julgar*, n.º 32, 2017. Disponível online em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/05/JLGR32-JCC.pdf> [Consultado em 27 de maio de 2023].

também a influenciar os sistemas da *civil law*. Os instrumentos tradicionais do confisco começaram a ser vistos como insuficientes, sendo, frequentemente impossível (*maxime* por simples questões processuais) estabelecer a indispensável ligação entre os bens confiscáveis e o crime pregresso. Muitas vezes, não é sequer possível condenar o visado, soçobrando, também por isso mesmo, a desejável e mais do que justa perda.

Em vez de se dirigir contra o arguido, o confisco começou, lentamente, a dirigir-se também contra as próprias coisas, deixando assim de ter natureza exclusivamente penal, para passar a ter também inquestionável natureza real (*actio in rem*): a condenação por uma qualquer atividade criminal anterior é, cada vez menos, uma exigência incondicional. Três acontecimentos internacionais ilustram muito bem a utilização progressiva de mecanismos de confisco não baseados numa condenação. Em primeiro lugar, numa reunião dos Ministros da Justiça e da Administração Interna, realizada em Paris, em 5 de maio de 2003, o G-8 adotou um documento *G8 Best Principles on tracing, freezing and confiscation of assets*, segundo o qual «States are encouraged to examine the possibility to extend, to the extent consistent with the fundamental principles of their domestic law, confiscation by: permitting the forfeiture of property in the absence of a criminal conviction». Na mesma altura, em 31 de outubro de 2003, a Assembleia-Geral das Nações Unidas adotou a Convenção Contra a Corrupção, segundo a qual, cada Estado Parte deverá, em conformidade com o seu direito interno, «considerar a adoção de medidas que se revelem necessárias para permitir a Experience».

Finalmente, ainda no mesmo ano, as 40 Recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) preconizavam, igualmente, que «[c]ountries may consider adopting measures that allow such proceeds or instrumentalities to be confiscated without requiring a criminal conviction, or which require an offender to demonstrate the lawful origin of the property alleged to be liable to confiscation, to the extent that such a requirement is consistent with the principles of their domestic law».

Na União Europeia, a comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho (de 20 de novembro de 2008), denominada «Produto da Criminalidade Organizada: garantir que o “crime não compensa”» lançou o debate sobre a possibilidade de criar mecanismos de confisco «sem uma condenação prévia no âmbito de um processo penal», designadamente «quando há suspeita de que os bens são o produto de crimes graves, devido à sua desproporção em relação ao rendimento declarado do seu proprietário e ao facto de este ter contactos habituais com criminosos conhecidos. Neste caso devia ser possível recorrer a um tribunal civil (que pode ordenar o confisco de bens) com base no pressuposto, segundo um cálculo de probabilidades, de que esses bens podem provir de atividades criminosas. Nestes casos o ónus da prova é

invertido e o presumível criminoso tem de provar a origem lícita dos ativos»; ou ainda «quando a pessoa suspeita de certos crimes graves tiver morrido, estiver em fuga desde há algum tempo ou não puder, por qualquer outra razão, ser objeto de um processo».

Na mesma linha, refletindo esta opção dogmática, a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 20 de novembro de 2008, denominada «Produto da Criminalidade Organizada: garantir que o “crime não compensa”», também refere que «poderia ser introduzida uma nova infração penal por detenção “injustificada” de bens, a fim de se poder apreender o produtos de crimes nos casos em que esses bens sejam desproporcionados em relação do rendimento declarado do seu proprietário e este tenha contactos habituais com criminosos conhecidos». Quem dispuser de bens desproporcionados ao seu rendimento lícito deverá, assim, ser punido criminalmente. Desta forma, transferindo para o arguido o dever de demonstrar a licitude dos bens, pretende-se facilitar a prova e, sobretudo, impedir a acumulação de fortunas provenientes da prática de crimes. Embora não os consiga punir, o Estado evita a sua principal consequência (um incremento patrimonial inadmissível) e garante um ordenamento patrimonial conforme ao direito.

O legislador português já tentou, por duas vezes, concretizar esta possibilidade teórica. Em 2012, o parlamento aprovou o crime de «enriquecimento ilícito», punindo «quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirisse, possuísse ou detivesse património, sem origem lícita determinada incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos». Mais recentemente, em 2015, a Assembleia da República criou um crime de «enriquecimento injustificado» que punia «quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirisse, possuísse ou detivesse património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados». Em ambas as situações, porém, a tentativa soçobrou no Tribunal Constitucional (TC). No primeiro caso, o Tribunal entendeu que o que se pretendia punir era «a incompatibilidade existente entre o património adquirido, detido ou possuído e os rendimentos e bens legítimos do agente, património esse que, não tendo origem lícita determinada, indicia que o acréscimo patrimonial adveio da prática de anteriores crimes». Por isso mesmo, uma vez que a finalidade da norma era punir «crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente», não havia um bem jurídico claramente definido. Para além disso, o tipo legal não permitia a identificação da ação ou omissão proibida, violando a exigência de determinação típica do artigo 29.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa. Finalmente, o Tribunal entendeu, ainda, que aquela norma violava o princípio constitucional da presunção de inocência. No segundo caso, prosseguindo e aprofundando a mesma linha de raciocínio, o Tribunal considerou, igualmente, que a nova norma não cumpria «as exigências

decorrentes do princípio constitucional da *lex certa*», que logo na formulação típica «se contrariou o princípio da presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa), entendido na sua dimensão substantiva, enquanto vínculo do próprio legislador penal» e que era «impossível divisar qual fosse o bem jurídico digno de tutela penal que justificava a incriminação»

Este regime legal, inquestionável atenta a mera letra da lei, justifica-se, seja porque os instrumentos crime são intrinsecamente proibidos exorbitando o comércio jurídico (armas, produtos estupefacientes, géneros alimentícios e aditivos alimentares anormais, pornografia, contrabando, etc.), seja porque apesar de serem legais, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, põem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública ou 50 Assinalando essa alteração, na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça relativa a perda dos instrumentos e produtos do crime, destaca-se o Acórdão para Fixação de Jurisprudência n.º 6/1995, de 19 de outubro, onde se refere, expressamente, que «o Código Penal de 1982 não pressupõe, ao contrário do Código Penal de 1886, a existência de uma sentença condenatória para poder ser declarada a perda dos objetos do crime, antes entendendo este termo como *facto ilícito típico*».

Em ambos os casos está, portanto, em causa uma medida sancionatória de natureza análoga à medida de segurança, que se dirige *in rem* contra a própria res e é alheia à punição do autor dos factos. O que se tenta evitar é a perigosidade da própria coisa e não a perigosidade da pessoa, justificando-se o confisco com a necessidade de prevenir aqueles perigos e riscos. A perda dos instrumentos do crime procura, apenas, prevenir a prática de crimes futuros, não tendo nenhum carácter de censura de condutas pretéritas, afigurando-se, assim, legítimo.

A mesma solução legal aplicava-se, desde o Código Penal de 1982, aos produtos do crime. Também aquilo que não existindo antes na ordem jurídica era produzido pelo *facto ilícito típico* podia ser declarado perdido, ainda que nenhuma pessoa determinada pudesse ser punida pela prática daquele *facto* (art.107.º, n.º 2 e art. 109.º, n.º 2 do CP de 1982). O seu carácter intrinsecamente proibido ou os perigos que desencadeia impunham igual tratamento jurídico: uma medida sancionatória de natureza análoga à medida de segurança, destinada a inocuizar perigos futuros e a não punir qualquer conduta ilícita passada. No entanto, em obediência à Diretiva 2014/42/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril (artigo 2.º, n.º 2), o legislador acabou por partir com a tradicional associação portuguesa entre *instrumenta* e *producta sceleris*, passando a equipará-los às vantagens decorrentes da prática do crime, fazendo depender a sua perda sem prévia condenação aos casos em que aquelas também podem ser confiscadas *in rem*. Só quando houver confisco das vantagens poderá haver, igualmente,

perda dos produtos. O regime legal é, agora, sufragando o amplo conceito internacional de *proceeds of crime*, igual em ambos os casos (artigo 110.º). Com esta nova opção normativa, o legislador acaba por, no plano teórico, misturar duas realidades inconfundíveis e, no plano prático, alargar os casos em que os produtos podem ser declarados perdidos, pois já não é necessário comprovar a existência de um qualquer perigo ou risco futuro.

A perda das vantagens, das recompensas e dos produtos constitui, assim, o segundo caso expresso de *non-conviction based confiscations* no CP português. Convocando outra vez a própria letra da lei, a perda «tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz» (artigo 110.º, n.º 5). Desta forma, o legislador criou uma nova cláusula geral (antes só existente para os *instrumenta* e *producta sceleris*), congruente com a manutenção da expressão «facto ilícito típico» em vez do vocábulo crime, e especificou, depois, também dois casos: a morte do agente e a declaração da sua contumácia. A base dogmática para esta declaração de perda das vantagens sem prévia condenação, ao contrário dos instrumentos do crime, não consiste na sua perigosidade latente. Ainda que se possa dizer que as vantagens podem subverter a economia legal, podem ser reinvestidas na prática de novos crimes e podem, mesmo, minar a «autonomia intencional do próprio Estado», a verdade é que, geralmente, os proventos do facto ilícito típico são branqueados e investidos em bens que, por si só, direta ou indiretamente, não desencadeiam qualquer perigo. Tudo depende da utilização que lhes é dada. O fundamento para o seu confisco reside, pois, na ideia de que «o crime não compensa», consistindo num mecanismo destinado a prevenir e a remediar o enriquecimento ilícito. A perda dos *proceeds* do crime procura apenas repor a situação patrimonial existente antes da sua prática (*suum cuique tribuere*), demonstrando que ele não é título legítimo de aquisição. Recuperar os ativos que, direta ou indiretamente, resultaram daquele, quer em proveito da vítima, quer em benefício do próprio Estado, não é uma pena. Como noz diz BLANCO CORDERO “El comiso no tiene los mismos fines que la pena criminal, sino que persigue remediar un estado patrimonial ilícito surgido como consecuencia de la comisión de un delito. Fin del comiso es corregir la perturbación del ordenamiento jurídico consecuencia de la situación patrimonial ilícita generada por la comisión de delitos. No pretende desaprobar ni castigar um comportamiento antijurídico, sino impedir que persista em el futuro una perturbación del ordenamineto jurídico producida en el pasado”⁶⁹¹. O fim do confisco é corrigir a perturbação da ordem jurídica e não

⁶⁹¹ BLANCO CORDERO, Isidoro – Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio), AA.VV. *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción*, México, Ubijus (2012), pp. 340-401.

uma ordenação dos bens conforme o direito (o que, aliás, justificava a impossibilidade de substituir a perda da própria coisa perigosa pela perda do seu valor). Em vez desse modelo preventivo, o legislador optou, agora, pelo modelo de restituição do património do visado ao *status* patrimonial anterior à prática do facto ilícito, que, no que respeita àquilo que é produzido pelo crime, nem sempre se justificará.

17. A relação entre o fenómeno organizado do crime e o sistema carcerário

17.1. A Prisão e a nova era digital – que direitos humanos?

We stand on the brink of a technological revolution that will fundamentally alter the way we live, work, and relate to one another, in its scale, scope, and complexity, the transformation will be unlike anything humankind has experienced before. The response to it must be integrated and comprehensive, involving all stakeholders of the global polity, from the public and private sectors to academia and civil society.

Klaus Schwab – Founder World Economic Forum

A preocupação em torno do complexo fenómeno do crime organizado transnacional levanta múltiplas questões de como, por um lado, o mesmo se deve combater, questão que se coloca a montante e que está ligado à atuação dos vários agentes preventivos e repressivos – polícias e aparelho judiciário – bem como a jusante, em como esse mesmo surto criminológico é acompanhado na sua fase executiva. Cabe-nos nesta sede aquilatar da segunda problemática que parece não ter tido um *engagement* coordenado por parte de quem se tem vindo a ocupar do sistema prisional e da sua (re)edificação na era moderna e líquida⁶⁹² em que vivemos. Como correlacionar três realidades que parecem, *a priori*, concentradas na sua existência e irremediável subsistência? Afinal podem o *crime organizado transnacional*, a *prisão* e a *era digital* ser apreciados como realidades apartadas, mas cuja necessidade de encontro devemos

⁶⁹² A liquidez é um conceito bastante usado por Bauman para explicar aquilo a que o mesmo apelida de passagem da fase sólida da modernidade para a líquida – ou seja, para uma condição em que as organizações sociais não podem mais manter sua forma por muito tempo, pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam. BAUMAN, Zygmunt – *Tempos Líquidos*. Jorge Zahar Edições, Rio de Janeiro, (2007), p. 7.

fazer acontecer? A disfunção que registamos no aparelho punitivo-executivo é passível de ser encontrada a vários níveis⁶⁹³, podendo ser os mesmos apelidados de modelos de desadequação.

Tem de se reconhecer que o atavismo impregnado na instituição-prisão deve sobreviver à conceção instalada de uma certa suficiência do sistema que desagua frequentemente na estanquicidade das opções político-criminais *quasi* obliteradas no seio prisional. Não se olvide, como nos ensina GUEDES VALENTE, que “a evolução vanguardista e/ou conservadora da pena de prisão depende do momento socioeconómico comunitário, que por sua vez influi na visão que cada um de nós tem sobre o outro – se objeto ou se sujeito - e na visão que o Estado tem de cada um dos seus cidadãos⁶⁹⁴”.

A tendencial fuga do sistema quando colocado diante da necessidade de debelar as estruturas organizadas do crime pode levar a que o mesmo se ancore em opções legislativas desadequadas ou mesmo obsoletas que apenas concorrem para uma intervenção distanciada do modelo ideal reintegrador.

Dimensionar o sistema prisional sob o óculo dos direitos fundamentais é uma tarefa que tem ocupado as agendas dos Estados a uma escala global. Muitas vezes, porém, esse sistema tem sido a antítese de um modelo consagrador de um leque de direitos, constatando-se, apesar de tudo, um esforço de recuperação do homem perdido. Esta ideia de paradoxo que enleia o sistema prisional como um todo – teoria paradoxal do encarceramento⁶⁹⁵ – lança-nos para a ideia de incompletude de uma instituição presa a uma certa ancestralidade.

O modelo da prisão-instituição está em desacreditação. A acompanhar esta linearidade da afirmação está a constatação de que o espaço prisional está ele mesmo a sofrer os reflexos de uma era securitária, em que, se por um lado se verifica uma nova vaga humanista, garantidora do leque mínimo de direitos que devem acompanhar o homem recluso desde que ingressa até ao término do cumprimento da pena, por outro, ainda encontramos um sistema preso aos seus atavismos.

⁶⁹³ Esta disfunção encontra-se caracterizada por Joaquim Boavida, que aponta alguns dos problemas estruturais do sistema prisional e de reinserção social, tais como, entre outras, a sobrepopulação prisional e a insuficiências do parque penitenciário; a insuficiência de meios financeiros; a falta de meios humanos; a falta de assistência pós-prisional, *et caetera*. Para mais desenvolvimentos BOAVIDA, Joaquim – *A Flexibilização da Prisão, da Reclusão à Liberdade*, Almedina, 2018, pp. 259 e ss.

⁶⁹⁴ VALENTE, Manuel Guedes – Prisão - A Metamorfose da Benevolência. In *Versão Aumentada da Conferência proferida no âmbito da “Justiça Penal em Debate” promovida pelo Conselho Superior da Ordem dos Advogados a convite do Ilustre Dr. Alfredo Castanheira Neves em Chaves*. Edição do Autor, 2003, p. 14.

⁶⁹⁵ Quando falamos sobre a teoria paradoxal do encarceramento queremos referir-nos a uma circularidade para que tende o próprio sistema no sentido em que, se se pretende recolher o condenado para o cumprimento de uma pena que lhe é imposta pela lei, e, se se pretende que este homem recluso interiorize o efeito purificador que a reclusão que poderá devolver, mas se, por outro lado o sistema for incapaz de lhe devolver tal efeito, então é o próprio sistema que cai em contradição consigo mesmo, tornando-se paradoxal.

O reconhecimento de direitos da pessoa privada da liberdade é em Portugal uma realidade. De resto só nesta base de atuação pode assentar o ordenamento jurídico interno que está vinculado por via do preceito 8.º da CRP⁶⁹⁶ aos instrumentos legais que regem em especial a posição jurídica do recluso. Desde logo é a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos que inaugura uma vasta e ampla variedade de garantias, em particular nos seus arts. 1.º e 2.º, ao erigir a dignidade da pessoa humana como o baluarte de atuação dos Estados de Direito.

Por influência, não só da Declaração Universal, mas também da Convenção Europeia dos Direitos Humanos – mormente nos seus arts. 2.º e 3.º - conclui-se claramente a emergência da pessoa humana, *in casu*, a pessoa condenada a uma pena privativa da liberdade. O recluso condensa por isso em si uma panóplia de direitos e deveres, contrabalançados por princípios estandarte, de que se destaca o princípio da proibição do excesso (que por sua vez se materializa no princípio da culpa), o princípio da proporcionalidade e o princípio da proporcionalidade em matéria de sanções penais⁶⁹⁷. Um dos princípios que não pode ser descurado é o *princípio da socialidade*, “segundo o qual incumbe ao Estado um dever de ajuda e solidariedade para com o condenado proporcionando-lhe as condições necessárias para a reintegração na sociedade⁶⁹⁸”.

Se cabe à pena “o ónus de otimizar os resultados”⁶⁹⁹ então não é possível adotar uma visão que não seja a de proporcionar ao indivíduo recluso uma existência condigna durante o lapso de tempo em que estiver privado da liberdade.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, mais comumente conhecidas por Regras de Nelson Mandela, alinhando pelo diapasão da dignidade da pessoa humana, reconhecem que “o regime prisional deve procurar minimizar as diferenças entre a vida durante a detenção e aquela em liberdade que tendem a reduzir a responsabilidade dos reclusos ou o respeito à sua dignidade como seres humanos”⁷⁰⁰.

Um dos grandes desafios passa hoje em identificar se a perceção da salvaguarda dos direitos humanos dentro dos muros constitui uma realidade ou se, ao invés, não estaremos aqui a falar apenas de boas intenções. Por outro lado, importa também redimensionar a efetividade dos

⁶⁹⁶ Dispõe o art. 8.º, 1 da CRP o seguinte: As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.

⁶⁹⁷ Segundo frisa Maria João Antunes, a CRP contém um conjunto de princípios orientadores do programa político-criminal em matéria de consequências jurídicas do crime, encimado pelo princípio da legalidade e que tendem a convergir no princípio da inviolabilidade da dignidade pessoal. ANTUNES, Maria João – *Penas e Medidas...*, pp. 14 e 15.

⁶⁹⁸ ANTUNES, Maria João – *Penas e Medidas...*, p. 15.

⁶⁹⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda – *Novo Olhar...*, p. 31.

⁷⁰⁰ Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. [Consultado em 21/05/2021].

direitos humanos quando chamados para o palco da execução de penas, naquele que é o desafio da era digital em que nos encontramos.

Não se olvide que as transformações operadas neste nosso tempo têm muitas implicações sociais. ULRICH BECK, a propósito da sociologia da transformação, refere que “vivemos num mundo que não está apenas a mudar, mas também a metamorfosear-se⁷⁰¹”. Nesse sentido é necessário trazer para o espectro dos direitos fundamentais a afirmação de que o digital pode e deve fazer parte da gramática jurídica, uma vez que, perpassar o sistema jurídico, mormente do ponto de vista do direito positivado, é de facto reconhecer a necessidade de mudar o olhar sobre a realidade digital.

Congratulamos assim a entrada em vigor da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio⁷⁰², que publica a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, trazendo para a arena legislativa nacional o reconhecimento do ambiente digital como uma expressão da liberdade, igualdade e justiça social, e que se deverá pulverizar, outrossim, nas estruturas do aparelho punitivo formal (lei) e material (execução).

Da leitura do diploma existe uma multiplicidade de pontos dos quais se deve partir dentro do aparelho penitenciário. O *direito de acesso ao ambiente digital* - previsto no art. 2.º - e que garante, na sua essencialidade, um uso autónomo e livre acesso às tecnologias, encontra-se bastante restringido no espaço prisional. Na verdade a compressão parcial deste direito é justificada na fase de cumprimento da pena, mas na verdade, será que partir de uma conceção restritiva total deste direito não violará, neste particular, os direitos do recluso, no que tange ao escopo principal das finalidades de execução quando se refere no art. 1.º que “A execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade visa a reinserção do agente na sociedade, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes, a proteção de bens jurídicos e a defesa da sociedade”?

Outro direito que nos parece não conhecer ainda aplicabilidade no seio penitenciário é o *direito à privacidade em ambiente digital*⁷⁰³ que surge agora consagrado no art. 8.º. O direito à privacidade dos reclusos⁷⁰⁴ é de resto um direito fundamental que emerge do art. 26.º da CRP,

⁷⁰¹ BECK, Ulrich – *A Metamorfose do Mundo...*, pp. 15 e 16. Para compreender esta metamorfose do mundo, adita Beck, é necessário explorar os novos começos, concentrarmo-nos naquilo que está a emergir a partir do antigo e tentar perceber estruturas e normas futuras na convulsão do presente.

⁷⁰² Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/163442504/details/maximize>. (Consultado em 21/5/2021).

⁷⁰³ O art. 8.º, 1 dispõe o seguinte: Todos têm direito a comunicar eletronicamente usando a criptografia e outras formas de proteção da identidade ou que evitem a recolha de dados pessoais, designadamente para exercer liberdades civis e políticas sem censura ou discriminação.

⁷⁰⁴ O direito à privacidade tem um caráter bifronte, uma vez que nele vai contido o direito à reserva da vida privada (pessoal e familiar) e o direito à autodeterminação informacional e comunicacional. No mesmo direito vai contido também o direito a ser deixado só – *right to be let alone* ou o *diritto alla riservatezza*. FARINHA, Inês Simões – *A Correspondência...*, pp. 49 e 50.

que concede dignidade constitucional aos direitos de personalidade, sobretudo, e, para o que somos chamados a ajuizar, ao direito ao desenvolvimento da personalidade – na sua dimensão de direito à criação ou aperfeiçoamento de pressupostos indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade⁷⁰⁵.

Poder-se-ia ainda falar sobre art. 10.º que comina expressamente o *direito à neutralidade da Internet*, que se traduz no “direito a que os conteúdos transmitidos e recebidos em ambiente digital não sejam sujeitos a discriminação, restrição ou interferência em relação ao remetente, ao destinatário, ao tipo ou conteúdo da informação, ao dispositivo ou aplicações utilizadas, ou, em geral, a escolhas legítimas das pessoas”. Este é um direito fundamental que se encontra espartilhado na sempre (des)equilibrada balança da promoção da liberdade e na manutenção da segurança. MUÑOZ CONDE lembra, a este propósito, que «“libertad y seguridad” son ciertamente dos bienes jurídicos muy importantes y tan necesarios como difícilmente conciliables (...) sólo que esa coexistencia no es idílica, sino conflictiva⁷⁰⁶».

Aqui chegados e verificados os principais ditames principiológicos que atravessam a jangada da fase executiva das penas na área digital, deparamo-nos com a interpelação com que se debatia JOHN RAWLS quando afirmava que “o princípio aplicável à sociedade é o aumentar da mesma forma o bem-estar do grupo, satisfazendo o sistema geral de desejos que se obtêm a partir dos desejos dos respetivos membros⁷⁰⁷”. Ora, esta mundivisão deverá assumir uma trans-sistematicidade dentro do sistema prisional. Na verdade, não basta a bondade da afirmação do princípio humanista (que perpassa o direito penal como um todo), como é necessário que ele se confirme na prática, embora ainda se verifique alguma resistência da instituição penitenciária.

Parece-nos que em face da introdução deste preceituado, o legislador deve caminhar no sentido de adequar o texto *infra* legal, passando a prever mecanismos que permitam ao indivíduo recluso o uso de tecnologias que sejam o resultado de um usufruto pleno dos direitos fundamentais que lhe estão adstritos como ser humano, dotado de dignidade.

O sistema prisional em Portugal tem-se pautado por alguma linearidade no que tange à passagem para uma renovação digital que permita uma aproximação paulatina à vida exterior. Se, como vimos previamente, o modelo normativo *supra* legal se encontra desconcertado face

⁷⁰⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital – *Constituição...*, p. 464. Nesta dimensão dão-nos aqueles autores como exemplo, o direito a condições indispensáveis à ressocialização.

⁷⁰⁶ CONDE, Francisco Muñoz – *El Nuevo Derecho Penal Autoritario*. In *El Derecho ante la Globalización y el Terrorismo*. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003. Mario G. Losano / Francisco Muñoz Conde (Coord.), Editora Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 6.

⁷⁰⁷ Rawls usa esta afirmação para defender o seu conceito de utilitarismo que sintetiza na seguinte afirmação uma sociedade está devidamente ordenada quando as suas instituições maximizam o resultado líquido de satisfação. RAWLS, John – *Uma teoria da justiça...*, pp. 41 e 42.

ao seu respaldo *infra* normativo, também não é menos verdade que o problema se coloca na efetividade da lei.

A pandemia provocada pelo vírus SARs-CoV-2, gerou uma onda de choque em várias latitudes da sociedade, alterando alguns dados adquiridos, nomeadamente a relação com a efemeridade da vida humana e a consciência da vulnerabilidade dos laços humanos face a um fenómeno de finitude repentina, cultivado por um clima de medo e de incerteza. Este estado de coisas influenciou a forma como os indivíduos se passaram a relacionar, alterando a maneira de comunicar e de entender o meio e a natureza, tendo a amorfia social levado a uma necessidade de reinvenção do homem pelo homem.

O efeito foi o de que, em certos setores, nomeadamente o prisional, alguns dos problemas institucionais se agigantaram. Se no exterior o digital se veio tornar o grande aliado da sobrevivência e manutenção da sanidade humana, a verdade é que no seio da instituição penitenciária a era digital não acompanhou os tempos pandémicos. O polo convergente ínsito ao art. 40.º, n.º 1 do Código Penal e que se traduz na proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade, encontra-se quebrado, sobretudo neste último segmento, quando afinal o sistema penitenciário demonstra um não compromisso com a mudança que tem de se verificar dentro de muros.

Este intervalo descompassado devolve ao sistema um sabor agridoce na medida em que o mesmo se move a várias velocidades. Essas desarmonizações⁷⁰⁸, para o tema do qual nos acercamos, podem assacar-se na própria conformação do sistema de penas, não apenas na criminalidade dita convencional, mas também no seio da criminalidade organizada transnacional.

O brocardo popularizado por Martinson “*what works? nothing works*”⁷⁰⁹” espoletou ainda no século passado um movimento de descrença no esforço ressocializador, o qual ainda hoje e de certa forma, acaba por assumir um novo significado e dimensão no atual panorama do sistema prisional.

A prisão-instituição, no que toca ao combate à criminalidade organizada continua a ser a face invisível da continuação do fenómeno. A perpetuação das estruturas organizadas de poder parece ser uma realidade contínua dentro do cárcere que legitima um endurecimento do quadro

⁷⁰⁸ Vide nota de rodapé n.º 5 *supra*.

⁷⁰⁹ Segundo André Lamas Leite O momento icónico desta cavada crítica ao movimento ressocializador é, como se sabe, o da publicação de um marcante artigo de Martinson, o qual tem sido interpretado de modo que, julgamos, tem servido a defensores e, *maxime*, a detratores da ressocialização. Com tal artigo, expressão de um movimento anterior, a crença no ideal reabilitador foi severamente abalada, com o ideário punitivo do *just desert* a fazer o seu aparecimento. LEITE, André Lamas – Ressocializar hoje? Entre o “mito” e a realidade. In *Revista do Ministério Público*. N.º156 (Out.-Dez. 2018), p. 80.

político-legislativo: em suma, o legislador continua a apontar caminhos comuns na fase executiva, muitas vezes desadequados, face à demanda de uma nova criminalidade.

Como já fomos denotando, a era digital e os meios tecnológicos trazem múltiplos desafios à ciência do direito, uns de ordem subjetiva, outros de ordem adjetiva e outros ainda que, embora colhendo desafios de uma e de outra se colocam a jusante da discussão, mas assumem ainda assim plena centralidade.

O espaço prisional é sempre um espaço de tensão entre o binómio segurança e tutela dos direitos do recluso. Essa conflitualidade tem crescido muito por obra de uma crescente tendência securitária e da visualização do outro (recluso) como inimigo⁷¹⁰ fruto do temor que o próprio crime organizado, fenómeno multifacetado, complexo e transfronteiriço, inculca também no seio carcerário.

Este sentimento de perigo⁷¹¹, que fomenta uma verdadeira “realidade do terror”⁷¹² vem fazendo germinar um securitarismo crescente que tem refrações no sistema penal e por seu turno gera uma política criminal repressiva, podendo cindir tais consequências em várias vertentes: a) no direito penal substantivo/material, através do agravamento de sanções penais pelo aumento de molduras penais; b) no direito penal processual, pela diminuição de garantias processuais e tendência para uma agudização da intervenção das polícias; c) no direito penal executivo/penitenciário, promovendo penas de prisão duradouras e perigo de transformação destas em medidas de segurança privativas da liberdade por tempo indeterminado.

Focando nesta última aceção, a conceção de inimigo, quando transportada para o espaço carcerário tem refrações múltiplas quer na gestão do espaço carcerário (espaço físico) quer na gestão de recursos humanos, mas também quanto àquele que é o papel que a prisão deve ter na pessoa do recluso, uma vez que deve ser um motor de transformação para o condenado.

Ora, o desafio coloca-se na forma como podemos compatibilizar a triplicidade do problema - criminalidade organizada internacional, prisões e era digital, uma vez que, não só parecem conceitos antinómicos, mas estão também enleados num mesmo propósito.

Primo, como compatibilizar o fenómeno da criminalidade organizada transnacional com a sua execução? Esta problemática tem sido parcamente discutida em Portugal, e, ainda que não

⁷¹⁰ Como atesta Guedes Valente vários filósofos e pensadores políticos projetam uma teoria do delinquente como inimigo da sociedade, sendo a mesma fonte de inspiração do Direito Penal do inimigo em que se baseia Günther Jakobs. VALENTE, Manuel Guedes – *Direito Penal do Inimigo...*, p. 46.

⁷¹¹ A teoria da perigosidade defendida por Zaffaroni e Pierangeli, sugere a este propósito, a defesa de um Direito penal retributivo e da institucionalização das penas privativas da liberdade como solução para evitar o perigo de continuidade delitiva. VALENTE, Manuel Guedes – *Direito Penal do Inimigo...*, p. 86.

⁷¹² A realidade do terror é aqui sugerida como o promotor de insegurança permanente e de perigo de crimes de terrorismo, mas que não pode ser fundamento único para mudança de paradigma de persecução penal. VALENTE, Manuel Guedes – *Direito Penal do Inimigo...*, p. 82.

seja nosso intento abordar a mesma em detalhe, porque falamos, afinal, de duas realidades antitéticas face ao sistema que temos implementado? Por um lado, porque não só existe uma desadequação no momento da determinação da medida da pena, como também o aparelho prisional não está adaptado a este tipo de criminalidade. *Secundo*, e, de certa forma, este ponto bebe do anterior, hoje os agentes do crime organizado recorrem a tecnologia de ponta para o cometimento do crime, facto que depois se perpetua dentro do seio prisional com recurso a meios de comunicação não permitidos dentro da prisão. Por fim, sendo esta a era da verdadeira revolução digital, a qual deve invadir o espaço prisional pois as mesmas devem ser compatíveis, de que forma se podem conciliar os direitos do recluso e o *gap* tecnológico que se sente *intra muros*?

Fundamentalmente cabe perguntar: se a escalada tecnológica extramuros é uma realidade, porquê cerceá-la ao indivíduo privado da liberdade, quando o mesmo mais tarde irá retornar à sociedade e fazer uso desses mesmos instrumentos? Por outro lado, a inovação digital não pode deixar de ser, quando pensada dentro do direito penal, como uma refração do modelo garantista idealizado por Ferrajoli, uma vez que, na linha deste autor “existe um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado na garantia dos direitos dos cidadãos”⁷¹³.

Se a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade, como já salientámos antes, é bastante claro que se deve estabelecer um equilíbrio no restabelecimento da validade da norma ao protegerem-se bens jurídicos e na garantia de um futuro promissor ao condenado após terminar o cumprimento da pena.

A quebra do sistema e o desajustamento dos instrumentos colocados ao dispor do indivíduo privado de liberdade, é passível de divisão em dois prismas: meios de comunicação com o exterior e nos meios de comunicação interna com a administração prisional/serviços prisionais.

Se atentarmos nos meios de comunicação com o exterior previstos no Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (doravante CEPMPL) – Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro, verificamos o seguinte: o recluso tem direito, por via do estabelecido no art. 7.º, 1, e) “a manter contactos com o exterior, designadamente mediante visitas, *comunicação à distância ou correspondência*, sem prejuízo das limitações impostas por razões de ordem, segurança e disciplina ou resultantes do regime de execução da pena ou medida privativa da liberdade” (itálico nosso). Este direito encontra-se depois mais detalhado

⁷¹³ CRESPO, Eduardo Demétrio – *A Metamorfose do Direito Penal...*, p. 74.

nos arts. 67.º e s.⁷¹⁴, que estipulam o direito do recluso a receber e a enviar correspondência, que mais não é do que o corolário do direito à integridade pessoal, na sua dimensão moral, e ainda o direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, com assento constitucional.

A legiferação em torno dos modos de comunicação do recluso encontra-se neste momento num tempo que não é o seu. Da leitura do preceituado – arts. 67.º, 68.^{o715}, 69.^{o716}, relativamente aos modos de comunicação como o exterior, nomeadamente através da correspondência, pode fazer-se uma interpretação extensiva do termo “correspondência” para albergar outras formas de comunicação, nomeadamente o correio eletrónico. Na verdade, quando lido o art. 72.^{o717} do CEPMPL, verifica-se que a utilização do correio eletrónico ou outros meios, como a telecópia, são admissíveis, ainda que, tal possibilidade seja ainda a exceção e não a regra.

Ademais, quando lido o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais verifica-se que a tónica normativa incide ainda nos meios tradicionais (não digitais)⁷¹⁸, de comunicação à distância, embora se admita, e, sempre a título excecional e mediante autorização do diretor do estabelecimento prisional, a utilização de meios de comunicação alternativos, estando por exemplo prevista a possibilidade de visitas por videoconferência.⁷¹⁹

Por contraposição, existem vários modelos que se encontram nos antípodas do modelo português nesta matéria. Um deles é o denominado “Prison Cloud” existente numa prisão belga localizada em Beveren (Antuérpia) que permite um acesso livre ao sistema da Internet ou o

⁷¹⁴ Reza o art. 67.º, 1 do CEPMPL, o seguinte: O recluso tem direito a receber e a enviar, a expensas suas, correspondência e encomendas, nos termos do presente Código e do Regulamento Geral, que pode estabelecer limites de receção e expedição de encomendas, tendo em conta o regime de execução, a regularidade das visitas e o apoio sociofamiliar.

⁷¹⁵ O art. 68.º do CEPMPL trata da sempre conturbada questão do controlo da correspondência, estipulando no n.º 1 o seguinte: A correspondência e encomendas do recluso são verificadas por razões de ordem e segurança do estabelecimento prisional e para deteção de objetos proibidos por lei ou pelo Regulamento Geral.

⁷¹⁶ A retenção da correspondência obedece a determinados requisitos previstos neste art., nomeadamente, como ressalva o art. 69.º, 1: A retenção de correspondência e de encomendas do recluso só pode ter lugar mediante despacho fundamentado do diretor do estabelecimento prisional e na sequência do controlo previsto no art. anterior, sendo comunicada ao recluso, salvo em caso de receio fundado de grave prejuízo para os valores que através dela se pretendem acautelar.

⁷¹⁷ O art. 72.º, 1 prevê o seguinte: O diretor do estabelecimento prisional pode, a título excecional, autorizar o recluso a utilizar qualquer outro meio técnico de comunicação existente no estabelecimento prisional, nomeadamente correio eletrónico e telecópia, em situações pessoais ou profissionais particularmente relevantes ou urgentes, sendo controlado o respetivo conteúdo. O art. 136.º, 2 do Regulamento dos Estabelecimentos Prisionais, reforça a seguinte informação: Nos casos previstos no número anterior, o diretor pode também autorizar o recluso a receber e expedir comunicações através de correio eletrónico, utilizando o endereço dos serviços administrativos do estabelecimento prisional, desde que não ocorra prejuízo para o funcionamento dos serviços.

⁷¹⁸ Essencialmente falamos aqui dos arts. 126.º e s. que se ocupam da regulamentação da expedição de correspondência.

⁷¹⁹ Assim expressamente se prevê no art. 117.º do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais.

sistema de cartões pré-pagos existentes no sistema finlandês⁷²⁰, métodos inovadores e que têm sido considerados pelas instituições penitenciárias europeias exemplos a seguir.

A grande novidade destes sistemas prisionais é que, ao contrário da maioria dos ainda existentes, os próprios reclusos podem aceder a uma nova realidade dentro daquele que é o seu ecossistema normal. Dentro destes ecossistemas digitais disponíveis para a população reclusa é por exemplo possível o recluso aceder a um canal de meditação, ao seu processo individual ou outra documentação jurídica, recebendo uma *pen-drive* à qual está associado um *username* e uma *password*. As celas encontram-se dotadas de um monitor, teclado, ecrã, rato e um conjunto de *headsets* conectados a um servidor que lhes permite ter acesso restrito à internet, comunicar com *staff* prisional, trabalhar, beneficiar de *e-learning*, entre outras funcionalidades.

Se é certo que com a implementação destas novas aragens tecnológicas existem um sem número de vantagens que permitem estabelecer a necessária ponte com a manutenção de uma vida dentro dos cânones de alguma normalidade, colocam-se inevitavelmente algumas questões jurídicas com a implementação de instrumentos tecnológicos no espaço prisional.

Desde logo, impõe-se uma questão de ordem restritiva, nomeadamente que limites deve ter o acesso (já de si restrito) a esses meios digitais – por exemplo, pode o recluso ter acesso a determinados *sites*? – e o controlo ao conteúdo da caixa de *e-mail* do recluso, a ser permitido, como deve ser monitorizado? E os dados digitais do recluso, ficam armazenados num servidor comum? E quando podem ser facultados ao recluso? Apenas após a libertação?

Por outro lado, surgem igualmente problemas quanto aos riscos que o acesso ao mundo digital pode colocar no meio prisional. De que riscos de segurança estamos a falar? No caso da criminalidade organizada, a restrição de acesso dos indivíduos reclusos ao digital deve ser maior, consoante o grau de perigo de continuação da atividade criminosa dentro da prisão?

Como acabámos de enumerar, existe uma multiplicidade de indagações válidas que podemos fazer quando pensamos na importação e consequente reforço dos instrumentos tecnológicos e digitais no espaço prisional. Reconhecemos que a evolução tecnológica deve revolucionar também a fase executiva da pena, não só porque essa (r)evolução é um corolário direto das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, que aposta na

⁷²⁰ De acordo com *European Organisation of Prison and Correctional Services (EuroPris)* e com um estudo levado a cabo no sistema finlandês (tido como caso de estudo): In Finland the Prison Services has implemented Prepaid Payment Card service for the Offenders where cards function in controlled manner both inside and outside the prisons. The Service is based on SaaS offering by United Kingdom based Prepaid Financial Services Ltd2. Disponível online em:

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwif1MysmezwAhXECe_wKHapVBFEQFjABegQIGBAD&url=https%3A%2F%2Fwww.europris.org%2Ffile%2Fcloud-and-data-protection-in-offender-digital-services-case-study%2F%3Fdownload%3D1&usg=AOvVaw1pZTpsklkEgqJj61ySuD-e (Consultado em 27/5/2021).

mimetização dos aspetos positivos da vida exterior, mas também porque o grau de eficácia do estipulado no art. 40.º do CP, no que diz respeito aos efeitos que se devem sentir na prevenção especial ou de ressocialização, devem por esta via ser alcançados.

Afinal, apesar da desadequação legislativa, ou mesmo ausência de previsão legal, a opção por uma alteração/inação legal nesta matéria deverá ser sempre ponderada, uma vez que não só comporta custos avultados para o sector prisional, como também implica a criação de um *know-how* específico para adequar as necessidades sentidas pelos reclusos, tendo em consideração a tipologia de pena que se encontram a cumprir, mas também o tipo de criminalidade e de estabelecimento prisional que está em causa. Assim, de um *nothing works in prison*, somos apologistas de que o caminho pode ser feito no sentido do *something works within walls*.

A comunicação digital que havia já inaugurado o último e o presente século como sendo de transição digital, reinventou-se, assumindo-se como a força motriz da evolução social, económica e histórica. É inegável o progresso provocado pela onda tecnológica em vários setores da sociedade e o acréscimo que tal tem provocado no *homo aeconomicus* moderno. No Direito em geral, a influência da vaga tecnológica e da nova era digital, ao mesmo tempo que contribuem para melhor acomodar e assim fazer florescer os direitos fundamentais, colocam arraigados problemas do ponto de vista da subsistência dos mesmos, nuns casos fazendo colocar em causa o núcleo essencial de tais direitos, noutros casos fazendo com que esses direitos se redensifiquem à luz de uma nova modelação provocada pela demanda digital em curso.

Com efeito, o cerco prisional sendo ele mesmo um espaço que convoca e invoca uma dupla sensibilidade – liberdade e segurança – clama a todo o tempo por uma remodelação quanto aos meios empregados na ressocialização do recluso.

O direito penal como "instrumento de liberdade" vê-se hoje confrontado com uma crescente *demanda de segurança*. Falar de repressão do crime significa assinalar uma *finalidade* ao direito penal, designadamente a pena. Só esta intencionalidade teleológica - que tem na realidade social e na proteção de bens jurídicos o seu ponto de referência - responde aos problemas de legitimação do direito penal. Cabe à pena o ónus de otimizar os resultados.”⁷²¹

Apesar de se reconhecer uma paulatina aproximação do sistema a soluções que primam por esse encurtar de distâncias – entre o que já é oferecido e o que poderia ser colocado ao dispor do recluso – ainda se conhece uma certa relutância em abraçar a era digital *intra muros*.

⁷²¹ RODRIGUES, Anabela Miranda - *Política Criminal – novos desafios, velhos rumos*. In Liber Discipulorum para Figueiredo Dias, 2003, p. 5.

Ademais, ressalve-se que a própria legislação portuguesa ainda mantém uma tendência para a promoção dos meios tradicionais de comunicação, pelo menos no que diz respeito aos contactos com o exterior, apenas privilegiando os meios digitais a título excecional.

A eclosão de novas formas de delinquir, como a criminalidade organizada, mas não apenas esta, clamam para uma redefinição do espaço prisional, que dá mostras de alguma erosão quanto ao modo de estancar comportamentos delitivos no seu seio. Se é certo não ser desejável um endurecimento das medidas que estrangule a veia ressocializadora, reconhecemos e reafirmamos que os direitos fundamentais do recluso só se encontrarão devidamente consagrados se o Estado lograr a adoção de políticas criminais tendentes a mitigar a reincidência e a condução de uma vida futura sem a prática de crimes.

Aludindo a BENJAMIM CONSTANT, naquela que ficou conhecida como a sua obra mais conhecida e que viria a ser um dos textos fundadores do constitucionalismo europeu, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, existem dois tipos de liberdade: a liberdade dos antigos e outra liberdade, aquela cujo usufruto é particularmente precioso para as nações modernas⁷²².

Cabe assim concluir que numa sociedade onde nos deparamos com uma “outra liberdade”, a liberdade do efémero (mesmo no cerco do Direito), a profecia anunciada para o espaço onde essa mesma liberdade já se encontra comprimida, é a de caminhar para uma realidade onde o futuro digital não se aparte do desígnio reabilitador, devolvendo ao cidadão agrilhado a dignidade que se lhe assaca como ser humano.

⁷²² CONSTANT, Benjamin – Da Liberdade dos Antigos comparada à dos Modernos. In *Revista Filosofia Política*, n.º 2, p. 3. Disponível online em: <https://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>. [Consultado em 23.05.2023].

18. O encarceramento de condenados pelo crime organizado

A abordagem do sistema penal executivo e de como tal sistema funciona sobretudo no que diz respeito ao crime organizado transnacional e aos que passam a cumprir uma pena de prisão ao abrigo deste tipo de criminalidade exige novas reflexões.

A questão fundamental que nos persegue nesta sede é percebermos que tipo de recluso o criminoso organizado transnacional é, a fim de se lhe poder traçar um regime próprio e adequado, que tem no horizonte um mesmo objetivo: a não reincidência.

Não é retilínea ou isenta a tarefa de radiografar este tipo de recluso e o modo como o mesmo se adapta e percepçiona a forma como nele entra e a transição que se opera que requer um ajustamento à instituição e à forma como irá encarar a execução da pena e ao meio penitenciário. Por outro lado, é consabida a relação que se pré-estabelece entre organizações criminosas e ambiente prisional, que não raras vezes transpõe os muros da prisão e o mundo exterior, alimentada pelo fetiche do encarceramento em massa, como analgésico da impunidade.

A prisão é, como se vem sustentando⁷²³, um “reflexo das desigualdades sociais”. Se é certo que esta asserção pode ser válida para o grande espectro da criminalidade, será que é a mesma válida para o tipo de criminalidade de que aqui nos acercamos? Analisando do ponto de vista da tipologia e do criminoso típico da criminalidade organizada e, tendo em consideração o fenómeno criminógeno em si, pode-se afirmar que, acompanhando GUDÍN RODRÍGUEZ “hay una relación de interdependencia que se produce entre la pobreza económica e intelectual y el delito”. O que vale dizer que quanto mais a criminalidade for complexa, quer do ponto de vista organizacional, como do ponto de vista dos meios empreendidos para a sua eficácia, como ainda da capacidade dos seus autores para a estruturar, mais é necessário que o criminoso detenha certas qualidades que encurtam a interdependência entre a pobreza económica e o crime. Ou seja, o criminoso das grandes redes criminosas, o criminoso do colarinho branco, que, regra geral possui características diferenciadas, terá apetência para cometer crimes, uma vez que, se é dotado de mais inteligência pois tem ao seu dispor mecanismos que lhe permitem, planejar e resolver problemas, compreendendo o fenómeno criminoso de uma outra perspectiva, que lhe poderás ser mais vantajosa.

⁷²³ RUIZ MIGUEL, A. – Principio de igualdad y Derecho penitenciário. In *Poder Judicial*, número 45, Madrid, 1997, p. 58.

Analisando o modo de encarceramento dos criminosos por crime organizado, e, mormente, as relações que se estabelecem entre organizações criminosas e ambiente prisional, os indivíduos estruturam-se em rede, operando-se a sua inserção no espaço-rede social intra-muros, o que faz com que estes indivíduos se organizem através das múltiplas relações que pré-estabelecem entre si. Esta construção relacional, pressupõe que se analise a função do indivíduo dentro do grupo. Por isso, para se desenhar uma rede é preciso observar a posição que o ator ocupa dentro da rede, essa posição está ligada à sua trajetória (postura e atitude) na estrutura social. Já o grupo é constituído pela posição que o ator ocupa na rede e os atores que estão ligados a esse ator. Uma das causas que liga um ator ao outro são as crenças que compartilham, a amizade ou oportunismo.

O que a realidade nos vem apontando são as dificuldades de controlo desta forma de delinquência, que transpõe os muros dos estabelecimentos prisionais e se retroalimenta no âmago do próprio fetiche pelo encarceramento em massa.

Nos termos do art. 15.º, n.º 1 do CEPMPL “o recluso é colocado em regime de segurança quando a sua situação jurídico-penal ou o seu comportamento em meio prisional revelem, fundamentadamente, perigosidade incompatível com afectação a qualquer outro regime de execução”. Pela simples leitura conjugada do preceito citado com as normas que regulam o regime de segurança (artigos 193.º a 220.º do RGEP) verificamos que o regime de segurança se caracteriza pela limitação da vida em comum dentro do próprio Estabelecimento Prisional e pela limitação dos contactos com o exterior. Trata-se, por isso, de um regime que tem na sua base a “perigosidade incompatível com afectação a qualquer outro regime de execução” (art. 15.º, n.º 1 do CEPMPL) e que se traduz na maior restrição das “liberdades” dos reclusos legalmente admissível” (art.12.º, n.º 4 do CEPMPL).

Após o ingresso do recluso no Estabelecimento Prisional o mesmo deve ser alojado em sector próprio destinado à admissão (art. 19.º, n.º 1 do CEPMPL) sendo levada a cabo a sua avaliação que “tem em conta, designadamente, a natureza do crime cometido, a duração da pena, o meio familiar e social, as habilitações, o estado de saúde, o eventual estado de vulnerabilidade, os riscos para a segurança do próprio e de terceiros e o perigo de fuga e os riscos resultantes para a comunidade e para a vítima” (art. 19.º, n.º 2 do CEPMPL). Efectuada a avaliação do recluso, no prazo máximo de 72 horas após o ingresso, o Director do Estabelecimento Prisional determina as exigências de segurança “tendo em conta o eventual perigo de fuga, os riscos para a segurança de terceiros ou do próprio e a particular vulnerabilidade do recluso” (art. 19.º n.º 1, alínea *b*) do CEPMPL). No que concerne à competência para a colocação do recluso em regime de segurança ela pertence ao Director Geral

de Reinserção e Serviços Prisionais (art. 15.º, n.º 4 do CEPMPL) “mediante proposta dos serviços centrais ou do director do estabelecimento prisional” (art. 194.º, n.º 1 do RGEP).

A decisão de colocação do recluso em regime de segurança é fundamentada (art. 15.º, n.º 4 do CEPMPL) “e é comunicada imediatamente, sem exceder 24 horas, ao Ministério Público junto do Tribunal de Execução das Penas” para efeitos de verificação da legalidade (art. 194.º, n.º 2 do RGEP e art. 15.º, n.º 6 do CEPMPL). O recluso deve ser notificado da decisão e dos seus fundamentos, salvo se razões de ordem e segurança o impedirem (art. 194.º, n.º 3 do RGEP) sendo a notificação efectuada pelo Estabelecimento Prisional de origem “salvo quando razões de ordem e segurança que constam do despacho de transferência o desaconselhem, caso em que a notificação é efectuada pelo estabelecimento de destino, após a concretização da transferência” (art. 194.º, n.º 4 do RGEP). Por outro lado, “a execução das penas e medidas privativas da liberdade em regime de segurança é obrigatoriamente reavaliada no prazo máximo de seis meses, ou de três meses no caso de recluso com idade até aos 21 anos, podendo sê-lo a todo o tempo se houver alteração de circunstâncias” (art. 15.º, n.º 5 do CEPMPL e art. 219.º, n.º 1 e 2 do RGEP).

Como preliminar da decisão de reavaliação da manutenção do regime de segurança, por decurso do tempo ou por alteração das circunstâncias, o Director do Estabelecimento Prisional deve organizar um processo do qual conste: a) “Relatório dos serviços de vigilância e segurança contendo a descrição e avaliação do comportamento do recluso, nomeadamente a interacção com os demais reclusos, no período em apreço; b) Relatório dos serviços responsáveis pelo acompanhamento da execução da pena contendo a avaliação da participação do recluso em programas ou em actividades de ensino e formação, laborais, físicas e lúdicas que lhe foram propostas e evolução do estado psico-emocional; c) Relatório de avaliação médica; d) Relatório do Director do estabelecimento prisional contendo a apreciação sobre a actualidade dos motivos que determinaram a colocação em regime de segurança” (art. 219.º, n.º 3 do RGEP).

A decisão de manutenção ou cessação do regime de execução - da competência do Director Geral de Reinserção Social e Serviços Prisionais -, deve ser devidamente fundamentada (art. 15.º, n.º 4 do CEPMPL) “e é comunicada imediatamente, sem exceder 24 horas, ao Ministério Público junto do Tribunal de Execução das Penas” para efeitos de verificação da legalidade (art. 194.º, n.º 2 do RGEP e art. 15.º, n.º 6 do CEPMPL). Nos termos do art. 15.º, n.º 1 do CEPMPL “o recluso é colocado em regime de segurança quando a sua situação jurídico-penal ou o seu comportamento em meio prisional revelem, fundamentadamente, perigosidade incompatível com afectação a qualquer outro regime de execução”. Verifica-se assim que o conceito central para fundamentar a decisão de aplicação ou manutenção do regime de

segurança é a perigosidade do recluso. Não uma qualquer perigosidade, mas uma perigosidade que torne incompatível a aplicação. Por sua vez, no n.º 2 do art. 15.º do CEPML o legislador enumerou uma série de critérios quanto ao conceito de perigosidade. Assim, “é susceptível de revelar a perigosidade referida no número anterior: a) A indicição ou condenação pela prática de facto que configure *terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada ou a existência de fortes suspeitas de envolvimento neste tipo de criminalidade*, sustentadas em informação escrita prestada por tribunal, órgão de polícia criminal ou serviço de segurança; b) A assunção de comportamentos continuados ou isolados que representem perigo sério para bens jurídicos pessoais ou patrimoniais ou para a ordem, disciplina e segurança do estabelecimento prisional, designadamente os que se traduzam em intimidação, exploração ou condicionamento de outros reclusos ou funcionários; c) O perigo sério de evasão ou de tirada, sustentado em informação escrita prestada por órgãos de polícia criminal, serviço de segurança ou pelos serviços prisionais”.

Contudo, entendemos que não basta que se encontre preenchida uma das alíneas do n.º 2 do art. 15.º do CEPML para que seja possível fundamentar a decisão de aplicação ou manutenção do regime de segurança. Se assim fosse, qualquer recluso que se encontrasse a cumprir pena de prisão por condenação baseada num tipo de crime que se subsumisse aos conceitos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada estava votado a permanecer, durante a totalidade da execução da pena de prisão, em regime de segurança, mesmo que o seu percurso prisional fosse irrepreensível, por exemplo, do ponto de vista disciplinar, ou seja, não colocando em causa a ordem e disciplina do Estabelecimento Prisional. Ora, tal situação, faria com que a aplicação ou manutenção do regime de segurança deixasse de repousar na perigosidade do recluso que torna impossível a sua afectação a outro regime de segurança. Assim, nas diversas alíneas do art. 15.º n.º 2 do CEPML, o legislador limitou-se a apontar coordenadas valorativas do conceito de perigosidade, de tal forma que se uma das situações aí elencadas se encontrar preenchida o recluso é considerado perigoso. Contudo, exige-se algo mais para a decisão de aplicação ou manutenção do regime de segurança: exige-se que por via dessa perigosidade seja impossível afectar o recluso a outro regime de execução da pena de prisão. Ou seja, o art. 15.º, n.º 2 do CEPML tem de ser sempre conjugado com o n.º 1 do mesmo artigo que funciona como uma cláusula geral de aplicação ou manutenção do regime de segurança e que implica sempre a realização de um juízo de prognose sobre se a afectação ao regime comum ou ao regime aberto (no interior ou no exterior) ainda é compatível com a perigosidade do recluso atendendo às normas que regem cada um dos regimes de execução da pena de prisão.

Os países que lidaram com o fenômeno da expansão do crime organizado no meio prisional demonstra que enfrentar a ameaça do crime organizado e do extremismo nas prisões exige uma abordagem multifacetada: a) devem ser implantadas unidades de inteligência robustas para identificar os principais participantes do crime organizado, mapear as suas redes e entender seu *modus operandi*; b) devem ser adotadas práticas dinâmicas de segurança e implementadas tecnologias como sistemas telefônicos seguros, intercepção de chamadas em telemóveis, câmaras de vigilância inteligentes e detecção de contrabando; c) deve existir um investimento na avaliação de riscos e necessidades individuais e em programas de reabilitação e educação que abordem as causas fundamentais do crime e ofereçam à pessoas privadas de liberdade, caminhos tangíveis para o retorno à sua vida em liberdade, sem o fascínio do crime organizado e das organizações criminosas; d) colaborações entre estabelecimentos prisionais e organizações sem fins lucrativos podem ajudar a monitorizar e reintegrar ex-reclusos, reduzindo o risco de reincidência.

As organizações criminosas que se alimentam no sistema prisional causam impacto direto na dinâmica das prisões, uma vez que, a presença dessas organizações aumenta a criminalidade afetando a o processo de ressocialização ou de dessocialização dos reclusos para uma futura vida social.

No Brasil, por exemplo, o recrudescimento de facções criminosas em meio prisional é um dos maiores desafios contemporâneos da segurança pública, especialmente no que diz respeito ao sistema penitenciário. A consolidação de grupos como o Primeiro Comando da Capital (PCC) e facções associadas ao Primeiro Comando da Capital (PCC) ou ao Comando Vermelho (CV) demonstra que o crime organizado encontrou terreno fértil para se estabelecer nas unidades prisionais braileiras, especialmente a partir de falhas históricas de gestão, superlotação, exclusão social e ausência de políticas criminais eficazes.

As facções surgem no meio penitenciário, sendo a primeira a Falange Vermelha Rogério Lemgruber, nascida no estabelecimento prisional Cândido Mendes de Angra dos Reis, Ilha Grande, em 1979, e depois transformada no Comando Vermelho, para se diferenciar do grupo direitista espanhol. O grupo surgiu para dar assistência aos presos e suas famílias, havendo a cobrança de dízimo e a centralização de bens. O aparecimento e crescimento do Comando Vermelho, bem como a “concorrência” que passou a enfrentar com a dissidência de parte de seus membros, que criaram duas outras facções: O Terceiro Comando Puro (TCP) e Amigos dos Amigos (ADA). O Comando Vermelho, no controle do tráfico de drogas no Rio de Janeiro, passou a ter adeptos em grande parte do território brasileiro, e, no início do século, notabilizou-se por ter entre seus membros líderes do crime como Fernadinho Beira Mar, Elias Maluco,

Marcinho VP. Em São Paulo, como fruto do massacre do Carandiru, surgiu o PCC – Primeiro Comando da Capital, hoje também com tentáculos na maioria dos Estados.

Como aponta ZAFFARONI, “o poder punitivo, quando exercido em excesso, cria novos mercados, novas formas de organização e legitima sistemas paralelos de controle social dentro das prisões”⁷²⁴, a que se segue também a afirmação de WACQUANT, “As prisões não falham em ressocializar; elas cumprem precisamente a função que lhes foi historicamente atribuída: gerir os indesejáveis, controlar a pobreza e alimentar estruturas de poder que se perpetuam pela exclusão.”⁷²⁵

A pessoa presa por crime organizado – frequentemente jovem, pobre, com baixa escolaridade, oriundo de áreas periféricas e com histórico de exclusão — encontra no ambiente prisional um espaço em que os meios legítimos são inexistentes, e os ilegítimos, organizados pelas facções, apresentam-se como o caminho mais racional dentro daquele contexto. Por isso, o recluso revê-se numa espécie de organização bem instalada, sedimentada, com regras estruturadas e claras, e, por isso, há uma certa sedução da pessoa que entra no meio prisional, debilitada, desorientada, com o “peso” da pena e muitas vezes num ambiente hostil em que cada recluso é, no início um desconhecido. EDWIN SUTHERLAND argumenta que o comportamento criminoso é aprendido socialmente, por meio de interações próximas e frequentes com pessoas que valorizam definições favoráveis à violação da lei⁷²⁶. Dentro das prisões, especialmente quando não há separação adequada por perigo ou por tipo de crime, ocorre um ambiente ideal para essa aprendizagem. A superlotação e a convivência forçada com reclusos já vinculados às facções criam um terreno propício para a interiorização dos valores da organização. O preso recém-chegado aprende que a sua sobrevivência depende de sua filiação e de seu alinhamento com um grupo, por meio de interações próximas e frequentes com pessoas que valorizam definições favoráveis à violação da lei.

Por outro lado, a prisão opera como uma máquina de produção de identidades criminosas. Presos preventivos, muitas vezes por crimes de menor danosidade social, são colocados lado a lado com membros de facções já estruturadas, o que acelera o seu processo de adesão ao grupo. Nas prisões brasileiras onde este status quo é mais evidente, o etiquetamento exerce um papel crítico, e se o indivíduo chega ao sistema com o rótulo de “suspeito”, em poucas semanas passa a ser rotulado como “irmão”, “cria” ou “disciplina” de uma facção. O próprio sistema, ao negligenciar seu papel de reintegração, reforça a identidade criminal que

⁷²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl – *Em busca das penas...*, p. 6.

⁷²⁵ WACQUANT, Loïc – *As Prisões da Miséria...*, p. 63.

⁷²⁶ SUTHERLAND, Edwin – *Principles of Criminology*. Filadélfia: Lippincott, 1947. p. 75.

ele deveria combater.

Para compreender como tais organizações se enraizam no sistema prisional, especialmente em países como o Brasil, mas também em países que detêm uma semelhante estrutura social é fundamental analisar o que falha. Essas brechas nestes sistema fechados, como são os edifícios penitenciários são estruturais e históricas. Por outro lado, há uma total ausência de controlo estatal e de políticas públicas eficazes ao que se junta a subrelotação e mistura indiscriminada de presos, violação sistemática de direitos humano e dinâmicas internas que favoreceram a instalação de facções externas. Para compreender a razão para o enraizamento de facções nas prisões brasileiras, aconteceu um fenómeno que se denomina de “*abandono punitivo*”, em que o Estado mantém estruturas de aprisionamento sem qualquer compromisso com funções preventivo- especiais ou de ressocialização. WACQUANT é bastante explícito quando refere que “o encarceramento das populações marginalizadas opera em um registro ambivalente: combina o abandono por parte das instituições sociais com a hiper intervenção punitiva. O resultado é um sistema que isola, disciplina e descarta, mas que não oferece mecanismos de reintegração ou dignidade.”⁷²⁷

Funcionando como depósitos humanos, cuja lógica é meramente custodial, sem qualquer racionalidade de prevenção da violência ou ao fortalecimento institucional, é o cenário perfeito para a germinação de uma espécie de *vácuo de autoridade*, que facilmente se acomoda nas facções criminosas.

A falta de políticas públicas destinadas à reintegração social dos presos é outro elemento fundamental para a formação das facções. A inexistência de programas de educação, trabalho, saúde mental ou formação profissional dentro das unidades, ou, quando muito insuficientes ou precários favorece a atuação das facções, que passam a suprir necessidades básicas dos presos tais como: proteção contra outros presos; acesso a alimentação complementar; itens de higiene; resolução de conflitos internos; assistência jurídica informal; acesso a estruturas de comércio interno, *et ceterae*.

Deste modo, quando uma facção oferece suporte material e emocional que o Estado não oferece, ela torna-se legítima. A facção não é percebida apenas como grupo criminoso, mas como comunidade e mecanismo de sobrevivência, o que se traduz no pensamento de FOUCAULT sobre o sistema penal “A prisão não corrige os indivíduos; ela os produz. Ela cria um tipo de delinquente, organiza sua vida, estrutura sua rede de relações e alimenta um circuito contínuo entre marginalização e reincidência”⁷²⁸. Outro fator essencial para o enraizamento das facções

⁷²⁷ WACQUANT, Loïc – *As Prisões da Miséria...*, p. 55.

⁷²⁸ FOUCAULT, Michel – *Vigiar e Punir, História da Violência nas Prisões...*p. 257.

é a corrupção dentro do sistema prisional. A entrada de objetos não permitidos dentro do estabelecimento prisional, tais como, produto estupefaciente, armas e outros materiais ilícitos é frequentemente facilitada por agentes penitenciários corruptos e até outros profissionais externos que trabalham diariamente na prisão. Essa corrupção permite que as facções operem com relativa liberdade, estabelecendo comunicação com membros nas ruas, planeando a sua atividade com relativa tranquilidade através de uma cadeia de comando funcional bem edificada e estruturada. Por isso, o crime organizado consolida-se através desta permeabilidade institucional do sistema que permitem alguma simbiose com alguns setores do Estado, só com um elevado nível de permissão, tolerância ou até se quisermos, algum interesse por parte do Estado é possível a existência de grupos organizados *intra muros*.

Conclusões Capitulares

Se é verdade que o acto criminoso, como já mencionámos existe dentro de um circunstancialismo social e nesse sentido impacta o ambiente e a natureza que o rodeiam.

Por isso a pena deve ser colocada no espectro contratualista no sentido que deve ser vista como uma ferramenta do Estado para assegurar a liberdade - a liberdade de que os cidadãos abdicaram e atribuíram ao Estado, em troca do poder de punir, que à luz dos tempos atuais deve ser mitigado à luz das grandes traves normativas constitucionais.

O ressurgir do problema prisional em múltiplos quadrantes de discussão doutrinal e social tem levado a um renovado e atento olhar que pode e deve ser implementado, tanto do ponto de vista da finalidade de socialização do delinquente, como na subsequente questão da prevenção da reincidência.

Isto é, se se pretende uma prisão que prenda “bem e eficazmente”, não devemos ceder aos ventos securitários que, a reboque de um aumento de penas desmesurado devolvam um nível de segurança por que tanto se implora, procurando eliminar de forma lapidar o inimigo-perigoso, que deverá ser separado do cidadão puro.

O espaço carcerário mais do que evitar a regressão a um estágio anterior ao da execução, deve contribuir para a não (des)socialização do recluso, não servindo para fomentar um círculo vicioso de detenção, elegendo-se o espaço prisional para a cura de todos os males. É por isso que têm havido vozes que se erguem pela procura de mecanismos autónomos que lhes permitam recuperar ativos, sendo cada vez mais necessária uma mais rápida articulação e coordenação

entre o apuramento da responsabilidade criminal e a investigação financeira, isto é, produtos e proveitos do crime, a fim de garantir que o crime para além de não compensar, não pode, ademais tornar-se proveitoso. A eclosão de novas formas de delinquir, como a criminalidade organizada, clamam para uma redefinição do espaço prisional, erodido e incapaz quanto ao modo de estancar comportamentos delitivos no seu seio. Se é certo não ser desejável um endurecimento das medidas que estrangule a veia ressocializadora, reconhecemos e reafirmamos que os direitos fundamentais do recluso só se encontrarão devidamente consagrados se o Estado lograr a adoção de políticas criminais e mecanismos como o confisco tendentes a mitigar a reincidência e a condução de uma vida futura sem a prática de crimes.

CONCLUSÃO

Falar da pena é falar de algo que trespassa toda a dogmática jurídico-penal e que deve ser repensada em função de uma nova realidade que não se compadece com uma visão clássica do fenómeno criminal, quer do ponto de vista do facto criminoso em si, quer do ponto de vista dos seus agentes ou dos meios usados para a prática do crime. A emergência desta criminalidade já não assenta num campo espaciotemporal definido e transpõe fronteiras, físicas e estruturais, trazendo à colação várias questões que do ponto de vista dogmático se encontram sem uma resposta definida, rigorosa e juridicamente clara.

Vivemos na era do vazio e em simultâneo uma permanente sensação de que carregamos a inexorável limitação pelo medo que nos traz, invariavelmente, a bipolarização entre uma ideia de segurança e uma ideia de liberdade. Nunca se questionou com tanta veemência o papel que deve ter o Direito Penal da contemporaneidade e qual deve ser o papel do Estado punitivo face a agressões atuais e permanentes, como é o caso do terrorismo, da cibercriminalidade, dos múltiplos tipos de tráfico, enfim, da criminalidade organizada transnacional. Implantou-se assim uma nova consciência coletiva de que o crime deve ser enfrentado com um maior e mais pesado arsenal punitivo, ganhando a pena uma nova dimensão – que é precisamente uma dimensão ampliada, ou seja, aquela a que denominamos por teoria dos três pês: mais pena, mais prisão, mais punição.

Vários são os cultores do direito penal que têm vindo a enfatizar os perigos da exacerbação da segurança, como se a única via possível de equilíbrio do caos social repousasse na ideia deificada da maximização do Direito Penal, dotado de um instrumentário enriquecido por uma demanda claramente securitária.

A pena, como consequência jurídica do crime, tem-se cristalizado nos tempos que correm como o mais adorado mecanismo político de repressão, como ponto de fuga formal de um sistema preventivo geral, que tende a desgastar-se perante a falta de eficácia do sistema, começando pelo sistema normativo e terminando no sistema de execução da pena.

Sabemos que o conceito de pena não se vaza *strictu sensu* no Direito Penal, mas brota também da própria funcionalidade do Estado, uma vez que, cabendo ao Estado o poder de punir, também lhe cabe a tarefa de limitar esse mesmo poder.

Por outro lado, a pena, no seu sentido mais lato é dotada de um enquadramento político-criminal, pois devemos indagar quais os fins da própria pena (como, porquê, e quem se pune), pois a pena não pode ser um instrumento arbitrário e oportuno. Na verdade, a pena, dentro do Estado de Direito tem uma legitimação material específica e detém uma função preventiva geral

que está direcionada para o cumprimento da função preventiva especial, passando pela ressocialização daquele que delinqui. Este enquadramento vai evoluindo conforme a demanda social e a demanda histórica, que modelam continuamente o “se” e o “como” de punir. Sem esquecer o enquadramento criminológico, que contribui para que se saiba qual o perfil de quem comete crimes e porque os comete, é, por fim o enquadramento dogmático que, alimentado pelos princípios fundamentais que trespassam o Direito Penal, forjam as finalidades das penas, para que estas protejam os bens jurídicos carentes de tutela penal.

A pena tem assim uma dupla vertente, e deve ser olhada quanto a razões de natureza e de justificação, em especial quando falamos de crime organizado transnacional. Quanto à primeira, trata-se de um juízo de valor acerca de um comportamento de um membro da sociedade que, com culpa, cometeu um crime, que do ponto de vista da danosidade social é mais apto a quebrar as estruturas institucionais do Estado. Quanto à segunda, é do interesse do Estado manter intacta a ordem jurídica, contribuindo para uma paz social duradoura, cuja repercussão externa será sempre sentida através da manutenção da justiça coletiva, que com o crime organizado se corrói.

De entre as penas principais previstas no nosso catálogo penal, a sanção privativa da liberdade, como instrumento de controlo social que postula um verdadeiro direito (do condenado) à (re)integração, pretende ser o resultado de uma política criminal orientada por ditames constitucionais, produto de uma lógica intervencionista do Estado de Direito. Mas a pena privativa da liberdade, encontra-se ainda escorada numa ideia de automaticidade, intensificada agora com os ecos sonantes da *vox populi*, num quase silogismo perfeito de repressão do crime, que se traduz no seguinte: o crime afeta a liberdade/segurança, logo a prisão retira o criminoso da rua, logo o criminoso terá de ser encarcerado, sem olhar a juízos de eficácia e prevenção da reincidência.

O carácter transnacional do crime apresenta-se como um desafio para a mão punitiva do legislador que se digladiia permanentemente na tarefa de promover a eficácia e a vigência da norma (penal). A transnacionalidade avoca, por isso, um redimensionamento do poder punitivo, na medida em que as finalidades das penas se vêem confrontadas no seu viés de proteção de bens jurídicos a uma escala desterritorializada – quer por via digital quer por via real.

Se o *ius puniendi* é decorrente e responsável por uma ideia de segurança da sociedade, a ressocialização do delinquente do crime organizado transnacional terá de ser alcançada num ponto ótimo que convirja entre o modelo executivo-penal que dispomos e outras medidas não privativas da liberdade. Senão vejamos.

O artigo 40.º do CP, no que diz respeito às finalidades das penas, esboça aquilo que FIGUEIREDO DIAS descreve como “o preceito que consubstancia de forma exata, o paradigma penal das sociedades democráticas industriais do fim do século XX”. Se atentarmos no teor do artigo 40.º, n.º 1 do CP, verificamos que o seu escopo é o de estipular as finalidades das penas. Por um lado, reconhecendo que da sua aplicação se protegerão bens jurídicos, e que, por outro, se visará a reintegração do agente na sociedade. Esta última parte do artigo deverá ser lida à luz do preceito constitucional ínsito ao artigo 30.º, n.º 5, que consagra o seguinte: “Os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais (...)”. Diríamos assim que, para o artigo 40.º, n.º 1 do CP se considerar válido, mormente no que se refere à reintegração do agente na sociedade, terá de existir uma refração mínima entre aquilo que prescreve e o fim a que se presta no plano da execução. Ou seja, a projeção do vertido na norma deverá encontrar pleno correspondente no campo da eficácia, isto é, a reintegração do agente que cometeu um crime, para que não volte a cometer crimes no futuro.

Portanto devemos neste ponto concordar com as palavras de MARC ANCEL quando refere que, e cito: “não se trata de defender a sociedade contra os delinquentes porque são perigosos, mas de defender estes, porque estão em perigo, socializando-os”.

A prevenção da reincidência apenas se pode lograr se o ideário ressocializador ou reintegrador tiver plena efetivação, ou seja, que através da aplicação da pena o agente interiorize o valor dos bens jurídico-penais violados com a prática do crime.

Ora, este direito à socialização, levanta desde logo uma questão conceptual, desde logo porque o termo “ressocialização” é frequentemente utilizado de múltiplas formas, ou seja, de uma leitura perpassada por vários instrumentos legais, a CRP não utiliza o termo, apenas referindo no artigo 30.º, n.º 5 que “Os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução.” O CP fala-nos precisamente no artigo 40.º do CP de “reintegração”, e a Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro que aprova o Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade refere no seu artigo 2.º, n.º 1, o termo “reinserção”.

Por outro lado, a expressão “ressocialização” remete-nos para a ideia de uma nova socialização, ou seja, da repetição de algo que se suspendeu por um dado período, como dando a sensação de que o processo de socialização não é em si um ato permanente e contínuo, agora apenas interrompido com o cumprimento de uma pena privativa da liberdade. Neste sentido a utilização do termo “ressocialização” pressupõe como que uma evicção do sujeito recluso,

relegando-o para um papel de passividade, enquanto que sempre competiria ao Estado um único papel ativo – esta visão dimana da criminologia positivista que via no condenado um indivíduo anormal e inferior a ser (re)adaptado à sociedade, o que implicaria uma imposição coativa de valores. Para alguns especialistas, a prisão é incapaz de ressocializar o condenado, e, por isso, esse não poderá ser um de seus objetivos. Já os fiéis à criminologia crítica censuram a ressocialização por implicar a violação da autonomia do sujeito, dado que a ideia de tratamento ou correção do indivíduo que sustenta esta escola implica uma nulificação da sua personalidade, da(s) sua(s) ideologia(s) para o converter aos valores sociais tidos como legítimos.

De todo o leque de expressões usadas, a que importará mais consenso é o de “reintegração social”, pois traduz uma situação em que um sujeito voltará, após o momento de reclusão, a assumir os valores do seu grupo de pertença, o que implica um circuito interativo entre a prisão e a sociedade, no qual os reclusos se reconheçam na sociedade e esta, por sua vez, se reconheça na prisão. Para ALESSANDRO BARATTA a prisão mostra-se incapaz de promover a ressocialização, pois que esta, ao invés, apresenta obstáculos a essa mesma ressocialização. No entanto, apesar deste reconhecimento, ao autor sustenta que esse desiderato não deve ser abandonado, mas reconstruído propondo assim a substituição dos termos ressocialização e tratamento pelo termo de reintegração social.

Não é com exagero que entendemos que a “reintegração na sociedade do recluso” implica um ato de contrição, por parte do recluso, a fim de corrigir as condições de exclusão social de que o mesmo pode emergir (o que vale para o criminoso que provenha de situação oposta – normalmente aqui se inserindo o criminoso de colarinho branco), para que possa voltar a emergir numa vida de pós-reclusão sem praticar crimes ou para que não se opere uma espécie de marginalização secundária e, a partir daí, uma vez mais, o regresso à prisão.

Esta ideia de reintegração pela via do cumprimento da pena está alinhada com uma ideia humanista e até cristã que via no “peccatum” a possibilidade de redenção, através do cumprimento da pena privativa da liberdade, no espaço do cárcere, de espaço de conformação e correção moral do indivíduo, tornando-o apto ao regresso à convivência social.

A reintegração foi tendo, ao longo dos tempos e dentro da dogmática dos fins das penas, diversos rumos no que tange ao modelo político-criminal em vigor. O modelo socializador que começou por ser construído numa base terapêutica e com um grande enfoque no tratamento do sujeito – do ponto de vista médico e psicológico mais virado para uma “re”orientação da personalidade, passou a assentar num modelo contratualista que se foca no indivíduo e na sua adesão voluntária e na participação deste no seu processo de socialização. Ao mesmo tempo, a execução da pena de prisão também compreende a paulatina aquisição pelo sujeito de

competências de socialização, munindo-o de ferramentas, capacitando-o desta forma para a superação das suas necessidades individuais de reintegração.

Donde, surge a questão: será a reintegração um direito do recluso?

Entendemos que a reintegração constitui um direito fundamental do recluso, esperando-se que o Estado, através do seu sistema penitenciário ofereça ao condenado condições que possibilitem o ulterior regresso à liberdade sem praticar crimes. A função (re)socializadora visa a adesão do recluso ao plano que para si é delineado, essencialmente através dos vetores da formação, da educação e do trabalho, promovendo a sua responsabilização dentro do espaço carcerário, à medida que se vai flexibilizando a execução da pena. A pena surge, neste quadro de atuação, e, para os que voluntariamente aderem, como uma pretensão ou um direito de *facere* do recluso dirigida ao Estado, para que lhe forneça os instrumentos para a sua reintegração.

Mas não só.

O momento histórico que atravessamos prioriza o encarceramento, o qual é hoje fruto de uma maxi visão comunitária que tende a ser mais restritiva e punitiva. Efetivamente os anos oitenta do passado século foram férteis na construção de modelos de justiça penal, em que a pena assumiu uma finalidade de retribuição e incapacitação – a tão conhecida teoria do *just deserts*. Desde meados do século XX que a ressocialização entrou em crise, apontando-se para uma certa descrença no modelo de encarceramento institucionalizado. Isto porque face às elevadas taxas de criminalidade, não se lograva alcançar uma proporcional descida da reincidência, reconhecendo-se que os efeitos da prisonização serão diferentes em casos de encarceramento mais ou menos longos, eles serão necessariamente diferentes quando se esteja a falar de um condenado por homicídio e de um condenado por corrupção ativa ou por terrorismo.

Que sistemas prisionais necessitamos para ressocializar condenados por criminalidade económico-financeira, associação criminosa, terrorismo, criminalidade altamente organizada? A tensão criada por todas estas perguntas, e, bem assim a clivagem que o polo securitário e polo ressocializador criam, cada vez mais apartam a realidade vigente da norma da sua correspondente eficácia. O ponto de partida do legislador penal na modelação jus-valorativa do artigo 40.º, n.º 1 do CP repousa no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual traz, para o campo da execução da pena, um outro, que postula a manutenção da titularidade dos direitos fundamentais, onde encontra albergue, a teoria da prevenção especial positiva, encimada pelo princípio da solidariedade do Estado. E se é de dignidade humana que falamos, parece-nos que a realidade se deverá moldar a medidas que em complemento à pena privativa da liberdade –

como o confisco de bens – não passem a ser previstos pelo legislador como sanções penais autónomas, que permitam que o crime não possa mesmo compensar.

O rumo voraz dos acontecimentos que temos testemunhado, especialmente nas constantes inversões das tendências criminógenas, na transnacionalização da fenomenologia do crime, devem fazer suscitar nos cientistas do direito que tipo de prisões queremos e de que homens (res)socializados precisa a sociedade.

Se em face dos últimos relatórios sobre o sistema prisional e tutelar, ressalta a boa intenção em aproximar o direito legislado e sua aplicação efetiva, a verdade é que o estado a que chegámos, entorpece e dificulta a reintegração do agente, para que possa voltar à sua vida regular sem a mácula que até ali carregou e sem o intento de voltar a cometer crimes.

As grandes opções de política criminal (não só as previstas neste biénio, mas também as anteriores) têm vindo a apontar no sentido da prevenção, repressão e redução da criminalidade, que permita, numa terceira vertente, reintegrar os agentes do crime na sociedade. No Anexo à Lei n.º 51/2023, de 28 de agosto, que define os objetivos, prioridades e orientações da política criminal para o biénio de 2023-2025, em cumprimento da Lei n.º 17/2006, de 23 de maio, que aprova a Lei-Quadro da Política Criminal, realça, quando se fala em matéria de tráfico de droga, que a esta é a primeira lei de política criminal a acolher o meio prisional como prioritário em matéria de investigação e a necessidade de agir e de repor a paz social num ambiente que se quer de reinserção social.

Em conclusão, o que se pretende, à luz do princípio humanista das penas, princípio que norteia o ordenamento jurídico e limita intervenção estatal, reconhecendo um núcleo inabalável de direitos que o Estado Democrático deve reconhecer e respeitar - é a integração, procurando-se através da reprobção moral do comportamento do condenado, trazê-lo de volta, para que prossiga a sua vida sem cometer crimes.

Referências Bibliográficas

ABREU, Carlos Pinto de – *As Reformas do Sistema de Execução de Penas e do Sistema Prisional e o Papel do Advogado: Finalmente que dignidade se impõe?* Disponível em: https://carlospintodeabreu.com/public/files/CPA_reforma_do_sistema_prisional.pdf.

ABREU, Carlos Pinto de – Execução de Penas e medidas com vigilância electrónica. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 71, (Jan.- Mar. 2011).

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4.^a Edição. Lisboa: Universidade Católica, 2010.

ALMEIDA, Carlos Rodrigues – *Criminalidade organizada e corrupção*. In 2.º Congresso de Investigação Criminal, Organização da Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária (ASFIC/PJ) e do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (IDPCC/FDUL), Coordenação científica de Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes. Coimbra: Almedina, 2010.

AMADO, Arménio – *Filosofia do Direito*. Arménio Amado – Editor, Sucessor, Coimbra, 1974.

ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

_____. – *Sobre o Estatuto e Função da Criminologia Contemporânea*. Disponível online em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B33fb1313-03d9-426b-9b2c-f9d223570b02%7D.pdf>

_____ – *Um (novo) Direito Penal para os (novos) Direitos Fundamentais*. Actas do V Seminário Nacional do Conselho Nacional de Ética Para as Ciências da Vida, 1999.

ANTUNES, Maria João – *Penas e Medidas de Segurança*. Almedina, 2017.

ANCEL, Marc – *A Nova defesa social: um movimento de política criminal humanista*. Tradução de Heleno Cláudio Fragoso. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1979.

APONTE, Alejandro – *Gustav Radbruch: Constituye hoy el positivismo una condición del pluralismo liberal?* In *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal: Estudios em homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*. (Coord.) por Francisco Bueno Arús, José Luis Guzmán Dalbora, Alfonso Serrano Maíllo, 2006.

ASSUNÇÃO, Maria Leonor – *Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada*. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Organização de Manuel da Costa Andrade [et alii.]. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

BANDRÉS, Rocío Cantarero – *Sobre el Derecho Penal*. Ediciones Académicas, 2006.

BARATTA, Alessandro – *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3.^a Edição. Rio de Janeiro: Editora Reva, 2002.

_____ – *Ressocialización o control social – por um concepto crítico de reintegración social del condenado*. In *Sistema Penal para o Terceiro Milênio: Actas do Colóquio Marc Ancel*. ARAÚJO, JR., João de Marcello de (org.) Rio de Janeiro: Revan, 1991.

BAUMAN, Zygmunt – *Modernidade e Ambivalência*. Relógio D'Água, 2007.

_____ – *Tempos Líquidos*. Jorge Zahar Edições, Rio de Janeiro, 2007.

_____ – *Modernidad Líquida*. Fondo de Cultura Económica. Argentina, 2002.

_____ – *Globalização, As Consequências Humanas*. Tradução de Marcus Penchel, Jorge Zahar Editor, 1999.

BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos e das Penas* (trad. do italiano). 2.^a Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

BECK, Ulrich – *A Metamorfose do Mundo: Como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade* (trad. do alemão). Lisboa: Edições 70, 2017.

_____ – *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade* (trad. do alemão). São Paulo: Editora 34, 2010.

BENTHAM, Jeremy – *Teoria das penas legais. Princípios gerais, Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. Livro Primeiro. São Paulo: Edições Cultura, 1945.

_____ – *Rationale of Punishment*. London: Published by Robert Heward, Welington Street, Strand, 1830.

BENELLI, Sílvio José - *Goffman e as instituições totais em análise*. In *A lógica da internação: instituições totais e disciplinares (des)educativas* [online]. São Paulo: Editora UNESP, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto – *Tratado de Direito Penal*. 11.^a Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____ – *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BLOY, René – *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs - und Strafaufhebungsgründe*. Duncker & Humblot, Berlin, 1976.

BOAVIDA, Joaquim – *A Flexibilização da Prisão, da Reclusão à Liberdade*. Almedina, 2018.

BOBBIO, Norberto – *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, Anselmo – O Humanismo no Horizonte da Pós-Modernidade. In *Revista do CEJ*, Ano 2005, n.º 3.

BRAVO, Jorge Reis – *Criminalidade económico-financeira e organizada: ensaio de diagnóstico para uma estratégia*. I Conferência Internacional sobre o Crime Económico-Financeiro, nos dias 4 a 6 de Dezembro de 2019.

_____ – *Os crimes de fraude e a corrupção no espaço europeu: actas do simpósio realizado no dia 20 de Abril de 2013*. Coimbra Editora, 2014.

BROOKS, Thom – *Kant's Theory of Punishment*. Utilitas. Vol. 15, nº 2 (Julho), 2003.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco – *A Prisão*. São Paulo: Publifolha, 2002.

CAIADO, Nuno – A Política Criminal para a execução das penas e medidas. Uma ideia para uma década. In *Revista Julgar*. N.º 28, 2016.

CAIADO, Nuno e LOPES, Teresa – Inovar a execução das penas: a associação da vigilância eletrónica a novas formas de prisão domiciliária e de execução da liberdade condicional. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 20, n.º4 (Out.-Dez.), 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Edição Revista. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARNELUTTI, Francesco – *Cuestiones Sobre El Proceso Penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Libreria El Foro, Buenos Aires, 1961.

CARVALHO, Salo de - *Antimanual de Criminologia*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Salo de – *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro (Fundamentos e Aplicação Judicial)*. Editora Saraiva, 2013.

CASTRO, Aníbal de – *Da Aplicação e da Execução das Penas*. Lisboa: Edições Sírius, 1942.

CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel – *A Personalidade do Delinquente na Repressão e na Prevenção*. Lisboa: Portugália Editora, 1943.

CLARK, Michael – *A non-retributive Kantian approach to punishment*. Ratio (new series). Vol. XVII, N.º 1 (Mar.), 2004.

CORREIA, Eduardo – *Direito Criminal - Vol. I (Colaboração de Jorge de Figueiredo Dias)*. Coimbra: Almedina, 1997.

_____ – A Evolução Histórica das Penas. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Comissão Redatora: Teixeira Ribeiro, Almeida Costa, Ehrhardt Soares e Castanheira Neves. Vol. LIII, 1977.

CORREIA Gonçalves, Pedro – *A pena privativa da liberdade, evolução histórica e doutrinal*. Quid Iuris, 2009.

COSTA, Inês Almeida – Poderá a “Reparação Penal” ter lugar como autónoma reacção criminal? In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, N.º4 (Out.- Dez.), 2011.

COSTA, José de Faria – *Noções Fundamentais do Direito Penal (Fragmenta iuris Poenalis)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____ – *A criminalidade em um mundo globalizado: ou o playdoer por um Direito Penal não-securitário*. Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Vol. III, Coimbra, 2009.

_____ – *Direito Penal e Globalização: Reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra Editora, 2010.

_____ – *O Perigo em Direito Penal: Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Reimpressão, Coimbra Editora, 2000.

_____ – *Poder e Direito Penal (Atribuições em torno da Liberdade e da Segurança)*. In José de Faria Costa – *Direito Penal e Liberdade*. Lisboa: Âncora Editora, 2020.

_____ – *Beccaria e o Direito Penal (Três Estudos)*. Coimbra Editora, 2015.

_____ – *Direito Penal e Liberdade*. Âncora Editora, 2020.

_____ – A Globalização e o Tráfico de Seres Humanos: o pêndulo trágico da história e o direito penal. In *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, A. 136, n.º 3944, 2007.

_____ – *Linhas de Direito Penal e da Filosofia: Alguns Cruzamentos Reflexivos*. Coimbra Editora, 2005.

COSTA PINTO, Francisco de Lacerda da – *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*. Tomo I, Almedina, 2013.

CRESPO, Eduardo Demetrio – *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*. 1.^a Edición. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.

_____ – A Metamorfose do Direito Penal do Estado de Direito. In *Católica Law Review*, n.º 3, Volume I, 2017.

CHRISTIE, Nils – *A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental*. Tradução de Luis Leiria, Editora Forense, 1998.

CORREIA, João Conde – «Non-conviction based confiscations» no Direito Penal português vigente: Quem tem medo do lobo mau?. In *Revista Julgar*, n.º 32, 2017. Disponível online em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/05/JLGR32-JCC.pdf>.

CUELLO CALÓN, Eugenio – *La “ideología” de los fines de la pena*. ADPCP, 1, 1980.

CUNHA, Paulo Ferreira da – *Crime & Penas – Filosofia Penal*. Almedina, 2020.

_____ – Das penas e dos seus fins – Recordando narrativas fundadoras em direito penal. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 21, n.º1 (Jan.-Mar.), 2011.

CUNHA, Manuela Ivone – *Criminalidade e Segurança*. Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019.

_____ – A Prisão e as suas novas redundâncias. In *Revista Direito e Justiça*, Universidade Católica de Lisboa, Vol. Especial, 2004.

DAEMS Tom e ROBERT, Luc – *Europe in prisons: assessing the impact of European institutions on national prison systems*. Cham: Palgrave Macmillan, 2017.

DAGA, Luigi – *Sistemi Penitenziari*. In *Enciclopedia Del Diritto*, Giuffrè, Milano, Vol. XLII.

DAVIS, Angela – *Are Prisons Obsolete?*, Seven Stories Press, New York, 2003.

DELMAS-MARTY, Mireille – *O Direito Penal do Inumano*. Tradução de Renata Kawano Nagamine, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014.

_____ – *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri, S. Paulo, Manole, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo – *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Tomo I. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____ – *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*. Lisboa: Editorial Notícias, 1993.

_____ – *Temas Básicos de Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

-
- _____ – O Direito Penal entre “A sociedade industrial” e a “Sociedade do Risco”. In *Estudos em Homenagem ao Professor Rogério Soares*, Studia Iuridica 61, Coimbra Editora, 2001.
-
- _____ – *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. 3.^a Edição, Coimbra Editora, 1995.
-
- _____ – Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro. In *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 43, 1983.
-
- _____ – *Breves Considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em Direito Penal Económico*. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais, Visão Luso-Brasileira, José Faria Costa (Coord.) [et.alii.], São Paulo, Quartier Lantin, 2006.
-
- _____ – *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DIAS, Jorge de Figueiredo e COSTA ANDRADE, Manuel – *Criminologia. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.
- DICKIE, John – *Blood Brotherhoods - A History of Italy's Three Mafias*. Public Affairs, New York, 1963.
- DORADO Carmen Juanatey e VILCHES, Natalia Sánchez-Moraleda – *Derechos del condenado y necesidad de pena*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- DUARTE, Luiz Carlos Rodrigues – *Princípio Vitimológico e Criminalidade Organizada*. In *Criminalidade Moderna e Reformas Penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi*, (Coord.) André Copetti, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- DUFF, Anthony and GARLAND, David – *A Reader on Punishment*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- DURKHEIM, Émile – *Les Règles de la méthode sociologique*. Paris, Alcan, 1895.

DWORKIN, Ronald – *O Império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fortes, 1999.

FARIA, Maria Paula Ribeiro de – *A reparação punitiva – Uma “terceira via” na efectivação da responsabilidade penal?* In *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____ – *Cesare Beccaria: A Influência do seu pensamento no Sistema de Justiça Criminal Norte Americano*. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto, no dia 4 de Junho de 2014, subordinada ao tema Cesare Beccaria: a influência do seu pensamento no sistema de justiça criminal norte-americano e integrada no Ciclo de Palestras nos 250 anos de Cesare Beccaria.

FARINHA, Inês Simões - *A Correspondência e o seu Controlo no Sistema Prisional Português*. Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, Área de Especialização em Direito Penal, Coimbra, 2009.

FEELEY, Malcolm, SIMON, Jonathan – *The New Penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications*. 30 *Criminology* 449, 1992. Disponível em: http://www.antoniocasella.eu/nume/Feeley_Simon_New_Penology_1992.pdf.

FERNANDES, Paulo Silva – *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal (Panorâmica de alguns problemas comuns)*. Almedina, Coimbra, 2001.

FERRAJOLI, Luigi – *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica (*et. alii*), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

_____ – *Criminalidad y Globalización*. In *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. n.º115, 2006.

_____ – *Democracia y Garantismo*. Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, 2008.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, Reimpressão, Maio, 2010.

FEYERABEND, Paul – *Against Method*. Verso, 1988.

FIORENTINI, Gianluca e PELTZMAN, Sam – *The Economics of Organized Crime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005

FLETCHER, George P. – *La Dogmática Jurídico-Penal Alemana vista desde fuera*. In *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Milenio*. Coord. Francisco Muñoz Conde. Trad. Pastora García Álvarez. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

FOUCAULT, Michel – *Vigiar e Punir, História da Violência nas Prisões*. 36.^a Edição. Editora Vozes, 1997.

_____ – *Complete and Austere Institutions in Imprisonment*. The International Library of Criminology, Criminal Justice & Penology, 1999.

_____ – *A Ordem do Discurso – Aula Inaugural no Collège de France, pronunciada em 02 de Dezembro de 1970*. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1996.

FRANCO, Alberto Silva – *Globalização e Criminalidade dos Poderosos*. In *Revista dos Tribunais*, Temas de direito penal econômico. PODVAL, Roberto (Org.). São Paulo, 2000.

FREITAS, Pedro Miguel Fernandes – *A Determinação da Medida da Pena privativa da Liberdade – Um olhar crítico a partir do direito anglo-saxónico*. Setembro de 2015, Univ. do Minho.

FRÓIS, Catarina e BENTO, Afonso – *Incarceration as Violence: Inflicting Pain in Portuguese Prisons*. In *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 120, 2019.

GARCÍA PABLOS – *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 3.^a ed., 2016.

GARLAND, David – *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*. Aldershot, Gower, 1985.

_____ – *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. New York: Oxford University Press, 2001.

GARÓFALO, Rafael – *Criminologia, Estudo sobre o Delito e a Repressão Penal*. 4.^a Edição, Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1925.

GARRIDO GUZMAN, Luis - *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa), Madrid, 1983.

GASPAR, António Henriques – A justiça e a Crise: a recorrência do discurso e a realidade. In *Revista do Ministério Público*, n.º 95, Lisboa, 2003.

GIACOMOLLI, Nereu José Giacomolli, SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da - Panorama do princípio da legalidade no direito penal Alemão vigente. In *Revista Direito GV*. Vol 6, n.º2. São Paulo, 2010.

GIBBS, Jack – *Crime, Punishment and deterrence*. New York-Oxford-Amsterdam, 1975.

GIDDENS, Anthony – *Consequências da Modernidade*. 4.^a Edição Portuguesa, 2.^a Reimpressão. Trad. do inglês de Fernando Luís Machado e Maria Manuela Rocha, Celta Editora, 2002.

GOFFMAN, Erving – *Manicómios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1974.

GOMES, Conceição, et. alii. – *Crimes, Penas e reinserção social: um olhar sobre o caso português*. In Actas dos Ateliers do V Congresso Português de Sociologia – Sociedades

Contemporâneas: Reflexividade e Acção, Atelier: Direito, Crimes e Dependências, 2003.

GOMES, Luiz e BIANCHINI, Alice – *Jakobs e o “Direito Penal” do Inimigo. In Direito Penal do Terceiro Milênio. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde.* Coordenador Cezar Roberto Bitencourt, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

GONÇALVES, Davidson Sepini – *O Panóptico de Jeremy Bentham: Por uma Leitura Utilitarista.* 1.^a Edição. Blucher Acadêmico, 2008.

GONÇALVES, Pedro Correia - A Era do humanitarismo Penitenciário: as obras de John Howard, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham. In *R. Fac. Dir. UFG*, V. 33, n.º 1, jan. / jun. 2009.

_____ – *Direito penal do equilíbrio.* 6. Ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRECO, Luís – Introdução à dogmática funcionalista do delito: Em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000.

_____ – Por que inexitem deveres absolutos de punir. In *Católica Law Review*, Volume I, n.º 3, novembro de 2017.

GROTIUS, Hugo – *O Direito da Guerra e da Paz (De Jure Belli ac Pacis).* Volume II, 2.^a Edição. Coleção clássicos do direito internacional/ coord. Amo Dal Ri Júnior. Tradução de Ciro Mioranza, Ijuí : Ed. Unijuí, 2005.

HAN, Byung-Chul – *A Expulsão do Outro – Sociedade, Percepção e Comunicação Hoje.* Trad. de Miguel Serras Pereira, Relógio D’Água Editores, 2018.

HANSER, Robert – *Prison security threat groups and domestic terrorism.* Crime & Justice International. Vol.18, N.º 67 (2002).

HARVEY, David – *The Condition of Postmodernity (An Enquiry into the Origins of Cultural Change).* Blackwell Publishers, Cambridge MA & Oxford UK, 1990.

HASSEMER, Winfried – *Fundamentos Del Derecho Penal* (trad. do alemão). Notas de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona, 1984.

_____ – *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra: A Segurança Pública no Estado de Direito*. Lisboa: AAFDL, 1995.

_____ – Segurança Pública no Estado de Direito. In *Revista dos Tribunais Online*, Thomson Reuters, 1994.

_____ – *Desenvolvimentos Previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal*. [Disponível online em: <https://core.ac.uk/download/pdf/303989357.pdf>.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich – *Filosofia del Derecho* (trad. do alemão). Prólogo de Carlos Marx, 5.^a Edição. Vol. 5, Editorial Claridad, 1968.

_____ – *Princípios Fundamentais da Filosofia do Direito*. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: M. Fontes, 1997.

HINTON, Elizabeth – *From the war on poverty to the war on crime - The Making of Mass Incarceration in America*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 2016.

HIRSCH, Andrew von - *Doing Justice: The Choice of Punishment. Report of the Committee for the Study of Incarceration*. Reimpressão. New York: 1976.

HOBBS, Thomas – *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil* (trad. do inglês). 4.^a Edição. Lisboa: INCM, 2010.

HORSKOTTE, Harthmuth – Os limites da prevenção criminal à luz dos direitos do homem. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 8, Fasc. 3, Julho-Setembro, Coimbra Editora, 1998.

HOWARD, John – *The State of the Prisons in England and Wales: With Preliminary Observations and an Account of Some Foreign Prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

HUXLEY, Aldous – *Admirável Mundo Novo*. (Trad. do inglês de Vidal de Oliveira e Lino Vallandro). 5.^a Edição. Porto Alegre: Editora Globo, 1979.

HUSAK, Douglas – *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

INNERARITY, Daniel – *A sociedade invisível*. Editorial Teorema, 2009.

_____ – *Un mundo de todos y de nadie – Piratas, riesgos y redes en el nuevo desorden global*. Editorial Espasa Libros, S.L.U., 2013.

IVES, George – *A History of Penal Methods: Criminals, Witches, Lunatics*. Montclair: Patterson Smith, 1970.

JAKOBS, Günther – *La Pena Estatal: significado y finalidad, Traducción e estudio preliminar* (trad. do alemão). Primera Edición. Universidad Autónoma de Madrid: Thomson Civitas, 2006.

_____ – *Fundamentos do Direito Penal*, (trad. do alemão). In *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2003.

_____ – *Incriminação do estado prévio à lesão de um bem jurídico*. In *Revista dos Tribunais*. Tradução de André Luis Callegari. In *Fundamentos de Direito Penal*, São Paulo, 2003.

JAKOBS, Günther e Cancio Meliá, Manuel – *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid, Civitas, 2003.

JESCHECK, H. H. – *Rasgos Fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho Penal*. Apud MIR PUIG, Santiago – *La Reforma del Derecho Penal*, Vol. I, Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, 1989.

JESUS, Damásio Evangelista de – *Criminalidade organizada: tendências e perspectivas modernas em relação ao direito penal transnacional*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Ano 8, N.º 31 (Jul.-Set. 2000).

KANT, Immanuel – *A Metafísica dos Costumes*. (trad. do alemão). 2. Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KAUFMAN, Nicole, et. alii – *Beyond Punishment: The Penal State's Interventionist, Covert, and Negligent Modalities of Control*. In *Law & Social Inquiry*, 43 (2), 2018.

KELSEN, Hans – *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

_____ – *A Justiça e o Direito Natural* (trad. do alemão), Coimbra: Almedina, 2001.

_____ – *Teoria Pura do Direito*, (trad. do alemão). 6.^a Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLENOWSKI, Paul, DODSON, Kimberly – *Who commits white-collar crime and what do we know about them?* In *The Oxford Handbook of White-Collar Crime*. Edited by Shanna Van Slyke, Michael Benson and Francis Cullen, Oxford University Press. 2001.

KUHN, André e AGRA, Cândido da – *Somos todos Criminosos?*, Casa das Letras, 2010.

LABORINHO, Lúcio – *Processo Penal e Consciência Coletiva*. In *Que Futuro para o Direito Processual Penal*. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código do Processo Penal Português, Coimbra Editora, 2009.

LAMEGO, José – *A Teoria Pura do Direito de Kelsen*. Lisboa: AAFDL Editora, 2019.

LAMPE, Klaus von – *Organized Crime – Analyzing Illegal Activities, Criminal Structures, and Extra-Legal Governance*. Thousand Oaks, CA: Sage, 2016.

LEAL, José Manuel Pires – *Sociedade, Governança e Manifestações Criminais sobre a Forma de Crime Organizado – Conhecer para Intervir*. In *Criminalidade Organizada e Económica* (perspetivas jurídica, política e económica). Coordenação de Cândido da Agra e Fernando Torrão, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2018.

LEITE, André Lamas – Ressocializar hoje? Entre o “mito” e a realidade. In *Revista do Ministério Público*. N.º 156 (Out.- Dez.), 2018.

_____ – Punitividade e penas de substituição – relatio paradoxal? – Breves Reflexões a partir da realidade portuguesa. In *Revista Julgar Online*. 2019. Disponível online em: [file:///C:/Users/ines.farinha/Downloads/20190506-ARTIGO-JULGAR-Punitividade-e-penas-de-substitui%C3%A7%C3%A3o-Andr%C3%A9-Lamas-Leite%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/ines.farinha/Downloads/20190506-ARTIGO-JULGAR-Punitividade-e-penas-de-substitui%C3%A7%C3%A3o-Andr%C3%A9-Lamas-Leite%20(2).pdf).

_____ – *Nova penologia, punitive turn e Direito Criminal: quo vadimus? pelos caminhos da incerteza (pós-)moderna*. Direito penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais: Homenagem ao Prof. Peter Hünnerfeld (Org. de Manuel da Costa Andrade [et al.]. 1ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

_____ – Algumas notas para um conceito operativo de «pena. In *Revista Julgar*. N.º32, (Maio-Ago. 2017).

LIPOVETSKY, Gilles – *A Era do Vazio: Ensaio sobre o individualismo contemporâneo*. Tradução de: Therezinha Monteiro Deutsch. Barueri, São Paulo, Manole, 2005.

MCDUGAL, Myres S. - *The Impact of International Law upon National Law: A Policy-Oriented Perspective*. Yale: Yale Law School Legal Scholarship Repository, Paper 2614, 1959.

MACHADO, João Baptista – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Almedina, 2011.

MARTINSON, Robert - *What works? Questions and answers about prison reform*. The Public Interest, Washington, DC: National Affairs Inc., Vol. 35, 1974.

MELIA, Manuel Cancio – “*Derecho Penal*” del Enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=264123>.

MESSUTI, Ana – *O Tempo como pena*. Trad. de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. Editora RT. São Paulo, 2003.

MILLA VÁSQUEZ, Diana Gisella – *Los beneficios penitenciarios y el crimen organizado: el nuevo modelo penal de seguridad ciudadana en iberoamérica*. In Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T.65 (Enero-Diciembre 2012).

MIR PUIG, Santiago – *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. 2.^a Edición. Barcelona: Casa Editorial, 1982.

_____ – *La Reforma del Derecho Penal*. Vol. I, Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, 1989.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I, Preâmbulo, Princípios Fundamentais, Direitos e Deveres Fundamentais, Artigos 1º a 79.º. 2.^a Edição Revista, Universidade Católica Editora, 2017.

MOCCIA, Sergio – *El Derecho Penal entre Ser y Valor (Función de la Pena y Sistemática Teleológica)*, Traducción de Antonio Bonnanno, Júlio Cedar Faira Editor, 2003.

MONTE, Mário Ferreira – *Da Reparação Penal como consequência jurídica autónoma do crime*. Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MONTESQUIEU – *Persian Letters (Letter 92 Usbek to same)*. Trad. de Margaret Mauldon, Oxford University Press, 2008.

_____ – *Da realização integral do direito penal*. In *Studia Iuridica, Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra: Coimbra Editora, Vol. III, 2008.

MORAIS DA ROSA, Alexandre e JOBIM DO AMARAL, Augusto – *Cultura da Punição: A Ostentação do Horror*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2014.

MORRIS, Norval – *The Future of Imprisonment - Toward a Punitive Philosophy*. Michigan Law Review. Vol. 72, Issue 6, 1974.

MOTTA, Manoel Barros da – *Crítica da razão punitiva: o nascimento da prisão no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

MOURA, José Souto de – *Visitar Durkheim a propósito dos fins das penas*. In *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º2 (2.º Semestre), 2019.

MULLER DIETZ, H. – *Sozialwissenschaft und Strafrechtsdogmatik und Kriminal-Politik*. Koln: Carl Heymanns, 1971.

MUÑOZ CONDE, Francisco – *El Nuevo Derecho penal autoritário*. In *El Derecho ante la Globalización y el terrorismo “Cedant Arma Togae”*, (Coord.) Mario G. Losano e Francisco Muñoz Conde, Actas del Coloquio internacional Humboldt, Montevideo abril 2003, Editora Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

_____ – *Direito Penal e Controle Social*. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

-
- ____ – *El Nuevo Derecho Penal Autoritario*. Losano, Mario G. e Muñoz Conde, Francisco – El Derecho antela Globalización y el Terrorismo. In Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo, abril de 2003, Tirant Lo Blanch, 2004.
- NETO, Nelson Niero – *Justiça Brasileira prende muito e prende mal, avaliam agentes públicos e pesquisadores*. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, Seminário Crime Organizado e Corrupção na Visão de Pesquisadores e Agentes Públicos de 02 de Setembro de 2019. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/noticias/crime-organizado-e-corrupcao>.
- NEVES, António Castanheira – *Coordenadas de um Reflexão sobre o problema universal do Direito – ou as condições da emergência do Direito com Direito*. Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço, Vol 2., Coimbra, 2002.
- NUNES, Duarte Rodrigues – *Criminalidade Organizada e Economia Lícita: Intimidazione del Vincolo Associativo ou Joint Venture?* In Manuel Monteiro Guedes Valente (Coord.). Criminalidade Organizada Transnacional – Corpus Delicti III. Coimbra: Almedina, 2021.
- PABLOS DE MOLINA, Antonio García – *La Supuesta Función Resocializadora del Derecho Penal: Utopia, Mito y Eufemismo*. ADPCP, 1979.
- PATTO, Pedro Vaz – *Reflexões sobre o fim das penas. Psicologia e Justiça*. Editado por António Castro Fonseca. Almedina. Coimbra, 2008.
- PAYNE, Brian – *Effects on White-Collar Defendants of Criminal Justice Attention and Sanctions*. In Shanna R. Van Slyke [et al.]. The Oxford Handbooks in Criminology and Criminal Justice, White-Collar Crime. General Editor: Michael Tonry, 2016
- PAVARINI, Massimo e GIAMBERARDINO, Andre – *Teoria da Pena & Execução Penal*. 2.^a Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PEREIRA, Eliomar da Silva – *Do “Uomo Delinquente” às organizações criminosas: a construção teórica do inimigo*”. In Manuel Monteiro Guedes Valente (Coord.). Criminalidade Organizada Transnacional – Corpus Delicti IV. Coimbra: Almedina, 2002.

PEREIRA, Flávio Cardoso Pereira – *Crime Organizado e sua Infiltração nas Instituições Governamentais*. Editora Atlas, São Paulo, 2015.

PETTA, De Leon – As Tríades e as Sociedades Secretas na China (Entre o mito e a desmistificação). In *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 32, N.º 93, fevereiro de 2017.

PIERANGELI, José Henrique – *Escritos Jurídico-Penais*. 2.^a Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PINTO, Bazilio Alberto de Souza – *Lições de Direito Criminal, redigidas pelos Srs. Francisco de Albuquerque e Couto e Lopo José Dias de Carvalho*, I Vol. in 4.º Coimbra, 1845.

PINTO BRONZE, Fernando – *Argumentação jurídica: o domínio do risco ou o risco dominado? (tópicos para um diálogo pedagógico)*. Folhas policopiadas. Inédito. Coimbra, 2000.

PINTO, Francisco de Lacerda da Costa – *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*. Tomo I e II. Almedina, 2013.

PINTO, Inês Horta – *Os Efeitos do “Direito Penal Europeu” nos Sistemas Sancionatórios dos Estados - Membros da União Europeia*. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____ – *Repartição de Funções entre a Administração e Juiz e Tutela Jurisdicional Efetiva na Execução da Pena de Prisão*. Almedina, 2022.

PLATÃO – *A República*. 15.^a edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2016.

PUPPINCK, Grégor – *Os Direitos do Homem Desnaturado*. Principia Editora, 2019.

RADBRUCH, Gustav – *Filosofia do Direito*. Tradução portuguesa de Luís Cabral de Moncada, 6.^a Edição, Arménio Amado, Coimbra, 1979.

RAWLS, John – *Uma Teoria da Justiça* (trad. do inglês). Lisboa: Editorial Presença, 1993.

_____ – Two Concepts of Rules. In *The Philosophical Review*. Vol. 64, n.º 1 (Jan), 1955.

REALE JÚNIOR, Miguel – Crime organizado e crime económico. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. A.4, N.13 (Jan.-Mar.), 1996.

Relatório da Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional. Presidida por Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

RIBEIRO, Isabela Serpa Costa – *A crise no sistema prisional*. Rio de Janeiro, 2010.

RICO, José M. – *Prevención del Delito, Opúsculo de Derecho Penal y Criminología*. Ed. Lerner, Córdoba, 1991

RINALDI, Stanislao – Criminalidade organizada de tipo mafioso e poder político na Itália. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 6, N.º 22 (Abr.-Jun. 1998).

RIPOLLÉS, José L. Díez – *La Política Criminal en la encrucijada. Estudios y Debates em Derecho Penal*. n.º 3. Euros Editores S.R.L., 2007.

ROBERTSON, Roland – *Glocalization: Time-space and homogeneity-heterogeneity*. In Mike Featherstone, Scott Lash and Roland Robertson (eds), *Global Modernities*. Londres. Sage Publications Ltd., 1995.

ROCHA, João Luís Moraes *et alii*. - *Entre a Reclusão e a Liberdade*, Vol.I – Estudos Penitenciários, Almedina, 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda – *A Determinação da medida da pena privativa da liberdade – Os critérios da culpa e da prevenção*. 1.^a Edição (Reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

_____ – *A Posição Jurídica do Recluso na execução da pena privativa da liberdade*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1999.

_____ – Criminalidade Organizada – que política criminal? In *Themis*. Ano IV, n.º 6 (2003).

_____ – *Política Criminal – novos desafios, velhos rumos*. Liber Disciplinorum para Figueiredo Dias, 2003.

_____ – *A pena relativamente indeterminada na perspectiva da reinserção social do recluso*. Jornadas de Direito Criminal, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, 1983.

_____ – Execução penal socializadora e o novo capitalismo – uma relação (im)possível? In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 23, Vol. 112, 2015.

_____ – *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

_____ – Controlar e punir – O Direito Penal em mudança? In *Fides*, Natal, Vol. 8, n.º 2, Jul-Dez, 2017.

_____ – *Celeridade e Eficácia: uma opção político-criminal*. Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria, Coimbra Editora, 2003.

_____ – *Um sistema sancionatório penal para a União Europeia – entre a unidade e a diversidade ou os caminhos da harmonização*. In *O Direito Penal Emergente*, Coimbra Editora, 2008.

-
- _____ – Política criminal - Novos desafios, velhos rumos. In *Lusíada*. Direito. N.º 3, 2005
-
- _____ – *Globalização, Democracia e Crime*. In Separata da Obra do II Congresso de Processo Penal, Almedina, Coimbra, 2006.
-
- _____ – Da “afirmação de direitos” à “proteção de direitos” dos reclusos: a jurisdicionalização da execução da pena de prisão. In *Revista Direito e Justiça*, Volume Especial, 2004.
-
- _____ – *Das Fronteiras à Cooperação Judiciária*. In Manuel Monteiro Guedes Valente (Coord.) – *Criminalidade Organizada*, Vol. I, 2019.
- RODRIGUES, Anabela Miranda e MOTA, José Luís Lopes da - *Para uma Política Criminal Europeia - Quadro e Instrumentos Jurídicos da Cooperação Judiciária em Matéria Penal no Espaço da União Europeia*. Coimbra Editora, 2002.
- RODRÍGUEZ, Alberto Daunis - *Ejecución de penas en España - La reinserción social en retirada*. Editorial Comares, 2016.
- RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga – *Criminalidad organizada y sistema del Derecho Penal: Contribución al estudio del injusto de organización*. Granada: Comares, 2009.
-
- _____ – *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. 2.ª Edição, Navarra: Aranzadi, 2003.
-
- _____ – *Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal, Contribución para la determinación del injusto penal de organización criminal*. Editorial Comares, Granada, 2009, p. 28. *Apud* NUNES, Duarte Rodrigues (2021). *Criminalidade Organizada e Economia Lícita: Intimidazione del Vincolo Associativo*

ou Joint Venture? In Manuel Monteiro Guedes Valente (Coord.). *Criminalidade Organizada Transnacional – Corpus Delicti III*. Coimbra: Almedina.

_____ – El Concepto de Criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas. In *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, No. 86 (enero-junio), 2016.

_____ – *Política Criminal*, Editorial Colex, 2001.

_____ – La Ley de seguridad ciudadana: un sintoma de la crisis del poder ejecutivo. Especial consideración del sistema penal. In *Themis, Revista De Derecho*, (32), 1995.

ROSS, Alf – *On Guilt, Responsibility and Punishment*. Londres: Stevens & Sons Limited, 1975.

ROUSSEAU, Jean-Jacques – *O Contrato Social* (trad. do francês). Edições Martin Claret, 2013.

ROXIN, Claus – *Direito e Ciência Jurídica*. 3.^a Edição. Vega, 1998.

_____ – *Estudos de Direito Penal*. Trad. de Luís Greco. Editora Renovar, 2006.

_____ – *Política Criminal y Sistema del derecho penal*. 2.^a Edição, 1.^a Reimpressão, Buenos Aires, Hammurabi, 2002.

_____ – *Novos estudos de direito penal. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico*. Tradução de Luís Greco. Organização: Alaor Leite. 1.^a Edição, São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____ – *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____ – *Problemas Fundamentais de Direito Penal. Sentidos e Limites da Pena Criminal*. 3.^a Edição, Editora Veja, 1998.

- SANTOS, António de Almeida – Novo Mundo, Novo Crime, Nova Política Criminal. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 10, Fasc. 3.º, Julho-Setembro, 2000.
- SANZ MULAS, Nieves – *Política Criminal*. 2.ª Edición, 2017.
- SARAVIA, Gregorio – *Thomas Hobbes y la Filosofía Política Contemporánea: Carl Schmitt, Leo Strauss y Norberto Bobbio*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Colección Derechos Humanos. Madrid: Dykinson, 2011.
- SCHMID, Alex e JONGMAN, Albert [et al.] – *Political Terrorism, A New Guide to Actors, Authors, Concepts, Data Bases, Theories & Literature*. Routledge, Taylor and Francis Group, Transaction Publishers, 1984.
- SILVA, Fernando – *Direito Penal Comparado: os sistemas penais e a pena de morte*. Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/1597/3/1597.pdf>.
- SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português - Parte Geral III - Teoria das Penas e das Medidas de Segurança*. Editora Verbo, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – *La Expansión del Derecho penal – Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. Estudios y debates em Derecho Penal, n.º 1, 2.ª Reimpresión, 2.ª Edición, Editorial B de F, Montevideo, 2008.
- SLYKE, Shanna van, [et aliil.] – *The Oxford handbook of white-collar crime*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- SMITH, Peter e UGELVIK, Thomas – *Scandinavian Penal History, Culture and Prison Practice. Embraced By the Welfare State?* Palgrave Macmillan UK, 2017.
- SCHNEIDER, Anne; INGRAM, Helen – *Policy Design*. In RABIN, Jack (Org.). *Encyclopedia of public administration and public policy*. Nova York: Oxford University Press, 2005.

SCHNEIDER, Stephen - *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*. Encyclopedia Britannica, 2015. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/Racketeer-Influenced-and-Corrupt-Organizations-Act>.

SCHÜNEMANN, Bernd – *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

SOUSA, Teresa – O Direito Penal na Encruzilhada: Reflexões em torno da Política Criminal à luz da Ciência Política. In *Revista Julgar*, n.º 7, 2009.

STRATENWERTH, Günther – *Derecho Penal, Parte General: El hecho punible*. 4.ª Edición totalmente renovada. 2.ª Reimpresión. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti., Hammurabi. Buenos Aires, 2016.

TASSE, Adel El – *Teoria da pena*. Curitiba: Juruá, 2004.

TEIXEIRA, José A. Carvalho – *Actas do Colóquio “100 anos da “Psicopatologia Geral de Karl Jaspers”*. ISPA, 19 de Fevereiro de 2014.

UGELVIK, Thomas – *Handbook on prisons*. J. Bennett [et al.] (eds), London: Routledge, 2016. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2767985

VALENTE, Manuel M. Guedes – *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo (o “Progresso ao Retrocesso”)*. 5.ª Edição, Almedina, 2021.

_____ – *Segurança: um Tópico Jurídico em Reconstrução*. Lisboa. Âncora Editora, 2013.

_____ – [et alii.] – *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. Almedina Brasil, 2017.

_____ – *Prisão – A Metamorfose da Benevolência*. In Versão Aumentada da Conferência proferida no âmbito da “Justiça Penal em Debate”

promovida pelo Conselho Superior da Ordem dos Advogados a convite do Ilustre Dr. Alfredo Castanheira Neves em Chaves. Edição do Autor, 2003.

_____ – *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa*. In *Interferências e Ingerências Mútuas*. (Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente), Almedina, 2009.

_____ – *La Política Criminal y la Criminología en nuestros días. Uma Visión desde Portugal* (trad. do português). In *Separata de Derecho Penal y Criminología como Fundamento de la Política Criminal, Estudios em Homenaje al Professor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: Dykinson, 2006.

_____ – *Criminalidade Organizada Transnacional: Um brevíssimo estudo crítico jurídico-político emergente*. In Manuel Monteiro Guedes Valente (Coord.) – *Criminalidade Organizada Transnacional – Corpus Delicti I*, Coimbra: Almedina, 2019.

_____ – *Do Ministério Público e da Polícia: Prevenção Criminal e Ação Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano*. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013.

_____ – *Terrorismo e Processo Penal: Uma relação Amarga (?)!* In *Separata da Obra II Congresso de Processo Penal*, Coimbra, 2006.

_____ – *Direito Penal (Fundamentos Político- Criminais)*. Edição de Autor, Lisboa, 2017.

_____ – *Criminalidade organizada: tópico juscriminológico supranacional*. In *Criminalidade organizada: investigação, direito e ciência*. PEREIRA, Eliomar da Silva Pereira, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, WERNER, Guilherme Cunha (Coord.). São Paulo: Almedina Brasil, 2017.

-
- _____ – Os direitos humanos no direito penal reintegrador: a afirmação do direito penitenciário. In *Revista da Procuradoria-Geral de S. Paulo*, n.º 76, 145-168, (jul./dez.), 2012.
-
- _____ – A Ciência Jurídica como Caminho de Afirmação e Valoração do Ser Humano. In *Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, v. 4, n.º 1, 2013.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos - *Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa*. Coimbra, 3.ª Ed. (reimpressão), Almedina, 2004.
- VILAJOSANA, Josep – *Las razones de la pena*. Valencia: Edição Tirant Lo Blanch, 2015.
- VILLAZALA, Tomás, *et alii.* – *Punitividad y Victimación en la Experiencia contemporánea*. Estudios. Dykinson, 2009.
- VON HIRSCH, Andrew – *Doing Justice: The Choice of Punishment. Report of the Committee for the Study of Incarceration*. New York, 1976.
- WACQUANT, Loïc – *As Prisões da Miséria*. Editora Sabotagem, 1999.
-
- _____ – *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Editora Revan, 2.ª Edição, 2003.
- WUNDERLICH, Alexandre e OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de – *Resistência, Prática de Transformação Social e Limitação do Poder Punitivo a Partir do Sistema de Garantias: Pela (Re)Afirmação do Garantismo Penal na Contemporaneidade*. In *Direito Penal do Terceiro Milênio. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- ZAFFARONI, Eugénio Raúl – *Direito Penal do Inimigo* (trad. do espanhol). 2.ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____ – *Em busca das penas perdidas* (trad. do espanhol). Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____ – *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Ediar, 1998.

_____ – *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução do espanhol de Sérgio Lamarão. Instituto Carioca de Criminologia, Editora Revan, 2007.

_____ – *¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?* In *Crímenes de Masa*, 2a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

_____ – *La Globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*. In *Criminalidade Moderna e reformas penais: Estudos em homenagem ao Prof Luiz Luisi/Ada Pellegrini Grinover...et alii*. Org. André Copetti, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____ – *A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro*. Tradução de Rodrigo Murad do Prado, 1.ª Edição, São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo e – *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume Teoria Geral do Direito Penal*. 2.ª Edição, Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZIEMBOWICZ, Rodrigo Luís - *Estimular e Proteger o Desenvolvimento Económico diante da Criminalidade Organizada*. In Manuel Monteiro Guedes Valente (Coord.). *Criminalidade Organizada Transnacional – Corpus Delicti III*. Coimbra, Almedina, 2021.

ZIPPELIUS, Reinhold – *Teoria Geral do Estado*. Tradução de António Cabral de Moncada, 2.º Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984.

DIPLOMAS LEGAIS

RESOLUÇÃO N.º 217-A DA ASSEMBLEIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS DE 10/12/1948 – Declaração Universal dos Direitos Humanos.

AVISO DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA N.º 66/91, DE 22/05/1991– Carta das Nações Unidas, assinada em S. Francisco em 26/06 de 1945.

LEI N.º 65/78, DE 13/10/1978 – Convenção Europeia dos Direitos Humanos, assinada pelo Conselho da Europa em 04/11/1950.

TRATADO DE LISBOA - altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de Dezembro de 2007.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA - proclamada a 07 de Dezembro de 2000 publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 30/03/2010.

RESOLUÇÃO DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA N.º 32/2004, DE 02/04 - Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, (ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004, de 02/04).

RESOLUÇÃO N.º 70/175 DA ASSEMBLEIA-GERAL DA ONU, ADOTADA A 17 DE DEZEMBRO DE 2015 - Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela).

RESOLUÇÃO N.º 65/229 DA ASSEMBLEIA-GERAL DA ONU, ADOTADA A 21 DE DEZEMBRO DE 2010 - Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok)

DECRETO DE 10 DE ABRIL DE 1976 - Aprova a Constituição da República Portuguesa.

DECRETO-LEI N.º 48/95, DE 15 DE MARÇO – Aprova o Código Penal.

DECRETO-LEI N.º 78/87, DE 17 DE FEVEREIRO – Aprova o Código de Processo Penal.

LEI N.º 96/2017, DE 23 DE AGOSTO – Define os objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2017-2019.

DECRETO-LEI N.º 15/93, DE 22 DE JANEIRO - Revê a legislação do combate à droga, definindo o regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

LEI N.º 52/2003, DE 22 DE AGOSTO - Lei de combate ao terrorismo (em cumprimento da Decisão Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de Junho) - décima segunda alteração ao Código de Processo Penal e décima quarta alteração ao Código Penal.

LEI N.º 83/2017, DE 18 DE AGOSTO - Estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpõe parcialmente as Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016.

LEI N.º 5/2002, DE 11 DE JANEIRO - Estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira.

LEI N.º 158/2015, DE 17 DE SETEMBRO - Aprova o regime jurídico da transmissão e execução de sentenças em matéria penal que imponham penas de prisão ou outras medidas privativas da liberdade, para efeitos da execução dessas sentenças na União Europeia, bem como o regime jurídico da transmissão e execução de sentenças e de decisões relativas à liberdade condicional para efeitos da fiscalização das medidas de vigilância e das sanções alternativas.

LEI N.º 115/2009, DE 12 DE OUTUBRO – Aprova o Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade.

DECRETO-LEI N.º 51/2011, DE 11 DE ABRIL - Aprova o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais, em cumprimento do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.

DECRETO-LEI N.º 215/2012, DE 28 DE SETEMBRO - Aprova a Lei Orgânica da Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais.

PORTARIA N.º 13/2013 DE 11 DE JANEIRO – Procede à classificação dos estabelecimentos prisionais.

LEI N.º 166/99, DE 14 DE SETEMBRO – Aprova a Lei Tutelar Educativa.

DECRETO-LEI N.º 401/82, DE 23 DE SETEMBRO - Institui o regime aplicável em matéria penal aos jovens com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos.

LEI N.º 33/2010, DE 02 DE SETEMBRO - Regula a utilização de meios técnicos de controlo à distância (vigilância electrónica) e revoga a Lei n.º 122/99, de 20 de Agosto, que regula a vigilância electrónica prevista no artigo 201.º do Código de Processo Penal.

DECRETO-LEI N.º 783/76, DE 29 DE OUTUBRO - Estabelece a orgânica dos Tribunais de Execução de Penas.

Atrás de nós os mastros
À nossa frente os monstros
E na parede os astros.

Em que parede os astros
Se atrás de nós os mastros
E à nossa frente os monstros.

Ana Luísa Amaral, Poema Identidade