

# Ressocializar, hoje? Entre o «mito» e a realidade

André Lamas Leite

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e  
da Universidade Europeia (Lisboa)*

*Investigador do CIJE/FDUP*

---

---

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Bosquejo histórico e críticas aos modelos ressocializadores. III. Conceito operatório de «ressocialização». IV. Posição adoptada.

---

---

## I. INTRODUÇÃO

Quando BÉRENGER apresentou, em 27/2/1882, ao Senado francês, a proposta de lei de pena condicional, usou, de entre outros, o seguinte argumento: «[d]e todos os recursos que a ciência penitenciária coloca à disposição do legislador para emendar o delinquente, não há nada mais eficaz e activo que a esperança na sua reabilitação. Nada existe, também, de mais moral, de mais elevado e de mais conforme aos ideais de justiça e de humanidade»<sup>[1]</sup>. Em 1900, VON LISZT escrevia: «[q]uando um jovem, ou mesmo um adulto, pratica um crime e

[1] Citado por ERNST DELAQUIS, *Die Rehabilitation im Strafrecht*, Berlin: J. Guttentag, 1907, p. 7.

é deixado em liberdade, a probabilidade de cometer de novo um crime (de reincidir) é menor do que aquela que se verifica se tiver sido punido»<sup>[2]</sup>. Pouco depois, em 1907, ERNST DELAQUIS<sup>[3]</sup>, tratando embora, de jeito monográfico, do cancelamento do registo criminal, começa por referir-se ao que hoje corre sob a designação de «ressocialização», para defender tratar-se de um «ideal que se baseia em uma política criminal de justiça e humanidade». Algo de similar era dito por MORITZ LIEPMANN, em 1927<sup>[4]</sup>, considerando que a prisão tornava os condenados em seres perfeitamente inúteis, transformando-os em verdadeiros *Desperados* (*sem esperança*, literalmente) após a sua libertação, entregues à ociosidade. E não era diferente o diagnóstico de MAX GRÜNHUT<sup>[5]</sup>, falando mesmo num «cepticismo» face à instituição penitenciária e a necessidade de procura de métodos mais adequados de tratamento não institucionalizado. Logo, através desta frase lapidar, podemos reconhecer que a ressocialização se acha em crise há mais de um século e não só a partir de meados das décadas de 1960/70, como habitualmente é referenciado.

Tal não importa, porém, que seja exactamente a partir desse momento temporal que, com maior acuidade, se fizeram sentir as mais veementes críticas ao que é tido por muitos — e, desde logo, pelo Código Penal (CP), no seu artigo 40.º, n.º 1 — como um

[2] «Strafrecht und Jugendkriminalität», in: BERTOLD SIMONSOHN (Hrsg.), *Jugendkriminalität, Straffjustiz und Sozialpädagogik*, Suhrkamp: Frankfurt, 1969, p. 38. É muito provavelmente na medida em que o autor já considerava que o delito resultava da reunião de certos traços da personalidade do agente com factores exógenos condicionantes. Falava VON LISZT em «crime de oportunidade», quando o condicionalismo externo era o mais importante. Ao invés, os «crimes de carácter ou de tendência», em que o

agente era dominado por «[c]rueldade bruta, atrocidade impiedosa, fanatismo limitado, leviandade irreflectida, preguiça invencível, alcoolismo ou vícios sexuais». Dentro destes últimos distinguia entre os capazes ainda de correcção e os «incorrigíveis» (assim, BÉATRICE DU MÊNIL, *Die Resozialisierungsidee im Strafvollzug*, München: VVE 1995, p. 34).

[3] *Die Rehabilitation im Strafrecht*, p. 7. Mais aponta o autor para aspectos como o apoio ao condenado e a segu-

rança como marcas expressivas do seu tempo, não hesitando em considerar a reabilitação como um conceito que não conhece nacionalidade, mas que se baseia, ao invés, em um ideário cristão (*ibidem*, p. 10).

[4] *Amerikanische Gefängnisse und Erziehungsanstalten*, Mannheim, etc.: J. Bensheimer, 1927, p. 23.

[5] *Penal reform*, Clarendon: Oxford, 1948, p. 27.

dos fins das penas. De entre outras, as causas passaram por um aumento da taxa de criminalidade, assim se demonstrando a ineficácia de um «tratamento prisional»<sup>[6]</sup> na reincidência, a que acresceu uma concepção em matéria de fins das penas mais voltada para uma punição mais severa<sup>[7]</sup>. Adensando o diagnóstico, ESER<sup>[8]</sup> distingue entre as razões *externas* e *internas*. No primeiro núcleo enfileira a consideração de que não é só o condenado que necessita de ressocializar-se, mas também a sociedade, vista pelos movimentos do *labeling approach* e da Criminologia radical como criminógena; no segundo, ela tornou-se cada vez mais «juridificada» e perdeu o seu inicial fundamento ético-social.

[6] O termo tem-se prestado a múltiplos conteúdos ao longo da História. Por certo estamos longe de um «modelo médico de tratamento» ou mesmo de uma transformação do criminoso, do seu próprio «estado de espírito», como era vulgar ainda defender-se na década de Oitenta do passado século (*ad exemplum*, JACQUES VÉRIN, «Partisans et adversaires du traitement de résocialisation», in: *Cahiers de Défense Sociale* (1980), p. 24). Entre nós, o termo tem mesmo consagração legislativa. Assim, *v. g.*, cf. a Portaria n.º 286/2013, de 9/9 (artigos 2.º, n.º 2, alínea c), e 13.º). A área do «tratamento prisional», nos termos do último inciso, contende com a «programação, ensino e formação profissional, trabalho e ocupação laboral, iniciativas de carácter sociocultural e desportivas, entre outras». Em Espanha, o artigo 59.º, n.º 1, da *Ley Orgánica 1/1979* define-o como «o conjunto de actividades dirigidas à consecução da reeducação e reinserção social dos condenados», acrescentando-se no n.º 2 que «pretende fazer do condenado uma pessoa com a intenção e a capacidade de viver no respeito pela lei

penal, assim como de prover às suas necessidades».

[7] Não obstante, *p. ex.* EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. I, Buenos Aires: EDIAR, 1998, pp. 70-72, continua a considerar que a prevenção especial de ressocialização é o 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. Relacionando a execução das penas privativas de liberdade com esse desiderato e a segurança, *cf.*, entre tantos, HILDE KAUFMANN (*Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977, p. 55): «enquanto a execução penal humanizada é um apoio da ordem e segurança estatais, uma execução penal desumanizada atenta precisamente contra a segurança estatal».

[8] «Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzugs», in: JÜRGEN BAUMANN (Hrsg.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. FS für Karl Peters zum 70.*

*Geburtstag*, Tübingen: Mohr, 1974, p. 506. O autor lembra o pensamento de DURKHEIM, de entre outros, para concluir que não é novidade esta crise da ressocialização, bem como sublinha a necessidade de se não apontarem elementos monofactoriais na sua explicação, já em meados de 1970 referindo que se não deve falar em «causas do crime», por via de um sabor meramente causalista da expressão, mas de «constelações criminologicamente resistentes» («kriminoresistenten Konstellationen») — *ibidem*, p. 507. Em reforço, cumpre lembrar a analogia efectuada por ZYGMUNT BAUMAN a propósito dos criminosos. A quebra dos laços sociais faz com que o grande medo da (pós-)modernidade seja o de «ficar para trás», o que é particularmente visível nos desempregados, mas também nos delinquentes, passando estes a ser «olhados como marginalizados perpétuos, incapazes de regeneração e obrigados a observarem pelos séculos dos séculos regras de boa conduta, longe da sociedade e das pessoas decentes» (*Confiança e medo na cidade*, Lisboa: Relógio d'Água, 2006, p. 21).

Percebemos já que a questão sobre que nos debruçamos começou a fazer-se sentir com uma cada vez maior premência, interessando-nos apenas analisá-la naquilo que ela tem de estritamente político-criminal (e não do domínio da ideologia) e seus reflexos técnico-dogmáticos. Nas palavras de EDUARDO CORREIA<sup>[9]</sup>, as quais servem já de síntese conclusiva antecipada, com toda a actualidade, «[a] regeneração não deve, sobretudo, ser utopia mistificadora, mas realismo verdadeiro, embora iluminado por aquele grão de fermento utópico que se esconde no coração de todos os homens e que, parafraseando MOUNIER, só aparelhado com uma vontade de ferro e meios de controlo adequados poderá produzir frutos.».

## II. BOSQUEJO HISTÓRICO E CRÍTICAS AOS MODELOS RESSOCIALIZADORES

1. Socorrendo-nos da periodização e categorização propostas por JOSEFINA CASTRO<sup>[10]</sup>, dir-se-ia que na matéria da reabilitação se podem divisar três momentos fundamentais: o da *fundação e apogeu*, da *crise* e o da *salvação e retorno*. O primeiro situar-se-ia entre o séc. XIX e as décadas de Sessenta/Setenta da passada centúria<sup>[11]</sup>,

[9] «Discurso pronunciado por Sua Excelência o Ministro da Justiça, Prof. Doutor Eduardo Correia, no acto de posse do Exmo. Sr. Dr. António Leitão, como Director-Geral dos Serviços Prisionais, em 29 de Janeiro de 1979», in: *BMJ*, 283 (1979), p. 16.

[10] *A reabilitação. Elementos de reflexão no cruzamento entre políticas, práticas e ciência*, disponível em [http://www.cepprobation.org/uploaded\\_files/EM2011\\_Day\\_1.2\\_Rehabilitation\\_by\\_Josefina\\_Castro.pdf](http://www.cepprobation.org/uploaded_files/EM2011_Day_1.2_Rehabilitation_by_Josefina_Castro.pdf), pp. 1-3, acedido

em Novembro de 2018, como todos os sítios da internet referidos neste trabalho. Essencial, também, CÂNDIDO DA AGRA, *La probation et ses contextes socio-historiques*, disponível em [http://www.cepprobation.org/uploaded\\_files/Pres%20GA%2010%20Agr.pdf](http://www.cepprobation.org/uploaded_files/Pres%20GA%2010%20Agr.pdf). Não obstante, a partir do momento em que a prisão em sentido moderno nasce, a reabilitação através do trabalho, da disciplina e da formação escolar e profissional não mais deixaram de ser defendidos, posto que com diversos matizes (THOMAS MATHIESEN, *Juicio a la prisión. Una*

*evaluación crítica*, Buenos Aires: EDIAR, 2003, p. 80).

[11] Nas palavras de MARC ANCEL, «L'évolution de la notion d'individualisation», in: AA. VV., *Stellung und Aufgabe des Richters im modernen Strafrecht. Mélanges Oscar Adolf Germann*, Bern: Verlag Stämpfli, 1959, p. 198, «o tratamento em si mesmo (...) torna-se um elemento da personalidade do delincente.».

a que se seguiria uma fase crítica até cerca dos anos Noventa, momento a partir do qual se assistiria a algum retorno. As duas primeiras fases podem ser traduzidas, em sùmula, por *Therapien statt Strafe* («terapia em vez de pena»)<sup>[12]</sup>.

Antecipa-se já que, com a crise do *Welfare State*, em meados da década de 1960, o ideal ressocializador entrou em severa crise, em especial nos Estados do Norte da Europa, que mais longe o levaram.

Algumas das razões que militaram a favor dessa desilusão encontram-se na força que foram ganhando as teorias interaccionistas e marxistas, a par da perda de confiança no modelo de tratamento como controlo criminal, bem como uma perspectiva segundo a qual reabilitar era sempre uma intervenção perturbadora nas liberdades do condenado, que assim era instrumentalizado por algo que não deixava de ser ainda uma parte do aparelho do Estado. Do prisma político, o *New Right* no Reino Unido e nos EUA, com THATCHER e REAGAN, defendia um sistema penal mais severo<sup>[13]</sup>.

Como bem sublinham WORRALL/HOY<sup>[14]</sup>, a discussão acabou por ficar prejudicada por se ter tratado em plano de igualdade a «reabilitação carcerária» (a que deve ser alcançada, quando possível, durante e por efeito do cumprimento de uma pena privativa de liberdade) e a «reabilitação não-institucional», ou seja, aquela

[12] HEINZ EYRICH, «Gedanken zur Bewährungs- und Straffälligenhilfe in Europa», in: HEINZ EYRICH/WALTER ODESKY/FRANZ JÜRGEN SÄCKER (Hrsg.), *FS für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag*, München: Beck, 1989, p. 187, em especial no que diz respeito aos toxicodependentes, sendo o autor claro ao afirmar que, em finais da década de 1980, a Alemanha se encontrava, neste domínio, em linha com os demais países europeus. Em termos gerais, também em países como a França, não somente no tocante a este último segmento de delinquentes,

autores como PAUL RICOEUR (*O justo ou a essência da justiça*, Lisboa: Instituto Piaget, 1997, pp. 175-178 e 182-183) propendiam para uma verdadeira «ética da pena», capaz de significar a noção do «justo», em um sentido que julgamos duplo: por um lado, um interesse acrescido pela vítima e pelos seus direitos e, por outro, a atribuição de uma componente «moral» à sanção (este último aspecto já criticável), na senda de um reforço da «auto-estima» do condenado, a que não seriam alheias considerações gerais-preventivas, considerando o autor a comunidade como

«veículo», «amplificador» e «porta-voz do desejo de vingança». Acresce a isto o que RICOEUR designa por «economia do dom», que separa claramente de uma vertente jurídica e entrega, em exclusivo, à vítima — «o perdão dá um futuro à memória».

[13] ANNE WORRALL/CLARE HOY, *Punishment in the community. Managing offenders, making choices*, 2<sup>nd</sup> ed., Devon: Willan Publishing, 2005, p. 24.

[14] *Punishment in the community...*, p. 27.

que resulta da aplicação de um instrumento punitivo cumprido na comunidade. Por certo estamos perante modalidades de reabilitação distintas, não apenas pelo *locus* onde decorrem, mas sobretudo pelas respectivas condições e conteúdos.

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 detractores da ressocialização<sup>[15]</sup>. 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.

A bem da verdade, todavia, deve sublinhar-se que ao artigo de MARTINSON tem-se atribuído um carácter de peremptoriedade e de quase destruição de qualquer resposta ao crime que ele não comporta<sup>[16]</sup>. O autor foi encarregado de, em 1966, dirigir o *New York State Governor's Special Committee on Criminal Offenders*, aferindo se a prisão pode ser reabilitadora e, por outro lado, se a resposta fosse afirmativa, propor aquilo que fosse necessário para tornar as prisões desse Estado adequadas a tal modelo. Para isso, impunha-se começar por saber que evidência empírica existia sobre a reabilitação, ou seja, que métodos eram, na prática, aptos a atingir esse objectivo<sup>[17]</sup>. E a conclusão é clara: «[c]om poucas e isoladas excepções, os esforços reabilitadores conhecidos até agora não têm tido um efeito apreciável na reincidência»<sup>[18]</sup>. MARTINSON passa em

[15] *What works? — questions and answers about prison reform*, in: *The Public Interest* (1974), pp. 22-54. Diga-se, também, que o próprio MARTINSON, depois de uma tomada de posição mais radical, foi suavizando o discurso, passando a entender que algumas medidas existentes funcionavam. Donde, a conclusão de CULLEN/GENDREAU de que «a doutrina do nada funciona pode considerar-se mais

uma realidade socialmente construída que uma verdade cientificamente estabelecida» (THEODOR N. FERDINAND, «¿Funcionan las penas?», in: AA. VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid: UNED, 2001, p. 335).

[16] Em sentido que temos por próximo, abordando alguns métodos que têm sido objecto de favorável avaliação

empírica, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Consensualismo e prisão», in: *Documentação e Direito Comparado*, 79/80 (1999), p. 363, em especial a intervenção psicossocial.

[17] ROBERT MARTINSON, «What works?...», p. 23.

[18] ROBERT MARTINSON, «What works?...», p. 25.

revista variados métodos: a formação educativa e vocacional nas prisões, as terapias psicológicas individuais e de grupo, a transformação do ambiente prisional (*milieu therapy*), tornando-o menos autoritário e mais adequado à correcção, o tratamento médico, o *sentencing*, o cumprimento da pena em meio aberto, a *probation* e a liberdade condicional, a *intensive supervision* e o tratamento comunitário. Em todas elas conclui pela inexistência de um método cabal no sentido ressocializador mas, é essencial sublinhá-lo, não deixa de dar conta de *resultados positivos de algumas*<sup>[19]</sup> medidas.

De facto, da sua leitura, aquilo que se depreende é um olhar crítico sobre variados instrumentos usados na tentativa de conter a reincidência, sempre bem suportado em estudos empíricos, concluindo o autor que, na grande maioria, não foi possível recolher provas científicas da sua eficácia incontestada. Aliás, o consagrado «brocardo» *What works? Nothing works!*, não surge no artigo e à pergunta *Does anything work?*, a resposta de MARTINSON é cautelosa e cientificamente exacta, longe, portanto, do carácter de parangona que lhe tem sido atribuído: «[i]sto não significa que não tenhamos encontrado casos de sucesso ou de sucesso total; apenas significa que esses casos foram isolados, não correspondendo a um padrão claro apto a indicar a eficácia de um específico método de tratamento»<sup>[20]</sup>. O autor sentiu necessidade de se defender de uma perspectiva catastrofista que lhe foi atribuída, reforçando posteriormente isso mesmo<sup>[21]</sup>. A conclusão principal de MARTINSON

[19] A título ilustrativo, cf. algumas experiências em sede de aconselhamento psicológico individual (ROBERT MARTINSON, «What works?...», p. 29) ou de grupo (*ibidem*, p. 32), de tratamento médico (p. ex., a castração química (com a qual, em qualquer circunstância, estamos em frontal desacordo) — *ibidem*, p. 36), psicoterapia em meio comunitário (*ibidem*, p. 40),

*probation* e liberdade condicional (*ibidem*, p. 41). THOMAS COHEN, *The new penology: how courts sentencing practices have been influenced by the growing emphasis on actuarialism and managerialism*, Newark: ProQuest Information and Learning Company, 2003, pp. 9-10 sublinha também o que dizemos em texto.

[20] ROBERT MARTINSON, «What works?...», p. 49.

[21] Veja-se «Evaluation in crisis — a postscript», in: ROBERT MARTINSON/TED PALMER/STUART ADAMS, *Rehabilitation, recidivism, and research*, Hackensack, NJ.: National Council on Crime and Delinquency, 1976, pp. 93-94.

é a de que se impõe continuar os estudos empíricos quanto ao efeito dos meios empregados na redução da criminalidade, salientando — e bem — que qualquer política (criminal) não dispensa uma cuidada avaliação empírica<sup>[22]</sup>. Numa palavra, como por vezes sucede, a crítica empenhada e cientificamente alicerçada do autor foi usada como «bandeira» de todo um movimento negador da ressocialização, não tanto pelo conteúdo intrínseco dos seus escritos, mas por aquilo que ele, em conjunto com muitos outros, representou de fim de um «mito».

Não se pode ignorar, por outro lado, que o momento em que o autor escreveu foi o do surgimento de uma alteração à direita no espaço anglo-americano, com um conservadorismo face à política criminal, considerando que a despesa pública na ressocialização era «má despesa». Donde, mesmo estudos canadianos que na altura se conheciam, e que apontavam para efeitos encorajadores de alguns programas, foram ignorados<sup>[23]</sup>. Uma vez mais, a agenda política marcou o aproveitamento de um estudo que, sendo crítico, não advogava um abandono do «paradigma reabilitador».

Observe-se, por seu turno, que o movimento que nega a eficácia e até a possibilidade de ressocialização se não acha dotado de estritas características de homogeneidade, existindo até uma forte componente moral em certas concepções quanto às finalidades das penas nos EUA. Tal sucede, p. ex., com VON HIRSCH, para quem o essencial é que a pena repreve ou desaprove certo comportamento, mais do que retribuir a culpa ou usá-lo com fins preventivos<sup>[24]</sup>.

Em uma palavra, mesmo nesta fase de profunda crítica, ao invés da mistificação do célebre artigo de MARTINSON, vários estudos

[22] Assim abre e encerra o artigo que vimos citando — vide ROBERT MARTINSON, «What works?...», pp. 22 e 50.

[23] CAROL HEDDERMAN, «Past, present and future sentences: what do we know about their effectiveness?», in: L. R. GELSTHORPE/R. MORGAN (eds.), *The probation handbook*, Cullompton, Devon: Willan, 2007, pp. 468-469.

[24] Assinala-o, correctamente, THEODOR N. FERDINAND, «¿Funcionan las penas?», p. 326.

empíricos concluíram pela existência de programas em que uma intervenção directa sobre os agentes de delitos comportava virtualidades de diminuição da taxa de reincidência<sup>[25]</sup>. Por outro lado, em especial nos países de tradição do *common law*, tal surge associado a uma análise de *risk assessment* com recurso a métodos actuarialistas e às meta-análises, ou seja, medidas quantitativas de uma série de programas ressocializadores de cujos resultados se podem extrapolar os traços comuns de um programa apto a diminuir a reincidência. Trata-se de um dos instrumentos que pode ser usado para avaliar esta eficácia, mas não é, por certo, o único a ter em conta<sup>[26]</sup>.

Mas também em países do *civil law*, como na Alemanha. Em recente estudo publicado pelo Ministério da Justiça germânico<sup>[27]</sup>, afirma-se que somente tomando a sério as estatísticas e o seu estudo se pode concluir pelo efectivo cumprimento das finalidades preventivas. De 2004 a 2010, a reincidência foi mais forte nos três anos subsequentes (25% a 30%, mais enfocada nos homens e mais jovens) ao cumprimento da pena e metade dela sucede no primeiro ano, em especial quanto a crimes patrimoniais. Também ao nível de organizações internacionais como o Conselho da Europa,

[25] Entre tantos, veja-se a notícia do relatório elaborado em 1997 e apresentado ao Congresso dos EUA, em que se procedeu à avaliação de mais de 500 programas de prevenção de crimes, em especial os cumpridos na e com a comunidade (LAWRENCE W. SHERMAN *et al.*, «Preventing crime: what works, what doesn't, what's promising», in: *National Institute of Justice. Research in brief*, 1998). Compulse-se ainda as referências em JOSÉ CID MOLINÉ, «Medios alternativos de solución de conflictos y Derecho Penal», in: *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, II (2008), pp. 151-168. Por outro lado, como bem nota KLAUS LÜDERSSEN, «Resozialisierung und

Justizirrtum», in: CHRISTIAN FAHL *et al.* (Hrsg.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. FS für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 30, a verificação de MARTINSON, em texto, ainda que deturpada em certos pontos, teve a vantagem de fazer com que a ressocialização fosse orientada para os resultados e se preocupasse com a respectiva eficácia. Salienta a leitura apressada de MARTINSON, entre nós, baseando-se em autores como TROTHA, EDUARDO CORREIA, «Ainda sobre o problema da "ideologia do tratamento": algumas palavras sobre o "serviço social de justiça", in: JOÃO FIGUEIREDO (coord.), *Cidadão delinquente. Reinserção social?*

Lisboa: Instituto de Reinserção Social, 1983, p. II.

[26] JAMES AUSTIN, «The limits of prison based treatment», in: *Victims and Offenders*, 4 (2009), pp. 312 e 318.

[27] BUNDESMINISTERIUMS DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ, *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen 2007 bis 2010 und 2004 bis 2010*, 2014, disponível em [http://www.bm.jv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/DE/Legalbewaehrung-nach-strafrechtlichen-Sanktionen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bm.jv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/DE/Legalbewaehrung-nach-strafrechtlichen-Sanktionen.pdf?__blob=publicationFile).

a importância da «gestão do risco» tem sido assinalada. Assim, cf. Rec (2014) 3, do Comité de Ministros, adoptada em 19/2/2014, relativa aos delinquentes perigosos, onde se pode ler, no ponto 1, alínea e), do anexo à recomendação, que a «gestão do risco» é «o processo que consiste na selecção e aplicação de uma série de medidas de intervenção — no quadro prisional e na comunidade, e depois da libertação ou também no âmbito da vigilância preventiva — com vista a reduzir o risco de crimes sexuais ou praticados com violência grave contra uma ou várias pessoas.».

2. Assim enquadrados, avancemos, agora, para as principais críticas que se vêm dirigindo aos modelos orientados em direcção ao tratamento dos delinquentes. Com SVERI<sup>[28]</sup>, podemos sintetizá-las em: a) cariz ilógico da argumentação, na medida em que quem comete um crime não necessita de qualquer tratamento; não significa que ele seja «doente», o que implica que esse tratamento o beneficie sem se vislumbrar um motivo válido; b) inexistência de dados empíricos comprovados no sentido da diminuição da reincidência por via do tratamento; c) possibilidade de se transformar num sistema injusto, na medida em que dois indivíduos que cometam o mesmo ilícito podem ter destinos muito diversos: o que se entende carente de ressocialização entra no sistema penal, ao invés daquele que dela não carece, principalmente quando esse mesmo sistema não está dotado de características objectivas e mensuráveis para aferir do momento em que ocorre a «cura»; d) importa uma perpetuação da institucionalização, relacionada com o argumento anterior, apontando para a construção de cada vez mais estabelecimentos de cumprimento de penas e não para a sua abolição. Conclui SVERI

[28] K. SVERI, «The case for short-term imprisonment», in: WALTER T. HAESLER (Hrsg.), *Alternativen zu kurzen Freiheitsstrafen*, Diessenhofen: Verlag Rüegger, 1979, pp. 200-201.

que, se o sistema está verdadeiramente empenhado em reduzir as penas curtas de prisão, o paradigma deve ser alterado no sentido do abandono da ideia de terapia (social), passando-se a tratar o crime como aquilo que ele é na verdade: um fenómeno social que exige castigo como parte da estratégia social de controlo do delito.

Se aceitarmos ainda a tese de DURKHEIM, não seria o agente a necessitar de ressocialização, mas a própria sociedade; se ressocializar significa uma relação entre o agente e a sociedade, agir apenas sobre o primeiro importa, ao menos implicitamente, que se aceite a segunda como correctamente orientada, para além de se questionar até que ponto o Direito Penal não ultrapassa aquilo que é a sua missão. Ele não visa modificar a estrutura social, mas somente protegê-la, o que também importa saber até que ponto este ramo de Direito não é um instrumento nas mãos da classe dirigente. Daqui deriva a questão da «função propulsora do Direito Penal». Mais ainda, o problema de saber até que ponto existe uma identificação entre quem cria as normas e os seus destinatários. Todavia, o problema assume feições aceitáveis se se não propender para — como se não patrocina há largo tempo — uma «ressocialização moral»<sup>[29]</sup>. Não somente pela confusão hoje inaceitável à luz dos princípios do Estado de Direito entre o nosso ramo do Direito e outras regiões normativas, mas também pela multiplicidade de «morais» em um mundo policêntrico e diversificado, em que, dificilmente, por outro lado, estaria o sistema jurídico em condições de aceder às bases fundamentais dessas mesmas considerações morais, por não ser possuidor de instrumentos que a tal o habilitassem<sup>[30]</sup>. E, por

[29] FRANCISCO MUÑOZ CONDE, «La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito», in: AA. VV., *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, pp. 391-392.

[30] Na síntese, já ALBIN ESER, «Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzugs», in: JÜRGEN BAUMANN (Hrsg.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. FS für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr, 1974, pp. 512-513,

sendo muito veemente na defesa de uma separação entre o «foro interno» e o «foro externo». Com razão afirma ainda o autor que é muito complexo pretender-se que a ressocialização equivalha a um *Wertneutralismus* (*ibidem*, p. 514).

outra via, mas de jeito complementar, se se atentar nas palavras de ESER<sup>[31]</sup>: «a ressocialização como modificação “desindividualizada” da sociedade conduziria (...) a uma via de sentido único, em um país da utopia de uma realidade distante.». Donde, nenhum dos elementos da equação deve sobrevalorizar-se.

Todavia, mesmo uma perspectiva mais minimalista — que encontra um mero fundamento político-criminal para qualquer intento ressocializador — oferece resistências: nem todos os criminosos necessitam de ser ressocializados (os ocasionais, p. ex.) e alguns dos que produzem graves danos (v. g., criminalidade económico-financeira) estão muito bem inseridos socialmente, pelo que a ressocialização pode ser um instrumento ao serviço, uma vez mais, das classes mais poderosas. Por outro lado, como ESER assinalou, se se fica pelo mero respeito externo da legalidade penal<sup>[32]</sup>, tal pode ser pouco em sede ressocializadora, que não deve arvorar-se em qualquer conteúdo moral. Daí que este autor tenha defendido uma *via di mezzo*, baseada na «pedagogia da autodeterminação» de v. HENTIG: fornecer ao delinquente os meios para, *querendo*, chegar a uma «meta» de interiorização axiológica<sup>[33]</sup>. Numa palavra, a «prevenção da reincidência»<sup>[34]</sup>.

Estamos com ROXIN<sup>[35]</sup> na contracrítica a alguns dos aspectos aludidos e que achamos poderem resumir-se na seguinte

[31] «Resozialisierung in der Krise?...», p. 508. O mesmo se pode conduir das palavras de ALBERTO CADOPPI/PAOLO VENEZIANI (*Elementi di Diritto Penale. Parte Generale*, 5.<sup>a</sup> ed., Padova: CEDAM, 2012, p. 462), que afirmam que o condenado «será sempre livre de decidir de acordo com a sua consciência, mas terá a possibilidade de usufruir do apoio de um sistema que lhe deve oferecer uma concreta possibilidade de reinserção».

[32] Diz o autor que, usando categorias kantianas, o que se exige é o respeito pela

legalidade e não pela moralidade. Tal conduz a que, não contendo a norma penal a *Determinierungskraft*, mais difícil seja de implementar a própria ressocialização que, assim, por obediência aos princípios do Estado de Direito, deixa de conter um forte pendor «ético», com o que pode haver um cumprimento externo da norma a que não corresponda uma apreensão interna dos valores que lhe subjazem («Resozialisierung in der Krise?...», pp. 511-512).

[33] FRANCISCO MUÑOZ CONDE, «La

resocialización del delincuente...», pp. 393-396. Onde o agente tem a «responsabilidade principal» (THOMAS MATHIESEN, *Juicio a la prisión...*, p. 63).

[34] ALBIN ESER, «Resozialisierung in der Krise?...», pp. 510-511.

[35] «El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo», in: SANTIAGO MIR PUIG (ed.), *La reforma del Derecho Penal*, I, Bellaterra: Ed. de Universidad Autónoma de Barcelona, 1980, pp. 101-102.

afirmação: «[q]uem não queira melhorar paulatinamente esta sociedade, mas que a deseje sim derrubar de modo revolucionário, não pode logicamente participar na sua reforma»<sup>[36]</sup>. Vale isto por dizer que é evidente que, como regra, a ressocialização se faz 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. As técnicas ressocializadoras *não são uma panaceia*, mas apenas *mais um* instrumento ao serviço do sistema e do delincente, sendo exacto que elas são as únicas aptas a criar ou reactivar estruturas comunicacionais — à maneira de HABERMAS, se se quiser — essenciais a um convívio comunitário sem comissão de delitos. «A ressocialização só pode ser ajuda para ajudar-se a si mesmo»<sup>[37]</sup>. Donde, não colhem um pensamento exasperadamente conservador que impede qualquer intervenção jurídico-penal com o agente do delito, ou um outro, também radical, agora identificado com a esquerda, o qual pretende ligar os delinquentes a agentes de mudança social e, por isso, carecidos de qualquer ressocialização<sup>[38]</sup>.

3. Em súmula do visto até aqui, a realidade criminológica verificada a partir da década de Sessenta do séc. XX, com elevadas taxas de reincidência, desferiu um golpe muito profundo na ressocialização. Passou a falar-se em «mito da ressocialização», em necessidade de retorno a uma política de pura prevenção geral negativa, de contenção do delincente e do seu afastamento comunitário (*deterrence*).

[36] *Ibidem*, p. 102.

[37] CLAUS ROXIN, *Política criminal y estructura del delito (Elementos del delito en base a la política criminal)*, Barcelona: PPU, 1992, p. 24.

[38] *Ibidem*, pp. 16-17. Se bem interpretamos, disto não anda longe ALBIN ESER, «Resozialisierung in der Krise?...», p. 510, ao levantar o veto constitucional da alteração das consciências por via da ressocialização.

Factores económicos e sociais contribuíram igualmente para esta descrença: as sucessivas crises económico-financeiras aconselhavam o aforro de recursos para actividades tidas como mais reprodutivas e a opinião pública alterou a sua concepção, tornando-a porventura mais pragmática e imediatista. Claro está, por outra banda, que a crise da ressocialização teve causas mais profundas, como sejam a mudança do entendimento do próprio ser humano e da forma como a solidariedade intra-societária deve ou não ser uma prioridade. Uma filosofia humanista é, por definição, muito mais favorável a um transfundo ressocializador, ao invés de uma orientação mais pragmatista e utilitarista, sendo exacto, porém, que todos estes aspectos — culturais, filosóficos, económicos, sociais — interagem e se limitam mutuamente.

Já se questionou se a solidariedade *qua tale* deve ser elevada à categoria de preceito inscrito nas Constituições e não apenas como princípio que a perpassa. Concordamos com a análise de MICHAEL BAURMANN<sup>[39]</sup>, no sentido de que pouco adianta proceder a essa inscrição se o tecido social não se acha motivado para vivenciar essa solidariedade que, no que aqui importa, é-o em direcção ao condenado. As Leis Fundamentais, desempenhando embora uma não despreciada função prospectiva e proclamatória, capaz de dirigir as sociedades erigidas em Estados para ideais, não devem enxamear-se de normas meramente programáticas, sob pena do seu próprio descrédito, *maxime* em comunidades profundamente individualistas e de feição neoliberal, tantas vezes selvagem, como as hodiernas. As Constituições passariam a ser, na análise de BAURMANN, um instrumento de educação dos cidadãos e que poderiam ser usadas contra eles, de jeito autoritário e paternalista, forçando os seus

[39] «Solidarity as a social norm and a constitutional norm», in: KURT BAYERTZ (ed.), *Solidarity*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999, pp. 243-272.

membros a empenharem-se em comportamentos «societariamente responsáveis»<sup>[40]</sup>. É isto, note-se, sem qualquer garantia de que a simples inscrição de uma norma deste tipo afectasse o comportamento dos cidadãos. É a efectividade da norma que deve ser garantida, sob pena de descrença no texto em que ela se inclui. Na verdade, só pré-existindo uma motivação para a solidariedade é expectável que a sua positivação seja eficaz<sup>[41]</sup>. Na súmula do autor: «[u]ma Constituição nada mais seria que um pedaço de papel se não existissem previamente cidadãos suficientes que desejam agir em solidariedade em favor das instituições básicas do seu regime.»<sup>[42]</sup>.

O actual momento é de *transição* e de *impasse*<sup>[43]</sup>. Se, por um lado, a maioria das legislações da Europa ocidental mantém a ressocialização nos respectivos Códigos Penais ou no entendimento maioritário da doutrina e jurisprudência como uma meta de todo o sistema penal (como um dos fins das reacções criminais), também é um dado evidente que se assiste a um divórcio cada vez maior entre a *law in the books* e a *law in action*. As mutações políticas que vivemos, os fenómenos de populismo criminal e a escassez económica são tudo menos factores favoráveis à ressocialização.

Do outro lado do Atlântico, e mesmo na Europa de matriz do *common law*, com o *punitive turn*, existe quase uma admissão directa do abandono do objectivo ressocializador<sup>[44]</sup>. Estudos criminológicos levados a cabo na Alemanha, porém, apontam no

[40] *Ibidem*, p. 260.

[41] *Ibidem*, p. 263.

[42] *Ibidem*, p. 264.

[43] Há quem o considere, todavia, «de reafirmação da vontade de reabilitar e supervisionar os condenados na comunidade» (ESTER BLAY/ELENA LARRAURI, «La supervisión de los

delinquentes en libertad», in: ELENA LARRAURI/ESTER BLAY (eds.), *Penas comunitarias en Europa*, Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 11).

[44] Entre tantos, CLAU ROXIN, «Problemas actuales de política criminal», in: ENRIQUE DÍAZ ARANDA (ed.), *Problemas fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*, reimp., México: Universidad Nacional Autó-

noma de México, pp. 87-88. Para um conspecto do problema do populismo no nosso ramo de Direito, salientando a sua existência na Europa continental, ilustrando com o exemplo francês de 2004, a qual importa, até certos limites, o *guilty plea*, através da *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, do artigo 495-7 do CPP gaulês, ANTÓNIO DE ARAÚJO, «O populismo penal: algumas notas», in: AUGUSTO

sentido da inexistência de evidência empírica de um verdadeiro *punitive turn*. De facto, o número de presos na Alemanha mantém-se bastante constante nos últimos anos, assistindo-se a um aumento da aplicação de penas de substituição, em especial a pena suspensa, bem como manifestações de diversão e consenso, como a contida no § 153a da *StPO* (*Strafprozessordnung*: Código de Processo Penal alemão), têm incrementado. Como informa HANS JOACHIM HIRSCH<sup>[45]</sup>, em meados dos anos 2000, cerca de 49% dos processos penais eram resolvidos por mecanismos de oportunidade e consenso, de entre os quais o correspondente ao nosso artigo 281.º do CPP representa um elevado número. O autor é muito crítico quanto a este estado de coisas, defendendo que estamos perante a atribuição, de facto, de poderes quase-jurisdicionais aos magistrados do Ministério Público (MP), os quais, através de uma concordância quase rotineira dos juízes, assumem um papel que a Constituição lhes não confere em sede de criminalidade de pequeno e médio potenciais ofensivos. Do mesmo passo, não se detecta um aumento significativo da duração média da prisão<sup>[46]</sup>, apesar de o inverso se poder concluir da análise de outros autores<sup>[47]</sup>, relativamente a dados estatísticos de 2009, lamentando, aliás, que a prisão continue a ser mais uma *prima* que uma *ultima ratio*. Veja-se

SILVA DIAS *et al.* (orgs.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 770. Julgamos não se poder escapar à síntese de «narrativa aberta» no sentido de que se não sabe, de momento, se o populismo é uma realidade meramente transitória, embora arrisquemos a considerar que o não será, tanto mais que, como adverte CARLOS ALBERTO ELBERT, «O populismo penal: realidade transitória ou definitiva?», in: FABIO ROBERTO D'ÁVILA (org.), *Direito Penal e Política Criminal no terceiro milénio: perspectiva e tendências*, Porto Alegre: EdIPUCRS,

2011, p. 67, foi o reconhecimento (geral, que não unânime) da existência do livre arbítrio um dos factores que tem estado na base desse mesmo populismo. Na verdade, se o ser humano é livre, então ele é responsável pelos seus sucessos e fracassos, o que importa que uma política social e penal voltada para uma exigência acrescida — mesmo que apenas simbólica, acrescentamos nós — esteja em linha com essa mesma conclusão. Parece exigir-se um novo pacto social, embora não se vislumbre, de momento, a pulsão criadora cívica ou política para que tal suceda.

[45] «Aktuelle Probleme rechtsstaatlicher Strafgesetzgebung», in: *JuInt*, VIII (2003), pp. 9-10.

[46] WOLFGANG HEINZ, «Neue Straflust der Strafjustiz — Realität oder Mythos?», in: *NK*, I (2011), pp. 14-27.

[47] FRIEDER DÜNKEL/BERND GENG /CHRISTINE MORGENSTERN, *Rechtstatsächliche Analysen, aktuelle Entwicklungen und Problemlagen des Strafvollzugs in Deutschland*, disponível em <http://www.bpb.de/system/files/pdf/5P6XI7.pdf>.

ainda a análise comparativa com outros países europeus, de entre os quais se denota atenção para com o aumento da população prisional portuguesa de 1984 a 1998, embora com um declínio em 2008, bem como as diferenças relativas dos *Länder*, em DÜNKEL<sup>[48]</sup>. O autor chama a atenção para que um dos factores de relativa estabilidade em termos punitivos na Alemanha (excepto em 1998, fruto de alterações legislativas em matéria de crimes sexuais, fundamentalmente) se fica a dever à inexistência de grandes oscilações em sede do modo como os Tribunais punem, ou seja, na matéria das ditas *sentences guidelines*. Outros factores apontados são uma estabilidade jurisprudencial, em especial do *Bundesgerichtshof* (BGH: Supremo Tribunal Federal alemão) e do *BVerfG*, factores económicos e políticos, com a existência de governos de coligação a garantir que não haja grandes alterações em sede de política criminal. É mesmo apontada a orientação constante do *BVerfG* quanto ao valor da ressocialização como um *Stabilisierungsfaktor* único no contexto europeu.

E, note-se, tudo isto admitindo-se geralmente que a verdadeira ressocialização não foi nunca — porventura em sistema jurídico algum — plenamente implementada, fruto dos enormes investimentos em meios materiais e humanos que tal implicaria<sup>[49]</sup>. Não é por acaso que vários instrumentos de Direito Internacional Público, em regra de *soft law*, chamam a atenção para a necessidade de dotar as medidas cumpridas na comunidade dos meios financeiros, materiais e humanos para uma correcta implementação<sup>[50]</sup>.

[48] «Gefängenenraten im internationalen und nationalen Vergleich», in: NK, I (2010).

[49] Não foi por acaso que, aquando da criação do então Instituto de Reinserção Social, por intermédio do Decreto-Lei n.º 319/82, nas jornadas de estudo

promovidas, o êxito ou o fracasso dos grandes axiomas em que se construíra a ossatura do CP passava pela dotação daquele Instituto de meios humanos e materiais para cumprir adequadamente as suas funções (veja-se, *inter alia*, MANUEL DE CASTRO RIBEIRO, «A reinserção social de delinquentes», in: JOÃO FIGUEIREDO (coord.), *Cidadão delinquente. Reinserção social?*, p. 62). O problema permanece praticamente o mesmo, mais de 30 anos volvidos.

[50] *Inter alia*, veja-se a Rec (92) 16, do Comité de Ministros do Conselho

Com ULLA V. BONDESON<sup>[51]</sup>, «[a]té à actualidade, aos condenados raramente foi oferecido o tratamento em vez da punição; eles têm sido habitualmente punidos como forma de tratamento ou tratados como forma de punição. Pode, assim, ser defendido que é demasiado cedo para rejeitar uma ideologia não adequadamente testada.». Dir-se-á, em contraponto, que tal só sucede na medida em que a ressocialização não deixa de ser um mero «ideal», por definição irrealizável, ainda que estivessem ao dispor desses mesmos sistemas todos os mecanismos requeridos. Assim nos não parece, todavia, a partir do momento em que se patrocina, como fazemos, uma concepção mais restrita de ressocialização, enquanto colocação dos meios adequados ao serviço do agente do crime para que o mesmo não reincida (ESER). Deste modo encarada, a ressocialização perde o carácter de ideal diáfano e irrealizável.

O *what works* passa pela convicção de que uma prática bem fundada em evidência empírica e sujeita a uma avaliação rigorosa pode trazer efeitos positivos em sede de reabilitação<sup>[52]</sup>. Em uma fase inicial, o fulcro dessa intervenção assentava em uma ideia de «emenda» do delinquente que, se não correspondia a uma efectiva metanoia, dela se não afastava grandemente<sup>[53]</sup>. Donde, mais ainda na última década, muito devido à crise económica que tem obrigado os Estados a procurarem alternativas menos custosas à privação de liberdade, a que se associam as novas oportunidades trazidas pelo desenvolvimento tecnológico, como sucede com

da Europa, adoptada em 19/10/1992 (regras 37 a 43). No mesmo sentido, da ONU, as conclusões do 6.º Congresso sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes («Extracts from the Report of the Sixth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders», in: *International Review of Criminal Policy*, 36 (1980), pp. 17-18).

[51] *Alternatives to imprisonment. Intentions and reality*, New Brunswick/London: Transactions Publishers, 2002, p. 213.

[52] JOSEFINA CASTRO, *A reabilitação...*, p. 3.

[53] Salienta-o, com precisão, MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA, «A reinserção social do delinquente: utopia ou realidade», in: JOÃO FIGUEIREDO (coord.), *Cidadão delinquente. Reinserção social?*, p. 72.

a vigilância electrónica, a reinserção social do condenado tem vindo a ganhar relevo e papel na agenda político-criminal. Fala-se mesmo, nos EUA, num «reinvestimento na justiça» (*justice reinvestment*), sendo exacto que se a opinião pública ainda defende uma punição severa para crimes como os económico-financeiros e os sexuais, também reconhece a necessidade da reabilitação<sup>[54]</sup>. E de tal modo é assim que, com DUBBER<sup>[55]</sup>, bem se pode afirmar que *a reinserção continua a ser a racionalidade dominante da privação de liberdade*, codificada em quase todos os Estados da nossa tradição jurídico-cultural, aliás reconhecida pela jurisprudência dos Tribunais superiores dos Estados que nos são mais próximos.

Assim, o artigo 27, 3, da Constituição italiana expressamente prevê: «[1]e pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato», o que é interpretado como um «ditame positivo de finalidade», como «uma eleição cultural de civilização, uma opção política de fundo do ordenamento» e como uma expressão do princípio de solidariedade humana que inspira a Constituição, por certo admitindo-se que a própria comunidade partilha de uma quota-parte de responsabilidade pelo facto do crime. Mais ainda, o Tribunal Constitucional italiano tem reafirmado o princípio da «multifuncionalidade» da pena, *i. e.*, a finalidade ressocializadora é considerada como compatível com qualquer outro desiderato assinalado às sanções criminais<sup>[56]</sup>. Entre outras, cf. as decisões da *Corte Costituzionale* 12/1966; 22/1971; 179/1973; 192/1976; 264/1974; 107/1980. Com interesse, ainda, a decisão 313/1990, onde se afirma

[54] JAMES M. BYRNE/SUSAN TURNER, «Reforming federal sentencing guidelines: a modest proposal», in: *Victims and Offenders*, 5 (2010), pp. 221-222. Antes disso, já HANS-HEINRICH JESCHECK, «Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma

del Derecho Penal», in: SANTIAGO MIR PUIG (ed.), *La reforma del Derecho Penal*, vol. I, Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, 1980, p. II.

[55] MARKUS D. DUBBER, «Criminal Law in comparative context»,

in: *Journal of Legal Education*, 56, 3 (2006), p. 439.

[56] FRANCESCO PALAZZO, «Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal», in: *Revista Penal*, 2 (1998), pp. 57-58.

que «em um Estado evoluído, a finalidade de reeducação não pode ser considerada estranha à legitimação e à função específica da pena», pelo que se trata de um fim que «deve ser obrigatoriamente perseguid[o]»<sup>[57]</sup>. Desse mesmo artigo 27, mas agora conjugando os n.ºs 1 e 2, tem-se assistido, desde a década de 1950, a uma afirmação de princípio da rejeição da responsabilidade criminal objectiva, o qual inicialmente não era tido por princípio que se retirasse directamente da Lei Fundamental, mas que, a partir das décadas de Setenta e Oitenta, o passou a ser<sup>[58]</sup>. Na síntese de MARINUCCI/DOLCINI<sup>[59]</sup>, a Constituição veda uma ressocialização coactivamente imposta, mas também não impede uma simples neutralização do agente sempre que ela não seja possível, dando como exemplo a criminalidade organizada. O modo tão generalizado como se referem a esta última suscita críticas de excessiva simplificação da realidade proteiforme. Tem sido objecto de polémica o sentido com que deve valer a inserção na Lei Fundamental da reinserção dos condenados. Parece ser consensual que, também em Itália, o que se exige ao legislador é remover os obstáculos impeditivos de uma ressocialização desejada pelo agente, proposta e não imposta, portanto<sup>[60]</sup>.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano pode ser descrita como «de geometria variável». Assim, de 1966 a 1988, como já assinalado, aquele Tribunal adoptou uma concepção «polifuncional» de pena, agrupando finalidades retributivas e preventivas sem grande preocupação de concatenação, o que mereceu o reparo da doutrina. Nesta primeira fase, considerava-se que tinha sido *intentio* legislativa consagrar a reinserção como preceito

[57] SERENA MARESCA/LUCIA NACCIARONE, *Compendio di Diritto Penale (Parte Generale e Speciale)*, 3.<sup>a</sup> ed., Romagna: Maggioli, 2011, pp. 231-232; em sentido idêntico, MARIO CANEPA/ALBERTYO MARCHESELLI/SERGIO MERLO, *Lezioni di Diritto Penitenziario*, Milano: Giuffrè, 2002, pp. 3-4.

[58] Para a análise desta evolução, CARLO FEDERICO GROSSO, «Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale», in: GIULIANO VASSALI (org.), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 3-28.

[59] *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano: Giuffrè, 2004, p. 13.

[60] Entre tantos, vide GIOVANNI FIAN-DACA, «Il 3.º comma dell'art. 27», in: GIUSEPPE BRANCA et al. (dirs.), *Commentario alla Costituzione — Rapporti Civili*, Bologna: Zanichelli, 1991, p. 224.

constitucional<sup>[61]</sup>. Com a decisão n.º 313 de 1990, é assinalada uma reviravolta em tal entendimento, porquanto a *Corte Costituzionale* abandona a retribuição como finalidade autónoma da pena, em detrimento de desideratos preventivos, relevando a primeira somente em função da proporcionalidade entre gravidade do facto e da sanção. A ressocialização é vista como uma forma de evitar que a prevenção transforme o condenado em um instrumento ao serviço de fins que lhe não são inerentes. Em relação à expressão que sublinhámos no preceito constitucional, com este aresto de 1990 passa a entender-se que a reinserção integra o próprio sentido ontológico da pena, sublinhando o Tribunal que ela vale tanto para o legislador como para o juiz, e bem assim, para a administração penitenciária, no que se pode definir, dizemo-lo, como uma omnipresença da finalidade reeducativa ao longo de todas as fases do sistema jurídico-criminal<sup>[62]</sup>. EMILIO DOLCINI<sup>[63]</sup> não tem dúvidas em afirmar que se deve estar grato ao legislador pela sua expressa previsão, tendo o princípio como um dos esteios de um Estado de Direito republicano e como um «termo fundamental de referência para o futuro desenvolvimento da legislação penal»<sup>[64]</sup>.

### III. CONCEITO OPERATÓRIO DE «RESSOCIALIZAÇÃO»

1. Enquadrados na periodização histórica possível, onde também já se foram adiantando algumas das posições que subscrevemos, é agora tempo para reflectir sobre um *conceito operatório* do que

[61] GIOVANNI FIANDACA, «Scopi della pena tra comminazione editale e commisurazione giudiziale», in: GIULIANO VASSALLI (dir.), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, pp. 131 e 134.

[63] «Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del costituente», in: *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, II-III (2005), p. 81.

[64] Para uma panorâmica do até aqui explanado, PAOLO STELLA, «The purpose and effects of punishment», in: *EJCLCJ*, 9, 1 (2001), pp. 65-68.

[62] GIOVANNI FIANDACA, «Scopi della pena...», pp. 136-138.

seja a *ressocialização*. Na verdade, como tem sido assinalado<sup>[65]</sup>, o seu carácter diáfano tem servido diversas ideologias que a vão insuflando do conteúdo que, a cada momento histórico (*Modewort*), mais se acha interessante, dando-lhe, assim, como sucede com todos os conceitos elásticos, uma sobrevivência similar à respectiva indeterminação. Longe vão os tempos de um positivismo exacerbado em que também se procurava tornar o criminoso um cidadão socialmente útil, através de uma terapêutica médica cuidada e intensiva, ainda que contra a sua vontade e durando o tempo essencial à «cura».

O trânsito para um Estado de Direito democrático coenvolveu uma alteração profunda neste entendimento. Sendo o condenado um verdadeiro *sujeito de direitos*, a *ressocialização* só pode ser *proposta e não imposta*, estando totalmente dependente da sua vontade, em conformidade com o axioma de que *inexiste verdadeira ressocialização forçada*<sup>[66]</sup>. Rejeita-se um arremedo ressocializador que, a bem da verdade, se assistiu em alguns Estados encantados com a era do *Welfare*. A função do Estado passa a ser entendida em perspectiva mais minimalista, *i. e.*, compete-lhe fornecer aos

[65] Entre tantos, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, «La resocialización del delincuente...», p. 389. KLAUS LÜDERSSEN, «Resozialisierung und Justizirrtum», in: CHRISTIAN FAHL *et al.* (Hrsg.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. FS für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 29 começa exactamente por assinalar o modo como a ressocialização foi sendo apropriada por cada uma das teorias dos fins das penas, desde os pressupostos éticos kantianos, até à prevenção especial de tratamento médico positivista, concluindo pela absoluta necessidade de respeito pela dignidade da pessoa.

[66] Trata-se de conclusão que diríamos unânime na doutrina. Assim, veja-se, p. ex., CLAUS ROXIN, «Sobre a evolução da política criminal na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial», in: MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA (coord.), *Problemas fundamentais de Direito Penal. Homenagem a Claus Roxin*, Lisboa: Universidade Lusitana Editora, 2002, p. 22, associando tal asserção ao trânsito para um Estado Social de Direito que, a partir de 1975, na Alemanha, se interessa não pela prevenção especial, como sucedia fundamentalmente até aí, mas também pela prevenção da comunidade, sempre limitada por este princípio ressocializador (em síntese: «a boa política criminal consiste, portanto, em

unificar da melhor maneira possível a prevenção geral, a prevenção especial centrada na integração social e a limitação da pena decorrente do Estado de Direito.» (*ibidem*, p. 23)). Nas palavras de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Polémica actual sobre o pensamento da reinserção social», in: JOÃO FIGUEIREDO (coord.), *Cidadão delinquente: reinserção social?*, p. 15, «[o] «direito a não ser tratado» é parte integrante do «direito de ser diferente», o qual deve ser assegurado em toda a sociedade verdadeiramente pluralista e democrática». Já antes, embora em sentido não tão claro no que tange à voluntariedade, EDUARDO CORREIA, «Assistência prisional e post-prisional», in: *BFD*, suplemento XV, vol. I (1961), pp. 371-373.

criminosos as condições — em meio prisional ou fora dele — para os mesmos, *querendo*, voltarem a ser cidadãos socialmente integrados e cumpridores das prescrições legais. Mais ainda, a ressocialização assume um carácter «social», com o que visa sublinhar-se a ideia de que se não trata apenas de uma tarefa do condenado, mas de uma interacção deste com a comunidade<sup>[67]</sup>.

Na Alemanha, logo em finais do séc. XIX, era comum a ideia de que os juízes, no que concerne às penas curtas de prisão, deveriam procurar substitutivos (em especial, a pena de multa) sempre que a culpa pelo facto fosse diminuta<sup>[68]</sup>. Na actualidade, apesar de o *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG: Tribunal Constitucional Federal alemão) afirmar que o problema dos fins das penas é uma questão dogmática e sobre a qual não tem de pronunciar-se<sup>[69]</sup>, considerando que existe um largo espaço de conformação do legislador infraconstitucional<sup>[70]</sup>, certo é que, como ROXIN pôs em destaque, de vários pronunciamentos se pode retirar que essa jurisprudência acaba por tomar posição em sentido que anda próximo do que faz vencimento na doutrina maioritária daquele país. Assim, nos quadros das ditas «teorias da união», o Tribunal de Karlsruhe acaba por entender que as finalidades preventivas são as que relevam em maior medida, já que, quando se refere à retribuição, fá-lo

[67] Assim, JOSÉ CID MOLINÉ, ¿Pena justa o pena útil? (*El debate contemporáneo en la doctrina penal española*), Madrid: Ministerio de Justicia, 1994, p. 243.

[68] PAUL FELIX ASCHROTT, *Ersatz kurzzeitiger Freiheitsstrafen. Eine kriminalpolitische Studie*, Hamburg: Verlagsanstalt und Druckerei Uctien-Gesellschaft, 1889, pp. 6-7. Como se sabe, na feliz expressão de PRIIT PIKAMÄE/JAAN SOOTAK, «Einheit der verfassungsmässigen Rechtsord-

nung: Entscheidungen und Lösungen im Strafrecht», in: *JuInt*, VII (2002), p. 130, ainda hoje o sistema assenta em um «triângulo prisão — multa — alternativas às penas principais.»

[69] Entre tantos, CLAUS ROXIN, «60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Strafrecht», in: PETER HÄBERLE (Hrsg.), *60 Jahre deutsches Grundgesetz*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 67. Ao invés, como é natural, do BGH. Entre tantos acórdãos, cf. *BGHSt* 24, 40, onde claramente se aponta que a

pena não é uma simples retribuição pela culpa do crime, mas que só é legítima como instrumento preventivo.

[70] «La teoría del fin de la pena en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán», in: SANTIAGO MIR PUIG/JOAN JOSEP QUERALT JIMÉNEZ (dirs.), *Constitución y principios del derecho penal: Algunas bases constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 234-235.

sem o sentido das mais extremadas posições neste domínio<sup>[71]</sup>. No momento da cominação penal, o mais relevante seriam as concepções gerais-preventivas (negativas ou positivas, pois detecta-se naquela jurisprudência que a pena é encarada como um afastamento da comunidade do delito pelo medo das respectivas consequências ou por uma interiorização dos valores essenciais do ordenamento jurídico); no da individualização da pena, os fins precípuos são especiais e gerais-preventivos (a circunstância de o Tribunal Constitucional se referir à culpa é vista como uma referência à proporcionalidade, a qual integra o juízo preventivo) e no da execução, o essencial seria orientado em função do concreto condenado.

Donde, pela análise dos pronunciamentos do *BVerfG*, verifica-se que a ressocialização é considerada no momento da determinação da pena e no da respectiva execução<sup>[72]</sup>. Na verdade, como LÜDERSSEN justamente apontou, a ressocialização do agente é

[71] Apesar de usado por ROXIN, «La teoría del fin de la pena en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán», in: SANTIAGO MIR PUIG/JOAN JOSEP QUERALT JIMÉNEZ (dirs.), *Constitución y principios del derecho penal: Algunas bases constitucionales*, pp. 242-243, este não é um argumento decisivo, desde logo na medida em que, como se sabe, já quase ninguém hoje propende para uma retribuição exasperada como esta, mas sim normativa, *axiologicamente fundada*. Tal não impede, contudo, que alguns autores advoguem que a adopção de uma concepção absoluta neste domínio seria inconstitucional, em face da GG — assim, NATALIE ANDREA LEYENDECKER, *(Re-)Sozialisierung und Verfassungsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2002, pp. 70 e ss., em esp., p. 73.

[72] Dela pretende ainda ROXIN («La teoría del fin de la pena...», pp. 244-246) conseguir apoio para a sua posição em matéria das teorias quanto à determinação da medida da pena, pois entende que, a haver antinomias entre culpa e ressocialização, pode o juiz decidir-se por aplicar um concreto *quantum* que não corresponda exactamente ao juízo de censura dirigido ao concreto agente, mas que seja inferior, visto que essa é a melhor forma de dar guarida às necessidades especiais-preventivas que no caso se fazem sentir. Afirma-o respaldando-se na circunstância de o *BVerfG* ter da pena um entendimento de que ela não pode ser um fim em si mesmo; donde, há exigências preventivas a levar em conta; do facto de que o Tribunal afirma que se se puder levar a efeito o que se pretende com a sanção por via de um sancionamento menos intrusivo nos direitos fundamentais,

é esse que se prefere (princípio da proibição do excesso), o que justificaria que a pena concreta ficasse abaixo da medida da culpa; se a ressocialização é um mandato constitucional, ela não pode ser minorada neste momento, existindo uma obrigação do próprio Estado em garanti-la. Para uma síntese deste problema e uma exposição enxuta do modo como o autor entende a ressocialização, a qual não dispensa, todavia, uma preocupação com a prevenção geral, cf. CLAUD ROXIN, «Sentido e limites da pena estatal», in: CLAUD ROXIN, *Problemas fundamentales de Derecho Penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Vega, 2004, pp. 32-43, pronunciando-se até no sentido de uma elevação do âmbito aplicativo da pena suspensa que, à altura em que escrevia (1966), se destinava a medidas concretas até nove meses de prisão. Também, HEINZ ZIPF, *Politica criminale*, Milano: Giuffrè, 1989, pp. 131-136.

um processo contínuo que se inicia logo com a cominação penal e com a determinação sancionatória, mas que encontra na execução da reacção a sua fase essencial<sup>[73]</sup>. Logo em 1977, aquele Tribunal definia a ressocialização<sup>[74]</sup> como a «reintegração do agente na comunidade»<sup>[75]</sup>, retirando-se directamente da *Grundgesetz* (GG: Constituição Federal alemã) uma obrigação de a execução da pena se orientar para esse fim primordial. Mais ainda, «do prisma constitucional, esta exigência corresponde ao próprio entendimento do que é uma comunidade, a qual coloca a dignidade humana no centro do seu sistema axiológico e está comprometida com o princípio do Estado social»<sup>[76]</sup>. Do mesmo passo se salienta que o condenado não pode ser objecto de uma simples sanção estatal que o obrigue à ressocialização, devendo ela ser encarada como prestação

[73] KLAUS LÜDERSSEN, *Il declino del Diritto Penale*, Milano: Giuffrè, 2005, pp. 11-12. Mais ainda, o autor vem chamando a atenção para a necessidade de o condenado ganhar *skills* à medida de todo o processo descrito em texto e de se apostar nas *capacidades comunicacionais* do mesmo, no que nos ressoa uma influência habermasiana (*ibidem*, pp. 27-28). Sublinha ainda o cariz emancipatório de todo o processo (*ibidem*, p. 50).

[74] Tudo indica que o termo terá sido usado pela primeira vez na Alemanha, num opúsculo intitulado «Gegen die Freiheitsstrafe» (1918), da autoria de VON KARL LIEBKNECHT, e mais tarde retomado por VON HANS ELLGER no artigo «Der Erziehungszweck im Strafvollzug» (1922), com análise dos resultados obtidos pelas ciências empíricas sobre as consequências sociais negativas e a estigmatização daqueles que eram privados de liberdade (NATALIE ANDREA LEYEN-

DECKER, *(Re-)Sozialisierung und Verfassungrecht*, p. 50).

[75] *BVerfGE* 35, 202, 235, ss.: «die Wiedereingliederung des Straftäters in die Gesellschaft». No mesmo aresto se afirma a proibição constitucional de degradar o condenado ao papel de um «objecto», o que comporta inegáveis consequências práticas na execução da pena de prisão, as quais começam a ser claras a partir das décadas de Cinquenta e Sessenta do séc. XX, na Alemanha, discutindo-se os limites a traçar numa inegável limitação da «esfera íntima» que sempre ocorre em «instituições totais» como a prisão. Também por essa altura, o mandato hoje consagrado de que nenhum condenado pode ser (re)integrado socialmente contra a sua vontade, exactamente por via do respeito dessa eminente dignidade da pessoa, começa a fazer o seu caminho — cf. HEINZ MÜLLER-DIETZ, *Menschenwürde und Strafvollzug*, Berlin, New York: Wal-

ter de Gruyter, 1994, pp. 9 e 27-29. Na síntese deste autor, a execução das penas privativas de liberdade passa pela garantia da protecção e do cuidado que o Estado deve ao condenado na sua vida diária, pela luta contra a formação da «subcultura» carcerária e, por fim, a *Drittwirkung des Freiheitsentzugs*, i. e., a necessidade de se obviar, na medida do possível, os efeitos negativos da sanção sobre a família e amigos do condenado, o que importa uma obrigação activa do Estado quando o condenado finda o cumprimento da pena, de o auxiliar na sua reintegração (*ibidem*, pp. 32-34).

[76] «Verfassungsrechtlich entspricht diese Forderung dem Selbstverständnis einer Gemeinschaft, die die Menschenwürde in den Mittelpunkt ihrer Wertordnung stellt und dem Sozialstaatsprinzip verpflichtet ist.» (*BVerfGE* 98, 169, 200, ss.). Mais se referia aos perigos do contacto do condenado com a subcultura da prisão (do encarceramento) — *Subkultur des Prisonisierung*.

da sociedade<sup>[77]</sup>. Neste sentido, entre outros, HASSEMER usa a expressão plástica de que «o condenado é titular do direito a ser deixado em paz»<sup>[78]</sup>. Impõe-se, pois, atentar no seguinte trecho de uma decisão do *BVerfG*: «[n]ão só o infractor deve ser preparado para o retorno à sociedade humana livre; mas esta precisa, por sua vez, de estar pronta para reintegrá-lo. Constitucionalmente, essa exigência corresponde à prova de uma comunidade que coloca a dignidade humana no centro do seu sistema de valores e que está comprometida com o princípio da justiça social. Como portador de direitos fundamentais que oferecem protecção e que são inerentes à dignidade humana, o delinquentemente condenado deve obter a possibilidade de encontrar novamente o seu lugar na comunidade, depois de cumprir a sentença.»<sup>[79]</sup>.

Em data recente<sup>[80]</sup>, veio ainda o Tribunal de Karlsruhe adotar uma decisão bastante relevante na matéria da ressocialização, na medida em que considera que, mesmo em um Estado como a Alemanha, em que existe prisão perpétua, a mesma não pode deixar de perder de vista, na medida do possível, esses mesmos desideratos ressocializadores. Assim, no caso concreto de um recluso em cumprimento de pena há 18 anos, nos termos da *Strafvollzugsgesetz* (*StVollzG*: Lei alemã de Execução das Penas e Medidas de

[77] Com particular insistência, ALESSANDRO BARATTA, «Resozialisierung oder soziale Kontrolle? Für ein kritisches Verständnis der sozialen "Reintegration"», in: GUIDO BITZ *et al.* (Hrsg.), *Grundfragen staatlichen Strafans. FS für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München: Beck, 2001, p. 6. A interação entre a prisão e o espaço externo é também desenvolvida (*ibidem*, p. 5), sendo que o autor é particularmente crítico em relação a esta pena, escrevendo que, por vezes, a ressocialização se consegue, «ape-

sar da pena de prisão» (*ibidem*, p. 3). Do mesmo modo, HEINZ MÜLLER-DIETZ, *Menschenwürde und Strafvollzug*, p. 19, citando decisões do *BVerfG* (central: *BVerfGE* 27, 1), no sentido de que o tratamento do condenado como uma coisa e não como um sujeito é claramente inconstitucional. Como aí se escreve: «o Homem deve sempre ser o fim em si mesmo, o que é plenamente aplicável a todos os ramos do Direito; porque a dignidade inalienável do Homem consiste exactamente no facto de ele continuar

a ser reconhecido como personalidade auto-responsável.».

[78] WINFRIED HASSEMER, «Resozialisierung und Rechtsstaat», in: *KrimJ*, 14, 3 (1982), p. 165.

[79] *BVerfGE*, 35, 235, ss.

[80] *BVerfG* 2 BvR 1753/14 (2.ª Câmara do 2.º Senado) — decisão de 4/5/2015, cujo sumário se acha publicado em *HRRS*, 16, 7/2015, pp. 260-261.

Segurança Privativas de Liberdade), o *BVerfG* veio ancorar nos artigos 2 Abs. 1, em conjugação com o 1 Abs. 1, ambos da GG, a obrigação de, por princípio, admitir a saída do condenado da prisão, por períodos limitados de tempo, com o fito de o reinserir socialmente. Mais ainda, não aceitou o argumento da falta de recursos humanos para o consentir, julgando que só em hipóteses de colisão desse direito do condenado com os de outros de idêntico valor é que seria de recusar o correspondente a uma «saída jurisdicional» no sistema português. É evidente que este aresto começa por levantar a própria questão de saber se haverá uma verdadeira ressocialização — ou não apenas um *simulacro*, pedindo a expressão a BAUDRILLARD — quando alguém é condenado a prisão perpétua, o que, em nosso juízo, só pode merecer uma resposta negativa. Ainda assim, na mesma linha de pensamento, pronunciamentos como este são de saudar.

Do mesmo modo, nos países do nosso entorno cultural. Bastará dizer que, para além de na maioria desses Estados a ressocialização lograr consagração constitucional, mesmo nos trabalhos mais recentes de reforma das codificações penais essa visão é mantida ou reforçada. Assim sucede, *v. g.*, na Itália, como resultado da chamada *Commissione Pisapia — per la riforma del codice penale*, de 2006, onde se afirma claramente que a determinação da medida da pena deve orientar-se, sobretudo, por finalidades especiais-preventivas positivas, afastando-se, *expressis verbis*, a ideia de «exemplaridade punitiva»<sup>[81]</sup>.

Na ex-RFA, na sequência do *AE-StGB (Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuch: Projecto Alternativo de Código Penal)*,

[81] Art. 36: «1. Prevedere che il giudice determini la pena con provvedimento analiticamente motivato, entro il limite della proporzione con il fatto commesso, avendo riguardo

alle finalità di prevenzione speciale, con particolare riferimento al reinserimento sociale del condannato, e con esclusione di ragioni di esemplarità punitiva» (itálicos acrescidos).

previa-se, no § 65, a criação de «estabelecimentos de terapia social»<sup>[82]</sup>, destinados ao tratamento de delinquentes com maiores dificuldades de ressocialização que, através de um juízo da administração penitenciária (e não do juiz), quisessem ser para aí deslocados. Tal marca uma mudança importante de um sistema de penas de cariz retributivo para um sistema de «penas de tratamento» (*Behandlungsstrafvollzug*), embora o primeiro sistema também não fosse totalmente estranho a essa última ideia. Passa agora a dar-se valor a um conjunto de métodos de intervenção psicológica e pedagógica nos reclusos, com dinâmicas de grupo ou psicoterapia<sup>[83]</sup>.

Donde, estávamos perante uma mera forma de execução da sanção criminal determinada na decisão judicial, se bem que a mesma seja habitualmente considerada como uma medida de segurança, o que aponta para uma das reacções do nosso ramo de Direito e não para uma mera modalidade executiva como, na prática, sucedia. A norma do *Strafgesetzbuch* (*StGB*: Código Penal alemão) onde se previam estes estabelecimentos não chegou a entrar de imediato em vigor, apesar de ter sido aprovada como Lei pelo *Bundestag*, em 1969, e, por se confiar em que essa entrada em vigor estaria para breve, previu-se na *StVollzG* todo um título destinado a essa modalidade de execução sancionatória. Foram construídos estabelecimentos experimentais onde trabalharam equipas multidisciplinares. Inicialmente, previa-se que os *sthA* (*sozialtherapeutische Anstalten*) recebessem os seguintes grupos de delinquentes: reincidentes portadores de transtornos graves de personalidade; delinquentes jovens (menores de 27 anos) que tivessem sido já

[82] Seguimos de perto HORST SCHÜLER-SPRINGORUM, «Problemática de los establecimientos de terapia social», in: BARBERO SANTOS *et al.* (orgs.), *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid: Ed. Instituto Alemán, 1982, pp. 120-127.

[83] Assinala-o, considerando a marca distintiva mais relevante da actual *StVollzG*, HANS JOACHIM SCHNEIDER, «Behandlung in Freiheit — Alternativem zum Freiheitsentzug in Strafanstalten», in: WALTER T. HAESLER (Hrsg.), *Alternativen zu kurzen*

*Freiheitsstrafen*, Diessenhofen: Verlag Rüegger, 1979, p. 38.

condenados, pelo menos, por duas vezes, e em relação aos quais existisse prognóstico de ressocialização desfavorável, delinquentes sexuais com prognóstico desfavorável e agentes que tivessem perpetrado o facto ilícito beneficiando de uma atenuação ou mesmo sem culpa e se entendesse que, para efeitos de ressocialização, era mais adequado o internamento num desses estabelecimentos que em hospital psiquiátrico. Contudo, fruto de normas internas de admissão dos *Klienten* (assim eram designados os criminosos internados nos estabelecimentos), em vários deles estava excluída a entrada de delinquentes sexuais, agressivos, toxicodependentes, por convicção, condenados por burla e doentes mentais. Os estudos empíricos atinentes à influência dos estabelecimentos de terapia social na redução da reincidência são relativamente escassos, apesar de apontarem no sentido de um efeito positivo (DÜNKELE e REHN).

Hoje, já criados, o § 9 da *StVollzG* prevê a transferência de um condenado a mais de dois anos de prisão pela prática de determinados crimes, não prevendo a exigência de consentimento, ao invés do que sucede com outra categoria de delitos em que se conclua pela vantagem de tal transferência em termos ressocializadores<sup>[84]</sup>. Segundo informa DÜNKELE<sup>[85]</sup>, existem mais de 50 estabelecimentos deste tipo, com mais de 2000 vagas. Questão relacionada com esta foi já julgada pelo *BVerfG*, qual seja a de considerar que o art. 6 Abs 1, da *GG* (casamento e família) protege o condenado em pena

[84] É a seguinte a redacção do artigo, em nossa tradução: «§ 9 Transferência para uma instituição social-terapêutica. (1) Um recluso é transferido para uma instituição social-terapêutica quando for condenado a pena de prisão superior a dois anos pela prática dos crimes previstos nos §§ 174 a 180 ou 182 do *StGB* [alguns dos crimes contra a auto-determinação sexual] e o tratamento em tal instituição for aconselhável, de acordo com o § 6 Abs. 2 Satz 2 [exame

do recluso] ou o § 7 Abs. 4 [programa de tratamento]. O condenado regressa à instituição de origem se o objectivo do tratamento não puder ser atingido, em função de características pessoais do recluso. (2) Outros reclusos podem ser transferidos, com o seu consentimento, para uma instituição social-terapêutica, sempre que, tendo em conta os meios terapêuticos especiais e os auxílios sociais da instituição, tal parecer aconselhável para a sua resso-

cialização. (3) Mantêm-se inalterados os §§ 8 e 85.» (respectivamente, transferência temporária de condenados e custódia de segurança do próprio agente do crime).

[85] «L'aménagement de la peine et la libération conditionnelle en Allemagne», in: *Criminocorpus* (2013), disponível em <http://criminocorpus.revues.org/2529>, p. 3.

de prisão que, por estar longe do local de residência dos seus parentes mais próximos, deve ser transferido para outro estabelecimento prisional, não sendo lícito ao Estado invocar a sobrelotação<sup>[86]</sup> para indeferir a pretensão do recluso. Nas palavras do Tribunal de Karlsruhe, são os *direitos fundamentais que determinam a medida de organização dos serviços do Estado e não o contrário*<sup>[87]</sup>.

Outro exemplo de uma medida orientada para a ressocialização são os *day training centres*, introduzidos pelo *Criminal Justice Act* britânico de 1972 (a par das *community service orders*), os quais consistem na obrigação de frequência de centros destinados a fornecer aos delinquentes as qualificações e competências (*skills*) básicas para uma vida em sociedade responsável; numa palavra, orientados para a ressocialização. O período máximo de frequência dos centros é de 60 dias e aí são acompanhados por *probation officers* e por outros técnicos<sup>[88]</sup>. Veja-se a semelhança existente com os estabelecimentos de terapia social alemães, embora no caso britânico muito menos orientados para a terapia, mas mais para a aquisição prática de competências sociais. Em idêntica direcção, refirmam-se os

[86] Problema grave também na Alemanha, transformando a encarceração colectiva em regra e a individual em excepção, ao contrário do desejável — JOACHIM KRETSCHMER, «Die Mehrfachbelegung von Hafträumen im Strafvollzug in ihrer tatsächlichen und rechtlichen Problematik», in: *NStZ*, 5 (2005), pp. 251-255. Veja-se ainda, com interesse, FRANK ARLOTH, «Grundfragen und aktuelle Probleme des Strafvollzugs», in: *JuS* (2003), pp. 1041-1048 e, do mesmo autor, «Aktuelle Fragen und neuere Entwicklungen im Strafvollzug, Zugleich eine Besprechung der Werke von Böhm, Kaiser/Schöch und Laubenthal», in: *GA* (2003), pp. 693-704. Em ambos os escritos, para além de salientar a dita sobrelotação e

a falta de meios materiais e humanos, ARLOTH equaciona as hipóteses que, um pouco por todo o mundo, têm sido ensaiadas. Uma delas consiste na privatização dos EP, concluindo — e bem — que a GG impediria tal intenção, apenas admitindo a concessão de serviços que não contendam directamente com o exercício de funções de soberania, como são o fornecimento de refeições, tratamento de roupa e cuidados de saúde. Funções como a administração de um EP, a vigilância dos reclusos e a aplicação de medidas disciplinares são monopólio do *ius puniendi* estatal. A outra via, essa sim a merecer mais ensaio e reforço, é justamente a ampliação do catálogo e do âmbito das sanções substitutivas.

[87] GERTRUDE LÜBBE-WOLFF/JEANETTE FROTZ, «Neuere Rechtsprechung des BVerfG zum Straf-, Untersuchungshaft- und Maßregelvollzug — Teil 2», in: *NStZ* (2009), pp. 677-686.

[88] VIVIEN STERN, «Alternatives to prison in Britain», in: WALTER T. HAESLER (Hrsg.), *Alternativen zu kurzen Freiheitsstrafen*, Diessenhofen: Verlag Rüegger, 1979, pp. 89-90. Segundo informação da autora, em 1972 foram criados 13 destes centros, os quais já eram apenas 4 à data da publicação do artigo (1979).

*probation hostels and homes* e os *bail hostels*, para jovens delinquentes (até 21 anos, sendo de registar a aproximação deste limite etário do que é tradicional entre nós, em sede do regime do Decreto-Lei n.º 401/82, e, já nas penas substitutivas, no artigo 53.º, n.º 3. Neste último, detecta-se uma espécie de «segundo juízo de prognose», desta feita obrigatório — após a conclusão, pelo juiz, de que a pena deve ser suspensa na sua execução, a verificação de qualquer uma das hipóteses previstas neste comando normativo determina, *ipso facto* e *ipso iure*, a concretização de um dado conteúdo, o que não deixa de ser um exemplo curioso de uma prognose obrigatória *ex vi legis*, por certo para colmatar as eventuais falhas preventivas-gerais de que o próprio legislador se terá dado conta ao elevar, em 2007, a medida concreta de três para cinco anos, como requisito formal da pena dos artigos 50.º e ss.<sup>[89]</sup>). Instrumentos esses inicialmente desenhados para os criminosos que, por via da sua maior imaturidade, necessitavam, ao menos numa fase inicial da *probation*, de um acompanhamento mais intensivo e num ambiente mais protector como é o de casas destinadas à sua ressocialização<sup>[90]</sup>.

2. Será político-criminal e dogmaticamente correcto caracterizar a ressocialização como uma *expectativa da sociedade* e como um ónus do condenado?

Em Espanha, p. ex., a «reeducação» e a «ressocialização» têm sido encaradas, em várias decisões do Tribunal Constitucional, mais como *modos de cumprimento da sanção* que como *fins das penas*; não contendo o art. 25.2 da Constituição daquele Estado

[89] O que torna absolutamente incompreensível o facto de se ter atendido ao limite etário de 25 anos para efeito do regime menos gravoso e mais orientado para a interiorização dos valores do Direito, em sede de pena relativamente indeterminada — cf.

artigo 85.º do CP. Várias têm sido as reformas desde 1982 que, sem que se adivinhe porquê, têm mantido esta incoerência sistemática.

[90] VIVIEN STERN, «Alternatives to prison in Britain», p. 90.

um verdadeiro direito fundamental<sup>[91]</sup>, ele «é fonte em si mesmo de direitos subjectivos a favor dos condenados a penas privativas de liberdade»<sup>[92]</sup>. Avançou ainda aquele Tribunal no sentido de que uma pena, pelo simples facto de ser de curta duração, não é, *de per se*, inconstitucional (STC 19/1998)<sup>[93]</sup>, o que também pode significar, *prima facie*, uma tomada de consideração sobre o problema em análise. Dizemos *prima facie*, na medida em que há uma tendência para se afirmar que a ressocialização, para ser eficaz, necessita de um tempo mínimo, sob pena de os métodos e técnicas que envolve não poderem ser aplicados. Significa isto também que, ao menos na pureza dos princípios, esta discursividade esquece que a ressocialização não é um objectivo sempre presente no sancionamento, mas é-o de forma eventual. Não repugna, nem contradiz os pressupostos constitucionais e infraconstitucionais do nosso ordenamento jurídico, que casos haja em que o condenado esteja perfeitamente inserido socialmente e, por isso, não necessite de qualquer processo nesse sentido. Aí, a pena serve a protecção de bens jurídicos, na fórmula do artigo 40.º, n.º 1 do CP, demonstrando à comunidade que tal norma continua válida, no que vai também — assumamo-lo sem receio — implícita a ideia de que, quando se recorre à pena de prisão para atingir esse desiderato, há uma finalidade de contenção do agente, a qual se aproxima da prevenção especial negativa.

[91] Ao invés, segundo cremos, o artigo 27. al. 3.ª, da Constituição italiana parece prevê-lo: «[I]e pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.» (italicos nossos). Crítico da noção a que o Tribunal Constitucional espanhol chegou, FRANCISCO BUENO ARÚS, *La ciencia del Derecho Penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Navarra: Thomson/Civitas, 2005, pp. 122-123. A *Ley Orgánica* 1/1979, de 26/9, que aprova a chamada *General Penitenciaria*, correspondente ao nosso

Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL), é muito clara logo, no seu primeiro artigo, ao definir como «fim primordial» das «instituições penitenciárias» a «reeducação e reinserção social dos condenados a penas e medidas penais privativas de liberdade», bem como «um trabalho assistencial e de ajuda aos reclusos e libertados». O mesmo se repete no diploma que concretiza aquela Lei Orgânica, ou seja, o *Real Decreto* 190/1996, de 9/2 (*Reglamento Penitenciario*) — cf. artigos 2 e 3.

[92] Com larga tradição naquele país, desde LARDIZABAL e, em particular, defendida pelos correcionalistas de finais do séc. XIX (MARINO BARBERO SANTOS, «El sistema punitivo español», in: *Cahiers de Defense Sociale* (1990/1991), p. 134).

[93] Entre outras, as decisões do TC espanhol 75/1998, 79/1998, 88/1998, referidas em RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Madrid: Civitas, 2002, pp. 106-107 e III.

Tal como defendido na Alemanha<sup>[94]</sup>, terá de ser *no ponto de confluência entre a dignidade humana do condenado*<sup>[95]</sup> e o *princípio do Estado de Direito social* que se acha o *fundamento para a ressocialização*. Adoptando a escalpelização do conceito de dignidade humana que, de entre outros autores, se deve a HOFMANN, dele se retiram três implicações analíticas: garante-se «por princípio[,] a igualdade jurídica de todas as pessoas», ao mesmo tempo que se proíbe «qualquer tipo de discriminação ou humilhação sistemáticas». Em segundo lugar, ordena «a preservação da subjectividade humana, o que significa, especialmente, a protecção da identidade e integridades física e psicológica», de onde «resulta não só a proibição da tortura, abuso, humilhação e punição corporal, mas também a proibição da refração ou separação da identidade subjectiva pelos chamados soros da verdade, detectores de mentiras e outros, bem como a ordem de proteger a intimidade humana». Por fim, garante-se o asseguramento de «uma existência digna para todos (...) também do prisma das condições das prisões»<sup>[96]</sup>.

Se o levarmos até às últimas consequências, existe um conjunto de princípios que daí derivam que julgamos unânimes: veto

[94] *Inter alia*, FRIEDER DÜNKEL, «Láménagement de la peine...», p. 2.

[95] É lapalaciano referir o carácter discutido do conceito, o que não se acha no objecto desta investigação. Todavia, pela sua riqueza conceptual e delimitação, acolhemo-nos à perspectiva de ERIC HILGENDORF, «Die mißbrauchte Menschenwürde — Probleme des Menschenwürdetopos am Beispiel der bioethischen Diskussion», in: B. SHARON BYRD (Hrsg.), *Jahrbuch für Recht und Ethik* (Themenschwerpunkt: Der analysierte Mensch), Berlin: Duncker & Humblot, 1999, pp. 137 e 148, para quem a dignidade da pessoa seria um

feixe de direitos subjectivos a um mínimo de existência material, a um auto-desenvolvimento autónomo, à liberdade face à inflicção de sofrimento extremo, à salvaguarda da esfera privada, da integridade mental e espiritual, ao direito fundamental de igualdade perante a Lei e a um nível mínimo de respeito pelos demais. Importante, ainda, a chamada de atenção de KNUT AMELUNG/STEFAN WIRTH, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit 1990 zum Schutz der materiellen Grundrechte im Strafverfahren*, in: *Strafverteidiger* (2002), p. 161, no sentido de que é o princípio referido em texto que, em momentos de raiva pessoal pela prá-

tica do delito nos permite regressar à visão racional que a sociedade deve ter quanto ao crime e que lhe confere a sua verdadeira identidade. Na jurisprudência do BGH, a título exemplificativo, cf. BGHSt 14, 358 (pp. 364 e ss.), onde se liga directamente a StPO à necessidade de assegurar as garantias de defesa do arguido, por este se manter cidadão dotado da dignidade humana que vincula todas as autoridades, públicas ou privadas.

[96] HEINZ MÜLLER-DIETZ, *Menschenwürde und Strafvollzug*, p. 26.

constitucional a uma obrigação ou dever jurídico de ressocialização, mas sim um direito subjectivo. Pode bem suceder que o agente deseje viver contra o dever-ser jurídico-penal, sem que possamos forçá-lo à fidelidade ao Direito, não somente porque tal contrariaria a eminente dignidade da pessoa<sup>[97]</sup>, mas visto que, na prática, tal não funcionaria. Embora não seja isso que o ordenamento pretenda, teremos de aceitar que alguém escolha para si uma vida em constante contradição com o Direito Penal, ponto é que este seja capaz de responder a esses *inputs* por via dos *outputs* das reacções criminais. Não parece ser outro, logo em 1971, o sentido de uma das conclusões do VII Congresso Internacional de Defesa Social (Paris), ao perguntar-se se seria lícito os Estados pretenderem a ressocialização em sociedades cada vez mais multiculturais, problematizadas, com fundas crises de valores, dizendo-se que se devia respeitar o sistema axiológico do condenado, oferecendo-lhe mecanismos aptos, todavia, ao exercício da sua liberdade na comunidade. Esta questão convoca intrincados problemas de multiculturalismo, interculturalismo e sua influência no Direito Penal, nomeadamente por via da chamada cláusula de *cultural defence*<sup>[98]</sup>. As específicas questões de Direito Penal que o tema convoca, em especial a aplicabilidade ou não — e em que termos — do artigo 17.<sup>o</sup><sup>[99]</sup>. Em extrema síntese, subscrevemos a conclusão de MIGUEL REAL<sup>[100]</sup>, segundo o qual a tolerância é fruto de uma sociedade

[97] Na lapidar expressão da *BVerfGE* 109, 133, pp. 134, ss., «o respeito e a protecção da dignidade humana configuram princípios constitucionais da Lei Fundamental», mais se afirmando que tal impede, de todo, que o ser humano seja transformado em meio para atingir um fim, o que, *ab initio*, obsta a qualquer seu tratamento cruel ou degradante ou, acrescentamos nós, violador do princípio da proporcionalidade.

[98] Para uma distinção entre os conceitos, veja-se ANABELA DA COSTA LEÃO, *Constituição e interculturalidade: da diferença à referência*, dissertação de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2013, pp. 137, ss. e 257, ss. Com interesse, de igual modo, LUÍSA NETO, *Novos direitos ou novo(s) objecto(s) para o Direito?*, Porto: U.Porto Editorial, 2010, pp. 187-210.

[99] Podem compulsar-se em FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO *et al.* (orgs.), *Multiculturalismo e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2014.

[100] *Nova teoria do mal*, 2.<sup>a</sup> ed., Alfragide: Publicações D. Quixote, 2012, pp. 174-177.

capitalista e cosmopolita, com diversas tábuas de valores, não se podendo confundi-la com o «indiferentismo», uma vez que uma coisa é aceitar a «unidade na multiplicidade», outra é impô-la aos cidadãos ou decretá-la como Lei. Uma sociedade verdadeiramente tolerante é aquela — acrescentamos agora nós — em que o quadro de valores vertido na Constituição é para ser respeitado, em muito excepcionais condições admitindo que factores culturais, étnicos ou de outro tipo possam importar a justificação ou a desculpa de comportamentos que o violem. Isto sob pena de o Direito Penal deixar de ser norma orientadora e de, a coberto de uma discursividade politicamente correcta, se assistir àquilo que, em outro contexto, TERESA PIZARRO BELEZA apelidou de «enfraquecimento ósseo» do nosso ramo de Direito. Mais: esta forma de «tolerância», se a quisermos designar assim, encontra sempre limites internos e externos ao modo como o Estado (de Direito) se estrutura e organiza. Um desses limites intrínsecos contende com as bases do texto constitucional, de tal modo que a dignidade da pessoa ou os direitos fundamentais não podem ser violados como étimo de um tipo justificador ou causa de exclusão da culpa.

Assim se cumpre a protecção de bens jurídicos, ainda que tal seja necessário realizar de modo muito próximo no tempo em relação a esse indivíduo. Quanto à reinserção do agente na comunidade, o dever do Estado cessa ao colocar ao seu dispor os meios para que ele, *querendo*, o faça. Se o não fizer, não falhou a tarefa estatal, porquanto consideramos que ela não pode ser levada tão longe. Seria farisaico aceitar-se a inexistência de uma metanoia do condenado e, depois, afirmar-se o falhanço da ressocialização quando o condenado a não pretende. Nos quadros de um Direito Penal liberal, *cessa a intervenção à porta da vontade do agente que não ponha em causa a protecção da sociedade, i. e.*, se a prisão tiver somente um fim de contenção e de eventual reforço das expectativas comunitárias por via da protecção de bens jurídicos, não sendo

o ideal, cremos que se não pode dizer que a ressocialização falhou. Exigir mais a este processo seria, *na prática*, uma imposição que contrariaria os fundamentos em que assentámos a própria ressocialização. Mais ainda, seria olvidar que essa mesma defesa de interesses jurídicos só opera, na expressão de GALLAS, «se for eficaz e um meio indispensável para a protecção jurídica da prevenção»<sup>[101]</sup>.

Donde, atrás qualificámos a reinserção social como um ónus do condenado, no sentido em que sobre ele não impende um verdadeiro dever jurídico, mas somente a faculdade de se comportar de uma certa forma e, com isso, obter vantagens para a sua esfera jurídica. Todavia, pelo percurso até aqui trilhado, cremos bem que essa natureza jurídica seja pouco exigente, visto não assinalar, desde logo, a existência de um correspectivo dever jurídico do Estado. Assim, quanto a este ponto, a um dever estatal corresponde um verdadeiro *direito subjectivo do condenado*, o que importa que o último possa recorrer às vias judiciais quando, por omissão, o Estado lhe não conceda os instrumentos aptos a, querendo, obter uma reinserção social.

#### IV. POSIÇÃO ADOPTADA

1. Que dizer de tudo isto? Em que direcção devemos caminhar? Por certo é esta uma das matérias mais dependentes da *Weltanschauung* de cada um face a magnos e sempre irresolúveis problemas como o do sentido do humano e de uma visão mais ou menos antropologicamente optimista. No caso do nosso sistema jurídico,

[101] WILHELM GALLAS, «Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs», in: *ZStW*, 80, 1 (1968), p. 3.

[102] Desde logo na exposição de motivos, em que a pena é apresentada com

um sentido pedagógico e ressocializador. Sobre os actuais dados de Direito positivo quanto à matéria, cf. o nosso «Ejecución de la pena privativa de libertad y resocialización en Portugal: líneas de un esbozo», in: *Anuario da*

*Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 15 (2011), pp. 391-412, em esp., pp. 397-399.

exacto é que a Constituição e o CP<sup>[102]</sup> nos dirigem mandamentos no sentido de não se abandonar a ressocialização como uma das finalidades punitivas. Donde, diríamos que, de um estrito prisma do Direito legislado, o problema recebe uma resposta afirmativa que se não deve confundir, depois, com a existência ou não de efectivas condições materiais e humanas para o conseguir. Na verdade, as finalidades ressocializadora e pedagógica da pena foram sempre assumidas pelo actual CP português, desde logo na sua exposição de princípios e em toda a literatura que foi sendo produzida ainda à época da sua entrada em vigor<sup>[103]</sup>. Na última grande reforma daquele Código, também se escreveu que «a diversificação das sanções não privativas da liberdade» visava «adequar as penas aos crimes, promover a reintegração social dos condenados e evitar a reincidência»<sup>[104]</sup>.

2. Em reforço do que vem de dizer-se, foi aprovada a Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/2013, de 23/7, a qual aprova o «Plano Nacional de Reabilitação e Reinserção 2013-2015».

Comece por se salientar que não fornece o legislador qualquer distinção entre *reabilitação* e *reinserção* e que, normalmente, os conceitos são usados como sinónimos. Todavia, é exacto que as expressões podem ser distinguíveis, ao menos em abstracto. A *reabilitação* comporta uma intervenção mais acentuada sobre o agente de um crime, muitas vezes ligada a uma ideia de tratamento que, em tempos, se associou em muito ao chamado «Direito Penal médico». *Reabilitar* significa, na pureza do sentido da palavra, transformar alguém em socialmente útil, o que pressupõe que o não tivesse sido anteriormente, pelo facto do crime. Ora, esta é uma asserção muito discutível, por implicar uma vexação do agente a um nível que, ao

[103] Por exemplo, cf. MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA, «O novo Código Penal português — um ano depois», in: *Estudios Penales y Criminológicos*, 8 (1983-1984),

p. 134, e ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Sistema punitivo português. Principais alterações no Código Penal revisto», in: *Sub Judice*, II (1996), p. 33.

[104] Exposição de motivos da proposta de lei n.º 98/X.

menos em abstracto, pode significar uma reificação do condenado. A *reinserção*, apontando também para uma intervenção junto do agente, visa realçar a necessidade de ela ser acompanhada por uma intervenção na comunidade, no sentido de se criarem condições necessárias e suficientes a que o condenado, uma vez cumprida a sua pena ou mesmo cumprindo-a na comunidade, não volte a reincidir. A *reinserção*, nesta perspectiva, convoca um papel mais activo da sociedade e, nesta medida, é *preferível*, enquanto conceito que encerra um programa de acção para a reabilitação, tanto mais que este último, como se disse, traz consigo, ainda, um sabor de tratamento que, em muitos casos, já não é compatível com as regras do Estado de Direito e com as exigências de um Direito Penal do facto e não do agente, que vai beber o seu étimo fundante nessas mesmas regras.

Pelo exposto, teria sido preferível que este Plano se ativesse à designação de *reinserção*, ou seja, à criação de condições para que um sujeito que, por variados motivos, deixou de estar socialmente integrado — *i. e.*, que ao menos uma vez deixou de mostrar fidelidade e obediência ao Direito Penal e aos valores que ele afirma e protege —, retorne a essa comunidade. Aliás, só esta é a perspectiva admissível desde logo tendo em conta a exposição de motivos em que se proclama «a reabilitação do comportamento criminal pela alteração da conduta delituosa, pela promoção de estilos de vida *consonantes com os valores da comunidade*<sup>[105]</sup>, bem como pela promoção do exercício de uma cidadania plena e ativa [o que], contribui decisivamente para a prevenção da reincidência criminal». Teria sido, aliás, de utilidade, que se procedesse a uma indicação, pelo menos, do que se entende por «reabilitação» e «reinserção», na medida em que ambas são distinguidas nos «três princípios fundamentais de atuação» e que são «o princípio da reabilitação do comportamento criminal; o princípio da *reinserção* e responsabilidade

[105] Itálico acrescentado.

social e o princípio da sustentabilidade do sistema de execução de penas e medidas» (preâmbulo). Veja-se que a ligação entre a «reinserção» e a «responsabilidade social» parece, todavia, apontar no sentido que propomos para o primeiro termo. Do mesmo passo, no «sumário executivo» do Plano refere-se a reinserção social articulada «com o (...) meio envolvente, a montante da prisão». Nos princípios orientadores — e bem — assinala-se a estrutura tripartida de qualquer intervenção nesta área: «indivíduo e *as suas circunstâncias*<sup>[106]</sup>, a comunidade e o sistema judicial». Todavia, verifica-se, em outros passos do diploma, que os dois conceitos são usados mais ou menos de modo indistinto, sem preocupações terminológicas<sup>[107]</sup>.

Tudo visto, quanto a este ponto, não nos mostramos favoráveis aos conceitos de «reinserção» e de «reintegração» tal como adoptados pela Rec (2010) 1 do Comité de Ministros do Conselho da Europa (de 20/1/2010). O primeiro é definido como começando apenas durante a reclusão, o que limita o conceito às sanções cumpridas em meio prisional, ignorando a sua essencialidade em todas as penas substitutivas de cariz não detentivo. «É o processo que conduz o recluso a reintegrar-se na sociedade de uma forma positiva e correcta. (...) diz respeito ao período de acompanhamento depois da saída da prisão do autor da infracção, mesmo que ele deva cumprir ainda algumas obrigações previstas na lei — por exemplo, um período de liberdade condicional». A reintegração é encarada como «um conceito amplo que compreende uma variedade grande de intervenções que visam encorajar a não reincidência e a restabelecer o autor da infracção como pessoa que conduz a sua vida no respeito pelas leis».

[106] Regista-se, por certo, a influência de ORTA Y GASSET e de uma terminologia de sabor existencialista. Nossos itálicos.

[107] P. ex., no «sumário executivo» refere-se o «paradigma humanista da reabilitação e da segunda oportunidade (...), apostando numa visão inclusiva e

de integração», nos princípios orientadores repete-se o «ideário humanista e ressocializador» quando, para nós, teria sido mais adequado falar-se em *reinserção*.

Voltando ao Plano, prevê ele um conjunto de 96 medidas, coordenadas pela Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP), apoiada por um «grupo interministerial», sendo ainda muito claro quanto à dependência económica dessas medidas da existência de recursos (ponto 5 da Resolução). A «reinserção e responsabilidade social» estruturam-se em «duas áreas estratégicas»: «cidadania e inclusão social» e «responsabilidade social». Bem se prevê a necessidade de uma avaliação cuidada dos projectos existentes neste domínio, orientados «pelos princípios da individualização e especialização da intervenção». Não podíamos estar mais de acordo, por outro lado, com o alargamento do plano individual de readaptação (PIR)<sup>[108]</sup> —, que deveria existir para *todos* os reclusos<sup>[109]</sup>, a partir do momento em que a ressocialização é alçada a uma das finalidades do artigo 40.º Apenas discordamos, de modo congruente com aquilo que acima se deixou explanado, da terminologia usada, preferindo-se *reinserção* a *readaptação*. Aliás, nada de especial se pede ao legislador, mas somente que mantenha o critério introduzido pela reforma de 2007 do CP, em que se fala nos «planos de reinserção social», p. ex., no domínio da pena suspensa (paradigmático, cf. o artigo 54.º). Não é minimamente aconselhável que com pouco tempo de diferença temporal o legislador mude de concepção ou, o que parece mais seguro, seja de tal modo desatento e incurioso que aconteçam falhas destas.

[108] O CP, no seu artigo 54.º, prefere — e bem — designá-lo por de «reinserção», ao passo que, v. g., o artigo 21.º do CEPML prefere «readaptação». É óbvio que a dessintonia é de evitar e que o termo «reinserção» é o mais conforme ao modo como hoje se entendem o conteúdo e as funções da ressocialização, pelo que julgamos que a harmonização deveria acontecer neste último sentido.

[109] Foi esse, aliás, o caminho trilhado na Alemanha, depois de uma alteração constitucional em 2006 em que a GG, através da qual se admitiu que a matéria penitenciária seria competência dos *Länder*, passando a haver um *Vollzugsplan* também para as penas de duração inferior ou igual a um ano, o que não sucedia — FRIEDER DÜNKEL, «L'aménagement de la peine...», pp. 2-3.

3. Não parece ser outro, entre nós, também, o pensamento fundamental da doutrina. Já EDUARDO CORREIA<sup>[110]</sup> definira a ressocialização conforme a um Estado de Direito democrático e social como o processo que visa «criar no delinquente um puro sentimento de responsabilidade social, fornecendo-se-lhe, através dos Serviços Sociais de Justiça, elementos para uma aprendizagem visando a que não pratique crimes no futuro.», acrescentando «que se não deve partir de um agente atomizado e abstracto[,] mas de um agente integrado na situação concreta e no modo de estar no mundo de onde arrancou para o crime.».

Um outro *apport* cada vez mais importante consiste na necessidade de encarar a ressocialização também do prisma da vítima<sup>[111]</sup>, ou seja, não somente como um direito do condenado, mas como uma expectativa de quem sofre um crime, o que apresenta ligação com o problema da restauração e da justiça restaurativa e da chamada «vitimodogmática».

4. O que se pode e deve questionar é saber se, em face de dados que, em geral, são relativamente desanimadores, *de iure condendo*, a ressocialização deveria ou não ser retirada do elenco dos desideratos sancionatórios. Como DE LA CUESTA ARZAMENDI<sup>[112]</sup> colocou já em relevo, abandonar esse objectivo, ainda que ele permaneça um ideal amiúde impossível de realizar, implicaria abandonar uma perspectiva mais humana e humanizadora da pena e, a prazo, conduziria a realidades já conhecidas de países do *punitive turn*,

[110] EDUARDO CORREIA, «Ainda sobre o problema da "ideologia do tratamento"...», p. 13. Pela sua plasticidade, ainda hoje se mantêm actuais as palavras de MANUEL DE CASTRO RIBEIRO, «A reinserção social de delinquentes», p. 67: «[o] homem não nasce para o crime, e se nele caiu, importa mais criar-lhe condições para o não

repetir do que puni-lo; esta é a filosofia subjacente à nova Lei, que interessa compreender em toda a sua amplitude humana.».

[111] WINFRIED HASSEMER, «¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal)», in: *RDPC*, 3 (1999), pp. 322-323.

[112] «La prisión: historia, crisis, perspectivas de futuro», in: ANTONIO BERISTAIN IPIÑA (ed.), *Reformas penales en el mundo de hoy*, Madrid: Instituto Vasco de Criminología, 1984, p. 145.

como são a inobservância de proporcionalidade entre a gravidade do crime e da pena e a simples negação de qualquer mudança de comportamento futuro do delincente. A que acresce o aumento exponencial da pena de prisão. Essencial é que, efectivamente, exista um trabalho de intervenção social por técnicos habilitados, entendendo-se este como um «desempenho social» (*sozialer Leistungsfähigkeit*), nunca de modo abstracto, e sempre ligado à ideia de *Verantwortung* («responsabilidade»)<sup>[113]</sup>.

Por rectas contas, entendemos que a resposta à pergunta inicial não pode ser hoje outra, nos quadros de um Estado de Direito democrático e social em que o condenado é sujeito de direitos, de entre os quais a *prestações estaduais positivas*, que não seja a de que a ressocialização se limita a «alcançar o respeito externo pela legalidade criminal»<sup>[114]</sup>, prevenindo a reincidência, longe de exigências de metanoias internas, muito menos por via de um qualquer modelo médico de tratamento. Igualmente, mantém-se actual, na senda de alguns *apports* da «Criminologia radical», a concepção de que o fenómeno criminal resulta de uma interacção entre o agente e a sociedade, de modo que apenas actuando também sobre esta poderemos ter mais esperanças na designada «prevenção da reincidência». Dizendo-o com ANABELA MIRANDA RODRIGUES<sup>[115]</sup>,

[113] HEINZ EYRICH, «Gedanken zur Bewährungs- und Straffälligenhilfe in Europa», in: HEINZ EYRICH *et al.* (Hrsg.), *FS für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag*, München: Beck, 1989, p. 193. Embora não entendida esta no específico sentido roxiniano de junção das tradicionais categorias da *culpa* e das *necessidades de prevenção* que, no essencial, acaba por resumir em um único conceito aspectos muito divergentes entre si, razão pela qual se não reconhecem vantagens na sua autonomização, em especial quando

se considera existir ainda espaço de crescimento dogmático para a «culpa» (logo, MANUEL DA COSTA ANDRADE, «A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime», in: *RPCC*, 2 (1992), pp. 201-205).

[114] A expressão é de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Polémica actual sobre o pensamento da reinserção social», in: JOÃO FIGUEIREDO (coord.), *Cidadão delincente: reinserção social?*, p. 4.

[115] «Polémica actual...», p. 13. Ou, em outro trabalho da autora («Consensualismo e prisão», p. 356): «[o] Estado renunciou à sua função integradora». O ponto é incontroverso entre nós. Veja-se ainda, p. ex., LEONOR FURTADO/CONCEIÇÃO CONDEÇO, «A reinserção pelo trabalho ou a importância do trabalho e da formação profissional na reinserção de pessoas sujeitas a medidas judiciais», in: *Ousar Integrar*, 3 (2009), p. 51, quanto a nós referindo-se exageradamente a um «novo paradigma de inserção social»

«a ressocialização deve estar equidistante da adaptação do indivíduo e da reforma da sociedade.» Por outras palavras, ela tem uma função de «apelo», de «motivação» do agente do crime à interiorização externo-objectiva que o ordenamento jurídico lhe exige, apenas e tão-só para que as suas finalidades possam ser alcançadas<sup>[116]</sup>.

É equacionável, ao menos em tese, para além das refutáveis críticas de uma qualquer metanoia do agente, que a ressocialização como fim da pena acabe por conduzir a uma espécie de *net-widening*, porquanto se trataria de acrescentar uma outra finalidade que, para ser alcançada, demandaria uma maior intervenção criminal. Cremos, todavia, que, uma vez mais, a crítica não procede. Desde logo, não se pode eleger os fins das penas tendo somente em conta uma maior ou menor intervenção societária do nosso ramo de Direito, mas aqueles que são os desideratos que, para a manutenção do corpo social, se julgam mais apropriados. Esse deve ser o *critério de legitimação* e não outro. Por outro lado, nada nos autoriza a dizer que a circunstância de se afastar a ressocialização de entre os fins que as reacções criminais devem cumprir e reforçar a vertente geral-preventiva ou a retributiva, p. ex., conduzirão, necessariamente, a uma menor intervenção do Direito Penal na vida social. Pode até acontecer o contrário: dependendo do grau de interiorização da concreta norma, é possível que se revele de mais largo espectro a intervenção do Direito Criminal nas hipóteses em que, v. g., num dado momento histórico, devido a exigências acrescentadas de prevenção geral, as penas e medidas de segurança devam ser aplicadas mais amiúde ou com uma duração mais larga. Onde, numa palavra, inexistente relação directa e imediata entre a eleição

(itálico acrescentado). Nada que nos deva surpreender, atenta a verdadeira «corruptela» em que já se transformou o conceito inicialmente criado por THOMAS KUHN. E em outras latitudes, em idêntico sentido, v. g., ANDRÉ

KUHN, «É possível uma sociedade sem sanções penais?», in: *Ousar Integrar*, 4 (2009), pp. 67-68, assinalando com correcção a finalidade utilitária da ressocialização e a circunstância de ela não poder ser o único fim sancionatório.

[116] Em sentido que temos por próximo, KLAUS LÜDERSSEN, *Il declino...*, p. 13. O autor vai também, com razão, apontando que esta função tem muito que ver com a progressiva secularização do nosso ramo de Direito (*ibidem*, pp. 13-14).

da ressocialização ou de qualquer outra finalidade da pena e um incremento da intervenção punitiva na sociedade, desde logo na medida em que tal depende do conjunto de exigências que, nesse dado tempo e espaço, se façam sentir em termos de necessidade de intervenção penal.

Por outro lado, não se pode localizar a ressocialização somente até ao final do cumprimento da pena, pois ela deve continuar para além dela<sup>[117]</sup>, conhecidas que são as inúmeras dificuldades para reentrar numa sociedade a nível laboral, afectivo, familiar. Donde, é também tarefa do Estado<sup>[118]</sup> auxiliar quem cumpriu a sua pena a encontrar os apoios necessários a essa *reincorporação social*. Se assim não for, o eventual trabalho anterior no sentido da ressocialização correspondeu a uma perda de recursos.

5. Uma última palavra para sublinhar, a traço grosso, uma urgência no nosso sistema de execução das reacções criminais. Referimo-nos à criação e/ou ampliação de uma rede de «casas de transição»<sup>[119]</sup>. Já em 1834, D. FRANCISCO D'ÁLMEIDA<sup>[120]</sup> se pronunciava a favor da criação do que designava por «casas de refúgio», definidas

[117] Já EMILIO DOLCINI/GIORGIO MARINUCCI, «La révision du Programme minimum de la Société internationale de défense sociale», in: *Cahiers de Défense Sociale* (1986), p. 59.

[118] Fundamentalmente. O que não significa que se não conte com a dita «sociedade civil», mas neste particular enquadrada pela política de instituições do Estado, sob pena de existir o risco de uma tentativa de incorporação de certas mundivisões por parte dessas entidades, o que não é concordante com uma *ressocialização participada* e que busca *no condenado a sua própria medida*, desde que conforme com

as exigências sociais. Uma entrega plena dessa função a particulares, sob a capa de uma parceria entre o Estado e a comunidade, pode ser não apenas uma desresponsabilização do primeiro, mas uma via aberta a um certo «proselitismo», com eco forte em especial em indivíduos que, habitualmente, se acham fragilizados. Manifestando algumas destas preocupações, EMILIO DOLCINI/GIORGIO MARINUCCI, «La révision du Programme minimum...», p. 59.

[119] Em Espanha, os artigos 73, ss., da *Ley Orgánica 1/1979* dizem respeito, expressamente, à «assistência pós-

-penitenciária», embora de modo programático, na medida em que remetem para o Ministério da Justiça a prestação da «assistência social necessária» (art. 74, *in fine*). O mesmo sucede em Itália, nos termos do art. 46 do O.P. (*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, aprovadas por Lei de 26/7/1975, n.º 354).

[120] *Breves considerações sobre a necessidade e meios de melhorar as prisões em Portugal*, Paris: Officina Typographica de Casimir, 1834, p. 29.

como «aquellas aonde, debaixo de certas condições, as pessoas que terminarão o tempo da prisão a que haviam sido condenadas (...) possam achar as facilidades necessarias para trabalharem e viverem honestamente, sem se exporem á desconfiança e mesmo desprezo que nos primeiros tempos depois da sua soltura inspirão á sociedade que ofendêrão.». EDUARDO CORREIA, por seu turno, no passado século, apoiando-se em exemplos de outras latitudes, igualmente o defendia<sup>[121]</sup>, desde que com o auxílio e a supervisão do que hoje seriam técnicos de reinserção social e que o autor designava por «assistentes sociais penitenciários»<sup>[122]</sup>. Aliás, a Reforma Penal de 1936 já previra a criação de «albergues» com o objectivo de dar guarida, durante alguns dias, aos reclusos que eram libertados, bem como às famílias que os visitavam, do mesmo modo que se constituíram «colónias» onde os que haviam cumprido a sua pena podiam trabalhar ou, antes disso, durante o período em que lhes era concedida a libertação condicional<sup>[123]</sup>.

[121] «Assistência prisional...», pp. 356-360, dando como exemplo as discussões e as conclusões dos Congressos Penitenciários Internacionais de 1885 e de 1935, em Roma e Berlim, respectivamente.

[122] EDUARDO CORREIA, «Assistência prisional...», pp. 369-371.

*da punição dos delinquentes à formação dos magistrados*, Lisboa: CEJ, 2013, p. 26.

[123] ANTÓNIO PEDRO BARBAS HO-MEM *et al.* (orgs.), *Cadeia do Limoeiro* —