

PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA

JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS
22 DE MAIO DE 2024

COORDENAÇÃO

ANABELA MIRANDA RODRIGUES

CARLOS EDUARDO JAPIASSÚ

SÓNIA FIDALGO

PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA

INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS

22 DE MAIO DE 2024

COORDENAÇÃO

ANABELA MIRANDA RODRIGUES · CARLOS EDUARDO JAPIASSÚ

SÓNIA FIDALGO

TÍTULO
PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA

COORDENAÇÃO
Anabela Miranda Rodrigues
Carlos Eduardo Japiassú
Sónia Fidalgo

CONCEPÇÃO GRÁFICA
Ana Paula Silva

ISBN
978-972-9464-33-1

COIMBRA
FDUC
2025

ÍNDICE

NOTA PRÉVIA	5
PROGRAMA.....	11
TRÊS REFLEXÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE O SISTEMA DE PENAS PORTUGUÊS.....	13
<i>Miguel Manero de Lemos</i> Univ Coimbra · Instituto Jurídico · Faculdade de Direito	
EXECUÇÃO PENAL E O DIÁLOGO JUDICIAL ENTRE SISTEMAS DE DIREITOS HUMANOS	25
<i>Ana Lúcia Tavares Ferreira</i> Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro)	
AS PENAS DE SUBSTITUIÇÃO NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS: O PRIMEIRO NÍVEL DE RESPOSTA DO SISTEMA PUNITIVO FACE ÀS CONHECIDAS DESVANTAGENS DA PENA DE PRISÃO	45
<i>Ana Pais</i> Univ Coimbra · Instituto Jurídico · Faculdade de Direito	
PENA DE PRISÃO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL – O QUE ESPERAR DE UMA ALIANÇA (IM)PROVÁVEL.....	57
<i>Anabela Miranda Rodrigues · Sónia Fidalgo</i> Univ Coimbra · Instituto Jurídico · Faculdade de Direito	

AS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO BRASIL APÓS A REFORMA PSIQUIÁTRICA DE 2001	75
<i>Mariana de Assis Brasil e Weigert</i>	
Programa de Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro)	
A NOVA LEI DA SAÚDE MENTAL E O INTERNAMENTO DE INIMPUTÁVEIS	87
<i>Maria João Antunes</i>	
Univ Coimbra · Instituto Jurídico · Faculdade de Direito	
O FUTURO DA PRISÃO	95
<i>Carlos Eduardo Adriano Japiassú</i>	
Universidade do Estado do Rio de Janeiro	

NOTA PRÉVIA

A ‘nota prévia’ que importa deixar antes de se iniciar a Nota Prévia às presentes Atas das Jornadas Luso-Brasileiras ‘Penas e Medidas de Segurança’ tem a ver com o facto de elas terem nascido de um impulso e de uma vontade conjunta. O impulso – deve ficar registado – veio de Carlos Eduardo Japiassú, que, ao preparar-se para uma estância de lecionação em Coimbra, na Faculdade de Direito, no ano letivo de 2023/2024, trazia na bagagem o projeto de uma realização científica luso-brasileira. Foi fácil, depois, conjugar, do lado português, a vontade de que acontecesse com a generosidade dos colegas brasileiros, Ana Lúcia Tavares Ferreira e Mariana de Assis Brasil e Weigert. Por sua vez, o tema – penas e medidas de segurança – impôs-se naturalmente, quando, aqui como além-atlântico, entre – alguns, como foi o caso! – penalistas se reconhece que é fundamental para a realização justa do direito uma teoria e uma prática penais que não deixam na sombra e no esquecimento a aplicação e a execução das consequências jurídicas dos crimes.

As intervenções feitas no decurso das Jornadas e a ampla discussão que então teve lugar bem como os textos que agora se publicam, em jeito de atas, refletem o comprometimento com esta postura.

As Jornadas abriram com uma reflexão sobre o sistema de penas português à luz da Constituição e sobre os sistemas regionais de direitos humanos – europeu, interamericano e africano.

No primeiro caso, *Miguel Manero de Lemos* aborda o tratamento de três questões, cuja adequação à Constituição é suscitada: desde logo, coloca esta interrogação quanto ao sistema de acumulação material sucessiva adotado no código penal português; depois, trata da eventual imposição constitucional de um critério de estrita necessidade, de acordo com o princípio da aplicação da pena de prisão como *ultima ratio* da política criminal, na decisão sobre a escolha entre a pena de prisão e a pena de multa enquanto penas principais; finalmente, discute se a previsão, aplicação e execução de penas de prisão obedecem a mandamentos constitucionais implícitos.

No segundo caso, *Ana Lúcia Tavares Ferreira* tem em vista averiguar da possibilidade – ou, dir-se-á, de forma mais arrojada, lançar as bases – de um ‘direito internacional da privação de liberdade’, a partir da jurisprudência de-

envolvida pelos Tribunais garantes da defesa dos direitos das pessoas privadas de liberdade nos sistemas regionais de direitos humanos, europeu, interamericano e africano, e de uma sua análise aprofundada, com vista a evidenciar ‘a harmonização entre os standards adotados em cada um’ no que diz respeito aos direitos das pessoas privadas de liberdade.

Pode dizer-se que um dos pilares político-criminais do Código Penal português de 1982, que perdurou e se aprofundou com o tempo – designadamente, com a revisão de que foi objeto, em 1995, através do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março –, foi o da luta contra a pena de prisão, quer do ponto de vista da sua aplicação, quer no plano da sua execução. A opção de que a pena de prisão deve ser a *ultima ratio* tem-se sedimentado numa teoria geral das penas de substituição que se vem desenvolvendo na doutrina portuguesa e a que Ana Pais, neste estudo, dedica especial atenção. Analisa, assim, as suas duas premissas fundamentais – a de que as penas de substituição são verdadeiras penas e a de que gozam de autonomia face à pena principal –, que permitem elaborá-la à luz de duas proposições que a definem: a primeira, diz respeito à determinação autónoma da medida concreta da pena de substituição; e a segunda reporta-se às consequências do seu incumprimento, que deve ser o cumprimento da pena principal determinada na sentença.

O estudo seguinte, da responsabilidade das signatárias desta nota prévia, reflete, a propósito do surgimento de prisões inteligentes, sobre a necessidade de uma orientação política clara na definição das linhas de força da luta contra o crime. Enquadra a utilização do aparelho conceitual da Nova Gestão Pública (*New Public Management*) no âmbito de uma gestão mais racional do sistema punitivo aliada aos desenvolvimentos da Inteligência Artificial e de tecnologias digitais conexas, ao nível específico da execução das penas, designadamente da pena de prisão. Salienta-se o perigo de transformação dos estabelecimentos prisionais em instituições de controlo e enfatiza-se a necessidade de afirmação e renovação do sentido de socialização, não só no domínio prisional como no da execução de penas não privativas de liberdade.

Os dois textos seguintes versam sobre a relevantíssima temática – tantas vezes secundarizada – das medidas de segurança, especificamente, da medida de segurança de internamento aplicada a inimputáveis. Beneficiou-se, a este respeito, de um olhar luso-brasileiro, que as Jornadas propiciaram de forma feliz.

Mariana de Assis Brasil Weigert apreciou a influência, no Brasil, da promulgação da Lei da Reforma Psiquiátrica ou Lei Antimanicomial na execução das medidas de segurança de internação psiquiátrica, denunciando as dificuldades em levar à prática as inovações consagradas. Salvo experiências pontuais em alguns estados, e a despeito dos postulados desenvolvidos pela antipsiquiatria e pela criminologia crítica, a almejada reforma psiquiátrica penal não se conseguiu levar avante. Assim se explicando, conforme é posto em destaque pela autora, a publicação da Resolução

487 do Conselho Nacional de Justiça, de fevereiro de 2023, que tem em vista transformar a Lei da Reforma Psiquiátrica em *law in action*.

É sob o mesmo pano de fundo – através da denúncia vigorosa dos erros de direito em jurisprudência atinente ao internamento de inimputáveis em razão de anomalia psíquica – que Maria João Antunes apresenta as inovações da nova Lei da Saúde Mental portuguesa, entrada em vigor em a 20 de agosto de 2023, esperando que a sua aplicação efetiva se cumpra. São duas as inovações apresentadas, relativamente à medida de segurança de internamento aplicada a inimputáveis. A primeira, diz respeito aos direitos de que são titulares as pessoas com necessidades de cuidados de saúde mental que estão em cumprimento de medida de segurança de internamento de decidir, livre e esclarecidamente, a todo o momento, na medida da sua capacidade, sobre os cuidados de saúde que lhe são propostos e de ver respeitadas a sua vontade e preferências, expressas no momento ou antecipadamente. A segunda inovação tem a ver com a consagração do direito reconhecido à pessoa com necessidades de cuidados de saúde mental de não ser sujeita a medidas privativas ou restritivas de liberdade de duração ilimitada ou indefinida. No caso de internamento de inimputável, a consequência, sem resto – com a eliminação da possibilidade de prorrogação do internamento –, de que este não pode exceder o limite máximo da pena correspondente ao tipo de crime por aquele cometido saldou-se, ao tempo da entrada em vigor da Lei, pela cessação da privação de liberdade de 46 cidadãos.

O presente Livro de Atas fecha com uma reflexão de fundo sobre o futuro da prisão. Carlos Eduardo Adriano Japiassú serve-se do caso brasileiro, cujo modelo penal aprecia – destacando o aumento do número de pessoas, quer privadas de liberdade durante o curso do processo penal ou em consequência de condenação criminal, quer sujeitas a penas ou medidas alternativas –, para alertar para a necessidade de modificação do atual estado de coisas pelo que se refere à realidade penitenciária. Do seu ponto de vista, são três os eixos em torno dos quais se devem orientar as escolhas nacionais: internacionalização e controlo, profissionalização e uso de tecnologia. Como o Professor da UERJ bem atalha, só com esta ‘atualização’ é possível afastar a ideia do ‘*Nothing Works*’ e a ‘naturalidade com que se convive com a miséria prisional’.

Já não é estranho, no tempo atual, o sentimento de que o direito penal entrou numa nova idade. Também do lado das penas e das medidas de segurança – como nestas Jornadas Luso-Brasileiras foi o caso – é importante, por isso, que os ‘saberes’ se reúnam e se façam ouvir para que se abram novas perspetivas transformadoras da realidade.

Anabela Miranda Rodrigues

Sónia Fidalgo

JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS

Penas e Medidas de Segurança

22 MAIO

2024

Palácio dos Melos
Sala do Varandim

PROGRAMA

- 09h00** Receção dos Participantes
- 09h15** Abertura
- 09h30 · 10h00** Reflexões sobre Alguns Aspetos do Sistema de penas Português à Luz da Constituição
MIGUEL MANERO DE LEMOS · Universidade de Coimbra
- 10h00 · 10h30** Execução Penal e o Diálogo Judicial entre Sistemas de Direitos Humanos
ANA LÚCIA FERREIRA · Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro)
- 10h30 · 11h00** Debate
- 11h00 · 11h30** PAUSA/CAFÉ
- 11h30 · 12h00** As Penas de Substituição no Código Penal Português
ANA PAIS · Universidade de Coimbra
- 12h00 · 12h30** Pena de Prisão e Inteligência Artificial · o que esperar de uma aliança (im)provável
ANABELA MIRANDA RODRIGUES · Universidade de Coimbra
SÓNIA FIDALGO · Universidade de Coimbra
- 12h30 · 13h00** Debate
- 13h00 · 14h45** PAUSA/ALMOÇO
- 15.00h · 15h30** As Medidas de Segurança no Brasil após a Reforma Psiquiátrica
MARIANA WEIGERT · Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro)
- 15h30 · 16h00** A Nova Lei da Saúde Mental e o Internamento de Inimputáveis
MARIA JOÃO ANTUNES · Universidade de Coimbra
- 16h00 · 16h30** Debate
- 16h30 · 17h00** O Futuro da Pena de Prisão
CARLOS EDUARDO JAPIASSÚ · Universidade Estadual do Rio de Janeiro
Universidade Estácio de Sá
- 17h00 · 17h30** Debate/Encerramento

ENTRADA LIVRE
certificado: 10 €

TRÊS REFLEXÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE O SISTEMA DE PENAS PORTUGUÊS*

MIGUEL MANERO DE LEMOS

Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito

Resumo: Este texto consiste em três reflexões sobre o sistema de penas português à luz da Constituição. A primeira, sobre o sistema de acumulação material sucessiva previsto no código penal português e a sua eventual incompatibilidade com a lei fundamental. A segunda, sobre o princípio da aplicação da pena de prisão como *ultima ratio* da política criminal e a eventual imposição constitucional de um critério estrito de necessidade, não só na decisão sobre a substituição da pena prisão por uma pena não privativa da liberdade, mas também na decisão sobre a escolha entre a pena de prisão e a pena de multa enquanto penas principais. A terceira, sobre a questão de saber se existem mandamentos constitucionais implícitos de previsão, aplicação e execução de penas de prisão.

Abstract: This piece consists of three sets of considerations about the Portuguese system of criminal punishment in light of the Portuguese Constitution. The first set concerns the system of ‘successive material accumulation’ provided for in the Portuguese criminal code. The second set concerns the imposition of deprivation of liberty as the *ultima ratio* of criminal policy. The third set concerns the question of whether there are implicit constitutional mandates of imprisonment.

Índice: 1. Primeira reflexão – o sistema de acumulação material sucessiva previsto no código penal português; 1.1. O sistema de pena conjunta obtida através de um cúmulo jurídico; 1.2. Rejeição de um sistema de acumulação material; 1.3. O momento do trânsito em julgado; 1.4. Depois do trânsito em julgado – o sistema de execução sucessiva de penas; 1.5. Sugestão ao legislador; 2. Segunda reflexão – o princípio da aplicação da pena de prisão como *ultima ratio* da política criminal; 2.1. Um critério de conveniência *versus* um critério estrito de necessidade; 2.2. O princípio constitucional

* Este texto corresponde essencialmente à intervenção intitulada “Reflexões sobre Alguns Aspectos do Sistema de Penas Português à luz da Constituição” durante as Jornadas Luso-Brasileiras, Penas e Medidas de Segurança (22 de maio de 2024). Agradecimentos pelos comentários e sugestões dos participantes nas jornadas, em particular, Ana Lúcia Ferreira, Carlos Eduardo Japiassú, Maria João Antunes e Miguel João Costa.

da proporcionalidade; 2.2.1. O princípio da aplicação da pena de prisão como *ultima ratio* da política criminal; 2.2.2. O princípio da efectiva execução da pena de prisão como *ultima ratio* da política criminal; 2.2.3. O critério de estrita necessidade na aplicação e execução; 3. Terceira reflexão – mandamentos constitucionais implícitos em matéria de penas de prisão; 3.1. Leques alternativos à pena de prisão; 3.2. Sugestões constitucionais?; 3.3. Mandados constitucionais implícitos de penas de prisão.

Index: 1. First set of considerations – the system of successive material accumulation provided for in the Portuguese penal code; 2. Second set of considerations – imprisonment as the *ultima ratio* of criminal policy; 3. Third set of considerations – implicit constitutional mandates of imprisonment.

Palavras-Chave: acumulação material; cúmulo jurídico; penas principais; penas alternativas; *ultima ratio*; mandamentos constitucionais implícitos.

Keywords: material accumulation; alternative penalties; *ultima ratio*; implicit constitutional mandates.

1. Primeira reflexão – o sistema de acumulação material sucessiva previsto no código penal português

1.1. O sistema de pena conjunta obtida através de um cúmulo jurídico

O código penal português (CP) opta por condenar numa única pena alguém que tenha praticado vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por algum deles (CP, art. 77º/1/1ª parte). Este sistema de pena conjunta, obtida através de um cúmulo jurídico, surge como uma opção, à partida, sensata para punir alguém que pratica vários crimes. A determinação da pena concreta do concurso é feita em função das exigências gerais de culpa e de prevenção, tendo em consideração os factos e a personalidade do agente (CP, arts. 40º, 71º e 77º/1/*in fine*).

A opção feita pelo legislador coaduna-se, naturalmente, com as finalidades reconhecidas à pena de prisão: proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade (CP, art. 40º). Pode-se mesmo dizer que este caso especial de determinação da medida da pena surge como um dos melhores exemplos do pensamento legislativo em matéria de determinação da medida de uma pena, qualquer que ela seja. O legislador quer que a pena concreta seja encontrada através de uma análise específica de cada caso concreto e não através de mecanismos automáticos, meras adições.

Deste modo, o CP prevê que a moldura penal do concurso tem como limite máximo a soma das penas concretamente aplicadas aos vários crimes, não podendo ultrapassar os 25 anos de prisão, e como limite mínimo a mais elevada das penas concretamente aplicadas aos vários crimes (CP, art. 77º/2).

A moldura penal do concurso, tal como a moldura penal de um qualquer crime, é um espaço onde o legislador quer que a individualidade daquele caso e daquele agente sejam determinantes para se determinar um *quantum* de pena adequado às necessidades de proteção de bens jurídicos e reintegração do agente na sociedade, sem ultrapassar a

culpa do agente.¹ A condenação numa única pena – determinada dentro daquela moldura, em função daquelas necessidades, e com esta limitação – é, assim, também, uma forma de se determinar um *quantum* de pena que não viole o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual não autoriza uma pena superior à culpa do agente.

1.2. Rejeição de um sistema de acumulação material

Aparentemente, com aquele sistema de pena conjunta, obtida através de um cúmulo jurídico, o legislador português rejeitou um sistema de acumulação material; sistema em que se somariam automaticamente as penas aplicadas a cada crime. Num puro sistema deste tipo, por exemplo, alguém condenado por quatro furtos qualificados a que correspondam quatro penas de 10, 7, 6, e 4 anos, será condenado num total de 27 anos (daqui em diante, *caso dos furtos não violentos*). Outro exemplo: alguém condenado a 25 anos por cada um de quatro homicídios cometidos será condenado num total de 100 anos (daqui em diante, *caso dos homicídios muito graves*).

Figueiredo Dias avança três argumentos contra um sistema de acumulação material. Primeiro, acentua que a execução das penas num tal sistema “levaria à modificação real da espécie de pena”. E exemplifica: “a execução de 10 penas de prisão de 15 anos cada transformaria penas temporárias de prisão em pena de prisão perpétua; pena que, inclusivamente, a ordem jurídica pode desconhecer, ou até, como sucede entre nós, repudiar”. Segundo, considera que:

“Mesmo, porém, quando a um tal sistema se ponham limites destinados a permitir o seu funcionamento e a racionalizar a execução – máxime, quando à acumulação material se oponham limites máximos de pena –, nem assim se evitam os seus graves e evidentes defeitos político-criminais. Por um lado, um tal sistema contraria o princípio da culpa: a mera adição mecânica das penas faz aumentar injustamente a sua gravidade proporcional e abre a possibilidade de ser deste modo ultrapassado o limite da culpa. Pois se a culpa não deixa de ser sempre referida ao facto (no caso: aos factos), a verdade é que, ao ser aferida por várias vezes, num mesmo processo, relativamente ao mesmo agente, ela ganha um inegável efeito multiplicador. O que, se é particularmente visível quanto às penas de multa e ao seu efeito «progressivo» (...), não deixa de ser exacto – e ainda, em princípio, mais pesado para o agente – quanto às penas de prisão”.

Terceiro, avança que se trata de um sistema “de modo algum compaginável” com as finalidades preventivo-especial positivas, “na medida em que uma execução fraccionada opõe-se inexoravelmente a qualquer tentativa séria de socialização”.

¹ Segundo Figueiredo Dias, no sistema da pena única ou pena do concurso o legislador “manda construir para a punição do concurso uma pena única ou pena com concurso, desde logo dogmaticamente justificável à luz da consideração – necessariamente unitária – da pessoa ou da personalidade do agente; e política-criminalmente aceitável à luz das exigências da culpa e da prevenção (sobretudo, da prevenção especial) no processo de determinação e de aplicação de qualquer pena”. Cf., sobre isto e todas as outras considerações de Figueiredo Dias citadas nesta Secção 1., DIAS (2009), p. 279-292.

1.3. O momento do trânsito em julgado

O regime do concurso de crimes previsto no artigo 77º do CP visa ultrapassar – e, salvo melhor opinião, ultrapassa com sucesso – todos estes problemas do sistema de acumulação material elencados por Figueiredo Dias. Contudo, ele não se aplica em toda a linha. A sua aplicação cessa aquando do momento do trânsito em julgado da condenação por qualquer um dos crimes.

Poder-se-ia pensar que o legislador, ao estender o sistema do cúmulo jurídico até ao momento do trânsito em julgado, não se quedando, por exemplo, pelo momento da condenação², tentou estender até ao momento temporal mais longínquo possível – aquele onde se torna impossível o recurso ordinário, desaparece a presunção de inocência e em que o instituto da reincidência faz a sua aparição – as vantagens claras resultantes da opção pela aplicação de uma única pena a um agente pelo conjunto dos crimes por ele ou ela praticados.

Contudo, poder-se-á questionar se foi mesmo essa a intenção do legislador. Desde logo, porque a intenção legislativa subjacente a tal opção não é imediatamente perceptível. Depois, porque, do ponto de vista da *ratio* subjacente à opção, também não é fácil de vislumbrar as razões pelas quais aquela impossibilidade, desaparecimento e aparição se devam tomar como obstáculos decisivos a que o regime do concurso de crimes se estenda para além do momento do trânsito em julgado.

1.4. Depois do trânsito em julgado – o sistema de execução sucessiva de penas

O cenário muda radicalmente depois do momento do trânsito em julgado da condenação por qualquer um dos crimes. O legislador, a partir deste momento, abdica da elaboração de uma pena única obtida através de um sistema de cúmulo jurídico. A partir do trânsito em julgado os novos crimes cometidos são punidos autonomamente. Isto chega ao conhecimento do intérprete através do artigo 62º do Código Penal que versa sobre a “liberdade condicional em caso de execução sucessiva de várias penas”.

Como ponto inicial, há que notar que o problema em análise não é (*rectius*, não deveria ser) um problema da libertação condicional no caso de existirem várias penas. O problema é – e resulta de – existirem várias penas a cumprir sucessivamente. O agente que pratica crimes depois do trânsito em julgado da condenação por outro ou outros crimes cumprirá não uma pena, mas duas penas. Se, depois do trânsito em julgado da segunda pena, cometer mais um ou vários crimes será condenado em mais uma pena autónoma e assim sucessivamente. Os factos deixam de ser considerados em conjunto. A primeira pena é relativa a uns factos, a segunda, e as seguintes, relativamente a outros.

Alguns exemplos. Começemos com uma adaptação do caso dos homicídios muito graves. O exemplo que se segue é extremo, mas é-se da opinião de que este tipo de exemplos, longe de obscurecerem a discussão, são aqueles que por vezes mais a iluminam³.

² Mas cf. ANTUNES (2022), p. 75.

³ LEMOS (2020), paras. 110-112.

Imagine-se que alguém é condenado a 25 anos por um homicídio e depois por mais três, perpetrados na prisão durante os primeiros dois anos de cumprimento da primeira pena, cada um punido autonomamente com uma pena de prisão de 25 anos.

O tempo a cumprir, à luz do sistema instituído no CP, será de 100 anos (o tempo que falta cumprir são 98 anos). Ou seja, o sistema de execução sucessiva de penas previsto no CP traduz-se, nem mais nem menos, num verdadeiro sistema de acumulação material que aparentemente o legislador tinha rejeitado. E é, claro, um sistema de acumulação material que não escapa às três críticas dirigidas por Figueiredo Dias aos sistemas deste tipo.

Em primeiro lugar, este sistema de execução sucessiva de penas pode implicar uma “mudança da espécie de pena” (100 anos é privação da liberdade perpétua). Tendo em conta que a proibição da prisão perpétua é um princípio constitucional, há aqui um risco claro de o funcionamento deste sistema em concreto resultar numa violação da norma constitucional que a proíbe.

Em segundo lugar, este sistema pode contrariar o “princípio da culpa” (embora haja margem para discussão, pode-se com certeza argumentar que o efeito multiplicador que resulta nos 100 anos é dificilmente compatível não só com o mandamento de que a pena não ultrapasse a culpa como com a exigência de proporcionalidade na intervenção estadual). Tendo em conta que os princípios da culpa e da proporcionalidade são princípios constitucionais, há também por esta via o risco de violação da Constituição.

Em terceiro lugar, a “inexorável” impossibilidade de compatibilização deste sistema de execução sucessiva de penas com “qualquer tentativa séria de socialização” (o primeiro momento em que se colocaria o problema da liberdade condicional seria aos 50 anos de cumprimento do conjunto de penas – *cf. infra*). Tendo em conta que o princípio da socialização ou da socialidade é um princípio constitucional, acrescenta-se mais um risco de violação da Constituição.

Uma quarta dificuldade peculiar à existência deste sistema de execução sucessiva de penas aplicável depois do trânsito em julgado, quando confrontado com a existência, no mesmo ordenamento jurídico constitucional, de um sistema de pena conjunta obtida através de um cúmulo jurídico aplicável antes do trânsito em julgado, é o da sua difícil conciliação com o – e conseqüente potencial violação do – princípio constitucional da igualdade. Ao passo que no exemplo adaptado dos homicídios graves, o agente acaba por ser de facto foi condenado a 100 anos de prisão, um agente que seja condenado por 100 homicídios cometidos antes do trânsito em julgado da condenação por qualquer um deles será condenado no máximo a – e terá que cumprir no máximo – 25 anos de prisão.

Enfim, estas quatro considerações/dificuldades são *por si só suficientes* para afirmar com segurança que as perplexidades político-criminais e as dificuldades jurídico-constitucionais com que este sistema de execução sucessiva de penas se depara são inultrapassáveis.

Deixando os homicídios graves e os exemplos extremos, é de notar que as situações mais dramáticas e *injustas* que ocorrem na prática não estão relacionadas com aqueles homicídios ou outros crimes muito graves, mas com crimes menos graves. Adapta-se agora o caso dos furtos não violentos (adaptação baseada num caso real):

X está condenado a várias penas por dezenas de furtos qualificados não violentos cometidos em conexão com a sua toxicodependência. X tem que cumprir quatro penas conjuntas sucessivas de 10, 7, 6, e 4 anos (total de 27 anos) por crimes cometidos em liberdade. Os crimes correspondentes às três últimas penas conjuntas foram cometidos enquanto X estava a cumprir penas de substituição de suspensão de execução da pena de prisão. No momento da revogação destas, foi naturalmente (ou, melhor, automaticamente, em cumprimento da lei) determinado o cumprimento efetivo das quatro penas conjuntas. Quando conduzido ao estabelecimento prisional, o tempo de prisão a que X está de facto condenado – e que potencialmente terá que cumprir em toda a sua extensão – é de 27 anos.

A adaptação fala por si própria. A insustentabilidade da situação criada é mitigada, ou melhor, de algum modo mitigada, pelo facto de a liberdade condicional no caso de execução de penas sucessivas poder ser concedida a metade da soma do conjunto de penas (13 anos e 6 meses). Nesse momento, far-se-á uma avaliação sobre se o agente está ou não em condições de ser libertado sob condição.

Mas esta é uma mitigação que pouco tem a ver com o sistema de execução sucessiva de penas, pois ela tem lugar em relação a toda e qualquer pena. Todas as consequências negativas resultantes da privação da liberdade são mitigadas pelo facto de a liberdade condicional poder ser concedida a metade de uma qualquer pena de prisão. Ou seja, todas aquelas perplexidades político-criminais e dificuldades jurídico-constitucionais permanecem (mesmo) com a mitigação.

1.5. Sugestão ao legislador

A extensão do sistema da pena conjunta existente para além do trânsito em julgado permite ultrapassar estas perplexidades e dificuldades. Em traços gerais, essa extensão implica que: (1) os crimes praticados depois de uma condenação transitada em julgado serão englobados numa única pena; (2) essa pena será encontrada dentro de uma moldura penal que terá como limite máximo a soma da pena transitada anteriormente aplicada com a pena aplicada ao novo crime e como limite mínimo a pena anterior; (3) na medida da pena conjunta são considerados, em conjunto, os factos e a personalidade do agente; (4) para evitar situações de impunidade, o limite de máximo da pena de 25 anos deixa de se aplicar a estes casos.

2. Segunda reflexão – o princípio da aplicação da pena de prisão como *ultima ratio* da política criminal

2.1. Um critério de conveniência *versus* um critério estrito de necessidade

Em 1993, a propósito de “dúvidas” sobre o sentido que poderá ter substituir uma pena de prisão pela pena de substituição de multa quando o crime prevê as duas penas principais (de prisão ou de multa) em alternativa e o tribunal escolhe a prisão, Figueiredo Dias oferecia a seguinte resposta:

“uma coisa é a aplicação da pena de multa ser preferível à da prisão, outra diversa, e muito mais estrita, é que a execução seja exigida por razões de prevenção. [A]lém [naquele primeiro momento] temos um critério de conveniência e de maior ou menor adequação, aqui [no segundo momento] um critério estrito de necessidade [...]. O tribunal pode decidir-se pela prisão por esta lhe parecer ‘preferível’ à multa, mas ser legalmente obrigado depois [...], sem contradição, a substituí-la por multa”⁴.

Esta mesma abordagem é a defendida, mais recentemente, por Maria João Antunes, que inclusive avança que:

“a opção pela pena de prisão, em detrimento da multa alternativa (pena principal), pode revelar-se mais vantajosa do ponto de vista preventivo-especial, uma vez que fazendo esta opção o tribunal poderá ter depois, em sede de substituição da pena de prisão não superior a cinco anos, um leque alargado de penas não privativas da liberdade”⁵.

Sob um puro ponto de vista de política criminal, tanto as palavras de Figueiredo Dias como as de Maria João Antunes não merecem reparos. E são também palavras que, aparentemente, refletem apropriadamente, por um lado, os tais critérios de conveniência, adequação e necessidade e, por outro, as opções com vantagens preventivo-especiais que estarão na base das escolhas vertidas pelo legislador ordinário no CP.

2.2. O princípio constitucional da proporcionalidade

De um outro ponto de vista, o da Constituição, esta segunda reflexão questiona da ‘bondade e conformidade constitucional’ daquelas palavras à luz do princípio da proporcionalidade.

Talvez se possa identificar, desde já, dois subprincípios que derivam do princípio constitucional da proporcionalidade e que, no fundo, não são mais do que duas concretizações específicas do princípio normalmente conhecido como o princípio da privação da liberdade como *ultima ratio* da política criminal. Identificam-se eles com os “dois aspectos parciais da aplicação e execução da pena” de que falava já Anabela Miranda Rodrigues em 1984⁶. Primeiro, o subprincípio constitucional da *aplicação* da pena de prisão como *ultima ratio* da política criminal. Depois, o subprincípio constitucional da *execução* da pena de prisão como *ultima ratio* da política criminal.

2.2.1. O princípio da aplicação da pena de prisão como *ultima ratio* da política criminal

O princípio da aplicação da pena de prisão como *ultima ratio* da política criminal implica que, quando confrontado com uma alternativa entre uma pena de prisão e uma outra pena não privativa da liberdade, aplicáveis enquanto penas principais, o tribunal tem que aplicar a pena não privativa da liberdade sempre que a aplicação da pena de prisão não seja estritamente exigida por razões de prevenção.

⁴ DIAS (2009), p. 363-364.

⁵ ANTUNES (2022), p. 94-95.

⁶ RODRIGUES (1984), p. 26.

Ou seja, funciona já aqui, naquele primeiro momento de escolha entre penas principais alternativas, um critério estrito de necessidade na aplicação na sentença de uma pena de prisão, e o tribunal está constitucionalmente obrigado a não aplicar a pena de prisão se essa estrita necessidade não existir.

2.2.2. O princípio da efetiva execução da pena de prisão como ultima ratio da política criminal

O princípio da efetiva execução da pena de prisão como *ultima ratio* da política criminal implica que, quando confrontado com a alternativa entre a (efetiva) execução de uma pena de prisão que vai (de facto) ser aplicada na sentença condenatória e a sua “substituição” por uma pena não privativa da liberdade (ou outra menos privativa da liberdade), o tribunal tem que impedir a execução efetiva da prisão sempre que isso não seja estritamente exigido por razões de prevenção⁷.

Neste segundo momento de escolha, funciona, assim, também um critério estrito de necessidade. O tribunal está constitucionalmente obrigado a não determinar a execução efetiva da pena de prisão se essa estrita necessidade não existir.

2.2.3. O critério de estrita necessidade na aplicação e execução

A diferente abordagem que aqui se propõe diz respeito não a este segundo momento de execução da pena de prisão, mas tão-só àquele primeiro momento da sua aplicação enquanto pena principal. Em favor desta abordagem, talvez se possa dizer que ela se coaduna, de forma mais natural, com a “luta decidida contra a frequência de aplicação da pena de prisão [que] marcou, desde a primeira hora – desde a apresentação, por Eduardo Correia, do seu projecto da Parte Geral do Código Penal, em 1963 – o movimento de reforma do direito penal português que veio a culminar com a publicação do Código Penal de 1982”⁸.

Também em seu favor, pode-se argumentar no sentido de que o enfatizar que naquele primeiro momento não funciona um critério de maior ou menor adequação ou conveniência, mas também um critério de estrita necessidade, encontra suporte na seguinte distinção.

Uma coisa é aplicar uma pena prisão e depois substituí-la por uma pena de multa ou outra pena não privativa da liberdade. Neste caso, a pessoa é condenada numa pena de prisão a título principal que, como se disse, pode ser, e em muitos casos é, efetivamente cumprida como consequência do falhanço no cumprimento da pena de substituição. Outra coisa, bem diferente, é não aplicar, desde logo, uma pena de prisão, mas sim uma pena multa enquanto pena principal, uma pena não privativa da liberdade a título principal.

⁷ A palavra “substituição” está entre aspas porque de facto não se substitui a pena principal. A pena principal de prisão permanece aplicada na sentença enquanto “ameaça” de sua execução efetiva. Muitas vezes, de facto, é efetivamente cumprida *a posteriori* em resultado do falhanço no cumprimento na pena de substituição

⁸ RODRIGUES (1984), p. 22.

Não esquecendo também, ainda em abono desta abordagem, que a probabilidade de um incumprimento de uma pena de multa resultar numa privação da liberdade é, à partida, menor do que a probabilidade de um incumprimento de uma pena de substituição levar a esse resultado⁹.

Em suma, se verdadeiramente existe um mandamento constitucional de *aplicação* da pena de prisão como *ultima ratio* da política criminal (a posição aqui adotada), é logo naquele primeiro momento que se tem que aplicar a pena de multa ou outra pena não privativa da liberdade. Infelizmente, no sistema penal português a única existente é mesmo a pena de multa. Talvez seja aqui que reside uma boa parte do problema, pois que se o legislador ordinário fosse mais prolixo nesta matéria, indicaria, como até já indicou, outras penas principais não privativas da liberdade ou outras menos privativas da liberdade.

3. Terceira reflexão – mandamentos constitucionais implícitos em matéria de penas de prisão

3.1. Leques alternativos à pena de prisão

Também em conexão com a segunda reflexão, deixa-se aqui uma outra dúvida/questão, a qual se coloca tanto em relação ao princípio da aplicação da pena de prisão como *ultima ratio* da política criminal como relativamente ao princípio da efetiva execução da pena de prisão como *ultima ratio* da política criminal. Não implicarão eles também um mandamento constitucional no sentido de que o legislador ordinário está obrigado a consagrar um leque alternativo mais vasto à pena de prisão enquanto pena principal e um leque alternativo mais vasto de penas de substituição da pena de prisão?

Talvez a utilização da palavra “mandamento” transmita uma ideia juridicamente desadequada ou até incorreta, pois que dotada de uma carga impositiva sem tradução na Constituição. Melhor se calhar falar de uma “pressão”, um incentivo, um empurrão ou uma *sugestão* constitucional neste sentido¹⁰.

3.2. Sugestões constitucionais?

Seja a melhor palavra aquela que for, a dúvida/questão adicional que agora se aborda neste ponto 3 é a de se, em matéria de penas de prisão, a Constituição não terá muito mais dizer do que o que por vezes se pensa. Pois que, na verdade, há uma ideia bastante difundida de que não resultam dela mandamentos constitucionais de criminalização nem, *a fortiori*, mandamentos constitucionais de adoção de penas de prisão.

Em sentido oposto a essa ideia difundida, o que se sugere neste ponto 3 é então não só que existem mandados constitucionais implícitos no sentido de adoção de alterna-

⁹ Compare-se o regime de incumprimento previsto para a pena de multa enquanto pena principal (CP, arts. 47º-49º) com o respetivo regime previsto para as penas de substituição (CP, arts. 45º, 56º, 59º).

¹⁰ ANTUNES (2021), p. 66.

tivas à pena de prisão, mas também que existem mandados constitucionais implícitos no sentido da imposição de penas de prisão.

3.3. Mandados constitucionais implícitos de penas de prisão

Quanto a esta última ideia, ela não se alicerça tão-só no facto de que a noção de que não existem mandados implícitos de criminalização pode não passar um escrutínio mais apertado; e não passa (como já sugerido, por exemplo, por Maria João Antunes)¹¹. E também não se funda só na noção de que o princípio da proporcionalidade não só proíbe o excesso mas também a insuficiência e, assim, um legislador que não criminalizasse, por exemplo, o homicídio, estaria a agir insuficiente e inconstitucionalmente. Um incumprimento (manifesto) da sua obrigação (primordial) de proteção da vida humana¹². E ainda não se ancora só na perspectiva de que, tendo em conta a posição constitucional específica do direito à vida, “não haverá como não reconhecer quanto a ele uma imposição constitucional implícita de criminalização de natureza absoluta”¹³.

De forma não idêntica, mas fundamentalmente no mesmo sentido, o que aqui se sugere é que a existência, aplicação e execução de penas privativas da liberdade é constitucionalmente imposta. Um olhar desatento para a Constituição basta para imediatamente perceber que se é verdade que o direito penal e o direito processual penal não se encontram por ‘todo lado’, eles encontram-se por ‘muito lado’, e em muitos desses lugares encontram-se precisamente no que diz respeito à matéria da privação da liberdade e à prisão de uma pessoa.

Ainda com a mesma desatenção, poder-se-ia chegar à conclusão de que o que as normas que se encontram nesses lugares significam é algo desprovido de carga jurídico constitucional impositiva. Algo como: enquanto for forçosa a existência de um direito ordinário que preveja penas privativas da liberdade, existem salvaguardas constitucionais. Contudo, não existe problema constitucional se aquelas deixarem de existir (qual abolição do próprio direito penal ordinário, deixando aquelas normas constitucionais desprovidas de âmbito prático de aplicação).

Seguindo este ponto de vista, a existência do direito das penas privativas da liberdade não seria constitucionalmente imposta, nem mesmo para os homicídios mais graves ou para o “supremo crime internacional”¹⁴. Mas este ponto de vista é contrário ao que está implícito no sistema constitucional. Em “silêncio” e porque “desnecessário” dizê-lo com todas as palavras, este sistema toma como um “pressuposto” que as penas de prisão serão previstas, aplicadas e executadas¹⁵.

¹¹ ANTUNES (2021), p. 66-71.

¹² Sobre as imposições implícitas de criminalização para proteção do direito à vida emergentes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do Pacto Internacional dos Direitos Políticos e Cívicos, SCHABAS (2021), p. 127-129 (com referências à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem), HARTIG (2023), at 51-52 (com referências à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e à posição do Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas).

¹³ ANTUNES (2021), p. 66-71.

¹⁴ IMT, Judgment of 1 October 1946, in 22 The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany (1946), p. 421.

¹⁵ MERON (1995), p. 173-177.

Enfim, esta é a atual ‘natureza’ constitucional das coisas. Se algum dia, no futuro, o povo estiver pronto para abdicar daquela previsão, aplicação e execução, esse é o dia então em que chegou a altura de mudar de Constituição.

Bibliografia

- ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas de Segurança*, 2ª Edição, 2022.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, 2.ª Reimpressão, 2009.
- HARTIG, Annegret, *Making Aggression a Crime Under Domestic Law, On the Legislative Implementation of Article 8bis of the ICC Statute*, 2023.
- LEMOS, Miguel, «*Jus Cogens Versus the Chapter VII Powers of the Security Council: With Particular References to Humanitarian Intervention and Terrorism*», *Chinese Journal of International Law*, vol. 19, 2020.
- MERON, Theodor, «On Custom and the Antecedents of the Martens Clause in Medieval and Renaissance Ordinances of War», in: Ulrich Beyerlin et al. (eds.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Volkerrecht, Europarecht, Staatsrecht: Festschrift fur Rudolf Bernhardt*, 1995.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, «Critério de escolha das penas de substituição no Código penal português», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, número especial, I, Coimbra, 1984.
- SCHABAS, William A., *The Customary International Law of Human Rights*, 2021.

Jurisprudência

- IMT, Judgment of 1 October 1946, in 22 The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany (1946).

EXECUÇÃO PENAL E O DIÁLOGO JUDICIAL ENTRE SISTEMAS DE DIREITOS HUMANOS

ANA LÚCIA TAVARES FERREIRA

Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro)

Resumo: Os órgãos dos sistemas regionais de direitos humanos têm contribuído para o desenvolvimento de normas sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade, influenciando legislações nacionais e produzindo impacto sobre jurisprudência de outros sistemas regionais. O artigo aborda a influência mútua entre os sistemas de Direitos Humanos Europeu, Interamericano e Africano no que diz respeito aos direitos das pessoas privadas de liberdade. O objetivo é investigar se, e em que medida, a influência mútua contribui para a harmonização entre os *standards* adotados em cada um dos sistemas regionais de Direitos Humanos, no que diz respeito aos direitos das pessoas privadas de liberdade, resultando, assim, no desenvolvimento do direito internacional da privação da liberdade.

Abstract: The organs of the regional human rights systems have contributed to the development of standards regarding the rights of incarcerated people, influencing national legislations and producing an impact that reaches the jurisprudence of other regional systems. The article deals with the mutual influence between the European, Interamerican and African Human Rights Systems, concerning the rights of incarcerated people. It aims to investigate if, and to what extent, this mutual influence contributes to the harmonization of the standards concerning the rights of persons deprived of liberty, thus resulting in the development of the international law of detention.

Índice: Introdução; 1. Atuação dos Órgãos Supranacionais de Direitos Humanos e Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade; 2. Referências Externas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos; 2.1. Condições de detenção e tratamento desumano ou degradante; 2.2. Direito à saúde; 2.3. Direito a ser alocado em prisão próxima à residência da família; 3. Referências externas no Sistema Europeu de Direitos Humanos; 4. Referências externas no Sistema Africano de Direitos Humanos; 5. Diálogo intersistêmico e direito internacional da privação de liberdade; Considerações finais.

Index: Introduction; 1. Action of the Supranational Human Rights Bodies and the Rights of Persons Deprived of Liberty; 2. External References in the Inter-American Human Rights System; 2.1. Conditions of detention and inhuman or degrading treatment; 2.2. Right to health; 2.3. Right to be held in a prison close to the family home; 3. External references in the European Human Rights System; 4. External references in the African Human Rights System; 5. Intersystemic dialogue and international law on deprivation of liberty; Final considerations.

Palavras-chave: prisão; pena; Direito Internacional; direitos fundamentais; jurisprudência.

Keywords: prison; punishment; International Law; fundamental rights; jurisprudence.

Introdução

O tratamento jurídico da execução da pena privativa de liberdade tem sido fortemente influenciado, desde a segunda metade do século XX, pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDDHH), em razão da positivação dos direitos das pessoas privadas de liberdade em diversos documentos internacionais.

Entretanto, foi na normativa produzida pelos órgãos supranacionais dos sistemas de Direitos Humanos – em particular, a Corte Europeia, a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, além da Corte e da Comissão Africana de Direitos dos Homens e dos Povos –, que os *standards* sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade se desenvolveram de forma mais detalhada e específica.

O impacto do desenvolvimento de standards sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade no âmbito dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos ultrapassa os limites territoriais de seu escopo de atuação, atingindo não apenas a legislação dos países signatários das respectivas convenções, mas também a atuação dos órgãos supranacionais de outros sistemas de direitos humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), por exemplo, tem incorporado em sua jurisprudência diversos precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH). As decisões da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CtADHP), por sua vez, apresentam referências a inúmeros precedentes da CtIDH e da CtEDH.

Assim, é possível identificar nas decisões dos órgãos supranacionais de Direitos Humanos sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade, um diálogo jurídico intersistêmico, formado por referências recíprocas a precedentes jurisprudenciais ou normas de outros sistemas.

O objetivo deste artigo é analisar as referências intersistêmicas utilizadas pelos órgãos supranacionais dos sistemas Europeu, Interamericano e Africano de Direitos Humanos, no que diz respeito aos direitos das pessoas privadas de liberdade, com o intuito de investigar se, e em que medida, o diálogo jurídico intersistêmico contribui para a harmonização de *standards* e para a consequente consolidação de um direito internacional da privação de liberdade.

O trabalho é composto por cinco secções, além de introdução e considerações finais. A primeira secção apresenta brevemente a atuação dos órgãos dos sistemas regionais de direitos humanos no que diz respeito aos direitos das pessoas privadas de liberdade.

A segunda, terceira e quarta secções abordam, respectivamente, as influências externas nas decisões da Corte e da Comissão Interamericanas de Direitos Humanos, da Corte Europeia de Direitos Humanos, bem como da Corte e da Comissão Africanas de Direitos Humanos e dos Povos, no que diz respeito aos direitos das pessoas privadas de liberdade.

A quinta secção apresenta uma análise do diálogo jurídico intersistêmico, buscando verificar se, e em que medida, a influência recíproca entre os sistemas de Direitos Humanos contribui para a harmonização dos *standards* sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade no âmbito da normativa desenvolvida nos diferentes Sistemas Regionais de Direitos Humanos analisados.

Por fim, são apresentadas considerações finais sobre o tema, propondo-se, além disso, reflexões para futuras pesquisas sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade.

1. Atuação dos Órgãos Supranacionais de Direitos Humanos e Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade

A normatização da pena privativa de liberdade desenvolveu-se simultaneamente no âmbito estatal – a partir do reconhecimento, na maioria dos ordenamentos jurídicos, da posição jurídica de sujeitos de direitos das pessoas privadas de liberdade – e no campo do direito internacional, no contexto da consolidação do DIDDHH, especialmente a partir de meados do século XX.¹

O processo de desenvolvimento normativo internacional sobre a privação de liberdade concretizou-se, inicialmente, nos seguintes marcos: i) a aprovação das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (RMTP), no 1º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime de 1955, as quais traduziram em pormenores o conteúdo genérico das normas convencionais anteriores, introduzidas pela Carta das Nações Unidas (1945) e Declaração Universal de Direitos do Homem (1948); ii) o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP); e iii) a Convenção contra Tortura ou outros Tratamentos ou Punições Cruéis, Desumanas e Degradantes (CAT) de 1984.

No entanto, a regulação da privação de liberdade desenvolveu-se com maior intensidade e segurança na jurisprudência dos órgãos judiciais e quase judiciais dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos, com a consolidação de *standards* e a consequente formação de um amplo arcabouço teórico sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade.

No âmbito do Conselho da Europa (CoE), o Sistema Europeu dos Direitos Humanos, formado pela antiga Comissão Europeia dos Direitos do Homem (ComEDH) e

¹ Já no século XIX, as resoluções de conferências científicas transnacionais produziram os primeiros padrões internacionais sobre a pena de prisão. Segundo RODRIGUES, a Comissão Internacional Penal e Penitenciária elaborou, em 1929, um conjunto de regras para o tratamento de reclusos que viria a ser aprovado pela Liga das nações em 1934. RODRIGUES (2000), p. 32. Sobre o tema ver também van ZYL SMIT (2019).

pela Corte Europeia dos Direitos do Homem (CtEDH), produziu uma vasta jurisprudência sobre condições de encarceramento, regime penitenciário, prevenção à tortura e tratamento desumano ou degradante, a partir dos dispositivos da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

Além disso, o Comitê de Prevenção à Tortura (CPT) do (CoE), com atribuição para o monitoramento dos locais de privação de liberdade dos países membros, contribuiu, por meio de seus relatórios e recomendações, para o estabelecimento de *standards* que foram incorporadas pela jurisprudência da CtEDH, ganhando, assim, por via transversa, caráter vinculante para os Estados-Membros.

A jurisprudência da Corte e as recomendações do CPT, por sua vez, têm sido incorporadas pelas Recomendações do Comitê de Ministros do CoE, consolidando-se o desenvolvimento normativo sobre a matéria nas Regras Penitenciárias Europeias (RPE).²

Da mesma forma, a jurisprudência da Comissão (ComIDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) contribuiu para o desenvolvimento da normativa sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade.

Divergindo do modelo europeu, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) inclui expressamente no âmbito de proteção do art. 5, que disciplina o direito à integridade pessoal, os direitos das pessoas privadas de liberdade, impondo tratamento compatível com o respeito à dignidade humana.³

A seu turno, a CtIDH tem produzido decisões importantes em casos contenciosos, opiniões consultivas e medidas provisionais tratando do conteúdo e alcance dos direitos das pessoas encarceradas e obrigações do Estado, notadamente em relação às condições de encarceramento, tratamento penitenciário, além de garantias judiciais e medidas de reparação.⁴

Tal como os sistemas mais antigos, o Sistema Africano dos Direitos Humanos e dos Povos também contribuiu para a evolução das regras sobre a privação de liberdade através da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (ComADHP) e da Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CtADHP), no âmbito da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP).

Além disso, em 1996, foi implementada a Relatoria Especial para as Prisões e Condições de Detenção (REP), com base no artigo 45.º, n.º 1, da Carta Africana, com a

² A jurisprudência da Corte EDH conformaria, segundo Snacken, a *prison law*, expressão que designa o direito penitenciário, ao passo que as recomendações do CPT e do Comitê de Ministros constituiriam a chamada *prison policy*, isto é, conjunto de princípios penológicos do Conselho da Europa. Sobre o tema ver SNACKEN (2011), p. 82.

³ Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 5: [...] 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. 3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente. 4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas. 5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento. 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

⁴ CtIDH (2020).

tarefa de visitar os centros de privação de liberdade em vários países africanos, recolher informações e preparar relatórios sobre as visitas.⁵

A normativa produzida pelos órgãos supranacionais de Direitos Humanos apresenta cada vez mais referências externas à normativa de outros Sistemas Regionais de Direitos Humanos, o que configura uma aproximação entre os Sistemas e, conseqüentemente, uma jurisprudência global emergente, dinâmica e em constante formação.⁶ Grande parte da prática de cruzamento identificada na jurisprudência dos órgãos dos sistemas regionais de direitos humanos diz respeito aos direitos das pessoas privadas de liberdade.⁷

Nesse contexto, identifica-se uma tendência crescente de convergência e harmonização entre as respectivas jurisprudências, com o estabelecimento de uma relação dialética entre localismo e universalismo.⁸

Assim, as convenções, resoluções, recomendações e jurisprudência dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos sobre a privação de liberdade,⁹ acabam formando um amplo quadro normativo com um marcado caráter transnacional, resultando no que Scalia chamou de direito internacional da privação de liberdade.¹⁰

2. Referências Externas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A maioria dos casos levados à CtIDH são questões criminais e predominam, dentre os casos criminais, processos que envolvem os direitos das pessoas privadas de liberdade, verificando-se numerosas referências à jurisprudência da CtEDH, bem como aos relatórios do Comitê para a Prevenção da Tortura (CPT) e recomendações do Comitê de Ministros do CoE.¹¹

Serão apresentadas, nos tópicos que se seguem, algumas das referências às jurisprudências europeia e africana nas decisões da CtIDH sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade, notadamente no que se refere às condições de detenção, ao direito à saúde das pessoas privadas de liberdade e ao direito a ser alocado em unidade próxima da residência da família.

2.1. Condições de detenção e tratamento desumano ou degradante

Pode-se identificar, nas decisões que tratam de condições de detenção precárias, uma tendência de harmonização com a jurisprudência europeia, no sentido de se vincular o

⁵ VILJOEN / ODINKALU (2014), p. 60.

⁶ SLAUGHTER (2003).

⁷ GROPPi / COCCO-ORTU (2014).

⁸ Sobre o assunto, ver GARCIA-ROCA / CARMONA CUENCA (2017), p. 28.

⁹ Sobre o tema ver VAN ZYL SMIT (2019).

¹⁰ SCALIA (2015), p. 14.

¹¹ De acordo com Mac-Gregor, 81% dos processos do Tribunal, desde o início das atividades do Gabinete até 2014, diziam respeito a questões penais. Os casos de tortura representaram 51% dos casos criminais no mesmo período. Sobre o assunto, ver MAC-GREGOR (2014).

regime penitenciário e a precariedade das condições de detenção à violação do direito à integridade pessoal.

O caso *Kudla v. A Polônia* (2000)¹² foi mencionado em várias decisões da CtIDH (Instituto de Reeducação del Menor v. Paraguai, 2004;¹³ caso *Tibi v. Equador*, 2004;¹⁴ caso *Yvon Neptune v. Haiti*, 2008),¹⁵ para apoiar o entendimento segundo o qual o Estado tem a obrigação de proporcionar às pessoas privadas de liberdade condições mínimas compatíveis com a sua dignidade.

No caso *Tibi v. Ecuador* (2004), o precedente europeu foi parcialmente transcrito na decisão da CtIDH, como ponto de partida para o desenvolvimento e especificação das obrigações estatais em relação às pessoas privadas de liberdade, dentre as quais se destaca o dever do Estado de prestar revisão médica regular, tratamento e atenção adequados, sempre que requerido.

Posteriormente, no caso de *Yvon Neptune v. Haiti* (2008), o mesmo precedente foi utilizado para estabelecer que a detenção “em condições de superlotação, com falta de ventilação e luz natural, sem cama para descanso ou condições adequadas de higiene, em isolamento e incomunicabilidade ou com restrições indevidas à visita são uma violação da integridade pessoal”.

No caso *Montero Aranguren v. Venezuela (Retén de Catia)* (2006), a CtIDH mencionou não apenas a jurisprudência da Corte Europeia, mas também as recomendações do CPT, utilizando parâmetros europeus para avaliar a alegação de violação do artigo 5 da CADH devido às precárias condições de detenção.¹⁶

Assim, a Corte Interamericana incorporou em sua jurisprudência as normas definidas no Segundo Relatório Geral da CPT (1992),¹⁷ no sentido de que um espaço de aproximadamente 2m² para um preso está superlotado em si mesmo e, portanto, constitui tratamento desumano ou degradante, enquanto uma cela de 7m² compartilhada por dois detentos é um aspecto relevante para determinar uma violação da integridade pessoal.

Também foram utilizados como referência os padrões estabelecidos no caso *Karalevičius v. Lituânia* (2005),¹⁸ no sentido de que uma cela de 16.5m² para 10 pessoas presas constitui extrema falta de espaço.

Baseando-se nesses critérios, a CtIDH concluiu que as condições de detenção no *Retén de Catia* constituíam tratamento desumano ou degradante, tendo em vista que cada recluso tinha espaço vital inferior a 30 centímetros quadrados, violando-se, assim, o art. 5.2 da CADH.

¹² CEDH. Caso *Kudla v. Polónia*. Requerimento 30210/96. Sentença de 26 de outubro de 2000.

¹³ CtIDH. Caso do Instituto de Reeducação de Menores v. Paraguai. Aplicação 11666/1996. Sentença de 2 de setembro de 2004.

¹⁴ CtIDH. Caso *Tibi v. Equador*. Requerimento 12.124/1998. Sentença de 7 de setembro de 2004.

¹⁵ CtIDH. Caso *Yvon Neptune v. Haiti*. Demanda 12.514. Sentença de 6 de maio de 2008.

¹⁶ CtIDH (2006).

¹⁷ CPT. 2.º (1992).

¹⁸ CtEDH (1999).

Além disso, foi feita referência ao caso *Khodorkovskiy v. Rússia* (2005), em que a Corte Europeia considerou que o fato de uma pessoa ser forçada a viver, dormir e usar o banheiro junto com um grande número de pessoas era, por si só, um tratamento degradante.¹⁹

No que se refere ao Retén de Catia, observou a CtIDH que as pessoas não só tinham que excretar na presença de seus companheiros, mas tinham que viver entre excrementos e até alimentar-se nessas circunstâncias. A Corte considera que esse tipo de condições carcerárias são completamente inaceitáveis, constituem um desprezo para com a dignidade humana, um tratamento cruel, desumano ou degradante, um severo risco para a saúde e a vida, e uma completa violação do artigo 5.1 e 5.2 da Convenção Americana.

Na Resolução sobre o Caso do Complexo Penitenciário do Curado (2016), a CtIDH adotou medidas provisórias em relação ao Brasil, determinando a implementação das ações necessárias para prevenir a situação de risco aos direitos à vida e à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade, utilizando-se, mais uma vez, os parâmetros estabelecidos pelo CPT, para além das RPE.²⁰

A mesma preocupação de harmonização não foi observada, porém, na Resolução da CtIDH no Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC) (2018), embora a Corte tenha feito referência à jurisprudência europeia na seção denominada “visão jurídico-convencional da situação.”²¹

A CtIDH transcreveu trecho da decisão da CtEDH no caso *Torregiani v. Itália*, que apontava o caráter estrutural e sistêmico do problema de superlotação das unidades prisionais italianas e destacou a recomendação de adoção de medidas político criminais (nos âmbitos legislativo, administrativo e judicial), pelas autoridades italianas, com efeitos preventivos e compensatórios para garantir um remédio efetivo para o quadro de superlotação.²²

Em seguida, a CtIDH concluiu que, no caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), houve violação do artigo 5.2 da Convenção Americana, devido à superlotação carcerária, o que constitui uma situação de risco irreparável para as pessoas privadas de liberdade.

Porém, ao indicar soluções para a situação de risco, a Corte optou por privilegiar estratégias específicas em relação às pessoas privadas de liberdade no IPPSC, abstenendo-se de recomendar a adoção de medidas político-penais mais abrangentes, capazes de afetar toda a população carcerária brasileira, como ocorreu no precedente europeu mencionado na decisão.

Assim, observando que as condições de encarceramento no IPPSC superavam o nível de sofrimento inerente à privação de liberdade, de acordo com os padrões desenvolvidos na jurisprudência internacional, a Corte apontou como solução a redução

¹⁹ CtEDH (2011).

²⁰ CtIDH (2016).

²¹ CtIDH (2018).

²² CtEDH. Caso *Torregiani c. Itália*. Aplicação n. 43517/09. Julgamento de 08 de janeiro de 2013.

da população prisional, por meio do cômputo em dobro do excedente antijurídico de sofrimento não disposto ou autorizado pelos juízes do Estado, observando que

(...) pela circunstância de se tratar de um estabelecimento em particular e não da situação prisional geral do Estado, que não é matéria submetida à sua jurisdição, não é competente para influir na política criminal do Estado, mas tão somente na situação concreta do IPPSC e das pessoas ali alojadas. No entanto, isso não invalida a invocação dos antecedentes jurisprudenciais acima e a orientação prudente que deles se infere, ante a impossibilidade de arbitrar outra solução que a redução mesma da população do IPPSC.²³

Além de limitar-se a impor a adoção de medidas específicas em relação ao IPPSC, a decisão da Corte Interamericana difere do julgado piloto europeu ao optar pela imposição ao Estado de ações específicas, determinando a redução efetiva das penas para pessoas privadas de liberdade, ao contrário da Corte Europeia, que se limitou a formular recomendações genéricas, cujo conteúdo específico deveria ser configurado pelo estado italiano, sob supervisão do Comitê de Ministros do Conselho de Europa.

2.2. Direito à saúde

O direito a cuidados médicos é um dos aspectos de maiores implicações e densidade do direito à saúde das pessoas privadas de liberdade.²⁴ Por isso, produziu-se vasta jurisprudência sobre o tema no âmbito das cortes regionais de direitos humanos, identificando-se um considerável número de referências intersistêmicas, com forte influência da Corte Europeia sobre a Corte Interamericana.²⁵

Assim, no caso *Tibi v. Equador* (2004),²⁶ a CtIDH incorporou os padrões da jurisprudência europeia, referindo-se a *Kudla v. Polônia* (200),²⁷ precedente fundador da jurisprudência europeia sobre o direito à saúde das pessoas privadas de liberdade,

²³ CtIDH (2018).

²⁴ O direito à saúde é geralmente classificado como direito econômico e social, razão pela qual não foi incluído na redação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ou na Convenção Americana de Direitos Humanos. Diversamente da Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos, por exemplo, na qual há previsão expressa do direito à saúde (art. 16º). 1. Toda pessoa tem direito ao gozo do melhor estado de saúde física e mental que for capaz de atingir. Em que pese a indivisibilidade e interdependência entre os direitos humanos, a proteção dos direitos econômicos e sociais é formulada genericamente, em termos vagos, nos tratados internacionais, proporcionando níveis variados de justiciabilidade. Sobre o tema ver AILINCAI (2019).

²⁵ O direito à saúde é geralmente classificado como um direito econômico e social, por isso não foi incluído na redação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ou da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ao contrário da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, por exemplo, que estabelece expressamente o direito à saúde (art. 16). 1. Todas as pessoas têm o direito de gozar da melhor saúde física e mental possível. Apesar da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, a proteção dos direitos econômicos e sociais é formulada de forma genérica e em termos vagos nos tratados internacionais, proporcionando diferentes níveis de justiciabilidade. Sobre o assunto, ver AILINCAI (2019).

²⁶ CtIDH. (2004).

²⁷ CtEDH. (2000).

reconhecendo a violação do artigo 5 da CADH devido à falta de assistência médica adequada e oportuna.

Os *standards* europeus foram desenvolvidos pelo CtIDH de uma forma mais específica no caso *Chinchilla Sandoval v. Guatemala* (2016), em que a Corte considerou que o Estado era responsável pelo descumprimento de suas obrigações internacionais de garantir os direitos à integridade pessoal e à vida de María Inés Chinchilla Sandoval, enquanto esta última estava internada no Centro de Orientação da Mulher.²⁸

Ao apontar o dever de supervisão preventiva, periódica e sistemática da evolução do preso doente, o CtIDH buscou apoio na jurisprudência da CtEDH, mencionando o caso *Tarariyeva v. Rússia* (2006).²⁹

Além disso, a CtIDH incorporou na decisão a teoria da equivalência da assistência médica, alinhada com o Terceiro Relatório Geral de atividades do CPT, observando que “o serviço de saúde nos centros de detenção deve fornecer tratamento médico e de enfermagem, bem como dietas adequadas, fisioterapia, reabilitação e outras instalações (...) em condições comparáveis às desfrutadas por pacientes na comunidade externa”.³⁰

Neste contexto, a CtIDH mencionou, no corpo da decisão, o processo *Mircea Dumitrescu v. Roménia*, na qual a CtEDH estabeleceu que as autoridades devem ter especial cuidado para garantir que as condições de detenção correspondam às necessidades individuais decorrentes de deficiência.³¹

Também foi feita referência ao caso *Price v. Reino Unido* (2001), que reconheceu tratamento contrário ao artigo 3 da CEDH, em relação às condições de prisão de uma pessoa com deficiência, independentemente da intenção de humilhar ou degradar a pessoa privada de liberdade.³²

A sentença da CtIDH no caso *Chinchilla Sandoval* alinhou-se, assim, à jurisprudência da Corte Europeia, além de incorporar os estândares do CPT, vinculando a falta de assistência médica à violação dos direitos à vida e integridade pessoal. A decisão da CtIDH também se baseou na jurisprudência da ComADHP, referindo-se aos casos de *Free Legal Assistance Group e outros v. Zaire* (1994) e *Malawi African Association et al. v. Mauritânia* (2000).³³

No entanto, o voto concorrente do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot adotou um entendimento diferente, indicando que a Corte deveria ter reconhecido a violação do direito à saúde de forma autônoma, por meio de uma interpretação evolutiva do artigo 26, com base nos artigos 1, 2 e 29 da Convenção Americana, considerando que o caso *Chinchilla Sandoval* seria diferente dos precedentes do CtIDH na matéria.³⁴

²⁸ CtIDH (2016).

²⁹ CtEDH (2006).

³⁰ CPT (1992).

³¹ CtEDH (2013).

³² CtEDH (20103).

³³ ComADHP (1994).

³⁴ Isso porque a saúde de Maria Inés Chinchilla Sandoval se deteriorou enquanto ela estava presa e por causa da falta de atendimento médico na prisão, já que sua perna foi amputada por falta de tratamento para

A tese sustentada no voto concorrente do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot foi posteriormente adotada pela Corte no caso *Hernández v. Argentina* (2019),³⁵ na qual a violação do direito à saúde de José Luis Hernández foi reconhecida como um direito autônomo e judicializável, com base no artigo 26 da Convenção Americana, conforme interpretado no precedente da própria CIDH no caso *Lagos del Campo v. Peru* (2017).³⁶

A CtIDH reconheceu, portanto, uma violação direta do direito à saúde – que, embora de certa forma associado ao direito à integridade física, goza de autonomia e justiciabilidade, através do artigo 26 da CADH – afastando-se de sua jurisprudência anterior, que se harmonizava com a jurisprudência da Corte Europeia sobre o direito das pessoas privadas de liberdade a cuidados médicos como duplicação dos direitos à integridade física e à vida.

A Comissão Interamericana também se referiu à jurisprudência europeia quando se trata do direito à saúde das pessoas privadas de liberdade.

No caso *Víctor Congo v. Equador* (Relatório 63/99), a Comissão Interamericana referiu-se expressamente à decisão da ComEDH³⁷ no caso *Herczegfalvy v. Austria* (1992), ao considerar que a violação da integridade física de uma pessoa privada de liberdade é mais grave em condições de detenção deploráveis e na ausência de tratamento médico para pessoas com doenças mentais.³⁸

A Comissão referiu-se igualmente ao caso *Dhoest v. Bélgica* (1987), observando que o fato de as pessoas privadas de liberdade com deficiência mental não cooperarem com as autoridades administrativas não as exime do dever de assegurar condições dignas de detenção e assistência médica durante a custódia.³⁹

2.3. Direito a ser alocado em prisão próxima à residência da família

O caso *Lopes et al. v. A Argentina* (2019) tratou da alocação de pessoas privadas de liberdade em prisões distantes (entre 800 e 2000 quilômetros) de seus familiares, das autoridades judiciais encarregadas da execução da pena e de seus defensores.

A decisão fez várias referências expressas a precedentes europeus sobre o tema, baseando-se em princípios que, embora previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e nas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Prisioneiros, carecem de disposições que adaptem o exercício desses direitos às especificidades da rea-

diabetes e, além disso, ela não recebeu ajuda quando precisou de atendimento de emergência e morreu. CtIDH. Caso de *Chinchilla Sandoval et al. v. Guatemala*. Opinião divergente do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

³⁵ O caso tratava de uma suposta violação da integridade pessoal de José Luis Hernández pelo Estado argentino, porque ele adquiriu uma doença na prisão e não recebeu tratamento oportuno ou em condições de equivalência a uma pessoa não privada de liberdade, o que causou sequelas neurológicas, perda de visão em um olho e incapacidade parcial no outro por esse motivo. CtIDH (2019).

³⁶ CtIDH (2017).

³⁷ ComIDH (1999).

³⁸ CEDH (1992).

³⁹ ComIDH (1987).

lidade carcerária.⁴⁰ Assim, foi desenvolvida uma abordagem do tema sob três diferentes perspectivas, a saber: do direito à reinserção social; do direito à vida familiar; e da estrita legalidade.

Ao abordar a questão a partir da perspectiva do direito à reinserção social, a CtIDH referiu-se ao caso de *Khodorkovskiy e Lebedev v. Rússia* (2006), estabelecendo uma relação entre reinserção e manutenção dos laços familiares.⁴¹

A alocação das pessoas privadas de liberdade também foi abordada em relação ao direito de não interferência na vida familiar e à proteção da família, com ênfase na obrigação dos Estados de manterem os laços familiares das pessoas privadas de liberdade.

Nessa perspectiva, a CtIDH incorporou a jurisprudência da CtEDH (*Messina v. Itália* (2015);⁴² *Vintman v. Ucrânia* (2015);⁴³ *Kurkowski v. Polônia* (2013);⁴⁴ *Khoroshenko v. Rússia* (2015);⁴⁵ *Polyakova v. Rússia* (2017),⁴⁶ estabelecendo, com base nos precedentes europeus, que questões materiais que possam dificultar as visitas familiares devem ser levadas em conta pelas autoridades penitenciárias.

Além de se referir à jurisprudência europeia, a CtIDH também menciona as RPem com especial destaque para a versão de 2006, que estabeleceu que o local de privação de liberdade deve ser próximo da residência dos familiares, sempre que possível.⁴⁷

A CtIDH também se referiu aos *standards* do CPT sobre a importância dos contatos do condenado com o mundo exterior, especialmente a necessidade de proteger as relações com a família e com amigos próximos.

A Corte Interamericana também considerou a questão sob a perspectiva do princípio da legalidade estrita, previsto no artigo 30 da CADH, incorporando no texto de sua própria decisão o entendimento adotado em dois casos julgados da CtEDH, a saber: *Khodorkovsky e Lebedev v. Rússia* (2007)⁴⁸ e *Polyakova v. Rússia* (2008),⁴⁹ como parâmetros comparativos para a análise da legislação argentina sobre a transferência de pessoas privadas de liberdade.

⁴⁰ CtIDH (2019).

⁴¹ CtEDH (2020).

⁴² CtEDH (2015).

⁴³ CtEDH (2015).

⁴⁴ CtEDH (2013).

⁴⁵ CtEDH (2015).

⁴⁶ CtEDH (2017).

⁴⁷ CoE (2006).

⁴⁸ A ausência de critérios claros também foi fundamental para *Khodorkovsky e Lebedev c. Rússia*, com o TEDH observando que a transferência de pessoas condenadas à prisão perpétua para estabelecimentos localizados a milhares de quilômetros das casas de seus parentes constituía uma interferência arbitrária em sua vida privada e familiar, dada a localização geográfica das colônias penais e as realidades do sistema de transporte russo. CEDH (2007).

⁴⁹ Em *Polyakova v. Na Rússia*, concluiu-se que os regulamentos internos da Federação Russa relativos à localização e à transferência de pessoas privadas de liberdade não satisfaziam o requisito da legalidade, uma vez que, embora fornecessem critérios, não permitiam que as pessoas privadas de liberdade e as suas famílias previssem efetivamente eventuais decisões das autoridades administrativas. CEDH (2017).

Concluindo que a legislação argentina não contém critérios claros e específicos sobre a transferência de pessoas privadas de liberdade, a CtIDH determinou que o Estado argentino adotasse todas as medidas legislativas, administrativas ou judiciais necessárias para regular e implementar as transferências de pessoas privadas de liberdade, de acordo com os padrões estabelecidos na sentença, no prazo de um ano a contar da notificação da decisão.

3. Referências externas no Sistema Europeu de Direitos Humanos

As referências à jurisprudência interamericana sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade são escassas nas decisões da CtEDH. Apenas três casos são registrados, todos abordando a definição de tortura.

A jurisprudência da CtIDH foi utilizada no voto dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque, no caso *Portmann c. Suíça* (2008),⁵⁰ no qual a Corte entendeu que o encapuzamento da vítima durante seu interrogatório pelo juiz de instrução não constituiu tratamento desumano ou degradantes.⁵¹

O voto divergente referia-se ao processo *Maritza Urrutia v. Guatemala* (2003), em que o CtIDH considerou tortura o fato de a vítima estar encapuzada e submetida ao som de um rádio ligado em volume máximo, para apoiar a oposição à interpretação restritiva da Corte.

Posteriormente, o caso *Maritza Urrutia v. Guatemala* (2003)⁵² foi incorporado à jurisprudência da CtEDH no *Gäfgen c. Alemanha* (2010),⁵³ mediante transcrição no corpo da decisão, na seção que tratou do direito interno, internacional e comparado e a prática internacional.⁵⁴

A jurisprudência da CtIDH também foi incluída no caso *Zontul v. Grécia* (2012), em que a Corte Europeia constatou que o agente estatal que insere um objeto no ânus de uma pessoa privada de liberdade pratica efetivamente a tortura.⁵⁵

A CtEDH fez referência, na seção relativa ao direito interno e internacional pertinente, ao caso *Penal Miguel Castro c. Peru* (2006), no qual a CtIDH reconheceu que a inspeção vaginal digital de maneira abrupta por vários guardas encapuzados correspondia à definição de estupro e que esse tratamento configura um ato de tortura.⁵⁶

Não foram identificadas referências à jurisprudência do Sistema Africano de Direitos Humanos nas decisões sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade do CtEDH.

⁵⁰ CtEDH (2008).

⁵¹ CtEDH (2008).

⁵² CtIDH (2003).

⁵³ CtEDH (2010).

⁵⁴ O caso *Gäfgen* diz respeito ao episódio no qual o diretor adjunto da polícia de Frankfurt am Main, Wolfgang Darschner, ameaçou um preso de violência física durante o interrogatório, caso aquele não revelasse o paradeiro de uma criança sequestrada. O suspeito, ante a ameaça, indicou o local onde estava a criança, que já havia falecido antes mesmo do interrogatório. Sobre o tema ver GÓNGORA-MERA (2005). Acesso em 22 de fevereiro de 2021. GRECO (2009), p. 229 s.

⁵⁵ CtEDH (2012).

⁵⁶ CtIDH (2006).

4. Referências externas no Sistema Africano de Direitos Humanos

As decisões da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos contêm numerosas referências à jurisprudência dos Sistemas Europeu e Interamericano de Direitos Humanos. No entanto, apenas um deles trata dos direitos das pessoas privadas de liberdade.

No caso de *Lucien Ikili Rashidi v. República Unida da Tanzânia* (2019),⁵⁷ a CtADHP mencionou o caso da *Sra. X v. Argentina* (1996),⁵⁸ bem como *Frerot v. França* (2007),⁵⁹ como fonte de critérios para decidir sobre a convencionalidade do procedimento de busca retal durante o procedimento de ingresso em estabelecimento prisional.

A CtADHP observou que, de acordo com os critérios estabelecidos no acórdão *Sra. X v. Argentina*, embora medidas restritivas possam ser necessárias no caso de uma clara ameaça à segurança, uma busca vaginal é mais do que uma medida restritiva, pois envolve uma invasão do corpo da mulher.

Assim, a medida deve ser orientada por três critérios, a saber: deve ser absolutamente necessária por razões de segurança no caso; não pode haver outra opção; e deve ser determinada pelo juiz competente, além de ser realizada por um profissional de saúde.

Com base nessas considerações, o CtADHP entendeu que, no caso de *Ikii Rashidi*, a busca retal constituía tratamento desumano ou degradante, considerando que os critérios supracitados não foram atendidos.

A jurisprudência europeia sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade também tem sido repetidamente mencionada nas decisões do ComADHP.

No caso, *Huri-Laws c. Nigéria* (2000),⁶⁰ a Comissão amparou-se na decisão da CtEDH no caso *Irlanda c. Reino Unido*,⁶¹ além de fazer referência à decisão da CtEDH no caso *José Antônio Urrutikoetxea c. França* (1996),⁶² para interpretar o art. 5 da Convenção ADHP, destacando que a proibição de tortura, tratamento desumano ou degradante é absoluta.

Já no caso *Gabriel Shumba c. Zimbábue* (2012),⁶³ a Comissão adotou o entendimento da CtEDH no caso *Kaya v. Turquia* (1998),⁶⁴ no que diz respeito à obrigação positiva dos Estados de proteção dos direitos humanos de seus nacionais, especialmente o direito à vida.

A decisão do Tribunal Europeu no processo *Colibaba c. A Moldávia* (2007)⁶⁵ foi parcialmente transcrita na decisão ComADHP no caso *Egyptian Initiative for Personal Rights et Interights c. República Árabe do Egito* (2011).⁶⁶

⁵⁷ O requerente alegou que os guardas da prisão o despiram e depois o forçaram a se curvar para submetê-lo a uma busca retal, na qual se esperava que encontrassem maconha e dinheiro. CtADHP (2019).

⁵⁸ CtIDH (1996).

⁵⁹ CEDH (2007).

⁶⁰ ComADHP (2000).

⁶¹ CtEDH (1977).

⁶² ComEDH (1996).

⁶³ ComADHP (2012).

⁶⁴ CtEDH (2000).

⁶⁵ CEDH (2007).

⁶⁶ ComADHP (2011).

Com base na jurisprudência europeia, a Comissão observou que cabe ao Estado convencer que as alegações de tortura não são fundadas, tendo em vista que a vítima se encontrava sob detenção na ocasião dos fatos.

A jurisprudência europeia sobre a síndrome do corredor da morte também foi adotada pela Comissão Africana, na Comunicação 319, caso *Interights & Ditshwanelo v. República de Botswana* (2006),⁶⁷ no qual foi mencionado o caso *Soering c. Reino Unido* (1989) para sustentar o entendimento segundo o qual os períodos longos de encarceramento no corredor da morte constituem violação à integridade pessoal da pessoa privada de liberdade.

5. Diálogo intersistêmico e direito internacional da privação de liberdade

Verifica-se uma prática consistente de referências intersistêmicas nos órgãos supranacionais dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos, no que diz respeito aos *standards* sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade, que se vem intensificando nos últimos anos.

A maior influência é exercida pela Corte Europeia, tanto nos órgãos do Sistema Interamericano, quanto nos órgãos do Sistema Africano, podendo-se atribuir o impacto mais acentuado à antiguidade do Sistema Europeu e ao nível avançado de desenvolvimento dos *standards* sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade na jurisprudência da Corte Europeia.

A análise da influência da jurisprudência europeia na jurisprudência da Corte Interamericana aponta que as referências aos precedentes europeus ocorrem nas seguintes situações: i) como instrumento de interpretação das normas da CADH para fins de aplicação às pessoas privadas de liberdade; ii) para fins de incorporação dos *standards* desenvolvidos na jurisprudência do sistema europeu; iii) como argumento de justificação ou legitimação de uma decisão que, embora inspirada na jurisprudência europeia, acaba por distanciar-se desse modelo, adotando orientações diversas para situações semelhantes; iv) como fundamento de opiniões dissidentes.

Assim, por exemplo, em *Loaysa Tamayo v. Peru*, a Corte Interamericana utilizou a jurisprudência europeia como referência para interpretação da vedação de tortura e tratamento desumano ou degradante (art. 5), adotando, inicialmente, o entendimento manifestado pela Corte Europeia no caso *Irlanda v. Reino Unido*.

Posteriormente, a CtEDH alterou seu entendimento em *Selmouni v. França* e a CtIDH, por sua vez, aderiu à nova orientação, incorporando os novos parâmetros adotados pela CtEDH no caso *Cantoral Benavides v. Peru*, como visto acima.

Os exemplos mencionados demonstram que a Corte Interamericana busca a harmonização com a jurisprudência europeia, orientando suas próprias decisões de acordo com os *standards* sobre a vedação da tortura desenvolvidos pela CtEDH. Essa mesma tendência pode ser identificada, inicialmente, no que diz respeito aos *standards* sobre

⁶⁷ ComADHP (2006).

as condições de detenção e superlotação carcerária. Assim, o caso Kudla v. Polônia foi parcialmente transcrito em diversas decisões da CtIDH sobre a violação do art. 5 da CADH em razão de condições precárias de detenção.

Além disso, diversos *standards* desenvolvidos na jurisprudência da Corte Europeia, e recomendações do CPT e do Comitê de Ministros do CoE foram incorporados na jurisprudência interamericana para fins de interpretação da vedação de tratamento desumano e degradante em casos de superpopulação prisional.

Já na Resolução do caso IPPSC v. Brasil, a Corte referiu-se expressamente ao caso Torregiani v. Itália, porém, optou por adotar medidas específicas e pontuais para a proteção dos direitos das pessoas privadas de liberdade no IPPSC, diversamente do entendimento adotado pela Corte Europeia no caso Torregiani, utilizando o precedente europeu apenas para fins de justificação, sem buscar harmonização.

A jurisprudência europeia também foi utilizada para fins de justificação, sem intenção de harmonização no que diz respeito à incorporação pela CtIDH da doutrina da síndrome do corredor da morte. Embora a Corte Interamericana tenha incorporado a doutrina nas decisões sobre pena de morte, inclusive com referências expressas à jurisprudência europeia, as decisões interamericanas não seguem estritamente o entendimento adotado pela CtEDH, afastando-se dos precedentes europeus ao reconhecer a pena capital como violação do direito à vida.

A influência europeia na jurisprudência interamericana tem sido relativamente intensa no que diz respeito ao direito à saúde das pessoas privadas de liberdade, identificando-se uma tendência de harmonização com os precedentes da Corte Europeia.

Entretanto, a tendência de harmonização não excluiu a incorporação dos *standards* do CPT nas decisões da Corte Interamericana, conferindo proteção mais ampla às pessoas privadas de liberdade com a adoção da teoria da equivalência da atenção médica.

Além disso, em Hernandez v. Argentina, a CtIDH adotou orientação diversa da jurisprudência europeia, reconhecendo a falta de cuidados de saúde, não como violação dos direitos à vida e à integridade pessoal, mas como violação autônoma do direito à saúde.

As referências à jurisprudência europeia nas decisões interamericanas contribuem, portanto, para a harmonização de *standards* e princípios sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade.

A influência europeia não implica, porém, a integral adesão aos entendimentos adotados pelos órgãos do Sistema Europeu de Direitos Humanos, podendo-se observar que os órgãos interamericanos divergem da jurisprudência europeia em vários temas, optando por soluções jurídicas distintas em situações semelhantes, especialmente para conferir proteção mais ampla aos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

As referências da Corte Interamericana à jurisprudência africana são menos numerosas e destinam-se não só à harmonização de parâmetros, como também à justificação para a adoção de orientações que se destacam de entendimentos consolidados no DID-DHH, como ocorreu na referência ao Caso da Iniciativa Egípcia por Derechos Personales e Interights c. Egípto (2011), que trata do estupro como tortura.

A Corte Europeia fez referência expressa a precedentes interamericanos em três oportunidades, podendo-se identificar em dois dos casos (Gäfgen v. Alemanha (2010) e

Zontul v. Grèce (2012)) a preocupação de harmonização dos *standards* sobre a definição da tortura, sem prejuízo de divergência na sua aplicação ao caso concreto, ao passo que em Portman v. Suíça, a decisão da CtIDH serviu como fundamento do voto dissidente.

Os órgãos do Sistema Africano, por sua vez, fazem várias referências aos precedentes europeus e interamericanos, primordialmente com a preocupação de harmonização com os precedentes das instituições congêneres.

Constata-se, assim, uma tendência de harmonização entre os três sistemas de Direitos Humanos, mediante o compartilhamento de *standards*, que contribui para o desenvolvimento do quadro normativo sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade, com influência mais intensa da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre as Cortes Interamericana e Africana.

Entretanto, pode-se identificar divergências em alguns temas (como, por exemplo, no que diz respeito à violação autônoma do direito à saúde por falta de cuidados médicos e à configuração da pena de morte como violação do direito à vida), de forma que a predominância da tendência de harmonização não implica a impossibilidade de adoção de entendimentos e interpretações das normas do DIDDHH mais apropriados às especificidades regionais.

Ainda assim, a tendência predominante de harmonização apontada permite sustentar uma possibilidade de formação de um arcabouço teórico que pode vir a consolidar um direito internacional da privação da liberdade, sem que isso implique a impossibilidade de configurações particulares em relação a problemas regionais específicos.

Considerações finais

A análise do diálogo entre os órgãos dos sistemas de direitos humanos revela uma tendência de harmonização e convergência que pode contribuir para a consolidação de um arcabouço teórico sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade, constituindo-se o chamado direito internacional da privação de liberdade.

Os pontos de divergência possibilitam a evolução da jurisprudência, com a adaptação dos *standards* às mudanças sociais, às peculiaridades dos casos concretos e dos diferentes ordenamentos jurídicos, contribuindo para o aprimoramento do arcabouço teórico sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade.

Porém, o diálogo intersistêmico é desequilibrado e casuístico. As Cortes Interamericana e Africana apresentam maior número de referências externas (principalmente à jurisprudência da Corte Europeia), sem que se identifique uma preocupação explícita e organizada de harmonização. Assim, a influência da jurisprudência europeia sobre a Corte Interamericana é fragmentada, limitando-se a casos isolados. Por outro lado, as divergências identificadas na jurisprudência da Corte Interamericana não exercem impacto sobre as decisões da Corte Europeia.

O desenvolvimento de um direito internacional da privação de liberdade demanda a adoção pelas Cortes supranacionais de direitos humanos de uma prática judicial orientada pelo diálogo entre sistemas de direitos humanos, promovendo a universalização dos direitos das pessoas privadas de liberdade de forma sistemática, ainda que seja imprescindível a divergência em alguns casos.

Referências

- AILINCAI, Mihaela Anca, «L'Acces des Détenus Aux Soins de Santé», *Société Française pour le Droit Penal – Colloque de Rennes. Santé et Droit International*, Paris, Pedone, 2019.
- COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso Egyptian Initiative for Personal Rights et Interights c. República Árabe do Egito. Julgamento de 23 de março de 2011.
- , Caso Gabriel Shumba c. Zimbabwe. Comunicação 288/2004. Julgamento de 18 de maio de 2012.
- , Caso Huri-Laws c. Nigeria. Comunicação n. 225/98. Decisão de 06 de novembro de 2000.
- , Caso Interights & Ditshwanelo c. República de Botsuana.
- , Caso Law Office of Ghazi Suleiman c. Sudão. Comunicação n. 228/99. Julgamento de 29 de maio de 2003.
- , Free Legal Assistance Group and others v. Zaire, Comunicaciones No. 25/89, 47/90, 56/91, 100/93, 4 de abril de 1994. párr. 47.
- COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Dhoest c. Bélgica. Decisão de 14 de maio de 1987.
- , Caso Urrutikoetxea c. França. Julgamento de 5 de dezembro de 1996.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Felix Rocha Diaz c. Estados Unidos. Caso 12.833. Informe 11/15.
- , Caso Russell Bucklew c. Estados Unidos. Caso 12.958. Informe 71/18.
- , Caso Senhora X c. Argentina. Relatório n. 38/96 de 15 de outubro de 1996.
- , Caso Victor Rosario Congo c. Equador. Informe 63/99 de 13 de abril de 1999.
- , Caso Victor Saldaño c. Estados Unidos. Caso 12.254. Informe 24/17.
- CONSELHO DA EUROPA, *European Prison Rules*, disponível em <https://rm.coe.int/european-prison-rules-978-92-871-5982-3/16806ab9ae> (acesso em 10 de abril de 2021).
- CORTE AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso Lucien Ikili Rashidi c. República Unida da Tanzânia. Requerimento n. 009.2015. Julgamento de 28 de março de 2019.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso de Kurkowski c. Polônia. Aplicação 36228/06. Julgamento de 9 de abril de 2013.
- , Caso Campbell e Cosans c. Reino Unido. Aplicação n. 13590/88. Julgamento de 25 de março de 1992.
- , Caso Colibaba c. Moldávia. Aplicação n. 29089/06. Julgamento de 23 de outubro de 2007.
- , Caso de Lebedev c. Rússia. Aplicação n. 4493/04. Julgamento de 25 de outubro de 2007.
- , Caso Frerot c. França. Aplicação n. 70204/01. Julgamento de 12 de setembro de 2007.
- , Caso Gäfgen c. Alemanha. Aplicação n. 22978/05. Julgamento de 1 de junho de 2010.
- , Caso Herczegfalvy c. Austrália. Aplicação n. 10533/83. Julgamento de 24 de setembro de 1992.
- , Caso Irlanda c. Reino Unido. Aplicação 5310/71. Julgamento de 13 de dezembro de 1977.
- , Caso Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia. Aplicações n. 51111/07 e 42757/07. Julgamento de 14 de janeiro de 2020.
- , Caso Khodorkovskiy c. Russia. Aplicação n. 5829/04. Julgamento de 31 de maio de 2011.
- , Caso Khoroshenko c. Russia. Application no. 41418/04. Julgamento de 30 de junho de 2015.
- , Caso Kudla c. Polônia. Aplicação 30210/96. Julgamento de 26 de outubro de 2000.
- , Caso Mahmut Kaya c. Turquia. Aplicação 22535/93. Julgamento de 28 de março de 2000.
- , Caso Marper c. Reino Unido. Aplicações 30562/04 e 30566/04. Julgamento de 4 de dezembro de 2008. Caso Polyakova c. Russia Caso Nashif v. Bulgária).
- , Caso Messina c. Itália. Julgamento de 24 de março de 2015.
- , Caso Mircea Dumitrescu c. Romênia. Julgamento de 30 de julho de 2013.
- , Caso Öcalan c. Turquia. Aplicação 46221/99. Julgamento de 12 de maio de 2005.

JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS

- , Caso Portmann c. Suíça. Julgamento de 22 de abril de 2008.
- , Caso Ramirez Sanchez c. France. Aplicação 59450/00. Julgamento de 4 de julho de 2006.
- , Caso Selmouni c. França. Aplicação n. 25803/94. Julgamento de 28 de julho de 1999.
- , Caso Soering c. Reino Unido. Julgamento de 7 de julho de 1989.
- , Caso Tarariyeva c. Rússia. Aplicação 4353/03. Julgamento de 14 de dezembro de 2006.
- , Caso Torreggiani c. Itália. Aplicação n. 43517/09. Julgamento de 08 de janeiro de 2013.
- , Caso Vintman c. Ucrânia. Aplicação 28403/05. Julgamento de 23 de janeiro de 2015.
- , Caso Zontul c. Grécia. Aplicação 12294/07. Julgamento de 17 de janeiro de 2012.
- , Casos de Harkins e Edwards c. Reino Unido. Aplicações 9146/07 e 32650/07. Julgamento de 17 de janeiro de 2012.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso López y otros vs. Argentina. Julgamento de 25 de novembro de 2019.
- , Caso Girón Y Otro vs. Guatemala. Julgamento de 15 de outubro de 2019.
- , Caso Hernández c Argentina Julgamento de 22 de novembro De 2019.
- , Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Julgamento de 21 de junho de 2002.
- , Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Julgamento de 21 de junho de 2002.
- , Caso Lagos del Campo c. Peru Julgamento de 31 de agosto de 2017.
- , Caso Mendoza y Otros c. Argentina. Sentencia de 14 de maio de 2013.
- , Caso Valenzuela Ávila c. Guatemala. Julgamento de 11 de outubro de 2019.
- , Caso J. c. Peru. Julgamento de 27 de novembro de 2013.
- , Assunto do Complexo Penitenciário De Curado Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 23 de novembro de 2016. Medidas Provisórias a Respeito do Brasil.
- , Assunto do Instituto Penal Plácido De Sá Carvalho Resolução da Corte Interamericana De Direitos Humanos de 22 de novembro de 2018. Medidas Provisórias a Respeito do Brasil.
- , Caso Cantoral-Benavides c. Peru. Caso 12.376. Julgamento de 18 de agosto de 2000.
- , Caso de Chinchilla Sandoval et al. c. Guatemala. Julgamento de 29 de fevereiro de 2016.
- , Caso de Chinchilla Sandoval et al. c. Guatemala. Voto dissidente do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.
- , Caso Instituto de Reeducação del Menor v. Paraguai. Aplicação 11666/1996. Julgamento de 2 de setembro de 2004.
- , Caso Loayza-Tamayo c. Peru. Queixa No. 11,154. Julgamento de 27 de novembro de 1998.
- , Caso Loayza-Tamayo c. Peru. Queixa No. 11,154. Julgamento de 27 de novembro de 1998.
- , Caso Loayza-Tamayo c. Peru. Queixa No. 11,154. Julgamento de 27 de novembro de 1998.
- , Caso Maritza Urrutia c. Guatemala Julgamento de 27 de novembro de 2003.
- , Caso Montero Araguren et al (Detention Center of Catia) c. Venezuela. Aplicação n. 11.699. Julgamento de 05 de julho de 2006.
- , Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual an Atenco c. México. Julgamento de 28 de novembro de 2018.
- , Caso Penal Miguel Castro-Castro c. Peru. Julgamento de 25 de novembro de 2006.
- , Caso Tibi c. Equador. Aplicação 12.124/1998. Julgamento de 7 de setembro de 2004.
- , Caso Yvon Neptune c. Haiti. Aplicação 12 514. Julgamento de 06 de maio de 2008.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. «Pena de muerte: hacia su abolición global», *Nuevo Foro Penal*, v. 9, n. 80, 2013, p. 82–93.
- EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT (CPT), *2nd General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1991*, Strasbourg, 13 April 1992.

- GARCIA-ROCA, Javier, *El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo*. Texto extraído da intervenção oral do autor no seminário Diálogo Jurisprudencial entre Cortes Internacionales y Tribunales Constitucionales, celebrado no Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM em 07 de outubro de 2010.
- / CARMONA CUENCA, Encarna, *¿Hacia una Globalización de Los Derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona: Aranzadi, 2017.
- / NOGUEIRA ALACALÁ, Humberto, «El Impacto de Las Sentencias Europeas e Interamericanas: Valor de Precedente e interpretación Vinculante», *¿Hacia una Globalización de Los Derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana* (GARCIA-ROCA / CARMONA CUENCA eds.), Pamplona, Aranzadi, 2017.
- GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo, “*Ein bisschen Folter*”: *Alemania Debate sobre la Tortura*, Disponível em <https://www.menschenrechte.org/es/2005/03/17/ein-bisschen-folter-alemania-debate-sobre-la-tortura/> (acesso em 22 de fevereiro de 2021).
- GRECO, L. «As regras por trás da exceção – reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”», *Revista Jurídica*, v. 23, n. 7, 2009, p. 229–264.
- GROPPI, Tania / COCCO-ORTU, Anna Maria Lecis, «Cour Européenne et Cour interaméricaine des droits de l’homme: de l’influence au dialogue?», *Revue française de droit constitutionnel*, n. 100, 4/2014, p. 971-979.
- HENNEBEL, Ludovic, «Les Références Croisées entre les Juridictions Internationales des Droits de l’Homme». *Le Dialogue des Juges: Actes du Colloque Organisé le 28 avril 2006 à L’Université libre de Bruxelles*, 2007.
- MAC-GREGOR, E. F., «Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal», *Revista IIDH*, v. 59, 2014, p. 29-118.
- MCGLYNN, Clare, «Rape, Torture and The European Convention on Human Rights», *The International and Comparative Law Quarterly*, 58(3), 565-595. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/25622227> (acesso em April 5, 2021).
- ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA, *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981.
- SARKYN, Jeremy. «Prisons in Africa: An Evaluation From a Human Rights Perspective», *Sur International Journal on Human Rights*, Vol. 9, 2009, p. 22-49.
- SCALIA, Damien, *Droit international de la détention: Des droits des prisonniers aux devoirs des Etats*, Paris: Helbing Lichtenhahn, 2015.
- SLAUGHTER, Anne-Marie, «A Global Community of Courts», *Harvard International Law Journal*, Vol. 44, n. I, 2003, p. 191-219.
- SNACKEN, Sonja, *Prisons en Europe. Pour une pénologie critique et humaniste*, Bruxelles, Larcier, 2011.
- STEIKER, C. / Steiker, J. / SCHABAS, W. A., «International law and the abolition of the death penalty», *Comparative Capital Punishment*, v. 55, n. 3, 2019, p. 217–231.
- VAN ZYL SMIT, Dirk, «International Prison Standards and Transnational Criminal Justice», *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, Vol. 4, 97, 2019. Disponível em <https://scholarship.law.uci.edu/ucijil/vol4/iss1/7> (acesso em 7 de abril de 2021).
- VILJOEN, Frans / ODINKALU, Chidi, *La Prohibition de la Torture et des Mauvais Traitements dans le Système Africain des Droits de l’Homme: Guide Pratique Juridique a L’intention des Victimes et de Leurs Défenseurs*, Geneva: OMCT, 2014.

AS PENAS DE SUBSTITUIÇÃO NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS: O PRIMEIRO NÍVEL DE RESPOSTA DO SISTEMA PUNITIVO FACE ÀS CONHECIDAS DESVANTAGENS DA PENA DE PRISÃO*

ANA PAIS**

Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito, Investigadora Colaboradora

Resumo: O Código Penal de 1982 constituiu um marco histórico decisivo na luta contra a pena de prisão, sendo vários os mecanismos legais, quer no plano da determinação da pena, quer no plano da sua execução, que concretizam ainda hoje a opção político-criminal de que a prisão deve ser a *ultima ratio*. Salienta-se o papel essencial desempenhado pelas penas de substituição e procura-se retomar a discussão em torno de uma *teoria geral das penas de substituição*. Por fim, apresentam-se os níveis em que, actualmente, o sistema sancionatório português realiza o propósito político-criminal de evitar a privação de liberdade, bem como os desafios futuros que o sistema ainda enfrenta.

Abstract: The Portuguese 1982 Criminal Code was an historic mark in the criminal policy movement to fight against prison sentences. There are several legal mechanisms, concerning both determination of the penalty and its execution, that reveal the purpose of imprisonment as *ultima ratio*. The text underlines the main role played by substitution criminal penalties (alternatives to imprisonment) and resumes the discussion upon a *general theory of substitutive criminal sanctions*. It ends by presenting the levels currently envisaged by the portuguese sanctioning system to respond to the political-criminal purpose of avoiding deprivation of liberty, as well as the future challenges that the system still faces.

* O presente texto corresponde à comunicação da Autora nas *Jornadas Luso-Brasileiras sobre Penas e Medidas de Segurança*, que tiveram lugar no dia 22 de Maio de 2024, e constitui, em grande parte, uma versão adaptada e revista do artigo “O CP e as penas alternativas à prisão: o regresso às origens e a renovação da discussão em torno da necessidade de uma verdadeira teoria geral das penas de substituição”, publicado em *40 Anos do Código Penal. 1982-2022, Congresso Internacional 24.25 de Novembro de 2022*, Coimbra, 2024, Coord. RODRIGUES, Anabela Miranda/FIDALGO, Sónia/ANDRADE, Tiago da Costa, p. 139 a 160.

** Por opção da autora, o texto é escrito segundo o antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

Índice: 1. O Código Penal português de 1982 e a prisão como *ultima ratio* da política criminal. 2. Os mecanismos legais destinados a concretizar o propósito político-criminal de evitar a privação de liberdade. 3. A renovação da proposta de uma *teoria geral das penas de substituição*. 4. Proposições essenciais à concretização da teoria. 5. O sistema sancionatório português: níveis de resposta e desafios futuros.

Index: 1. The Portuguese 1982 Criminal Code and prison as *ultima ratio*. 2. Legal mechanisms designed to achieve the political-criminal purpose of avoiding deprivation of liberty. 3. Renewing the proposal for a *general theory of substitutive criminal sanctions*. 4. Essential propositions for the realization of the theory. 5. The Portuguese sanctions system: levels of response and future challenges.

Palavras-chave: pena de prisão; *ultima ratio*; penas de substituição; penas alternativas; teoria geral das penas de substituição.

Keywords: penalty of imprisonment; *ultima ratio*; substitution criminal penalties; alternatives to imprisonment; theory of substitutive criminal sanctions.

1. O Código Penal português de 1982 e a prisão como *ultima ratio* da política criminal

Celebrámos recentemente, em Portugal, os 40 anos do Código Penal, um marco histórico decisivo na luta contra a pena de prisão, dando cumprimento ao ideário do movimento de reforma do direito penal português desenvolvido nas décadas precedentes e que teve como ponto alto o Projecto da Parte Geral de Eduardo Correia, de 1963. Este Projecto foi decisivo para direccionar a discussão acerca da danosidade da pena de prisão para o domínio da média criminalidade, pois até então eram sobretudo alvo de crítica as penas curtas de prisão. Abriu-se, assim, caminho a que o Código Penal em 1982 viesse, por um lado, admitir a substituição das penas de prisão de média duração (à data, todas as penas de prisão inferiores a três anos), reservando-se, por princípio, a aplicação efectiva da prisão para os casos de criminalidade grave, e, por outro lado, consagrar, como princípio que preside à operação de escolha da pena, o princípio da preferência pela sanção não privativa da liberdade em detrimento da sanção detentiva, sempre que aquela possa satisfazer de forma adequada e suficiente as finalidades da punição¹.

A descrença na pena de prisão fundava-se na ideia da sua imprestabilidade para garantir, na maioria dos casos, a ressocialização do condenado, podendo até ter um efeito criminógeno “expondo-o ao contágio criminal, habituando-o à vida prisional e estigmatizando-o com o labéu de «ter estado na prisão». Para já não falar nas graves consequências advindas do grande número de condenados em tais penas que, superlotando os estabelecimentos prisionais, impedem um efectivo melhoramento das condições de cumprimento da pena no período da sua execução”², o que dificulta a concretização do desiderato previsto no artigo 42.º do CP, qual seja o da execução da pena de prisão se *orientar no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes*.

¹ Princípio hoje vigente no artigo 70.º do CP e reconfigurado com a reforma de 1995.

² RODRIGUES (1984), p. 30.

Estas preocupações mantêm-se plenamente actuais, apesar das derivas securitárias que tendem a reclamar mais direito penal e maior pena, de sucessivas propostas legislativas que entre nós preconizam o agravamento das molduras penais em alguns domínios da criminalidade – nomeadamente da pena de prisão – ou mesmo de algumas alterações pontuais ao Código Penal, como aquela que conduziu em 2015 à eliminação da pena de multa como alternativa à prisão em matéria de crimes contra a autodeterminação sexual³ (com a Lei n.º 103/2015 de 24 de Agosto). Estas tendências convivem, apesar de tudo, com um sistema punitivo que se mantém fiel à matriz de 1982 já que fez desaparecer a pena de multa complementar⁴ com a reforma de 1995 (DL n.º 48/95, de 15 de Março), consagrou o alargamento do leque de penas de substituição e da sua aplicabilidade até ao limite dos cinco anos com a reforma de 2007 (Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro) e aboliu as penas de substituição detentivas com as alterações introduzidas em 2017 (Lei n.º 94/2017, de 23 de Agosto). Enfim, é um sistema punitivo em que, segundo o Panorama da Justiça Penal de 2021⁵, divulgado pela Direcção-Geral da Política de Justiça, no universo das condenações em 1ª instância, só 8,4% dos arguidos julgados foram condenados em pena de prisão efectiva a cumprir em estabelecimento prisional, a que se soma uma percentagem de 1,2% de condenados a cumprir prisão em regime de permanência na habitação.

É de sublinhar, contudo, que o Relatório anual “SPACE I 2022”⁶ do Conselho da Europa e da Universidade de Lausanne, publicado em 2023, sobre as estatísticas prisionais do ano precedente, coloca Portugal entre as jurisdições com uma taxa relativamente elevada de população prisional, na medida que se situa no intervalo entre 100 e 200 reclusos por 100 000 habitantes. Aliás, segundo o mesmo Relatório referente ao ano anterior, Portugal era também o país europeu com a média mais alta de duração das penas de prisão, com 30,6 meses em 2021, mais do dobro da média europeia que era então de 11,2 meses. Apesar disso, de acordo com Relatório “SPACE II 2022”⁷, Portugal apresenta igualmente uma taxa elevada de população em *probation* (com um número igual ou superior a 200 condenados por 100 000 habitantes), aqui se incluindo todas as sanções e medidas não privativas de liberdade que envolvem supervisão, orientação e assistência visando a inclusão social do delinquente, o que abrange todos os institutos cujo escopo é o de evitar o cumprimento efectivo da pena institucional.

Estes estudos têm por base dados estatísticos que visam fazer o diagnóstico sobre a forma como tem sido prosseguido (ou não) na UE o propósito político-criminal de evitar a privação de liberdade, por via da aplicação de sanções e outras medidas alternativas, às quais genericamente se reconhecem algumas importantes vantagens: a redução do uso da prisão, a redução dos custos estatais com a aplicação de sanções criminais e a

³ Nomeadamente nos artigos 172.º/3, 173.º, 174.º e 176.º/5 do CP.

⁴ Que constituía uma “solução político-criminalmente indefensável”, usando as palavras de ANTUNES (2024), p. 36.

⁵ Disponível para consulta em https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Panorama_Justica_Penal.aspx.

⁶ Disponível para consulta em <https://wp.unil.ch/space/space-i/annual-reports/>.

⁷ Disponível para consulta em <https://wp.unil.ch/space/space-ii/annual-reports/>.

maior probabilidade de reintegração social dos condenados. A previsão e aplicação de penas não-carcerárias permite reservar a aplicação das penas privativas de liberdade para os casos mais graves, o que possibilita uma redução progressiva das taxas de encarceramento, diminuindo a população prisional e melhorando também assim as condições do cumprimento das penas carcerárias nos estabelecimentos prisionais. Além disso, a execução e monitorização (nos casos em que tem lugar) de penas e outras medidas alternativas à prisão consomem menos recursos públicos do que a execução de penas privativas de liberdade. Por fim, no que respeita à reinserção social dos agentes, as penas não privativas de liberdade revelam-se mais eficazes na medida em que não sujeitam os condenados aos danos físicos e psicossociais associados à privação de liberdade e permitem a intervenção mais profícua de redes de protecção e assistência social.

Aquele propósito político-criminal é igualmente seguido no ordenamento jurídico brasileiro, em que consabidamente o legislador procura também fomentar a aplicação de “penas alternativas”. Esta é a denominação mais frequente, usada para designar o conjunto variado de práticas punitivas não carcerárias previstas na lei e utilizadas como reacção estatal à conduta do agente da prática de um facto legalmente qualificado como crime, seja enquanto condição a ser cumprida por essa pessoa para evitar uma condenação criminal – caso em que se fala com mais propriedade em “medidas alternativas” –, seja como sanção imposta em razão dessa condenação, que correspondem ao que se denominou “penas restritivas de direitos” na legislação brasileira.

2. Os mecanismos legais destinados a concretizar o propósito político-criminal de evitar a privação de liberdade

Em Portugal, são vários os mecanismos legais previstos no Código Penal, quer no plano da determinação da pena, quer no plano da sua execução, que concretizam actualmente a opção político-criminal de que a privação de liberdade deve ser a *ultima ratio*.

Começando pelo plano da execução da sanção, são de destacar as formas de execução da pena de prisão permitidas hoje em dia pelo Código Penal com aquela vocação, quais sejam o regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, aplicável quando em causa esteja pena de prisão não superior a dois anos (seja ela efectiva ou resultante do incumprimento da pena de substituição), e ainda a liberdade condicional, abrangendo-se aqui igualmente o regime da adaptação à liberdade condicional, também com recurso a vigilância electrónica, que permite antecipar por um período máximo de um ano o momento da libertação condicional do condenado.

No plano da determinação da pena, em primeira linha, claro está, surge a pena de multa enquanto pena principal, sendo a questão da sua eficácia político-criminal o maior desafio que o julgador enfrenta e que se revela fundamental na afirmação de uma verdadeira alternativa à prisão. No referido Panorama da Justiça Penal de 2021⁸, os dados fornecidos indicam que a aplicação da pena de multa atingiu 61,3% das condenações em 1ª instância, mas sem que se faça a distinção entre a pena de multa enquanto

⁸ Disponível para consulta em https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Panorama_Justica_Penal.aspx.

pena principal e a pena de multa enquanto pena de substituição. Ainda assim, é significativo que a referida percentagem se situe acima dos 60%.

Ainda ao nível da determinação da pena, a inovadora proposta de Maria João Antunes no domínio da aplicação das penas acessórias também concorre no sentido de alargar as hipóteses de substituição da prisão na medida em que a aplicação de penas acessórias a título principal favorece “a determinação de penas de prisão efetivas mais curtas ou até mesmo a substituição da pena de prisão por pena não privativa da liberdade”.

Com efeito, é com o regime das penas de substituição que o legislador dá cumprimento, de forma directa e mais evidente, ao propósito político-criminal de evitar a privação de liberdade.

Anabela Miranda Rodrigues, na senda de Eduardo Correia, invoca um conceito histórico, para além do conceito dogmático, de penas de substituição, caracterizando-as como sendo “todas as penas a cuja origem histórica está ligado um significado de reacção contra a prisão”¹⁰.

Às razões históricas¹¹ deve somar-se o fundamento constitucional, que se alicerça no conteúdo *geral* do princípio definido no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição¹² (comportando quer a dimensão da subsidiariedade da intervenção penal, quer a dimensão da proporcionalidade das sanções penais), mas vai além dele, porque se prende também com as *específicas* exigências de proporcionalidade que se erigem quando em causa está o direito fundamental à liberdade, decorrentes do disposto no artigo 27.º da Constituição. Neste sentido, como bem nota Maria João Antunes, “a essa descrença [na pena de prisão enquanto instrumento de ressocialização do condenado] e a esse movimento [de luta contra a pena privativa de liberdade] foi-se juntando também a constitucionalização dos direitos fundamentais, na passagem de um *Estado legislativo de direito* para um *Estado constitucional*, com a consequência de a pena de prisão ter passado a ser vista como restrição do direito fundamental à liberdade e passar a estar sujeita, por isso mesmo, à exigência de ser aplicada somente quando for *necessária*, o que equivale a dizer que passou a estar legitimada apenas quando outras soluções menos restritivas se mostrem não adequadas e suficientes do ponto de vista das finalidades da punição.”¹³

A partir do exposto se alcança que o conceito de pena de substituição, de um ponto de vista histórico, mas também de uma perspectiva jurídico-constitucional, está incindivelmente ligado ao direito fundamental à liberdade. Quando pensamos nas penas aplicáveis às pessoas singulares, faz sentido que as penas de substituição sejam apenas aquelas que são aplicadas, na sentença condenatória, em vez da pena principal de prisão concretamente determinada e que assumam carácter não privativo da liberdade. O que, no fundo, vale por dizer que só as penas de substituição em sentido próprio são verdadeiras penas de substituição.

⁹ ANTUNES (2022), p. 83.

¹⁰ RODRIGUES (1984), p. 33.

¹¹ Sobre a origem e razões de surgimento das penas de substituição, cf. DIAS (2005), p. 325 s.; RODRIGUES (1984), p. 15 s.; LEITE (2019), p. 51 s.

¹² Sobre este princípio, cf. ANDRADE (1992), p. 173 s.

¹³ ANTUNES (2024), p. 38.

Aliás, bem vistas as coisas, não havendo fundamento histórico, nem de ordem constitucional, não se compreende sequer que haja alguma outra válida razão para que subsista no CP a previsão da admoestação enquanto pena de substituição aplicável às pessoas singulares. Relembramos que no contexto actual, a admoestação é a única pena de substituição da pena de multa principal, podendo ser aplicada quando esta não ultrapassar 240 dias. Já dizia Figueiredo Dias que se tratava de uma pena “com carácter puramente simbólico”¹⁴ que se apresentava como questionável no direito penal de adultos e dispensável na generalidade dos casos por estar “comprimida entre as verdadeiras penas de substituição, por um lado, e a dispensa de pena, por outro”¹⁵. Com efeito, os pressupostos exigidos pelos artigos 60.º e 74.º CP só diferem parcialmente e os casos não abrangidos pela dispensa de pena (aqueles em que a pena de multa seja superior a 120 dias sem ultrapassar 240 dias ou que não apresentem ilicitude e culpa diminutas) não justificam também por si só a necessidade de uma pena de substituição da multa. Além disso, a admoestação apresenta a enorme desvantagem de ser “cumprida” pelo tribunal, a quem se pede que profira uma solene censura oral, ao jeito de um obsoletismo que casa mal com o papel dos tribunais criminais no Estado constitucional contemporâneo.

Ainda assim, Figueiredo Dias admitia que a admoestação pudesse subsistir como pena de substituição de multas de pequena gravidade¹⁶, como é o caso do que hoje sucede em virtude do preceituado no artigo 60.º do CP. Cremos que nem nestes casos se justificará a sua manutenção, não só pelas relevantes razões acabadas de referir ou até pela sua escassa aplicação, mas ainda porque o instituto não comunga do substrato material (raízes históricas e fundamentos constitucionais) das demais penas de substituição e introduz, por isso, uma brecha injustificada no conceito de pena de substituição enquanto verdadeira pena.

3. A renovação da proposta de uma teoria geral das penas de substituição

Tomando como ponto de partida que as penas de substituição são verdadeiras penas e que gozam de autonomia, continua a fazer sentido a delimitação de uma verdadeira *teoria geral das penas de substituição* no âmbito do direito nacional, conforme preconizado por Figueiredo Dias¹⁷.

Não vemos que constitua óbice à delimitação de uma tal teoria¹⁸ o facto de cada uma das penas de substituição ter o seu próprio campo de aplicação e os seus pressupostos. Relevante será definir como premissas fundamentais: (1) que as penas de substituição são verdadeiras penas e (2) que gozam de autonomia face à pena principal, apesar de pressuporem a prévia determinação desta.

¹⁴ DIAS (2005), p. 385.

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 388.

¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 389.

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 329 s.

¹⁸ Opondo-se a uma teoria geral das penas de substituição, pelo menos enquanto “puro conceito técnico-jurídico”, cf. LEITE (2020), p. 343 e 344. Ver ainda, sobre o tema, LEITE (2018), p. 581 s.

São verdadeiras penas e não formas de cumprimento diversificado da pena principal porque partilham dos mesmos desígnios da pena que visam substituir, embora se proponham atingi-los de forma distinta. Neste sentido, constituem um sucedâneo da prisão porque permitem cumprir as mesmas finalidades (preventivas), ainda que as não satisfaçam da mesma forma. Por isso, devem ser determinadas autonomamente dentro de uma moldura também autónoma definida pelo legislador¹⁹.

Gozam de autonomia face à pena substituída porque a pena principal constitui tão só o seu referente, quer para a decisão do julgador de escolher uma ou outra pena de substituição, quer porque deverá ser a pena principal executada em caso de incumprimento da pena de substituição. A relação umbilical pena substituída/pena de substituição será relevante apenas até ao momento da escolha da pena de substituição, pela necessidade de o julgador partir da medida concreta da pena principal para decidir a pena de substituição escolhida. A partir desse momento, deixará de relevar a pena substituída. Sendo a pena de substituição aplicada em vez daquela, só relevará novamente a pena substituída se, já em sede de execução da pena de substituição, se verificar o incumprimento desta, o que, em todo o caso, se espera, no momento da condenação, que não aconteça.

4. Proposições essenciais à concretização da teoria

Havendo sintonia na definição destas premissas, cremos que a mencionada *teoria geral das penas de substituição* será viável se for possível convergir ainda em alguns aspectos essenciais atinentes ao respectivo regime jurídico, que sintetizaremos em duas proposições que nos parecem determinantes.

A primeira diz respeito à determinação autónoma da medida concreta da pena de substituição. Sendo esta uma questão relativamente à qual não se tem verificado estabilidade no regime jurídico do Código Penal, a verdade é que actualmente só no caso da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (cf. art. 58.º, n.º 3, do CP) se verifica uma excepção à regra da determinação autónoma, que vale para as demais penas de substituição, nomeadamente a pena de multa, a pena de proibição do exercício de profissão, função ou actividade e a pena de suspensão da execução da pena de prisão.

No entanto, não se diga que é forçoso que a pena de prestação de trabalho a favor da comunidade seja determinada segundo uma fórmula de correspondência entre os dias de prisão a substituir e as horas de trabalho a prestar porquanto só desde a revisão de 2007 se prevê tal solução. Aliás, acompanhamos Maria João Antunes²⁰ na defesa da ideia de que o preceito do n.º 3 do artigo 58.º do CP introduz uma quebra na autonomia das penas de substituição e pode conduzir a um indesejável desvio do sistema na medida em que se corre o risco de a determinação da medida da pena principal ser feita

¹⁹ Sobre o modelo de determinação da medida concreta da pena, também convocado na tarefa de determinação da medida da pena de substituição, cf. DIAS (2019), p. 89 s.; RODRIGUES (1995), p. 545 s. e RODRIGUES (2002), p. 147 s.; e ainda ANTUNES (2024), p. 55 s. e 98 s.

²⁰ ANTUNES (2024), p. 100.

já em função da duração que o julgador pretende que tenha a pena de substituição. Ou seja, se a determinação desta for autónoma, salvaguarda-se também um maior rigor na determinação da própria pena principal.

A questão da determinação relaciona-se indelevelmente com a premissa da autonomia das penas de substituição. Têm de ser autonomamente determinadas porque só assim se pode garantir que a pena não privativa da liberdade possa vir a satisfazer tão bem como a pena principal as exigências preventivas do caso. Só permitindo que a pena de substituição seja determinada em medida eventualmente diferente (mais gravosa, quicá, dada a sua natureza não privativa da liberdade) da pena que visa substituir é que se pode conceder ao julgador a margem de apreciação necessária para que o seu *quantum* acautele devidamente as necessidades de prevenção que o caso reclama.

A segunda reporta-se às consequências do incumprimento da pena de substituição. Sendo a pena de substituição aplicada em vez da pena principal, ela representa uma tentativa de o sistema punitivo evitar a aplicação efectiva da privação de liberdade. Cumpre, assim, uma função de substituição enquanto advertência, assume um “conteúdo aflitivo potencial”²¹, por outras palavras, está-lhe subjacente uma ideia de ameaça²² ou, pelo menos, um “efeito intimidativo” possível²³. Aliás, a ideia de ameaça resulta também do próprio texto legislativo a respeito da pena de suspensão da execução da pena de prisão, dado o apelo da parte final do n.º 1 do artigo 50.º do CP à “simples censura do facto” e à “ameaça de prisão” como contendo um sentido punitivo próprio²⁴. Assim sendo, pela natureza das coisas, a consequência do incumprimento da pena de substituição será o cumprimento da pena principal determinada na sentença.

Não ignoramos que as alterações ao Código Penal ocorridas em 2007 vieram pôr em causa a possibilidade de afirmar uma regra uniforme no sentido do cumprimento da pena principal por inteiro, em virtude da previsão, nos artigos 46.º, n.º 5 e 6, e 59.º, n.º 4, do CP, de um regime legal que, nos casos de incumprimento das penas de proibição do exercício de profissão, função ou actividade e de prestação de trabalho a favor da comunidade, manda operar o desconto na pena principal do *tempo de proibição já cumprido* ou dos *dias de trabalho já prestados*. Não concordamos, todavia, com a existência deste regime diferenciado²⁵ que, como refere Maria João Antunes²⁶, só fazia sentido para as penas de substituição detentivas, que já não existem²⁷.

Creemos, aliás, que em caso de incumprimento culposo da pena de substituição, qualquer que ela seja, não deve haver revogação automática ou imediata desta. Ideal-

²¹ DIAS (2005), p. 388.

²² CUNHA (2022), p. 221.

²³ DIAS (2005), p. 339.

²⁴ Sobre esta pena de substituição em especial, suas origens e *ratio*, sublinhando o potencial do efeito de ameaça sobretudo em relação a delinquentes primários, cf. DIAS (1991-1992), p. 65 s.

²⁵ Pelas razões que de forma mais desenvolvida se explicam em PAIS (2024), em especial p. 152 s.

²⁶ ANTUNES (2024), p. 1009.

²⁷ No caso das penas de substituição em sentido impróprio, faria sentido que o incumprimento conduzisse ao cumprimento da pena de prisão principal apenas pelo tempo remanescente precisamente porque tais penas tinham carácter privativo da liberdade, ou seja, o mesmo carácter da pena que visavam substituir.

mente, como corolário de uma teoria geral das penas de substituição, deveria poder aplicar-se a todas um regime idêntico ao que o legislador já preconiza para a suspensão de execução da pena de prisão, nomeadamente nos artigos 55.º e 56.º do CP e no artigo 495.º do CPP. Prevê-se que o tribunal seja chamado a ponderar a circunstância que motivou o incumprimento e a decidir a consequência devida, que poderá passar por uma solene advertência ou por medidas mais intensas (como a exigência de garantias de cumprimento, a imposição de novos deveres ou regras de conduta ou de exigências acrescidas no plano de reinserção, ou a prorrogação do período de cumprimento da pena de substituição), antes de determinar a revogação, que se apresenta assim como uma consequência meramente eventual, de *ultima ratio* e nunca imediata. Além disso, também prevê o legislador, no artigo 492.º do CPP, a possibilidade de modificação dos deveres, regras de conduta e outras obrigações fundada em circunstâncias de natureza superveniente devidamente comprovadas no processo e após audição do condenado, o que também confere flexibilidade ao regime de execução desta pena de substituição.

Enfim, só deveria aplicar-se a revogação da pena de substituição no caso de o tribunal concluir que o incumprimento punha em causa a prossecução das finalidades preventivas por via daquela pena, e, só nesse caso, seria executada a pena principal de prisão aplicada na sentença, sem desconto do tempo de pena de substituição cumprido.

As proposições enunciadas são fundamentais para distinguir as penas de substituição dos incidentes, formas ou medidas de execução da pena de prisão a que já anteriormente nos referimos, que, estes sim, existem na total dependência da pena principal pois não são determinados autonomamente – estando a sua duração como que “indexada” ao *quantum* da pena a cumprir –, nem conduzem ao cumprimento da totalidade da pena em caso de revogação, pois o tempo durante o qual se executou aquele incidente corresponde necessariamente a tempo de cumprimento de pena.

A distinção que aqui sublinhamos entre as penas de substituição e as formas de execução da pena principal é também relevante para autonomizar as distintas linhas ou níveis de resposta que o sistema punitivo português oferece a um condenado a uma pena de prisão, sem prejuízo das soluções alternativas de natureza processual que também estão previstas na lei adjectiva e que podem até “resolver o conflito” penal a montante, ou seja, antes mesmo da condenação propriamente dita²⁸.

5. O sistema sancionatório português: níveis de resposta e desafios futuros

O sistema sancionatório português lida com a problemática da privação de liberdade como *ultima ratio* apresentando vários níveis de resposta, sendo as penas de substituição apenas um deles.

No fundo, o legislador português apresenta ao julgador que vai condenar o arguido em pena de prisão uma panóplia de soluções para evitar essa privação da liberdade, através da definição de várias possibilidades que se vão abrindo consoante a pondera-

²⁸ Nomeadamente os mecanismos de diversão, assentes em soluções de natureza consensual, previstos nos artigos 280.º e 281.º do CPP.

ção concreta das circunstâncias do caso por referência às exigências preventivas que se impõem como finalidades a atingir. Estas soluções apresentam-se desenhadas no sistema tanto para serem consideradas pelo juiz da condenação, como posteriormente para apreciação por parte do juiz do tribunal de execução de penas.

Assim, identifica-se, num primeiro nível de resposta, a operação de escolha da pena, que, sendo eventual, pode ter lugar em dois momentos²⁹. Ou seja, o juiz tanto pode optar por pena de multa quando esta seja alternativa à pena de prisão prevista no tipo legal de crime (escolha da pena principal), como na hipótese de substituição da pena principal de prisão por uma das quatro penas de substituição previstas no CP (escolha da pena de substituição): sendo não superior a cinco anos pela pena de suspensão da execução da pena de prisão (artigos 50.º e ss. do CP), sendo não superior a três anos pela pena de proibição do exercício de profissão, função ou actividade (artigo 46.º do CP), sendo não superior a dois anos pela pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (artigos 58.º e ss. do CP) e, por fim, sendo não superior a um ano pela pena de multa de substituição (artigo 45.º do CP).

Não sendo possível escolher uma pena não privativa de liberdade, num segundo nível, ainda da competência do juiz da condenação, admite-se a hipótese de este ordenar que o cumprimento da pena de prisão opere de forma menos onerosa para o condenado, cingindo a privação da liberdade às paredes do domicílio através da aplicação do regime de permanência na habitação. Este regime pode também ser aplicado em sede de modificação da execução da pena, no caso de condenados portadores de doença grave, evolutiva e irreversível ou de deficiência grave e permanente ou de idade avançada, que podem também ser internados em estabelecimentos de saúde ou de acolhimento adequados.

Num terceiro nível, já da competência do juiz de execução de penas, haverá novamente a possibilidade de ponderação da modificação da execução da pena nas duas modalidades referidas para aqueles casos específicos e sempre haverá ainda, para os reclusos, a possibilidade de a pena não ser cumprida integralmente em estabelecimento prisional, concedendo-se um período de liberdade condicional a metade, dois terços ou até cinco sextos da pena (no caso das penas de prisão superiores a seis anos), que pode até ser antecedido de um período de adaptação em regime de permanência na habitação com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância.

Serão estes níveis de resposta satisfatórios no quadro de um sistema constitucional que encara a prisão como *ultima ratio*? Olhando às conclusões apresentadas no Relatório Comparativo de 2022 subordinado ao tema “Penas e Medidas Não Privativas da Liberdade nos Estados-Membros da União Europeia”³⁰, parece, de facto, que há ainda um longo caminho a percorrer, mesmo para países como Portugal, nomeadamente pela necessidade de repensar o paradigma que atribui prevalência à pena de prisão como sanção-referência no sistema sancionatório. Aquele estudo apresenta algumas sugestões no que diz respeito às penas não privativas de liberdade³¹ que se mostram aplicáveis à

²⁹ ANTUNES (2024), p. 51 s. e 94 s.

³⁰ RODRIGUES/ANTUNES/FIDALGO/PINTO/ISHIY (2023).

³¹ *Idem, ibidem*, p. 111 e 112.

realidade nacional: a previsão de outras penas não privativas de liberdade, para além da multa, como penas principais, podendo servir como sanções de referência para infracções menos graves; o reforço da utilização de penas acessórias, bem como o mecanismo da perda de bens, produtos ou vantagens do crime, como forma de reduzir a necessidade de prisão; o alargamento da aplicação das alternativas à prisão para os crimes mais graves como sucede em países como a Lituânia (onde o limite máximo que permite a substituição é de seis anos), os Países Baixos (onde a pena de prisão superior a seis anos não pode ser substituída por serviço comunitário se a infração tiver provocado danos graves à integridade física da vítima), Malta (onde é de sete anos) e na Bélgica (onde, teoricamente, são substituíveis penas até vinte anos).

Enfim, a resposta do sistema sancionatório português é diversificada, mas não será eventualmente ainda suficiente. A renovação da discussão em torno de uma teoria geral das penas de substituição obrigaria a algumas alterações legislativas no CP que pudessem assegurar o alargamento do respectivo âmbito de aplicação e a uniformização do regime legal para todas as penas de substituição, robustecendo a sua natureza de verdadeiras penas, com autonomia face à pena principal que visam substituir, mas permitiria também tornar clara a distinção face a figuras afins e divisar inequivocamente a existência de diversos níveis de resposta que o legislador apresenta ao juiz face ao comum propósito que é, que deve continuar a ser, o de encarar a prisão como *ultima ratio*.

Bibliografia

- ANDRADE, Manuel da Costa, “A dignidade e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *RPCC* 2 (1992), p. 173 s.
- ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas de Segurança*, 3ª edição, 2024.
- ANTUNES, Maria João, “Penas acessórias e aplicação a título principal”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*, Porto, Portugal: Universidade Católica Portuguesa, 2022, p. 71 s.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *As reacções criminais no direito português*, Universidade Católica Editora, 2022.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 3ª edição, Gestlegal, 2019.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*, Reimpressão, Coimbra Editora, 2005.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Velhas e novas questões sobre a pena de suspensão de execução da prisão”, *RLJ* 124.º, 1991-1992, p. 65 s.
- LEITE, André Lamas, “As «penas de substituição» e figuras afins: traços distintivos”, *RPCC* 30, 2020, p. 319 s.
- LEITE, André Lamas, “Subsídios para a história das penas de substituição no ordenamento jurídico português”, *Revista do Ministério Público*, abril – junho 2019, p. 51 s.
- LEITE, André Lamas, “Em direcção a uma «teoria geral das penas de substituição?»”, *ROA*, 2018, p. 581 s.
- PAIS, Ana, “O CP e as penas alternativas à prisão: o regresso às origens e a renovação da discussão em torno da necessidade de uma verdadeira teoria geral das penas de substituição”, *40 Anos do Código Penal. 1982-2022, Congresso Internacional 24.25 de Novembro de 2022*, Coimbra, 2024, Coord. RODRIGUES, Anabela Miranda/FIDALGO, Sónia/ANDRADE, Tiago da Costa, p. 139 s.
- RODRIGUES, Anabela Miranda/ANTUNES, Maria João/FIDALGO, Sónia/PINTO, Inês Horta/ISHIY, Karla Tayumi, “Non custodial sanctions and measures in the member states of the EU”, 2023, disponível em <https://hdl.handle.net/10316/108790>.

JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS

RODRIGUES, Anabela Miranda, “O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena”, *RPCC* 12, 2002, p. 147 s.

RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade, Os critérios da culpa e da prevenção*, Coimbra Editora, 1995.

RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de Escolha das Penas de Substituição no Código Penal Português”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, BFDUC, Número Especial*, 1984, p. 21 s.

Outros documentos

Panorama da Justiça Penal de 2021, divulgado pela Direcção-Geral da Política de Justiça, disponível para consulta em https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Panorama_Justica_Penal.aspx.

Relatório anual “SPACE I 2022”, do Conselho da Europa e da Universidade de Lausanne, publicado em 2023, disponível para consulta em <https://wp.unil.ch/space/space-i/annual-reports/>.

Relatório anual “SPACE II 2022”, do Conselho da Europa e da Universidade de Lausanne, publicado em 2023, disponível para consulta em <https://wp.unil.ch/space/space-ii/annual-reports/>.

PENA DE PRISÃO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL – O QUE ESPERAR DE UMA ALIANÇA (IM)PROVÁVEL*

ANABELA MIRANDA RODRIGUES · SÓNIA FIDALGO

Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito

Resumo: Na atual sociedade do risco e da inteligência artificial, os desafios no domínio da execução das penas são múltiplos. Neste estudo, situa-se a utilização, a este nível, do aparelho conceitual da Nova Gestão Pública (*New Public Management*) e enquadra-se a questão da socialização no contexto da crise do Estado social e da emergência de uma justiça penal atuarial. A propósito do surgimento de prisões inteligentes, reflete-se sobre a utilização de instrumentos de IA e de tecnologias digitais conexas pelos serviços prisionais e de reinserção social, salientando-se o perigo de transformação dos estabelecimentos prisionais em instituições de controlo em detrimento da socialização dos reclusos. Enfatiza-se, ainda, a necessidade particular de orientação ‘política’ na definição das linhas de desenvolvimento da luta contra o crime, quando a IA surge como sua aliada.

Abstract: In today’s society of risk and artificial intelligence, there are many challenges in the area of the execution of sentences. This study situates the use of the concepts of the New Public Management and frames the issue of socialisation in the context of the crisis of the welfare state and the emergence of actuarial criminal justice. With regard to the emergence of smart prisons, we reflect on the use of AI tools and related digital technologies by prison and probation services, highlighting the danger of turning prisons into institutions of control to the detriment of the socialisation of prisoners. The particular role of ‘political’ orientation in defining the lines of development of the fight against crime, when AI appears as its ally, is also emphasised.

* O texto que agora se partilha foi anteriormente publicado na obra *A Inteligência Artificial no Direito Penal*, Vol. III, Anabela Miranda Rodrigues (coord.), Almedina, 2024, p. 263-285.

Índice: 1. Introdução; 2. *New Public Management* – a gestão administrativa do sistema punitivo; 3. Penas de prisão e de substituição e novas formas de controlo nos modelos emergentes de Estado; 4. O uso de sistemas de IA e de tecnologias digitais conexas na execução das penas; 4.1. O uso de sistemas de IA e de tecnologias digitais conexas com a finalidade de manutenção da ordem e segurança em contexto prisional; 4.2. O uso de sistemas de IA e de tecnologias digitais conexas para fins de gestão de delinquentes; 4.2.1. A aplicação de IA em instrumentos de avaliação de riscos; 4.2.2. A utilização de sistemas de IA e de tecnologias digitais conexas em sede de socialização; 5. Conclusões (im)previsíveis.

Index: 1. Introduction; 2. *New Public Management* – the administrative management of the punitive system; 3. Custodial sentences and substitution sentences and new forms of control in emerging state models; 4. The use of AI systems and related digital technologies in the execution of sentences; 4.1. The use of AI systems and related digital technologies to maintain order and security in prisons; 4.2. The use of AI systems and related digital technologies for offender management purposes; 4.2.1 The application of AI in risk assessment tools; 4.2.2 The use of AI systems and related digital technologies for socialisation; 5. (Un)foreseeable conclusions.

Palavras-chave: IA; *New Public Management*; penas de substituição; socialização.

Keywords: AI; *New Public Management*; substitution sentences; socialisation.

1. Introdução

Ao longo das últimas décadas, o sistema de justiça penal e a perspetiva “social” que tradicionalmente o tem informado, pelo que se refere à aplicação e execução das penas em geral e da pena privativa de liberdade em particular, foram sendo postos em causa, tendo-se evidenciado uma orientação para a gestão de riscos. A mudança no sentido de uma justiça atuarial pôde justificar-se perante um sistema punitivo que tinha em vista socializar os reclusos e cujos custos, conjuntamente com o aumento da população prisional, desencadearam a crise económica do modelo “social” de intervenção estadual neste domínio. Acresce que, a par da verificação de que os recursos públicos não são inesgotáveis – o que as mais recentes crises, económico-financeira e pandémica colocaram em evidência –, reconheceu-se que a sua gestão mais racional poderia contribuir para melhorar resultados ao nível específico da execução das penas. Desta forma, os quadros teóricos de uma Nova Gestão Pública (*New Public Management*) entraram no domínio da justiça punitiva e valorizou-se a adoção de um Sistema de Gestão de Delinquentes (*Offender Management System*).

Atualmente, o novo método de gestão utilizado ao nível punitivo, que começou por ser apoiado por instrumentos que utilizavam tecnologias inovadoras, conta, cada vez mais, com sistemas de inteligência artificial (IA) e tecnologias digitais conexas na avaliação de riscos. Neste contexto, constituem questões centrais que atravessam o âmbito da execução das penas saber se elas ainda cumprem uma finalidade socializadora e, em caso afirmativo, perspetivar a renovação de sentido que experimenta esta sua dimensão.

Neste estudo, situa-se a utilização do aparelho conceitual da Nova Gestão Pública e de conceitos como os de eficiência, produtividade ou padrões de desempenho no âmbito da administração da justiça penal e enquadra-se a questão da socialização no contexto da crise do Estado social e da emergência de uma justiça penal atuarial, que se baseia na gestão do risco e se desenvolve em torno dos tópicos da segurança e da perigosidade. A emergência de prisões inteligentes exige que se confronte a utilização

de instrumentos de IA e de tecnologias digitais conexas pelos serviços prisionais e de reinserção social, centrando-nos em dois domínios. O que diz respeito, de um lado, à segurança e à manutenção da ordem nos estabelecimentos prisionais, e, de outro lado, à gestão dos reclusos, onde surgem as dimensões da avaliação de riscos e da socialização.

A este respeito, observa-se, desde logo, que a utilização de IA e de tecnologias digitais conexas pode favorecer a existência de um ambiente favorável à aplicação de programas e métodos de socialização no cenário que cria de ordem e segurança. Isto é assim, designadamente pelo que se refere à pena de prisão. Todavia, não deve esquecer-se o perigo de transformação dos estabelecimentos prisionais em instituições de controlo em detrimento da socialização que é inerente à digitalização da execução de penas, conferindo-lhe uma finalidade primeira de segurança. Para além disso, há que ter presente que, se aos instrumentos de avaliação de risco com recurso a sistemas inteligentes – os chamados instrumentos de avaliação de risco de terceira geração – pode apontar-se a vantagem de eliminarem a discricionariedade dos processos de decisões tomadas em relação a quem cumpre penas, tornando-os mais racionais, nem a objetividade alcançada é total – o risco não é neutro e os *enviesamentos* das decisões não são afastados totalmente –, nem é positiva a eliminação total da discricionariedade, que é inerente ao processo decisório humano.

A concluir, importa considerar que a necessidade de afirmação e de renovação do sentido da socialização se faz sentir de forma acrescida no contexto da utilização de sistemas de IA e tecnologias digitais conexas no mundo prisional e da execução de medidas não privativas da liberdade. E, por sobretudo, enfatizar o papel da orientação política na definição das linhas de desenvolvimento da luta contra o crime, quando a IA surge como sua aliada, prevenindo que a digitalização do controlo signifique uma orientação securitária na política pública relativa ao sistema punitivo.

2. *New Public Management* – a gestão administrativa do sistema punitivo

É hoje reconhecido como uma racionalidade punitiva securitária e de controlo está associada a uma mudança assumida nas nossas sociedades, operada perante diversificadas e múltiplas ameaças com que estas se defrontam. Nas sociedades do medo – em que as referências teóricas podem ser a sociedade do risco, de *Ulrich Beck*¹, ou a sociedade invisível de *Daniel Innerarity*² –, onde se faz sentir uma fenomenologia criminal de formas e substâncias inovadoras, os cidadãos estão cada vez mais disponíveis para ceder liberdade a troco de segurança e os ordenamentos jurídico-penais, concebidos como ordenamen-

¹ BECK (1986), *passim*. O Autor definiu a “sociedade do risco” como aquela que, juntamente com os progressos da civilização, apresentava a contrapartida da produção de novos riscos conaturais àqueles progressos, por exemplo, perigos ambientais ou nucleares. Hoje em dia, como o próprio Beck destaca (BECK / WILMS (2003), p. 34), a lista dos “riscos” poderia ser ampliada: riscos laborais (precariedade, flexibilidade laboral e despedimentos); riscos sanitário-alimentares (contaminações, adulterações, transgénicos, pestes de animais); riscos derivados da alta sinistralidade (laboral e em acidentes com veículos); riscos próprios de desajustamentos psíquico-emocionais e derivados das “patologias do consumo” (anorexias e bulimias).

² INNERARITY (2009), *passim*.

tos de liberdade, assumem cada vez mais a face de ordenamentos de segurança. O que aqui vai implicado, ao nível dos sistemas de justiça penal que os levam à prática, é que se lhes exige eficiência e eficácia na luta contra o crime.

Poderá dizer-se, de uma certa perspetiva, que só uma racionalidade assim conformada, que tem na proteção de bens jurídicos relevantes e na danosidade social o seu ponto de referência, legitima a intervenção punitiva. Esta abordagem, entretanto, liga-se ao reconhecimento, hoje acentuado, de que a política criminal é mais uma das políticas públicas que deve ser levada a efeito utilizando as mais modernas técnicas de gestão – o enquadramento teórico e o aparelho conceitual de uma Nova Gestão Pública (*New Public Management*) moldam a intervenção punitiva.³

Tudo leva a crer que a sua influência não vai ser passageira. Sabe-se, em grande parte devido às crises mais recentes atravessadas – a crise económico-financeira de 2007-2008 e a crise pandémica –, que os recursos públicos não são inesgotáveis e que uma melhor gestão destes pode levar a melhores resultados também ao nível da justiça penal. Renova-se o entendimento de que cabe ao poder público, através da aplicação e execução de penas, otimizar os resultados e não a pretensão de alcançar a justiça ideal.⁴ Neste contexto, verifica-se, ainda, o reconhecimento da importância crescente da adoção de Sistemas de Gestão de Delinquentes (*Offender Management Systems*), isto é, de sistemas que incluem informação relativa a todos os aspetos da vida dos condenados durante o seu percurso de vida e que se revela necessária para a tomada de decisões a eles relativas, enquanto cumprem penas na prisão ou em contexto comunitário.⁵

Torna-se necessária uma discussão aberta e sem preconceitos sobre as linhas de força desta Nova Gestão Pública, que permita apurar o seu legítimo lugar na gestão do sistema de justiça punitivo. Há, assim, que não perder de vista que o cumprimento de expectativas de desempenho, típicas de mecanismos – administrativos – de auditoria e avaliação, consubstanciadas em indicadores desenvolvidos nos sistemas de *common law*, como os de *Offenses Brought to Justice* (OBTJ), *Key Performance Indicators* (KPI) ou *Key Performance Targets* (KPT), torna possível medir o funcionamento interno do sistema punitivo. Mas descarta totalmente critérios de avaliação da punição centrados nos efeitos sociais externos ao sistema. A Nova Gestão Pública preocupa-se com a *eficiência* e, assim, com a forma como as funções de gestão são desempenhadas, em detrimento da *eficácia*, isto é, das finalidades com que são levadas a efeito essas funções. Esta gestão administrativa relega para segundo plano a realização de objetivos externos, em favor dos padrões de produtividade e desempenho internos.⁶ Quando, como é o caso do sistema punitivo e da política criminal que ele serve, esta é uma política social, orientada para pessoas – a sociedade e o delinquente –, tem de admitir-se que um modelo meramente performativo de avaliação do seu sucesso deixa na sombra os efeitos e benefícios sociais que se quer que produza. Com esta mudança na gestão do sistema punitivo, os objetivos externos de prevenção de socialização e redução da criminalidade – bem

³ BRANDARIZ GARCÍA (2016), p. 181 s.; e MIRANDA RODRIGUES (2020), p. 25 s.

⁴ MIRANDA RODRIGUES (2020), p. 26.

⁵ Cf. PUOLAKKA / STEENE (2021), p. 132; e NEVES (2023), p. 33.

⁶ Cf. BRANDARIZ GARCÍA (2016), p. 185 s.

como, acrescente-se, o quadro axiológico legitimador da intervenção penal de proteção de direitos fundamentais que se consolidou na modernidade e que se articula com a realização daquelas finalidades – perdem a preeminência.⁷

3. Penas de prisão e de substituição e novas formas de controlo nos modelos emergentes de Estado

A compreensão da racionalidade punitiva securitária e de controlo implica, ainda, que se equacione a sua ligação à crise do modelo social de Estados que marca o nosso tempo.

Há que recordar o que, nos Estados Unidos da América, ficou conhecido como a “crise fiscal” do *Welfare State*⁸ e que levou a que se colocasse em causa o “complexo punitivo” que tinha surgido à sombra daquele modelo estadual e perdurado por cerca de um século, até meados de setenta do século XX. A verdade é que o “aparelho punitivo” que se nutria do ideário “reabilitador” ou “socializador” só podia funcionar se o Estado pudesse ter e sustentar, não só numerosas “agências de justiça” que lhe servissem de suporte – policiais, jurisdicionais, penitenciárias e de reinserção social –, mas também um vasto número de “agentes de justiça”. Os custos que este sistema implicava, quando já se fazia sentir um aumento da população prisional, foram conduzindo à crise económica do modelo de *Welfare* ao nível punitivo, com tradução palpável na rutura de orçamentos para alimentar a máquina contra o crime.⁹ Com a expansão da ideologia neoliberal, em que as leis do mercado são apresentadas como o meio ótimo para “enquadrar” a atuação humana, não só a nível económico, laboral, na saúde ou no ensino, mas também na justiça, assistiu-se a uma reconversão significativa do modelo de *Welfare State*, com tradução na sua passagem para um *Work State*.¹⁰ É conhecida a controvérsia que acompanha esta transformação.¹¹ Acentua-se, designadamente, que, na relação contratual que o Estado estabelece com o indivíduo, este é responsável por si próprio, pelo seu percurso de vida, pelo seu sucesso ou insucesso. Isto significa uma alteração político-ideológica do Estado na esfera social – no domínio económico é o Estado Regulador (*Regulatory State*) –, que contrabalança a ideia de “menos Estado” com “mais Estado” para controlar os “perdedores” no jogo do mercado, designadamente marginais e delinquentes. O Estado Regulador tem por efeito reduzir o Estado às suas funções de controlo¹² e, a partir daqui, pode ser apenas um passo até à “criminalização do controlo” – a segurança emerge com um novo estatuto, cujo traço é a “redução ao penal”. O “Estado penal” é, também, o resultado da reorientação que sofreu o Estado social.

No contexto da crise experimentada, impõe-se, assim, uma renovada problematização relativamente à execução das penas. A questão central a colocar passa por reequa-

⁷ Cf. MIRANDA RODRIGUES (2020), p. 26; e BRANDARIZ GARCÍA (2016), p. 186.

⁸ Cf. RIVERA BEIRAS (2012), p. 10.

⁹ Cf. MIRANDA RODRIGUES (2020), p. 28.

¹⁰ Cf. HERT / GUTWIRTH / SNACKEN / DUMORTIER (2007), p. 235 s; e ROSANVALLON (1995), p. 75 s.

¹¹ Cf. MIRANDA RODRIGUES (2015), p. 22 s.

¹² Sobre a “democracia do controlo”, cf. ROSANVALLON (2007), p. 49 s.

cionar a sua finalidade socializadora¹³, cujo sentido, nos modelos emergentes de Estado, deve ser renovado, aproveitando os benefícios dos significativos contributos de sistemas de IA e das tecnologias digitais conexas que hoje podem ser colocados à sua disposição.

O aspeto que é necessário equacionar prende-se com o lugar que ocupam, no sistema punitivo, a pena de prisão e as penas de substituição. A este propósito, recorde-se que os anos sessenta do século anterior foram marcados, na Europa, por um movimento de “desinstitucionalização” – assinalado pelo *slogan* de que era preciso “esvaziar as prisões” –, ao mesmo tempo que se verificava o surgimento de penas de “substituição” da prisão. A verdade, no entanto, é que esta tendência se inverteu e verificou-se uma crescente utilização da pena de prisão, a exigir ser enfrentada no discurso político-criminal contemporâneo. Paradoxalmente – pelo menos, à primeira vista! –, sem se ter abandonado a invocação de penas diferentes da prisão.

Para entender esta evolução, é preciso compreender as mudanças – e o sentido das mudanças – que se produziram nas formas de controlo dos indivíduos.

Desde logo, mudanças ligadas à utilização da pena de prisão.

No sistema punitivo verifica-se uma grande utilização da pena de prisão – e de penas de prisão de longa duração. Este é um fenómeno de verificação generalizada, que atinge países de vários continentes,¹⁴ dando azo ao fenómeno da sobrelotação prisional, um fator em grande parte responsável pelo fracasso de uma política socializadora na execução das penas.¹⁵

Esta tendência foi inicialmente associada a um movimento puramente retributivo do mal do crime quanto à aplicação de penas – conhecido como o movimento de *just desert* –, que lhes atribuíu um sentido de mera punição. Posteriormente, surge ligada a uma corrente conhecida como “nova penologia” (*New Penology*) – uma orientação com origem nos Estados Unidos, mas que rapidamente se expandiu para a Europa –, baseada na análise de riscos, em que os conceitos-chave são segurança e perigosidade. Interessante é notar que ambos os movimentos obedeceram a propósitos, em si, louváveis. O primeiro, teve como objetivo a revalorização dos direitos fundamentais de condenados e reclusos, como reação a um sistema punitivo que utilizava penas em grande parte indeterminadas e cuja execução podia implicar o tratamento coativo; mas acabou por sobrevalorizar o fator punitivo em detrimento da socialização. O segundo, teve em vista a realização das aspirações legítimas de segurança da sociedade; mas acabou por subvalorizar o facto de que elas se tornam ilegítimas quando se entroniza a segurança e isso significa absolutização do seu valor em face dos aspetos da culpa e da socialização.

Quanto à “nova” orientação penológica, apesar de rotulada de “nova”¹⁶, esta corrente prosseguiu um desejo muito antigo de erradicação do crime, incorporando a ponderação económica custos-benefícios na discussão sobre a finalidade da punição. Absolutizado o conceito de segurança e reinterpretado o de perigosidade à luz da racionalidade

¹³ Já assim, MIRANDA RODRIGUES (2015), p. 22.

¹⁴ Cf. PENAL REFORM INTERNATIONAL (2023), p. 10.

¹⁵ Cf. MIRANDA RODRIGUES (2013), p. 13 s.; e CÉRÉ (2013), p. 183 s.

¹⁶ Cf. MIRANDA RODRIGUES (2003), p. 216 s.

económica – típica do enfoque neoliberal que abdica da solidariedade –, fez ressurgir, assim, o conceito, velho, de “inocuidade”, agora apelidado de “incapacitação”, e, além do mais, seletiva, já que apresenta significativas vantagens económicas perante a incapacitação indiscriminada. O que a incapacitação seletiva significa é a manutenção na prisão, pelo máximo de tempo possível, de um número de condenados escolhidos em função da sua perigosidade. A identificação dos indivíduos perigosos (*risk offenders*) é feita pelo método de análise de riscos (*risk assessment*) para “governar o risco” (*risk management*), servida por instrumentos de avaliação do risco (*risk assessment tools*) que, hoje em dia, utilizam IA e tecnologias digitais conexas.¹⁷ Isto supõe tomar como base “indicadores”, cuja quantificação é o ponto de partida para fazer juízos de prognose sobre a perigosidade, que, numa certa fase, incide sobre grupos ou classes onde o delinquente se insere. A pena e a sua duração não dependem da natureza do crime cometido, nem de características pessoais do delinquente, mas sim da avaliação do seu perfil de risco em função do grupo ou da classe, o que determina a duração do controlo: mais ou menos prolongado consoante o perfil de perigosidade assim identificado. Estamos, em pleno, no âmago de uma política punitiva de filiação na “criminologia administrativa”, também chamada de “justiça atuarial” (*actuarial justice*), e levada às últimas consequências na penologia norte-americana e no âmbito anglo-saxónico.

A alteração é substancial. Importa sublinhar que a segurança de que neste contexto falamos se relaciona, não com a culpa do delinquente pelo cometimento do crime e com a prova do seu cometimento, mas com a perigosidade do delinquente e com a suspeita de ser um delinquente. E que, nesta via, começou por interessar tomar decisões sobre a punição – e, designadamente, sobre a sua duração – baseadas em juízos de prognose sobre o risco por referência ao grupo ou classe em que o delinquente se inseria, para posteriormente também passar a ser relevante avaliar o “perfil” de risco de cada delinquente por si só.

A mudança é radical quanto ao modo de entender a punição.¹⁸ A sua compreensão preocupada com as causas do crime, tendo em vista a socialização do delinquente, deu lugar a uma visão em que interessa o perigo de ele vir a cometer crimes, para o incapacitar, vigiar e controlar. Em sede de segurança, cujo valor é sacralizado, isto implica que, substituída a culpa pela perigosidade, ao Estado exige-se que faça a gestão do risco em relação à “previsão” do cometimento de crimes, no pressuposto de que a sociedade renuncia a suportar qualquer percentagem desse risco. Quando a culpa define a fronteira absoluta da distribuição de riscos entre o indivíduo e a sociedade, recai sobre a sociedade o risco de reincidência; já na gestão eficientista do risco, todo o risco recai sobre o indivíduo, submetendo-o a uma intervenção de controlo e segurança de máxima intensidade. À luz desta lógica, promove-se a ideia de que “a prisão funciona” e fomenta-se uma estratégia punitiva de confinamento institucional. Se a prisão não pode fazer mais nada, pode retardar o reinício da atividade criminosa por parte dos indivíduos perigosos. Esses períodos de tempo produzem a redução do(s) efeito(s) do crime na sociedade, embora sem mudar nem o delinquente nem a sociedade.

¹⁷ Sobre isto, cf., *infra*, ponto 4.

¹⁸ Cf. MIRANDA RODRIGUES (2007), p. 117 s.

Paralelamente a esta nova forma de compreender a pena de prisão, renasce, como já foi referido, o interesse dos decisores políticos pelas penas de substituição da prisão, e assiste-se à criação de um crescente e complexo mosaico de penas diferentes da privação de liberdade intramuros. Não é, todavia, inequívoco o sentido da súbita manifestação de interesse por estas penas, radicadas, na sua origem, num cenário de luta contra a pena de prisão, em relação à pequena e média criminalidade, e orientadas por um objetivo de socialização. É necessário, por isso, de um lado, interrogá-las quanto ao significado político-criminal que encerram no novo contexto securitário e, de outro lado, prevenir o risco de que sejam subvertidas no seu sentido.

Assim, importa lembrar que a estas penas poderão não ser alheios, em muitos casos, os princípios do *new bahaviorism*, não tendo qualquer objetivo de socialização. Podem ser, também elas – tal como a prisão-confinamento –, *managerialist techniques*, que se destinam meramente a limitar a liberdade de movimentos, reduzindo os seus efeitos ao controlo sobre os indivíduos, mais uma vez sem nada mudar, nem quanto ao delincente nem na sociedade. Em última análise, são a demonstração – agora para estas penas – de que “*nothing works*”, porque não aliam a intervenção socializadora ao controlo. Logo por aqui se podendo questionar se à sua eficiência e (aparente) eficácia não se pode apontar os mesmos vícios da prisão como mera técnica de confinamento. O maior perigo que se deteta é as penas de substituição serem vistas como “alternativas à liberdade e não à privação de liberdade”, dado o desvirtuamento de sentido que sofrem, com a confluência dos fenómenos de erosão do cariz socializador e intensificação da natureza de controlo. Para além disso, a bifurcação pretendida do sistema punitivo – prisão para a criminalidade mais grave e penas não privativas de liberdade para a criminalidade menos grave – não resiste a uma análise do movimento dos delinquentes ao longo de um certo período de tempo. Assinala-se “uma corrente contínua de indivíduos” entre a comunidade para cumprimento de penas e a prisão, ligada a uma menor tolerância que, não por acaso, se verifica quanto à violação das condições que possibilitam o cumprimento das penas na comunidade. O aspeto em causa é o do “transencarceramento”, resultante do sistema autopoietico criado pela proliferação de penas que se reforçam mutuamente, e que permite o que já se chamou a “reciclagem” do indivíduo, favorecendo a sua circulação por diferentes instâncias de controlo.¹⁹

Desta forma, é, ainda, e mais uma vez, a utilização acrescida da prisão que está em causa, agora potenciada por uma expansão do sistema punitivo que favorece o encarceramento.

4. O uso de sistemas de IA e de tecnologias digitais conexas na execução das penas

A difusão da tendência atuarial na justiça punitiva, enquadrada por técnicas de uma Nova Gestão Pública, é, hoje em dia, cada vez mais apoiada pela utilização de sistemas de IA e de tecnologias digitais conexas.

¹⁹ Cf. MIRANDA RODRIGUES (2007), p. 124; BRANDARIZ GARCÍA (2014), p. 16; e MIRANDA RODRIGUES (2017), p. 165.

Historicamente, a partir do século XVIII, as prisões no Ocidente foram projetadas e construídas de modo a otimizar a observação dos presos. A vantagem imediata da vigilância constante era, desde logo – e assumidamente –, controlar o comportamento, de acordo com regras, dos reclusos. Mas, por outro lado, tal vigilância permitia também que se gerassem e recolhessem informações sobre os reclusos, que eram depois utilizadas pela administração prisional para os classificar em tipos criminosos específicos e prever a reincidência.²⁰ No final do século XX, novas tecnologias que possibilitaram a vigilância eletrónica tornaram desnecessária uma arquitetura prisional que maximizasse a observação direta dos reclusos.²¹ Já no século XXI, as novas tecnologias, desta feita utilizando, em muitos casos, IA, aumentaram de uma forma sem precedentes o alcance e a intensidade da vigilância sobre os reclusos.²² Numa aproximação redutora à sua utilização, não é difícil perceber que podem significar uma visão *orwelliana* da execução da pena de prisão.

É assim que, se a socialização não desaparece do discurso político-criminal e da execução das penas – referindo-se, inclusivamente, o seu ressurgimento –, é imprescindível que ela, para além de – sobretudo quando se refere à pena de prisão – *evitar a dessocialização*, mantenha contornos de “prevenção da reincidência” e preserve um conteúdo não coativo, num contexto de revalorização dos direitos fundamentais que promove uma ética solidária e de responsabilidade social (*promoção da não dessocialização*).²³

Algumas prisões, em todo o mundo, estão a tornar-se *prisões inteligentes* (*smart prisons*).²⁴

Aplicações de IA ultra avançadas são utilizadas hoje em contexto prisional em vários países asiáticos. Em Singapura, existe uma prisão totalmente automatizada, em que não há guardas prisionais: IA e robôs asseguram o total funcionamento do estabelecimento.²⁵ Na China, foi concebido um sistema de vigilância inteligente para monitorizar os reclusos de forma contínua, inclusivamente quando estão nas celas.²⁶ Em Hong Kong, um sistema inteligente de videovigilância utiliza câmaras com monitorização analítica, que podem detetar comportamentos incomuns dos reclusos e alertar as autoridades.²⁷ Na Coreia do Sul, são usados robôs para monitorizar a violência e o risco de suicídio dos reclusos.²⁸ Também nas prisões dos Estados Unidos, por exemplo, em Nova Iorque e no Alabama, existem sistemas de monitorização em massa das chamadas telefónicas dos reclusos, que utilizam tecnologia de reconhecimento de voz, análise semântica e *software* de aprendizagem automática, para construir bases de dados de palavras que

²⁰ Cf. NELLIS (2021), p. 16.

²¹ NELLIS (2021), p. 16.

²² NELLIS (2021), p. 16.

²³ Cf. MIRANDA RODRIGUES (2002), p. 45 s.; *id.*, (1995), p. 317 s. e 558 s.

²⁴ PUOLAKKA / STEENE (2021), p. 129 s.; NELLIS (2021), p. 15; PUOLAKKA (2023), p. 91.

²⁵ KLEIJSSSEN (2021), p. 27 s.

²⁶ YAN (2019); ZAVRŠNIK (2020), p. 572; PUOLAKKA / STEENE (2021), p. 131; NELLIS (2021), p. 16.

²⁷ HOUSER (2019); PUOLAKKA / STEENE (2021), p. 131; NELLIS (2021), p. 16.

²⁸ BBC News (2011); PUOLAKKA / STEENE (2021), p. 131.

sinalizam chamadas suspeitas.²⁹ E, no Reino Unido, em Liverpool, existe uma prisão que utiliza câmaras de segurança, monitorizadas por IA para detetar comportamentos suspeitos dos reclusos.³⁰

Na verdade, existem três áreas principais, no âmbito do sistema prisional, em que a IA e as tecnologias digitais conexas podem ser utilizadas: em matéria de manutenção da ordem e segurança em contexto institucional; na gestão de reclusos (avaliação de riscos e socialização); e na seleção, gestão e formação de pessoal penitenciário e de reinserção social.³¹ Neste estudo, teremos em atenção as duas primeiras áreas de utilização referidas.

4.1. O uso de sistemas de IA e de tecnologias digitais conexas com a finalidade de manutenção da ordem e segurança em contexto prisional

Os sistemas de IA e tecnologias digitais conexas têm vindo a ser usados em contexto prisional, sobretudo com a finalidade de manutenção da ordem e segurança³². O reconhecimento de imagens ou o reconhecimento de voz e a análise de movimentos são algumas técnicas digitais que podem ser utilizadas para recolher informações sobre os reclusos (e, em alguns casos, sobre os seus interlocutores), servindo esta finalidade. Como decorre do cenário brevemente traçado das designadas *prisões inteligentes*, diferentes técnicas podem ser combinadas para criar sistemas de vigilância de natureza extremamente intrusiva.³³

É certo que os novos sistemas inteligentes, quando utilizados com a finalidade de manutenção da ordem e segurança, permitem uma melhor gestão dos riscos e das crises nos estabelecimentos prisionais. Desta forma, podem libertar o pessoal penitenciário de tarefas repetitivas habituais, como abrir e fechar as portas ou controlar os movimentos dos reclusos, ficando mais disponível para estabelecer e desenvolver o contacto pessoal com os reclusos. Favorece-se, assim, a promoção e a criação de um ambiente propício à aplicação de programas e métodos de socialização.³⁴ Alerta-se, porém, para o facto de que a utilização de sistemas inteligentes com a finalidade de alcançar a ordem e a segurança nos estabelecimentos penitenciários comporta o risco de os transformar em instituições mais de controlo do que de socialização dos reclusos.

Deve assinalar-se, ainda, que, nos últimos anos, se tem verificado um desenvolvimento da utilização de técnicas digitais também no âmbito da execução das medidas não privativas de liberdade, designadamente, no domínio da pena de suspensão da execução da pena de prisão e do incidente da liberdade condicional. Certas tecnologias que tiveram as suas raízes nas décadas de oitenta e noventa, como a monitorização ele-

²⁹ WEISS (2019); PUOLAKKA / STEENE (2021), p. 131; NELLIS (2021), p. 16 s.

³⁰ MCGOOGAN (2016); PUOLAKKA / STEENE (2021), p. 131; NELLIS (2021), p. 16.

³¹ Cf. Draft Committee of Ministers Recommendation CM/REC(2023)XX. Ethical and organisational aspects of the use of artificial intelligence and related digital technologies by prison and probation services. Document prepared by Håkan Klarin, Pia Puolakka and Fernando Miró Llinares. Council of Europe – Council for Penological Co-operation. Strasbourg, 8.02.2023, ponto IV, p. 13 s.

³² PUOLAKKA / STEENE (2021), p. 131; NELLIS (2021), p. 16; PENAL REFORM INTERNATIONAL (2021), p. 47.

³³ Cf. Draft Committee of Ministers Recommendation..., p. 14.

³⁴ Cf. Draft Committee of Ministers Recommendation..., p. 13.

trónica, os *check-ins* telefónicos e os quiosques de *check-in* biométricos, poderão agora expandir-se e ser geridos por sistemas de IA. Os *smartphones* já estão a ser utilizados na execução de medidas não privativas da liberdade, quer como dispositivos de rastreio (principalmente nos Estados Unidos), quer utilizando aplicações que orientam a execução destas medidas (tanto na Europa como nos Estados Unidos). Reconhece-se, de forma geral, que estas tecnologias têm um enorme potencial da perspetiva da socialização. Contudo, também quanto a elas se adverte que a tendência atual tem sido a de as utilizar principalmente para fins de controlo e segurança.³⁵

4.2. O uso de sistemas de IA e de tecnologias digitais conexas para fins de gestão de delinquentes

4.2.1. A aplicação de IA em instrumentos de avaliação de riscos

As aplicações de IA estão ainda a ser utilizadas em Sistemas de Gestão de Delinquentes (*Offender Management Systems*), tendo em vista auxiliar a tomada de decisões ao longo de todo o processo de execução de penas.³⁶ No decurso da execução da pena de prisão e também já após esta, podem ser usados algoritmos para classificar reclusos, determinar o nível de segurança exigível para cada um, os programas de reinserção social que devem frequentar ou a sua elegibilidade para efeitos de execução de penas na comunidade ou de concessão da liberdade condicional e as condições a que estas medidas devem obedecer.³⁷ Com a utilização da IA no âmbito da gestão de delinquentes, o sistema punitivo visa “melhorar a tomada de decisões que permitam definir um melhor percurso” para cada um, “atendendo às suas necessidades específicas e minimizando os riscos”.³⁸

A primeira – e ainda mais comum – utilização de aplicações de IA foi precisamente no contexto dos instrumentos de avaliação de risco.³⁹ Os sistemas inteligentes melhoraram significativamente as potencialidades dos instrumentos já existentes.

Na verdade, a tomada de decisões baseada em dados está longe de ser uma novidade no contexto da justiça penal. Como já se referiu, nas últimas décadas, o sistema evoluiu no sentido de uma justiça atuarial, designadamente ao nível do sistema punitivo, que passou a basear-se precisamente na gestão de riscos. No entanto, as tecnologias atuais diferem significativamente das anteriores em vários aspetos importantes. Por um lado, na quantidade e variedade de dados disponíveis, que aumentaram significativamente. Por outro lado, as técnicas computacionais tornaram-se muito mais avançadas.⁴⁰

Assim, a primeira vaga de instrumentos de avaliação de risco baseou-se apenas em fatores “estáticos” e inalteráveis, como o histórico de abuso de substâncias ilícitas ou a

³⁵ Cf. NELLIS (2021), p. 18 s.; e Draft Committee of Ministers Recommendation..., p. 14.

³⁶ Draft Committee of Ministers Recommendation..., p. 17.

³⁷ Cf. BRAYNE / CHRISTIN (2021), p. 613.

³⁸ PUOLAKKA / STEENE (2021), p. 132.

³⁹ PUOLAKKA / STEENE (2021), p. 132.

⁴⁰ BRAYNE / CHRISTIN (2021), p. 612 s.

idade da prática do primeiro delito. Depois a análise do risco evoluiu e os instrumentos mais recentes – segunda vaga –, baseados numa grande quantidade de dados, passaram a utilizar métodos mais sofisticados e fatores de risco “dinâmicos”, tais como a idade do agente ou a evolução da sua situação profissional, que podem ser atualizados ao longo do tempo.⁴¹ Atualmente – terceira vaga –, os instrumentos de avaliação de risco têm sido descritos como especificamente “algorítmicos”, no sentido de que dependem de uma recolha de dados “omnívora” e se baseiam em modelos de aprendizagem automática para identificar padrões relevantes (*relevant patterns*), tornando-se opacos (*black boxed*) quanto ao processo.⁴²

Os defensores da utilização das tecnologias algorítmicas enfatizam os benefícios da utilização destas “estatísticas inteligentes” para reduzir a criminalidade e melhorar um sistema punitivo disfuncional, caracterizado pela discriminação racial e pelo encarceramento em massa.⁴³ Em sentido oposto, há quem refira que os algoritmos tendem a reforçar as desigualdades sociais e raciais em vez de as reduzir e sublinhe que estes novos instrumentos de avaliação de risco fazem parte de uma “cultura de controlo” baseada na vigilância de grupos “de risco”.⁴⁴

Salienta-se, entretanto, que a utilização de tecnologias preditivas na avaliação dos riscos é justificada, muitas vezes, convocando-se, simultaneamente, a necessidade de prestação de contas por parte dos profissionais do sistema de justiça penal e as restrições orçamentais existentes.⁴⁵ Os algoritmos são descritos como uma *força racionalizadora*, no sentido de que auxiliam juízes, magistrados do ministério público e técnicos de reinserção social a tomar as suas decisões, fornecendo-lhes informação fidedigna. A tomada de decisões por parte destes profissionais na base de decisões algorítmicas ficaria despida de elementos subjetivos e emocionais – os “algoritmos” seriam melhores do que os “humanos” na tomada de decisões porque são *valoritivamente neutros*.⁴⁶ Nesta linha, aponta-se, assim, uma dupla justificação para o uso de algoritmos preditivos no sistema punitivo: por um lado, argumenta-se com a *eficiência* que acrescentam à tomada de decisões, contribuindo para a redução de custos em períodos de restrições orçamentais; por outro lado, refere-se a *objetividade* ligada à sua utilização para a tomada de decisões, reduzindo a discricionariedade destas e, assim, os *enviesamentos* que normalmente a elas se assacam.⁴⁷

No entanto, como referimos já, num sistema social como é o sistema punitivo, torna-se importante, desde logo, reconhecer prioridade à eficácia em detrimento da eficiência. Depois, não pode ignorar-se que grande parte do debate sobre a utilização de IA se centra nos *enviesamentos* dos algoritmos – na medida em que estes *aprendem* ao serem alimentados com dados do passado, desigualdades aqui existentes tendem a ser

⁴¹ CHRISTIN, ANGÈLE (2018), p. 277 s.

⁴² Cf. BRAYNE / CHRISTIN (2021), p. 611; e MIRANDA RODRIGUES (2023), p. 300 s.

⁴³ Cf. CHRISTIN (2018), p. 277 s.

⁴⁴ Cf. CHRISTIN (2018), p. 273.

⁴⁵ BRAYNE / CHRISTIN (2021), p. 614.

⁴⁶ CHRISTIN (2018), p. 275.

⁴⁷ Cf. BRAYNE / CHRISTIN (2021), p. 615 s. e 620.

projetadas no futuro.⁴⁸ Desta forma, é altamente pertinente interrogar se a utilização de algoritmos contribui efetivamente para a objetividade da tomada de decisões no âmbito punitivo, designadamente para minorar desigualdades quando estão em causa decisões relativas a pessoas condenadas.

É neste contexto que se discute se os algoritmos preditivos contribuirão verdadeiramente para a redução da discricionariedade no processo da tomada de decisões relacionadas com a execução de penas. Perante a entrada de sistemas de IA e tecnologias digitais conexas neste âmbito, os profissionais do setor sentem que a sua autonomia decisória é posta em causa e que o conhecimento adquirido pela experiência é desconsiderado. Em alguns casos, verifica-se, assim, que tendem a manipular os dados de modo a recuperarem o poder de decisão que sentem ameaçado.⁴⁹ Depois, o desenvolvimento e a utilização dos novos sistemas digitais traduzem-se no envolvimento de novos intervenientes no sistema punitivo, tais como analistas de dados, especialistas em introdução de dados e equipas de engenheiros informáticos. O que, por sua vez, corre o risco de fazer surgir novas formas de poder discricionário situado em outros lugares exteriores ao sistema punitivo, designadamente, à instituição penitenciária. A partir daqui, avança-se com a hipótese de que, afinal, em vez de eliminar o poder discricionário institucional ou não-institucional nas suas diversas manifestações, a adoção de algoritmos preditivos “desloca o poder discricionário para partes menos visíveis da organização”.⁵⁰

De uma outra perspetiva, aquilo sobre que importa ainda refletir neste contexto, é sobre se será positiva a eliminação total da discricionariedade no processo decisório no âmbito da execução da pena. A linha é ténue entre demasiada discricionariedade, com a consequência inevitável de disparidades indesejáveis nas decisões tomadas, e a ausência de qualquer discricionariedade, que pode levar a decisões injustas.⁵¹ Relembra-se, a propósito dos programas informáticos – em que a decisão procede da massa de dados a favor de uma solução –, que não são da mesma ordem da construção humana e coletiva do *sentido* da norma. Como já se evidenciou, a nova normatividade digital fez despontar um novo determinismo, fechando a norma ao sentido que só a discricionariedade da decisão permite encontrar. É o pensamento, com a sua reflexividade e originalidade na seleção, hierarquização e integração no direito, que lhe imprime a especificidade *humana*.⁵²

A exigência de conferir maior racionalidade aos procedimentos de execução das penas não pressupõe a necessidade de eliminação total da discricionariedade das tomadas de decisão ali implicadas. Aliás, a discricionariedade é – e deve ser – inerente ao exercício da declaração do direito (também) presente ao nível da execução das penas.⁵³ A bondade de uma disciplina legal nesta matéria reside, exatamente, na sua capacidade para conter a subjetividade dentro de limites toleráveis, evitando a tentação de bani-la

⁴⁸ BRAYNE / CHRISTIN (2021), p. 620.

⁴⁹ BRAYNE / CHRISTIN (2021), p. 620.

⁵⁰ BRAYNE / CHRISTIN (2021), p. 620.

⁵¹ Já assim, a propósito da determinação da medida da pena, MIRANDA RODRIGUES (2023), p. 288.

⁵² Cf. MIRANDA RODRIGUES (2023), p. 301; GARAPON / LASSÈGUE (2018), p. 219 s.; e LASSÈGUE (2019), p. 208 s.

⁵³ No sentido de que a discricionariedade é inerente ao exercício da função judicial em sentido amplo, cf. MIRANDA RODRIGUES (2023), p. 307; *id.* (2020a), p. 238.

totalmente da tomada de decisões. Entre a pura algoritmização e a arbitrariedade, deverá situar-se sempre uma discricionariedade⁵⁴ que, não abdicando de ser uma discricionariedade na realização *do direito*,⁵⁵ permitirá alcançar decisões corretas.

4.2.2. A utilização de sistemas de IA e de tecnologias digitais conexas em sede de socialização

Os sistemas digitais apresentam um enorme potencial do ponto de vista da socialização dos condenados.

A IA pode ser utilizada em plataformas de educação e formação, em diversos processos de socialização e, em geral, na preparação para a vida em liberdade. Certos programas individuais de socialização podem incluir métodos baseados em IA, como a realidade virtual. Este método permite satisfazer as necessidades especiais de diferentes populações de reclusos e superar as barreiras linguísticas de forma pouco dispendiosa.⁵⁶ Outra possibilidade em perspetiva neste domínio é a da utilização de robôs que, além das tarefas relacionadas com a segurança nos estabelecimentos, desempenhem também tarefas com vista à socialização dos reclusos. Nos Estados Unidos, discute-se a possibilidade de utilização de IA para fazer face à crise do confinamento solitário, utilizando assistentes inteligentes (*smart assistants*) como “companheiros de confinamento” para os reclusos. Tem sido sublinhado, porém, que embora estes “companheiros virtuais” possam aliviar algum do *stress* psicológico dos reclusos, esta pode ser uma “solução” meramente aparente que acaba por contribuir para a legitimação da política de confinamento solitário, ao ocultar a verdadeira dimensão dos problemas a ela associados.⁵⁷ Na Europa, poderá ocorrer uma discussão semelhante relativamente às “unidades especiais” – prisões dentro de prisões – para os delinquentes mais perigosos. A utilização de tecnologias digitais nessas unidades pode ter algumas vantagens – designadamente, facilitando a comunicação com os guardas prisionais, viabilizando a utilização de instrumentos de aprendizagem *on-line* ou contacto por vídeo com a família – mas, inevitavelmente, à custa de uma diminuição do contacto humano⁵⁸.

Apesar dos benefícios obtidos com a utilização de IA e de tecnologias digitais conexas no contexto dos programas e técnicas de socialização, deve ter-se presente que tal uso deve ser levado a efeito como forma de complementar e não de reduzir ou substituir o contacto humano, uma vez que este assume uma dimensão fundamental no processo de socialização.⁵⁹ No novo contexto de prisões altamente digitalizadas, não deverá perder-se de vista o conceito de “contacto humano significativo”.⁶⁰

⁵⁴ MIRANDA RODRIGUES (2020a), p. 238.

⁵⁵ MIRANDA RODRIGUES (1995), p. 93 s.

⁵⁶ Cf. Draft Committee of Ministers Recommendation..., p. 18; NELLIS (2021), p. 20; PIRES *et al.* (2021), p. 33 s.; TENG / GORDON (2021), p. 2210 s. O que não deve ser esquecido é a imensa quantidade de dados gerados por cada usuário imerso na realidade virtual (NELLIS (2021), p. 20).

⁵⁷ ZAVRŠNIK (2020), p. 573. Sobre a situação no Japão, cf. PENAL REFORM INTERNATIONAL (2023), p. 46.

⁵⁸ NELLIS (2021), p. 18.

⁵⁹ MIRANDA RODRIGUES / ANTUNES / FIDALGO / PINTO / ISHIY (2023), p. 134.

⁶⁰ Chamando a atenção para a eventual necessidade de se discutir este conceito no novo contexto prisional, NELLIS (2021), p. 18.

5. Conclusões (im)previsíveis

A disponibilização de sistemas de IA e tecnologias digitais conexas ao serviço da execução da pena de prisão e de medidas não privativas da liberdade não deve menosprezar o facto de que a sua utilização pode integrar um movimento mais amplo que revela uma mudança de paradigma na abordagem estadual do sistema punitivo de sentido securitário. É tentador deslizar para a digitalização do controlo. Mediante a “conformação tecnológica” dos comportamentos, permite-se a constante e difusa vigilância de pessoas privadas de liberdade e/ou sujeitas a medidas alternativas e, em geral, uma forma de prevenção que, progressivamente, substitui o modelo repressivo de *prevenção indireta*, através da ameaça de aplicação de consequências jurídicas pelos atos cometidos, por um modelo de *prevenção direta*, que busca o controlo total dos comportamentos e, por aí, a eficácia plena das normas.⁶¹ Uma estratégia securitária de controlo da criminalidade assim alicerçada tem conhecido uma implantação progressiva nas nossas sociedades do medo. As razões profundas e as causas mais próximas desta alteração são múltiplas. Estamos num tempo em que “governar” já não significa garantir a segurança, mas gerir perigos e riscos. Este processo – à semelhança do que é descrito por *Shoshana Zuboff* como um projeto global de modificação do comportamento que ameaça transformar a natureza humana no século XXI⁶² – não pode ser visto unicamente pelas lentes dos penalistas.

Na era da IA, os caminhos da política criminal são sinuosos. À função socializadora das sanções penais contrapõe-se um modelo de vigilância e controlo, em que a imagem é a de um “arquiteto digital onipresente”.⁶³ O que dizemos, ao invés, é que o significado da socialização precisa de ser renovado. E que os novos instrumentos digitais não devem prejudicar a abordagem centrada no ser humano – a tecnologia deve ser uma forma de complementar e não de reduzir ou substituir a intervenção humana.

Há que sublinhar a necessidade de enfatizar a importância da política, no caso, a política criminal, e das decisões políticas, cujos protagonistas são responsáveis pela definição da orientação e dos objetivos do sistema punitivo. O seu papel é de sobremaneira relevante, quando a IA entra nas prisões e pode ser aliada na execução de medidas alternativas. É a política – não é a gestão ou a tecnologia –, no caso, a orientação política criminal em que estas se inscrevem, que é responsável por criar um sistema punitivo de controlo e securitário. Transformar este sistema é uma tarefa política.⁶⁴ Com definição de prioridades e poder políticos, a IA, que abre caminho a um sistema punitivo mais securitário, pode ter um contraponto numa IA de feição ética, que favorece uma socialização renovada e pode efetivamente contribuir para reduzir o uso da prisão.

Espera-se que estas possam ser conclusões previsíveis, num futuro ainda imprevisível.

⁶¹ BURCHARD (2022), p. 191 s.; MIRANDA RODRIGUES (2023a), p. 44 s.

⁶² Cf. ZUBOFF (2019), *passim*.

⁶³ Cf. ZUBOFF (2019), p. 82.

⁶⁴ Cf. BRANDARIZ GARCÍA (2016), p. 209; MIRANDA RODRIGUES (2020), p. 37; *id.* (2023a), p. 45 e 46.

I – Bibliografia

- BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1986.
- BECK, Ulrich / WILLMS, Johannes, *Conversations with Ulrich Beck*, Cambridge, Polity Press, 2003.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas”, *InDret*, 2 (2014), p. 1 s.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “El new public management y las políticas penales”, *Revista Nuevo Foro Penal*, 87 (2016), p. 181 s.
- BRAYNE, Sarah / CHRISTIN, Angèle, “Technologies of Crime Prediction: The Reception of Algorithms in Policing and Criminal Courts”, *Social Problems* 68(3) (2021), p. 608 s.
- BURCHARD, Christoph, “Artificial Intelligence as the end of criminal law? On the algorithmic transformation of society”, *Artificial Intelligence in the Economic Sector. Prevention and Responsibility*, ed. Maria João Antunes and Susana Aires de Sousa, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2022, p. 165 s.
- CÉRÉ, Jean-Paul, “La surpopulation carcérale entre contraintes européennes et réalité française”, *Revista Eletrônica de Direito Penal*, 1(1) (2013), p. 183 s.
- CHRISTIN, Angèle, “Predictive Algorithms and Criminal Sentencing”, *The Decisionist Imagination*, ed. Nicolas Guilhot and Daniel Bessner, Berghahn Books, 2018, p. 272 s.
- GARAPON, Antoine / LASSÈGUE, Jean, *Justice Digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, Puf, 2018.
- HERT, Paul de / GUTWIRTH, Serge / SNACKEN, Sonja / DUMORTIER, Els, “La montée de l’État penal: que peuvent les droits de l’homme?”, *Les Droits de l’Homme, bouclier ou épée de droit penal?*, ed. Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, François Ost, et al., Brussels, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2007, p. 235 s.
- HOUSER, Kristin, «China is installing “AI guards” in prison cells. They’ll make escape impossible – but the trade-off might be inmates’ mental health», *Futurism*, 4 February 2019, <https://futurism.com/chinese-prison-ai-guards-cells>
- INNERARITY, Daniel, *A sociedade invisível*, Editorial Teorema, 2009 (primeira publicação: 2004)
- KLEIJSSSEN, Jan, “Justice and beyond. Council of Europe working on setting global benchmarks on artificial intelligence. Interview”, *Justice Trends*, 7 (2021), p. 27 s.
- LASSÈGUE, Jean, “L’intelligence artificielle, technologie de la vision numérique du monde”, *Les Cahiers de la Justice*, 2 (2019), p. 213 s.
- MCGOOGAN, Cara, “Liverpool prison using AI to stop drugs and weapons smuggling”, *The Telegraph*, 6 December 2016, <https://www.telegraph.co.uk/technology/2016/12/06/liverpool-prison-using-ai-stop-drugs-weapons-smuggling>
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995 (reimpressão 2014).
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, “Política criminal – novos desafios, velhos rumos”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, ed. Manuel da Costa Andrade et al., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 217 s.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, “Novo olhar sobre a questão punitiva”, *Educar o Outro. As Questões do Género, dos Direitos Humanos e da Educação nas Prisões Portuguesas*, Humana Global – Publicações Humanas, 2007, p. 117 s.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, “Superpopulação carcerária. Controlo da execução e alternativas”, *Revista Eletrônica de Direito Penal*, 1 (2013), p. 13 s.

- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, “Execução penal socializadora e o novo capitalismo – uma relação impossível?”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 23 (2015), p. 17 s.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, “Controlar e punir – o Direito Penal em mudança?”, *FIDES*, 8 (2017), p. 151 s.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, “A política criminal no Estado de Direito do Século XXI – os desafios da segurança”, *Brasília – Revista Brasileira de Ciências Policiais*, 11 (2020), p. 19 s.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, “A questão da pena e a decisão do juiz – entre a dogmática e o algoritmo”, *A inteligência artificial no direito penal*, Anabela Miranda Rodrigues coord., Coimbra, Almedina 2020a), p. 219 s.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, “O(s) tipo(s) de medida da pena ou a necessidade de um ‘algoritmo a ser seguido’”, *I Congresso – Inteligência Artificial e Direito*, ed. Anabela Rodrigues e Susana Aires de Sousa, Coimbra, Almedina, 2023, p. 287 s.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, “Compliance Criminal Digital – O Oráculo da Era da Inteligência Artificial”, *Bulletin of the Faculty of Law – FLL Bulletin*, Macau, Ano XXVII, 53 (2023a), p. 19 s.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela / ANTUNES, Maria João / FIDALGO, Sónia / PINTO, Inês Horta / ISHIY, Karla, *Penas e medidas não privativas da liberdade nos Estados-Membros da União Europeia – Relatório Comparativo*, Instituto Jurídico – Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, e-book, 2023
- NELLIS, Mike, “Ethical, Strategic and Operational Guidance on the Use of Artificial Intelligence in Prison and Probation Services and the Private Companies acting on their Behalf”, written for the PC-CP, Strasbourg, 10 September 2021.
- NEVES, Pedro, “Towards an intelligent offender manage system”, *Justice Trends*, 10 (2023), p. 32 s.
- PENAL REFORM INTERNATIONAL, *Global Prison Trends*, 2021.
- PENAL REFORM INTERNATIONAL, *Global Prison Trends*, 2023.
- PIRES, Ana Rita / FERNANDES, Ângela / ESTALELLA, Gerard/ ZISIADOU, Maria / CARROLAGGI, Pierre / LOJA, Sara / LEITÃO, Tiago, *The potential of virtual reality for education and training in prisons*, January 2021, <http://dx.doi.org/10.13140/RG.2.2.29588.63366>.
- PUOLAKKA, Pia, “Smart prisons and artificial intelligent systems expand in Finland”, *Justice Trends*, 10 (2023), p. 91 s.
- PUOLAKKA, Pia / STEENE, Steven, “Artificial Intelligence in prisons in 2030: an exploration on the future of AI in prisons”, *Advancing Correction Journal*, 11 (2021), p. 128s .
- RIVERA BEIRAS, Iñaki, “Prologo”, in *La cárcel. La experiencia histórica bajo las perspectivas criminológicas*, ed. Gilberto Giacóia e Denise Hammerschmidt, Curitiba, Juruá Editorial, 2012.
- ROSANVALLON, Pierre, *La nueva cuestión social. Repensar el Estado Providencia*, Buenos Aires: Manantial, 1995.
- ROSANVALLON, Pierre, *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Buenos Aires, Manantial, 2007.
- TENG, Melissa / GORDON, Eric, “Therapeutic virtual reality in prison: Participatory design with incarcerated women” *New Media & Society* 23 (2021), p. 2210 s., <https://doi.org/10.1177/1461444821993131>.
- WEISS, Debra, “Prisons and jails use artificial intelligence to monitor inmate phone calls”, *Abajournal*, 25 October 2019, <https://www.abajournal.com/news/article/prisons-and-jails-use-artificial-intelligence-to-monitor-inmate-phone-calls>.
- YAN, Sophia, “Chinese high-security jail puts AI monitors in every cell ‘to make prison breaks impossible’”, *The Telegraph*, 1 April 2019, <https://www.telegraph.co.uk/news/2019/04/01/chinese-prison-rolls-facial-recognition-sensors-track-inmates/>.
- ZAVRŠNIK, Aleš, “Criminal justice, artificial intelligence systems, and human rights”, *ERA Forum*, 20 (2020), p. 567 s.

JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS

ZUBOFF, Shoshana, *A era do capitalismo da vigilância. A disputa por um futuro humano na nova fronteira do poder*, Relógio D'Água, 2019.

II – Documentos

Draft Committee of Ministers Recommendation CM/REC(2023)XX. Ethical and organisational aspects of the use of artificial intelligence and related digital technologies by prison and probation services. Document prepared by Håkan Klarin, Pia Puolakka and Fernando Miró Llinares. Council of Europe – Council for Penological Co-operation. Strasbourg, 8.02.2023.

III – Outros

BBC News, “Robotic prisons wardens to patrol South Korean prison”, 25 November 2011, <https://www.bbc.com/news/technology-15893772>.

AS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO BRASIL APÓS A REFORMA PSIQUIÁTRICA DE 2001

MARIANA DE ASSIS BRASIL E WEIGERT

Programa de Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro)

Resumo: O presente artigo tem por objeto apreciar a influência, no Brasil, da promulgação da Lei 10.216/01, Lei da Reforma Psiquiátrica ou Lei Antimanicomial, na execução das medidas de segurança de internação psiquiátrica. Mesmo com as inovações da Lei no campo da saúde mental, poucas foram as alterações efetivas em relação aos sujeitos que tenham praticado fato previsto como crime. Apesar do contributo dos postulados da antipsiquiatria e da criminologia crítica, o Brasil não conseguiu realizar uma ‘reforma psiquiátrica penal’, salvo experiências pontuais em alguns estados. Este o motivo, inclusive, da publicação da Resolução 487 do Conselho Nacional de Justiça, de fevereiro de 2023, que obriga ao cumprimento da L10.216/01 na execução das medidas de segurança.

Abstract: The purpose of this article is the influence of the promulgation of Law 10.216/01, the Psychiatric Reform Law or Anti-Asylum Law on the execution of security measures in psychiatric hospitalization in Brazil. Even with the innovations brought by the Law in the field of mental health, there were few effective changes in relation to subjects who have committed an act considered a crime. Despite the postulates of Anti-psychiatry and Critical Criminology, it was not possible to carry out a ‘penal psychiatric reform’ in Brazil, except for specific experiences in some states. This is also the reason for the publication of Resolution 487 of the National Council of Justice, dated February 2023, which requires compliance with L10.216/01 when executing security measures.

Índice: 1. Introdução; 2. A Violência contra o sofrimento mental; o Caso Damião Ximenes Lopes; 3. A Concretização da Reforma Psiquiátrica no Brasil: a Promulgação da Lei Antimanicomial; 4. Reforma Psiquiátrica Penal; 5. Conclusões; Referências bibliográficas.

Index: 1. Introduction; 2. Violence against mental suffering; the Damião Ximenes Lopes Case; 3. The Completion of Psychiatric Reform in Brazil: The Enactment of the Anti-Asylum Law; 4. Penal Psychiatric Reform; 5. Conclusions; Bibliographic references.

Palavras-chave: Medidas de Segurança de Internação Psiquiátrica; Reforma Psiquiátrica; Manicômios Judiciários; Lei Antimanicomial; Resolução 487 CNJ.

Keywords: Security Measures in Psychiatric Hospitalization; Psychiatric Reform; Judicial Asylums; Anti-Asylum Law; Resolution 487 CNJ.

1. Introdução

Este é um tema contraditoriamente antigo e atual no Brasil. Antigo pela insistência e importância em visibilizar as pessoas em medidas de segurança e atual porque em 15 de fevereiro de 2023 foi publicada a resolução de número 487 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estabelece procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança.¹

Mas antes de adentrar especificamente no tema das medidas de segurança, importante apresentar brevemente o cenário da saúde mental no Brasil, país que historicamente tem violado direitos fundamentais de pessoas com transtornos mentais.

A Reforma Psiquiátrica brasileira tem como conquista mais expressiva a promulgação da lei nacional em 2001 e está intimamente ligada ao movimento antimanicomial e à Psiquiatria Democrática. Estes têm como alicerce a Antipsiquiatria, cujos expoentes são David Cooper (Inglaterra), Franco Basaglia (Itália), Thomas Szasz (EUA), Paulo Amarante (Brasil), entre outros.

A teoria antipsiquiátrica realizou verdadeira subversão epistemológica no pensamento psiquiátrico tradicional, entendendo que a experiência considerada patológica se dá não no indivíduo como corpo ou mente doentes, mas nas relações que se estabelecem entre ele e a sociedade. A Antipsiquiatria se propõe, pois, à desconstrução das categorias naturalizadas como normais ou patológicas, ao colocar a doença mental entre parênteses. Significa dizer que “o ‘fenômeno’ não existe em si, mas é construído pelo observador, é um constructo da ciência, e só existe enquanto inter-relação com o observador. Se o observador, sujeito do conhecimento, constrói o ‘fenômeno’, este é parte do primeiro, é parte de sua cultura e de sua subjetividade”².

Não há, portanto, a doença mental como objeto natural, somente uma determinada experiência do sujeito em suas relações. Consequentemente, também inexisteria uma proposta de tratamento no sentido clássico de terapêutica. Uma concepção muito próxima à da psicanálise freudiana, por exemplo, ao entender que o delírio, na psicose, é uma tentativa de cura.³

¹ Veja-se que a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência foi ratificada pelo Brasil em 2008 e a Lei n. 10.216, Lei da Reforma Psiquiátrica, é de 2001 e, em 2023, ainda foi preciso uma resolução que indicasse a urgência da aplicação da Reforma Psiquiátrica no cumprimento das medidas de segurança.

² AMARANTE (1996), p. 78.

³ O delírio é um tema fundamental ao longo da obra de Freud, entendido como “um remendo colocado onde originalmente surgira uma fissura na relação do Eu com o mundo exterior” (FREUD (1924/2011), p. 180). É tomado como solução em determinados tipos de psicose, constituindo uma verdadeira tentativa de cura, um ponto de sustentação, um substituto de sua realidade perdida (FREUD (1924/2011), p. 180).

O princípio seria o de permitir que o sujeito vivenciasse a sua experiência, já que o sintoma apresentaria uma possibilidade de reorganização interior. Ao terapeuta caberia ajudar a pessoa “a vivenciar e a superar este processo, acompanhando-a, protegendo-a, inclusive da violência da própria psiquiatria”.⁴

O sistema carcerário é para a Criminologia Crítica como o hospital psiquiátrico é para a Antipsiquiatria, um meio de controle social. Embora “libertado” da genérica associabilidade encerrada nos cárceres, o louco não pode encontrar uma colocação na ordem racional da sociedade, na medida em que não a encontra na ordem produtiva desta.⁵

Neste ponto, importante observar a aproximação entre Criminologia Crítica e Antipsiquiatria, ambas as teorias se originam na mesma época, fim da década de 60, início da década de 70, e de orientação marxista. Se as prisões foram consideradas pela Criminologia Crítica como depósito de pessoas inúteis ao desenvolvimento do capitalismo, os manicômios foram pensados da mesma forma pela Antipsiquiatria, sendo “o hospício um lugar construído para controlar e reprimir trabalhadores que perderam a capacidade de responder aos interesses capitalistas de produção”.⁶

E a pior das mazelas impostas pela Psiquiatria advém justamente da institucionalização das pessoas em sofrimento psíquico. As chamadas instituições totais,⁷ trabalhadas na obra *Asylums*, 1974 (publicada em português como *Manicômios, Prisões e Conventos*) –, são ontologicamente violentas, já que locais de residência e trabalho de pessoas em situação semelhante, que levam uma vida fechada e formalmente administrada.^{8/9} Nestas, o sujeito se despe de seu papel social e veste-se com os novos rótulos que, de imediato, lhe são atribuídos. Observa-se que “a barreira que as instituições totais colocam entre o internado e o mundo exterior assinala a primeira mutilação/mortificação do eu”.¹⁰

2. A Violência contra o sofrimento mental: o Caso Damião Ximenes Lopes

Sobre as violações de direitos praticadas nas instituições totais, importante lembrar que a primeira condenação brasileira na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi o caso de Damião Ximenes Lopes, homem de 30 anos, torturado até a morte em uma clínica psiquiátrica no interior do Ceará, Casa de Repouso Guararapes, instituição conveniada ao Sistema Único de Saúde (sistema público de saúde brasileiro). O fato ocorreu em 1999, dois anos antes da promulgação da L10.216/01 e, inegavelmente, impulsionou sua publicação, ainda que o caso tenha sido sentenciado pela Corte apenas em 2006.

⁴ AMARANTE (2011), p. 54.

⁵ BASAGLIA (2005), p. 300.

⁶ BASAGLIA (1979), contracapa.

⁷ GOFFMAN (2003).

⁸ GOFFMAN (2003), p. 11.

⁹ É importante referir que apesar da viragem paradigmática que a obra de Goffman provoca nas políticas de saúde mental, não se pode olvidar que lhe falta análise crítica do ponto de vista econômico. Pode-se dizer que da mesma forma que Howard Becker, maior autor da Reação Social, foi acusado pelos autores da Criminologia Crítica de ter construído uma teoria alheia ao contexto político e econômico, Erving Goffman também sofreria tais críticas por parte da Antipsiquiatria.

¹⁰ GOFFMAN (2003), p. 24.

A sentença estabeleceu a responsabilidade do Estado brasileiro pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal – artigos 4.1¹¹ e 5.1 e 5.2¹², em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana – em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes. Além dos tratos cruéis, desumanos e degradantes sofridos, o Estado brasileiro foi condenado por faltar com os deveres de respeito, prevenção e proteção em relação à morte de Damião Ximenes Lopes.¹³

Na sentença foi argumentado que na clínica havia uma atmosfera de violência. Os pacientes viviam sob a constante ameaça de agressões dos funcionários ou de outros internos, que tampouco eram impedidos pela equipe por eles responsável. Inclusive a contenção física e o controle de pessoas que entravam em crise eram, muitas vezes, realizados com a ajuda de outros pacientes.¹⁴

A CIDH compreendeu que tanto as condições gerais da Casa de Repouso, quanto o atendimento médico se distanciavam expressivamente da prestação de um tratamento de saúde digno, sobretudo em se tratando de pessoas vulneráveis por sofrimento mental. As condições de funcionamento da casa foram consideradas *per se* incompatíveis com uma proteção adequada à integridade pessoal e da vida.

Entendeu, ainda, que a proteção à vida e à integridade física geram para o Estado o dever de cuidar e regular. Em relação às pessoas em sofrimento mental que estão em instituições estatais ou conveniadas, o Estado tem o dever de guarda (guardião) ou cuidado, sendo o garantidor, portanto. Mais ainda quando se trata de internos para atendimento médico, pois necessitam melhorar suas condições de saúde, o que aumenta a obrigação do Estado.

A sentença estabeleceu, dentre outros, que o Estado deveria garantir a investigação dos culpados na morte de Damião e manter o desenvolvimento de um programa de formação e capacitação para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental.¹⁵

Não obstante, no ano de 2023, a CIDH constatou que o ponto número 8 da sentença não havia sido cumprido e que o Estado brasileiro ainda não implementara políticas públicas adequadas em relação à população em sofrimento psíquico. A fim de sanar a lacuna, o Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania brasileiro desde então passou a oferecer o curso “Direitos Humanos e saúde mental – Curso permanente Damião Ximenes Lopes” e o CNJ publicou a resolução 487 antes mencionada.

¹¹ O artigo 4 da Convenção Americana de Direitos Humanos disciplina: Direito à Vida 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

¹² O artigo 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe que: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

¹³ Sentença Corte Interamericana de Direitos Humanos (2006), p. 56.

¹⁴ Sentença Corte Interamericana de Direitos Humanos (2006), p. 49-50.

¹⁵ Sentença Corte Interamericana de Direitos Humanos (2006), p. 84.

Quanto à investigação penal, houve extrema morosidade na instrução processual e acabou ocorrendo a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva em abstrato. A conclusão do caso, de forma geral, parece ser bastante elucidativa sobre a forma como o Brasil tem tratado as pessoas em sofrimento psíquico ou mental.

Além disso, o fato de a primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos ter sido no campo da segregação da loucura – dentre tantas violações de direitos humanos praticadas no país (veja-se o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro na ADPF 347¹⁶) – é emblema do que vem acontecendo nos manicômios brasileiros. Isso que Ximenes sequer praticara um fato típico, sequer incidia sobre ele o estigma da criminalidade.

3. Concretização da Reforma Psiquiátrica no Brasil: a Promulgação da Lei Antimanicomial

Então como espécie de resposta às violências e tendo como teoria de base a Antipsiquiatria, a Reforma Psiquiátrica no Brasil começa a ter suas primeiras leis promulgadas na década de 90, após lutas incansáveis dos movimentos sociais preocupados com a saúde mental da população. O Rio Grande do Sul foi pioneiro na publicação da lei 9.716, em 1992, depois de árdua articulação política. E a partir daí foram surgindo leis estaduais até haver a homologação da lei nacional, em 2001.

A Lei 10.216/01 inegavelmente alterou o estatuto jurídico e a lógica do tratamento dos sujeitos em sofrimento psíquico no Brasil. Ela não apenas determina como diretriz central a implementação de políticas públicas de desinstitucionalização, como fixa como premissa o respeito à autonomia dos usuários do sistema de saúde mental, ou seja, de todas as pessoas acometidas por perturbações psíquicas, sem fazer qualquer distinção. E como propugnado pela Antipsiquiatria, os pacientes devem atuar como protagonistas na definição de seu tratamento.¹⁷

Deste modo, a Lei estabelece como finalidade permanente do tratamento a reinserção social do paciente em seu meio (art.4º, paragrafo 1º), razão pela qual admite a internação apenas em situações em que os recursos extra-hospitalares sejam insuficientes (art. 4º, *caput*). Aduz ainda que havendo necessidade de internação essa jamais poderá ser realizada em instituições asilares (art.4º, paragrafo 3º).

Se desde 2001 há uma lei que preza esses princípios, se sofrimento psíquico é um tema também de Direito Penal, a grande questão que se impõe neste momento no Brasil é por que se faz necessária a publicação da resolução 487 do CNJ após marcos legais tão importantes e tão antigos e posteriores ao Código Penal e à Lei de Execuções Penais, inclusive? Por que, a despeito deles, seguimos aplicando medidas de segurança – maci-

¹⁶ Em outubro de 2023, “o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de um cenário de violação massiva de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro, em que são negados aos presos, por exemplo, os direitos à integridade física, alimentação, higiene, saúde, estudo e trabalho. Afirmou-se que a atual situação das prisões compromete a capacidade do sistema de cumprir os fins de garantir a segurança pública e ressocializar os presos.” Em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/1ADPF347InformaosociedadeV2_6out23_17h55.pdf, acesso em 07 set. 2024.

¹⁷ CARVALHO (2020), p. 559

çamente de internação em instituições com características asilares?

Note-se que embora haja a possibilidade de se cumprir medida de segurança de maneira não reclusa, a opção do Poder Judiciário continua sendo pela institucionalização. Obviamente isto pode também vincular-se à exigência, na lei penal brasileira, de que o inimputável só possa cumprir medida ambulatorial se a pena correspondente for de detenção. O critério para definição da forma de execução da medida – detenção em hospital de custódia ou restrição em regime ambulatorial – é fundamentalmente a gravidade do ilícito, visto ser o regime ambulatorial aplicado subsidiariamente ao de internação nos casos em que a conduta praticada pelo agente tenha como previsão a pena de detenção, conforme indica o art. 97 do Código Penal.¹⁸

Seja como for, os números demonstram que no Brasil não foi implementada uma Reforma Psiquiátrica na execução das medidas de segurança. Em 2006, cinco anos após a publicação da Lei Antimanicomial, havia 3.010 pessoas internadas por medida de segurança no Brasil e 585¹⁹ em cumprimento de medida ambulatorial, modelo de execução da medida em que o sujeito estará submetido ao tratamento psiquiátrico sem a necessidade de permanência no hospital. Em 31 de dezembro de 2023, havia um total de 2.314 pessoas em medida de segurança de internação e 168 em ambulatoriais,²⁰ quando o sujeito deve comparecer ao hospital em função do tratamento com alguma frequência, mas sem necessidade de internação.²¹ E esta é uma proporção que se mantém, sendo os números de medidas ambulatoriais baixíssimos em comparação aos de internação.

Um olhar frio sobre os números permitiria afirmar uma tendência positiva em relação ao total de internações, que se mantém praticamente em 20 anos. Sobretudo na relação entre a percentagem de pessoas em medidas de segurança e a população apenada, que atualmente é de 852 mil presos, conforme o anuário de segurança pública de 2024.²²

E ao realizar pesquisa na Itália, entre 2013 e 2014, país cuja Reforma Psiquiátrica é a mais festejada do mundo, infelizmente verifiquei que ainda existiam seis manicômios judiciais em pleno funcionamento. Já houvera naquele momento, no país, duas prorrogações da data de fechamento definitivo dos hospitais psiquiátricos judiciais, até que realmente foram fechados em 2017. Em seu lugar foram criadas espécies de residências para pacientes oriundos de internação por medidas de segurança, os chamados REMs, *Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*.^{23/24}

¹⁸ Art. 97, do Código Penal Brasileiro – Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

¹⁹ BRASIL (2003).

²⁰ BRASIL (2023), p. 27/28.

²¹ Disciplina a exposição de motivos do Código Penal acerca da medida de segurança ambulatorial: “O Projeto consagra significativa inovação ao prever a medida de segurança restritiva, consistente na sujeição do agente a tratamento ambulatorial, cumprindo-lhe comparecer ao hospital nos dias que lhe forem determinados pelo médico, a fim de ser submetido à modalidade terapêutica prescrita” (Exposição de Motivos do Código Penal, §§ 89 e 90).

²² FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (2024).

²³ Residências para execução de medidas de segurança, tradução livre da autora.

²⁴ ITÁLIA (2018).

Assim mantém-se a lógica manicomial inserida nas instituições reguladas pelo Ministério da Justiça, tendo em vista que o hospital psiquiátrico não se resume somente à sua estrutura, mas engloba tudo o que o envolve (periculosidade, medida de segurança etc.). Esta racionalidade não cessa simplesmente pela alteração realizada no Código Penal e pela forma como foram idealizadas essas residenciais, que tenderiam a se concretizar como pequenos manicômios.

Fora do manicômio, acaba, por acaso, o ímpeto classificador e abrangente da psiquiatria? Infelizmente não! Continua a se reproduzir a ideia de reduzir a vida das pessoas a esquemas. A psiquiatria não desiste da ideia de um projeto totalitário e considera-se autorizada a programar os lugares de vida dos usuários (o ‘supported housing’). (...) E, a serviço do bem pensar, também a ideia da reabilitação conta com um pensamento oculto de controle. A ideia de “reabilitação” configura de fato uma tensão em relação a um passado, que já não existe, configura a referência a um conceito abstrato – a cura – que revela insistência de normalização, alude a uma exigência de resgate, que inevitavelmente reproduz um estigma (neste caso buscando redimir a culpa da doença, da própria diversidade).²⁵

Embora na Itália a categoria “periculosidade” não possua credibilidade desde a década de 80, é curioso notar que a lógica manicomial se mantém nestas iniciativas. Desde praticamente o surgimento da Lei Basaglia, em 1978, a “periculosidade” é alvo de inúmeras críticas e, em que pese sua sustentação dogmática como fundamento da imposição da medida de segurança, já não é utilizada como um critério objetivo, passível de ser aferido. Significa dizer que se deslocou, não está mais cristalizado como principal componente deste grande regime de verdade que é a perícia psiquiátrica que resulta na medida de segurança.

Tamanha dificuldade para o fechamento dos manicômios judiciais até mesmo na Itália indica que, ao se tratar do considerado louco criminoso, se fala de uma outra espécie de sofrimento mental. O fato de ter praticado um injusto penal sobressai em relação a qualquer outra questão do sujeito. O cometimento da infração passa a ser a grande questão que efetivamente pesa em relação ao inimputável, não interessando se se trata de alguém com maior ou menor racionalidade.

Conforme Young, a essencialização do criminoso – que é o que parece haver aqui – é o pré-requisito necessário para a sua demonização e posterior exclusão social.²⁶ Há uma conveniente simplificação, a partir da identificação de determinadas características de pessoas e de grupos considerados anormais.²⁷ Trata-se de estigmas contra os setores sociais mais pobres e os sujeitos mais vulneráveis. “O sistema social produz pessoas que parecem ter sido construídas como essência. Não se trata de essência nem ilusão, mas de um mundo de aparências que parece ser construído de essências, cuja própria realidade tem uma qualidade estereotípica impassível.”²⁸

Significa dizer que a partir do momento em que a pessoa em sofrimento mental pratica um ilícito penal, ao passar a ser identificada com o rótulo de desviante, ocorre uma

²⁵ VENTURINI (2010), p. 477.

²⁶ YOUNG (2002), p. 157.

²⁷ FOUCAULT (2002).

²⁸ YOUNG (2002), p. 176.

espécie de despersonalização. É como se o sujeito deixasse de ser quem era até então para passar a ser ‘o criminoso’.

Talvez neste ponto repouse possível resposta para o fato de os autores da Antipsiquiatria, de maneira geral, não terem se ocupado dos sujeitos em sofrimento psíquico que cometem fatos previstos como crimes.

4. Reforma Psiquiátrica Penal

Apesar de tudo, é importante comemorar os avanços brasileiros. Em que pese haver hoje alguns outros projetos exitosos, há dois principais programas criados em nosso país especificamente para pessoas em medidas de segurança: PAI-PJ – Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário, criado em 2000, em Minas Gerais, e PAILI – Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator, em 2006, em Goiás. Ambas são iniciativas que concretizam os preceitos da Reforma Psiquiátrica no âmbito da execução das medidas de segurança.

A ideia principal do PAI-PJ é a de promover o acesso à rede pública de saúde e à rede de assistência social, de acordo com as políticas públicas vigentes na atenção integral ao sujeito em sofrimento mental. Assim, é implementado pelo poder judiciário de Minas Gerais e funciona como um serviço auxiliar do juízo, através da parceria entre poder Executivo e Judiciário, trazendo elementos importantes para a sentença.

A função principal do programa é o acompanhamento integral ao chamado paciente judiciário portador de sofrimento mental em todas as fases do processo penal. A pessoa encaminhada – seja por ofício do juiz criminal, por familiares, estabelecimentos prisionais, instituições de tratamento em saúde mental e outros parceiros do programa – deve estar respondendo a um processo-crime junto à rede pública de saúde mental, e, então, construir-se-á o projeto terapêutico e social para o paciente, de acordo com as indicações do próprio sujeito. O acompanhamento ocorre durante o processo criminal e continua depois da sentença, até a finalização da execução penal.

Neste sentido, os manicômios judiciários foram dispensados e as pessoas passaram a ser encaminhadas à rede pública de saúde mental. Belo Horizonte foi, assim, a primeira cidade brasileira a propor que os considerados loucos infratores fossem tratados de forma a conjugar responsabilidade e inserção social, através de uma parceria com os diversos atores e instituições a dialogar neste campo.²⁹

Já no programa goiano, o órgão executivo responsável pela aplicação das medidas de segurança é ligado à Secretaria de Estado da Saúde. Os inimputáveis são atendidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e, havendo necessidade de internação, são encaminhados às clínicas conveniadas ao SUS. Não será o juiz, todavia, quem ordenará o tratamento do sujeito, mas o médico junto à equipe transdisciplinar. O magistrado apenas acompanha o tratamento prescrito e fiscaliza possíveis excessos ou desvios até o fim do processo de execução penal. Plenamente exitoso, o programa fez com que Goiás superasse o manicômio judiciário.³⁰

²⁹ BARROS-BRISSET (2010), p. 122-125.

³⁰ CAETEANO (2019), p. 182-186.

Ambos os programas se orientam pela Lei da Reforma Psiquiátrica, tendo em vista que inserem o sujeito em medida de segurança na rede pública de saúde. Exatamente por isso tornaram-se referência. E o mais interessante são os resultados: os índices de reiteração em conduta criminosa são baixíssimos, e praticamente nulos no que concerne a crimes graves.

O PAI-PJ tem índices que ficam em torno de 2% em crimes de menor gravidade e contra o patrimônio e não possui registros de reiteração em crimes hediondos.³¹ O PAILI igualmente tem números inexpressivos, ficando em torno de 5%.³² Estes dados revelam que é completamente possível pensar alternativas fora da racionalidade punitiva, privilegiar as maneiras consonantes à Reforma Psiquiátrica de se tratar a pessoa em sofrimento mental que acaba por infringir a lei penal.

5. Conclusões

Foucault, em “Os Anormais” relembra o art. 64 do Código Napoleônico (1810) com a metáfora do funcionamento de uma porta giratória: “quando o patológico entra em cena, a criminalidade, nos termos da lei, deve desaparecer”.³³

Com essa imagem é possível entender a opção que foi feita ou deveria ser entre um modelo de culpabilidade/imputáveis e um modelo de periculosidade/inimputáveis. Havendo a constatação do transtorno mental do sujeito, deixaria este de ser uma incumbência do Direito para ser tarefa da medicina. Simples desde a França napoleônica.

Não é o que temos visto, no entanto. O tema das medidas de segurança é um campo híbrido. Há uma confusão, em realidade. Um modelo que não é nem propriamente médico, nem propriamente jurídico, uma fusão entre Direito e Psiquiatria ortodoxos, em que o psiquiatra forense (um médico) infere a imputabilidade (conceito jurídico) através de um laudo pericial.

Para Foucault,³⁴ este laudo que vem ao processo penal subsidiar o incidente de insanidade mental, como se fora um estatuto de verdade, é a maior expressão desta confusão, pois evidencia o arranjo entre os saberes jurídico e psiquiátrico, cujo pilar é um conceito de duvidosa aferição a que nominamos periculosidade desde a Criminologia Positivista. O parecer cumpre a função de costura entre ambos os saberes, sendo, portanto, instrumento de normalização dos “anormais”.

E o que contribui muito para tal processo é o que Franco Cordero³⁵ nominou *primado das hipóteses sobre os fatos*, ou seja, cria-se a hipótese em relação ao sujeito e para comprová-la são encontrados os fatos necessários. Há, portanto, a hipótese – crime/loucura/periculosidade – que passa a ser preenchida com os fatos pretéritos como se, efetivamente, existisse uma situação de causa-efeito. A violência comprova a sua periculosidade intrínseca e a periculosidade comprova-se com a violência praticada. Eis a pro-

³¹ WEIGERT (2017), p. 165.

³² CAETEANO (2019), p. 195-196

³³ FOUCAULT (2002), p. 39-40.

³⁴ FOUCAULT (2002), p. 51.

³⁵ CORDERO (2000), p. 26.

va com a qual se pune o futuro do sujeito, fazendo-o adentrar o manicômio judiciário e, muitas vezes, só sair de lá sem vida.

Resta evidente, deste modo, “a marca original e característica da medida de segurança de internamento – medida de pura defesa social face à perigosidade evidenciada com a prática de um facto considerado crime pela lei penal”.³⁶

Mas como isso é possível? O que faz essa engrenagem funcionar desta maneira? Poder-se-ia trazer uma série de argumentos, como o fato de que são competências diferentes no Estado, a segurança e a saúde pública. Isto dificultaria a aplicação da Lei da Reforma, uma lei de saúde pública – destinada a todos os cidadãos – a quem praticou um injusto penal, como se fosse natural separar as pessoas em sofrimento mental entre as que praticaram fatos previstos como crimes e as que não o fizeram.

Em realidade, nas medidas de segurança ocorre a união entre Direito e Psiquiatria ortodoxos, gerando um terceiro discurso, algo distinto daquilo que sozinhas produzem ambas as ciências. Já que não há uma epistemologia própria, em face dos entendidos como “anormais”³⁷ – nem propriamente doentes, nem propriamente criminosos – igualmente não há uma limitação adequada nas práticas oriundas desses saberes. O que ocorre é a legitimação de práticas abusivas em relação ao inimputável interno nos manicômios judiciários brasileiros.

Este sujeito terá de realizar, portanto, um duplo esforço para desvencilhar-se das amarras do sistema penal. Precisa prestar contas não a um ou outro saber individualmente, e nem mesmo a ambos somados em suas especificidades, já anteriormente conhecidas, termos técnicos refutáveis e apreensíveis.

Responde o inimputável por sofrimento psíquico ou mental a um saber resultante da fusão ‘jus’ e ‘psi’, em suas facetas mais ortodoxas. E por não estarem mais tais saberes subordinados aos limites – ainda que porosos – que se autoimpõem quando atuam isoladamente, o produto da fusão entre psiquiatria e direito é, definitivamente, um terceiro termo mais violento.

A porta giratória que deveria avaliar se há loucura ou criminalidade e encaminhar para o sistema de saúde mental ou para o sistema penal emperrou há muito. Misturam-se ambas as categorias como se misturam as pessoas nas galerias gradeadas dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico sob o argumento de tratá-las.

Apesar de a Resolução 487 ter disciplinado data certa para o fechamento de todos os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, exatamente como na Itália, esta data já foi adiada. Como se a Reforma Psiquiátrica Brasileira fosse uma novidade, em agosto de 2024, foi realizada uma alteração na Resolução, possibilitando a flexibilização do fechamento dos manicômios judiciários. Pela nova redação, 29 de novembro de 2024 é a data-limite para que tribunais apresentem pedidos de prorrogação de prazos relacionados à implementação da Política Antimanicomial do Poder Judiciário.³⁸

³⁶ ANTUNES (2002), p. 74.

³⁷ FOUCAULT (2002).

³⁸ Art. 18-A, Resolução 487 CNJ: “Os prazos previstos nos arts. 16, 17 e 18 poderão ser prorrogados, a pedido do Tribunal, em articulação com os demais atores institucionais envolvidos na execução da Política, quando comprovada a necessidade, por decisão do Conselheiro Supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF).

Uma vez mais aqui parece haver entre Criminologia Crítica e Antipsiquiatria uma aproximação. Poderia soar plausível afirmar que a Antipsiquiatria implementou o que a Criminologia Crítica sempre almejou, devolver os excluídos ao convívio social, tornar realidade o ideal desinstitucionalizador.

Há que se ter presente, contudo, que os movimentos antimanicomiais infelizmente deixaram de atingir esse fim em relação às pessoas que são apanhadas pelo sistema penal. A Antipsiquiatria e os movimentos de Reforma não parecem ter se ocupado adequadamente dos autores de injustos penais. Neste caso, portanto, a semelhança entre ambas as teorias se dá pela impossibilidade de ultrapassar o estigma que o crime impõe.

Pode-se dizer, em outros termos, que a Antipsiquiatria não conseguiu concretizar uma Reforma Psiquiátrica Penal. Isto porque parece ser o crime o que impede a desinstitucionalização, seja em relação aos inimputáveis ou aos imputáveis.

Referências bibliográficas

- AMARANTE, Paulo, *Saúde Mental e Atenção Psicossocial*. 3. Ed., Fiocruz, Rio de Janeiro, 2011.
- , *O homem e a serpente – outras histórias para a loucura e a psiquiatria* [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1996, p. 65-106.
- ANTUNES, Maria João, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra, Coimbra, 2002.
- BASAGLIA, Franco, *Psiquiatria Alternativa – Contra o Pessimismo da Razão, o Otimismo da Prática*, Brasil Debates, São Paulo, 1979.
- BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de, “Um dispositivo conector – Relato da experiência do PAI-PJ/TJMG, Uma Política de Atenção Integral ao Louco Infrator, em Belo Horizonte”. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*. Vol. 20. Number 1, 2010, p. 116 s.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução 487 de 15 de fevereiro de 2023. Institui a Política Antimanicomial do Poder Judiciário e estabelece procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei n. 10.216/2001, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança, acesso em 01 set 2024.
- BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), Brasília, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2003. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-sinteticos/populacao-carceraria-dez-2003.pdf?modelo_gest%C3%A3o_politica_prisional_eletronico.pdf, acesso em 06 set 24.
- BRASIL. Relatório de Informações Penais (RELIPEN), Brasília, Secretaria Nacional de Políticas Penais, Departamento Penitenciário Nacional, 2023, p. 27/28. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-divulga-relipen-do-segundo-semester-de-2023/relipen-relatorio-preliminar-de-informacoes-penais-2o-semester-2023.pdf>, acesso em 03 set 2024.

§1º – O pedido, balizado pelo Anexo desta Resolução, será apresentado nos autos do Acompanhamento de Cumprimento de Decisão nº 0001621-56.2023.2.00.0000 e conterá:

- I – a devida fundamentação, de modo a demonstrar a indispensabilidade da prorrogação do prazo;
- II – a descrição das ações já implementadas;

III – proposta de plano de ação que contemple descrição das ações pendentes e cronograma relativo à implementação no lapso temporal pleiteado, com as etapas previstas e os respectivos responsáveis.

§2º Serão admitidos pedidos apresentados até o dia 29 de novembro de 2024, permitida a prorrogação deste prazo por decisão do Conselheiro Supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF).”

JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS

- CAETANO, Haroldo, *Loucos Por Liberdade – Direito Penal e Loucura*, Escolar, Goiânia, 2019.
- CARVALHO, Salo, *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*, 3. ed., Saraiva São Paulo, 2020.
- CORDERO, Franco, *Procedimiento Penal*, Temis, Santa Fé de Bogotá, 2000.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024.
- FOUCAULT, Michel, *Os Anormais – curso no Collège de France (1974 – 1975)*, Martins Fontes, São Paulo, 2002.
- FREUD, Sigmund, “A Dissolução do Complexo de Édipo (1924/2011)”, *Obras Completas*, vol. 19, Rio de Janeiro, Cia das Letras, 2011.
- GOFFMAN, Erving, *Manicômios, Prisões e Conventos*, 7. Ed., Perspectiva, São Paulo, 2003.
- ITÁLIA, Ministero della Giustizia. Em: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_14_3_1.page?contentId=GLO127349#, acesso em 03 set 2024.
- Sentença Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Damião Ximenes Lopes. In https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf, acesso em 04 set 2024.
- WEIGERT, Mariana de Assis Brasil, *Medidas de Segurança e Reforma Psiquiátrica: Silêncios e Invisibilidades nos Manicômios Judiciários Brasileiros*, Florianópolis, Empório do Direito, 2017.
- YOUNG, Jock, *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*, Revan/Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro, 2002.

A NOVA LEI DA SAÚDE MENTAL E O INTERNAMENTO DE INIMPUTÁVEIS

MARIA JOÃO ANTUNES

Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito

Sumário: As inovações da nova Lei da Saúde Mental relativamente à medida de segurança de internamento aplicada a inimputáveis.

Abstract: The innovations of the new Mental Health Act concerning the security measure applied to non-responsible offenders.

Índice: 1. Introdução; 2. Titularidade de direitos; 3. Duração limitada e definida da medida de segurança de internamento.

Index: 1. Introduction; 2. Entitlement to rights; 3. Limited and defined duration of the security measure.

Palavras-chave: privação da liberdade; inimputável; direitos; tratamento involuntário; duração da medida de segurança.

Keywords: deprivation of liberty; non-responsible offenders; rights; involuntary treatment; duration of the security measure.

1. Introdução

Somos frequentemente surpreendidos com erros de direito indesculpáveis em jurisprudência atinente ao internamento de agentes declarados inimputáveis em razão de anomalia psíquica. As decisões judiciais vão das mais antigas às mais recentes e da primeira instância aos tribunais superiores. O lamentável é que esses erros têm, quase sempre, a consequência de privar da liberdade, de forma ilegítima, pessoas especialmente vulneráveis, em razão do tipo de cuidados de saúde de que necessitam, da condenação penal de que são objeto e da sua inserção (desinserção) familiar, social, profissional.

São erros de direito que devem ser assinalados: determinar a medida concreta da duração da medida de segurança de internamento de inimputável, chegando a dizer-se, pasme-se, que a duração é de X, porque esta seria a duração da pena de prisão se o agente fosse imputável; determinar o limite mínimo de duração da medida de segurança fora dos casos previstos no n.º 2 do artigo 91.º do Código Penal; determinar o limite máximo de 25 anos de duração da medida de segurança de internamento de inimputável depois de se entender que a qualificação do homicídio, nos termos do artigo 132.º do Código Penal, resulta de alterações ao nível do tipo de culpa; determinar o limite máximo de duração do internamento desconsiderando circunstâncias modificativas atenuantes como, por exemplo, a tentativa ou a cumplicidade; decidir, em sede de revisão da situação do internado inimputável, que o internado continua inimputável, pasme-se, como se a inimputabilidade fosse um estado, totalmente ao arrepio do estabelecido no artigo 20.º do Código Penal; decidir, relativamente a agente imputável internado em estabelecimento de inimputáveis, que o internado a quem sobreveio uma anomalia psíquica passou a ser inimputável, pasme-se, totalmente ao arrepio do estabelecido no artigo 20.º do Código Penal; solicitar a realização de perícia psiquiátrica para que os peritos médicos esclareçam se o arguido à data da prática dos factos era imputável, imputável diminuído ou inimputável e se atualmente o arguido é imputável, imputável diminuído ou inimputável, totalmente ao arrepio do estabelecido no artigo 20.º do Código Penal; decidir, relativamente a agente imputável internado em estabelecimento de inimputáveis, que a pena do internado a quem sobreveio uma anomalia psíquica se transforma em medida de segurança; condenar em medida de segurança de internamento, pelo período mínimo de 3 anos, sem qualquer perícia psiquiátrica a sustentar a declaração de inimputabilidade por anomalia psíquica e o juízo de perigosidade criminal decorrente dessa anomalia psíquica, em violação dos artigos 125.º e 151.º do Código de Processo Penal¹.

Os exemplos acabados de assinalar mostram que a lei, por si só, não é suficiente para garantir a proteção efetiva de direitos constitucionalmente consagrados. Apesar disso e sempre na expectativa de que algo mude relativamente à aplicação do direito, a nova Lei da Saúde Mental – a Lei n.º 35/2023, de 21 de julho, entrada em vigor no dia 20 de agosto de 2023 – inova em duas matérias fundamentais. Aguardamos que a sua aplicação efetiva se cumpra.

2. Titularidade de direitos

A nova Lei da Saúde Mental inova ao consagrar expressamente nos artigos 7.º, n.º 2, e 8.º, n.º 2, que as pessoas a quem seja aplicada medida de segurança mantêm a titularidade dos direitos previstos nos artigos 7.º, n.º 1 (os direitos em geral) e 8.º, n.º 1 (os direitos em especial). O artigo 128.º do Código da Execução das Penas e das Medidas Privativas da Liberdade passou a dispor, por isso, que ao inimputável é aplicável a Lei da Saúde Mental relativamente aos direitos das pessoas com necessidade de cuidados de saúde mental.

¹ Alguns destes erros têm vindo a ser por nós assinalados: ANTUNES (2002), p. 340 ss., (2018), p. 278 ss., e (2020), p. 232 ss. Cf., ainda, BRANDÃO (2000), p. 613 ss.

Os direitos previstos na lei são direitos de todas as pessoas com necessidade de cuidados de saúde mental, pelo que a sua universalidade abrange também quem está em cumprimento de medida de segurança de internamento. O alcance da extensão é, nomeadamente, o de que também os condenados em medida de segurança têm o direito de ver promovida a sua capacitação e autonomia, nos vários quadrantes da sua vida, no respeito pelas suas vontades, preferências, independência e privacidade (alínea *f*) do n.º 1 do artigo 7.º); de usufruir de condições de habitabilidade, higiene, alimentação, permanência a céu aberto, segurança, respeito e privacidade em estabelecimentos de internamento (alínea *g*) do n.º 1 do artigo 7.º); de não ser submetidos a medidas coercivas, incluindo isolamento e meios de contenção físicos ou químicos, exceto nos termos previstos no artigo 11.º da Lei da Saúde Mental, que regula a utilização de medidas coercivas (alínea *a*) do n.º 1 do artigo 8.º); de ver respeitadas a sua vontade e preferências, expressas no momento ou antecipadamente, sob a forma de diretivas antecipadas de vontade ou através de procurador de cuidados de saúde ou de mandatário, salvo nos casos em que a Lei da Saúde Mental prevê o tratamento involuntário, em ambulatório ou em internamento (alínea *d*) do n.º 1 do artigo 7.º); de decidir, livre e esclarecidamente, a todo o momento, na medida da sua capacidade, sobre os cuidados de saúde que lhe são propostos, salvo nos casos em que a Lei da Saúde Mental prevê o tratamento involuntário, em ambulatório ou em internamento (alínea *e*) do n.º 1 do artigo 7.º).

No Relatório do Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes de 2023 isto mesmo foi salientado em matéria de consentimento livre e informado², com a consequência de o regime substantivo e adjetivo do tratamento involuntário dever valer exatamente nos mesmos termos para os que estão em cumprimento de medida de segurança privativa da liberdade. A circunstância de estarem nesta situação, por si só, não legitima o tratamento involuntário, ainda que a privação da liberdade tenha lugar para cumprimento de medida de segurança aplicada a inimputável por anomalia psíquica considerado criminalmente perigoso que recuse o tratamento que lhe está medicamente indicado. É precisamente este o sentido de uma decisão do Tribunal Constitucional alemão de 8 de junho de 2021, que concedeu provimento parcial a duas queixas constitucionais contra tratamento médico coercivo administrado a internado em cumprimento de medida de segurança, que contrariava diretiva antecipada de vontade que excluía a administração de antipsicóticos contra a vontade do internado³.

Em suma, segundo a nova Lei todas as pessoas – todas, repita-se – são titulares do direito de decidir, livre e esclarecidamente, a todo o momento, na medida da sua capacidade, sobre os cuidados de saúde que lhe são propostos e do direito de ver respeitadas a sua vontade e preferências, expressas no momento ou antecipadamente⁴. Só assim não será se for caso de tratamento involuntário decretado pelo tribunal de execução das penas, que tem essa competência deferida no artigo 34.º, n.º 1, alínea *b*), da Lei n.º

² Cf. pontos 208 e 209 do Relatório.

³ Cf. BVerfG, 2 BvR 1866/17, 1-95.

⁴ Sobre as diretivas antecipadas de vontade e o procurador de cuidados de saúde, cf. artigo 10.º da Lei n.º 35/2023 e Lei n.º 25/2012, de 16 de julho.

35/2023, nos artigos 138.º, n.º 4, alínea *bb*), do Código da Execução das Penas e 114.º, n.º 3, alínea *y*), da Lei da Organização do Sistema Judiciário; ou se for caso, em situação de urgência, de internamento involuntário confirmado pelo juízo local criminal com competência na área do serviço de urgência hospitalar com valência de psiquiatria ou o juízo de competência genérica, se a área referida não for abrangida por juízo local criminal, que tem essa competência deferida no artigo 34.º, n.º 2, da Lei da Saúde Mental⁵.

3. Duração limitada e definida da medida de segurança de internamento

Uma outra inovação significativa tem que ver com a consagração na alínea *j*) do n.º 1 do artigo 7.º da nova Lei da Saúde Mental do direito que é reconhecido à pessoa com necessidade de cuidados de saúde mental de não ser sujeita a medidas privativas ou restritivas da liberdade de duração ilimitada ou indefinida. A consequência desta consagração foi a revogação do n.º 3 do artigo 92.º do Código Penal, indo ao encontro das observações críticas feitas no Relatório do Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes de 2023, o qual chama a atenção, entre o mais, para os efeitos, potencialmente muito nefastos, que uma privação da liberdade prolongada sem perspetiva de libertação pode ter para uma pessoa⁶. O internamento de inimputável não pode agora, em caso algum, exceder o limite máximo da pena correspondente ao tipo de crime por si cometido, tal como prescrito no n.º 2 do artigo 92.º

A entrada em vigor da norma revogatória, em 20 de agosto de 2023, fez cessar a privação da liberdade de 46 cidadãos, que subsistia ao abrigo da norma revogada. Em alguns casos, a norma estava mesmo a ser aplicada a pessoas com necessidade de cuidados de saúde mental às quais não era sequer aplicável. Referimo-nos aos condenados em pena de prisão internados em estabelecimentos de inimputáveis, cuja pena já estava cumprida⁷.

Meses volvidos sobre a entrada em vigor da nova Lei, importa retirar duas ilações: a primeira é a de que o decurso do tempo não deu razão aos tremendistas para quem uma tal libertação deixaria a comunidade à mercê dos impulsos violentos de inimputáveis, sem possibilidade de os controlar, o que seria um risco demasiado elevado⁸; a segunda é a de que a generalidade das soluções encontradas para quem foi posto em liberdade são reveladoras de que a privação da liberdade não estava fundada propriamente na perigosidade criminal dos internados, alguns dos quais não seriam sequer avaliados do ponto de vista psiquiátrico há já alguns anos. A prorrogação da privação da liberdade decorria,

⁵ Sobre os pressupostos e os princípios gerais de aplicação do tratamento involuntário, ainda à luz da Proposta de lei que esteve na origem da nova Lei da Saúde Mental, ANTUNES (2023), p. 350 ss. Já por referência à Lei n.º 35/2023, ALBERGARIA (2023), p. 250 ss.

⁶ Cf. ponto 204. do Relatório.

⁷ Sobre esta realidade, ANTUNES (2018), p. 278 ss.

⁸ Sobre estes, cf. a notícia “Alterações do Governo à Lei de Saúde Mental deixam «sociedade desprotegida»”, do Jornal de Notícias de 12 de outubro de 2022, que nos dá conta da posição do então Presidente do Supremo Tribunal de Justiça sobre a inovação legislativa. E, ainda, por exemplo, a declaração de voto oral da Deputada do PSD, Helga Correia, sobre a votação da Proposta de Lei n.º 24/VX/1.^a (Aprova a lei de Saúde Mental e altera legislação conexa), <https://av.parlamento.pt/videos/Plenary/15/1/134/64>.

isso sim, da condição sócio-económico-familiar de internados a quem o Estado de direito social teimava em não dar resposta. Esta situação está denunciada e censurada no Relatório do Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes de 2023⁹.

A resposta dada aos 46 internados cuja privação da liberdade cessou passou pela reinserção em meio familiar (com o acompanhamento dos serviços locais de saúde mental), pela instalação em estruturas residenciais, pela colocação em instituições de saúde ou em unidades da rede de cuidados continuados integrados de saúde mental e, para quem não dispunha de residência nem de apoio familiar, por uma resposta habitacional através da Segurança Social familiar (com o acompanhamento dos serviços locais de saúde mental). Os procedimentos então adotados de sinalização, avaliação e de identificação das respostas sociais e de saúde em caso de cessação da medida de segurança de internamento (ou de colocação em liberdade para prova) foram, entretanto, formalizados através do Despacho n.º 3625/2024, de 4 de abril.

A revogação da prorrogação do internamento tem na sua base várias razões¹⁰.

Ao fim de determinado tempo já não é mais possível associar a privação da liberdade à decisão judicial que condenou o agente em medida de segurança e respeitar assim os artigos 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e 27.º da Constituição da República Portuguesa. Trinta, quarenta ou cinquenta e oito anos depois não podemos continuar a dizer que a privação da liberdade em curso ainda é em consequência da aplicação judicial de medida de segurança. Do ponto de vista jurídico-constitucional, a norma revogatória suporta-se também no princípio da não discriminação em função da deficiência, uma “categoria suspeita” entre as previstas no artigo 13.º, n.º 2, da Constituição. Princípio que está consagrado na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência nos artigos 3.º e 5.º

O juízo positivo de continuação da perigosidade criminal, do qual depende a subsistência da medida de segurança, não pode assentar na condição socio-económico-familiar da pessoa com necessidade de cuidados de saúde mental. O Estado de direito social não é compatível com a psiquiatrização / judicialização de situações em razão dessa condição. Como bem se lê no artigo 12.º § 3.º da Resolução n.º 487 de 15 de fevereiro do Conselho Nacional de Justiça do Brasil, “a ausência de suporte familiar não deve ser entendida como condição para a imposição, manutenção ou cessação do tratamento ambulatorial ou, ainda, para a desinternação condicional”.

Por outro lado, ainda que haja a recusa de tratamento médico considerado necessário, este pode sempre ter lugar ao abrigo do regime do tratamento involuntário. Com a diferença de cessar, entretanto, a privação da liberdade de natureza penal, que não é comparável ao regime de tratamento involuntário. Acresce que a libertação do condenado ocorre num modelo de serviços de saúde mental em que os cuidados são assegurados por equipas comunitárias multidisciplinares (artigo 4.º, n.º 1, alínea *c*), e Decreto-Lei n.º 113/2021, de 14 de dezembro), nos termos do Despacho n.º 3625/2024.

⁹ Cf. ponto 207. do Relatório.

¹⁰ Na doutrina, a prorrogação era criticada, nomeadamente, por ANTUNES (2022), p. 142 s. e 150 s., e CUNHA (2022), p. 1639 e ss.

Para garantia da proteção da liberdade, foram também alterados os artigos 93.º, n.º 2, e 96.º, n.º 1, do Código Penal: a revisão da situação do internado tem lugar, obrigatoriamente, decorrido 1 ano sobre o início do internamento ou sobre a decisão que o tiver mantido; não pode iniciar-se a execução da medida de internamento, decorrido um 1 ano ou mais sobre a decisão que a tiver decretado, sem que seja apreciada a subsistência do pressuposto que fundamenta a sua aplicação. A alteração de 2 anos para 1 faz todo o sentido, na medida em que a privação da liberdade se legitima na subsistência e existência da perigosidade criminal do agente e corresponde mesmo a uma recomendação do Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, feita no Relatório de 2023¹¹.

A continuação da medida de segurança legitima-se na perigosidade criminal do agente. Ponto é que a perigosidade criminal subsista efetivamente quando é revista a situação do internado e que, eliminada que foi a prorrogação do internamento, não nos remetamos agora para o conforto do limite máximo da pena correspondente ao tipo de crime cometido pelo inimputável.

Situações em que, após um longo período de tempo, se conclua pela subsistência da perigosidade baseada em grave anomalia psíquica, com impossibilidade de terapêutica em meio aberto serão muitas vezes, isso sim, sinal de que a medida de segurança privativa da liberdade não está a ser executada de forma a cumprir a finalidade de reintegração do agente da sociedade que a justifica. Serão muitas vezes sinal de que a intervenção em curso não é a que é hoje possível do ponto de vista psicofarmacológico, psicoterapêutico e psicossocial. Serão outras sinal de que a continuação da privação da liberdade está diretamente ligada à condição socio-económico-familiar do inimputável condenado em medida de segurança de internamento.

Termino com a história do Vicente, contada no jornal “Público”¹². Vicente aquele que muitos diziam que via o local onde estava privado da liberdade como a sua casa e que não se adaptaria por isso à mudança que o dia 20 de agosto de 2023 lhe trouxe.

Vicente aquele que não queria sair do local onde estava privado da liberdade há 40 anos, sabe agora – agora que tem liberdade e usa calças de ganga do tamanho certo, que segura com um cinto e não com um atilho – que pode fumar o seu cigarro, beber um café de vez em quando, ir para a cama, meter música, ver televisão, dormir quando lhe dá o sono...

Referências

- ALBERGARIA, Pedro, “Primeiras notas sobre o tratamento involuntário na Nova Lei da Saúde Mental”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 33, N.º 2, 2023.
- ANTUNES, Maria João, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- ANTUNES, Maria João, “Liberdade, autonomia e tratamento involuntário em internamento da pessoa com necessidade de cuidados de saúde mental”, in *Estudos em Homenagem ao Doutor Vieira de Andrade*, Volume I, Coimbra, 2023.

¹¹ Cf. ponto 205. do Relatório.

¹² Reportagem de Ana Cristina Pereira (texto) e Paulo Pimenta (fotografia) em 1 de outubro de 2023.

A NOVA LEI DA SAÚDE MENTAL E O INTERNAMENTO DE INIMPUTÁVEIS

MARIA JOÃO ANTUNES

- ANTUNES, Maria João, “Prisão ilegal em estabelecimento de inimputáveis. Providência de *habeas corpus*”, Anotação, Acórdão de 24 de maio de 2017, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 1467.º, N.º 4009, 2018.
- ANTUNES, Maria João, “Internamento de imputáveis em estabelecimentos de inimputáveis”, in *Anomalia Psíquica e Direito. Colóquio comemorativo dos 20 anos da entrada em vigor da lei de saúde mental*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2020.
- ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas de Segurança*, Almedina, 2022.
- BRANDÃO, NUNO, “Limites de duração da medida de segurança de internamento. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Abril de 2000”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2000.
- CUNHA, Conceição, “A medida de segurança de internamento de inimputáveis por anomalia psíquica: reflexão acerca dos seus limites temporais”, *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, volume III, Universidade Católica Editora, 2022.
- Relatório do Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes de 2023 (Report to the Portuguese Government on the periodic visit to Portugal carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, www.coe.int/pt/web/cpt/-/council-of-europe-anti-torture-committee-cpt-publishes-report-on-portugal).

O FUTURO DA PRISÃO

CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ

Universidade do Estado do Rio de Janeiro · Universidade Federal do Rio de Janeiro

Resumo: O texto discute o futuro da prisão, como resposta penal preponderante nos ordenamentos jurídico-penais contemporâneos. Inicialmente, apresenta o estado atual da execução penal no Brasil. A seguir, trata do aumento da população carcerária, de suas causas e da importância de medidas estatais para fazer frente a esse problema. Diante disso, faz do sistema penitenciário brasileiro um exemplo desse fenômeno, para, ao final, apresentar a perspectiva do futuro da prisão e da pena.

Abstract: This text discusses the future of imprisonment as the predominant penal response in contemporary criminal justice systems. Initially, it presents the current state of penal enforcement in Brazil. Next, it discusses the growth of the prison population, its causes, and the importance of State measures to address this problem. In this context, the Brazilian penitentiary system serves as an example of this phenomenon, leading to a final discussion on the future of imprisonment and punishment.

Índice: 1. Introdução; 2. Execução penal no Brasil; 3. Aumento da população carcerária; 4. Sistema penitenciário brasileiro; 5. Medidas necessárias para lidar com a situação carcerária; 6. O futuro da prisão; 7. Conclusão.

Index: 1. Introduction; 2. Execution of imprisonment sentences in Brazil; 3. Increase in the prison population; 4. Brazilian prison system; 5. Measures to deal with the prison situation; 6. The future of prison; 7. Conclusion.

Palavras-chave: pena de prisão; execução da pena; população carcerária.

Keywords: imprisonment; execution of imprisonment; prison population.

1. Introdução

Um dos temas recorrentes no sistema penal brasileiro é o das más condições carcerárias em estabelecimentos penitenciários superlotados e que apresentam constantes e graves violações aos direitos humanos.

Ao lado disso, o Brasil tem apresentado um aumento importante do número de pessoas submetidas ao sistema penal, seja pela privação da liberdade – durante o curso do processo penal ou em consequência de condenação criminal –, seja pela imposição de penas ou medidas alternativas.

Seja como for, no Brasil contemporâneo, a punição é identificada com a imposição de pena privativa da liberdade em regime fechado e, em que pese haver hoje mais pessoas submetidas a penas e medidas que não essa, isto não mudou a perspectiva social em relação à punição.

Neste contexto, o sistema penitenciário brasileiro tem sido objeto de constantes e severas críticas, inclusive internacionais.

Ademais, muito se tem relacionado o aumento expressivo do contingente carcerário no Brasil, nos últimos vinte anos, com a adoção de políticas neoliberais, que teriam gerado exclusão social e, por consequência, criminalização da pobreza.

Diante deste quadro, convém questionar se o que acontece no Brasil é inevitável e, ainda que seja, se há alternativas às dramáticas condições do sistema penal brasileiro, para adequá-lo ao século XXI.

Para enfrentar tais questões, inicialmente, far-se-á uma apresentação da execução penal no Brasil. Após, serão apresentados aspectos relativos à execução penal no século XXI e os três aspectos que aqui se sugere que sejam analisados para auxiliar em uma possível modificação do atual estado das coisas: internacionalização, profissionalização e uso de tecnologia.

2. Execução penal no Brasil

No que se refere à base legal, a execução penal no Brasil se organiza a partir da Constituição da República Federativa do Brasil (CF), em conjunto com outros dispositivos, tais como o Código Penal (CP) e a Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210/84 – LEP). A LEP, aliás, foi a resposta a um anseio antigo, mas tem se mostrado incapaz de, por si só, resolver a questão penitenciária no Brasil.¹

¹ O sistema penitenciário é superlotado e viola direitos humanos desde o seu início. A título ilustrativo, apesar da primeira Constituição brasileira (1824) prometer cadeias não só seguras, mas, também, limpas e bem arejadas, e prescrever a separação dos réus conforme as suas circunstâncias e a natureza dos seus crimes. Diante da disparidade entre o que dispunham a Constituição, o Código Criminal do Império e a realidade carcerária, iniciou-se um movimento no sentido de reformar o aparato prisional herdado da era colonial, sendo tal bandeira empunhada pela Sociedade Defensora da Liberdade e Independência Nacional já em 1831 e, posteriormente, encampada pelos Poderes Públicos. Como, apesar disso, a situação pouco se alterou, ao longo do século XX, os projetos para o estabelecimento de uma lei penitenciária que disciplinasse a matéria e evitasse as violações aos direitos do presos se sucederam (Projeto de Lei de Execução Penal (1933), Projeto

De todo modo, há uma legislação que prevê direitos àqueles submetidos ao sistema penal brasileiro, como nunca antes. Frise-se, a título ilustrativo, que é adotada, de maneira expressa, a jurisdicionalização do processo de execução penal, conforme estabelecido, por exemplo, pelos artigos 1º, 2º, 66º e 194º da LEP.²

Uma outra ressalva preliminar que deve ser feita diz respeito ao fato de que o Brasil, com seus elevados índices de criminalidade e importante aumento dessas taxas nas últimas décadas,³ tem assistido ao incremento bastante mais expressivo da taxa de encarceramentos, além de reformas legais no sentido de tornar mais severa a legislação penal e de execução de penas.

Assim, e correndo os riscos das simplificações, pode-se dizer que o sistema penitenciário brasileiro teria cinco características fundamentais: superlotação carcerária, cultura do autoritarismo, violência sistêmica, falta de condições de higiene e oferta insuficiente de trabalho e de estudo.

A superlotação carcerária decorre do fato de que havia 642.491 pessoas privadas de liberdade e 487.208 vagas no sistema penitenciário brasileiro em dezembro de 2023.⁴

Diante do excesso de presos, existe também uma cultura autoritária que tenta se justificar na necessidade de manutenção de disciplina.

Com isso, desenvolveu-se uma violência sistêmica, isto é, relações violentas entre funcionários da administração penitenciária e presos, originando-se nos agentes estatais bem como nos internos. Da mesma forma, a própria relação entre os indivíduos privados de sua liberdade não raro é marcada pela prática de atos violentos.

Neste ambiente de violações de direitos, as condições de higiene são muito ruins, tanto como há insuficiente oferta de trabalho e de estudo.⁵

Dentro deste quadro, permanecem os mesmos desafios históricos da execução penal e do sistema penitenciário brasileiro: reduzir a superlotação carcerária, melhorar as condições penitenciárias e tornar efetivo um sistema de direitos dos presos, pois deve-se destacar que um sistema penitenciário superlotado não respeita os direitos das pessoas privadas de liberdade e tampouco garante segurança à sociedade, porque não são raros os casos de crimes praticados ou determinados a partir do interior dos estabelecimentos penais.

de Lei de Execução Penal (1956), Projeto de Código Penitenciário (1963) e Projeto de Lei de Execução Penal (1970), até à Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984). Sobre isto, *vide* JAPIASSÚ / SOUZA (2023), p. 74 s.

² Sobre o tema, *vide* CINTRA Jr. (1995), p. 115-132.

³ Segundo o Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime, o Brasil tinha, em 2022, uma taxa de 20,61 homicídios por 100.000 habitantes, a segunda mais elevada da América do Sul. Somente a título de comparação, Portugal tinha 0,8 homicídios em 2021 (dados obtidos em <https://dataunodc.un.org/dp-intentional-homicide-victims>, com acesso em 19 de setembro de 2024). Houve um aumento de 11,69 homicídios por 100.000 habitantes em 1980 para 21,67 em 2022, tendo atingido um pico de 31,57 em 2017 (dados obtidos em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/7868-atlas-violencia-2024-v11.pdf>, com acesso em 19 de setembro de 2024).

⁴ Dados disponíveis em <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>. Acesso em 19 de setembro de 2024.

⁵ Segundo o Ministério da Justiça, em dezembro de 2023, havia 642.491 presos no Brasil. Desses, 157.241 trabalham e 137.316 em ensino formal. Assim, 388.741 presos nem trabalhavam nem estudavam. <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>. Acesso em 19 de setembro de 2024.

3. Aumento da população carcerária

Dois temas fundamentais para os sistemas prisionais são o crescimento da população privada de liberdade e a superpopulação carcerária, que acabam por levar a violações dos direitos humanos e dificultam a segurança dos estabelecimentos penitenciários e das sociedades como um todo.

Quanto ao crescimento das populações carcerárias, atualmente, a comparação entre sistemas prisionais e índices de encarceramento de diversos países induz à identificação de diferentes realidades e tendências, não obstante a uniformização de princípios legais e decisões de polícia criminal nacionais ou internacionais.

Há países próximos geograficamente, com realidades socioeconômicas que guardam semelhanças entre si, mas com tendências distintas (crescimento, estabilidade ou diminuição de população carcerária), não havendo, portanto, um modelo característico.

Em todo mundo, o número de pessoas privadas de liberdade vem aumentando, embora em ritmo menos acelerado (24%), desde 2000, em comparação com a estimativa de aumento da população em geral (28%).

Em diversos países, a redução mais acentuada ocorreu na segunda metade de 2020 e os índices se estabilizaram aos anteriores.

Podem, no entanto, ser identificadas diferenças entre continentes ou entre países do mesmo continente, no que se refere às variações no efetivo carcerário.

A população prisional europeia reduziu-se em 27%, enquanto, na Oceania, houve um aumento de 82% e, nas Américas, de 43%, destacando-se um aumento de 200% na América do Sul.⁶

A tendência brasileira de aumento acelerado da população carcerária tem sido identificada com frequência com a adoção de políticas neoliberais desde a década de 90 do século passado.⁷

Aliás, segundo este entendimento, esta seria uma tendência mundial. A implantação de políticas neoliberais e excludentes teriam gerado aumento do encarceramento em escala planetária.

Diversamente, a comparação entre sistemas prisionais e índices de encarceramento de diversos países induz à identificação de diferentes realidades e tendências, não obstante a uniformização de princípios legais e decisões de política criminal nacionais ou internacionais.

Um exemplo é a comparação entre países da América do Sul e da Europa, que guardam semelhanças entre si, mas apresentam tendências de encarceramento distintas ao longo do século XXI.

⁶ Aliás, ressalte-se que a expansão dos sistemas penitenciários é característica marcante na América Latina, pois, exceção feita à Venezuela, entre 1992 e 2008, muitos duplicaram ou quase duplicaram suas populações carcerárias (Argentina, Colômbia, Costa Rica, Chile, El Salvador, México, Panamá, Peru e Uruguai) ou estiveram próximos de fazê-lo (Equador e Nicaraguá). Mesmo neste quadro, o Brasil mais que triplicou sua população carcerária em idêntico período (CARRANZA (2010), p. 56.).

⁷ Sobre este ponto de vista, *vide* ABRAMOVAY / BATISTA (2010), *passim*.

Na tabela⁸ abaixo, pode-se verificar os números de pessoas privadas de liberdade por 100.00 habitantes em 2002 e em 2020, bem como a taxa de ocupação dos estabelecimentos prisionais e o ano em que o ápice foi atingido:

País	2002	2020	Ocupação	Máximo
Argentina	151	233	118,5%	2020
Brasil	132	381	173,9%	2020
Chile	222	215	91,3%	2010 (320)
Paraguai	83	195	171,6%	2018 (212)
Uruguai	135	372	130,1%	2020
Portugal	133	111	96,5%	2014 (135)
Espanha	122	117	74,1%	2010 (165)
França	82	119	122,9%	2020

Partindo desse pressuposto, o tema vem sendo investigado em diversos estudos e pesquisas, com metodologias e perspectivas diversas, tanto em relação a determinados países isoladamente, como na perspectiva comparada, buscando-se apontar os fatores que contribuem para o crescimento dos índices de encarceramento.

As investigações vêm demonstrando que o crescimento das taxas de encarceramento resulta da interação complexa entre múltiplos fatores, que variam conforme as características locais de cada configuração social, sendo inviável a indicação de uma única causa ou origem para o fenômeno.⁹

Nesse contexto, foram identificados inúmeros fatores determinantes, os quais podem ser divididos, para melhor compreensão do tema, entre fatores externos e internos ao sistema penal, além de fatores intermediários.¹⁰

Dentre os fatores externos, destacam-se os índices registrados de criminalidade, as variações demográficas e as condições socioeconômicas.

Os fatores internos ao sistema penal, por sua vez, consistem em todas as decisões produzidas nos seus diversos níveis, desde a instauração de procedimento de investigação em sede policial, passando pela propositura da ação penal pelo Ministério Público, até a prolação de sentença condenatória pela autoridade judicial.

Já os fatores intermediários seriam aqueles que interagem entre os fatores internos e externos, podendo-se mencionar, como exemplo, a influência da mídia sobre a opinião pública a respeito das decisões político-criminais, exercida por meio da divulgação jornalística e frequentemente distorcida dos índices registrados de criminalidade.

⁸ Dados extraídos de <http://www.prisonstudies.org>. Acesso em 27 de setembro de 2024.

⁹ Nesse sentido, PAVARINI (2006), p. 158.

¹⁰ Sobre as causas da superpopulação carcerária, *vide* JAPIASSÚ / FERREIRA (2024), p. 19-69.

É frequente a associação entre os índices de encarceramento e os índices de criminalidade registrada.¹¹ Entretanto, os estudos que buscaram identificar a relação entre esses fenômenos apresentaram resultados contraditórios entre si.

Predomina na literatura a ideia de inexistência de uma correlação simples, automática e direta entre os índices criminais e as taxas de encarceramento, tendo-se consolidado consenso no sentido de que o atual estado do debate não autoriza uma afirmação conclusiva da relação causal entre essas variáveis.¹²

Também se buscou identificar a relação entre crescimento dos índices de encarceramento e o modo de produção capitalista (*Rusche e Kirchheimer*),¹³ a disponibilidade ou a forma de exploração da força de trabalho (*Melossi e Pavarini*),¹⁴ o Estado do bem-estar social (*Garland*),¹⁵ a adoção de um modelo de sociedade excludente (*Becket e Western*),¹⁶ as medidas econômicas neoliberais (*Wacquant*),¹⁷ e as estruturas institucionais dos sistemas políticos (*Lacey*).¹⁸

Embora se reconheça certa influência dos fatores socioeconômicos sobre os índices de encarceramento, as investigações desenvolvidas não foram bem-sucedidas em demonstrar um vínculo direto ou uma relação de causa e efeito entre os fatores macrosociológicos e os níveis de crescimento da população carcerária, independentemente da influência dos fatores internos ao sistema penal.

¹¹ A criminalidade não seria, como bem observou Castro, “[...] uma realidade que existe na natureza, mas uma construção social que depende dos ‘juízos adscritivos’ que produzem a qualidade de criminoso na pessoa a quem se aplicam; uma construção social que está em constante criação e que provém, não das regras do Direito Penal, mas das regras que condicionam a atividade de definição das instâncias de controle” (CASTRO (1983), p. 110). Assim, Nilo Batista propôs a substituição do objeto de reflexão, apontando que “a criminalidade – entendida como o somatório das condutas infracionais que se manifestam na realidade social – é sempre incognoscível, do qual não temos como nos aproximar segundo critérios metodologicamente confiáveis.” Nessa perspectiva, poderíamos optar, como sugeriu o autor, pela adoção do termo criminalidade registrada, para designar os indicadores das estatísticas policiais e judiciárias, ou, de forma mais acertada, criminalização, “porque a seletividade operativa do sistema penal, modelando qualitativa e quantitativamente o resultado final da criminalização secundária – isto é, quem e quando ingressarão nos registros –, faz dele um procedimento configurador da realidade social” (BATISTA, (2007)). A criminalização, por sua vez, desenvolver-se-ia em duas etapas, quais sejam: criminalização primária e secundária. Na criminalização primária, sanciona-se, como explicou Nilo Batista, uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas, enquanto que na criminalização secundária, tem-se a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas. Sobre o tema ver BATISTA / ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR (2003), p. 42-43. Neste trabalho será adotado o termo criminalidade, buscando-se harmonizar o texto com a literatura pesquisada no qual a expressão aparece frequentemente, como será apontado ao longo do trabalho.

¹² Sobre o tema, ver por todos SNACKEN / BEYENS (1994), p. 84-99

¹³ RUSCHE / KIRCHHEIMER (2004). Vários estudos mais recentes desenvolveram a hipótese original de *Rusche e Kirchheimer*, elaborando-se modelos teóricos mais complexos a partir da perspectiva materialista histórica. Sobre o tema ver, por todos, CHIRICOS / DELONE (1992).

¹⁴ MELOSSI / PAVARINI (2006), p. 25. Também o modelo teórico de *Melossi e Pavarini* viria a ser desenvolvido, recebendo tratamentos mais complexos e sofisticados, pelos próprios autores e outros pesquisadores. Sobre o tema, ver, por todos, GIORGI (2013), p. 1287-1905.

¹⁵ GARLAND (1985); GARLAND (2001).

¹⁶ BECKETT / WESTERN (2001), p. 43-59.

¹⁷ BATISTA (1990); WACQUANT (2001); WACQUANT (2009); BATISTA (2012).

¹⁸ LACEY (2008).

No caso brasileiro, por exemplo, tem sido apontada uma relação entre a implantação de medidas econômicas neoliberais e o crescimento da população carcerária.¹⁹ Contudo, pode-se constatar, a partir de um exame breve e superficial das séries estatísticas históricas, que o crescimento da população carcerária nas últimas décadas foi concomitante à evolução positiva de diversos índices sociais.

De fato, o índice de desenvolvimento humano brasileiro apresentou crescimento de 0.60%, entre 2000 e 2010, e de 0.63%, entre 2010 e 2017, segundo dados das Nações Unidas,²⁰ e a desigualdade de renda no Brasil reduziu continuamente desde 2001 até 2011, de acordo com a PNAD. Entre 2001 e 2011, a renda *per capita* dos 10% mais ricos aumentou 16,6% em termos acumulados, enquanto a renda dos mais pobres cresceu notáveis 91,2% no período.²¹

A taxa de encarceramento brasileira, por sua vez, aumentou de 137.1, em 2000, para 352.6, em 2016, segundo dados do DEPEN.²²

Assim, embora não seja possível excluir de pronto uma correlação entre os índices de encarceramento brasileiros e os fatores macrossociológicos, trata-se de hipótese carente de demonstração, cujo desenvolvimento demandaria uma investigação complexa e abrangente.

Em suma, resta um déficit interpretativo no que se refere aos meios pelos quais fatores sociais, como oferta de força de trabalho, alterações político-institucionais, entre outros, influenciariam o sistema penal, provocando variações nas taxas de encarceramento.

Nesse sentido, observou *Snacken* que, em países ocidentais, a privação de liberdade pressupõe previsão legal e ordem emanada de autoridade judiciária competente, sendo inviável identificar uma relação direta entre os fatores macrossociológicos ou os índices de criminalidade e as taxas de encarceramento, prescindindo da análise da atuação das agências no próprio sistema penal. Segundo a autora, “o sistema de justiça criminal define criminalidade e influencia a sua abrangência ao determinar a reação à ‘criminalidade’ e suas formas específicas”.²³

Tem prevalecido, assim, na literatura, a concepção segundo a qual a explicação das variações nas taxas de encarceramento, tanto numa perspectiva histórica quanto comparada entre países, deve ser elaborada a partir da investigação da influência dos fatores internos ao sistema penal na população carcerária.²⁴

¹⁹ Defendendo a relação entre encarceramento e neoliberalismo, *vide* ABRAMOVAY / BATISTA (2010).

²⁰ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME – Human Development Indices and Indicators (2018).

²¹ NERI / SOUZA (2019).

²² DEPEN – *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Atualização junho de 2016.

²³ SNACKEN et al. (1995), p. 18-53; SNACKEN (2007), p. 160.

²⁴ TONRY (2007), p. 16-17; TONRY / PETERSILIA (1999), p. 9; *Brodeur* apontou a predominância da influência dos fatores inerentes ao sistema penal sobre as taxas de encarceramento, as quais seriam “[...] essencialmente o produto das práticas penais e, quando essas práticas são coordenadas em alguma medida, elas concretizam políticas criminais. Isso significa que as taxas de encarceramento não variam diretamente na proporção dos fatores externos, como os índices de criminalidade.” No original, em inglês: “[...] essentially the product of penal practices, and when those practices are to some extent coordinated, they embody penal policies. This means that incarceration rates do not directly vary in proportion to external factors such as the

A influência dos fatores internos nas taxas de encarceramento seria exercida por meio das decisões produzidas nos diversos níveis do sistema penal.

O nível legislativo constituiria o fator inicial, determinando quais comportamentos devem ser considerados criminosos, fixando os limites da imposição de pena em casos individuais, além das normas para decretação de prisão cautelar, suspensão condicional do processo ou da pena, bem como a concessão de liberdade condicional, no âmbito da execução penal.

O crescimento da população carcerária deve-se, principalmente, à implementação de alterações legislativas destinadas a introduzir penas mais severas, à decisão de perseguir criminalmente determinadas condutas, ao uso frequente da pena privativa de liberdade nas decisões judiciais e ao aumento da duração média das penas, em razão da introdução de normas mais severas no âmbito da execução penal.

Pode-se afirmar que é necessário adotar medidas para controlar o crescimento dos índices de encarceramento e assim reduzir a superpopulação carcerária no âmbito do próprio sistema penal, por meio de decisões político-criminais, que é o que tem sido feito pelos Sistemas Regionais de Direitos Humanos, especialmente pelo europeu.

4. Sistema penitenciário brasileiro

Atualmente, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)²⁵ – dados consolidados quanto à população carcerária, números relativos a dezembro de 2023 –, havia 642.491 pessoas privadas de liberdade. Frise-se que um dos problemas mais graves do atual sistema penitenciário brasileiro consiste na superpopulação carcerária, pois há apenas 487.208 vagas e um déficit de 155.283 vagas, o que gera toda a sorte de dificuldades e más condições no cárcere.

Neste contexto, alguns aspectos precisam ser realçados. O primeiro diz respeito ao constante aumento do encarceramento no País. Entre 2003 e 2016, houve um aumento expressivo e acelerado da população privada da liberdade, com taxas anuais de crescimento entre 28,81% (2003) e 3,36% (2016) ao ano e com outros três anos com crescimento anual ao redor de 10%.²⁶ Com isso, a taxa de encarceramento passou de 174 para 359,4 presos por 100.000 habitantes entre 2003 e 2019.

O ponto de atenção é que, a partir de 2020, iniciou-se uma redução de população carcerária, especialmente, pelo aumento do uso de prisão domiciliar, como maneira de combater a pandemia de COVID-19.²⁷

crime rate.” (BRODEUR, (2007), p. 63). *Vide* BLUMSTEIN / BECK (1999); DOWNES (2013), p. 147; PAVARINI (2006), p. 102; CHRISTIE (2000), p. 53-54.

²⁵ Dados obtidos em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>, com acesso no dia 27 de setembro de 2024.

²⁶ Dados obtidos em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTU2MzVhNWYtMzBkNi00Nz-JlTlIOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiO-GRhNmJmZThlMSJ9>, com acesso em 28 de setembro de 2024.

²⁷ Sobre o tema, *vide* JAPIASSÚ / FERREIRA (2020), p. 185-209.

Outro ponto diz respeito ao fato de que o Estado brasileiro tem feito um esforço muito grande de aumento da oferta de vagas nos estabelecimentos penitenciários. É por esta razão que, em 2003, havia 211.255 vagas nos estabelecimentos penitenciários brasileiros, 298.275 vagas em 2010 e 487.208 em 2023. Apesar disso, o déficit segue bastante elevado, tendo atingido 155.283 vagas, embora o ápice tenha sido em 2019, com 312.925.

Significa dizer que, embora o Brasil esteja construindo mais vagas do que as que existem na maior parte dos países do mundo, isto não tem sido suficiente para acabar com a superlotação carcerária. Neste contexto de superpopulação carcerária, as condições dos presos são, em geral, muito ruins e o respeito às regras penitenciárias é muito difícil.

As principais causas de encarceramento são: crimes contra o patrimônio (277.243 presos), drogas (199.633 presos) e crimes contra a pessoa (114.335 presos).²⁸

Quanto a este último ponto, nota-se que a expansão do sistema penitenciário brasileiro não se deveu ao que se convencionou chamar de “expansão do direito penal”,²⁹ em que haveria novas incriminações para novos bens ou interesses, surgidos na sociedade pós-moderna, mas, sim, a crimes previstos tradicionalmente e relacionados com o que se convencionou chamar de direito penal liberal.

5. Medidas necessárias para lidar com a situação carcerária

Pode-se fazer referência a três medidas que seriam necessárias e que talvez sejam as respostas mais óbvias ao desafio que o sistema penitenciário impõe: a construção de novos estabelecimentos penitenciários, a adoção de medidas legais para redução do contingente carcerário e a conscientização da gravidade da situação.

Como já foi mencionado, tem havido a construção de prisões, mas tal iniciativa não tem sido suficiente para reduzir a superlotação carcerária diante do aumento acelerado do número de pessoas privadas de liberdade no Brasil.

No que se refere a inovações legislativas que reduzam contingentes carcerários, nas últimas três décadas – período caracterizado pela acelerada expansão penitenciária brasileira – foram adotadas medidas desencarceradoras importantes no âmbito da política criminal. A título exemplificativo, pode-se mencionar a Lei 9714/98, que possibilita a substituição de penas privativas de liberdade pelas restritivas de direitos ou pecuniárias para infrações cometidas sem violência ou grave ameaça puníveis com pena de até 4 anos e o réu não for reincidente; a Lei 9.099/95, que prevê possibilidade de transação penal, suspensão condicional do processo nas infrações de menor potencial ofensivo; a Lei 12.258/10, que introduz o monitoramento eletrônico na execução penal; e a Lei 12.403/11, que amplia o rol de medidas cautelares no processo penal.

²⁸ Dados obtidos em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>, com acesso no dia 27 de setembro de 2024.

²⁹ Sobre o tema, *vide* SILVA SÁNCHEZ (2002).

Não obstante as estratégias adotadas, persistiu a tendência de crescimento da taxa de encarceramento nos períodos imediatamente posteriores à edição dessas leis, não se identificando, todavia, projetos de longo prazo destinado ao enfrentamento da questão, excetuando-se um esforço governamental para a ampliação do número de vagas e a edição de indultos natalinos.³⁰

Em realidade, pode-se dizer que as leis pretensamente desencarceradoras serviram mais para aumentar a rede penal do que para reduzir contingentes carcerários.

Para ilustrar o que aqui foi dito, refira-se que as penas alternativas foram estabelecidas no direito brasileiro com a Parte Geral do Código Penal brasileiro (Lei nº 7.209/1984) e ampliadas com a Lei nº 9.714/1998. Em ambos os casos, pretendia-se reduzir contingentes carcerários. Desde então, houve uma mudança estatística importante no sistema penal brasileiro: o número de pessoas submetidas a penas e medidas alternativas ultrapassou o número de pessoas presas em regime fechado, aquele que é identificado frequentemente como efetiva punição no Brasil. Em 2024, havia, no Brasil, 293.201 pessoas³¹ submetidas a penas ou medidas alternativas, que é um número bastante próximo daquele de pessoas em cumprimento fechado (344.492 presos).³²

Nesse sentido, as penas alternativas não foram capazes de reduzir contingentes carcerários e nem sequer reduzir o ritmo de crescimento da população carcerária. Como dito acima, parece, portanto, que, ao invés de haver desencarceramento de indivíduos com a adoção de penas alternativas, estaria ocorrendo no Brasil, uma ampliação do controle penal. Ou seja, indivíduos que, no passado, talvez não fossem submetidos a nenhuma sanção ou mesmo restrição penal, passaram a ter impostas medidas alternativas à prisão, enquanto o encarceramento segue em altíssimas taxas.

Desta maneira, reformas legais que pretendam reduzir contingentes carcerários e promover o respeito aos direitos dos condenados, por si só, não parecem ser capazes de atingir as metas pretendidas, que é o que a experiência brasileira tem indicado.

Sendo assim, e para permitir que as demais medidas funcionem, é absolutamente necessário que ocorra uma conscientização geral da gravidade da situação brasileira, que não encontra paralelo no mundo.

No entanto, uma tomada de consciência e modificação, em sociedade, da maneira como a resposta penal é entendida e adotada não parece factível a curto prazo e, por isso mesmo, ainda que necessária e urgente, não deverá gerar resultados de imediato.

³⁰ Indulto é ato de clemência privativo do Presidente da República (art. 84, XII, da Constituição Federal). Embora tenha raízes culturais e religiosas, possui, na atualidade, conotação político-penitenciária. Em outros termos, é praxe, no Brasil, a edição regular de indultos natalinos, por ser forma de enfrentamento da questão da superpopulação carcerária. Como tem caráter geral, os decretos de indulto estabelecem os requisitos objetivos e subjetivos da medida (*v.g.*, cumprimento de determinado tempo de pena, bom comportamento carcerário etc.), competindo, assim, ao Juiz da execução penal, ouvido o Ministério Público e o Conselho Penitenciário, decidir se defere ou não aquele benefício prisional (JAPIASSÚ / SOUZA (2023), p. 541-542).

³¹ Dados obtidos em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=f-8f79a16-35a2-43fe-a751-34ba131ffc1f&sheet=74a59799-5069-461d-a546-91259016a931&clang=p-t-BR&opt=cursel>, com acesso no dia 27 de setembro de 2024.

³² Dados obtidos em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>, com acesso no dia 27 de setembro de 2024

Isto posto, será de grande valia refletir sobre algumas características que são encontradas na execução penal no mundo e verificar se algumas delas podem ser utilizadas no Brasil neste momento.

6. O futuro da prisão

Contemporaneamente, há alguns aspectos que podem ser destacados e que, talvez, possam minorar as péssimas condições do sistema carcerário brasileiro. Tais características são: internacionalização, profissionalização e utilização de modernas tecnologias.

No que se refere à internacionalização, muitas iniciativas internacionais têm pretendido criar e assegurar uma execução penal mais humana.³³ Podem ser mencionadas a Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, além da Convenção Europeia para a prevenção da tortura e de tratamentos ou penas desumanas ou degradantes.

Especialmente no caso europeu, esses documentos internacionais têm se caracterizado por conter medidas de organização e procedimento para impedir e controlar as lesões aos direitos humanos durante a execução penal.³⁴

Ao lado da adoção de documentos internacionais, tem sido considerado necessária a criação de organismos internacionais de controle da execução penal. O exemplo mais notável é o do Comitê de Prevenção à Tortura (CPT), que passou a funcionar logo em seguida à entrada em vigor da Convenção Europeia acima mencionada, em 1º. de fevereiro de 1987.

O CPT é composto por membros em igual número ao de Estados-Partes que tenham ratificado o tratado e, embora não tenha poder jurisdicional, é um órgão de controle.

Ademais, o CPT pode visitar a qualquer momento os estabelecimentos prisionais e verificar se há casos de tortura e tratamento cruel, degradante e desumano. Significa dizer que pode inspecionar estabelecimentos policiais, administrativos, médicos ou penitenciários.

Após as inspeções, o CPT prepara um relatório onde se expõem as suas constatações e, por meio de seus relatórios anuais, são estabelecidos os verdadeiros princípios diretores da prevenção dos maus tratos nos estabelecimentos que mantêm pessoas presas.³⁵

Se o CPT não é órgão jurisdicional, suas recomendações foram adotadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos a partir do caso *Kudla v. Polônia*.³⁶ Desde essa decisão, passou a ser considerado que não apenas atos dirigidos ao corpo do indivíduo privado de sua liberdade caracterizam maus tratos, mas também as condições de detenção. Sig-

³³ KAISER (1999), p. 10-12.

³⁴ *Idem*, p. 11.

³⁵ CÉRÉ (2013), p. 188.

³⁶ Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58920%22%5D%7D>. Acesso em 27 de setembro de 2024.

nifica dizer que todo o prisioneiro tem direito a condições de detenção conformes à dignidade humana, inclusive de não estar em um estabelecimento superlotado. Esta decisão foi baseada no trabalho do CPT e deu origem a uma série de outras decisões fundamentadas no trabalho do Comitê.³⁷

De maneira geral, a jurisprudência europeia em matéria de execução penal tem tratado de dois aspectos fundamentais: medidas contra a tortura, tratamento desumano, cruel ou degradante e duração razoável do processo, previstos respectivamente nos artigos 3º. e 6º. da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Considerando que o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, de 18 de dezembro de 2002, prevê o estabelecimento de um Subcomitê, em modelo semelhante ao do CPT, é possível e, talvez, desejável, que, no futuro, surja um controle internacional das prisões.

Assim, adiante, talvez regulação, controle e jurisprudência em matéria de execução penal possam ser úteis para melhoria das condições carcerárias.

Seja como for, a situação calamitosa das prisões brasileiras parece indicar a necessidade de estabelecimento de alguma forma controle externo das prisões, como talvez seja o controle internacional.

Outro aspecto relevante a ser examinado, além da internacionalização, é o da profissionalização.

Isto significa a necessidade de especialização do Poder Judiciário e do Ministério Público. Ou seja, é necessário que os seus integrantes que atuam na execução penal tenham conhecimento específico na matéria e, principalmente, conheçam a realidade carcerária, para que não ocorra o que mencionou *Saló de Carvalho* a respeito do aumento do encarceramento no Brasil, nas últimas duas décadas, em que “hipóteses concretas de estabelecimento de filtros minimizadores da prisionalização foram obstaculizadas pelo Poder Judiciário”.³⁸

Também parece relevante fazer referência à necessidade de implantação ou de ampliação da Defensoria Pública na execução penal, além da presença física do Defensor Público nos estabelecimentos prisionais.³⁹

A Defensoria Pública foi prevista pela Constituição Federal, em seu artigo 134, como instituição diretamente relacionada com o direito fundamental de acesso à justiça.

No que se refere à estruturação da Defensoria Pública, no Brasil, esta segue, de certo modo, a lógica da organização federativa (União, Estados e Distrito Federal e Municípios), em sintonia com a do Poder Judiciário. Por isso, há: (1) uma Defensoria Pública da União, com atribuição para as questões atinentes à função jurisdicional exercida na seara de competência da Justiça Federal e (2) Defensorias Públicas dos Estados e Distri-

³⁷ CÉRÉ (2013), p. 192.

³⁸ CARVALHO (2010), p. 366.

³⁹ JAPIASSÚ / MENEZES / OLIVEIRA (2008), p. 595-608.

to Federal e Territórios,⁴⁰ com atribuição para as demandas relativas à função jurisdicional exercida na esfera das respectivas Justiças Estaduais.⁴¹

Dentre as diversas atuações *in concreto* do assistente jurídico nos estabelecimentos penais, pode-se destacar sua contribuição para uma adequada execução da pena privativa de liberdade, de modo a reparar erros judiciários, evitar prisões desnecessárias, diminuir o número de internações e preservar a disciplina com o atendimento dos anseios da população carcerária.⁴²

Pode, ainda, suprir as falhas da defesa, percebidas no decorrer do processo, interpor pedido de *habeas corpus* para sanar constrangimento ilegal à liberdade e propor revisão criminal, quando do surgimento de provas novas de inocência do condenado ou nas outras hipóteses da lei (artigo 621 do CPP). Pode requerer a aplicação da lei nova mais benéfica após o trânsito em julgado da sentença que aplicou a sanção penal e realizar a defesa, quando do procedimento para apuração da falta disciplinar. Tem, também, a possibilidade de requerer o livramento condicional ou a progressão para regime menos severo e encaminhar reivindicações de transferência de estabelecimento penal, visitas especiais, quanto à salubridade do ambiente, quanto à qualidade da alimentação, pedidos de autorizações de saída (seja do tipo permissão ou do tipo saída temporária), indulto, comutação, remição, trabalho extramuros, entre outros.

A assistência jurídica é de fundamental importância para o processo de execução da pena,⁴³ sendo certo que a sua ausência, no processo penal de execução, acarreta flagrante violação do princípio da ampla defesa, norma jurídica que decorre tanto de tratados internacionais como do direito interno, tendo assento expresso na Constituição, artigo 5º, LV.

Por sua relevância, no Brasil, considera-se necessário que os serviços de assistência jurídica – entre os quais se inclui o prestado pela Defensoria Pública – tenham, dentre suas atribuições, os referentes à área penitenciária, prestados diretamente nas prisões.⁴⁴ Tal medida é prevista pelo artigo 16º da Lei de Execução Penal, que estabelece que as unidades da Federação brasileira deverão ter serviços de assistência jurídica nos estabelecimentos penais.

⁴⁰ Hoje não há nenhum Território no Brasil. Contudo, face à possibilidade de algum vir a ser criado, o constituinte previu também que neste Território deverá haver Defensoria Pública, com atribuição para as questões de nível estadual.

⁴¹ Considerando que os Municípios não têm competência jurisdicional, mas tão-só competências administrativas e legislativas, não há previsão de Defensorias Públicas Municipais. No Estado do Rio de Janeiro, na maioria dos casos, cada Município representa uma Comarca do Poder Judiciário Estadual e, em alguns deles, há seções da Justiça Federal. Acompanhando a competência do juízo estadual, há sempre um órgão da Defensoria Pública Estadual do Rio de Janeiro.

⁴² MIRABETE (1997), p. 74.

⁴³ MARCÃO (2005), p. 21.

⁴⁴ MIOTTO (1983), p. 255. No mesmo sentido, SCHMIDT (2002), p. 275. O autor adverte que: “Outro grande vício verificado nos processos de execução é a ausência de advogados representando os interesses dos apenados. À exceção das comarcas onde a Defensoria Pública encontra-se com boas condições de trabalho (pouquíssimos casos, diga-se de passagem), a grande maioria dos processos de execução tem andamento sem que o juiz dê, ao réu, defensor dativo.”

JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS

Se é certo que este não é um modelo que funcione ainda perfeitamente nos estados brasileiros, parece ser uma medida adequada para reduzir as más condições carcerárias no futuro.

Outro aspecto do que aqui se chama de profissionalização diz respeito ao pessoal penitenciário, aí incluindo todos os funcionários que trabalham na administração penitenciária.

A conscientização da importância da sua qualidade é indispensável, pois tais funcionários são determinantes para o clima carcerário e para as relações internas.

Especificamente, alguns agentes penitenciários desempenham funções altamente tensas. Por isso, parece necessário dispor de número suficiente de agentes bem formados, especialmente na gestão do *stress*.⁴⁵

Experiências estrangeiras demonstram que quanto menor a relação entre número de agentes e presos, melhor a execução penal. Os países escandinavos apresentam uma relação 1:1 e são tidos como os que apresentam resultados mais satisfatórios. Já países da Europa Ocidental, como a Alemanha, apresentam uma relação 1:2 ou até 1:2,5 e resultados piores.⁴⁶

No caso brasileiro, segundo o Ministério da Justiça, havia, em dezembro de 2012, 117.790 servidores no sistema prisional para 642.491 pessoas privadas de liberdade, o que dá uma relação de aproximadamente 1:5,5.⁴⁷ Diante de uma relação como esta, quase seis vezes pior que a considerada adequada, evidentemente que as relações no cárcere tenderão a violações dos direitos do preso.

Ademais, além da necessidade de adequar o número de funcionários, é preciso assegurar formação inicial e continuada, para que haja profissionais mais habilitados a desempenhar suas funções, respeitando regras e direitos e sem recorrer à violência com a mesma facilidade com que tem ocorrido.⁴⁸

Outra questão parece ser o pequeno prestígio social e a má remuneração dos funcionários penitenciários. Considera-se que tal situação está na raiz do problema da qualidade do pessoal penitenciário e precisa ser enfrentada o quanto antes.

Por fim, um último aspecto, que aqui será apenas referido, mas que merece uma análise mais detida por parte do sistema de justiça criminal: utilização de inovações tecnológicas no sistema de penas, como no caso do monitoramento eletrônico, previsto nas leis 12.258/10 e 12.403/11 e ampliado pela jurisprudência.

Uma importante característica do Direito Penal no século XXI tem sido a adoção de novas tecnologias como fonte de incriminação, a partir da revolucionária utilização da *internet* e dos meios de comunicação de massa como instrumento para as relações sociais e, portanto, passível de tutela penal. Os avanços tecnológicos têm também servido ao

⁴⁵ DÜNKEL / SNACKEN (2005), p. 71.

⁴⁶ *Idem, ibidem*.

⁴⁷ Dados obtidos em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>, com acesso no dia 27 de setembro de 2024.

⁴⁸ FÉVRIER (2013), p. 74-80.

sistema penal com medidas de controle e de punição dos indivíduos, como no caso do monitoramento eletrônico de indivíduos.

Partindo das justificativas encontradas nos países em que o monitoramento eletrônico foi introduzido, pode-se determinar um triplo objetivo para a utilização de tal sistema, a saber: 1º combate à superpopulação carcerária; 2º redução dos custos advindos do encarceramento; e 3º diminuição do risco de reincidência criminal, contribuindo para a ressocialização do condenado.

Na prática, os braceletes ou tornozeleiras eletrônicas têm sido utilizados para evitar a prisão do indivíduo que espera julgamento, do condenado a uma pena curta de prisão, ou, ainda, daquele que esteja prestes a cumprir a totalidade da pena privativa de liberdade. Em alguns casos, o dispositivo é utilizado para menores e os chamados multirreincidentes. Por isso, tal medida foi vista como idônea a evitar os efeitos desocializadores da prisão, permitindo ao indivíduo conservar ou restabelecer uma vida social e profissional.

Registre-se que a adoção do monitoramento eletrônico pode ser feita, basicamente, por meio de dois sistemas: 1º o *front-door*, e 2º o *back-door*.⁴⁹ A variante *front-door* busca evitar o ingresso do condenado na prisão, podendo consistir em uma pena principal ou em uma alternativa à execução da pena privativa de liberdade, além de aplicar-se a casos de suspensão condicional da pena e prestação de serviços à comunidade. Por sua vez, o modelo *back-door* pressupõe uma redução do tempo do condenado na prisão por meio da substituição do período restante a ser cumprido no cárcere pelo monitoramento eletrônico, de forma a proporcionar uma readaptação gradual do presidiário ao meio extramuros.

É necessário frisar que, a despeito de não se poder afastar por completo o argumento financeiro (que foi utilizado, inclusive, durante a votação da lei sobre o monitoramento eletrônico francês),⁵⁰ nos países europeus, prevalece a ideia de que as medidas penais devem ser escolhidas não apenas pelo seu aspecto econômico, mas, precipuamente, por sua utilidade social.

Ademais, a acolhida do monitoramento eletrônico é justificada por sua potencialidade preventiva. A retirada do condenado do contato carcerário, bem como os benefícios advindos do trabalho e da manutenção de uma vida social e familiar, concorrem para a diminuição do risco de recidivas.

Se ocorrer a oposição entre monitoramento e liberdade — e isto é o que parece que tem acontecido no caso brasileiro —, a situação tende somente a se agravar. Significa dizer que o monitoramento pode ser útil se implicar as hipóteses de liberdade e não ampliar a restrição de direitos.

No caso brasileiro, havia, em dezembro de 2023, 153.509 tornozeleiras eletrônicas em uso, seja em casos de prisão domiciliar, de presos provisórios e em trabalho extra-

⁴⁹ *Idem, ibidem.*

⁵⁰ *Idem, ibidem.*

muros.⁵¹ Em que pese haver uma redução do encarceramento nos últimos anos, pelo aumento da opção pela prisão domiciliar, em regra, com monitoramento eletrônico, parece haver motivos para que essa iniciativa se aprofunde.

A tecnologia também pode ser utilizada na execução penal, por meio da utilização da inteligência artificial. Vale esclarecer que inteligência artificial (IA) se refere a sistemas que apresentam um comportamento inteligente, analisando o seu ambiente e tomando medidas com um determinado nível de autonomia para atingir objetivos específicos. Os sistemas baseados em IA podem ser puramente confinados ao *software*, atuando no mundo virtual, como, por exemplo, assistentes de voz, programas de análise de imagens, motores de busca, sistemas de reconhecimento facial e de discurso. Podem também ser integrados em dispositivos físicos, tais como robôs avançados, automóveis autônomos, veículos aéreos não tripulados ou aplicativos.⁵²

A IA tem provocado mudanças na tecnologia, nos negócios, na política, na guerra. Com frequência, a sua utilização tem sido defendida, por gerar benefícios, em particular, celeridade, economia, mais objetividade e precisão. Ao mesmo tempo, ainda há muitas dúvidas sobre a sua real utilidade em matéria penal.⁵³

No caso específico da execução penal, a IA tem sido utilizada para: (a) segurança, disciplina e boa ordem no interior dos estabelecimentos prisionais; (b) gestão de indivíduos submetidos ao sistema penal (avaliação de risco, reabilitação e reintegração) e (c) uso para seleção, gestão, treinamento e desenvolvimento de funcionários.

Quanto à segurança, alguns locais de privação da liberdade constituem o que se passou a denominar prisões inteligentes (*smart prisons*), ou seja, que utilizam tecnologia digital, e isso ocorre especialmente na Ásia, mas também em outros continentes.⁵⁴

Anabela Miranda Rodrigues e Sónia Fidalgo apresentam exemplos da utilização de *smart prisons* especialmente na Ásia, tais como haver, na China, um sistema de vigilância inteligente que monitora os internos todo o tempo, mesmo quando estão na cela. Já em Hong Kong, um sistema de videovigilância inteligente detecta comportamentos suspeitos e alerta os policiais penais. Em Singapura, há uma prisão completamente automatizada, em que não há guardas e, na Coreia do Sul, robôs são usados para monitorar violência e risco de suicídio dos internos.⁵⁵

Nos países ocidentais, a tecnologia também vem sendo utilizada na execução penal, por exemplo, nos Estados Unidos, já que, em Nova Iorque e no Alabama, há sistemas de monitoramento em massa dos telefonemas dos internos, que utiliza tecnologia de reconhecimento de voz, análise semântica e software de *machine learning*, usado para

⁵¹ Dados obtidos em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>, com acesso no dia 27 de setembro de 2024.

⁵² Definição mencionada pelo *European Commission's High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* e disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em 27 de setembro de 2024.

⁵³ Sobre tema, *vide* MIRÓ LINARES (2024), p. 19-87.

⁵⁴ RODRIGUES / FIDALGO (2024), p. 43-54.

⁵⁵ *Idem*, p. 49.

a construção de base de dados com palavras suspeitas, que podem sinalizar chamadas suspeitas, e, na Inglaterra, há uma prisão, em Liverpool, que usa câmeras de segurança, monitorados por IA, que detectam comportamentos suspeitos dos internos.⁵⁶

A IA pode também ser utilizada na gestão de indivíduos submetidos ao sistema penal, para aliviar as tarefas dos funcionários da administração penitenciária e para auxiliar nos contatos com advogados, psicólogos, assistentes sociais familiares, bem como nos sistemas de gestão para apoiar a tomada de decisão, incluindo avaliação e classificação de condenados e planejamento, execução, avaliação e ajustes nas tarefas dos internos.

Durante e depois do encarceramento, algoritmos podem ser utilizados para determinar níveis de segurança, elegibilidade para concessão de benefícios e condições para supervisão na comunidade, além de, tanto para internos quanto para funcionários, poder ser utilizada em plataformas de educação e treinamento.

O uso de IA é regularmente mencionado como uma maneira de reduzir a discricionariedade na tomada de decisões, por torná-las mais objetivas e, com isso, reduzindo o viés, além de ser justificada pela permanente necessidade de redução de custos. No caso específico da execução penal, embora tenha potencial para ser utilizada na reabilitação e na reinserção social, tem sido utilizada comumente na segurança.⁵⁷

Por fim, as mudanças trazidas pela sociedade da informação têm modificado as relações sociais e isso afeta e seguirá afetando o sistema penal. A partir daí, deve-se refletir sobre a possibilidade de reduzir a utilização da prisão como pena. Tendo em vista que boa parte da vida em sociedade tem se desenvolvido em meio virtual, a liberdade física parece perder um pouco de sua centralidade, diante da importância de estar conectado à *internet*.

Se a pena pode ser definida como a perda de um direito imposta pelo Estado em razão da prática de uma infração penal,⁵⁸ esse direito, evidentemente, deve ser importante para uma dada sociedade em um determinado momento histórico. Sendo assim, da mesma forma que a pena privativa da liberdade passou a ser a punição por excelência com o advento do Iluminismo e do pensamento liberal,⁵⁹ parece correto imaginar que, num futuro não tão distante, as sanções em meio virtual passem a ter posição mais central, à medida que as relações sociais ficam cada mais frequentes no ambiente digital.

Assim, soa correto afirmar que, gradativamente, a prisão deverá ser substituída ou, pelo menos, será mitigada pelo incremento da utilização de sanções relacionadas com a desconexão, a depender, evidentemente, de meios tecnológicos para permitir sua execução e controle.

⁵⁶ *Idem, ibidem.*

⁵⁷ RODRIGUES / FIDALGO (2024), p. 54.

⁵⁸ JAPIASSÚ / SOUZA (2023), p. 400.

⁵⁹ *Idem*, p. 66.

7. Conclusão

O que se pretendeu demonstrar, no presente texto, é que o modelo penal brasileiro, com ampliação dos contingentes carcerários e, mais ainda, do número de pessoas submetidas a penas e medidas alternativas, parece ser insustentável.

Certo é que nunca na história brasileira houve um conjunto de regras protetivas dos direitos dos presos, decorrentes de documentos internacionais, da Constituição Federal e da legislação penal e de execução penal que tenha gerado efeitos satisfatórios e, portanto, modificado adequadamente a realidade penitenciária.

Sendo assim, modificações na execução penal e no sistema penitenciário são absolutamente necessárias e urgentes, visto que a situação do Brasil não decorre de nenhuma inevitabilidade estrutural, mas, sim, de escolhas nacionais, que, provavelmente, só serão realmente modificadas com uma mudança cultural quanto à punição e ao encarceramento.

Assim, o futuro da prisão no Brasil depende, para que a realidade carcerária brasileira seja melhor do que a atual, de uma atualização, afastando a ideia do “*Nothing works*” e de que a prisão será sempre péssima, assim como a naturalidade com que se convive com a miséria prisional.

É preciso, portanto, ter consciência da gravidade da situação, refletir sobre as possíveis alternativas e, em especial, examinar os três eixos que parecem essenciais: controle, profissionalização e uso da tecnologia.

Referências

- ABRAMOVAY, Pedro Vieira / BATISTA, Vera Malaguti (orgs.), *Depois do grande encarceramento*, Rio de Janeiro, Revan, 2010.
- BATISTA, Nilo, *Criminalidade econômico-financeira intervenção no XIII Congresso Internacional de Direito Comparado*, 2007. Disponível em: [<https://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/59>]. Acesso em: 27.09.2024.
- BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*, Rio de Janeiro, Revan, 1990.
- BATISTA, Vera Malaguti (org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*, Rio de Janeiro, Revan, 2012.
- BECKETT, Katherine / WESTERN, Bruce, «Governing Social Marginality: Welfare, incarceration, and the transformation of state policy», *Punishment and society*, v. 3, Issue 1, 2001, p. 43 s.
- BLUMSTEIN Alfred / BECK, Allen J Beck, «Population Growth in U.S. Prisons, 1980s-1996», *Prisons*, Michael Tonry / Joan Petersilia (eds.), Chicago, The University of Chicago Press, 1999.
- BRODEUR, Jean-Paul, «Comparative Penology in Perspective», *Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective*, Michael Tonry (ed.), Chicago, The University of Chicago Press, 2007, p. 63 s.
- CARRANZA, Elias, «O modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas e uma política integral de segurança dos habitantes em relação ao delito», *Cárcere e justiça penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas*, Elias Carranza (ed.), San José, ILANUD, 2010, p. 56 s.
- CARVALHO, Salo de, «Substitutivos penais na era do grande encarceramento», *Depois do grande encarceramento*, Pedro Vieira Abramovay / Vera Malaguti Batista (eds.) Rio de Janeiro: Revan, 2010.

- CASTRO, Lola Aniyar de, *Criminologia da reação social*, Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- CÉRÉ, Jean-Paul, «La surpopulationn carcérale entre contraentes européennes et réalité française», *Revista Eletrônica de Direito Penal*, Volume 1, Rio de Janeiro, UERJ, 2013, p. 188 s.
- CHIRICOS, Theodore G. / DELONE, Miriam A, «Labor Surplus and Punishment: a Review and Assessment of Theory and Evidence», *Social Problems*, New York, Oxford University Press, v. 39, n. 4, November 1992.
- CHRISTIE, Nils. *Crime Control as Industry: Towards Gulags, Western Style*, London: Taylor and Francis, 2000.
- CINTRA JR., Dyrceu Aguiar Dias, «A jurisdicionalização do processo de execução penal – o contraditório e a ampla defesa», *Revista brasileira de ciências criminais*. n. 9, 1995, São Paulo, RT, p. 115 s.
- DEPEN – *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Atualização Junho de 2016. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120925_comunicadodoipea155_v5.pdf]. Acesso em: 06.07.2019.
- DOWNES, David, «The Buckling of the Shields: Dutch Penal Policy 1985-1995», *Comparing Prison Systems: Toward a Comparative and International Penology*, Robert P. Weiss / Nigel South (eds.), London, Routledge, 2013, p. 147 s.
- DÜNKEL, Fieder / SNACKEN, Sonja, *Les prisons en Europe*, Paris, LHarmattan, 2005.
- European Commission's High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* e disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em 27 de setembro de 2024.
- FÉVRIER, François, «A Escola Nacional da Administração Penitenciária», *Revista Eletrônica de Direito Penal*, Volume 1, Rio de Janeiro: UERJ, 2013.
- GARLAND, David, *Punishment and Welfare: a History of Penal Strategies*, Hants, Ashgate, 1985.
- GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, The University of Chicago Press, 2001.
- GIORGI, Alessandro de, «Punishment and Political Economy», *The Sage Handbook on Punishment and Society*, Jonathan Simon / Richard Sparks (eds.), London, Sage Publications Ltd., 2013, p. 1287 s.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano / FERREIRA, Ana Lúcia Tavares, «Controle da execução penal e pandemia de COVID-19: desafios e perspectivas para a efetiva proteção da saúde das pessoas privadas de liberdade», *Revista de Estudos Criminais*, v. 19, 2020, p. 185 s.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano / FERREIRA, Ana Lúcia Tavares, *Superpopulação carcerária e direitos humanos*, São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2024, p. 19 s.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano / MENEZES, Eduardo Quintanilha Telles de / OLIVEIRA, Patrícia Fonseca Carlos Magno de, «Le défenseur public et l'exécution des peines au Brésil: une approche sur l'accès effectif à la justice dans l'État de Rio de Janeiro», *Révue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, n.º 3, Paris: Cujas, julho-setembro 2008, p. 595 s.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano / SOUZA, Artur de Brito Gueiros, *Direito penal: parte geral*, 3. ed, São Paulo, Tirant lo Blanch, 2023.
- KAISER, Günther, «Ejecución penal y derechos humanos», *Direito e cidadania*, Praia (Cabo Verde), 1999, p. 10 s.
- LACEY, Nicola, *The prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- MARCÃO, Renato Flávio, *Curso de Execução Penal*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2005.
- MELOSSI, Dario / PAVARINI, Massimo, *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*, Rio de Janeiro, Revan, 2006.
- MIOTTO, Armida Bergamini, «A Defensoria Pública no Brasil», *A violência nas prisões*, Armida Bergamini Miotto (ed.), Goiânia, Ed da Universidade Federal de Goiás, 1983.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, *Execução Penal: Comentários à Lei no 7.210, de 11-7-84*, São Paulo: Atlas, 1997.

JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS

- MIRÓ LINARES, Fernando, *General Report. Revue Internationale de Droit Pénal*, Volume 1, Antuérpia, Maklu, 2024, p. 19 s.
- NERI, Marcelo Côrte / SOUZA, Pedro Herculano Cavalcanti Ferreira, «A década inclusiva (2001-2011): desigualdade, pobreza e políticas de renda», 2019 Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120925_comunicadodoipea155_v5.pdf]. Acesso em: 29 de setembro de 2024.
- PAVARINI, Massimo, *Un Arte Abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.
- RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, «The role of Artificial Intelligence (AI) in rehabilitation and in the reduction of the use of imprisonment», *UNIO – EU Law Journal*, Vol. 10, no. 1, Maio 2024, p. 43 s.
- RUSCHE, Georg / KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*, Rio de Janeiro, Revan, 2004.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner, «Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal», Salo de Carvalho (ed.), *Crítica à Execução Penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, São Paulo: RT, 2002.
- SNACKEN, Sonja et al., «Changing prison populations in Western countries: fate or policy?», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Milano, Joint Research Centre on International Crime, v. 3, Issue 1, 1995, p. 18 s.
- SNACKEN, Sonja / BEYENS, Kristel, «Sentencing and Prison Overcrowding. European Journal on Criminal Policy and Research March», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Milano: Joint Research Centre on International Crime, v. 2, Issue 1, 1994, p. 84 s.
- SNACKEN, Sonja, «Penal Policy and Practice in Belgium», *Crime Punishment and Politics in Comparative Perspective*, Michael Tonry (org.), Chicago, The University of Chicago Press, 2007.
- TONRY, Michael / PETERSILIA, Joan, «American Prisons at the Beginning of the Twenty First Century», Michael Tonry / Joan Petersilia (eds.), *Prisons*, Chicago: The University of Chicago Press, 1999.
- TONRY, Michael, «Determinants of Penal Policies», *Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective*, Michael Tonry (ed.), Chicago. The University of Chicago Press, 2007, p. 16 s.
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME – Human Development Indices and Indicators. 2018 Statistical Update. Disponível em: [<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2018.html>]. Acesso em: 06.07.2019.
- WACQUANT, Loïc, *As Prisões da Miséria*, Rio de Janeiro, Zahar, 2001.
- WACQUANT, Loïc, *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*, Durham, Duke University Press, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl / BATISTA, Nilo / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Direito penal brasileiro – I*, Rio de Janeiro: Revan, 2003.