

Teoria constitucional e os limites ao poder punitivo: o caso italiano dos direitos dos prisioneiros à proteção judicial*

Constitutional theory and the limits to the punitive power: the Italian case of prisoners' right to judicial protection

Giuseppe Caputo¹

Università degli studi di Firenze (UNIFI/Italia)
giuseppe.caputo@unifit.it

Resumo

A crescente atenção do Tribunal Constitucional Italiano e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos para a proteção judicial dos direitos dos presos colocou o problema carcerário no centro do debate teórico sobre a pena, depois de sempre ter sido relegado a um problema administrativo. Partindo da análise da complexa operação hermenêutica realizada pelos Tribunais, o artigo propõe uma teoria da relação entre o poder punitivo e o indivíduo a partir de um novo equilíbrio entre os paradigmas opostos da defesa social e da proteção dos direitos individuais. Inicialmente, esse equilíbrio foi identificado pelos Tribunais na teoria da reeducação, interpretada de modo reducionista como uma doutrina de humanização do poder punitivo. Em anos mais recentes, em resposta ao ressurgimento de doutrinas retributivas neoliberais, essa abordagem foi integrada a uma teoria constitucional articulada que invoca os direitos fundamentais constitucionais do indivíduo como limite ao poder punitivo. O que emerge é uma teoria constitucional do poder punitivo que tenta, com sucesso parcial, resolver alguns limites teóricos do utilitarismo liberal.

Palavras-chave: teoria constitucional, direitos, prisão.

Abstract

The growing attention of the Italian Constitutional Court and the European Court of human rights for the judicial protection of prisoners' rights has placed the prison problem at the centre of the theoretical debate on penalty, after it has always been relegated to an administrative problem. The article,

* Artigo original. Tradução de Elisandra Maria Nunes

¹ Università degli Studi di Firenze. Dipartimento di Scienze Giuridiche. Via delle Pandette, 32, Edificio 4, 3 andar, CEP 50127, Florença, Toscana, Itália.

starting from the analysis of the complex hermeneutical operation carried out by the Courts, proposes a theory of the relationship between punitive power and the individual based on a new balance between the opposite paradigms of social defence and the protection of individual rights. Initially this balance was identified by the Courts in the theory of re-education, interpreted reductively as a doctrine of humanization of the punitive power. In more recent years, in response to the re-emergence of neoliberal retributive doctrines, this approach has been integrated with an articulated constitutional theory which invokes the constitutional fundamental rights of the individual as a limit to the punitive power. What emerges is a constitutional theory of punitive power that attempts, partially succeeding, to resolve some theoretical limits of liberal utilitarianism.

Keywords: constitutional theory, rights, prison.

Estado de direito e detenção: a inquestionabilidade da regulação administrativa da prisão

Graças à contribuição do Tribunal Constitucional Italiano e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), a teoria constitucional em relação ao tema da punição sofreu uma evolução significativa nos últimos vinte anos, que modificou de modo sensível a teoria tradicional do direito penal. Começando pelo *reasoning* dos Tribunais, podemos agora sustentar a existência de uma teoria constitucional dos direitos fundamentais das pessoas sujeitas a privação de liberdade pessoal.

A operação hermenêutica realizada em particular pelo Tribunal Constitucional é significativa porque coloca a questão da prisão no centro da reflexão teórica sobre a pena, depois de ser muitas vezes negligenciada por teóricos do direito, que se mostravam mais interessados em lidar com temas clássicos como o da justificação do direito de punir, responsabilidade (Hart, 1968), culpa (Duff, 2007; Moore, 2010), princípio da ofensividade (Mill, 1859). O uso de argumentação baseada em princípios constitucionais também tem levado a uma inversão de perspectiva em relação à abordagem tradicional das questões penais e carcerárias². Segundo a teoria dominante – resultado da síntese da abordagem retributiva com aquela utilitária – a punição é uma reação ao crime necessária para garantir a defesa da sociedade³. A proteção da comunidade é normalmente assumida como um fato social natural (Durkheim 1901) e, segundo a teoria liberal, como uma obrigação do Estado moderno destinada a garantir a própria existência da sociedade (Hobbes, 1651). Destes pressupostos decorre a ideia de que se os direitos do indivíduo violam a ordem jurídica – seja por opção, como defendiam os liberais, ou por indução de causas externas, como para os positivistas – são considerados legitimamente dispensáveis em nome de um interesse coletivo superior. Como destacado por Ferrajoli, essa abordagem, se não for integrada a uma teoria

² Na historiografia contemporânea, as contribuições críticas mais significativas contra a tese da neutralidade e isenção de valores do direito penal vieram da chamada criminologia crítica (Baratta 2019) e da escola revisionista (Foucault, 1975; Rothman, 1971; Ignatieff, 1978; Costa, 1974). Para uma reconstrução das principais teorias críticas do direito penal, ver os volumes de Santoro (2004) e Caputo (2020).

³ As origens da doutrina da defesa social remontam às reflexões da escola positiva italiana (Ferri, 1900; Rocco, 1904) e convergem substancialmente com o correccionalismo de von Liszt (1962). Essa doutrina foi retomada e atualizada no contexto democrático do século XX por Ancel (1966).

dos limites do poder de punir, corre o risco de justificar um sistema punitivo que pode vir a proporcionar a máxima compressão das liberdades da minoria desviante para garantir o máximo proteção à maioria não desviante (Ferrajoli, 1989, pp. 245-270), acabando por frustrar a ambição da teoria liberal por um direito penal mínimo (Beccaria, 1764).

Nesta perspectiva, deve-se reconhecer que o princípio da submissão do poder à lei – na base do Estado liberal de direito – não é, por si só, capaz de garantir um equilíbrio entre as necessidades opostas de defesa da sociedade e a proteção das liberdades individuais. Com efeito, os clássicos princípios da legalidade e da jurisdicionalidade, ao limitarem o exercício do poder punitivo estatal, incidem essencialmente nas fases cautelar e processual (Packer 1969), não na fase executiva que, aliás, ficou durante muito tempo sujeita a uma regulação meramente administrativa e quase totalmente desprovida de revisão judicial (Jacobs, 1977).

Na concepção clássica do Estado de Direito, havia uma doutrina da inquestionabilidade da governança administrativa da execução penal, segundo a qual as pessoas legalmente *in vinculis* viram-se com uma reconhecida subjetividade jurídica extremamente limitada e foram submetidas a um poder despótico e quase ilimitado da administração encarregada de governar os presídios⁴. De acordo com esta doutrina, os detidos não tinham o direito de recorrer a um juiz se as condições da detenção não cumprissem os regulamentos ou mesmo de denunciar abusos por parte dos carcereiros, por exemplo.

A teoria constitucional, portanto, tem se debruçado sobre o esforço de propor uma nova regulação da relação entre o poder punitivo e o indivíduo a partir de um reequilíbrio entre as necessidades opostas de defesa social e de proteção dos direitos individuais, inclusive no que toca aos autores de crimes. Como veremos, numa fase inicial para alcançar este equilíbrio, o Tribunal Constitucional e o TEDH limitaram-se a utilizar a teoria da reeducação como doutrina de humanização do poder punitivo (§º 2). Nos anos mais recentes, em resposta ao ressurgimento de políticas criminais neoliberais de carácter retributivas, os Tribunais recorreram de forma complementar a uma teoria dos direitos fundamentais como limite ao poder (§3 e §4).

Como veremos, esta nova doutrina dos limites do poder punitivo assenta na conjugação de três princípios de regulação da fase de execução da pena. A primeira é a do reconhecimento, também durante a detenção, de um núcleo irreprimível de direitos e liberdades como barreira protetiva frente o poder punitivo. A segunda, derivada da tradição do utilitarismo liberal⁵, sustenta que a punição deve causar o mínimo de sofrimento necessário para assegurar a finalidade da privação de liberdade. A terceira é a da tutela jurisdicional dos direitos das pessoas submetidas a privação de liberdade pessoal, com a consequente superação da doutrina da inquestionabilidade da regulamentação administrativa da prisão.

⁴ No ordenamento jurídico liberal italiano, por exemplo, a disciplina penitenciária foi delegada a um texto substancialmente administrativo, composto por 891 artigos, e que regulamentava minuciosamente todos os aspectos da vida *carcerária* (Decreto Real n. 138 de 1 de fevereiro de 1891, publicado no Diário Oficial do Reino em 15 de junho de 1891). Cruzada a porta do presídio, os corpos dos detentos eram submetidos ao poder despótico de uma administração que poderia até mesmo dispor de sua capacidade de trabalho, sujeitando-os a trabalhos forçados em presídios ou entregando-os a empresas privadas que deles pudessem dispor em troca de pagamento de um modesto salário, segundo a antiga prática da *locatio hominis*. Não é diferente o tratamento reservado aos prisioneiros sob o sistema fascista que, novamente por meio de regulamentação, perpetuaram esta concepção do *status detentionis* como condição de perda total de direitos e desapropriação da subjetividade (*Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena*, aprovado pelo Decreto Real n. 787 de 18 de junho de 1931 (GU n. 147 de 27/06/ 1931), publicado no diário oficial n. 147 de 27 de junho de 1931).

⁵ É um princípio desenvolvido pela escola iluminista italiana. Basta recordar as reflexões de Romagnosi que sustentava que "se a pena mais leve bastasse para afastar o mais nocivo dos crimes, só esta seria justa, e outra mais penosa seria injusta" (Romagnosi, 1857, p. 203).

Estado constitucional de direito, reeducação e detenção

(a) Democracia compassiva e a doutrina fraca da reeducação

Os primeiros passos para a superação da doutrina da inquestionabilidade do governo administrativo prisional foram dados com a entrada em vigor da Constituição Republicana italiana. Apesar da grande atenção dos constituintes para a questão carcerária, devido ao fato de muitos deles terem sido presos durante os anos em que imperava o fascismo, a norma fundamental em matéria de punição contida no art. 27 da Constituição não se destaca pela inovação, sendo resultado de um compromisso. Os constituintes, de facto, não querendo legitimar nenhuma das duas escolas de direito penal em conflito (Falzone et al., 1949, pp. 62-63), a liberal clássica e a criminológica positiva, depois de terem reafirmado dois importantes princípios clássicos da tradição do liberalismo penal (personalidade de responsabilidade pessoal e presunção de inocência), limitaram-se a estabelecer dois outros sub princípios: o da humanidade das penas e aquele segundo o qual as penas devem apenas "tender" à reeducação dos condenados (art. 27 da Constituição Italiana).

A ideia de que as penas deveriam apenas "tender" à reeducação limitou o impacto do estado constitucional de direito a um processo de mera humanização das práticas prisionais e impediu uma reconfiguração da relação entre autoridade e indivíduo inspirada em princípios democráticos. Além disso, a tese estava em conformidade com as orientações expressas a nível internacional pelos países pertencentes as Nações Unidas que aspiravam a uma reforma moderada do sistema penitenciário (Caputo 2020). O objetivo era corrigir algumas distorções e excessos cometidos na prisão, o que seria feito por meio da imposição de novos princípios norteadores, como a proibição da tortura, a humanização das práticas prisionais e a finalização do tratamento prisional à reeducação. No plano internacional, tal abordagem da questão carcerária foi proposta pelas Nações Unidas com o *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* de 1955⁶, a *Convention against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT)* 1984 ⁷e o *International Covenant on Civil and Political Rights* ⁸, em especial em seu art. 10.

Em essência acreditava-se, talvez com excesso de otimismo, que as tendências antidemocráticas do cárcere poderiam ser contidas com uma atualização da fundamentação teórica da pena, que deveria se basear no ideal ressocializador e na proibição da tortura e tratamentos desumanos e degradantes. Dito isso, deve-se ter em mente que tanto nos textos das Nações Unidas quanto na Constituição italiana, esse ideal não foi entendido como resultado de teorias criminológicas positivistas - que entendiam a pena como um instrumento de tratamento de criminosos -, mas, de maneira reducionista, como dispositivo de simples humanização da prisão (Fassone, 1980). Como resultado, não se alcançou o reconhecimento dos direitos tuteláveis dos presos perante o juiz e o dogma da inquestionabilidade do governo administrativo da prisão foi mantido. De fato, até 1975, o Regulamento Prisional Fascista continuou a ser aplicado (Neppi Modona, 1976), uma vez que o Tribunal Constitucional

⁶ UN, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, adotada em 30 de agosto de 1955) recentemente atualizada com a nova denominação das *Regras de Mandela* (UN, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, adotada em 17 de dezembro de 2015 com Resolução da Assembleia Geral).

⁷ ONU, *Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes*, Adotada pela resolução da Assembleia Geral 39/46 de 10 de dezembro de 1984 entrada em vigor em 26 de junho de 1987, de acordo com o artigo 27 (1)

⁸ GA Res 2200A (XXI) de 16 de dezembro de 1966, 21 UN GOAR Supp (No 16) 52, UN Doc; A/6316 (1966), entrada em vigor em 23 de março de 1976

rejeitou todas as questões de legitimidade que lhe foram colocadas, argumentando a inadmissibilidade dos recursos por se tratarem de normas secundárias e não de leis ou atos com força de lei ⁹.

Essa doutrina se coadunava perfeitamente com a posição adotada pelo TEDH, que por muito tempo apoiou a *doctrine of inherent limitations* (Jacobs 1977; 1980). A doutrina baseava-se no pressuposto de que a privação da liberdade pessoal acarretava uma inevitável limitação da generalidade quase total dos direitos subjetivos considerados impraticáveis nas condições prisionais de fato (Abels, 2012), salvo violações de tal gravidade que integrassem os extremos de tortura (Livingstone 2000). Por esta razão, a Comissão Europeia de Direitos Humanos, diante de um elevado número de recursos de presos recebidos nos primeiros vinte anos de seu funcionamento, enviou ao Tribunal ¹⁰apenas 15 desses (Fawcett 1985; Van Zyl Smit-Snacken 2009, p. 10).

(b) A social-democracia e a doutrina forte da reeducação: controle do indivíduo ou limitação do poder punitivo?

A superação da doutrina da inquestionabilidade da regulamentação administrativa do *status detentionis* e o reconhecimento de alguns limitados direitos aos presos ocorre quando a reeducação deixa de ser considerada uma mera afirmação de princípios e passa a ser o fundamento da execução prisional. Quando reconhecida como um direito subjetivo, é dado aos tribunais o poder de proibir um regime de detenção que não ofereça programas de reeducação aos presos (Flick, 2012).

Deve-se ter em mente que o reconhecimento do direito à reeducação ocorre no contexto da afirmação de uma democracia social em que a relação entre o indivíduo e as autoridades assume a roupagem paternalista do estado de bem-estar. Um Estado que ambiciona assumir os riscos associados à pobreza e ao desemprego de todos os indivíduos, incluindo aqueles pertencentes às minorias desviantes que – se acredita – possam ser recuperadas e integradas na economia de mercado graças a programas terapêuticos de reeducação laboral (Caputo 2020).

Aos olhos daqueles que consideram a reeducação um poder arbitrário, como no caso da escola neoclássica do direito penal (Ferrajoli, 1989), ou de controle sobre os indivíduos, como no caso da criminologia crítica (Baratta, 2019) e na escola revisionista foucaultiana (Foucault, 1975), pode parecer contraditório referir-se a ela como um direito e um limite ao poder punitivo. De fato, a doutrina da reeducação desempenha um papel altamente ambíguo na concepção da relação entre poder, lei e indivíduo. Podemos argumentar que ela oscila entre dois polos opostos: o autoritário e paternalista da abordagem criminológica positivista do tratamento do desvio da norma, o democrático da proteção do indivíduo dos excessos de poder e da coesão social. Diante desse conflito, a sutil operação hermenêutica realizada pelos Tribunais que vamos ilustrar operou-se no sentido de livrar a doutrina da reeducação de algumas das características iliberais mais conflitantes com o espírito do estado constitucional de lei (par. 3.2.1) e propô-la novamente em uma versão reformada (3.2.2).

⁹ Nesse sentido, a decisão C. Cost. n. 72/1968 sobre o contraste entre a obrigação de assistir aos serviços religiosos católicos (art. 142 do regulamento) e a liberdade de religião (art. 19 da Constituição). Ou o C. Cost n. 91 de 1968 e o n. 40 de 1970 sobre a oposição entre a obrigatoriedade do trabalho dos presos e as imposições sobre os salários (art. 125 e 128) com os direitos trabalhistas sancionados pelo art. 36 da Constituição Italiana.

¹⁰ Deve-se notar que até a entrada em vigor do Protocolo 11 da CEDH, os indivíduos não podiam ter acesso direto ao TEDH.

(b1) A reeducação como controle

No contexto liberal e em parte também no democrático, a reeducação se apresenta como aquela doutrina utilitária de prevenção especial baseada no uso de técnicas disciplinares e de controle voltadas para a produção do sujeito jurídico "liberal" submetido aos valores da sociedade burguesa (Foucault, 1975). Esta doutrina é implementada pelos *Standards* das Nações Unidas em matéria penitenciária e pelo sistema penitenciário italiano ¹¹.

Os *Standards* das Nações Unidas, assim como a maioria dos textos penitenciários adotados após a Segunda Guerra Mundial, como a lei penitenciária italiana, expressam uma concepção paternalista da execução penal carcerária, centrada no que poderíamos definir como uma doutrina "reformada" da defesa social, segundo a qual as finalidades da pena, em estrita ordem hierárquica, são as seguintes: a neutralização dos sujeitos considerados perigosos para a sociedade, o princípio da humanidade no tratamento e o da ressocialização dos presos. A própria jurisprudência constitucional italiana, numa fase inicial, alinhou-se substancialmente a esta doutrina, sustentando a teoria multifuncional da pena que enfatiza as necessidades da "defesa social" (C. Cost. n. 12 de 1966) e considera a reeducação como princípio de simples orientação da fase de execução da sentença (C. Cost. n. 48 de 1962). Segundo o Tribunal, o objetivo de defesa da sociedade do crime prevalecia sobre outras necessidades, a ponto de relegar a reeducação a um princípio acessório sujeito a meros constrangimentos administrativos¹².

No entanto, a subordinação do paradigma da reabilitação ao da defesa social não impediu a emergência de um modelo de regulação penitenciária baseado em uma "forte" doutrina de reabilitação inspirada na abordagem da criminologia positivista. Tanto os *Standards* quanto o ordenamento penitenciário consideram os criminosos como indivíduos patológicos - por causas sociais ou psicofísicas - e necessitados de cuidados (art. 13º o.p.) que devem ser assegurados através de um "tratamento individualizado" que tenha em conta os défices e necessidades subjetivas. Coerente com esta abordagem, os programas de tratamento prisional devem ser flexíveis e podem ser organizados a critério da administração que, conseqüentemente, não está sujeita a controles particulares por parte dos tribunais. A conclusão é que não se admite nenhum reconhecimento formal dos direitos subjetivos dos presos e internados e, conseqüentemente, nenhum procedimento judicial para a proteção de seus direitos. As normas dos *Standards*, assim como as do ordenamento jurídico italiano, não são por acaso formuladas na forma de meras recomendações e não como preceitos. Em substância, contou-se com a boa vontade da administração que foi convocada para assegurar, dentro dos limites dos recursos possíveis e disponíveis, um tratamento digno e humano dos reclusos ¹³.

(b2) A reeducação como direito e como limite do poder

Como antecipado, no contexto democrático, graças à leitura reformada dos Tribunais, a reeducação apresenta-se com a nova roupagem da doutrina liberal: o "direito à reeducação" não é um instrumento de poder mas, ao contrário, é o seu limite. Na Itália, essa evolução foi

¹¹ Lei n. 354, de 26 de julho de 1975, que contém "Ordinamento penitenziario" (o.p.).

¹² Veja também as decisões n. 12 de 1966; n. 21 de 1971; n. 167 de 1973; n. 143 e n. 264 de 1974; n. 119 de 1975; n. 25 de 1979; n. 104 de 1982; n. 137 de 1983; n. 237 de 1984; n. 23, 102 e n. 169 de 1985; n. 1.023 de 1988.

¹³ Por exemplo, o direito ao trabalho dos presos não é estipulado, mas se limita a estabelecer que a administração deve assegurá-lo "salvo nos casos de impossibilidade" (art. 15). Além disso, é reconhecido o direito a uma alimentação que respeite as convicções religiosas dos reclusos, exclusivamente dentro dos limites do "possível" (art. 9).

possibilitada pela entrada em vigor do sistema penitenciário - inspirado nas Normas das Nações Unidas - que deu aos Tribunais nacionais a oportunidade de se debruçar sobre a questão carcerária e desenvolver uma nova doutrina de reeducação como uma limitação de poder.

Em primeiro lugar, o fato de a disciplina da execução prisional já não estar confiada a um texto regulamentar - como aconteceu nos estados liberais e fascistas - mas a um órgão regulador de ordem legislativa abriu caminho à revisão constitucional e deu azo à doutrina da inquestionabilidade da regulação administrativa da detenção.

Em segundo lugar, o sistema penitenciário teve o mérito de jurisdicionalizar a prisão - retirando-a, pelo menos em parte, do poder discricionário da administração penitenciária - através da instituição da *'magistratura di sorveglianza'*¹⁴ como órgão funcionalmente vocacionado para a fiscalização da legalidade da prisão (art. 69 o.p.) e a concessão de medidas alternativas à detenção. A *'magistratura di sorveglianza'*, a partir da observação das condutas carcerárias e do andamento dos presos em programas de reabilitação, pode modular a pena, diminuindo sua duração com a concessão de liberdade provisória, ou modificando os métodos executivos com a concessão de medidas alternativas. A reeducação torna-se, assim, um meio utilizável pelos Tribunais para conter a aflição do poder punitivo e permitir a desencarceração do sistema de execução penal, cuja gestão é em parte subtraída do controle despótico da administração penitenciária.

É neste contexto que o Tribunal Constitucional modificou a teoria da reeducação para que deixasse de ser um princípio orientador e se tornasse um direito real a ser reconhecido aos condenados e, portanto, um limite ao poder punitivo. Um caso emblemático dessa nova abordagem certamente é representado pela decisão n. 204 de 1974¹⁵ sobre a prisão perpétua em que o Tribunal chegou a reconhecer aos condenados a pena perpétua o direito à reeducação, a quem deve ser dada também a possibilidade de acesso à liberdade condicional (art. 176 do código penal). Nas mais recentes decisões¹⁶ sobre prisão perpétua infligida por crimes organizados,¹⁷ o Tribunal, baseando-se na jurisprudência do TEDH¹⁸, argumentou que mesmo no caso de crimes de associação não se pode sustentar uma presunção "absoluta" de periculosidade e que esta deve ser avaliada caso a caso, a fim de garantir, mesmo aos criminosos mais perigosos, o possível acesso à liberdade e medidas alternativas¹⁹. Ainda que, importa precisar, o TEDH ao definir os limites do direito à reeducação, reconhecido pelo art. 2 protocolo 1 da Convenção, esclareceu que isso apenas implica que os presos não devem ser discriminados no acesso a programas reeducacionais existentes, mas que o direito não pode

¹⁴ A figura da *'magistratura di sorveglianza'* não se confunde como o juiz de execução penal do sistema judiciário brasileiro que também existe no sistema italiano. A *'magistratura di sorveglianza'* é, de fato, regida pelo "ordenamento penitenciário" (o.p.) e é um órgão judicial especificamente vocacionado para a fiscalização das prisões, a concessão de medidas alternativas à detenção e prestações prisionais, a execução de medidas de segurança, a proteção dos direitos dos presos (art. 69).

¹⁵ Em verdade, a decisão n. 204 moveu-se ainda em um contexto em que a teoria multifuncional da pena era considerada dominante, o que aliás é confirmado pelo posterior Acórdão 264/1974. Não obstante, o Acórdão 204/1974 teve o mérito de antecipar o reconhecimento do direito à reeducação "uma vez verificadas as condições fixadas pela norma de direito material, reexamina-se o prosseguimento da realização da pretensão punitiva a fim de averiguar se de fato o valor da pena expiada cumpriu ou não positivamente sua finalidade reeducativa; esse direito deve encontrar na lei uma garantia judicial válida e razoável".

¹⁶ C. Cost. 253 de 2019 e n. 97 de 2021.

¹⁷ Eles são condenados à prisão perpétua por um dos crimes listados no art. 4 bis § 1, que não puderem acessar a liberdade condicional, por efeito do art. 2 do decreto n. 152 de 1991, salvo na condição de colaborar com o poder judiciário ou caso demonstrem a impossibilidade ou incobrabilidade da colaboração.

¹⁸ TEDH, *Viola v. Itália*, 77633/16 13 de junho de 2019; *V inter e outros v. Reino Unido*, 66069/09, 130/10 e 3896/10, 9 de julho de 2013; *Dickson v. Reino Unido* ([GC], n. 44362/04, §§ 28-36, CEDH 2007-V); *Murray v. Holanda* ([GC] n. 10511/10, §§ 58-65 e 70-76, 26 de abril de 2016).

¹⁹ Com o Decreto Legislativo de 31 de outubro de 2022, n. 162, o legislador interveio na matéria ao transformar a execução cautelar de acesso a medidas alternativas aos condenados por crimes de associação que não cooperam de absoluta em relativa.

ser invocado para obrigar os Estados a criar novos programas ²⁰.

O Tribunal teve então o cuidado de atenuar a dimensão paternalista e autoritária do princípio reeducativo, acrescentando uma concepção "sociopedagógica" à concepção original de "*poena medicinalis*", surgida sobretudo no posicionamento jurisprudencial inicial. Em substância, a reeducação é apresentada utilitariamente como uma doutrina com dupla vantagem: a de garantir o interesse público na prevenção da reincidência e o interesse individual do condenado de não ser submetido a medidas excessivamente severas ²¹.

A teoria elaborada pelo Tribunal, importa repetir, não questiona radicalmente o primado da doutrina da defesa social, mas sim confirma o necessário valor retributivo e aflitivo da prisão considerados "perfis que traduzem aquelas condições mínimas, sem as quais a pena deixaria de o ser", ainda que admita que estes princípios devem necessariamente ser ponderados (n. 313 de 1990).

Esta abordagem com contornos mais flexíveis emerge particularmente quando o Tribunal constitucional se ocupa de crimes que suscitam particular alarme social, como os de associação, para os quais as exceções ao direito à reeducação podem legitimamente ser mais consistentes. Segundo o Tribunal, não existe uma hierarquia estática entre as finalidades da defesa social e da reeducação que, consoante o caso, devem ser necessariamente invertidas (C. Cost. 206/1993).

(c) Limites da teoria da reeducação

A interpretação baseada na teoria da reeducação, embora tenha o mérito de colocar seriamente o problema dos limites ao exercício do poder punitivo e do equilíbrio com os direitos da pessoa, tem uma série de limites que se chocam com alguns dos princípios do estado constitucional de direito.

Primeiramente, é importante destacar que na teoria da reeducação os direitos dos presos não são aqueles geralmente devidos à pessoa, mas, instrumentalmente, apenas posições jurídicas subjetivas "especiais" vinculadas ao *status detentionis* e funcionais à realização do propósito de reabilitação. Isso envolve um sério comprometimento do princípio da igualdade formal e substancial. Com efeito, em termos de igualdade formal, os direitos dos reclusos - em si compatíveis com o *status detentionis* - só podem ser concedidos mediante a ponderação com o direito primário à reeducação. Veja-se, a este propósito, o caso do direito à remuneração do trabalho prestado na prisão: prevê-se uma remuneração reduzida face aos níveis mínimos dos contratos nacionais porque o trabalho prisional, face ao trabalho em liberdade, tem como particular finalidade assegurar a reeducação do condenado (C. Cost. 1087/1988).

Em termos de igualdade substancial, a doutrina da reeducação implica que os interesses dos reclusos estejam subordinados a uma apreciação discricionária, primeiro por parte da administração e depois por parte da *magistratura di sorveglianza*, do que emerge o risco de discriminação dos sujeitos mais frágeis e economicamente desfavorecidos. É o caso,

²⁰ TEDH, *velyo vlev v. Bulgária*, n. 16032/07, 27 de maio de 2014

²¹ Se numa fase inicial, de fato, a Tribunal constitucional pretendia a reeducação como um instrumento de "arrepentimento" (sentença n. 168 de 1972), posteriormente ela exaltou seu valor social ao referir-se a ela com expressões como: "reintegração de o infrator no contexto económico e social" (sentença n. 126 de 1984); "reintegração ao corpo social" (sentença n. 274 de 1983); "ressocialização" (sentença n. 450 de 1998). Ainda que, importa salienta, o Tribunal nunca abandonou por completo uma concepção moralizante do princípio reeducativo, referindo-se a ele ainda recentemente com expressões como "arrepentimento" ou "recuperação social" (Sentença n. 271 de 1998) ou adaptação à os "valores fundamentais da vida social" (Sentença n. 138 de 2001).

nomeadamente, do sistema das medidas alternativas e de remição de pena que determina a duração e o nível de severidade na evolução do processo de reabilitação do infrator, cuja avaliação é em si subjetiva e variável (Ferrajoli 1989, pp. 748-751)²², sendo levadas também em consideração as características socioeconômicas do infrator (Caputo, 2020). De fato, de acordo com a jurisprudência consolidada da *magistratura di sorveglianza*, as medidas alternativas são concedidas principalmente aos condenados em posse de casa e emprego, únicos elementos capazes de tranquilizar o juiz de que eles se absterão de cometer novos crimes (Cesaris 2007). Conclui-se que pode haver casos de condenados que, pelo mesmo crime cometido, cumprem pena de gravidade diferente em função de sua condição econômica e social, determinando assim grave violação ao princípio da igualdade substancial.

Em segundo lugar, se a jurisprudência baseada no direito à reeducação tem o mérito de impedir que os condenados por crimes graves sejam automaticamente excluídos das prestações e medidas alternativas, por outro lado tem o inconveniente de se basear em procedimentos incertos e potencialmente discriminatórios. De fato, a reeducação aparece como um princípio muito vago, incapaz de oferecer certezas razoáveis aos condenados sobre os critérios e os procedimentos com os quais será avaliado o percurso prisional e, portanto, a severidade de sua pena. Com efeito, a jurisprudência ainda hoje oscila entre duas doutrinas da reeducação, entendida como meio de reforma moral ou reforma social, que implicam procedimentos de avaliação substancialmente diferentes. Em alguns casos, de fato, o Tribunal parece atribuir à reeducação o forte significado de tratamento pedagógico destinado a induzir a uma "revisão crítica do próprio passado" e a uma modificação da própria personalidade "em conformidade com os requisitos mínimos de respeito pela valores fundamentais sobre os quais estabelece a convivência civil" (decisão n. 149/2018 - prisão perpétua). Neste caso, o procedimento de verificação do tratamento assenta numa avaliação judicial das relações sócio-pedagógicas, psicológicas e médicas resultantes da chamada "observação científica da personalidade". No entanto, trata-se de fontes que, para além de abrirem caminho a formas de discricionariedade potencialmente discriminatórias como se viu, apresentam também um baixo grau de fiabilidade: a observação de condutas e personalidades num contexto fechado, como uma prisão, por si só diz pouco sobre a conduta futura que o condenado adotará quando estiver em liberdade.

Em outros casos, o Tribunal atribui à reeducação um sentido mais genérico de "ressocialização" (257/2006), entendida como a mera capacidade de viver em sociedade sem cometer crimes, independentemente da avaliação da 'internalização de valores comuns'. Neste caso, o procedimento de verificação é experimental e prevê que medidas de progressão de regime sejam concedidas se a conduta do infrator permanecer respeitosa à lei (C. Cost. 504/1995). Também neste caso, como referido, o risco é aquele de favorecer os condenados com recursos económicos, capazes de se sustentarem sem recorrerem ao crime, em confronto àqueles condenados que não os possuem e que, conseqüentemente, terão poucas chances de ter seu percurso carcerário avaliado positivamente.

Em terceiro lugar, a doutrina da reeducação como limite ao poder se coloca - pelo menos até as recentes reformas que serão discutidas adiante - em evidente contraste com o direito fundamental à proteção judicial garantido a todos os indivíduos pelo art. 25 da Constituição Italiana. Os presos não são considerados titulares de interesses tuteláveis em sede jurisdicional: eles podem apresentar apenas uma reclamação genérica ao magistrado (art. 35

²² Nesse ponto, a literatura norte-americana também destacou essa criticidade. Autores como Von Hirsch (1976) e Wilson (1975) criticaram duramente o sistema estadunidense das *indeterminate sentencing* (Garland, 2001)

o.p.)²³ que, se julgar procedente, pode, no máximo, proferir uma ordem de serviço não vinculante à administração e não contestável em cassação (art. 69 o.p.).

Por último, importa sublinhar que a possibilidade efetiva de gozo do direito à reeducação depende da disponibilidade concreta de recursos organizacionais, humanos e econômicos. Em última análise, a proteção da pessoa é deixada ao critério da capacidade e vontade da administração de organizar programas de reeducação.

A democracia liberal e a prisão dos direitos

Nos últimos anos, o Tribunal Constitucional, assim como o Tribunal Edu, tem enfrentado o problema de renovar sua doutrina dos limites do poder punitivo com base apenas no direito à reeducação. Esta mudança, vista mais de perto, foi induzida pela necessidade de travar o crescimento da punitividade dos sistemas penais dos Estados que, a partir do início da década de 1990, aumentaram dramaticamente o uso da prisão e criaram uma situação de grave superlotação que comprometeu seriamente a qualidade de vida dos internos. Esta situação, note-se, tem produzido um aumento dos apelos de reclusos que se queixam de violações dos direitos humanos mais elementares. O motor da mudança tem sido, portanto, um movimento espontâneo promovido por presos que, em um contexto global de crise da soberania e da política nacional, encaminharam seus pedidos aos Tribunais para exercer pressão sobre os Estados para fins de garantia de seus direitos.

Referenciar este contexto é essencial para explicar as razões da mudança de rumo da teoria constitucional em matéria de detenção carcerária. De fato, a doutrina tradicional começou a mostrar os seus limites com a emergência de uma nova ordem social, na qual ressurge uma abordagem liberal do tratamento da pobreza e do desvio, substancialmente baseada na responsabilidade pessoal e no conceito retributivo da pena. Fenômenos como o populismo-penal (Pratt, 2007) e o direito penal do inimigo (Callegari e Vichinkeski Teixeira, 2013) têm induzido, para além do referido fenómeno da superlotação prisional, também uma crise ideológica e consensual em torno do paradigma da política reeducativa. Crise que tem provocado o aumento da utilização de regimes prisionais especiais não orientados para a reintegração, mas para a mera neutralização (como os de segurança máxima destinados a membros de organizações criminosas) e a previsão de um variado rol de crimes, que suscitam particular alarme social, para o qual estão excluídas medidas alternativas.

A afirmação desta abordagem neorretributiva liberal da questão penal e carcerária, envolvendo entre outras coisas uma atitude de indiferença em relação às condições sociais e psicológicas dos condenados, tem tornado sempre menos sustentável uma doutrina de execução prisional baseada unicamente na teoria da ressocialização. Os Tribunais, portanto, passaram a recorrer a um *reasoning* mais articulado capaz de dar respostas inéditas a alguns dos novos excessos do poder punitivo, como a superlotação carcerária e os regimes especiais.

O caminho escolhido para conter as políticas penais neoliberais é a revisão parcial da doutrina da reeducação e sua integração a uma nova doutrina dos direitos inderrogáveis dos detentos que, paradoxalmente, atinge alguns dos pilares do utilitarismo penal liberal. A jurisprudência dos Tribunais opõe-se ao liberalismo punitivo com o liberalismo utilitário reformado, este último baseado em um paradigma inovador de garantia: sobre o princípio segundo o qual qualquer limitação, total ou parcial, dos direitos causados pela detenção tem caráter derogatório frente à regra geral de liberdade e, portanto, deve ser estritamente regulamentada por lei e em qualquer caso sujeita a controle judicial. Deste princípio podem

²³ Sublinha-se que a queixa apenas poderia incidir sobre o exercício do poder disciplinar ou sobre o trabalho prisional.

derivar três novos dispositivos para regular a relação entre o poder punitivo e o indivíduo.

O primeiro é que o poder punitivo encontra limite não só no direito à reeducação, mas também naqueles direitos fundamentais da pessoa humana que não sejam incompatíveis com a situação de detenção: "a restrição da liberdade pessoal de acordo com a Constituição vigente não implica em uma *capitis deminutio* frente a discricionariedade da autoridade encarregada de sua execução" (C. Cost. 26/1999). Entre estes, a título exemplificativo, vale recordar que o Tribunal Constitucional indica o direito à vida (C. Cost. 54/1979; 223/1996), o direito à saúde (438 e 439/1995; 99/2019; 173 /1997 ; 190/2010), o direito ao trabalho (C. cost 1087/1988; 341/2006), à tutela judicial (212/1997) e o direito a não sofrer limitações à liberdade pessoal além daquelas necessárias para garantir a execução da pena privativa de liberdade pessoal e das necessidades de defesa social (349 e 410 de 1993). Nesta esteira, o TEDH, partindo da extensão dos direitos convencionais também aos presos (*Khodorkovskiy e Lebedev v. Rússia*, 2013, § 836; *Klibisz v. Polônia*, 2016, § 354), reconheceu, além do direito de não sofrer tortura e maus tratos, incluindo o direito à liberdade pessoal, direito à liberdade familiar, direito ao trabalho, liberdade de expressão, saúde, liberdade religiosa, proteção da correspondência. Deve-se ter em mente também que Conselho da Europa, através das *European prison rules*, derruba a abordagem conservadora dos *Standards* das Nações Unidas e reconhecem explicitamente um decálogo de direitos obrigatórios dos prisioneiros. Embora trate-se de *soft law*, portanto formalmente não vinculativo aos estados europeus, muitas de suas disposições tornaram-se *hard-law*. na medida em que foram adotados e vinculados pelas decisões do TEDH.

O outro dispositivo consiste em um novo critério para equilibrar as condições aflitivas da prisão e os direitos da pessoa com base no parâmetro do sofrimento mínimo necessário e não mais apenas naquele reeducativo. Este princípio, de natureza utilitária, comporta a ideia de que as inevitáveis compressões dos direitos da pessoa detida devem ser as mínimas necessárias para assegurar a privação da liberdade pessoal. Daí decorre que a organização das execuções prisionais deve prever métodos "que não excedam o sacrifício da liberdade pessoal já potencialmente imposta ao preso com a sentença" e que deve ser reconhecida a inviolabilidade dos direitos fundamentais da pessoa (C. Cost. 26/1999). Como esclarecido posteriormente pelo Tribunal em brilhantes decisões, as únicas limitações legítimas são as estritamente necessárias para assegurar a privação da liberdade pessoal: as destinadas a evitar os "perigos de evasão", a assegurar o cumprimento das "regras da disciplina prisional" e "garantir sua segurança protegendo-o de possíveis ataques de outros presos" (C. cost. n. 526 de 2000).

O terceiro dispositivo é representado pela submissão da ação administrativa ao pleno controle judicial pela *magistratura di sorveglianza*. A primazia dos direitos da pessoa humana, aos olhos do Tribunal, é incompatível com a ideia da inquestionabilidade da ação administrativa: para cada direito deve ser previsto um procedimento judicial para sua proteção (C. Cost. 26/1999).

Partindo deste pressuposto, o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Cassação Italiana têm reconhecido o direito dos reclusos de apresentar reclamação jurisdicional contra violações promovidas por parte da administração penitenciária, o que foi feito inicialmente através de uma interpretação extensiva dos limitados instrumentos de reclamação previstos na lei prisional (artigo 14 ter, 35 e 69 op)²⁴.

²⁴ O Tribunal Constitucional limitou-se inicialmente a convidar o legislador a intervir para preencher esta lacuna (C. cost. n. 26/99), na ausência do que coube então ao Supremo Tribunal de Cassação encarregar-se de uma intervenção criativa (n. 25079/2003), complementado por uma intervenção posterior do Tribunal Constitucional

A existência de recursos jurisprudenciais para a proteção dos direitos dos presos também é considerada central pelo TEDH, a ponto de ter considerado insuficiente a solução criativa adotada pelas Cortes italianas. A ocasião se apresentou ao Tribunal com a chegada a Estrasburgo de milhares de recursos de encarcerados em presídios italianos que se queixavam de submissão a superlotação. Dado o grande número de casos, na decisão *Torreggiani v. Itália*²⁵, a TEDH suspendeu os recursos e, evocando o procedimento "piloto"²⁶, deu a Itália um ano para resolver as violações encontradas²⁷. Especificamente, a condenação tratava da violação da proibição de tratamento desumano e degradante estabelecida pelo art. 3º da CEDH, haja vista as condições de detenção e à superlotação "sistêmica" e "estrutural" (Caputo e Ciuffoletti, 2017) e à ineficácia dos instrumentos de recurso judicial desenvolvidos pelo Tribunal Constitucional e pelo Tribunal de Cassação nacional. A considerada ineficácia das Cortes italianas, conforme opinião dos juízes de Estrasburgo, foi resultado da inexistência de um procedimento que garantisse a executoriedade das decisões tomadas pelo *magistrato di sorveglianza*.

Diante da condenação do Tribunal Edu e do forte destaque dado pela mídia italiana e europeia, o legislador italiano decidiu finalmente intervir. Após adotar algumas medidas visando conter o fenômeno da superlotação, implementou os princípios constitucionais relativos à proteção dos direitos dos presos (Galliani, 2018) e optou pela superação definitiva do princípio da inquestionabilidade da regulamentação administrativa carcerária. Assim, o governo italiano introduziu duas novas formas de recurso judicial: uma do tipo cautelar e outra do tipo indenizatório²⁸.

A medida cautelar, conforme disposto pelo art. 35bis e o art. 69 op, permite ao presos apresentarem recurso contra dois tipos de violações: a primeira é no caso em que são alegadas violações das regras que regem o exercício do poder disciplinar, em relação às quais o judiciário pode até mesmo apreciar o mérito e a legitimidade do provimento administrativo; a segunda medida trata-se da reclamação do incumprimento por parte da administração de normas de que resulta "efetivo e grave prejuízo no exercício dos direitos" (art. 69º, co. 6, alínea b)).

Este recurso responde às indicações feitas pelo Tribunal Constitucional (n. 26/1999) e pelo Tribunal Edu no caso *Torreggiani*, uma vez que atribui enormes poderes de supervisão a *magistratura di sorveglianza* em caso de constatação de uma violação. Caso em que o *magistrato di sorveglianza* verifique a aplicação ilegítima de sanção disciplinar por parte da administração penitenciária, pode anular tal medida. Caso se verifique a continuação da

²⁵ TEDH, *Torreggiani et al. v. Itália*, 8 de janeiro de 2013, n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10.

²⁶ É um procedimento elaborado pela jurisprudência do TEDH (*Broniowski c. Polónia* [GC], n. 31443/96, CEDH 2004-V) para resolver casos repetitivos que derivam do mesmo problema de natureza estrutural. O procedimento piloto implica que o Tribunal, uma vez constatada a violação da Convenção, identifique a disfunção do direito interno que deu origem à violação; dar indicações ao Governo sobre como eliminá-lo; propõe a criação de um recurso interno capaz de resolver casos semelhantes (incluindo os que já tramitam no Tribunal aguardando o julgamento piloto) ou, pelo menos, resolver todos os casos pendentes no TEDH.

²⁷ A decisão teve um precedente. Seguiu-se, de fato, a condenação no caso *Sulejmanovic v. Itália*, (16 de julho de 2009, n. 22635/03) contra a qual foram tomadas modestas medidas para conter, sem grande sucesso, o fenômeno da superlotação carcerária. Precisamente por isso, no caso *Torreggiani*, o Tribunal pretendeu aplicar o procedimento-piloto (artigo 46 da CEDH) que, após a condenação, lhe permitiu acompanhar de perto o cumprimento efetivo por parte da Itália das obrigações exigidas.

²⁸ O Decreto Legislativo de 23 de dezembro de 2013, n. 146, convertida em lei de 21 de fevereiro de 2014, n. 10 introduziu no art. 35 bis a reclamação jurisdicional e o Decreto Legislativo de 26 de junho de 2014, n. 92 introduziu no art. 35 ter um recurso de compensação por violação do art. 3 da Convenção Europeia dos direitos do Homem. O Decreto 146/2013 também estabeleceu a figura do Garantidor Nacional dos direitos das pessoas detidas ou privadas de liberdade pessoal, em cumprimento das recomendações contidas no Opcat (ONU, *Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outras Cruel, Desumano ou Degradante Tratamento ou Castigo*, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela resolução A/RES/57/ 199, 18.12.2002)

violação de um direito, a magistratura pode ordenar à administração que cesse imediatamente a conduta lesiva, fixando eventualmente prazo para cumprimento. Seguindo as indicações do TEDH, o legislador também passou a prever um procedimento executivo a ser acionado constatada a inércia da administração. Nestes casos o magistrado tem as seguintes competências: pode ordenar à administração o cumprimento de sua decisão, indicando as modalidades e os prazos sua para efetivação; declarar nulos quaisquer atos de violação ou evasão da disposição que não tenham sido implementados; nomear um comissário *ad acta* encarregado de realizar as ações necessárias para remover a violação.

Analisa-se agora as características da reparação compensatória (art. 35 ter o.p.). A medida legal prevê a possibilidade do réu ser indenizado nos casos em que é comprovado a prática de abuso contra si em intensidade que viole o art. 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a qual proíbe a tortura e os tratamentos desumanos e degradantes. Caso a pessoa esteja detida no momento da decisão do magistrado, a indenização, consiste na redução da pena em 1 dia para cada 10 dias em que sofreu o abuso. Caso a infração tenha durado menos de 15 dias; ou a pessoa tenha sido liberada da prisão; ou ainda tenha um período de pena para expiar que não permita a dedução da totalidade da redução, a indenização é convertida em indenização monetária no valor de 8 euros por cada dia de violação.

Este remédio legal, em sua inovação, apresenta numerosos problemas hermenêuticos que valem a pena ser mencionados brevemente. Certamente o mais significativo decorre do fato de que o dispositivo não se limita à óbvia referência ao art. 3º da CEDH, mas impõe explicitamente ao juiz italiano que o interprete de acordo com a jurisprudência do TEDH. Entende-se que a referência, por via legislativa, ao princípio do *common law* do *stare decisis* em um sistema de *civil law* como o italiano é um fato decididamente incomum. Além disso, ainda que ausente a referência, certamente a jurisprudência do TEDH teria sido vinculante aos juízes italianos²⁹.

Por fim, é importante lembrar que, além desses recursos, a pressão exercida pelas Nações Unidas levou o Estado italiano, após uma longa espera de 29 anos ³⁰, a introduzir também o crime específico de tortura no Código Penal em 2017 (art. 613 BIS).

Conclusões

A teoria constitucional dos direitos da pessoa privada de liberdade pessoais inova profundamente o exercício da função judicial no âmbito da execução penal carcerária. A figura do *'magistrato di sorveglianza'* é, de fato, evocado a confrontar-se com o fenómeno da interjuridicidade (Sousa Santos, 1995; Santoro, 2008) no exercício das suas funções tradicionais, podendo recorrer a um sistema articulado de fontes internacionais, como por exemplo a CEDH, as recomendações impressas nas *Regras de Mandela*, as *European prison*

²⁹ A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a relação entre a jurisprudência nacional e a do TEDH tem sofrido evoluções significativas ao longo dos anos. Inicialmente, em duas decisões (n. 348 e n. 349 de 2007) estabeleceu a prevalência das normas convencionais sobre as normas internas incompatíveis, com a especificação de que se o juiz não for capaz de interpretar a norma do ordenamento jurídico interno de acordo com as convenções terá que submeter o assunto ao Tribunal. Enquanto na decisão n. 49/2015, o Tribunal esclareceu que, na realidade, os juízes nacionais não podem ser considerados "destinatários passivos de um comando exegético transmitido alhures nas formas de decisão judicial" e que só devem cumprir o direito da convenção europeia se este for "consolidado" (decisões n. 236 de 2011 e n. 311 de 2009), «a fim de respeitar a substância dessa jurisprudência» (acórdão n. 311 de 2009; no mesmo sentido, acórdão n. 303 de 2011), sem prejuízo do margem de apreciação de cada Estado aderente ao sistema convencional (sentenças n. 15 de 2012 e n. 317 de 2009).

³⁰ A referida *Convention against Torture* das Nações Unidas (1984) que previa no seu art. 4 a criminalização da conduta de tortura foi ratificada pela Itália em 1988 (l. 489/1988).

*rules*³¹ ou o CPT³², e tendo em conta a jurisprudência do TEDH.

Do ponto de vista substancial, portanto, as funções da *magistratura di sorveglianza* são articuladas e enriquecidas com novos poderes. Se originalmente tinha funções essencialmente relacionadas com a remodelação da pena através da concessão de alternativas à prisão ou de benefícios como a libertação antecipada. Atualmente, os *magistratos* também têm funções mais típicas de jurisdição administrativa, como exercício de controle sobre o trabalho da administração penitenciária e proteção dos direitos das pessoas privadas de liberdade pessoal contra abusos e violações da lei.

No entanto, o exercício simultâneo das funções de remodelação da pena e proteção de direitos pode gerar um potencial conflito de interesses. Em razão de tal problemática, a legislação francesa, por exemplo, atribui a diferentes juízes (Durand et al., 2017) a fiscalização administrativa e as funções valorativas dos casos. Segundo pesquisa realizada na jurisprudência da *magistratura di sorveglianza* (Caputo, Ciuffoletti, 2017) o conflito tem duas possíveis causas. A divergência pode decorrer do fato de que, por um lado, o juiz pode ter interesse em colaborar com a administração, a qual é a fonte de informações sobre a conduta do condenado na prisão e, portanto, essencial para as decisões sobre medidas alternativas. Por outro lado, o juiz também deve fiscalizar e eventualmente condenar a mesma administração quando esta for responsável por abusos de que decorra a ilegítima compressão de um direito. Pesquisas recentes têm demonstrado que, face a este conflito, os magistrados tendem a manter uma relação privilegiada de colaboração com a administração, deixando em segundo plano as funções de fiscalização (Frosali, 2021).

Em segundo lugar, uma possível fonte de confusão pode derivar do fato de que o exercício das duas funções é baseado em regras radicalmente diferentes para a obtenção de provas. Os *magistrati* são normalmente obrigados a aplicar a regra do *affirmanti incumbit probatio*, segundo a qual o ônus da prova recai sobre o recorrente. Essa regra, no caso de processos que envolve abusos frente a presos, conforme orientação jurisprudencial consolidada do TEDH³³, deve ser invertida: o ônus de demonstrar que agiu legalmente e não cometeu abuso cabe à administração.

A referida pesquisa (Caputo e Ciuffoletti, 2017) destaca como uma cultura jurídica tradicionalista e uma formação inadequada do judiciário podem acabar tornando ineficazes as reformas e indicações vindas dos tribunais superiores. É evidente que, se assim for, o papel do Tribunal Constitucional e do TEDH é reduzido a mero interlocutor de orientações a uma comunidade de intérpretes (Santoro, 2008) que até o momento, não parece inteiramente pronta para traduzir os novos princípios do direito vivo. Essa atitude surda frente às inovações faz com que a prisão, mesmo que aparentemente passe por um processo de forte burocratização (Jacobs 1977), continue sendo uma instituição dotada de regras informais (Sykes 1958) dentro das quais as relações se dão no paradigma da violência (Goffman, 1961).

³¹ Coe, *European Prison Rules*, Recomendação Rec (2006)2 do Comitê de Ministros aos Estados Membros sobre as European Prison Rules, Estrasburgo, 2006.

³² European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)(CPT), Standards, <https://www.coe.int/en/web/cpt/standards>, 15-10-2022.

³³ Segundo o TEDH, nos casos em que os factos são do exclusivo “conhecimento das autoridades”, como no caso de pessoas detidas, existe uma “forte presunção” relativamente às lesões ocorridas durante a detenção. Caberá ao governo oferecer uma explicação convincente através da produção de provas que ponham em dúvida o relato da vítima sobre os acontecimentos (Salman cv Turquia, 2000, n. 21986/93, § 100). Na ausência de explicações convincentes, o Tribunal pode tirar conclusões desfavoráveis ao governo (Bouyid v. Bélgica [GC], 2015, 23380/09, § 83).

Bibliografia

- ABELS, D. 2012. *Prisoners of the International Community, the legal position of persons detained at international criminal tribunals*. The Hague, T.M.C. Asser Press, 865 p.
- ANCEL, M. 1966. *La nuova difesa sociale*. Milano, Giuffrè, 196 p.
- BECCARIA C. 1764 (ed. 2007). *Dei delitti e delle pene*. Torino, Einaudi, 720 p.
- CAPUTO G.; CIUFFOLETTI S. 2017. Marriage Italian Style. A decryption of Italy and ECtHR's relationship concerning prisoners' rights. In: G. CLIQUENNOIS, H. DE SUREMAIN (org.), *Monitoring penal policies in Europe*. London, Routledge, p. 74-88.
- CAPUTO, G. 2020. *Carcere senza fabbrica: povertà, lavoro forzato e welfare*. Pisa, Pacini, 320 p.
- CALLEGARI, A. L.; VICHINKESKI TEIXEIRA, A. 2013. Costituzione, diritto penale e politica criminale in Brasile tra convergenze e paradossi. *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, VII(3):17-30.
- COSTA, P. 1974. *Il progetto giuridico*. Milano, Giuffrè, 414 p.
- DE SOUSA SANTOS, B. 1995. *Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*. London, Routledge, 614 p.
- DURAND, C. et al. 2017. The European oversight of France. In: G. CLIQUENNOIS, H. DE SUREMAIN (ed.), *Monitoring penal policies in Europe*. London, Routledge, p. 63-74.
- DUFF, R. A. 2007. *Answering for Crime*. Oxford, Oxford University Press, 322 p.
- MOORE, M. S. 2010. *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*. Oxford, Oxford University Press, 849 p.
- MILL, J. S. 1859. *On liberty*. London, Parker and Son, 207 p.
- DURKHEIM, E. 1900. Deux lois de l'évolution pénale. *Année sociologique*, IV:65-95.
- FALZONE, V. et al. 1949. *La Costituzione della repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*. Roma, Colombo, 302 p.
- FASSONE, E. 1980. *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*. Bologna, Il mulino, 300 p.
- FAWCETT, J., 1985. Applications of the European Convention on Human Rights. In: MAGUIRE M.; VAGG J.; MORGAN R. (ed.). *Accountability and Prisons: Opening up a Closed World*. London, Tavistock, p. 61-80.
- FERRAJOLI, L. 1989. *Diritto e ragione*. Roma-Bari, Laterza, 978 p.
- FERRI, E. 1900. *Sociologia criminale*. Torino, Bocca, 1038 p.
- FLICK, G. 2012. I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale. *Des*, I:187-201 (Disponível em: [https://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it/images/pdf/MaterialeDidattico/Giovanni Maria Flick-I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale.pdf](https://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it/images/pdf/MaterialeDidattico/Giovanni_Maria_Flick-I_diritti_dei_detenuti_nella_giurisprudenza_costituzionale.pdf), Acesso em: 15/10/2022).
- FOUCAULT, M. 1975. *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Paris, Gallimard, 352 p.
- FROSALI, M. C. 2021. La tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti tra teoria e prassi: analisi dei provvedimenti del Tribunale di Sorveglianza di Firenze. *L'altro diritto*, 5:185:239 (<https://www.pacineditore.it/wp-content/uploads/2015/02/8-Frosali.pdf>, Acesso em: 8-01-2023).

- GALLIANI, D. 2018. Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità. Una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 35, 35-bis e 35-ter ord. penit. *Diritto penale contemporaneo*, **12**:64-129 (Disponível em: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6388-le-briciole-di-pane-i-giudici-il-senso-di-umanita-una-lettura-costituzionalmente-orientata-degli-ar>, Acesso em: 8-01-2023
- GARLAND, D. 2001. *The culture of control*. London, Oxford University Press, 324 p.
- GOFFMAN, E. 1961. *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*. New York, Anchor books, 400p.
- HART, H. L. A. 1968. *Punishment and responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford, Oxford University Press, 272 p.
- HOBBS, T. 1651 (ed. 1955). *Il leviatano*. Torino, Utet, 414 p.
- IGNATIEFF, M. 1978. *A just measure of pain: the penitentiary in the industrial revolution, 1750-1850*. New York, Pantheon books, 257 p.
- JACOBS, J. B. 1977. *Stateville: The Penitentiary in Mass Society*. Chicago, University of Chicago press, 300 p.
- JACOBS, J. B. 1980. The Prisoners' Rights Movement and Its Impacts, 1960-80. *Crime and Justice*, **2**:429-470.
- LIVINGSTONE, S. 2000. Prisoners' Rights in the Context of the European Convention on Human Rights. *Punishment & Society*, **2/3**:309-324.
- NEPPI MODONA, G. 1972. Carcere e società civile dall'unità a Giolitti. *Rivista di Storia Contemporanea*, **1/3**:341-380.
- _____. 1976. Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria. *La questione criminale*, **II**(2-3):319-350.
- PACKER, H. 1968. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford, Stanford University Press, 388 p.
- PRATT, J. 2007. *Penal Populism*. London, Routledge, 224 p.
- ROTHMAN, D. 1971. *The discovery of asylum*. Boston, Little, Brown and Co., 376 p.
- ROCCO, A. 1904. *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*. Prato, Giachetti, 81 p.
- Romagnosi, R.D. 1857. *Genesi del diritto penale*. Milano, Silvestri, 416 p.
- SANTORO, E. 2004. *Carcere e società liberale*. Torino, Giappichelli, p. 388
- _____. 2008. *Diritto e diritti: lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione*. Torino, Giappichelli.
- SYKES, G. M. 1958. *The Society of Captives: A Study of a Maximum Security Prison*. Princeton, Princeton University Press, 199 p.
- VAN ZYL SMIT, D.; SNACKEN, S. 2009. *Principles of European prison law and policy: Penology and human rights*. Oxford, Oxford University Press, 488p.
- VON HIRSCH, A. 1976. *Doing justice: the choice of punishments*. New York, Hill and Wang, 179 p.
- VON LISZT, F. 1962. *La teoria dello scopo nel diritto penale*. Milano, Giuffrè, 110 p.
- WILSON J. Q. 1975. *Thinking about crime*. New York, Basic Books, 331 p.

Submetido: 19/01/2023

Aceito: 13/06/2023