

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.1

TEMAS FUNDAMENTAIS DE EXECUÇÃO PENAL*

ANABELA MIRANDA RODRIGUES

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1 Renovação e aprofundamento da idéia de socialização; 1.2 Vectores de uma reforma – 2. Regulação jurídica do estatuto do recluso a partir dos direitos e deveres fundamentais: 2.1 O problema; 2.2 Alguns direitos.

1. Introdução

1.1 *Renovação e aprofundamento da idéia de socialização*

1.1.1 Uma abordagem do direito de execução da pena de prisão tem inevitavelmente de se enquadrar no âmbito das decisões fundamentais em matéria de política criminal.

As opções tomadas ao nível do Código Penal são, por isso, condições prévias indispensáveis para delinear uma concepção sobre a execução da pena de prisão.

A importância da política criminal no tempo presente é, de resto, crescente. Falar de luta contra o crime significa assinalar uma *finalidade* ao direito penal, designadamente à pena, que lhe justifica a existência.

Só esta intencionalidade teleológica – que tem na realidade social e na protecção de bens jurídicos o seu ponto de referência privilegiado – responde hoje positivamente, aos problemas de legitimação do direito penal. Com efeito, assiste-se a uma profunda modifica-

ção do sistema penal, marcada pelo abandono da onticidade (conceitualista) ligada ao finalismo e pela superação da referência exasperadamente normativa do neokantismo, mediante a afirmação, fundamentada nas ciências sociais, da *finalidade prevenção*, hoje em dia geralmente reconhecida como *valor orientador da administração da justiça penal*.

Para além do mais, a atribuição à pena desta finalidade está ligada à *secularização*⁽¹⁾ do direito penal: perda a legitimação teológica e metafísica do *ius puniendi*, também a pena perde, em grande parte, a sua função de cunho retributivo e, justificado aquele à luz da necessidade – uma “amarga necessidade”, como já foi dito –, ganha esta uma finalidade terrena, limitada à prevenção do cometimento de outros crimes (prevenção geral e especial).

Para além da libertação da pena de um conteúdo metafísico, importa ainda sublinhar que o sistema sancionatório do nosso Código Penal, ligado a esta

(*) Palestra proferida durante do IV Seminário Internacional do IBCCrim.

(1) Sobre o fenómeno da secularização do direito penal, cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 218 s.

orientação de política criminal, assenta na concepção básica de que a pena privativa de liberdade constitui a *ultima ratio* da política criminal. Desta concepção derivam consequências a dois níveis, que o legislador procura levar tão longe quanto possível.

Em primeiro lugar, consequências quanto à *reconformação da própria pena de prisão* no sentido de, em toda a medida possível, limitar o seu efeito negativo e criminógeno e oferecer-lhe um sentido positivo, prospectivo e socializador.

Em segundo lugar, consequências quanto à *limitação da aplicação concreta* da prisão, advogando a sua *substituição*, sempre que possível, por penas não institucionais.

1.1.2 Num sistema penal teleologicamente orientado, à pena cabe o ónus de otimizar os resultados. É, contudo, a "coerência" sem limites de uma política criminal preventiva que se repudia em absoluto.

"A criminalidade e a violência ocupam atualmente o centro das preocupações dos cidadãos. Mesmo uma política criminal que dê prioridade à "garantia da liberdade" em face do "combate à criminalidade" não pode negligenciar este tema".²

Actualmente vive-se uma dramatização e uma politização da violência extraordinariamente grandes. "Nunca como hoje houve a oportunidade de perceber a violência e o seu exercício. Uma sociedade que dispõe, por um lado, de poderosos meios de comunicação e, por outro, está vivamente inte-

ressada, enquanto valora esses meios, na comunicação do fenómeno da violência, não precisa já de a experimentar no seu próprio seio para a perceber em toda a sua omnipresença: basta-se só com contemplar o exercício da violência no mundo que a rodeia".³ Paralelamente a esta percepção social da violência, do risco e ameaça, a atitude social transforma-se: a sociedade não oferece mais um direito penal que realmente seja uma garantia de liberdade: A "magna carta do delinquente" a sociedade opõe a "magna carta do cidadão", o reclamo por um arsenal de meios efectivos de luta contra o crime e de repressão da violência.

O delinquente tende a converter-se num inimigo e o direito penal num "direito penal para inimigos". O requisito é a favor de um direito penal eficaz, de um direito penal que alia instrumentos e critérios de modernidade, dando lugar, ao lado de um direito penal social (de colarinho azul), repressivo da violência, a um direito penal tecnocrático (de colarinho branco), de orientação pelos fins.⁴ Marcado, entretanto, pelo olvido ou afastamento de princípios que tradicionalmente já vinham enriquecendo o património penal: o da protecção da dignidade humana e o da subsidiariedade da intervenção penal.

(2) Assim abre W. HASSEMER as considerações que tece em torno do tema *A segurança pública no Estado de Direito* (Associação Acadêmica - Faculdade de Direito de Lisboa, 1995), p. 87.

(3) W. HASSEMER, *El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal 'eficaz'*, Doctrina Penal, 1990, p. 193. Nesta linha, o Autor alerta ainda para que "chegou a hora de conceitos como 'luta', 'eliminação' ou 'repressão' em detrimento de outros como os de 'colaboração' ou 'viver com'". Mesmo a idéia de prevenção perdeu o seu sabor terapêutico, social ou individual, e estrutura-se como instrumento eficaz e altamente interventor na luta contra a violência e o crime" (p. 195).

(4) Assim, HASSEMER, *Doctrina Penal*, 1990, p. 198 s..

O binómio criminalidade e violência ocupa, entretanto, o lugar de destaque que vimos salientando com a eclosão da criminalidade organizada e de massa.⁵ São estes fenómenos os principais responsáveis por uma política criminal que tende a reduzir-se a uma “política de segurança”. Eles induzem a “grande escuta”, se quisermos arremedar a imagem orwelliana do Grande Irmão.

Pode mesmo afirmar-se sem grande margem para erro, que a criminalidade de massa é a principal responsável por uma política criminal *populista*. É conhecida a sua tática de manipulação do medo colectivo difuso resultante desta criminalidade, praticada com o objectivo de obter meios e instrumentos para o seu combate mediante a restrição da liberdade. “As contínuas vivências e descrições da criminalidade de massa condimentam um clima generalizado de medo ao crime, impotência do Estado e promessas de que, com maior repressão, a situação melhora”.⁶

Quanto à criminalidade organizada,⁷ ela acompanhou e preparou uma reestruturação das relações económicas, sociais, políticas e geo-estratégicas: o mercado criminal é indissociável da sociedade oficial. O panorama do mundo actual só se compreende à luz da economia criminal. Ela é, ao mesmo tempo, encoberta e ameaçadora.

Está demonstrado empiricamente que o tema do “combate à criminalidade”

constitui um “subtil regulador dos sentimentos de ameaça da população”,⁸ sentimentos poderosos e fortemente enraizados, activados e despertados quando a ameaça é ao mesmo tempo intensa e difusa e a impotência do Estado para controlar a criminalidade é notória.

Neste quadro, a invocação da finalidade de socialização na execução da pena de prisão ou de direitos e liberdades fundamentais afigura-se “anacrónica e ingénua”. O discurso da lei e da ordem ganha terreno. Uma política progressiva de “segurança da liberdade” é argumentativamente negligenciada quando apenas se limita a alertar para as restrições à liberdade que o combate ao crime comporta. Não bastam gestos de discórdância e de advertência em relação ao discurso poderoso e convincente da “necessidade de acção, já e em força”.

Assiste-se à desconstrução do modelo dominante sem se apresentar ainda um novo modelo teórico.

1.1.3 O interesse pela política criminal não é novo nem fortuito. Teve por causa a erupção da mentalidade científico-positivista. E, pese a involução idealista que, como reacção, se produziu entre as duas guerras mundiais, a nova mentalidade continua a dominar o pensamento do nosso tempo.

Em certo sentido, pode mesmo dizer-se que continuam a valer hoje os termos em que, por finais do século passado, surgiu já a atracção pela política criminal: esta continua a apresentar-se como a alternativa “moderna”, chamada a destituir do seu posto, paulatina mas inevitavelmente, a “velha” ciência jurí-

(5) Neste sentido, HASSEMER, *A segurança pública no Estado de Direito* (Associação académica – Faculdade de Direito de Lisboa, 1995), p. 91 s..

(6) HASSEMER, *A segurança pública no Estado de Direito* (Associação Académica – Faculdade de Direito de Lisboa, 1995), p. 92.

(7) Sobre o tema, vide J. DE MAILLARD, *Crimes e Leis*, Biblioteca Básica de Ciência e Cultura, Instituto Piaget, p. 32 s..

(8) HASSEMER, *A segurança pública no Estado de Direito* (Associação Académica – Faculdade de Direito de Lisboa, 1995), p. 89.

dica. É certo que desde os seus primeiros desenvolvimentos, o progresso da política criminal não tem sido sempre igualmente poderoso e que, entretanto, a dogmática jurídico-penal conheceu talvez os momentos mais brilhantes da sua história. Mas não foi por isto que a política criminal perdeu a sua pretensão de alternativa de futuro, como indica o fato de em grande número de países – mesmo naqueles de maior tradição dogmática – ter monopolizado a atenção dos penalistas.

No actual contexto cultural da cibercultura, da simulação de novos mundos e da vulgarização das metáforas científicas – todos nós hoje falamos com à vontade de “teoria das catástrofes”, das “estruturas dissipativas” dos “objectos fractais” ou de “buracos negros” –, perdeu protagonistas e atractivo o estudo normativo do direito, parecem mais “científicas” as ciências sociais e, entre elas, encontram melhor guarida as ciências das penologia ou da criminologia do que a pura (ciência) dogmática. Esta, se não quer ver-se definitivamente arredada para o plano das peças decorativas mas inúteis, não pode deixar de se pensar estreitamente ligada às ciências sociais e, especialmente, à criminologia.⁹

Falar de finalidade, funcionalidade ou mesmo, hoje, de luta contra o crime significa indicar uma finalidade ao direito penal, designadamente à pena, que lhe justifica a existência. Sendo certo que uma integral justificação exige a avaliação das finalidades apontadas em face dos resultados obtidos.

A legitimidade do direito penal está hoje – perdidas as matrizes de legitima-

ção teocrática ou metafísica – na sua capacidade para reduzir ao mínimo possível o grau de violência que se gera na sociedade.¹⁰ A ausência de um “direito” penal suporia o abandono do controlo do crime ao livre jogo das forças sociais: em definitivo, a uma dinâmica de “agressão-vingança (agressão)-vingança”. A sua existência, pelo contrário, como mecanismo organizado e monopolizado pelo Estado, tem vantagens significativas. E, desde logo, a não pouca importância de uma significativa redução da violência que supõe a formalização inerente à atribuição ao Estado da função de punição. Na verdade, para além de o Estado, talvez já antes, mas seguramente a partir do surgimento do direito penal liberal, produto do iluminismo, delimitar os pressupostos da sua intervenção punitiva em “formas” (por exemplo, o princípio da legalidade) que cumprem uma função garantística e de redução das quotas de violência, ele delimita também materialmente a sua intervenção punitiva: trata-se agora da redução do âmbito do direito penal à protecção de bens jurídicos, com todos os limites que essa própria protecção conleva. Desta forma, a violência das múltiplas agressões e das correspondentes reacções vingativas substitui-se pela violência característica, quer de um mecanismo de dissuasão como é o da ameaça da pena, quer da aplicação da pena em si. Esta violência, no entanto, dados os limites formais e materiais que lhe são assinalados, é de menor grau que a violência que desencadearia a sua ausência.

A legitimação do direito penal advém, assim, de que a sua existência, como um

⁽⁹⁾ Cf. Já neste sentido T. WÜRTENBERGER, *Kriminalpoliik im sozialen Rechtsstaat. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge (1948-1969)*, Stuttgart, 1970, p. 37 s. e H. MÜLLER-DIETZ, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpoliik*, Berlin, 1971, p. 149 s..

⁽¹⁰⁾ Sobre isto e no que se segue, cf. J. M. SILVA SÁNCHEZ *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 181 s..

mal, traz consigo um mal menor do que aquele que se quer evitar.

De facto, para lograr legitimidade, vê-se o direito penal chamado a uma auto-avaliação contínua, a fim de determinar se responde à exigência do “mínimo dano social” ou da “mínima violência”. Esta regra obriga-o a avaliar-se perante outro direito penal que possa ser igualmente eficaz com menos dano social, com menos violência. A história do direito penal é a história desta auto-confrontação – direito penal vigente / reforma do direito penal –, em que não apenas se tomam em conta as referidas considerações utilitaristas, mas outros princípios não utilitaristas, como os da culpa, da humanidade, ou da igualdade. Se o nosso olhar se alongar no tempo, o balanço dessa oposição dialéctica tem sido a apreciável redução da violência, do dano social causado pela pena, sem que isto tenha tido por contrapartida a aceitação de um aumento apreciável da violência social, em suma, sem que tenha diminuído substancialmente o nível da prevenção. O direito penal manteve, pois, pelo menos, o seu clássico nível de controlo, reduzindo significativamente os seus aspectos repressivos: basta pensar, como aspectos essenciais, na supressão das penas corporais, na abolição da pena de morte, na significativa redução temporal das penas privativas de liberdade, na progressiva humanização da execução da pena de prisão, ou no aparecimento de vastos elencos de penas de substituição.

O direito como “instrumento de liberdade” é a expressão deste evoluir. Nem sempre incontestado, contudo, perante as novas formas de violência e criminalidade. A fazer surgir a dúvida sobre se a política criminal não tem sido um erro gigantesco.

1.1.4 Na década de 70, as discussões em torno da política criminal eram

marcadas pela convicção da ineficácia total da intervenção¹¹ ou, ao menos, pela impossibilidade de tirar conclusões estatisticamente fundadas.¹² E, se bem que parte dos resultados tenha sido objecto de avaliações positivas,¹³ a socialização perdeu o seu estatuto de elemento chave da política criminal moderna. As atenções viraram-se para outras intenções punitivas, tais como a dissuasão, a punição como justa retribuição, a prevenção situacional, a diversão ou não intervenção.

A situação agravou-se na década de 80, porquanto qualquer discussão séria sobre “o que corria bem” com a socialização estava praticamente interdita. Provam-no os 25 anos que decorreram desde a última discussão aprofundada sobre o assunto levada a efeito no seio do Conselho da Europa (só em 1993 a discussão foi reatada). Aqueles que pretendiam ter encontrado “tratamentos” penais eficazes suscitavam a desconfiança entre muitos criminólogos. Os seus “resultados” positivos eram sistematicamente negligenciados ou rejeitados como produto de lacunas ou de erros de avaliação, ou como presunções injustificadas, repousando sobre dados insuficientes.

O “modelo de justiça”, dito neo-clássico, que pretendeu substituir-se ao

(11) Cf. R. MARTINSON, *What works? Question and answers about prison reform* (1974) e a conhecida resposta: “Nothing works”.

(12) Cf., nomeadamente, D. LIPTON, R. MARTINSON, J. WILKS, *The effectiveness of correctional treatment*, New York, 1975 e C. LOGAN, “Evaluation research in crime and delinquency: a reappraisal”, *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 63, p. 378 s..

(13) Mesmo MARTINSON, em 1979, relativizou o seu discurso: Cf. “New finding, new views: a note of caution regarding sentencing reform”, *Hofstra Law Review*, 7, p. 242 s..

modelo socializador, talvez não tenha colocado seriamente em causa a limitação das sanções através do princípio da proporcionalidade e da culpa. No entanto, a importância dada à noção de “justa retribuição” – sobretudo quando ligada a objectivos utilitários de inocuização ou de intimidação geral – levou a que se gerasse, em muitos países, um clima repressivo e potencialmente desumanizante no setor punitivo.

O abandono do modelo socializador que este movimento significou não foi acompanhado, entretanto, na realidade, pelas mudanças desejadas: a criminalidade não decresceu, o sistema judiciário é cada vez mais moroso, as prisões estão cada vez mais sobrelotadas e o clima prisional piorou consideravelmente e a motivação profissional do pessoal diminuiu.

1.1.5 Face ao desenvolvimento da criminalidade, um pouco por todo o lado e quaisquer que sejam os sistemas policiais, jurídicos e judiciários, o problema exprime-se sempre na mesma fórmula: “sentimentos de insegurança” e “crise da justiça” regressam como *leit motiv* exprimindo a exasperação crescente perante a ineficácia das polícias e da justiça. Paralelamente surge o fenómeno da “europeização” das prisões e o aumento da taxa de encarceramento.

Não é só o crime ou o criminoso que se europeizam, na medida em que apresentam mais ou menos as mesmas características em todos os países da Europa. São também as suas prisões, com sobrepopulação generalizada, cada vez mais estrangeiros, toxicodependentes e portadores de anomalia psíquica, um parque penitenciário que deixa a desejar e o pessoal desmotivado. Se bem que Portugal se tenha apresentado recentemente – numa radiografia dos sistemas punitivos de 34 países euro-

peus feita no âmbito do Conselho da Europa – com um dispensável primeiro lugar,¹⁴ o aumento das taxas de encarceramento, traduzido num aumento da duração do tempo de permanência na prisão, é um fenómeno generalizado.

Estudos recentemente realizados mostram que não há relação directa entre taxas de delinquência e aumento de taxas de encarceramento. Nem sequer entre taxas de encarceramento e economia. Verdadeiramente a relação é entre taxas de encarceramento e o “clima moral-social” associado a uma conjuntura económica específica.¹⁵ É o “humor do tempo”, revela um estudo de Zimring e Hawkins.¹⁶

Não é a lei, defendem os mesmos autores, mas a *aplicação da lei* que influencia decisivamente a taxa de encarceramento.

O que faz deslocar a questão para o contexto cultural.¹⁷ Exigências de austeridade e apelo à ordem social e a uma maior estabilidade exprimem um re-

(14) Portugal mantém na prisão, em média, 140 cidadãos por cada 100 000 habitantes: é a maior cifra da União Europeia. A maior parte dos Estado-membros mal se aproximam deste valor (veja-se o caso da Inglaterra (106,8), e do Luxemburgo (104,4), os dois países que apresentam as taxas mais elevadas): Cf. SPACE (Council of Europe annual penal statistics), Enquiry 1996. O mesmo estudo revela ainda que Portugal é o país em que é mais alta a média da duração da prisão.

(15) Cf. M. D. MELOSSI, *Effets des circonstances économiques sur le système pénale, Crime et économie* (Actes – Rapports présentés au 11.º Colloque criminologique), 1994, p. 79 s..

(16) F. ZIMRING e G. HAWKINS, “The growth of imprisonment in California”, *British Journal of Criminology*, 34 (Special Issue), 1991, *The scale of imprisonment*, p. 83 s..

(17) Nesse sentido e no que se segue, MELOSSI, *Crime et économie*, p. 83 s..

quisitório a favor da disciplina social a que uma política criminal mais agressiva pode dar corpo. Quando uma economia está em crise, os conflitos sociais atingem o paroxismo, a sociedade reivindica direitos e não se preocupa com a solidariedade. Já Durkheim o tinha compreendido, quando sustentava que a sociedade redefine as fronteiras da moralidade debatendo publicamente o direito, sobretudo o direito penal. Mead mostrou-o através da sua teoria do “bode expiatório”. E Foucault, com a sua análise da transformação das “ilegalidades subversivas” em “delinquência”, reforçou-o.

Nesse contexto, crime é a metáfora para designar toda a conduta desviante e pena a metáfora que serve para apontar o remédio. Uma verdadeira “obsessão pela pena” domina a sociedade — obsessão que acabou por dar lugar a uma verdadeira “indústria de luta contra o crime”.¹⁸

Por seu turno, o alargamento da repressão às novas formas de criminalidade e o apoio que este alargamento merece na opinião pública caucionam, ao mesmo tempo, uma repressão muito mais abrangente. O consenso obtido na luta contra a criminalidade organizada permite justificar um endurecimento cego da punição. “O grau de legitimidade atingido pelo sistema de justiça penal, pelo aparelho judiciário e pelo aparelho policial não tem precedentes na história italiana” — escrevia Pavarini em 1994. O pano de fundo era a Operação Mãos Limpas. Mas, concluía o mesmo autor: “Por cada mafioso enviado para a prisão, 100 toxicodependentes condenados eram também enviados a prisão; por cada político corrupto colocado atrás

das grades, 100 imigrantes de raça negra eram presos”.¹⁹

A mistura dos dois tipos de criminalidade, organizada e de massa, vicia os dados de uma política criminal racional. É preciso abalar os pilares da discussão e tentar compreender a verdadeira dimensão de uma política criminal de segurança.

As manifestações da criminalidade de massa afectam-nos directamente, seja como vítimas reais ou potenciais. Atingem-nos no aspecto económico, físico e emocional e levam-nos a duvidar da força do direito. Exigem soluções que passam, sobretudo, por políticas de prevenção. Nada vai mudar enquanto se não operar esta reorientação da política criminal.²⁰

Mas se esta criminalidade requer sobretudo meios de prevenção em vez de exacerbamento e utilização do arsenal punitivo, as suas fontes são profundas e difíceis de estancar. Não podemos iludir a verificação de que *criminalidade e medo da criminalidade* fazem parte da sociedade actual por razões que a filosofia social vem desvendando.

Ele fala-nos de “sociedade de risco” e de “narcisismo”.²¹ No fundo, para significar a crescente dificuldade com que na nossa vida diária nos defrontamos para encontrar orientações estáveis e com força de persuasão. De um lado, a complexificação das relações sociais

(18) NILS CHRISTIE, *Crime control as industry*, London, 1968 (apud MELOSSI, *Crime et économie*, p. 95).

(19) M. PAVARINI, “The new penology and politics in crisis: the italian case”, *British Journal of Criminology*, 34 (Special Issue), p. 59.

(20) Neste sentido, HASSEMER, “A segurança pública no Estado de Direito” (Associação Académica — Faculdade de Direito de Lisboa, 1995), p. 92 s. e 109 s..

(21) No que se segue, HASSEMER, *A segurança pública no Estado de Direito* (Associação Académica — Faculdade de Direito de Lisboa, 1995), p. 105 s.

e os riscos da moderna tecnologia são vivenciados como algo ameaçador, abrangente, devastador, difuso; de outro, as instâncias de controle social (mundo profissional, vizinhança, escola) perdem a sua força para fixar normas óbvias e indiscutidas da vida em sociedade e a tendência é para o isolamento e dessolidarização.

Criminalidade e o medo da criminalidade marcam, assim, a contemporaneidade. Medo da criminalidade que, todavia, como um jogo de espelhos, adquire reverberações: entre a *ameaça* e o *sentimento* de ameaça não existe a mais remota relação causal. Mas sem que isso invalide que a causa seja a erosão das normas sociais: “nenhuma idéia é suficientemente forte para fundamentar uma prática, para funcionar como ciência rigorosa da praxis”.²² Sem uma ciência de navegação que apenas seja preciso aplicar, “navegamos sem o mapa que fazemos”, para o dizer como só Sophia de Mello Breyner o sabe dizer.

Tudo a apontar um caminho à política criminal: iniciar e favorecer processos de solidarização e de estabilização das normas.

Mas a consciência solidária dos cidadãos também se nutre do fermento dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. O conceito de “patriotismo constitucional” de Habermas²³ serve aqui para lembrar que o respeito pelos direitos dos outros se constitui na mais eficaz barreira contra a dissolução da sociedade e o resvalar para a criminalidade.

1.1.6 Solidariedade e respeito pelos direitos fundamentais são conceitos-chave de uma política criminal que se volta decididamente para a socialização. Afirmamo-lo sem hesitar e com convicção.

Jurídico-constitucionalmente imposta pela dimensão social do Estado que a nossa Constituição consagra, iniciou-se a curva ascendente do seu ciclo a partir da década de 80. Tem cada vez mais peso a influência daqueles que refutam a tese de que “nothing works” no domínio da *intervenção (a mode Wort* que substitui o *tratamento*, em países “marcados” por esta experiência) socializadora. Existem dados suficientes, fornecidos por *meta-análises* – desde meados dos anos 80, foram publicadas uma série de meta-análises sobre o “tratamento de delinquentes”²⁴ – e outros instrumentos de estudo, para concluir que certas intervenções exercem uma influência não negligenciável sobre as taxas de reincidência e sobre outros critérios de aferição do êxito da finalidade de socialização. Isto sem embargo de ser simplista querer substituir o bordão *nothing works* pela generalização aventureira de que “o tratamento funciona sempre”.

Ao nível sociológico, a evolução do pensamento socializador, em relação aos reclusos, reenvia-nos para a evolução mais geral verificada em sede de tratamento da exclusão. Assiste-se,²⁵ com efeito, à “redescoberta da ética nas relações sociais”, devido, à “tomada de consciência colectiva das disfunções da nossa sociedade, da impotência

(22) Eduardo Prado Coelho, “1980-1990: a escrita de outros astros”, *O cálculo das sombras*, 1997, p. 51.

(23) Apud HASSEMER, *A segurança pública no Estado de Direito* (Associação Académica – Faculdade de Direito de Lisboa, 1995), p. 111.

(24) Sobre o método da meta-análise, cf. M. F. LÖSEL, *L'évaluation des interventions psychosociales en prison et en d'autres contextes pénaux* (Actes – rapports présentés à la 20^e Conférence de recherches criminologiques), 1993, p. 84s. e 106 s..

(25) Cf. S. PAUGAM, *La société française et ses pauvres*, Paris, PUF, 1993, p. 112.

do Estado providência face ao desenvolvimento da nova pobreza". A mudança imputa-se à necessidade de regular de outro modo, "nas sociedades modernas, as tensões sociais do fim do século, nascidas da degradação do mercado de emprego e do enfraquecimento dos laços sociais". Aplicado aos reclusos, este novo modo de regulação social – que, em vez de se acantonar à repressão, reabilitaria os interessados – significa desenvolver a relação de "pertença à comunidade" do recluso.²⁶ Se o corpo social não está facilmente inclinado para considerar como "seus" os reclusos, tal não fica apenas a dever-se ao facto de assim se evitar uma assistência e uma solidariedade que custam dinheiro, mas também ao facto de a sociedade não ser confrontada com uma paternidade embaraçosa. De facto, confrontar-se com uma população de toxicodependentes leva-a perguntar-se necessariamente, se tais indivíduos não reflectem afinal os problemas e o mal-estar de uma sociedade em crise, em vez de os provocarem.

A verdade é que, mesmo nos países que mais ampliaram o discurso repressivo ao nível da punição, a socialização, como princípio que preside à execução da pena de prisão, renova-se e aprofunda-se.

Desde logo, são novos métodos de intervenção, mais solidamente fundados em conhecimentos criminológicos, que se põem em acção.²⁷

Acresce que o esforço socializador, em muitos países e designadamente no

declínio no plano da política criminal não se traduziu senão parcialmente na prática: cf. KAISER, KERNER, SCHÖCH, *Strafvollzug*, 1991. Assim, não é exacto dizer-se que já não existem programas de socialização nas prisões americanas. Apesar de muitos analistas pedirem o abandono de tal modelo depois da publicação dos trabalhos de Martinson em 1974 e de Lipton *et alii* em 1975 e das conclusões das investigações sobre a eficácia das técnicas de socialização, o certo é que (de acordo com dados obtidos a partir de 1983) a grande maioria dos directores penitenciários não estão dispostos a abandonar os programas de socialização. De facto, parecem convencidos de que "tais programas serão eficazes naqueles grupos de delinquentes que manifestem suficiente interesse e sejam motivados para os aproveitar. Para além do mais, estes programas oferecem alguma evasão aos fenómenos negativos da prisão, tais como a solidão, a perda de autonomia e capacidade para ter iniciativa, ameaças latentes e manifestas de violência, a rotina, monotonia e massificação de actividades e relações (D. FARRINGTON e L. WILSON, *Understanding and controlling crime*, 1986, apud V. GARRIDO e S. REDONDO, "El tratamiento y la intervención en las prisiones", *Delincuencia*, vol. 3, n. 3, p. 302). Na Grã-Bretanha, a situação é muito semelhante. Da mesma forma que nos EUA, os programas de socialização resistiram ao desaparecimento. A situação não é de molde a pode dizer-se que exista uma planificação básica quanto à organização das prisões ou linhas mestras que definam o quadro de intervenção socializadora. Mas, de qualquer modo, pode identificar-se uma corrente com alguma influência, denominada de *construtivista* (cf. V. GARRIDO e S. REDONDO, op. Cit., p. 303 s.). Com esta expressão designa-se fundamentalmente um método de intervenção baseado na aprendizagem de competências sociais e no estabelecimento de relações interpessoais, bem distinto dos modelos terapêuticos. A ênfase não está tanto em desenhar programas com grande rigor metodológico, capazes de demons-

(26) Neste sentido, A.M. MARCHETTI (avec la coll. de PHILIPPE COMBESSIE), *La prison dans la Cité*, p. 296 s. (p. 299).

(27) O exemplo pode ir buscar-se aos EUA ou à Grã-Bretanha. Países que – juntamente com os países nórdicos – vêm sendo apontados como aqueles onde se verificou um maior declínio da ideia de socialização, por contraposição ao maior apogeu que também aí conheceu. Entretanto, o que hoje se reconhece é que aquele

nosso, não foi ainda feito de uma forma cabal. Se a confirmação que o ideal socializador tem recebido nos últimos anos é, com efeito, de grande relevo – a ampliação do arsenal punitivo um pouco por todos os países e a reforma do direito de execução das medidas privativas de liberdade são alguns dos seus sinais mais significativos –, importa sublinhar que o esforço realizado não serve de muito se não for adequadamente apoiado pelo *know-how* indispensável para o fazer triunfar.

A reforma prisional constitui, a este respeito, um exemplo lapidar: declarar que a socialização é o objectivo primário para que se deve orientar a execução da pena privativa de liberdade é totalmente acertado; essencial é, da mesma maneira, a humanização do sistema prisional no sentido de uma consideração efectiva e séria dos direitos do recluso. Mas o núcleo da questão está em dispor dos *meios* e dos *conhecimentos* necessários para concretizar a oferta de socialização, a fim de que as *oportunidades* dadas a quem está ainda em condições de abandonar a “carreira criminal” sejam, na maior medida possível, reais e não meramente simbólicas.

1.2 Vectores de uma reforma

1.2.1 A evolução sumariamente descrita deve ser apreciada no que significa por si mesma e no quadro das garantias

trar a sua aptidão para a diminuição da reincidência, quanto em implicar todos os funcionários da prisão – pessoal de segurança e técnicos de socialização – e os próprios reclusos em programas destinados a maximizar o papel dos indivíduos na sua adaptação à sociedade e a desenvolver as suas competências de relacionamento e de compreensão social. Daí que se utilize uma grande variedade de exercícios, actividades em grupos e de experiências de contacto pessoal.

jurídicas consubstanciadas no princípio do Estado de direito democrático.

Na verdade, as novas resistências ao que hoje é chamado de “renascimento da socialização” não se reduzem ao cepticismo com que ainda se encara a eficácia da intenção socializadora. Alimentam-se, em última análise, do medo de que ela ressuscite uma filosofia penal baseada em poderes discricionários alargados à forma, natureza e duração da pena de prisão – o que, a acontecer, atentaria de maneira insuportável e injustificada contra as liberdades e os direitos dos reclusos. A questão reside então em saber se a colocação da tónica na eficácia do tratamento não corre o risco de fazer ressurgir os problemas de poder discricionário ilimitado e de falta de respeito pelos direitos dos reclusos, que lançaram o descrédito sobre o ideal de socialização.

Estes receios são fundados e por isso se insiste em que qualquer forma de intervenção potencialmente lesiva dos direitos fundamentais seja submetida às garantias previstas na CEDH e em outros diplomas internacionais.²⁸

Assim, o novo tipo de intervenção funda-se no reconhecimento da necessidade de obter o *consentimento* esclarecido do seu destinatário, da importância de colocar o recluso em condições de optar pela adesão à intervenção e das vantagens da utilização da noção de “contrato” quando se quer obter a participação do recluso num programa de tratamento.

Aceita-se, por seu turno, que a *intervenção psico-social* pode fornecer uma larga gama de oportunidades aos reclusos e servir para atingir vários objectivos

(28) Sobre isto, M. R. HOOD, *Rapport Général*, Les interventions psychosociales dans le système de justice pénale, 20.^e Conférence de recherches criminologiques, 1993, p. 207 s..

que não apenas o da diminuição das taxas de reincidência. Por exemplo: ajudar os reclusos desfavorecidos promovendo a igualdade real, restabelecer a saúde mental, melhorar o clima institucional na prisão e diminuir as taxas de suicídio. Além disso, neste domínio, não devem desprezar-se os modelos de intervenção inspirados na preocupação de tomar em conta a relação vítima-delinquente e em programas de mediação.

Deste modo, a intervenção de socialização pode compatibilizar-se com o respeito pelos direitos e garantias dos seus destinatários. Perante as variadas carências individuais e sociais dos reclusos, incumbe ao Estado fornecer as possibilidades de uma mudança, excluindo do mesmo passo a via da coacção. Por outras palavras: é possível realizar um equilíbrio entre o dever de ajudar os reclusos a evitar a passagem ao acto criminoso e o dever de os proteger contra os abusos de poder fundados no arbítrio e na repressão.

A vida aberta é, portanto, a da procura desse “ponto de equilíbrio”, rejeitando a tendência que se visa abandonar os esforços de socialização sob pretexto de que seriam inatingíveis e indesejáveis.

Em suma, pode dizer-se que a socialização sobreviveu a muitas políticas penais que gozaram (ou gozam ainda) das vantagens de serem “moda”. E hoje, em países onde encarnadamente se combateu esse ideal, fala-se do seu ressurgimento, tal como já se tinha falado do ressurgimento da prevenção geral e da nova repressão penal, cumprindo os ciclos das finalidades da punição.

O nosso país, que foi resistindo aos “ventos da moda”, poderá agora aproveitar dos “ventos de renovação” do ideal a que permaneceu fiel, na medida

em que este ressurgimento da socialização tem em conta os erros do passado, a avaliação feita e fundamenta caminhos de futuro.

1.2.2 Diz-se, além do mais, quando o contributo empírico põe em destaque os efeitos dessocializadores da prisão, que o seu principal objectivo deve ser, não tanto a socialização, quando *evitar a dessocialização* dos reclusos.²⁹ É sabido que a criminologia nem sempre tem dado a atenção devida às considerações empíricas dos efeitos da prisão. E a doutrina penal nem sempre parece consciente da gravidade de uma tal carência. Sobre um ponto parece no entanto haver consenso: a prisão, a pena em torno da qual gira o sistema punitivo, não só produz efeitos de dessocialização, como também cria problemas e dificuldades ulteriores tendo em vista o regresso do recluso à comunidade.

Esta afirmação em si irrefutável, não desmente, todavia, a legitimidade da conclusão de que a pena de prisão *deve* ter uma finalidade socializadora: referir o fim socializador da pena é colocar a questão no terreno *normativo* da sua legitimação e não no da pura *descrição sociológica* dos fenómenos. Vale isto por dizer que refletir sobre a finalidade que deve guiar a execução da pena não é o mesmo que analisar os efeitos que a pena produz tendo em conta a realidade penitenciária.

No entanto, mesmo tendo presente a correcta distinção entre os dois planos de análise, os efeitos dessocializadores da pena de prisão alertam para o perigo de se assumir *sem mais*, a socialização como fim da execução.

(29) Sobre isto, cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena...*, cit., p. 317 s. 558 s..

Com efeito, eles desvelam um paradoxo aparentemente irreduzível: a prisão produz um efeito de intimidação sobre o recluso, criando, assim, um estímulo à adaptação às regras de vida em sociedade: mas, ao mesmo tempo, exclui o indivíduo do seu estatuto jurídico normal, atinge a personalidade, favorece a aprendizagem de novas técnicas criminosas e propõe valores e normas contrária às "oficiais".

Na verdade, o quotidiano da vida prisional rege-se normalmente por regulamentos asperamente limitativos, que dificultam e proíbem as mais variadas actividades, subordinados ao objectivo principal de "evitar problemas" e, sobretudo, dominar o recluso, a ênfase na segurança, no evitar a fuga, no controle quotidiano e contínuo da vida do preso convertem a prisão, em si mesma dessocializadora por constituir uma "instituição total", num *habitat* que transmite ao recluso uma grande *violência* - factor importante na dessocialização progressiva do seu comportamento e, portanto, na configuração das atitudes com que procura lidar com a situação.

A isto junta-se uma planificação praticamente absoluta do que o recluso pode e não pode fazer, à margem dos seus interesses e desejos. A *ausência de participação* do recluso tem como consequência, entre outras, a *falta de desenvolvimento do sentido de responsabilidade*, que vai dificultar a sua preparação e posterior adaptação à vida em liberdade.

Tudo o que se opõe à realização de um modelo de prisão não dessocializadora e que dá azo a que se fale com propriedade em predomínio do binómio *ordem e segurança* sobre a *intervenção* (socialização). O que acontece, de resto, na base de uma equívoca apresentação de tais aspectos como directamente dirigidos a influenciar positivamente a personalidade do recluso, quando na

realidade assumem um aspecto de pura custódia e, portanto, apenas funcionais à vida institucional.

Neste sentido, o primeiro objectivo da prisão deve se *evitar dessocialização do recluso*. Efeito que a criminologia tem posto em destaque, salientado os aspectos da "infantilização" e da "subcultura prisional" como essenciais da acção dessocializadora exercida pela prisão. *Socialização* deve significar, portanto, numa primeira vertente, que os obstáculos a esta finalidade devem ser afastados. Retoma-se, assim, expressamente, o aspecto salientado na doutrina através da fórmula *nihil nocere*,³⁰ exigindo-se que se combatam as consequências nocivas da privação da liberdade.

Considerando os efeitos negativos do sistema penitenciário tradicional, o princípio do *nihil nocere*, se se quiser torná-lo verdadeiramente a sério, deve conduzir a modificações profundas da vida quotidiana no estabelecimento penitenciário. Destacam-se aqui, apenas, as proposições essenciais que concretizam o princípio: a configuração concreta da prisão não deve reforçar a estigmatização social já contida no julgamento pelo cometimento do crime; as limitações de direitos não devem ser autorizadas senão na medida em que são necessárias por razões de força maior, urgentes, que radicam no recluso (mas não em função das necessidades de funcionamento do estabelecimento): em consequência, as condições gerais de vida do recluso durante a execução da pena devem aproximar-se das condições gerais da vida em liberdade; finalmente, devem favorecer-se as relações do recluso com o mundo exterior.

(30) Cf. H. SCHÜLLER-SPRINGORUM, strafvollzug im Übergang - Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre, 1969, p. 178 s..

Adequar a execução da pena de prisão a esta intenção socializadora impõe a realização efectiva daquele programa de reforma punitiva geral cujos vectores principais são por demais conhecidos e, em boa parte, consagrados entre nós em sede legislativa.

A principal linha de força a destacar aqui é a de que a aplicação da pena de prisão deve restringir-se aos crimes mais graves. Só assim a pena de prisão estará em condições de assumir uma valência diversa da que lhe cabe tradicionalmente pelo que respeita à socialização: ela poderá ser capaz, pelo menos, de evitar que os efeitos positivos de intimidação que produz sobre o condenado sejam anulados por uma acção de sinal contrário, a dessocialização. Não sendo então impossível pedir à execução, nessas condições, que seja modelada em função das exigências de socialização manifestadas pelo recluso.

Esta ligação entre a limitação da pena de prisão, por um lado, e a capacidade da prisão para evitar os efeitos dessocializadores e servir a socialização, por outro, ressalta com mais vigor quando se consideram os problemas de organização e os custos económicos de uma execução centrada na socialização. A insuficiência das estruturas prisionais existentes em Portugal estará, em larga medida, na origem da actual situação de crise da pena de prisão. E, mantendo-se os níveis da sua aplicação, a criação, em larga escala, de novos estabelecimentos penitenciários, respondendo a modelos diferentes dos tradicionais em dimensão, organização e qualidade e quantidade dos operadores, não parece compatível com os recursos financeiros que o Estado está em condições de despendar neste sector.

Assim, a superação definitiva da crise passa por pôr em prática uma *política deflacionária* da utilização, em todas as suas vertentes, da pena de prisão. Se

assim não suceder, correr-se-á o risco de, a prazo, as prisões não poderem cumprir qualquer das funções de prevenção especial assinaladas, nem mesmo a de “neutralização” do condenado durante o tempo da execução.

Por outro lado, redução da população prisional permitirá associar à já vasta gama de penas de substituição a criação de novos estabelecimentos penitenciários com outras dimensões, estruturados segundo modelos organizatórios diversificados e dispondo de secções adequadas para tornar viáveis formas diferenciadas de tratamento, a obtenção de uma outra relação numérica entre operadores penitenciários e reclusos, a melhor selecção e formação do pessoal, a participação regular de técnicos especializados provenientes do exterior na vida da instituição e, finalmente, a organização racional do trabalho penitenciário que, como é sabido, em grande número de casos nem pode ser oferecido.

O cumprimento cabal destes objectivos manter-se-á no reino da utopia enquanto a prisão representar a forma normal de reagir à prática de crimes e se incrementar a sua duração (v. g., restringindo o âmbito de aplicação da liberdade condicional).

É este, porventura, o maior desafio que se coloca à organização do regime prisional. Na óptica do tratamento prisional, a socialização não deve ser encarada exclusivamente como preparação do recluso para voltar a ser sócio: essa promoção activa da aquisição de uma atitude social conforme ao dever-ser jurídico mínimo da comunidade não pode fazer esquecer que o recluso já é, enquanto tal, um sócio, sujeito embora a um estatuto especial, que nem por isso deixa de ser titular de direitos fundamentais. A pena de prisão não é uma pena de banimento, pelo que a reclusão penitenciária não pode ser um “espaço de quase-não direito”, uma obscura

“relação especial de poder” em que o Estado se desvincule do respeito que deve à dignidade da pessoa e aos seus direitos fundamentais. Ora, a intenção de *socialização*, visando embora um fim positivo, nem sempre contemplou a manutenção, por parte do recluso, dos direitos fundamentais que não são afetados por essa condição.

Antes de ser socializadora, afigura-se essencial que a execução da pena de prisão seja não-dessocializadora, e isto num duplo sentido: por um lado, que ela não ampute o recluso dos direitos que a sua qualidade de cidadão lhe garante; por outro lado, que ela reduza ao mínimo possível a marginalização de fato que a reclusão implica, com todos os efeitos criminógenos que lhe andam associados. Só a incorporação da não-dessocialização no conceito de socialização permitirá, de uma parte, cumprir a Constituição e, de outra parte, evitar o paradoxo, por tantos apontado, de se pretender preparar para a reinserção social num contexto, por definição, a-social.

De forma apodíctica: se o pensamento socializador das últimas décadas logrou transformar o recluso de *objecto* da execução da pena em *sujeito* da execução da pena, urge agora encará-lo *também* como sujeito *tout court*.

2. Regulação jurídica do estatuto do recluso a partir dos direitos e deveres fundamentais

2.1 O problema

2.1.1 A regulação jurídica do estatuto do recluso deverá ser um dos principais pilares da modernização do direito penitenciário.

O longo e penoso caminho percorrido neste domínio viu-se por vezes atravessado por considerações atinentes

ao *tratamento penitenciário* que incitavam a administração a reconhecer ao recluso, nos limites da ordem e segurança do estabelecimento, o exercício de certos direitos. Estava-se então menos em presença de verdadeiros *direitos* do que de *privilégios* que podiam ser restringidos ou suprimidos ao livre arbítrio de uma administração ainda toda poderosa. Em última análise, preocupava-se esta com os direitos do recluso na medida em que via na sua regulamentação um factor relevante para o bom funcionamento da instituição carcerária.

Sem se esquecer a importância que significou trazer assim a debate, no quadro de conceitos mais ou menos vagos e imprecisos de socialização, a temática referente à posição jurídica do recluso, sabe-se como só para além desta compreensão se logrou encetar novos rumos e perspectivas em relação a tão controvertida matéria.

A defesa da posição jurídica do recluso – iniciada, como é sabido, com os trabalhos de Freudenthal³¹ – veio culminar na sua consideração como portador de direitos fundamentais inerentes à condição do homem no mundo actual e a que indissociavelmente se liga, sem dúvida, uma mudança essencial de enfoque das chamadas relações especiais de poder.

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

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

Abandonada a teoria clássica que situava certas relações de vida – designadamente, e pelo que aqui nos interessa, no que se refere aos reclusos – no domínio do *não-direito* e (ou) rejeitada a tese de que os cidadãos que são regidos por estatutos especiais renunciavam aos direitos fundamentais ou ficam numa situação de sujeição que implica uma qualquer *capitis deminutio*, surge definitivamente delineada no horizonte jurídico a unanimidade de posições que vêm o recluso como sujeito de direitos, mantendo relações *jurídicas* – de onde emergem direitos e deveres – com a administração.

Com isto pretende-se tão-só mostrar a diferença primordial que existe entre a degradação do recluso a mero objecto de medidas punitivas (ou de correcção), abandonado a forças que de todo lhe eram estranhas, arredado do direito – posição em que tudo lhe era “concedido” e “nada negado porque nada tinha” – e uma visão mais humanitária, pode dizer-se – já que a ela se prende, indiscutivelmente, um longo processo de humanização da detenção³² – mas, ao mesmo tempo, *jurídica* da posição do recluso.

Toda a contrária argumentação expandida, ainda que bem fundada, prendia-se afinal, irremediavelmente, a uma certa concepção do Estado e do Poder que não se compadece com a actual concepção do Estado de direito, exigindo a subordinação à lei e à Constituição – designadamente, no que diz respeito aos direitos fundamentais – destas agora impropriamente chamadas relações especiais de poder.

Se se fica tributário de uma administração penitenciária que inegavelmente procurou substituir, à margem da legalidade, todo um sistema de execução de penas privativas de liberdade anquilosado e cruel, expressão máxima de garantia conferida à protecção do recluso como ser humano é a preocupação de fixar através da *subordinação à lei* tal protecção dos direitos do homem relativamente ao recluso.

No entanto, a expressão de tal legalidade não deixa de exigir, por isso mesmo – porque se trata de garantir a existência de uma relação de vida especial –, uma *regulação elástica*.³³ Pode – e deve³⁴ – admitir-se que a “ordenação de certos sectores de relações (especiais) entre os indivíduos e o poder possa fundar (dar motivo) a restrições (também especiais) de alguns direitos – o bem estar da comunidade, a existência do Estado, a segurança nacional, a prevenção e repressão criminal, etc., são valores comunitários com assento ou reconhecimento constitucional que não podem ser sacrificados a uma concepção puramente individualista dos direitos fundamentais”.

Do que se trata é tão-só de relações de vida que exigem um *estatuto especial* – situado no seio da constituição onde deve procurar o seu fundamento ou, pelo menos, o seu pressuposto – que não legitima qualquer limitação específica e implícita de direitos fundamentais.³⁵

(32) Sobre a “ligação” entre o movimento de humanização das prisões e o reconhecimento de direitos aos reclusos, Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*, Coimbra, 1982, p. 9 s..

(33) Segundo K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1986, n.m. 321-327.

(34) Assim, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 1987, Coimbra, p. 245; da mesma forma, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 1991, p. 555.

(35) Acentuando, expressamente, a idéia do fundamento constitucional de certas rela-

A compreensão da execução no âmbito jurídico-constitucional tem exatamente um dos seus momentos mais relevantes na determinação nos direitos fundamentais do recluso.

Ao estatuto especial do recluso é inerente uma legalidade própria em si mesma com um sentido necessariamente restritivo, indispensável à existência da própria relação especial como tal. De fato, o recluso não se pode eximir a uma intervenção, mais ou menos profunda, na esfera dos seus direitos fundamentais, enquanto essa intervenção exprime a própria essencialidade da execução ou é indispensável para assegurar a sua própria existência. Entretanto, as restrições de direitos fundamentais a que o estatuto especial dê motivos mas que não encontrem o seu pressuposto na Constituição serão, por isso, inconstitucionais.

Pressuposto destas restrições - e, a um tempo, deste estatuto especial do recluso, enquanto é imprescindível à própria colectividade a existência de certas relações de vida que incluem no seu âmbito direitos e deveres especiais³⁶ - será a defesa de *valores constitucionais* já que, por outra forma, o legislador poderia criar arbitrariamente or-

denamentos especiais para se subtrair ao respeito pelos direitos fundamentais.³⁷

2.1.2 A limitação que sofrem os direitos dos reclusos é assim amplamente fundamentada não à luz de valores que o legislador arbitrariamente tenha eleito para justificar a aplicação de medidas restritivas na execução, antes a socialização, sendo o princípio que norteia toda a sua regulação, surge como uma verdadeira exigência constitucional, como valor que cumpre ao legislador ordinário não só realizar como preservar.³⁸

Com efeito, a finalidade socializadora da execução da pena de prisão não se limita a aglutinar, a dar um corpo objectivo aos direitos fundamentais do recluso: ela é também um interesse da política penal do Estado - prevenção (especial) da reincidência - e, enquanto tal, inscreve-se no programa da acção estadual como fim heterónimo ao indivíduo. Ainda nessa veste, a socialização goza de indiscutível protecção constitucional. Aliás, o actual art. 30, n. 5, da Constituição dispõe que "os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas de liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução". Em verdade, a revisão constitucional de 1989, que adiou este preceito, seguiu de perto o art. 4.º, n. 1, do Decreto-Lei 265/79, que dispõe que "o recluso

ções de vida que apenas exigem um estatuto especial, Cf. K. HESSE, *op. cit.*, *loc. cit.*: "wenn die Grundrechte verfassungsrechtlich gewährleistet sind, können sie auch nur insoweit begrenzt werden als dies verfassungsrechtlich positiv oder doch wenigstens vorausgesetzt ist". Em sentido decisivamente contrário ao ensinamento clássico reconheceu-se que a situação de recluso *enquanto tal* não fundamentava, ademais num espaço totalmente isento de vinculação à lei, a conformação da sua posição jurídica.

(36) Referindo-se, com este sentido, a certas relações especiais de vida, pode ler-se em HESSE, *op. cit.*, *loc. cit.*: "Diese Lebensverhältnisse sind für das Leben des Gemeinwesens unentbehrlich".

(37) Neste sentido, HESSE, *op. cit.*, *loc. cit.*.

(38) Sobre a intervenção do poder legislativo no quadro de direitos fundamentais a fim de permitir a realização ou defender valores constitucionais, cf. VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 215 s. É a idéia de socialização que justifica, fundamentalmente, o estatuto especial do recluso na sua qualidade de estatuto restritivo.

mantém a titularidade dos direitos fundamentais do homem, salvas as limitações resultantes do sentido da sentença condenatória, bem como as impostas em nome da ordem e segurança do estabelecimento prisional”.

Bem se justifica, entretanto, que “em nome da ordem e segurança do estabelecimento” (art. 4.º, n. 1, do Decreto-Lei 265/79) se venha a permitir a interferência nos direitos fundamentais do recluso. Reconhecido como a sua manutenção é um pressuposto indispensável para a realização do objectivo da socialização e contribuindo, ao mesmo tempo — enquanto se visa a segurança externa — para assegurar a defesa da sociedade, difícil será não lhe conceder valor como critério limitativo de direitos fundamentais dos reclusos. Indirectamente, é certo, ter-se-à em vista, aqui também, a existência de um valor constitucional.

O problema que fica em aberto é o de saber se se justifica *alargar* o fundamento legal da restrição de direitos do recluso às exigências da socialização. Este é, sem dúvida, um problema da competência do legislador ordinário. De uma parte, o legislador goza de uma amplíssima *liberdade negativa* na apreciação da necessidade de restrição de direitos: a permissão constitucional da sua *possibilidade* não implica, como é obvio, uma imposição legiferante de concretização. De outra parte, e de forma decisiva, o legislador só poderá proceder validamente à limitação de direitos se concluir que ela é necessário e adequada à protecção de certo interesse constitucionalmente protegido.

Entendemos, entretanto, que a lei não deve prever limitações de direitos ordenadas à protecção do interesse constitucional na socialização dos condenados, porque tal procedimento seria inadequado ao fim e, por vezes, desproporcionado. Repudiada a ideologia do tra-

tamento coercivo, a prevenção da reincidência e o conseqüente valor social da reinserção do condenado só podem ser eficazmente conseguidos através da *adesão voluntária* do destinatário da oferta estadual. Ora, não parece que a limitação de direitos possa contribuir, em caso algum para essa adesão voluntária. Ao invés, a limitação de direitos é por natureza, dessocializadora, no exacto sentido em que exclui o recluso do seu estatuto social normal.

Assim, do nosso ponto de vista, é a restrição de direitos fundamentais um procedimento inadequado ao conseguimento da socialização, pelo que a lei deve circunscrevê-la às exigências de ordem e segurança que a justifiquem de acordo com os requisitos gerais do art. 18 da Constituição.³⁹

2.1.3 Da articulação do regime vertido na Constituição e na lei desimplificam-se três conseqüências imediatas: em primeiro lugar, o recluso mantém, durante a execução da pena de prisão, a titularidade dos direitos fundamentais; em segundo lugar, a restrição dos direitos, liberdades e garantias (e dos direitos fundamentais de natureza análoga: art. 17 da Constituição) do recluso tem que operar-se por via legal (arts. 18 e 168, n. 1, al. b da Constituição); em terceiro lugar, a lei só pode restringir estes direitos quando a limitação seja “inerente ao sentido da condenação” ou “imposta em nome da ordem e segurança do estabelecimento”, devendo então subordinar-se aos requisitos gerais das

(39) Vai-se agora, inequivocamente, neste sentido, para que já se apontava em *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*, cit., p. 185 e n. 490 (embora aí se justificassem as limitações aos direitos dos reclusos impostas em nome da reinserção social e previstas no Dec.-Lei 265/79, ainda hoje em vigor).

leis restritivas (nomeadamente, a necessidade da limitação para a salvaguarda de um interesse constitucionalmente protegido, o princípio da proporcionalidade e o princípio da preservação do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais).

Ora, por um lado, parece conveniente que a lei, para além da cláusula geral já constante do art. 4.º, n. 1, do Decreto-Lei 265/79, dê um passo mais na concretização do estatuto jurídico do recluso, explicitando as limitações impostas em virtude da execução da pena de prisão e enfatizando os direitos que esta não afecta, sobretudo nos domínios em que a linha de fronteira se mostra mais controvertida ou obscura. Atento ao particular melindre de que se reveste a restrição dos direitos fundamentais, parece desejável diminuir a margem de apreciação da administração ao indispensável, dando assim melhor cumprimento ao princípio da igualdade e reforçando a segurança jurídica de quem lhe está subordinado.

Por outro lado, em situações normais, a garantia dos direitos, liberdades e garantias realiza-se essencialmente através da imposição de deveres de abstenção ao Estado e aos particulares. Mas, no contexto da realidade prisional, pode acontecer que a garantia dos direitos fundamentais dos reclusos só possa obter efectividade através da imposição de deveres de prestação ao Estado. É então imprescindível enunciar expressamente esses deveres sempre que os direitos fundamentais do recluso só possam deter consistência prática através de uma prestação positiva do Estado.

Este é um programa ambicioso que vale a pena tentar realizar. Aqui e agora proponho-me adiantar algumas reflexões em torno do direito do trabalho e à saúde, alinhando apenas alguns tópicos.

2.2 Alguns direitos⁴⁰

2.2.1 O direito ao trabalho

2.2.1.1 Um dos problemas mais delicados que actualmente se levantam na execução da pena de prisão é o que diz respeito ao *trabalho prisional*.

Associado à pena de prisão logo que esta ganhou autonomia normativa e científica com as leis penais da Idade Moderna, o trabalho prisional foi assumindo sucessivamente papéis diferentes na execução da pena. A traço grosso, e sem grandes preocupações de rigor cronológico, podem identificar-se três grandes estágios da concepção do trabalho prisional.

As primeiras teorias penológicas viam no trabalho um elemento fundamental para a regeneração moral e “normalização social” do delinquente. Inspiradas pela tradição cristã, e em especial pelo calvinismo, estas teorias procuravam, através do trabalho, afastar o delinquente da vida ociosa – e, portanto, pecaminosa – que “naturalmente” o havia levado para o senda do crime, inculcando-lhe do mesmo passo, os valores da ideologia burguesa recém-vitoriosa. Daí que o trabalho prisional fosse, simultaneamente, uma prática virtuosa (regeneração moral) e socialmente positiva (integração social).

Uma outra concepção do trabalho prisional assenta na ideia do trabalho como elemento da própria punição, como condição agravante da privação da liberdade. É a esta luz que se justifica o surgimento de uma pena prisão “com trabalhos forçados”, autónoma da prisão

⁽⁴⁰⁾ No exposto, segue-se, no essencial, o Relatório apresentado ao Ministro da Justiça em Novembro de 1997, pela Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas (A Execução das Medidas Privativas de Liberdade).

simples; a ela se deve também a natureza do trabalho prestado – regra geral, trabalho não produtivo, ou extremamente penoso ou humilhante, quando não desumano (pense-se *crank* e no *treadmill* anglo-saxónicos).

Finalmente, pode ainda falar-se de uma concepção do trabalho prisional que se afasta sensivelmente de ambas as perspectivas anteriores. O trabalho visa agora “criar, manter e desenvolver no recluso a capacidade d[e] este realizar uma actividade com que possa ganhar normalmente, a vida após a libertação, facilitando a sua reinserção social” (Dec.-lei 265/79, art. 63, n. 1).

Tal propósito é perfeitamente coerente com o modo como se encara a principal finalidade da execução da pena de prisão: se a socialização do recluso é essencialmente prevenção da reincidência, há fundadas esperanças de que a criação daquela capacidade contribua decisivamente para que o recluso consiga conduzir a sua vida futura sem praticar crimes.

Não se trata apenas de proporcionar ao recluso a aquisição ou manutenção das aptidões necessárias para o exercício de determinada profissão. Tão ou mais importantes são as chamadas competências sociais (conjugação de esforços numa colectividade produtiva, divisão de tarefas e de responsabilidades, contribuição pessoal – socialmente reconhecida através da remuneração – para o aumento da riqueza geral e conseqüente promoção da auto-estima) que o exercício do trabalho proporciona como talvez nenhuma outra actividade social.⁴¹

⁽⁴¹⁾ Uma idéia que é preciso corrigir, no entanto, quando se caminha decididamente na via da consideração do trabalho como factor de socialização, é a de que ele ocupa o lugar central na execução da pena de prisão dirigida à realização desse

2.2.1.2 Quanto ao seu regime jurídico, antes de mais, há que dizer que o *direito ao trabalho* constitucionalmente consagrado, como direito positivo à obtenção de trabalho, não sofre qualquer restrição em virtude da reclusão. O Estado tem, portanto, o *dever* de providenciar trabalho destinado aos reclusos.⁴²

objectivo. O centro de gravidade de uma concepção socializadora da execução da prisão deve deixar de se localizar no trabalho e centrar-se na formação e em programas de intervenção social (programas de socialização). Isto sem prejuízo de se reconhecer também um alto valor ao trabalho em vista da socialização; mas, em todo o caso, um *valor subordinado* em relação aos outros meios de socialização. O trabalho deve assim ser concebido como um *terreno de exercício* onde se aplica o que é adquirido durante a formação e a “intervenção” e onde o treino profissional, necessário no momento da libertação, pode ser adquirido ou mantido. Esta deslocação do centro de gravidade da execução socializadora, localizado até agora no trabalho prisional, merece ser assinalada, por força do significado histórico que encerra. Na verdade, o lugar primordial atribuído tradicionalmente ao trabalho já foi definido (Schüler Springorum) como “erro monumental da ciência penitenciária transformado em teoria” (cf. ÄBERSOLD/BLUM, *Der tut es immer wieder*, 1975, p. 90).

⁽⁴²⁾ Sobre os problemas específicos que coloca, entretanto, a realização do direito ao trabalho no âmbito prisional, cf. Relatório (cit.) – Anexo. Reflexões sobre o trabalho prisional, p. 254 s., especialmente p. 269 s.. Neste contexto, assinala-se que não é por acaso que é difícil encontrar legislações onde se consagre expressamente o *direito ao trabalho* do recluso. O mais longe que as legislações vão é na afirmação de uma obrigação da administração penitenciária de providenciar trabalho aos reclusos que o desejem. Assim, entre nós, não se consagra um direito ao trabalho do recluso (cf. Dec.-lei 265/79). Destaque-se, no entanto, o sistema espanhol, onde se confere ao trabalho dos reclusos dignida-

Claro é também que algumas das liberdades complementares do direito ao trabalho se encontram limitadas em função da própria condenação e das exigências de ordem e de segurança.⁴³

2.2.1.3 Problema controvertido é o de saber se o trabalho deve constituir também um *dever especial* do recluso, cuja violação dê lugar a sanções específicas, nomeadamente de índole disciplinar.

É sábio que a Constituição, ao garantir o direito ao trabalho, o considera inseparável do dever de trabalhar. Contanto que o alcance deste dever fundamental “[não seja] evidente”, certo é que a Constituição não reconhece a liberdade de não trabalhar, embora não pareça admissível que a lei penalize de algum modo a ociosidade injustificada. Trata-se, portanto, de um “dever sem sanção, que talvez possa ser qualificado como um ‘dever cívico’”.⁴⁴

Perante esta configuração do dever de trabalhar, a Constituição parece não pôr qualquer obstáculo à imposição legal de um dever de trabalhar aos reclusos, já que não se trata aí de uma restrição de direitos fundamentais.

de constitucional, configurando-o como um direito fundamental: o condenado, em qualquer caso, tem direito a um trabalho remunerado (art. 25.2 da Constituição espanhola).

(43) V.g., a liberdade de escolha de profissão. Limitadas apenas, porquanto a lei vigente prevê, correctamente, como critérios de escolha do trabalho, “nos limites de uma selecção profissional racional, sem prejuízo da segurança e da ordem do estabelecimento, as capacidades físicas e intelectuais, as aptidões profissionais e as aspirações dos reclusos (...)”.

(44) GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da república Portuguesa - anotada*, 1993, anotação ao art. 58.

O centro do problema desloca-se, então, do domínio dos direitos fundamentais para o campo da estratégia e da racionalidade próprios do direito penitenciário. Quer dizer: não se trata agora de saber se a imposição do dever de trabalhar aos reclusos é constitucionalmente legítima, mas sim de averiguar da sua adequação ao cumprimento dos objectivos que norteiam a execução da pena.

Assim, em primeiro lugar, não parece que a obrigação de trabalhar se coadune com o modo por que se perspectiva a socialização do recluso, a qual pressupõe a participação voluntária na sua reinserção social. Ao invés, no contexto do constrangimento geral da vida pessoal que a reclusão necessariamente implica, a obrigação de trabalhar tenderá a levar o recluso a sentir-se objecto de um novo sofrimento e, portanto, a rejeitar, ao menos intimamente, a ocupação laboral. Em vez da adesão ao trabalho, o dever de trabalhar pode provocar a reacção negativa ao mesmo, com o conseqüente desejo de trabalhar o menos possível quando não de forma inadequada ou sabotadora.

Em segundo lugar, o dever de trabalhar não parece adequado ao consequimento de ganhos na ordem e na segurança do estabelecimento prisional. Desde logo, porque esses ganhos provêm da *prestação do trabalho* propriamente dito, não da *existência formal do dever*, e não se encontra demonstrado que a ocupação laboral diminua significativamente em virtude de o trabalho não ser obrigatório. Seguro é que ela aumentará na medida em que o recluso se sinta estimulado, de forma positiva (dignificação da espécie de trabalho e respectiva remuneração, concessão de prémios e benefícios, etc.), a prestar trabalho. Além disso, os estudos sobre a conflitualidade nas prisões apontam no sentido de ela variar na razão inversa

– e não na razão directa – do grau de constrangimento imposto aos reclusos.

Tudo a apontar, do nosso ponto de vista, para a *não consagração* ao nível legal de um dever de trabalhar específico para os reclusos.

Entretanto, entendemos que o dever fundamental (constitucional) de trabalhar não é absolutamente irrelevante para a posição jurídica do recluso.

Na verdade, como qualquer outro cidadão, o recluso encontra-se obrigado pelo dever fundamental de trabalhar; e porque se trata de um dever fundamental de natureza *cívica*, nada impede que a recusa injustificada de trabalhar por parte do recluso seja valorada nos momentos em que a entidade competente avalia, para os devidos efeitos legais, o processo da sua socialização.

Por outro lado, não se ignora que o trabalho disponível nas prisões é hoje um bem escasso. Além disso, a tendência actual do trabalho prisional é já a de evoluir para uma cada vez maior aproximação ao trabalho em liberdade, com tudo o que ela implica para a organização racional da actividade laboral. Assim, o recluso que decide trabalhar recebe uma prestação estadual pela qual deve ser responsabilizado, no plano penitenciário, em termos paratratuais. Deste modo, a lei deve consagrar o dever do recluso de garantir a prestação do trabalho nos termos acordados e prever o sancionamento (inclusive disciplinar) das infrações *injustificadas* a esse dever voluntariamente assumido. Tal regime encontrar-se-á em consonância com a intenção de auto-responsabilização inscrita no programa da socialização.

2.2.2 O direito à saúde

2.2.2.1 O direito à saúde, enquanto típico direito social, implica prestações

positivas do Estado. Assumem um particular relevo na execução da pena de prisão, porquanto a população prisional apresenta graves carências neste domínio.

Do ponto de vista dos direitos do recluso – plano de que curamos aqui –, o conteúdo deste direito traduz-se, desde logo, em não ser excluído das prestações estaduais, nesse domínio, em virtude da reclusão (não dessocialização). O que, do nosso ponto de vista, implica repensar a participação do Ministério da Saúde na defesa e na promoção da saúde dentro das prisões: a doença de um recluso não deixa de ser, por força da reclusão, um problema da área da saúde, pelo que a solução não pode repousar exclusivamente sobre o Ministério da Justiça.

Além disso, de um outro prisma, a defesa e a promoção da saúde insere-se na área específica da socialização activa, justificando por isso a criação de programas especiais no âmbito penitenciário que dêem corpo a esse dever especial do Estado para como o cidadão recluso (profilaxia da toxicod dependência e da doença mental, designadamente).

2.2.2.2 Neste domínio (da saúde), assume relevo específico o problema do emprego de *meios coercivos*, i.e., contra a vontade do recluso. Que convoca, de resto, considerações autónomas em relação às suscitadas em geral, porque, desde logo, faz apelo a tópicos que exorbitam da pura segurança e ordem do estabelecimento, mas ainda por força do melindre e da complexidade das situações que lhe servem de ambiente: epidemias, auto-mutilação, greve de fome, suicídio, acidentes laborais, agressões, etc.

A extrema diversidade destas situações implica uma também diversa relevância jurídica, pelo que sempre será

necessário analisá-las separadamente, para assim poder retratar com nitidez os contornos dos direitos e dos deveres do recluso e da administração prisional perante cada uma delas. Propomo-nos aqui, apenas, considerar a problemática em torno da *greve de fome*, o que faremos considerando o direito português.

Por greve de fome⁴⁵ entende-se o instrumento contestatário ou reivindicativo que consiste em o recluso se recusar a ingerir alimentação com o objectivo de protestar contra uma situação judicial, penitenciária ou política, ou de reclamar a sua alteração.

O conceito desdobra-se, por isso em diversos elementos: recusa de ingerir alimentos, âmbito penitenciário e carácter reivindicativo e político.

O facto de ela se desenvolver no âmbito penitenciário é uma característica fundamental, que tem de ser levada em conta na resolução do problema.

Com efeito, é forçoso reconhecer que o carácter contestatário ou reivindicativo da greve de fome e a sua inserção no âmbito penitenciário obrigam a um particular cuidado no tratamento da questão, uma vez que a situação de privação de liberdade limita por si mesma outros meios de protesto que se encontram geralmente à disposição dos cidadãos livres.⁴⁶

Para além de que a situação de privação de liberdade faz com que a decisão de não ingerir alimentos não possa ser encarada unicamente do ponto

de vista dos interesses e direitos do recluso, já que a administração prisional é necessariamente por ela envolvida, não podendo ignorar um facto de tal gravidade.

A greve de fome pode ter diversos motivos, sobretudo se é fruto de decisão individual. Normalmente, é usada como meio de pressão para protestar frente a uma decisão ou situação considerada injusta e obter a respectiva reparação.

Assim, ao colocar em perigo a sua vida, o recluso não tem por objectivo provocar a própria morte: diversamente, a colocação em perigo da vida dirige-se a demonstrar intensidade da (suposta) injustiça a qual se protesta.

Esta forma de reivindicação adquire também um carácter político porque a sua ressonância social coloca o Estado numa posição delicada. Daí que, muitas vezes, o recluso abandone a greve quando consegue a divulgação da situação.

Além disso, as greves colectivas têm normalmente um específico sentido político que incrementa a complexidade do problema, sobretudo se se trata de reclusos pertencentes a grupos terroristas, pois pode assumir aí especial relevo a ideia de defesa do Estado.

De relevo para a dilucidação das questões aqui implicadas é a delimitação da greve de fome em relação ao suicídio. Na verdade, aquela não pode qualificar-se genuinamente como um suicídio porque não está ordenada à vontade de morrer própria do suicida. Diversamente, a vontade do recluso é expressar, através da greve e consequentemente auto-colocação em risco, uma reivindicação de carácter judicial, penitenciário ou político. Daí que Munõz Conde⁴⁷ entenda que em caso algum se pode

(45) Sobre o tema cf., dentre numerosos estudos, VICENTA CERVELLÓ DONDERIS, *La huelga de hambre penitenciaria: fundamento y limites de la alimentación forzosa*, *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 1996, p. 55 s..

(46) Cf., v. g., a limitação do direito de manifestação.

(47) *Derecho Penal. Parte Especial*, 1993, 3. ed., p. 73.

entender a greve de fome reivindicativa como um autêntico suicídio enquanto o recluso estiver consciente, pois a intenção é atingir o objectivo do protesto e não morrer.

Ainda assim, levanta-se a questão de saber se, em certos casos a admissão e conformação com a morte como resultado lateral da greve é subsumível ao conceito de suicídio. Uma resposta afirmativa poderia ter consequências de natureza jurídico-penal, pois sempre se poderia questionar, em abstracto, se a abstenção de actuar que permite o desencadear da morte releva tipicamente à luz do crime de auxílio ao suicídio.

Na verdade, os casos mais graves – aqueles em que o indivíduo manifesta reiterada e expressamente a vontade de prolongar o seu protesto até ao fim, admitindo assim a própria morte – podem aproximar-se do suicídio, já que a morte, embora não seja um resultado querido directamente, é aceita como consequência necessária ou eventual da não ingestão de alimentos.

Porém, uma forte corrente doutrinal⁴⁸ limita conceito de suicídio aos casos em que a vontade de morrer está presente de forma inequívoca, como fim precípua da criação do risco para a vida.

Ora, é seguro que a conformação com a morte está ausente na grande maioria dos casos de greve de fome e, nos restantes – naqueles em que se admite a possibilidade de morrer –, não se pode afirmar que existe um acto de renúncia inequívoco ao direito à vida ou o exercício de um eventual direito à própria morte.

Assim, não é a incriminação do auxílio ao suicídio que impõe, nestes casos, um dever jurídico de agir.

O problema da legitimidade da alimentação coactiva exige uma reflexão sobre os direitos do recluso por ela atingidos, quer para os ponderar entre si, quer para os confrontar com os deveres da administração penitenciária.

Entre aqueles direitos podem destacar-se, pela sua importância, o direito à autodeterminação sobre a vida e a saúde que deriva directamente da dignidade humana, o direito a ser submetido a tratamentos desumanos, o direito à integridade física e ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito de autodeterminação sobre o próprio corpo e a liberdade de expressão.

Porém, a decisão sobre a legitimidade do tratamento e da alimentação coactivos em caso de greve de fome não pode atender apenas aos direitos do recluso: a solução do problema tem de ponderar também os interesses do Estado que se realizam através da imposição de deveres à própria administração penitenciária. De entre essa ressalta, em especial, os deveres de velar pela vida e saúde dos reclusos e de manter a ordem e a segurança do estabelecimento. A que acrescem, segundo alguns,⁴⁹ a “necessidade de assistência de uma comunidade organizada em estado social e o seu interesse em obviar aos suicídios de reclusos desfavorecidos, além do mais, pelas especiais condições de vida e com um efeito de espiral sobre os mais lábeis companheiros de reclusão”.

E invocam-se, para além disso, “factores adicionais susceptíveis de fazer subir as dificuldades”, como “o facto de

⁽⁴⁸⁾ A título exemplificativo, *vide*, na literatura espanhola, JORGE BARREIRO, A. “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico”, *Cadernos de Política Criminal*, n. 16, 1982, p. 20.

⁽⁴⁹⁾ BOTKE, *apud* COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 408.

o recluso ver a sua autonomia cercada pelas condições de existência na *instituição total* que é a prisão” ou “o interesse do Estado em preservar a própria imagem – e de instituições tão sensíveis como o sistema penitenciário – à luz dos princípios e das representações do estado de Direito”, que convergem para um “complexo emaranhado de interesses e direitos fundamentais em colisão”, assim se explicando o desencontro de soluções legais e a diversidade dos juízos sobre a questão.⁵⁰

Numa tentativa de sistematizar tais juízos, podemos agrupá-los em duas teses: a que sustenta abertamente a inconstitucionalidade da norma que permite o tratamento e a alimentação coactivos e que não questiona a legitimidade constitucional deste regime.

A doutrina portuguesa propende para defender a primeira tese. Assim, desde logo, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro,⁵¹ que consideram o art. 127, n. 1, do Decreto-lei 265/79 de constitucionalidade duvidosa, afastando, no caso a validade do consentimento presumido que funciona no caso do suicida em estado de inconsciência (cf. art. 156, n. 2, a do CP). Já Silva Dias⁵² se pronuncia inequivocamente pela inconstitucionalidade daquela norma, em nome da liberdade de consciência tutelada pelo art. 14 da Constituição. Afirma o Autor (p. 131, s.): “em caso algum é juridicamente requerido o cumprimento de um dever que comporta uma lesão da autonomia ética do paciente. De outro modo, conceder-se-ia ao médico um poder de decidir sobre interesses alheios, o que representaria um desprezo olímpico pela autonomia de decisão do

indivíduo, mais ajustado ao perfil de uma sociedade totalitária do que de outra respeitadora da liberdade e dos direitos das minorias”. Para concluir que “(...) a ordem jurídica não exige do agente o cumprimento de um dever que atenta contra um bem jurídico que, na situação concreta, representa exhaustivamente a autonomia pessoal da vítima”.⁵³

Também na doutrina estrangeira,⁵⁴ uma corrente sustenta abertamente a tese da inconstitucionalidade, em nome da colisão com os direitos fundamentais da integridade física e do livre desenvolvimento da personalidade, defendendo que o direito de auto-determinação sobre o próprio corpo não tem que ceder face ao dever de protecção da saúde e da vida que incumbe ao Estado. De acordo com estes autores, o primado do princípio da autonomia resulta directamente do valor supremo da dignidade humana defendido pela Constituição, o que vale seguramente, pelo menos, quando apenas estão em causa interesses próprios.

No extremo oposto, procuram outros ancorar a legitimidade material da disposição legal que prevê a alimentação coactiva a partir da prevalência dos interesses prosseguidos pelo Estado em face da autodeterminação pessoal.

Na tentativa de encontrar vias de solução para o problema, dissemos já que ele não se resolve satisfatoriamente através da exclusiva ponderação dos direitos do recluso. É certo que, perante as dificuldades para determinar se o direito à vida é ou não superior à liberdade individual e à autonomia humana, sempre se poderia avançar com o critério do *favor libertatis* para encon-

(50) COSTA ANDRADE, *ult. loc. cit.*

(51) *Responsabilidade médica em Portugal*, Lisboa, 1984, p. 55 s..

(52) *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, Coimbra, p. 130 s..

(53) *Op. cit.*, p. 136.

(54) Para uma visão da doutrina estrangeira, cf. COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 408, nota 129.

trar uma resposta. Mas, sendo isto válido em geral, há interrogações que obrigam a colocar o conflito entre os direitos do recluso, por um lado, e os deveres da administração penitenciária, por outro. Sempre se poderá perguntar, com efeitos é verdadeiramente livre a decisão do grevista de não ingerir alimentos, ou, diversamente, se o facto de ela ser motivada por razões que dizem respeito à sua situação penitenciária (e por vezes incluída numa estratégia de grupo) não porá em causa a liberdade da decisão; ou se, em abstracto, a abstenção de agir não permitirá à administração penitenciária “libertar-se” invariavelmente de indivíduos hostis ou se, ao invés, a imposição da alimentação coerciva, sem mais, não lhe servirá para eliminar resistências e protestos contra a tomada de decisões pouco claras ou injustas.

Para além destas questões, uma decisão a favor do puro respeito pela liberdade do recluso não conteria virtualidades para ser inequivocamente aceite, atentos os valores que estão em causa.

Com efeito, não é difícil encontrar quem propugne – com razão ou sem ela –, em sede de deontologia médica, a prevalência do dever de salvar a vida em face do dever de respeitar a liberdade de decisão do doente e, assim, a legitimidade da actuação do médico ao abrigo de um direito de necessidade. Assim, já se defendeu⁵⁵ que, por sobre o dever deontológico do médico, consagrado no art. 57 do Código Deontológico, de não intervir “em manobras de alimentação artificial coerciva”, vale o dever de guardar respeito absoluto pela vida humana, também consagrado no mesmo Código (art. 50), estando por isso o médico obrigado ao cumprimento do dever deontológico prevalecente, sc.,

evitar a morte do recluso em greve de fome.

De entre os deveres da administração penitenciária que são chamados a participar na solução do problema, ressaltam, como se disse, os deveres de velar pela vida e saúde do recluso e de manter a ordem e a segurança do estabelecimento. E, na verdade, parece que só nesta sede se poderá atingir uma solução racional e materialmente fundada.

Recorde-se que a greve de fome, não integrando a noção de suicídio, consiste numa auto-colocação em risco com fim contestatário ou reivindicativo. Na esmagadora maioria dos casos, é o próprio Estado (na veste dos tribunais, da administração penitenciária, do regime político instituído, etc.) que está na origem do protesto ou da reivindicação. Sendo assim, o dever de velar pela vida e pela saúde do recluso, ainda que contra a sua vontade, traduz-se aqui na eliminação de um risco para a raiz, para o substrato antropológico de onde brota tal vontade, risco esse que foi criado, ainda que longínqua ou simbolicamente, pelo próprio Estado.

Assim, na greve de fome, o conflito entre a liberdade pessoal do recluso – a recusa de se alimentar – e a preservação coactiva da sua vida *assume contornos completamente diversos da recusa de tratamento em caso de doença letal (sc., em consequência da criação fortuita do risco)*.

Com efeito, neste último caso, a morte ocorre como consequência de uma vontade incondicionada de prosseguir, em perfeita liberdade de consciência, um interesse próprio a não submissão a tratamento –, a qual deve merecer o respeito do Estado.⁵⁶

(55) CABRAL BARRETO, em voto de vencido no *Parecer da Procuradoria Geral da República*. BMJ, n. 321, p. 199.

(56) Defende-se, neste ponto, uma solução contrária à actualmente em vigor (art. 127, n. 1, Dec.-lei 265/79) para os exames e

Na greve de fome, a morte ocorre como *consequência não desejada e só raramente aceite de uma vontade directa e imediatamente condicionada por um conflito com o Estado*. E por isso se compreende que o Estado se auto-vincule, através do dever de tratamento, a não permitir que o conflito entre os seus interesses e os interesses de um cidadão se “resolva” com a morte deste. Advogar a incompressibilidade da liberdade pessoal que leva à morte, *nestes casos*, como consequência da *autodeterminação* do

tratamentos médicos em geral: estes não devem poder impor-se coercivamente, nem mesmo em caso de perigo iminente para a vida, aplicando-se, por isso, o regime geral previsto, nomeadamente, nos arts. 150 e 156 do CP.

Sucede que o art. 127, n. 1, prevê genericamente a possibilidade de intervenção médica *coactiva* em caso de perigo para a vida ou grave perigo para a saúde do recluso. Os interesses que esta norma visa salvaguardar são, evidentemente, a integridade física e a vida do recluso e, também, a manutenção da ordem e da segurança do estabelecimento. Relativamente aos primeiros, não parece que o facto de o recluso se encontrar, de alguma forma, sob a responsabilidade da administração prisional introduza alguma diferença relevante no regime geral das intervenções médicas, por outras palavras: se, em geral, a preservação da vida e da saúde, *enquanto interesse do próprio paciente*, não prevalecem, sobre a sua liberdade de autodeterminação, ficando penalmente proibida a intervenção médica *coactiva*, o *interesse próprio do Estado em preservar a vida e a saúde do recluso* não pode, por maioria de razão, justificar a limitação da liberdade do recluso de recusar o tratamento. Por outro lado, o exercício do direito à liberdade pessoal e à autodeterminação do recluso, nos precisos termos em que são exercidos nestes casos, não conflita com a segurança e a ordem do estabelecimento, já que a não intervenção da administração respeita integralmente a vontade *incondicionada* do recluso e não parece, por isso, susceptível de causar alarme na população prisional.

indivíduo, equivale a uma perversão, quando não a um entendimento cínico da protecção dessa autodeterminação.

Tudo o que se exaspera se se atender ao alto índice de perturbações nervosas evidenciado pela população prisional e à consequente (e complexíssima) questão de saber quais os limiares do comportamento livre, mesmo para alguém da doença psíquica, sobretudo quando estão em causa decisões com efeito tendencialmente irreversíveis.

Por outro lado, a possibilidade de imputação simbólica (não normativa) da “responsabilidade” pela morte do grevista ao Estado (e, logo, à administração prisional) transporta um elevado potencial de comoção, que, regra geral, causa forte alarme entre a população reclusa e que justifica, em definitivo, a cedência do direito à autodeterminação sobre o corpo e sobre a saúde, nesta específica forma de exercício, em homenagem à manutenção da ordem e da segurança do estabelecimento.

Pode então adiantar-se, como conclusão provisória, que, em caso de greve de fome, os direitos à liberdade pessoal, de autodeterminação sobre a vida, o corpo e a saúde, e a liberdade de expressão titulados pelo grevista são limitados pelo interesse do Estado em preservar a sua vida e em manter a ordem e a segurança do estabelecimento, nos termos estritamente necessários à satisfação desses interesses.

Assim, tratando-se embora de intervenções em benefício da vida e da saúde do visado, elas legitimam-se, não pela intenção salutista do Estado de defender o “próprio bem” das pessoas contra a sua vontade – sede a que se tem, muitas vezes, reduzido o problema – mas antes *pela prossecução de interesses próprios do Estado e, portanto, heterónomos ao indivíduo, que gozam de protecção constitucional*. Não se ignora que essa proposição é susceptível de provocar o repú-

dio daqueles que, em geral, não admitem a prevalência de valores heterónomos sobre o que entendem caber na “autonomia ética” da pessoa. Mas é nesta sede, e não noutra, que imposta discutir o problema e construir a solução do conflito.

Resta saber, de acordo com o que se expendeu, qual o desenho da fronteira justa entre os direitos do recluso e os interesses do Estado que com eles conflituam.

A aproximação a esta questão faz-se clarificando em que momento se deve admitir a referida intervenção coactiva. Abrem-se, quanto a este ponto, duas possibilidades.

A intervenção seria legítima apenas quando o recluso perde a consciência aplicando-se, no fundo, à greve de fome e aos riscos que dela resultam as regras gerais sobre a intervenção médica nos casos em que não é possível averiguar, no momento da actuação, a vontade real do paciente (v. g., os casos de suicidas em estado de inconsciência).

Assim, mesmo nos casos em que o recluso tivesse expressamente dado a conhecer a vontade de levar o protesto até à morte, sempre se poderia dizer que, comportando estes processos ‘estádios finais mais ou menos prolongados de inconsciência durante os quais está cortada a comunicação com o suicida e, por isso, precludido o acesso à atitude existencial induzida pela experiência entretanto vivenciada (...) o respeito, sem mais, pela decisão inicial de suicídio’ poderia significar, afinal, “uma ‘perversão’ do direito de autodeterminação”,⁵⁷ pelo o que se justificaria a intervenção coactiva.

O inconveniente que se aponta a esta solução é o de que a situação de inconsciência pode ser, por vezes, uma situação

já irreversível, ou comportar danos irreparáveis para a saúde do recluso.

Para outra perspectiva, o momento de intervir seria aquele em que existe um perigo actual para a vida do recluso, ou um perigo grave para a sua saúde. Esta solução, antecipando o momento da intervenção, potência a lesão da liberdade, já que admite a legitimidade da intervenção contra a vontade expressa e consciente do recluso.

Todavia, ela é compatível com o entendimento que expusemos, relativamente à legitimidade da compressão da liberdade de autodeterminação do recluso perante os deveres de velar pela saúde do recluso e de manter a ordem e a segurança do estabelecimento que incumbem à administração. É dizer: admite-se que os interesses do Estado em preservar a vida e a saúde do recluso e em manter a ordem e a segurança do estabelecimento limitem, pelas razões já apontadas, a autodeterminação do recluso, não só nos casos em que a greve de fome causa um perigo actual para a sua vida, mas também ela provoca um perigo grave para a sua saúde.

Este será, então, o momento inicial a partir do qual a intervenção é legítima. Claro, que, do puro ponto de vista da manutenção da ordem e da segurança do estabelecimento, o momento ideal para a intervenção coactiva ocorreria muito antes, no momento seguinte à recusa da ingestão de alimentos. Porém, o direito de autodeterminação e a liberdade de expressão do recluso impedem tal solução, devendo aqueles interesses suportar uma compressão até à ocorrência de um perigo grave para a saúde do grevista.

Daqui decorre que a *legitimidade da alimentação coactiva depende sempre do perigo grave para a saúde ou para a vida do recluso*, não podendo ser administrada com o mero intuito de eliminar uma forma de protesto incómoda para a administração prisional.

(57) COSTA ANDRADE, op. cit., p. 408.