

ANABELA MIRANDA RODRIGUES

*Professora na Faculdade de Direito de Coimbra
Professora do Curso de Direito do Porto da Universidade Católica*

CONSENSUALISMO E PRISÃO

1. Não é possível falar de “consensualismo e prisão” sem problematizar a compreensão clássica da justiça penal ¹.

Tradicionalmente monolítica e autoritária, estranha a toda a forma de concertação, de transacção ou de compromisso, a justiça abriu-se inusitadamente à “contratualização” ². Uma justiça “imposta”, de carácter unilateral e vertical, que encontrava legitimação na transcendência e na autoridade “mística” de que falava Montaigne, cede o passo a uma justiça negociada, interactiva e horizontal que procura a composição dos interesses utilizando uma racionalidade dialéctica.

Justiça “imposta” e justiça “negociada” são formas extremas que fazem apelo, respectivamente, à *participação* e ao *consenso*, dando lugar a modelos *nuancés* e complexos. Ambos conferindo um papel activo à vítima ou ao delinquente, seja através da *participação*, seja através do *consentimento* ³.

A tendência consensualista na justiça penal obedece a uma lógica racionalizadora e de eficácia, mas não é alheia ao movimento de expansão dos direitos do homem.

¹ Sobre o tema, vide J. Pradel, “Le consensualisme en droit pénal comparé”, separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* – “Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia” –, 1984, pág. 5 e segs.; id. “Travail d’intérêt général et médiation pénale. Aspects historiques et comparatives”, *Travail d’intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social?*, Bruxelles, 1997, pág. 31 e seguintes.

² Fala de “contratualização” do direito penal P. Salvage, “Le consentement en droit pénal”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1991, n.º 4, pág. 702.

³ Neste sentido, cf. F. Tulkens e M. van de Kerchove, “La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?”, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1996, pág. 443 e seguintes.

Na verdade ⁴, nas sociedades modernas, complexas e plurais, o indivíduo reforçou a sua legitimidade em detrimento do Estado, tornando-se raiz, projecto e limite. O aparelho estadual deixou de identificá-lo, como até então, pelo lugar que ocupa e pelos papéis que desempenha. Atenuaram-se os laços de reciprocidade que o ligavam ao Estado, surgindo, perante este, enquanto tal, pelo simples facto de existir.

Esta revalorização dos direitos do homem vai para além das declarações revolucionárias que privilegiavam o “cidadão”.

O Estado já não se sente imbuído de uma missão de socialização que, mantendo os indivíduos submetidos a um interesse geral, autorize métodos de coacção individual ou colectiva próprios do controlo social. Deixou também de existir, entre o Estado e o indivíduo, qualquer relação que funde um equilíbrio socializante ⁵.

O Estado renunciou à sua função integradora, recuou e aceitou funcionar como garante, contra si próprio, da protecção e promoção dos direitos da pessoa (direitos “egoístas”). Em síntese, o Estado restringiu o seu domínio para aumentar aquele que reserva à livre determinação da pessoa.

Os direitos do homem sobre os quais se constrói a sociedade “constituem a afirmação de uma ética social fundada sobre uma certa ideia do Homem considerado como um ser livre, titular de direitos fundamentais, cujo respeito se impõe a todos, aí incluído o Estado” ⁶.

A “nova” justiça penal assume-se como guardiã desta concepção do Homem, que se exprime através de declarações solenes e convenções internacionais.

As exposições de motivos de códigos recentes reflectem esta tendência: “Sem negligenciar a salvaguarda das instituições republicanas e a paz pública, sem menosprezar a necessidade de proteger os bens e as trocas económicas, defende-se que o novo código penal deve ter por fim primeiro a defesa da pessoa humana e contribuir para assegurar o seu pleno desenvolvimento, protegendo-a de todos os atentados, quer visem a sua vida, o seu corpo, as suas liberdades, a sua segurança, a sua dignidade, o seu ambiente” – assim se lê no projecto de código penal apresentado ao Parlamento francês, em 1986, pelo Ministro da Justiça Robert Badinter.

A política criminal foi, assim, apanhada no centro de uma insuperável contradição, pois tornou-se prisioneira de um paradoxo. Observado como prin-

⁴ No que se segue, J. de Maillard, *Crimes e leis*, Biblioteca Básica de Ciência e Cultura, 1994, pág. 108 e seguintes.

⁵ J. de Maillard, op. cit., pág. 98.

⁶ J. de Maillard, op. cit., pág. 112.

principal ameaça à liberdade individual, o Estado é intimado simultaneamente a desenvolver um sistema de protecções jurídicas para garantir o exercício de direitos e a apagar-se precisamente pelas mesmas razões. É um movimento circular de demanda de protecção ao Estado e de exigência de autonomia do indivíduo.

Neste contexto, é natural que os sistemas penais contemporâneos multipliquem as situações em que o consentimento é exigido. Não só na acção penal – basta pensar nas diversas formas de transacção processual – como no sistema punitivo.

É uma nova compreensão que emerge. Evocar o consentimento do delinquente no domínio punitivo era estranho ainda não há muito tempo. A pena exprimia o *imperium* da justiça penal. Hoje, compreende-se que, numa preocupação de individualização e de eficácia, o delinquente deva ser associado à aplicação e à execução da sanção. O direito penal trilha uma via original procurando, cada vez mais, fazer assentar a punição no consentimento do delinquente. Desta forma, por um lado, considera-o como sujeito de direitos, e, por outro lado, tem em vista uma maior eficácia. Reconhece-se que a sanção mais útil é a sanção aceite pelo condenado, porque, ao mesmo tempo que estimula a sua participação no atingir dos objectivos pretendidos, desenvolve o seu sentido de responsabilidade. A ponto de se levantar esta interrogação: contratualizada em si mesma ou na sua execução, a sanção penal não estará em vias de mudar de natureza? ⁷.

Neste espaço de consensualismo que os ordenamentos jurídicos da actualidade procuram levar tão longe quanto possível, a prisão constitui a *ultima ratio* da política criminal, a previsão de penas de substituição é generosa e a pena reconforma-se em sentido positivo, prospectivo e socializador.

Este sentido socializador é fiel aos direitos do homem e respeita a vontade do condenado.

A aplicação de penas de substituição, nalguns casos, só é possível com o consentimento do condenado (é o caso da prestação de trabalho a favor da comunidade).

Na execução da sanção, a concepção autoritária evolui-se, não admitindo o tratamento com vista à socialização contra a vontade do recluso.

Por todas estas razões, o tema do consensualismo na prisão reenvia-nos para o velho e sempre novo tema da socialização.

Mas, a esta luz, com um sentido renovado e mais profundo.

⁷ Nesta interrogação, P. Salvage, op. cit., pág. 715.

2. Nem sempre foi pacífico o conceito de socialização. Se se quiser traçar um quadro evolutivo, é necessário recordar os anos sessenta e o início dos anos setenta, quando a socialização dominava o pensamento político-criminal.

Como se sabe, este pensamento deu o flanco à crítica provinda quer de sectores “progressistas” e “críticos”, quer de sectores “conservadores” e “repressivos”: os primeiros, questionando a sua legitimidade, os segundos, imputando-lhe um rotundo fracasso ⁸.

Registe-se que a crise do modelo socializador – em que pontificou a emergência, nos anos setenta, dos modelos penais de justiça – é destituída de razão. Basta ver a situação na Europa continental, do sul e central, em que a abertura à socialização nunca teve as manifestações que a fizeram ficar ligada a um criticável modelo médico coactivo de tratamento.

Quer sejam abolicionistas ou neoguantistas (neoclássicas), as teses críticas mais relevantes atacam a socialização com base na defesa da autonomia do indivíduo face ao Estado. O aspecto positivo destas posições foi, sem dúvida, a atenção que concitaram sobre os direitos fundamentais, designadamente, o direito à integridade física e psíquica, gravemente atingido pela imposição coactiva de terapias médicas ou psicológicas tendentes à modificação físico-psíquica do recluso.

Nos Estados Unidos da América, o renovado interesse pela retribuição encontrou fundamento imediato na discricionariedade quase ilimitada com que eram tomadas decisões, quer quanto à determinação da medida da pena, quer quanto à libertação do condenado em cumprimento de uma pena de prisão.

É certo que o modelo de justiça, dito neoclássico, que pretendeu substituir-se ao modelo socializador, não pôs em causa, por si mesmo, a limitação das sanções através dos princípios da proporcionalidade e da culpa. A verdade, porém, é que a importância dada à noção de “just deserts” – sobretudo quando articulada com objectivos utilitários de inocuidade ou de intimidação geral – levou a que se gerasse, em muitos países, um clima repressivo e potencialmente desumanizante.

De resto, o abandono do modelo socializador que este movimento representou não produziu as mudanças desejadas: a criminalidade não decresceu,

⁸ Esta confluência, à primeira vista paradoxal, foi posta em destaque por Anabela Miranda Rodrigues, *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade. Seu fundamento e âmbito*, Coimbra, 1982, pág. 99 e segs., e em “Polémica actual sobre o pensamento da reinserção social”, *Cidadão delincente: reinserção social?*, Instituto de Reinserção Social, 1983, págs. 177 e seguintes.

o sistema judiciário tornou-se mais lento, as prisões ficaram mais sobrelotadas, o clima dentro das prisões piorou visivelmente e a motivação profissional do pessoal diminuiu.

3. Por tudo isto, não é de estranhar que se assista, hoje, num movimento de sentido inverso àquele que procuraram desenhar as novas correntes – inspiradas, repita-se, pela protecção do indivíduo e da sua eminente dignidade –, à inflexão das políticas estaduais e a um redesenhar da fisionomia das sociedades europeias, atingidas por uma espécie de “pânico moral” importado dos Estados Unidos da América. “O seu objecto (...) é a delinquência dos “jovens”, as “violências urbanas”, as desordens de que os “bairros sensíveis” seriam o cadinho, e as “incivilidades” de que os seus habitantes seriam os primeiros culpados”.

Dissimula-se, neste movimento, uma redefinição da função do Estado que “se retira da arena económica e afirma a necessidade de reduzir o seu papel social e de alargar, endurecendo-a, a intervenção penal”. O “novo senso comum penal” é “a tradução e complemento, em matéria de justiça, da ideologia económica e social baseada no individualismo”⁹.

É, afinal, a política de emagrecimento do Estado providência.

A “excessiva generosidade das políticas de apoio aos desfavorecidos” recompensa a “inactividade” e induz a “degenerescência moral das classes populares” e seria responsável pela subida da pobreza e da criminalidade. Favoreceria a emergência de uma espécie de “underclass” de pobres “alienados, devassos e perigosos”¹⁰.

As ligações entre o declínio do sector social do Estado e o desenvolvimento do seu braço penal são evidentes. Em simultâneo com o pedido de “menos Estado” na ordem económica e social, exige-se “mais Estado” para mascarar e conter as consequências sociais deletérias onde se verifica a deterioração da protecção social. O Estado individualista deve ser também um Estado punitivo. O aumento da demanda de segurança relativiza a demanda de igualdade. Ideia chave da “qualidade de vida” é a “santidade dos locais públicos”, indispensável à vida urbana. A segurança – estritamente definida em termos físicos e não em termos de risco de vida (salarial, social, médica, educativa, etc.) – emerge como prioridade da acção pública.

⁹ As citações são extraídas de um artigo intitulado “L'idéologie de l'insécurité. Ce vent punitif qui vient d'Amérique”, publicado no *Le Monde Diplomatique*, n.º 541, 46.º ano, da autoria de Loïc Wacquant, professor da Universidade da Califórnia, Berkeley e investigador no Centro de Sociologia Europeia do Colégio de França.

¹⁰ Op. ult. cit.

Promove-se, à luz desta lógica penal expansionista e puramente repressiva, a ideia de que “a prisão funciona” e inverte-se a estratégia anti-institucional outrora delineada na política criminal ¹¹. Elaboram-se estudos para fundamentar as conclusões de que “o triplicar da população prisional nos Estados Unidos da América entre 1975 e 1989 teria, unicamente pelo seu efeito “neutralizador”, prevenido 390 mil assassínios, violações e assaltos violentos só durante o ano de 1990” e de que “as despesas com as penitenciárias são um investimento ponderado e rentável para a sociedade” ¹².

O que dizer?

Tem de reconhecer-se ¹³ que o “clima moral-social”, o alargamento indiferenciado da intervenção penal às novas formas de criminalidade, organizada e de massa, e a insegurança (ou sentimento de insegurança) da população potenciam e caucionam um discurso repressivo. Estes aspectos, aliados a uma percepção social da violência, do risco e da ameaça que se tornam omnipresentes, fazem perder terreno a uma política criminal que dê prioridade à “garantia da liberdade” em face do “combate ao crime”.

A política criminal tende então a reduzir-se a uma “política de segurança”.

A sobrelotação nas prisões e a alteração da população prisional – uma população cada vez mais de toxicodependentes, de estrangeiros, de reclusos a cumprir penas muito longas e com problemas de saúde mental – não é senão o resultado do endurecimento penal verificado nos outros níveis do sistema ¹⁴.

A invocação da finalidade de socialização na execução da pena de prisão ou de direitos e liberdades fundamentais afigura-se, neste quadro, “anacrónica e ingénua”. O discurso da lei e da ordem tende a ganhar terreno.

4. Na “cultura da transacção, da participação e do consentimento”, em que se busca hoje a “relegitimação” do penal, deve procurar-se também a “relegitimação” da socialização.

Nesta lógica, o instituto da prisão dilui-se num caldo de cultura em que prevalecem os direitos do homem e só tem cabimento a *socialização voluntária*.

¹¹ Denunciando esta política, cf. E. Lotke, “Criminal justice and human dignity in the United States”, *The National Center on Institutions and Alternatives*, Setembro de 1998 (gentilmente cedido pelo autor; versão em português publicada na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n.º 24, 1998, pág. 39 e seguintes).

¹² Loïc Wacquant, op. cit.

¹³ Neste sentido, Anabela Miranda Rodrigues, “Temas fundamentais de execução penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n.º 24, 1998, pág. 11 e seguintes.

¹⁴ A este propósito, apontando vias de solução, cf. M. Galesloot, “Outwardly-oriented prison management” (gentilmente cedido pela autora; actas das *Jornadas de Lisboa*, 1999, da Fundação Internacional Penal e Penitenciária, em curso de publicação).

As críticas à socialização deixam de ter fundamento quando a socialização reinterpreta os seus limites.

O “renascimento” do pensamento socializador pode explicar-se de diversas maneiras.

Em primeiro lugar, porque os resultados da política de “justa punição” não foram satisfatórios.

Depois, porque se dispõe, hoje, de investigações mais fiáveis sobre factores psicossociais que interferem no comportamento criminal. A acumulação de experiências permite a concepção de programas mais precisos e mais eficazes e as avaliações são realizadas de maneira mais adequada e diferenciada.

Finalmente, em sede de tratamento da exclusão, verifica-se a “redescoberta da ética nas relações sociais” como resultado da “tomada de consciência colectiva das disfuncionalidades da nossa sociedade e da impotência do Estado providência face ao desenvolvimento da nova pobreza”.

Aplicado aos reclusos, este novo modo de regulação social – alicerçado em orientações reabilitadoras – aplica e desenvolve, neste domínio, o conceito de “pertença à comunidade”¹⁵.

O renascimento da socialização entrará, no entanto, em perda, se não ocorrer no quadro das garantias jurídicas consubstanciadas no princípio do Estado de direito democrático.

Efectivamente, as novas resistências à aceitação da socialização como finalidade da execução da prisão 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.

É certo que não sabemos rigorosamente até que ponto foram os resultados (negativos) da avaliação sobre o seu êxito que contribuíram para o “declínio” do conceito de socialização. Intuímos que, pelo menos em parte, a crise se deveu ao facto de, em certos países (nomeadamente, os países escandinavos), a socialização aparecer combinada com penas de prisão de duração indeterminada.

A questão reside então em saber se a colocação da tónica na eficácia do tratamento socializador 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.

¹⁵ Neste sentido, A.-M. Marchetti (avec la coll. De P. Combessie), *La prison dans la cité*, 1994, pág. 296 e seguintes (pág. 299).

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 Convenção Europeia dos Direitos do Homem e em outros diplomas internacionais, tais como as Regras Europeias sobre as sanções e medidas aplicadas na comunidade (Recomendação n.º R(92)16)¹⁶.

O novo tipo de intervenção junto do recluso fundar-se-á, assim, no reconhecimento da necessidade de obter o seu *consentimento* esclarecido, da importância de o colocar em condições de optar pela adesão à intervenção (*motivação*) e das vantagens da utilização da noção de “contrato” quando se quiser obter a sua *participação* num programa de tratamento.

Só deste modo é possível compatibilizar a intervenção de socialização com o respeito pelos direitos, liberdades e garantias. Perante as carências individuais e sociais dos reclusos, incumbe ao Estado recriar hipóteses de mudança que excluam 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 via que se abre é, pois, a da procura desse “ponto de equilíbrio”.

5. Neste entendimento, é de rejeitar a tendência que abandona os objectivos de socialização sob pretexto de que seriam inatingíveis.

Como é conhecido, na década de setenta, as discussões em torno da política criminal foram marcadas por uma forte convicção sobre a ineficácia total da socialização¹⁷ ou, pelo menos, sobre a impossibilidade de tirar conclusões estatisticamente fundadas¹⁸. E, ainda que parte dos resultados tenha sido objecto de avaliações positivas – mesmo Martinson relativizou o discurso negativista¹⁹ –, a socialização perdeu terreno.

A situação agravou-se, na década de oitenta, quando qualquer debate sério sobre “o que corria bem” com a socialização esteve praticamente

¹⁶ Salienta este aspecto, M. R. Hood, “Rapport Général”, Actes. Rapports présentés à la 20^e Conférence de Recherches Criminologiques (1993), subordinada ao tema “Les interventions psychosociales dans le système de justice pénale”, Conseil de l’Europe, *Recherche Criminologique*, vol. XXXI, pág. 207 e seguintes.

¹⁷ Cf. R. Martinson, *What works? Questions and answers about prison reform* (1974) e a conhecida resposta: “Nothing works”.

¹⁸ 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*, 1972, 63, pág. 378 e seguintes.

¹⁹ Cf. “New findings, new views: a note of caution regarding sentencing reform”, *Hofstra Law Review*, 1979, 7, pág. 242 e seguintes.

interdito. Provam-no os vinte cinco anos de ausência ou de empobrecimento de discussão no seio do Conselho da Europa. Interrompida na década de sessenta, a discussão só foi reatada em 1993²⁰. Os que pretendiam ter encontrado “tratamentos” penais eficazes suscitaram a desconfiança entre muitos criminólogos. Os seus “resultados” positivos eram sistematicamente negligenciados ou rejeitados, a título de lacunas ou de erros de avaliação ou de presunções injustificadas pela insuficiência de dados.

A utilidade do tratamento foi especialmente posta em causa a partir do ponto de vista da reincidência que, dizia-se²¹, não consegue evitar.

Sendo redutor querer substituir o bordão *nothing works* pela generalização aventureira de que “o tratamento funciona sempre”, desde há alguns anos ganha peso a influência dos que refutam esta tese negativista.

Existem dados, fornecidos por *meta-análises*²², cujos resultados vêm sendo publicados desde meados dos anos oitenta, e outros instrumentos de estudo, que permitem concluir que certas intervenções exercem um impacto não negligenciável sobre as taxas de reincidência e sobre outros critérios de aferição do êxito da finalidade de socialização.

Além disso, aceita-se que a *intervenção psicossocial*²³ pode fornecer um amplo número de oportunidades aos reclusos e servir para atingir outros objectivos que não apenas o da diminuição das taxas de reincidência. Trata-se de insistir na necessidade de colocar “serviços” à disposição dos reclusos²⁴. São várias as hipóteses: ajudar os reclusos desfavorecidos, promovendo a igualdade real; restabelecer a saúde mental; melhorar o clima institucional na prisão e diminuir as taxas de suicídio.

Reconhece-se, por sobre tudo isto, o relevo de variáveis externas que condicionam a socialização, o que alerta para a necessidade de a obtenção desta finalidade envolver uma intervenção dirigida à sociedade. É preciso

²⁰ Cf. Actes. Rapports présentés à la 20^e Conférence de Recherches Criminologiques (1993), cit.

²¹ Deve referir-se aqui, para além dos estudos de Martinson, Lipton e Wilkes, o de T. B. Palmer, “Martinson revisited”, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 1975, 12, pág. 133 e seguintes.

²² Sobre o método da meta-análise, cf. M. F. Lösel, “L'évaluation des interventions psychosociales en prison et en d'autres contextes pénaux”, *Recherche criminologique*, cit., págs. 84 e segs. e 106 e segs.; *id.*, “Meta-analytische Beiträge zur wiederbelebten Diskussion des Behandlungsgedankens”, M. Steller, K.-P. Dahle, M. Basqué (Eds.), *Straftäterbehandlung. Argumente für eine Revitalisierung in Forschung und Praxis*, 1993.

²³ Sobre isto, cf. S. Redondo, V. Garrido, E. Pérez, “Entorno penitenciario y competencia psicossocial: un modelo integrado de reinserción social”, *Papers d'Estudis y Formació*, n.º 4, 1988, págs. 9-21 e S. Redondo, “El ambiente penitenciario: su análisis funcional y aplicaciones”, *Delincuencia*, vol. 1, n.º 2, 1989, págs. 133-161.

²⁴ Nesta via, L. Daga, “Trattamento penitenziario”, *Enciclopedia del diritto*, XLIV, pág. 1329 e seguintes.

preparar a sociedade para receber os ex-reclusos. Uma adequada política de socialização exigirá, assim, uma coordenação e colaboração efectiva entre a administração penitenciária e as entidades responsáveis, na sociedade, pelos vários sectores sociais. A socialização intramuros só terá sentido se for uma socialização de transição para a liberdade.

Finalmente, é ainda a ligação automática tratamento-socialização que definitivamente, e bem, é posta em causa ²⁵. A oferta de *meios* – de tratamento – ao recluso com vista à sua socialização é sempre tendencial. Não há uma relação necessária.

A oferta de programas de tratamento, entretanto, terá sempre como efeito diminuir ou evitar as consequências da prisionização. Sendo assim, o juízo negativo sobre as potencialidades do tratamento oferecido ao recluso nunca poderá fundamentar-se unicamente no não alcançar do objectivo de socialização, tendo em vista a sua utilidade para afastar ou minorar os efeitos nefastos da prisão – em último termo, valorando-o como factor de “humanização” da prisão.

Aliás, não é exacta a ideia de que a socialização é actualmente um conceito “velho” ou “esquecido” na generalidade dos países europeus, designadamente nos países nórdicos ou mesmo nos Estados Unidos da América e na Grã-Bretanha, países onde se verificou um maior declínio da ideia de socialização, por contraposição ao maior apogeu que também aí conheceu.

Desde logo, não pode 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 e outros em 1975 e das conclusões negativas 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, estão convencidos de que “tais programas são eficazes naqueles grupos de delinquentes que manifestam suficiente interesse e são 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 de capacidade de iniciativa, ameaças latentes e manifestas de violência, a rotina, a monotonia e a massificação de actividades e relações” ²⁶.

²⁵ Assim, também, L. Daga, op. cit., pág. 1310.

²⁶ 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*, 1991, vol. 3, n.º 3, pág. 302.

Na Grã-Bretanha, a situação é muito semelhante. Da mesma forma que nos Estados Unidos, os programas de tratamento resistiram ao desaparecimento. A situação não é de molde a poder dizer-se que existe uma planificação básica quanto à organização das prisões ou linhas mestras que definem o quadro de intervenção socializadora. De qualquer modo, pode identificar-se uma corrente com alguma influência, denominada de construtivista²⁷. Com esta expressão designa-se fundamentalmente um método de tratamento baseado na aprendizagem de competências sociais e no restabelecimento de relações interpessoais, bem distinto e afastado dos modelos terapêuticos. A ênfase não está tanto em desenhar programas com grande rigor metodológico, capazes de demonstrar aptidão para diminuir a reincidência, quanto em implicar todos os funcionários da prisão – de vigilância e técnicos de socialização – e os próprios reclusos em programas destinados a maximizar o seu desempenho com vista ao desenvolvimento de competências de relacionamento e de adequação sociais.

De igual forma, no modelo canadiano de “gestão do risco” é possível ver menos uma ruptura do que a continuidade com o sistema correcional de ajuda, tratamento e reabilitação²⁸.

Em resumo, pode dizer-se que a socialização sobreviveu a políticas penais que gozaram (ou gozam ainda) do carisma de serem “moda”. E que, hoje, em países onde encarniçadamente se combateu esse objectivo, fala-se do seu ressurgimento, com a mesma ênfase com que se tinha falado do ressurgimento da prevenção geral e da nova repressão penal, cumprindo os ciclos das finalidades da punição.

É, pois, na via aberta pela solidariedade e pela protecção dos direitos fundamentais da pessoa que a socialização se renova e aprofunda.

Importa traçar as principais linhas de força desta renovação e aprofundamento.

6. Diz-se que, quando o contributo empírico põe em evidência os efeitos dessocializadores da prisão, o principal objectivo deve ser não tanto a socialização quanto *evitar a dessocialização* do recluso²⁹.

²⁷ Cf. V. Garrido e S. Redondo, op. cit., pág. 303 e segs. Veja-se, também, o *Annual Report and Accounts of Prison Service of England and Wales* (Apr 1997 – Mar 1998) intitulado “Developing constructive regimes”.

²⁸ Neste sentido, cf. M. Vacheret, J. Dozois, G. Lemire, “Le système correctionnel canadien et la nouvelle pénologie: la notion de risque”, *Déviance et Société*, 1998, vol. 22, n.º 1, pág. 37 e seguintes.

²⁹ Sobre isto, cf. Anabela Miranda Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, Coimbra Editora, 1995, págs. 317 e segs. e 558 e seguintes.

De facto, a criminologia tem revelado que a prisão não só produz efeitos de dessocialização como também cria problemas e dificuldades ulteriores, quando se perspectiva o regresso do recluso à comunidade.

O reconhecimento dos efeitos dessocializadores da pena de prisão alertam para o perigo de se assumir, *sem mais*, a socialização como fim da execução.

Trata-se de um paradoxo aparentemente irredutível: por um lado, a prisão produz um efeito de intimidação sobre o recluso, criando um estímulo de adaptação às regras de vida em sociedade; por outro lado, segrega o indivíduo do seu estatuto jurídico normal, atinge a personalidade, favorece a aprendizagem de novas técnicas criminosas e propõe valores e normas contrários aos “oficiais”.

É verdade que o quotidiano da vida prisional se rege por regulamentos asperamente limitativos que dificultam e proíbem as mais diversas actividades, subordinados ao objectivo principal de “evitar problemas” e, sobretudo, dominar o recluso. A ênfase na segurança, no prevenir a fuga e no controlo regular e contínuo da vida do preso convertem a prisão, em si mesma dessocializadora como “instituição total”, num *habitat* que expõe o recluso a uma *grande violência*, factor a considerar na dessocialização progressiva do seu comportamento e, portanto, na reconfiguração 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* tem como consequência, entre outras, a *falta de desenvolvimento do sentido de responsabilidade* que irá dificultar a preparação e posterior adaptação à vida em liberdade.

Tudo isto contraria a realização de um modelo de prisão não dessocializadora e dá azo a que se fale, com propriedade, em predomínio do binómio “*ordem e segurança*” sobre a *intervenção* (socialização). O que acontece, de resto, com base numa equívoca associação de objectivos aparentemente dirigidos a influenciar de modo positivo a personalidade do recluso mas que, na realidade, são de pura *custódia* e funcionam como instrumentos de “amestramento” da vida institucional.

Quais, então, os objectivos a ter em conta, ao conferir à execução da prisão a finalidade de socialização?

a) O primeiro objectivo deve ser o de *evitar a dessocialização do recluso*. É um efeito que a criminologia tem realçado, ao chamar a atenção para os factores de “infantilização” e de “subcultura prisional” como típicos da acção dessocializadora exercida pela prisão. *Socialização* deve querer dizer,

numa primeira análise, que estes obstáculos à sua realização devem ser afastados. Retoma-se conscientemente o programa descrito pela doutrina através da fórmula *nihil nocere*³⁰: combater as consequências nocivas da privação da liberdade.

Se ponderarmos os efeitos negativos do sistema penitenciário tradicional, o princípio *nihil nocere*, tomado verdadeiramente a sério, implica modificações profundas da vida quotidiana dos estabelecimentos penitenciários. Algumas proposições iluminam este princípio: a configuração concreta da prisão não deve reforçar a carga de estigmatização social traduzida pelo julgamento e pela pena; as limitações de direitos não podem autorizar-se, a não ser na medida em que sejam impostas por razões de força maior, urgentes e em função do recluso (e não de necessidades de funcionamento do estabelecimento); as condições gerais de vida do recluso devem aproximar-se das que caracterizam a vida em liberdade (normalização da vida penitenciária); deve favorecer-se as relações do recluso com o mundo exterior³¹.

Só quando, durante a execução da prisão, se puderem evitar os efeitos dessocializadores que geralmente lhe estão associados, o cumprimento da pena pode desempenhar, pelo menos, um papel funcional no que toca às exigências de *advertência*. E que, agora, já não correm o risco de ser paralelamente anuladas pela dessocialização.

Ao colocarmos as coisas nestes termos, não abdicamos de reconhecer à dimensão positiva de socialização a prevalência na ordenação dos fins preventivos especiais: assegurado que se evita a dessocialização e que há, por parte do recluso, carência de socialização, é a esta dimensão que se deve conferir prioridade. Em qualquer caso – e, desde logo, quando a socialização não for necessária *ou* for *impossível* –, a execução da pena cumprirá a função, ainda positiva, de *advertência*.

Acresce que um efeito seguro da execução da prisão orientada pela finalidade de prevenção especial é o de segurança individual. Cabe-lhe, todavia, um papel *subsidiário* em relação aos outros fins de prevenção especial, só justificado, atendendo ao grau de perigosidade do agente, quando, em relação

³⁰ Cf. H. Schüler-Springorum, *Strafvollzug im Übergang – Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre*, 1969, pág. 178 e seguintes.

³¹ Os aspectos da execução da pena de prisão que geralmente contrariam estes comandos, induzindo a dessocialização, são múltiplos e não podem ser abordados um por um. Apenas se deixa aqui o seu apontamento: relações prisão / sociedade (abertura da prisão à sociedade e abertura da sociedade à prisão); estrutura arquitectónica da prisão (os aspectos quantitativo e qualitativo do espaço); a vida quotidiana na prisão (a prisão como sistema social alternativo e a utilização do tempo e do espaço).

a este, não for realista esperar resultados positivos nem no sentido da sua socialização nem da sua advertência.

b) A dimensão de socialização não ficaria, entretanto, completa, se não se considerasse, ao lado da vertente que comporta de, na medida do possível, *evitar* a dessocialização do recluso, aquela outra de *promover* a sua não dessocialização.

E este é, porventura, o maior desafio que se coloca actualmente à organização do regime prisional.

A socialização não deve ser encarada exclusivamente como preparação do recluso para voltar a ser *sócio*. O estímulo à aquisição de uma atitude social conforme ao respeito pelos valores jurídico-criminais não pode fazer esquecer que o recluso já é, enquanto tal, *sócio*, sujeito embora a um estatuto especial que, nem por isso, exclui a titularidade de direitos fundamentais. Para trás ficou o tempo em que o condenado à pena de prisão era despojado de todos os direitos, objecto de uma obscura “relação especial de poder” criada e mantida num “espaço de não-direito”, em que o Estado se desvinculava do respeito que deve à dignidade da pessoa e aos seus direitos fundamentais.

A intenção de *socialização*, visando embora um fim positivo, nem sempre contemplou objectivos de manutenção, por parte do recluso, de direitos fundamentais.

Por isso, afigura-se essencial que, antes de ser *socializadora*, a execução da pena de prisão seja *não-dessocializadora*. Isto, num duplo sentido: por um lado, e como vimos, que reduza ao mínimo a marginalização de facto que a reclusão implica e os efeitos criminógenos que lhe estão associados; por outro lado, que não ampute o recluso dos direitos que a sua qualidade de cidadão lhe assegura. Só a incorporação da *não-dessocialização* no conceito de *socialização* permitirá dissolver o paradoxo, por tantos apontado, de se pretender preparar 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 prisão em *sujeito da execução* da prisão, urge agora encará-lo *também* como sujeito *tout court*.

c) No quadro da socialização ganha consistência e contornos o estatuto jurídico do recluso.

Verdade é que as ideias de “correção” ou de “educação” não se comparam com a existência de duros e degradantes regimes prisionais, supondo, pelo contrário, o respeito e a salvaguarda da dignidade humana. E que só deste modo se fomenta o sentido de responsabilidade e de pertença

à sociedade do recluso. Base imprescindível de um pensamento socializador é, pois, que a vida na prisão se oriente para a preparação do recluso para a liberdade e, conseqüentemente, que lhe sejam assegurados, enquanto recluso, os direitos de que goza enquanto pessoa livre.

À afirmação de direitos dos reclusos não é estranho o respeito pelo *princípio da humanidade* na execução. A “humanização”, que embebeu o direito penitenciário de motivações culturais e religiosas, ganhou, entretanto, um novo sentido. Já não pertence à categoria dos costumes ou das praxes administrativas mas à proclamação do recluso como sujeito da execução.

Só pode surpreender-se com a cronologia relativamente tardia deste movimento quem esquecer a forma absolutizante como a noção de “relação especial de poder” conquistou a execução.

Nesta evolução³², a afirmação de um Estado de Direito que se autolimita face ao cidadão e que transforma as “relações de poder” em relações jurídicas com recíprocos direitos e deveres é um marco fundamental nas mudanças operadas relativamente à compreensão da posição jurídica do recluso, que deixa de ser objecto para passar a ser “sujeito da execução”.

Para além disso, no lento e complexo processo de consolidação da posição jurídica do recluso, a evolução processou-se através do reconhecimento das garantias constitucionais, quando já se lhe reconhecia uma situação jurídica incontestada. Houve, então, decisões de diversos tribunais que podem classificar-se de “revolucionárias” por se fundarem justamente no conceito de garantias constitucionais.

Finalmente, a valorização dos direitos dos reclusos é, de algum modo – resta salientá-lo –, reflexo do movimento geral de defesa dos direitos fundamentais.

Afirmados em numerosos documentos internacionais, a generalidade contém princípios relativos à situação do detido ou do recluso.

Através deles ou por via de declarações específicas, é inquestionável o progresso verificado, na cultura jurídica das últimas décadas, relativamente à situação do recluso³³.

³² Sobre isto, Anabela Miranda Rodrigues, *A posição jurídica do recluso*, cit., pág. 33 e seguintes.

³³ Como é sabido (cf. Bueno Arús, “Historia del derecho penitenciario español”, *Lecciones de derecho penitenciario*, Alcalá de Henares, 1985, pág. 9 e segs.), o reconhecimento da posição jurídica do recluso remonta às correntes reformistas dos princípios do século quando, em 1925, a Comissão Penitenciária Internacional projectou elaborar regras internacionais que condensassem exigências “mínimas” que deveriam ser aceites por todas as legislações em matéria de execução das sanções privativas de liberdade. A Comissão elaborou, em 1929, e reviu, em 1933, um conjunto de regras para o tratamento de reclusos que, em 1934, a Liga das Nações aprovou. Em resultado destes esforços, apareceram as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, aceites em 1955,

A “codificação” de “Regras Mínimas” que devem ser observadas na execução representa uma verdadeira transição da especulação científica, com raízes no século XIX, para o domínio da lei.

Nasceu, assim, uma linguagem, nova, dos direitos do recluso.

Esta afirmação de direitos veio conferir à execução uma dimensão que lhe imprimiu carácter.

Trata-se, agora, de preservar no recluso a sua natureza de ser “responsável” e “social”, de evitar o aprofundamento da separação sociedade-recluso, de que a defesa e promoção dos direitos fundamentais é elemento essencial.

7. Do que ficou exposto, pode concluir-se que a renovação do pensamento socializador poderá condensar-se em três proposições: o respeito pela liberdade de consciência do recluso, a realização positiva dos direitos fundamentais do recluso e a obrigação de intervenção social do Estado.

Está definitivamente ultrapassado que a socialização se identifique com a “higiene moral” que sustentou o correcionalismo. O Estado contemporâneo, de natureza laica e secular, não se encontra legitimado para impor aos cidadãos códigos morais. Por isso, a pena de prisão não pode ter por fim transformar o “homem-criminoso” num “bom pai de família”. A liberdade de consciência não sofre qualquer restrição por via da sujeição a uma pena de prisão.

Para além disso, a titularidade de direitos fundamentais por parte do recluso impõe ao Estado deveres de abstenção relativamente a intervenções lesivas desses direitos (*nihil nocere*) e deveres de prestação que permitam a sua efectiva realização, sobretudo – mas não só – no que diz respeito aos chamados direitos sociais, nomeadamente o direito à saúde, à educação e ao trabalho (*omnia prodesse*).

Estão em causa exigências de conformação de um estatuto jurídico *negativo* e *positivo* do recluso. Toda a discriminação em relação ao cidadão livre

pelo 1.º Congresso da Organização das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, cuja aplicação foi recomendada aos Governos por Resolução do Conselho Económico-Social daquela Organização, de 31 de Julho de 1957. Estas Regras viriam a ter um desenvolvimento “regional” quando, em 19 de Outubro de 1973, o Comité de Ministros do Conselho da Europa aprovou as Regras Penitenciárias Europeias, uma nova redacção, em alguns pontos aperfeiçoada – destaca-se, sobretudo, o intuito de facilitar os contactos do recluso com o mundo exterior, tornar mais flexível a modelação da execução e desenvolver e encorajar a participação dos reclusos na sua socialização –, daquelas Regras Mínimas. As Regras Penitenciárias foram objecto de uma revisão de conjunto em 1987, de que resultou a Recomendação do Comité de Ministros n.º R(87)3.

que se traduza numa limitação desses direitos só será constitucionalmente legítima, se for imposta pelo sentido da condenação ou por exigências próprias da execução.

Por outras palavras ³⁴: em relação ao conceito de socialização dominante até há pouco tempo, “a questão não se coloca em termos de “diferença”, mas por referência ao que é comum a todo o indivíduo, isto é, à existência de um certo número de direitos, tal como estão inscritos na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Se “diferença” existe, ela não está no indivíduo, mas na maneira como certos direitos lhe são – ou não são – assegurados”.

Por último, o sentido socializador da execução da pena de prisão não decorre apenas da doutrina (penal) dos fins das penas nem mesmo de uma determinada organização (legal) do regime penitenciário. Passou a derivar directamente do princípio do Estado de direito social acolhido nas Constituições da generalidade dos países europeus ou mesmo de declarações expressas aí contidas (casos da Espanha ou da Itália). As obrigações sociais do Estado, nomeadamente as que se referem à promoção do bem-estar social e da igualdade real entre os cidadãos, impõem uma série de prestações estaduais ao recluso, dada a particular situação de necessidade em que ele se encontra. A intensidade do dever de auxílio ao cidadão recluso não é certamente inferior à do dever que existe para com os cidadãos desfavorecidos em geral, tanto mais que a reclusão é ordenada pelo Estado para satisfazer um interesse próprio – a restauração da confiança da comunidade no direito e, através dela, a coesão social em torno dos bens protegidos pelo direito penal.

Para além do “dever ético de solidariedade” – a que, entre nós, se referia Eduardo Correia –, incumbe ao Estado um específico dever jurídico de prestação ao cidadão recluso: *a oferta do auxílio necessário para que este, querendo, conduza a sua vida futura sem praticar crimes*. Um dever duplamente fundado: por um lado, nos direitos fundamentais do recluso; por outro, em interesses da sociedade constituída em Estado.

8. Numa síntese prospectiva, poder-se-á então dizer que o princípio de socialização que hoje preside à execução da pena de prisão deve ser *renovado e aprofundado*.

³⁴ Assim, P. Mary, *Délinquant, délinquance et insécurité. Un demi-siècle de traitement en Belgique (1944-1997)*, Bruxelles, 1998, pág. 523.

Renovado, porque é de primordial importância que a legislação e a *praxis* penitenciárias se orientem no sentido da *não dessocialização* do recluso. Objectivo que só poderá ser atingido pelo reconhecimento da *cidadania do recluso* e pela *protecção eficaz dos seus direitos fundamentais*. É uma preocupação que, num primeiro momento, transcende o problema penitenciário *stricto sensu* e é directamente imposta pelos mais elementares princípios consagrados nas modernas Constituições: princípios da igualdade, do Estado de direito, ou da obrigação imposta ao Estado de garantir os direitos e liberdades fundamentais.

Num segundo momento, já atinente à questão penitenciária, a intenção de não dessocialização do recluso impõe uma reconformação da instituição penitenciária, no sentido da normalização e responsabilização possível da vida prisional e uma discriminação positiva do recluso que garanta, pela via de prestações estaduais, aqueles direitos cuja realização não se basta com uma abstenção de interferência do Estado.

Por seu turno, a não-dessocialização do recluso, sobretudo na parte em que exige a garantia dos direitos fundamentais, reclama uma maior intervenção do poder jurisdicional na execução da pena.

A posição do recluso não pode mais, nesta perspectiva, estar *a coberto do direito*. Deve ser *coberta pelo direito*, com as consequências constitucionais que daí advêm em matéria de intervenção jurisdicional. O que implica uma intervenção (mais) activa do poder jurisdicional na execução da pena de prisão e a reformulação do estatuto e do papel do advogado.

Mas, para além disso, o pensamento socializador deve ser *aprofundado* no sentido de um investimento sério na preparação do recluso para a sua *socialização*.

A “intervenção” social propriamente dita continua a socorrer-se de meios tradicionais: constituem o seu núcleo central a trílogia formação, educação, trabalho. Convém chamar a atenção para novos métodos e programas de tratamento – com objectivos bem definidos e dirigidos a problemáticas específicas – cujo valor tem sido demonstrado por experiências recentes.

9. Atingimos, desta maneira, o núcleo do conceito de socialização.

O pensamento socializador não permite a *imposição de qualquer tratamento coactivo* ao recluso, que não está obrigado a submeter-se ao tratamento.

Na base de uma execução orientada pela finalidade de socialização, com o sentido apontado, está o pressuposto de que a ajuda oferecida – o *tratamento* – só é eficaz com a *participação voluntária* do recluso. A voluntariedade da

participação subjaz à concepção actual de tratamento ³⁵, sendo dominante no direito comparado ³⁶.

Além disso, o princípio do tratamento voluntário não pode deixar de se fazer valer, face ao perigo que para os direitos fundamentais do recluso representa a imposição de um tratamento coercitivo. O “tratamento” é sempre um direito do indivíduo e não um dever que lhe possa ser imposto coercitivamente, caso em que sempre se abriria a via de uma qualquer manipulação sobre a personalidade, amplificada na hipótese em que o tratamento afectasse a sua consciência ou a sua escala de valores. O “direito a não ser tratado” é parte integrante do “direito de ser diferente” que não pode ser posto em causa nas sociedades pluralistas e democráticas do nosso entorno cultural.

A afirmação do princípio do tratamento voluntário é, pois, uma evidência, segundo a dimensão de “direito” do recluso conferida à socialização e entendida esta também como emanção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Levado à prática, ele significa a contratualização do tratamento.

Para além disso, o tratamento oferecido não visa modificar a personalidade do recluso, mas unicamente “promover um processo” em que cabe ao recluso e só a ele a possibilidade de retirar das “intervenções” oferecidas as vantagens que quiser.

Pode dizer-se que é este o caminho já prosseguido e que permite abrir novas perspectivas ao tratamento.

É preciso, todavia, esclarecer alguns aspectos.

O problema prende-se com a definição do conceito de tratamento e, particularmente, com a delimitação, de entre o conjunto das actividades que têm lugar nos estabelecimentos penitenciários, daquelas que devem ser entendidas como “medidas de tratamento”.

Preconiza-se hoje um alargamento do conceito de tratamento (conceito *amplo* de tratamento) que abrange, na sua totalidade, o campo de interacção e comunicação entre os reclusos e o pessoal encarregado da execução.

³⁵ Sobre o princípio do tratamento voluntário, reafirmado nos tempos mais recentes, cf., na doutrina alemã, A. Böhm, “Zur ‘Freiwilligkeit’ in Strafvollstreckung und Strafvollzug” e Ebert, *Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege*, Berlin-New York, 1991, pág. 100 e segs.; em Espanha, vide, por todos, García Valdes, *Teoría de la pena*, Madrid, 1985, p. 143 e, em Itália, A. Bernasconi, “Art. 13 – Individualizzazione del trattamento”, V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Cedam, 1997, pág. 112 e seguintes.

³⁶ Cf. nota anterior. E ainda, dando conta desta orientação generalizada, Dünkel / Rössner / Schüler-Springorum, “L’évolution du traitement pénitentiaire en Allemagne”, *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, 1992, n.º 1, pág. 20.

É, além disso, um conceito *aberto*, podendo integrar todas as medidas que, de acordo com a evolução dos conhecimentos, se considere favorecerem o objectivo de socialização.

Não é esta a solução seguida em alguns países, onde se distingue “regime” e “tratamento”, adoptando-se um conceito estrito de tratamento. Em Espanha continua a fazer-se do tratamento a “coluna vertebral” da execução, subordinando os aspectos do regime a este objectivo central. Em Itália, distingue-se “tratamento-regime” e “tratamento-reeducativo”.

A consagração do conceito amplo de tratamento³⁷ – mais consentânea com a compreensão actual que para este se preconiza – explica que, nos países onde é acolhido, não tenha expressão legal o princípio do tratamento voluntário. Embora a consideração da *participação* do recluso na execução surja como *limite* ao tratamento – o que permite falar de uma *necessidade* de participação que o reforço da ideia de “direito” à socialização acentua –, normalmente apenas se refere que aquela participação deve ser “estimulada” e não se consagra um direito de participação (casos de Portugal e da Alemanha)³⁸.

De qualquer modo, no modelo proposto de tratamento afasta-se a consagração de um dever geral de participação do recluso – que se recusa em absoluto – e, por idênticas razões, de deveres concretos de tratamento. Ilustram esta hipótese, designadamente, os casos dos deveres de trabalhar ou de se submeter a tratamento médico.

A configuração dos direitos e deveres do recluso deve obedecer, cada vez mais, a uma lógica que o preserva de agressões à sua esfera jurídica motivadas unicamente pela sua qualidade de recluso. O que apenas conforta a adesão, sem reservas, ao princípio do tratamento voluntário.

Uma concepção de tratamento ainda baseada no sistema progressivo é também sintoma de uma concepção de tratamento ultrapassada, intrinseca-

³⁷ Cf. artigo 9.º, n.º 2, Decreto-Lei n.º 265/79. No mesmo sentido, o § 7 (2) da *Strafvollzugsgesetz* e o artigo 13 do *Ordinamento Penitenziario* italiano. Sobre os princípios que orientam o tratamento – que deve ser individualizado, complexo, programado e dinâmico –, cf. Düinkel / Rössner / Schüller-Springorum, *op. ult. cit.*, págs. 19 e 20.

³⁸ Sobre o conteúdo e alcance da participação do recluso na execução, cf. Anabela Miranda Rodrigues, *A posição jurídica do recluso*, cit., pág. 88 e segs., e 135 e segs.; equívoco, em Espanha, Bueno Arús, “Notas sobre la Ley General Penitenciaria”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 220-223, pág. 23, que afirma existir um “dever de participação” do recluso no tratamento. Criticamente, contudo, Mapelli Caffarena, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, 1983, pág. 268. Em consonância com a existência de um sistema progressivo, afirmam a validade do princípio da participação voluntária em relação aos meios concretos de tratamento, mas não já quanto ao tratamento em si mesmo considerado, Tamarit Sumalla, Sapena Grau, García Alberó, *Curso de derecho penitenciario (adaptado al nuevo reglamento penitenciario de 1996)*, Barcelona, 1996, pág. 203.

mente coactiva. Vem sendo substituído por sistemas de *planificação individualizada*, construídos na base da ideia da adequação da execução às necessidades de tratamento do recluso. Estes sistemas assentam na planificação da execução – com tradução no “plano individual de reeducação” –, consubstanciada em duas (ou mais) fases, diferenciadas e coordenadas entre si. A planificação propriamente dita – cujo objectivo é definir, designadamente, o tipo de estabelecimento em que o recluso deve ser internado ou os programas formativos ou terapêuticos que deve frequentar – sucede-se à “observação sobre a personalidade e sobre o meio social, económico e familiar do recluso”. A evolução da execução é apreciada à luz dos objectivos definidos no plano, que pode ser alterado em função das avaliações dos progressos experimentados. Este é um sistema mais de acordo com a ideia de individualização e de participação-acordo do recluso que deve presidir à execução. O sistema progressivo, embora susceptível de flexibilização (como aconteceu em Espanha, por força de recentes alterações legislativas ³⁹), é comparativamente mais rígido, modelado em função de escalas temporais pré-estabelecidas que não permitem a individualização, participação e responsabilização do recluso, como hoje se deseja.

Na óptica “contratual” de tratamento, nada obsta a que se aceite um alargamento ao *campo terapêutico* das técnicas de tratamento tradicional. O consentimento do recluso excluirá, em qualquer caso, a hipótese do tratamento coactivo.

Já o modelo de “sinalagma penitenciário” – de troca automática entre um benefício concedido pela administração e um determinado comportamento do recluso (por exemplo, a redução de um dia de pena por cada x dias de trabalho) – não se adequa a uma execução baseada na espontaneidade da atitude de cooperação com a instituição com vista à socialização. O carácter “premiado” do ordenamento penitenciário, através da concessão de “benefícios” e não de “direitos” aos reclusos encobre a coactividade intrínseca da execução. E significa acentuar o seu aspecto disciplinar (indução a manter certos comportamentos para obter um certo resultado), em detrimento do tratamento (aplicação de técnicas para obter a socialização) ⁴⁰.

É por isso que, por exemplo, as licenças de saída, *podendo* ser concedidas se verificados certos pressupostos, só o *devem* ser em função das exigências e evolução do tratamento (e não automaticamente, em função da mera

³⁹ Cf. Real Decreto 190/1996, de 9 de Fevereiro (que aprova o Regulamento Penitenciário).

⁴⁰ Neste sentido, também L. Daga, op. cit., pág. 1323 e seguintes.

verificação daqueles pressupostos) e sempre supondo o consentimento do recluso.

Da mesma forma, a liberdade condicional ou outras formas de execução em liberdade do resto da pena (como é o caso da *grâce conditionnelle*, em França) são institutos de inspiração consensualista, que conformam experiências que devem ser multiplicadas. O que se afirma, por um lado, é que, decisivo para a sua concessão deve ser, não a “boa conduta” “em si”, mas o comportamento prisional do recluso na sua evolução, como índice da sua socialização (este é o caminho trilhado recentemente em Portugal ⁴¹). Por outro lado, à oferta destas possibilidades junta-se a aceitação do recluso. Este pode preferir permanecer na prisão, sendo livre de escolher entre o cumprimento do resto da pena na prisão ou a liberdade, por vezes associada a uma ou várias obrigações particulares.

Nesta visão contratualista e totalmente afastada do modelo premial sinalagmático a que acima nos referimos, insere-se a experiência que vem sendo prosseguida com assinalável êxito ao nível da taxa de reincidência, na Grã-Bretanha, na prisão aberta de Latchmere House. A prisão foi instalada na sequência do Relatório Woolf sobre o motim de 1990 na prisão de Strangeways. O relatório condenava o excesso de população crónica das prisões, as más condições de detenção e uma das suas recomendações foi a de que se fizesse muito mais pela reabilitação dos reclusos. Em Latchmere House a execução da pena assenta num contrato que os reclusos recém-chegados têm de assinar, fixando objectivos por um certo período de tempo. O não cumprimento destes objectivos implica, em último termo, o regresso a uma prisão fechada. Ao longo do tempo de cumprimento da pena, o recluso vai desenvolvendo o seu sentido de responsabilidade e autonomia. Uma progressiva abertura ao exterior – por exemplo, visitas à família – acompanham a evolução positiva do recluso.

10. O tom está dado para o debate sobre a prisão neste final de século.

Já não se questiona a sua finalidade socializadora e o problema principal são as condições da sua execução.

Entretanto, perante uma (sobre)população prisional com graves e novas dificuldades e carências, endurecida pela longa duração das penas, doente e estrangeira, evitar a reincidência é apenas um dos objectivos almejados.

⁴¹ Nesta via, cf. o regime da liberdade condicional (art. 61.º do Código Penal). Sobre o instituto e a sua evolução entre nós *vide* Figueiredo Dias, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Editorial Notícias, 1993, pág. 528 e seguintes.

O tratamento oferecido é, neste contexto, um factor essencial para evitar ou minorar os efeitos nocivos da privação de liberdade e para proporcionar melhores condições de detenção e ajuda aos reclusos que a aceitem. Sabido hoje que são multifactoriais as causas do crime, a prisão deve organizar-se como um conjunto de “serviços” oferecidos ao recluso para resolver as dificuldades de que a prática do crime é expressão.

Proposto numa base consensualista, rompe com a lógica de controlo imposto que presidia a muitas intervenções do passado e deve ser afastada das intervenções do futuro, em nome, não só da protecção dos direitos do recluso, mas também de considerações funcionais e pragmáticas que se prendem com a eficácia da intervenção. Com efeito, é hoje reconhecidamente aceite que um tratamento forçado é um tratamento fracassado. Não se desenvolvendo no recluso o seu sentido de responsabilidade – o que o tratamento contratualizado permite – não se pode pretender que ele aprenda a viver em sociedade sem cometer crimes.

É este o desafio que se coloca à prisão. Depois de se ter considerado o recluso como sujeito de direitos, é preciso tratá-lo como tal.