

Revisita Portuguesa de
CIENCIA CRIMINAL

Diretor: Jorge de Figueiredo Dias | Ano 33 N.º 3 | Quadrimestral | setembro - dezembro 2023 2023

SEPARATA

Pena privativa de outras liberdades (ou a violação de direitos fundamentais nas prisões portuguesas)

Maria Miguel Oliveira da Silva *

*Assistente Convidada da
NOVA School of Law
Doutoranda em Direito na
NOVA School of Law*

I. Notas introdutórias

Quando ENRICO FERRI afirmou, na sua primeira campanha contra a pena privativa da liberdade, que o sistema celular é “uma das aberrações do século XIX”¹, certamente não contava que, em pleno século XXI, ainda aquele estivesse na ordem do dia.

Como bem afirma SANDRA OLIVEIRA E SILVA, o encarceramento, enquanto pena, agradou certamente aos pensadores do Iluminismo, já que permitia, em teoria, a atribuição de uma sanção criminal igualitária a todos os condenados².

De facto, como ultrapassagem notável da barbárie a que se assistiu durante a Antiguidade Clássica e a Idade Média, a prisão revelou-se uma conquista verdadeiramente misericordiosa: para trás ficavam séculos de punições com recurso à crucificação, ao lançamento às feras, às degolações e às sufocações³. E, bem vistas as coisas, também condignamente se superavam, enfim, as sanções aplicadas

* E-mail: mariamiguel.silva@novalaw.unl.pt. ORCID: 0000-0002-3813-2442.

¹ ENRICO FERRI, *Sociologia Criminale*, 4.^a edição, Turim, Fratelli Bocca, 1900, p. 59.

² SANDRA OLIVEIRA E SILVA, “Prefácio”, in: *Pena Privativa da Liberdade: A Oportunidade de Uma Sanção Criminal Qualitativamente Homogénea*, Braga: NovaCausa Edições Jurídicas, 2020, p. 16.

³ LADISLAU THÓT, *A Evolução Histórica do Direito Penal*, Lisboa: Tipografia Penitenciária, 1932, p. 43.

ainda mais anteriormente pelas civilizações chinesa, egípcia e assíria, se se pensar em castigos como a castração, a amputação de pés e narizes, a marca a ferro quente, a decapitação, o espancamento, o empalamento ou a cegueira por extração dos olhos ⁴. De forma impressionante escreveu THOMAS MORE: mais difícil do que encontrar uma solução melhor do que a pena de morte, só mesmo tentar encontrar uma pior ⁵.

Não se contesta, pois, a evidente supremacia humanista de que a prisão se dotou enquanto pena, pelo menos face às sanções suas antecessoras. Ultrapassada a função residual do cárcere enquanto mero depósito de suspeitos, até ao período republicano da Roma Antiga ⁶, o encarceramento dispôs-se a consagrar uma evolução ideológica de concretização da pena. Ainda que configurassem, na época, “verdadeiras masmorras do desespero e da fome” ⁷, também pela primeira vez, sobretudo pela mão do Imperador Constantino, se procurou acautelar o sofrimento dos condenados à prisão ⁸.

No entanto, a pena de prisão nunca cumpriu os seus desígnios de sanção inócua e impoluta. Nem na Idade Média — com a implementação, nas prisões eclesiásticas, do isolamento celular, o *murus strictus*, que acorrentava os condenados às paredes das celas subterrâneas e obscuras ⁹ —, nem na Idade Moderna — com a sua

⁴ PEDRO CORREIA GONÇALVES, *A Pena Privativa da Liberdade: Evolução Histórica e Doutrinal*, Lisboa: Quid Juris, 2009, pp. 17-51; RUSS VERSTEEG, *Law in Ancient Egypt*, Durham: Carolina Academic Press, 2002, pp. 154-156; LADISLAU THÓT, *A Evolução cit.*, p. 5.

⁵ THOMAS MORE, *Utopia*, 2.ª edição, Lisboa: Coisas de Ler Edições, 2010, p. 27.

⁶ Ressalvada a exceção da *détention dite coercitive*, em que a prisão era efetivamente aplicada enquanto sanção, como forma de coagir os condenados ao pagamento das ditas penas pecuniárias. Cfr. EDUARDO CORREIA, “La Prison, Les Mesures Non-institutionnelles et Le Projet du Code Penal Portugais de 1963”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, tomo LIII, 1970, p. 230.

⁷ PEDRO CORREIA GONÇALVES, *A Pena Privativa, cit.*, p. 67.

⁸ THEODOR MOMMSEN, *El Derecho Penal Romano*, tomo I, Pamplona: Analecta Editorial, 1999, p. 310.

⁹ TOMMASO BURACCHI, “Origini ed Evoluzione del Carcere Moderno”, *L'Altro Diritto, Centro di Documentazione su Carcere, Devianza e Marginalità*, 2004, capítulo 2.2.

obcecada intenção de compelir os reclusos ao trabalho ¹⁰ — nem na Idade Contemporânea — com a sua plêiade de experimentalismos penitenciários ¹¹.

Neste sentido, ainda que se conceda ao cárcere o respetivo caráter progressista à época, a sua concretização não logrou efetivar o humanismo que prometia. Muitos horrores se completaram nas prisões desde a implementação do cárcere moderno e, hoje, em território nacional, a amputação de direitos fundamentais dos reclusos ainda não conheceu o fim.

II. O humanismo penitenciário que eclodiu no século XVIII e XIX

É possível identificar o movimento do Iluminismo como fator inspirador do questionamento da prisão enquanto instituto sancionatório, desde logo como decorrência da própria reprovação da tortura e das punições cruéis e como corolário da inviolabilidade do indivíduo ¹². Para a justiça penal, uma nova era ¹³.

¹⁰ Sobre as Bridewells, podem ver-se, por exemplo, AUSTIN VAN DER SLICE, “Elizabethan Houses of Correction”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 27, n.º 1, 1936, pp. 45-67; LIONEL FOX, *The English Prison and Borstal Systems*, Londres: Routledge and Kegan Paul Limited, 1952; LEONARD ROBERTS, “Bridewell: The World’s First Attempt at Prisoner Rehabilitation Through Education”, *Journal of Correctional Education*, vol. 35, n.º 3, setembro de 1984, pp. 83-85. Nas palavras de MIGUEL LOPES ROMÃO, *Prisão e Ciência Penitenciária em Portugal*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 174, “fenômenos precursores de um novo ideal de reclusão que incorpora o trabalho como elemento essencial para a reforma moral”.

¹¹ Conforme nota GEORGE IVES, *A History of Penal Methods: Criminals, Witches, Lunatics*, Montclair: Patterson Smith, 1970, p. 171, “foi este tão bem-intencionado, e certamente necessário, protesto contra a velha ordem das coisas que originou uma série de experiências em animais vivos — os prisioneiros — e que, eliminando grande parte dos escândalos e crueldades então existentes, inaugurou uma máquina de aplicação de sofrimento em comparação com o qual as velhas barbáries eram relativamente pequenas e misericordiosas” (tradução nossa).

¹² LYNN HUNT, *A Invenção dos Direitos Humanos: Uma História*, São Paulo: Companhia das Letras, 2009, pp. 76-82.

¹³ MICHEL FOUCAULT, *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*, Lisboa: Edições 70, 2013, p. 14.

Não se podem contornar os nomes de HOWARD, BENTHAM e BECCARIA no momento de abordar o surgimento do humanismo penitenciário. Para JOHN HOWARD, as condições de vida dos reclusos em Inglaterra e pela Europa fora eram totalmente inaceitáveis. Depois de o próprio ter vivenciado, na sua pele, em meados do século XVIII, o encarceramento na prisão francesa de Brest ¹⁴, publicou a sua bem conhecida obra “The State of the Prisons in England and Wales”, descrevendo em evidente pormenor a insalubridade e promiscuidade ali existentes ¹⁵. HOWARD propunha o isolamento celular dos reclusos (pelo menos no período noturno), a disponibilização de boas condições de alimentação, higiene, educação religiosa e trabalho, bem como sugeria a existência de inspeções periódicas. Os estabelecimentos prisionais por si idealizados não chegaram a ser construídos em Inglaterra, apesar de a sua ideologia ter sido francamente bem recebida nos Estados Unidos da América, de onde resultou a construção da Prisão de Newgate.

Na esteira de HOWARD, entretanto considerado o “apóstolo da humanização das prisões” ¹⁶, JEREMY BENTHAM vem dar eco ao trabalho desenvolvido por aquele até à data. Ideologicamente utilitarista, rejeitava convictamente a pena de morte e concordava por princípio com a aplicação da pena privativa da liberdade aos delinquentes, ainda que a aplicação da sanção não devesse ignorar certas diretivas que, para ele, eram fundamentais: a separação dos reclusos consoante o género, a disponibilização de alimentação, vestuário e higiene adequados, bem como o cumprimento de um rigoroso regime disciplinar ¹⁷. Na sua obra “Panopticon”, desenvolve a ideia de um edifício ideal capaz de promover a vigilância constante das celas por um

¹⁴ EMMA MENDOZA BREMAUNTZ, *Derecho Penitenciario*, Cidade do México: McGraw-Hill, 1998, p. 75.

¹⁵ JOHN HOWARD, *The State of the Prisons in England and Wales, with Preliminary Observations and an Account of Some Foreign Prisons*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

¹⁶ EMMA MENDOZA BREMAUNTZ, *Derecho*, *cit.*, p. 74.

¹⁷ A sua intenção era, essencialmente, garantir a reforma e a correção dos reclusos. Cfr. LUIS GARRIDO GUZMÁN, *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1983, p. 93.

observador (o guarda prisional), visando refrear-lhes os impulsos ¹⁸. Uma vez mais, o seu trabalho prima pela virtualidade de reverter a máxima da masmorra que prende e retém a luz, ainda que a sua conceção de reforma do sistema penitenciário com recurso a “uma simples ideia arquitetónica” ¹⁹ não se tenha revelado suficiente enquanto resolução da questão carcerária.

Por seu turno, CESARE BECCARIA ergue-se no século XVIII com a inauguração do conceito da “doçura penal”, um postulado absolutamente disruptivo à época que defendia a tendencial abolição da pena de morte, da tortura e das penas tormentosas, sugerindo um sistema de sanções penais públicas, prontas, necessárias, tipificadas, proporcionais aos delitos e as mais curtas possíveis ²⁰. Admitindo a prisão como uma verdadeira pena, ambicionava uma reforma do direito penal vigente à época ²¹, tendo, enquanto magistrado político camarário da Lombardia austríaca, encetado um longo caminho pela melhoria das condições de vida dos reclusos, procurando garantir a disponibilização de lençóis aos doentes e o fornecimento de uma dieta adequada, bem como alargando os grilhões de forma a facilitar o trabalho e o passeio.

Muitas vezes se levantaram desde então pela consideração dos reclusos de uma forma humana, não sem antes ser explorada, mais uma vez, uma série de experientialismos penitenciários. O sistema dito filadelfiano, subjugando o recluso à solidão compulsória, noite e dia, visava a redenção através da oração e da meditação, acabando por conduzi-los à loucura ²². Conforme assevera FRANCISCO LASTRES, “querendo evitar a crueldade do sistema pensilvânico, criou-se

¹⁸ JEREMY BENTHAM, “Panopticon”, in: *The Works of Jeremy Bentham*, tomo IV, 1843, pp. 60-64.

¹⁹ JEREMY BENTHAM, *The Panopticon Writings*, Londres: Verso, 1995, pp. 29-95.

²⁰ CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, pp. 92-99, 118-126 e 163.

²¹ LUIS GARRIDO GUZMÁN, *Manual*, cit., p. 91.

²² DARIO MELOSSI e MASSIMO PAVARINI, *Cárcel y Fábrica: Los Orígenes del Sistema Penitenciario (Siglos XVI-XIX)*, 1.ª edição, Cidade do México: Siglo Veintiuno Editores, 1980, pp. 198-204; EDUARDO CORREIA, “La Prison”, cit., p. 243; LUIS GARRIDO GUZMÁN, *Compendio de Ciencia Penitenciaria*, Valencia: Universidade de Valencia, 1976, p. 82.

um outro que é todavia mais terrífico”²³. O sistema dito auburniano, apesar de mais consciente do substrato demolidor do isolamento (uma vez que permitia o trabalho em comum durante o dia), convocou a atrocidade na imposição do silêncio absoluto, de tal forma que, mesmo durante a realização de trabalhos, reclusos, lado a lado, eram castigados corporalmente acaso sucumbissem à tentação da mínima interação humana²⁴.

Ambos os formatos penitenciários encontraram aplicação em vários pontos do globo²⁵. Todavia, conforme havia sido norma até então, por cada novo sistema que era implementado, de imediato se exigia a sua reforma, ora denunciando-se as suas limitações, ora anunciando-se renovados vanguardismos, todos apregoando uma nova variante humanista e todos encobrindo a absoluta incapacidade de descobrir que destino dar aos delinquentes²⁶. Nesta conjuntura, não tardaram a despontar diferentes derivações do regime penitenciário progressivo, prescrevendo várias etapas no processo de encarceramento, sendo de destacar o sistema de Maconochie, o sistema inglês, o sistema de Crofton, o sistema de Montesinos²⁷.

1. Um prelúdio ao desencarceramento

A ser verdade que a reforma do direito penal é tão antiga quanto

²³ FRANCISCO LASTRES, *Estudios sobre Sistemas Penitenciarios*, Madrid: Librería de A. Duran, 1875, p. 123.

²⁴ LUIS GARRIDO GUZMÁN, *Manual*, cit., p. 130; DARIO MELOSSI e MASSIMO PAVARINI, *Cárcel*, cit., p. 205; FRANCISCO LASTRES, *Estudios*, cit., p. 123.

²⁵ O sistema dito filadelfiano foi aplicado, por exemplo, nos Estados Unidos da América (designadamente na Walnut Street e na Eastern Penitentiary) e em França, Bélgica, Espanha, Alemanha e Portugal. Já o sistema dito auburniano foi aplicado, em primeiro lugar, na penitenciária de Auburn e, mais tarde, acolhido na Suíça, Sardenha e Baviera por um período reduzido de tempo.

²⁶ Sobre tudo após as colónias passarem a recusar-se a receber criminosos, solução abraçada durante largos anos pelas metrópoles, mesclando a existência do problema. Veja-se, por exemplo, o caso da Austrália e da Inglaterra. Cfr. FRANCISCO LASTRES, *Estudios*, cit., pp. 126-127.

²⁷ Para uma excelente compilação teórica dos vários sistemas penitenciários, pode ver-se PEDRO CORREIA GONÇALVES, *A Pena Privativa*, cit., pp. 118-138.

o próprio direito penal ²⁸, o certo é que a pena de prisão tomou várias e longas décadas até ser questionada nos seus fundamentos e proveitos, não deixando de ser curioso que o estudo daquela, enquanto corolário do direito penal moderno, tenha ocupado um lugar sistematicamente marginal na dogmática jurídica.

Estafadas as sucessivas promessas de um sistema penitenciário melhorado, patrocinadas por vários nomes sonantes ao longo do século XVIII e XIX, em boa hora ENRICO FERRI e FRANZ VON LISZT, cada um segundo a sua própria perspectiva, se manifestaram contra a pena de prisão. Assim, quando MICHEL FOUCAULT se pronunciou, em 1975, denunciando que o cárcere mistura “incessantemente a arte de retificar com o direito de punir” ²⁹, já alguns passos determinantes tinham sido dados em direção a um certo humanismo carcerário e, seguramente, em direção ao humanismo penal.

FRANZ VON LISZT, sobretudo, foi vocal em relação à necessidade de abolição das penas curtas de prisão, considerando que estas precipitam o delinquente para o caminho definitivo do crime ³⁰, e arbitrou pela reserva da privação da liberdade para os “delinquentes irrecuperáveis” ³¹.

Mais tarde, certamente na esteira de LISZT, nasce o neodefensismo social, uma conceção crítica do fenómeno criminal, que viria, a partir de 1945, por impulso de FILIPPO GRAMATICA e principalmente pela mão de MARC ANCEL, a confirmar o caminho em direção à humanização das instituições penais ³².

²⁸ HANS-HEINRICH JESCHECK, “Rasgos Fundamentales del Movimiento Internacional de Reforma del Derecho Penal”, in: AA. VV., *La Reforma del Derecho Penal*, Barcelona: Bellaterra, 1980, p. 9.

²⁹ MICHEL FOUCAULT, *Vigiar, cit.*, pp. 352-353.

³⁰ FRANZ VON LISZT *apud* ABEL TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas Penas y Medidas Alternativas a La Prisión*, Madrid: Edisofer, 2005, p. 45.

³¹ FRANZ VON LISZT, *La Idea de Fin en el Derecho Penal*, 1.ª edição, Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma do México, 1994 (1.ª reimpressão), pp. 115-122.

³² MARC ANCEL, *La Défense Sociale*, Paris: Presses Universitaires de France, 1985; CONSTANTIN VOYOUCAS, “Pasado, Presente y futuro de la Sociedad Internacional de Defensa Social por una Política Criminal Humanista”, in: Luis Alberto Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero*

Assim, conforme bem foi afirmado, “assim como o século XIX foi o da consagração da prisão como fórmula ideal para intimidar e reformar o homem delinquente, o século XX terá sido o do antien-carceramento”³³. Desimpedido o caminho para o questionamento da oportunidade de aplicação da pena privativa da liberdade, as comunidades jurídica e não jurídica viram-se instigadas a debater o instituto — os seus contornos teóricos e, principalmente, os seus contornos práticos. Reiteradamente se expôs o recurso desproporcionado à pena de prisão (massificando-a e destituindo-a dos seus próprios intentos), a malograda concretização dos seus fins preventivos e integradores³⁴, bem como, enfim, se admitiu a perniciosidade da sua aplicação³⁵.

Perante tal cenário de convulsões dogmáticas ao nível penitenciário, não é inédito que modernas reformas (ainda) se anunciem. Do abolicionismo³⁶ à perspectiva reformista³⁷, passando pelo movimento

Santos: In Memoriam, vol. I, Salamanca: Ediciones de la Universidad de Castilla — La Mancha, 2001, pp. 779 e ss.

³³ Tradução nossa. Cfr. ELIO GÓMEZ GRILLO, “Las Prisiones en Latinoamérica”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXIII, n.º 3, setembro-dezembro 1980, p. 696.

³⁴ Sobre a inadequação da pena privativa da liberdade enquanto sanção-estandarte da aplicação das teorias dos fins das penas (sejam elas as teorias absolutas/retributivas ou as teorias relativas/preventivas), já nos pronunciámos em MARIA MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, *Pena Privativa da Liberdade: A Oportunidade de uma Sanção Criminal Qualitativamente Homogênea*, Braga: NovaCausa — Edições Jurídicas, 2020, pp. 49-85.

³⁵ Conforme afirmou MARIANO RUIZ-FUNES, *La Crisis de la Prisión*, Havana: J. Montero, 1949, pp. 7 e ss, “[a prisão] devolve [o recluso] à sociedade estigmatizado, sem mais opções senão a reincidência” (tradução nossa).

³⁶ THOMAS MATHIESEN, “The Politics of Abolition”, *Contemporary Crises*, vol. 10, n.º 1, 1986, pp. 81-94.

³⁷ LUIGI FERRAJOLI, *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, 3.ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010; ALESSANDRO BARATTA, “Criminologia Crítica e Política Penal Alternativa”, in: *La Questione Criminale*, Bolonha, 1977, pp. 339-359; DENNIE BRIGGS, *Fermer les Prisons*, Paris: Seuil, 1977; LUCIANO EUSEBI, “Tra Crisi dell’Esecuzione Penale e Prospettive di Riforma del Sistema Sanzionatorio: Il Ruolo del Servizio Sociale”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n.º XXXVI, 1993, pp. 493 e ss.

propugnador das penas de substituição ³⁸ e sem esquecer o daqueles que pretendem uma reprimenda de regimes obsoletos ³⁹, o certo é que o instituto da prisão, mesmo que profunda e severamente criticado ao longo do tempo, mantém em vigor o seu lugar de pena rainha ⁴⁰, provocando uma ininterrupta violação de direitos fundamentais em resposta à lesão de bens jurídicos. É sobre este ponto que pretendemos debruçar-nos de seguida.

III. A privação da liberdade como veículo de supressão de direitos fundamentais não contemplados na sentença condenatória

O artigo 1.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estabelecia, entre o mais, que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” ⁴¹. Quando, em 1948, as Nações Unidas adotaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o seu artigo 1.º passou a prever que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” ⁴². Ainda que ideologicamente concordantes quanto à natureza livre daqueles que nascem, os dois diplomas parecem distanciar-se quanto ao carácter permanente de tal estado.

De facto, parece estar assente uma certa concordância social em relação à posição *diminuída* das pessoas que se encontram em reclusão, sendo

³⁸ BONNEVILLE DE MARSANGY, *De L'Amélioration de la Loi Criminelle: En Vue d'une Justice plus Prompte, plus Efficace, plus Généreuse et plus Moraliste*, II, Paris: Cosse et Marchal, 1864, pp. 251 e ss.; ANDRÉ LAMAS LEITE, *As Penas de Substituição em Perspectiva Político-Criminal e Dogmática (Contributo para uma Análise Sistemática)*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2015, pp. 104 e ss.

³⁹ GRAEME NEWMAN, *Just and Painful: A Case for the Corporal Punishment of Criminals*, Nova Iorque: Macmillan, 1983.

⁴⁰ A expressão é de SANDRA OLIVEIRA E SILVA, “A Liberdade Condicional no Direito Português: Breves Notas”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º 1, 2004, p. 349.

⁴¹ Tradução da versão original francesa: “les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits”.

⁴² Tradução da versão original inglesa: “all human beings are born free and equal in dignity and rights”.

que o próprio sistema jurídico-penal, todo ele construído em torno da pena de prisão, nos moldes que veremos, também aparenta encaminhar-se no sentido da permissão da fratura de certos direitos fundamentais ao indivíduo encarcerado. Como bem nota NUNO BRANDÃO, “num Estado de direito material, é pelo direito penal que um cidadão pode sofrer a mais pesada compressão dos seus direitos de liberdade às mãos do Estado”⁴³.

Em 1764, escreveu BECCARIA que a pena de prisão, ao menos na forma como se cumpria, expunha um cenário de miséria e fome, lugar de escassez de compaixão e humanidade, convertendo o instituto da prisão num suplício adicional infligido aos prisioneiros⁴⁴. Em pleno século XXI, não será propriamente precisa a afirmação de que as prisões portuguesas expõem um cenário de fome, mas é inegável, perante as evidências, que expõem um cenário igualmente grave de miséria.

À data de 1 de fevereiro de 2022, os estabelecimentos prisionais portugueses contabilizavam 11.669 reclusos, distribuídos por 49 unidades prisionais⁴⁵. Quando, em 2018, o Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes (CPT) apresentou o seu relatório da visita a Portugal realizada em 2016, as conclusões foram preocupantes e as recomendações embaraçosas para um país que se afirma convictamente protetor dos direitos humanos.

O CPT denunciou um problema sério de extrema sobrelotação, com alguns estabelecimentos prisionais (como, por exemplo, o de Setúbal) a funcionar com 200% da sua capacidade, sendo que, de um limite máximo de capacidade das prisões portuguesas de 12.600 reclusos, albergavam-se 14.007 pessoas⁴⁶.

⁴³ NUNO BRANDÃO, “Direitos Fundamentais e Lei Penal”, *in*: María Acale Sánchez, Anabela Miranda Rodrigues e Adán Nieto Martín (coord.), *Reformas Penales en la Península Ibérica: A “Jangada de Pedra”?*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2021, p. 47.

⁴⁴ CESARE BECCARIA, *Dos Delitos*, *cit.*, p. 127.

⁴⁵ Os dados são da DIREÇÃO-GERAL DE REINSERÇÃO E SERVIÇOS PRISIONAIS, disponíveis em www.dgrsp.justica.gov.pt.

⁴⁶ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report to the Portuguese Government on the Visit to Portugal from 27 September to 7 October 2016*, Estrasburgo, 27 de janeiro de 2018, pp. 24 e ss.

As declarações de maus-tratos por parte de alguns reclusos eram impressionantes. Foram recolhidos vários testemunhos que denunciavam a aplicação de corretivos que consistiam em bofetadas, socos, pontapés e golpes com cassetetes, sendo particularmente grave que estes tenham sido provenientes dos próprios guardas prisionais e algumas das vezes durante o período de recolhimento na cela ⁴⁷.

Sobre as condições dos estabelecimentos prisionais, o CPT referiu as múltiplas deficiências estruturais, higiénicas e sanitárias de vários estabelecimentos prisionais, sendo particularmente ilustrativa a descrição da unidade de Caxias (em estado de absoluta delapidação, sem ventilação adequada, com algumas casas de banho inutilizáveis, paredes revestidas de humidade e vidros de janelas partidos), bem como a descrição da unidade de Lisboa que, em pleno centro da capital, na maioria das alas, para além da séria falta de iluminação artificial, se notava a presença de um odor fétido proveniente dos espaços sanitários, bem como uma séria carência de colchões para os reclusos, estando gastos, imundos e desfeitos. O cenário só poderia ser agravado com a presença de ratos e outros vermes a grassar livremente pelos dormitórios, o que se verificou ⁴⁸.

Em 2020, o CPT apresentou um novo relatório sobre o tema, em resultado da mais recente visita às prisões portuguesas. Apesar da diminuição das taxas de sobrelotação dos vários estabelecimentos, muitas unidades mantêm-se a operar com taxas de ocupação inaceitáveis, como a unidade de Caxias (140%) e a unidade do Porto (145%), o que conduziu o Comité, uma vez mais, a considerar a situação passível de enquadramento como tratamento desumano e degradante ⁴⁹.

⁴⁷ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report, cit.*, 2018, pp. 26 e ss.

⁴⁸ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report, cit.*, 2018, pp. 27 e ss.

⁴⁹ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report to the Portuguese Government on the Visit to Portugal from 3 to 12 December 2019*, Estrasburgo, 13 de novembro de 2020, pp. 26 e ss.

As alegações de maus-tratos continuam a ser recolhidas, assim como as condições de alguns estabelecimentos prisionais se mantêm inaceitáveis, configurando, na perspetiva do CPT, uma vez mais, um tratamento desumano e degradante dos reclusos nestas condições ⁵⁰.

O artigo 30.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa (CRP) é perentório na determinação de que “os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução”. Quando o legislador constitucional elevou a preceito uma disposição desta índole não pretendia estabelecer que, sob o “manto prisional”, toda a supressão de direitos fundamentais é admissível. Naturalmente que a pena privativa da liberdade encerra a privação da liberdade, não só pela sua evidente inevitabilidade, mas desde logo em decorrência do artigo 27.º, n.os 2 e 3, da CRP. Naturalmente que a privação da liberdade inibe, provisoriamente, o direito de deslocação e o direito de emigração (garantido pelo artigo 44.º da CRP). E, naturalmente, a privação da liberdade suprime o direito de reunião pelo menos nos moldes previstos no artigo 45.º, n.º 1, em que o titular do direito não carece de qualquer autorização para o efeito).

No entanto, a supressão de outros direitos fundamentais que não os inerentes à condenação e respetiva execução revela-se uma extra-polação da sentença condenatória, jamais admissível num Estado de Direito Democrático. O direito à vida é inviolável, nos termos do artigo 24.º, n.º 1, da CRP, mesmo que o titular do direito seja um recluso. Os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação são inalienáveis, nos termos do artigo 26.º, n.º 1, mesmo que o titular dos direitos seja um recluso. O direito a constituir família é insuprível, nos termos do artigo 36.º, n.º 1, mesmo que o titular do direito seja um recluso.

⁵⁰ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report, cit.*, 2020, pp. 28-33.

Assim, quando o direito à vida e o direito à integridade pessoal são violados arbitrariamente ⁵¹, tais supressões não são abarcadas pelas exigências da execução da pena. Quando o direito à saúde é violentado, tal constrangimento não decorre das exigências da execução da pena, muito menos do sentido condenatório da sentença determinadora da privação da liberdade. Por tudo quanto se disse, quando são suprimidos mais direitos fundamentais do que aqueles que a sentença condenatória visou atingir, o Estado falha os seus próprios intentos, à revelia do artigo 25.º, n.º 2, da CRP, que afirma, categoricamente, que “ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos” e, sem conceder, ao arripio das Nelson Mandela Rules ⁵².

Na esteira de FREUDENTHAL, não subscrevemos, pois, a conceção de que o indivíduo privado da liberdade se encontra numa zona de “não-direito”, razão pela qual entendemos que se mantém, indubitavelmente, portador dos direitos elementares subjacentes à sua condição de ser humano. Um entendimento diferente sempre colidirá com os princípios subjacentes à instituição do Estado Social de Direito, que prescreve ao Estado o dever de auxílio dos grupos diminuídos no seu progresso pessoal e social, independentemente da causa que originou tal condição ⁵³.

⁵¹ Note-se que a Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro, no seu artigo 94.º, n.º 1, permite a utilização de meios coercivos para afastar o perigo atual para a ordem e segurança do estabelecimento prisional que não possa ser eliminado de outro modo, designadamente para impedir atos individuais ou coletivos de insubordinação, rebelião, amotinação ou evasão; para evitar a prática pelo recluso de atos de violência contra bens jurídicos pessoais, do próprio ou de terceiro, ou patrimoniais; para vencer a resistência ativa ou passiva do recluso a uma ordem legítima; para impedir a tirada de reclusos ou a entrada ou permanência ilegais de pessoas no estabelecimento prisional.

⁵² Mais propriamente, o documento designado por *The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, disponível em <https://www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/NMRules.html>.

⁵³ EDUARDO CORREIA, “Assistência Prisional e Post-Prisional”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Suplemento XV (Separata), 1956, pp. 138-139; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro”, *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 43, 1983, p. 28; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (Os Critérios da Culpa e da Prevenção)*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 84.

1. A compressão do direito à integridade pessoal do recluso

A sujeição de um indivíduo ao confinamento prisional espoleta várias reações carcerárias, decorrências vastamente registadas pela literatura ao longo das últimas décadas ⁵⁴. É, todavia, FOUCAULT quem afirma que, através dos mais subtis métodos corretivos e de controlo, é também sobre o corpo do recluso que a prisão exerce as suas forças, instigando-a a funcionar sobre um “certo suplemento punitivo que diz respeito ao próprio corpo: racionamento alimentar, privação sexual, pancadas, calabouço” ⁵⁵.

As primeiras interferências na esfera corporal e mental do indivíduo que ingressa num estabelecimento penitenciário são passíveis de se revelar imediatamente após a entrada na unidade, documentando-se várias situações que podem englobar um estado absoluto de apatia ou de intensificação emocional ⁵⁶. A aflição provocada ou potenciada pelo ingresso no cárcere já desencadeou as mais variadas reações, sendo ilustrativos os sentimentos de angústia, descompensação do tipo paranoide, perturbação de adaptação ⁵⁷, alucinações e comportamentos autolesivos, sendo estes últimos motivados, por vezes, pela necessidade de diminuir uma tensão psíquica insuportável ⁵⁸. Algumas das reações desvanecem-se ao longo do tempo, todavia, outras prolongam-se na

⁵⁴ Vejam-se, por exemplo, AGUSTÍN FERNANDEZ ALBOR, “Aspectos Criminológicos de las Penas Privativas de Libertad”, *Estudios Penales y Criminológicos*, IV, n.º 241, 1981, pp. 235 e ss.; ERVING GOFFMAN, *Internados: Ensayos sobre la Situación Social de los Enfermos Mentales*, 1.ª edição, Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2001 (3.ª reimpressão), pp. 58 e ss.; JORGE COSTA SANTOS e NUNO MOREIRA, “Atos Suicidas e Outros Comportamentos Autolesivos na Prisão”, in: Carlos Braz Saraiva, Bessa Peixoto e Daniel Sampaio (coord.), *Suicídio e Comportamentos Autolesivos: Dos Conceitos à Prática Clínica*, Lisboa: Lidel, 2014, pp. 415-424.

⁵⁵ MICHEL FOUCAULT, *Vigiar, cit.*, pp. 22-23 e 38-39.

⁵⁶ NORBERT KONRAD, “Prison Psychiatry”, in: *Ethical issues in Prison Psychiatry*, Nova Iorque: Springer, 2013, pp. 3 e ss.

⁵⁷ Diagnóstico reconhecido pela ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, *Décima Revisão da Classificação Internacional de Doenças*, versão 2007, que engloba o aumento dos níveis de ansiedade, perturbações no padrão de sono, pensamentos obsessivos e suicidas.

⁵⁸ JORGE COSTA SANTOS e NUNO MOREIRA, “Atos Suicidas”, *cit.*, pp. 415 e ss.

vida do recluso, sobretudo durante a privação da liberdade, sendo de indicar alguns comportamentos praticamente exclusivos dos indivíduos inseridos no meio prisional, como a ingestão de lâminas, talheres ou pilhas ⁵⁹, mas também as depressões reativas e o complexo de prisão ⁶⁰.

A orientação institucional para a homogeneização dos reclusos, provavelmente herança do sistema dito auburniano ⁶¹, implica, logo à entrada, o despojamento de alguns dos seus atributos próprios, retendo-se todos os bens pessoais, instituindo-se uma rotina inflexível para a realização de atividades como a alimentação e a higiene e não havendo lugar para um desvio do padrão decretado em relação ao vestuário a adotar. GOFFMAN chamar-lhe-ia a “mortificação do eu” ⁶², FOUCAULT a “ortopedia da individualidade” ⁶³.

Tal desconexão com a essência individual de cada um é agravada pela impossibilidade, mesmo nos momentos de reclusão em cela, de privar consigo próprio. Note-se que, por exemplo, no estabelecimento prisional de Caxias, mais concretamente na secção utilizada para alojar os condenados por crimes sexuais, vivem 14 pessoas dentro de uma cela com 33 m², não havendo sequer separação da zona sanitária ⁶⁴. Já no estabelecimento prisional do Porto, a maioria das celas, projetadas originalmente para acomodar uma pessoa, acomodavam, no espaço de 7 m², dois e às vezes três reclusos ⁶⁵.

As alegações de maus-tratos previamente apresentadas parecem não se completar somente por parte dos guardas prisionais, comprometendo ferozmente a integridade física, corporal e psicológica dos

⁵⁹ SANDRA BERNARDES JESUS e SUSANA PINTO ALMEIDA, “A Psiquiatria e a Psicologia em meio prisional”, in: Fernando Vieira, Ana Sofia Cabral e Carlos Braz Saraiva (coord.), *Manual de Psiquiatria Forense*, 1.ª edição, Lisboa: Pactor, 2017, p. 516.

⁶⁰ LUÍS CASTILLON MORA, “Crimen, Personalidad y Prisión”, *Estudios Penales y Criminológicos: La Reforma Penitenciaria*, vol. II, 1978, pp. 65-67.

⁶¹ DARIO MELOSSI e MASSIMO PAVARINI, *Cárcel*, cit., p. 205.

⁶² ERVING GOFFMAN, *Internados*, cit., pp. 56 e ss.

⁶³ MICHEL FOUCAULT, *Vigiar*, cit., p. 342.

⁶⁴ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report*, cit., 2020, p. 31.

⁶⁵ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report*, cit., 2020, pp. 32 e ss.

reclusos. De facto, os relatórios do CPT vêm, desde 2012, mencionando permanentemente as referências dos entrevistados às violações do direito à integridade física dos reclusos, designadamente nos estabelecimentos prisionais do Linhó, de Paços de Ferreira e de Lisboa, sublinhando, neste, além das “habituais” agressões, a utilização da “sala 80”, corretivo arbitrário que implica, aparentemente, a privação de água e alimentação, juntamente com a aplicação de sanções físicas ⁶⁶. Também no estabelecimento prisional do Montijo se referiu o “espancamento de boas-vindas”, aparentemente aplicado aos condenados por crimes sexuais ⁶⁷.

Perante o panorama descrito, não é surpreendente que Portugal registre uma das taxas mais altas de suicídio da Europa em meio prisional ⁶⁸.

Tais resultâncias da violação do direito fundamental à integridade pessoal (artigo 25.º da CRP) e da rotura da proibição de tratamentos cruéis, desumanos e degradantes (artigo 5.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos) implicam considerar que, ao menos nos moldes atuais, as prisões portuguesas imprimem usurpações constitucionais na esfera dos reclusos.

Tais decorrências não são enquadráveis nas exigências próprias da execução da pena de prisão, nos termos do artigo 30.º, n.º 5, da CRP, antes configurando um *plus* face às já incontornáveis supressões de direitos fundamentais. O próprio Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade assim o diz, no seu artigo 7.º: a execução das penas e medidas privativas da liberdade garante ao recluso, nomeadamente, o direito à sua integridade pessoal. Assim, o entendimento de que tudo quanto se expôs é um “mal necessário” à execução da prisão não pode colher, pois, conforme assevera DAMIÃO DA CUNHA, a norma visa “dar relevo especial ao estatuto do

⁶⁶ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report, cit.*, 2018, pp. 26 e ss.

⁶⁷ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report, cit.*, 2020, pp. 28 e ss.

⁶⁸ CONSELHO DA EUROPA, *Annual Penal Statistics — Prison Populations: SPACE I 2020*, Estrasburgo, 15 de dezembro de 2020 (atualizado a 11 de abril de 2021), p. 6.

recluso, subordinando a restrição dos direitos fundamentais daquele que se encontra privado de liberdade a um conjunto de pressupostos, negando-se assim constitucionalmente qualquer possibilidade de conceber a posição jurídica do recluso segundo a figura da relação especial de poder ⁶⁹.

2. Sobre a limitação do acesso à saúde do recluso

À semelhança da análise das taxas de suicídio nas prisões portuguesas, é útil dedicar atenção às taxas de mortalidade neste meio, não só enquanto situação limite de privação da integridade pessoal do recluso, mas também enquanto derivação próxima da privação do direito à saúde.

Em 2019, morreram 64 reclusos nas prisões portuguesas, 11 dos quais devido ao cometimento de suicídio, 53 devido a situação de doença ⁷⁰. Em 2020, totalizaram-se 75 mortes de pessoas reclusas, 21 das quais por suicídio, 54 por doença ⁷¹. Uma vez mais, os estabelecimentos prisionais portugueses ocupam um dos lugares cimeiros também no que à taxa de mortalidade diz respeito, tendo apresentado, em 2019, a mais alta percentagem de mortalidade da Europa ⁷².

O CPT já havia denunciado, em 2018, as deficiências ao nível alimentar nas prisões portuguesas, de resto reiterando as carências nutricionais mencionadas anteriormente nos Relatórios das visitas do Provedor de Justiça a vários estabelecimentos prisionais, em 2016, nomeadamente a falta de qualidade na sua confeção, a parca quantidade face à que é expectável e a inexistência de distinção nutricional em razão da faixa etária, necessidades energéticas e nutritivas ⁷³.

⁶⁹ DAMIÃO DA CUNHA, “Anotação ao Art. 30.º”, in: *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 690.

⁷⁰ DIREÇÃO-GERAL DE REINserÇÃO E SERVIÇOS PRISIONAIS, *Relatório de Atividades e Autoavaliação*, 2019, p. 56.

⁷¹ DIREÇÃO-GERAL DE REINserÇÃO E SERVIÇOS PRISIONAIS, *Relatório de Atividades e Autoavaliação*, 2020, p. 56.

⁷² CONSELHO DA EUROPA, *Annual*, cit., p. 113.

⁷³ PROVIDORIA DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça, As Prisões e o Século XXI: Diário de Algumas Visitas (I)* — EP Lisboa, Lisboa, PROVIDORIA

Ao abrigo do Relatório de 2020 do CPT, o problema continua sem resolução ⁷⁴.

Por outro lado, a sobrelotação carcerária, aliada à falta de contratação de pessoal, convoca graves problemas logísticos, comprometendo em grande medida a disponibilização de alimentação adequadamente, a prestação de cuidados médicos devidos e apropriados ⁷⁵, sendo a situação particularmente difícil no Estabelecimento Prisional de Santa Cruz do Bispo (Clínica Psiquiátrica) ⁷⁶.

Existem vários relatos ilustrativos do panorama, podendo enunciar-se, por exemplo, a situação de um recluso que, à data, com 82 anos, se encontrava inserido numa cela totalmente desadequada a qualquer encarceramento, sem prestação de quaisquer cuidados e assistência, completamente vulnerável e desorientado, no Estabelecimento Prisional de Caxias ⁷⁷. Também se assinalou o caso de administração forçada de medicação, designada “injeção SOS”, a um recluso que se recusou a tomar a sua dose diária de medicamentos, tendo sido coagido por três guardas e uma enfermeira e não havendo registo acerca do tipo de fármaco e respetiva quantidade aplicada ⁷⁸.

DE JUSTIÇA, 2016, pp. 5-6; PROVIDORIA DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça, As Prisões e o Século XXI: Diário de Algumas Visitas (VI) — EP Monsanto*, Lisboa, Provedoria de Justiça, 2016, pp. 4-5 e 10; PROVIDORIA DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça, As Prisões e o Século XXI: Diário de Algumas Visitas (VIII) — EP Leiria para Jovens*, Lisboa, Provedoria de Justiça, 2016, pp. 12 e 14; PROVIDORIA DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça, As Prisões e o Século XXI: Diário de Algumas Visitas (IX) — EP Évora*, Lisboa, Provedoria de Justiça, 2017, p. 12; CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report, cit.*, 2018, p. 31.

⁷⁴ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report, cit.*, 2020, p. 46.

⁷⁵ JOSÉ MANUEL LOURENÇO QUARESMA, “Que (Restrição aos) Direitos Humanos em Ambiente Prisional?”, *Julgar*, n.º 22, 2014, p. 66.

⁷⁶ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report, cit.*, 2020, pp. 34-39 e 43-54.

⁷⁷ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report cit.*, 2018, p. 30.

⁷⁸ CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report cit.*, 2020, p. 38.

As condições descritas em que se cumpre o encarceramento em Portugal convocam a anotação de dois aspetos relacionados com a saúde dos reclusos. A primeira delas prende-se com o facto de, devido ao comprometimento da integridade pessoal do recluso, se potenciar a suscetibilidade do mesmo à exposição de doenças ou ao agravamento das já existentes. Daqui deve decorrer o especial dever profilático ⁷⁹ do Estado de minorar tal exposição por si próprio provocada. Por outro lado, a situação impeditiva de deslocação em que se encontra o recluso exige que o Estado disponibilize os meios necessários de acesso à saúde por parte do recluso, reforçando a sua tutela, uma vez que o direito fundamental à saúde não é visado — nem poderia — na sentença condenatória que deu origem à sua condição.

Todos os diplomas legislativos relevantes nesta matéria apontam neste sentido. O Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade é claro no seu artigo 7.º, n.º 1, *a*), estabelecendo que “a execução das penas e medidas privativas da liberdade garante ao recluso, nomeadamente, os direitos à proteção da sua vida, saúde, integridade pessoal e liberdade de consciência”, bem como no seu artigo 32.º, n.º 1, que vai mais longe determinado que “é garantido ao recluso o acesso a cuidados de saúde em condições de qualidade e de continuidade idênticas às que são asseguradas a todos os cidadãos”.

Se mais não fosse, a proteção constitucional do direito à saúde pode ser encontrada no artigo 64.º da CRP: “todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover”. Ainda que a disposição esteja inserida no capítulo dos direitos e deveres sociais, sugerindo, pois, no entendimento de alguma doutrina, uma manifestação menos direta da dignidade humana ⁸⁰ e, por isso, sujeita à reserva do possível ⁸¹, o certo é que, nos dias de hoje, este posicionamento dificilmente se compagina com os princípios subjacentes ao

⁷⁹ A expressão é de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária: Estatuto Jurídico do Recluso e Socialização, Jurisdicionalização, Consensualismo e Prisão*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 101.

⁸⁰ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 172 e ss.

⁸¹ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional — Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 100 e ss. e 472 e ss.

Estado Social de Direito ⁸², sobretudo no caso dos reclusos, que se encontram vetados a encontrar outra solução que não o recurso à própria instituição ⁸³.

Naturalmente que o direito à saúde e de acesso à saúde decorre também dos instrumentos internacionais protetores da pessoa humana que também é, vale relembrar, o recluso. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no seu artigo 35.º, estabelece que “todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, por excelência, também o faz, sobretudo no seu artigo 25.º: “toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar (...) a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade”.

Em particular no n.º 9, os Basic Principles for the Treatment of Prisoners ⁸⁴ dirigem-se especificamente à situação frágil dos reclusos, decretando que estes “devem ter acesso aos serviços de saúde disponíveis no país, sem discriminação com base na sua situação legal” ⁸⁵.

Assim sendo, todos os diplomas parecem encaminhar-se para a consideração de que aos reclusos não devem colocar-se constrangimentos de ordem logística, financeira ou situacional no acesso à saúde e à sua concretização, devendo ser providenciado e garantido o direito à saúde, mais do que independentemente da situação do recluso, mas precisamente por causa dela. Neste sentido, a privação da liberdade

⁸² JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 89-103.

⁸³ No sentido de que o Estado adquire deveres especiais no que toca à proteção da saúde dos reclusos, IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia do Direitos do Homem Anotada*, 4.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 91-94.

⁸⁴ Resolução n.º 45/111 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1990.

⁸⁵ Tradução nossa.

não pode revelar-se um veículo de supressão também deste direito fundamental, alcançando um “nível tal que frustrate níveis adequados de bem-estar, sendo a saúde do recluso um dos fatores primários de ponderação” ⁸⁶.

3. Acerca do constrangimento da expressão da sexualidade do recluso

Diante das múltiplas falências individuais conferidas aos reclusos através da aplicação da pena de prisão nas unidades portuguesas, não seria surpreendente que a expressão da sexualidade ocupasse um lugar diminuto no ideário da população encarcerada, pelo menos face às adversidades que se encontram forçados a enfrentar.

Todavia, o constrangimento já revelou, em tempos, ser um impedimento de relevo para os reclusos ⁸⁷, tendo mesmo sido apelidado de “magno problema” ⁸⁸. A própria remodelação da arquitetura do sistema penitenciário, abrindo as portas à comunidade próxima do recluso, é reveladora da necessidade de incorporação de mecanismos de estabelecimento de vínculos pessoais, sobretudo com o exterior. Destaca-se a faculdade de realização de telefonemas e de envio de correspondência, a possibilidade de receção de visitas em horário pre-determinado, bem como a hipótese de solicitação de visitas íntimas.

Na verdade, a expressão da sexualidade é também ela uma das formas mais significativas da sociabilidade dos indivíduos ⁸⁹. A proteção da sexualidade brota, por isso, constitucionalmente, do direito

⁸⁶ OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS, *Direito à Saúde de Recluso (Relatório)*, 2013, p. 4.

⁸⁷ Quando, em 1976, os reclusos de prisão de Carabanchel foram questionados acerca da sua primeira reivindicação face ao sistema penitenciário, as respostas encaminharam-se no sentido da necessidade de obtenção de satisfação sexual sem o recurso exclusivo a revistas, recordações e fantasias. Cfr. JUAN JOSÉ CABALLERO, “Sentido de la Homosexualidad en la Prisión”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 9, 1979, p. 120.

⁸⁸ CARLOS GARCÍA VALDÉZ, *Teoría de la Pena*, Madrid: Tecnos, 1985 (reimpresão de 1987), p. 159.

⁸⁹ CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*, 4.ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 220.

à dignidade, plasmado no artigo 13.º, do direito à integridade pessoal, previsto no artigo 25.º, dos direitos à família, casamento e filiação, vertidos nos artigos 36.º e 67.º e do direito à liberdade de expressão, contido no artigo 37.º, n.º 1. Assim, um sistema penitenciário que assenta num direito penal comprometido com a ressocialização do recluso não poderia descartar a vertente conectiva que as relações sexuais adquirem na esfera do condenado, sendo o momento da visita íntima, por isso, um dos últimos redutos de conexão com a vida *extramurus*.

O ordenamento jurídico português admite a realização de visitas íntimas nos termos do disposto no Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, designadamente no artigo 59.º, n.º 3, bem como no Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais⁹⁰.

O artigo 120.º, n.º 1, do último diploma é claro ao dispor que “pode ser autorizado a receber visitas íntimas o recluso que não tenha beneficiado de licença de saída jurisdicional há mais de seis meses e que, à data do início da reclusão, seja casado ou mantenha relação análoga à dos cônjuges ou relação afetiva estável com pessoa que tenha sido indicada (...) e visite regularmente o recluso ou mantenha com ele correspondência regular”. O n.º 2 alarga a faculdade de solicitação da visita íntima às relações que se estabeleçam após o momento do encarceramento. Cada recluso pode beneficiar de apenas uma visita mensal, pelo período máximo de três horas, nos termos do artigo 122.º, n.º 1 e n.º 4, do mesmo diploma.

No entanto, ainda que implementando um mecanismo de dignificação do direito à sexualidade dos reclusos, a configuração do sistema de visitas íntimas português não pode furtar-se a ponderadas críticas. Vejam-se duas.

Por um lado, a norma ignora a esfera dos reclusos que, não sendo casados, também não mantêm uma relação análoga à dos cônjuges ou sequer uma relação estável com correspondência regular. Ora, naturalmente, a necessidade de expressão da sexualidade do indivíduo não casado é a mesma, em termos gerais, da do indivíduo que o é. Desta

⁹⁰ Decreto-Lei n.º 51/2011, de 11 de abril.

feita, a norma parece sugerir que o Estado privilegia uma certa manifestação da sexualidade, especificamente aquela que se estabelece no círculo de uma relação afetiva estável, e, se o faz, tal revela-se uma decorrência inadmissível face ao quadro constitucional português, que proíbe convictamente toda e qualquer forma de discriminação, mormente resultante do artigo 13.º da CRP e, bem assim, do n.º 2 dos Basic Principles for the Treatment of Prisoners. Se o faz, a norma parece, pois, apontar para a necessidade de proteção da esfera familiar, ao invés da esfera do próprio indivíduo recluso, encaminhamento que não pode colher. Acresce, ainda, a agravante de nem todas as unidades disponibilizarem a possibilidade de realização de visitas íntimas, apenas o fazendo, à data de 2020, 50% dos estabelecimentos prisionais (ou, se se considerar o sistema de cooperação entre unidades, então 67% dos estabelecimentos facilitam a realização da visita) ⁹¹.

Por outro lado, o estabelecimento de um limite temporal e de periodicidade inflexíveis transformam as visitas íntimas num mecanismo frequentemente desadequado à consagração do direito à sexualidade do recluso. O constrangimento temporal, tiquetaqueando a concretização da visita, desconsidera qualquer espontaneidade na relação entre os indivíduos, qualquer conteúdo afetivo subjacente às relações sexuais entre cônjuges ou companheiros e reduz significativamente a expressão psicológica afetiva, tornando a visita íntima, em geral, furtiva, mecânica e artificial ⁹².

A somar às limitações à expressão da sexualidade, existem menções à ocorrência de agressões sexuais a reclusos. O campo das violações e agressões sexuais dentro das prisões não é facilmente investigável, repousando sobretudo no domínio dos testemunhos e não decorrendo propriamente de trabalhos científicos ⁹³. Porém, é inultrapassável a referência a alguns episódios relatados nas prisões portuguesas, nomeadamente

⁹¹ DIREÇÃO-GERAL DE REINserÇÃO E SERVIÇOS PRISIONAIS, *Relatório cit.*, 2020, pp. 160-163.

⁹² JULES QUENTIN BURSTEIN, *Conjugal Visits in Prison: Psychological and Social Consequences*, Washington DC: Lexington Books, 1977, p. 98.

⁹³ GWENOLA RICORDEAU e RÉGIS SCHLAGDENHAUFFEN, “Approcher La Sexualité dans Les Institutions Pénales”, *Champ Pénal/ Penal Field*, vol. XIII, 2016, pontos 20-23.

o que terá ocorrido, em 2013, no Estabelecimento Prisional da Carregueira, em que um recluso foi alegadamente sujeito a várias sodomizações por parte de outros três reclusos, durante três dias, que se socorrem do cabo de uma vassoura ⁹⁴, bem como o que terá ocorrido, em 2014, no Estabelecimento Prisional de Paços de Ferreira, em que um dos reclusos foi alegadamente agredido sexualmente na própria cela pelo colega de dormitório ⁹⁵. Em todo o caso, os testemunhos têm-se sucedido e, do trabalho encetado por AZEVEDO SILVA, resultam alguns números ilustrativos: em 16 reclusos do sexo masculino entrevistados, 10 alegam pelo menos um episódio de violência sexual ⁹⁶.

A situação dos reclusos LGBTI+, no âmbito da expressão da sexualidade e sujeição a violência, nas prisões em geral, é sobejamente mais difícil ⁹⁷.

4. Ainda: o caráter transcendente da pena privativa da liberdade

Expostos os diferentes extravasamentos adjacentes ao cumprimento do encarceramento, que não se esgotam nos expostos, também a pena privativa da liberdade comporta uma repercussão violenta na rede relacional do recluso. Um dos principais problemas reportados a este nível conhece até designação própria: o efeito da prisionização secundária. Segundo o referido fenómeno, à pena de

⁹⁴ FILIPA AMBRÓSIO DE SOUSA, “Estado pode ser Condenado por Violação na Cadeia”, *Diário de Notícias*, 26 de fevereiro de 2014.

⁹⁵ ANA CRISTINA PEREIRA, “Agressões Sexuais dentro das Prisões?”, *Público*, 3 de setembro de 2017.

⁹⁶ ANTÓNIO RICARDO AZEVEDO SILVA, *Homens “Verdadeiros” não fazem Sexo na Prisão: Vivências da Sexualidade na Reclusão*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação da Universidade do Porto, 2016, *passim*.

⁹⁷ Sobre o tema, podem ver-se: RELATOR ESPECIAL SOBRE A TORTURA AO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU, *Study on the Phenomena of Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in the World, Including an Assessment of Conditions of Detention*, 5 de fevereiro de 2010, §231; e, por exemplo, APT, *Pessoas LGBTI Privadas de Liberdade: Parâmetros para o Monitoramento Preventivo*, 2.ª edição, Londres: Penal Reform International, 2015, pp. 12-14.

prisão subjazem efeitos que transcendem a esfera do recluso, repercutindo os seus resultados colateralmente e atingindo outros indivíduos que não os visados pela sanção (como, por exemplo, o cônjuge, os descendentes ou os ascendentes) ⁹⁸, submetendo-os às instituições penais, alterando os seus modos habituais de vida ⁹⁹ e provocando, muitas vezes, o afastamento e a desvinculação familiar.

As visitas encontram-se limitadas a dois períodos semanais, de uma hora cada, no máximo, nos termos do disposto no artigo 111.º, n.º 1, do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais, e a uma chamada para o exterior diária, com a duração máxima de 5 minutos, de acordo com o artigo 132.º, n.º 1, do mesmo diploma. Feitas as contas, o recluso pode contar com cerca de 2 horas e 5 minutos de interação semanal direta com o seu círculo relacional, excetuando o período da visita íntima mensal, se aplicável. Esta limitação brutal com a rede exterior promove a desintegração pessoal e a desconexão social, de modo que, no esforço de “salvar os restos do naufrágio pessoal, produz-se uma readaptação ao novo contexto físico e relacional, que tem sido designado por processo de prisionização” ¹⁰⁰, um fenómeno de absorção da subcultura da prisão.

Desapartado do contacto íntimo com o círculo próximo, a esterilidade do ambiente prisional também não parece contribuir em grande medida para a progressão pessoal do recluso. Acresce que o sistema prisional português continua a registar um dos períodos de permanência mais altos da Europa de reclusos no cárcere, com um valor 25% mais alto do que a mediana europeia ¹⁰¹, renovando diariamente, durante um tempo alargado, as maleitas da privação da liberdade.

⁹⁸ MEGAN COMFORT, “In the Tube at San Quentin: The ‘Secondary Prisonization’ of Women Visiting Inmates”, *Journal of Contemporary Ethnography*, vol. 32, n.º 1, 2003, pp. 77-107.

⁹⁹ CARLOS SANTOS JORGE, *Prisionização Secundária: A Outra Face da Prisão*, Dissertação de Mestrado em Sociologia apresentada à Universidade da Beira Interior, 2011, *passim*.

¹⁰⁰ Tradução nossa. Cfr. PEDRO JOSÉ CABRERA CABRERA, “Cárcel y Exclusión”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 35, 2002, p. 88.

¹⁰¹ CONSELHO DA EUROPA, *Annual cit.*, p. 6.

Naturalmente, nesta conjuntura, na ausência de alternativa ou porque o próprio o pretende, o cárcere remete o recluso para a socialização *intramuros* ¹⁰², com as suas idiosincrasias e gírias próprias, promovendo a desaculturação da vivência em comunidade livre e revelando o grande paradoxo do atual objetivo reintegrador da pena privativa da liberdade: instruir os reclusos a viver em liberdade, mas não sem antes dela os privar ¹⁰³.

Por fim, além de tudo quanto se disse, alumiar o tema da transcendência do cárcere é incompatível com a ocultação do estigma associado aos indivíduos que o abandonam, comprometendo, enquanto detentores desse distintivo, toda a sua vida daí em diante ¹⁰⁴.

IV. Notas conclusivas

A pena privativa da liberdade, malgrado as implicações que a sua concretização implica na esfera do recluso, não deixa de ser uma conquista notável da modernidade ¹⁰⁵. Face às contusões, muitas vezes literais, que se aplicaram aos indivíduos reclusos ao longo dos séculos,

¹⁰² Ou, no caso do regime da prisão de segurança máxima (Monsanto), em que não existe partilha de cela, a um isolamento demolidor, contando que os reclusos permanecem fechados na cela durante 21 a 22 horas por dia, sendo as refeições e a higiene realizadas no mesmo local. Cfr. CONSELHO DA EUROPA (Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes), *Report cit.*, 2018, p. 48; PROVIDORIA DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça — EP Monsanto cit.*, pp. 4, 9 e 10.

¹⁰³ IÑAKI RIVERA BEIRAS, *Descarcelación: Principios para una Política Pública de Reducción de la Cárcel (Desde un Garantismo Radical)*, Valência: Tirant lo Blanch, 2017, p. 30.

¹⁰⁴ Ou, nas palavras de FRANCESCO CARNELUTTI, *As Misérias do Processo Penal*, São Paulo: Editora Pillares, 2009, cap. XI, “as pessoas acreditam que o processo penal termina com a condenação, o que não é verdade. As pessoas acreditam que a pena termina com a saída da prisão e não é verdade. As pessoas pensam que a prisão perpétua é a única pena que se estende por toda a vida: eis outra ilusão. Se não sempre, nove em cada dez vezes a pena não termina. Quem pecou está perdido. Cristo perdoa, os homens não”.

¹⁰⁵ Assim o assinala PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “O Futuro dos Estudos Penitenciários”, *Revista Direito e Justiça*, vol. especial, 2004, p. 301.

as condições em que se cumpre o cárcere atualmente são um verdadeiro passo civilizacional em direção ao humanismo penal.

Ainda assim, também as sensibilidades se afinam e é hoje legítimo afirmar que, no cerne do século XXI, determinadas máculas se elevaram à categoria da inadmissibilidade, por mais que tenham sido toleradas — e até incentivadas — durante largas eras. Terá sido esse afinamento que encetou o caminho em direção à implementação da privação da liberdade como sanção principal, abandonando um legado de corretivos inomináveis ao redor do mundo. Todavia, também hoje é o tempo resultante de outras conquistas civilizacionais, que insta ao respeito pelos direitos fundamentais e humanos e que não se compadece com mutilações arbitrárias de direitos adquiridos.

À vista do que se disse, é com assombro que se assiste — não obstante todas as advertências internacionais, constitucionais e legais — ao atropelo da dignidade humana nas cadeias portuguesas, comprometendo, reiteradamente, os direitos dos reclusos à vida, à integridade pessoal, à saúde, à sexualidade, inteiramente resultantes da sua condição de pessoa humana. É, por isso, contraproducente que o futuro da ciência penitenciária em Portugal ainda se encaminhe em direção à construção de mais cárceres.

Estamos cientes de que o trabalho que procurámos desenvolver na presente investigação não dedica particular atenção às melhorias que se têm verificado nos estabelecimentos prisionais portugueses nas últimas décadas, salvo honrosas exceções. Não descaramos (nem o poderíamos) que “o sistema prisional português, mesmo em termos de direito comparado, é tendencialmente humanizado e inclusivo”¹⁰⁶. No entanto, pretendemos, declaradamente, concentrar os nossos esforços na intenção objetiva de denunciar as carências humanistas que ainda se verificam nas prisões portuguesas. Alguns dos problemas enunciados não são, certamente, a realidade que se reflete maioritariamente ao nível dos estabelecimentos prisionais portugueses, pelo menos na generalidade das situações descritas. Contudo,

¹⁰⁶ JOSÉ MANUEL LOURENÇO QUARESMA, “Que (Restrição aos) Direitos Humanos” *cit.*, p. 68.

considerámos pertinente elevar a denúncia neste trabalho, autonomizando-o das melhorias e dos aspetos benignos que se podem observar nas cadeias portuguesas, precisamente tendo em vista a ilustração das situações que nos parecem intoleráveis no território de um Estado que se afirma porta-estandarte dos direitos humanos. Ainda que determinados episódios descritos se apliquem, tenham aplicado ou venham a aplicar a um conjunto reduzido de pessoas (ou até num único estabelecimento prisional), uma pessoa já seria uma a mais. Não nos parece que tais usurpações — graves — dos direitos fundamentais, vincadamente protegidos constitucionalmente, devam ser reduzidos à prosaica máxima de que “são a exceção que confirma a regra”. Não são. Não há lugar à exceção no espectro da dignidade humana.

A proteção do recluso deriva de uma proteção de triplo nível legislativo, com vasta normativa tendente à promoção da inviolabilidade da sua esfera. É, por isso, insustentável que, sob o manto da aplicação de uma pena privativa da liberdade, toda e qualquer supressão de direitos fundamentais seja executada, extrapolando o sentido da sentença condenatória. E é, também por isso, ininteligível que os muros continuem a erguer-se, contornando abertamente as rotas de reforma da punição.



GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt