



SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA. Controlo da Execução e Alternativas

Anabela Miranda Rodrigues

Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Professora convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Área de Direito

Penal; Internacional.

RESUMO

O presente artigo aborda o tema da pena privativa de liberdade, sob o prisma da expansão do sistema punitivo e da utilização de penas alternativas à prisão. Expõe a necessidade de controle do indivíduo diante do contexto securitário. Pontua os aspectos da sobrelotação das prisões. Saliencia a ausência de objetivo de correção, reforma ou reabilitação das medidas penais impostas. Conclama a dimensão socializadora da prisão. Destaca a indispensabilidade da compreensão renovada dessa dimensão com enfoque na garantia dos direitos dos reclusos. Afirma o controle jurisdicional na execução da pena como meio de efetivar tais direitos. A autora estabelece uma relação direta entre o progresso do direito penitenciário e o aprofundamento da intervenção jurisdicional. Por fim, defende uma efetiva garantia da cidadania para viabilizar a reinserção social.

PALAVRAS-CHAVE

Controle do preso. Política criminal securitária. Encarceramento. Sobrelotação. Relegitimação do poder punitivo

ABSTRACT

This article tells about deprivation of freedom punishment through the prism of the punitive system expansion and use of alternatives to imprisonment. Expounds on the need for control of the individual on the security-context. Punctuates aspects of prison overcrowding. Stresses the absence of objective correction, reformation or rehabilitation of criminal measures imposed. Urges socializing size of prison. Highlights the need for the renewed understanding of this dimension with a focus on ensuring the rights of prisoners. Maintains control court in execution of the sentence as a means of effecting such rights. The author establishes a direct relationship between the progress of the penal law and the strengthening of judicial intervention. Finally, advocates an effective guarantee of citizenship to facilitate the social reintegration.

KEYWORDS

Convict control. Criminal security policy. Imprisonment. Overcrowding. Punitive power relegitimation.

RESUMEN

En este artículo se aborda la cuestión de la privación de la libertad a través del prisma de la expansión del sistema punitivo y el uso de alternativas a la privación de libertad. Expone sobre la necesidad del control del individuo ante el contexto de seguridad. Acentúa los aspectos de hacinamiento en las cárceles. Destaca la ausencia de intentar corrección, reforma o rehabilitación de las medidas penales impuestas. Insta a la cárcel socialización. Destaca la necesidad de que la renovada comprensión de esta dimensión con un enfoque en la garantía de los derechos de los presos. Mantiene el jurisdiccional control en ejecución como un medio de efectuar dichos derechos. El autor establece una relación directa entre la evolución del derecho penal y el fortalecimiento de la intervención judicial. Por último, aboga por una garantía efectiva de la ciudadanía para facilitar la reinserción social.

Palabras-clave

Control de los Presos. Política Criminal de Seguridad. Encarcelamiento. Hacinamiento. Relegitimación del Poder Punitivo.

A minha intervenção estrutura-se em torno de dois eixos: o controlo do indivíduo e o controlo da execução. A primeira constelação problemática convoca o tema da superpopulação carcerária no contexto do sistema punitivo, pelo que diz respeito à aplicação das penas privativas de liberdade e das penas alternativas à privação de liberdade. Já o controlo da execução apela à questão da sua jurisdicionalização.

Em jeito de introdução, lembrarei que o “coração” de uma correcta política criminal se encontra, em grande medida, na questão penitenciária. Aquilo a que sugestivamente se tem chamado o “drama judiciário” perdura para além do momento em que a condenação é proferida e converte-se frequentemente num drama ignorado ou oculto, em que o protagonista transita para uma situação de maior vulnerabilidade do que aquela em que se encontrava até então e que, em termos axiológicos, é ainda mais merecedora de tutela. Além disso, se a fase de execução deve ser encarada como especialmente relevante para o delinquente que sofre a sanção, no plano inter-relacional é nela que se joga o destino do sistema penal.

O aspecto que vou começar por equacionar prende-se com o lugar que ocupam no sistema punitivo a pena privativa de liberdade (pena de prisão) e as penas alternativas à privação de liberdade (ou penas de substituição da prisão).

A este propósito convém lembrar que, se os anos sessenta do século anterior foram marcados por um movimento de “desinstitucionalização”, assinalado pelo slogan de que era preciso “esvaziar as prisões”, ao mesmo tempo que se verificava o surgimento de penas de “substituição” da prisão, a verdade é que esta tendência se inverteu bruscamente e a crescente utilização da pena de prisão está no epicentro do discurso político-criminal contemporâneo. Paradoxalmente – pelo menos, à primeira vista! -, sem se ter abandonado a invocação de penas diferentes da prisão.

Para perceber esta evolução é preciso compreender as mudanças (e o sentido das mudanças) que se estão a produzir nas formas de controlo dos indivíduos.

Desde logo, mudanças ligadas à utilização da prisão.

Trata-se, aqui, do incremento da utilização da prisão e da sua utilização por um tempo cada vez mais longo (a duração média do tempo de prisão aumentou significativamente na generalidade dos países europeus e nos Estados Unidos da América).

Este clima está ligado ao desenvolvimento autoritário da justiça criminal verificado nas duas últimas décadas do século XX.

Esta tendência assume-se como o resultado de um clima repressivo e securitário e surgiu associada a um movimento de pura retribuição, meramente punitivo (*just desert*) e, mais recentemente, a uma nova penologia, baseada na análise de riscos, em que os conceitos-chave são segurança e perigosidade.

Interessante é desde já notar que ambos os movimentos obedecem a propósitos, em si, louváveis. O primeiro, tem como objectivo a revalorização dos direitos fundamentais do recluso, para reagir a um tratamento coactivo e coisificador; mas acaba por sobrevalorizar o factor punitivo em detrimento da

socialização. O segundo, tem em vista a realização das aspirações legítimas de segurança da sociedade; mas acaba por subvalorizar o facto de que elas se tornam ilegítimas quando se entroniza a segurança e isso significa absolutização do seu valor em detrimento do factor culpa e também do da socialização.

Entretanto, este movimento, que ficou conhecido na doutrina por “nova” penologia, merece uma palavra, (aqui) necessariamente breve.

Apesar de apelidada de “nova”, esta corrente prossegue um desejo muito antigo de erradicação do crime. Absolutizado o conceito de segurança e reinterpretado o de perigosidade à luz da racionalidade económica, típica de um enfoque neo-liberal que abdica da solidariedade, ressurgiu ainda o conceito de inocuidade, agora selectiva, que significa manutenção na prisão pelo máximo de tempo possível de um número de delinquentes escolhidos em função da sua perigosidade. A punição e a sua duração não dependem da natureza do crime nem da personalidade do delinquente, mas sim da avaliação do perfil de risco, o que determina o controlo e a duração do controlo: mais ou menos prolongado consoante a perigosidade.

A isto corresponde uma alteração “substancial” das preocupações punitivas, que se voltam em eminentemente securitárias, a que se ligam também velhos conceitos re-orientados à luz de novas técnicas e desenvolvimentos científicos e tecnológicos. Desta forma, recuperam-se para o sistema antigos critérios de selecção de delinquentes com um potencial altamente discriminatório (métodos estatísticos de prognose).

À luz desta lógica securitária, promove-se a ideia de que a “prisão”, em si mesma, “funciona” e alimenta-se uma estratégia punitiva securitária institucional. Que surge como “a” resposta a uma sociedade de risco e globalizada – dois fenómenos que interagem como responsáveis pela existência de uma criminalidade disseminada a nível mundial e geradora de (sentimentos de) insegurança: criminalidade de massa, criminalidade organizada (corporativizada, económica, financeira, desmaterializada e transnacional) e o terrorismo.

Toda uma fenomenologia apta a desencadear o que já foi chamado de “*governing through crime*”. O que quer dizer que o crime e o castigo se tornam o contexto preferido de “governo”, isto é, de orientação em geral do comportamento. E que teve desenvolvimentos, não só nos Estados Unidos da América ou no Reino Unido, mas também na Europa continental, onde se respondeu ao “governo através do crime” com a “teoria da nova severidade”. Com expressão paradigmática na Holanda, país até há bem pouco conhecido pela sua abertura, tolerância e as suas políticas de segurança e penal moderadas. E que conheceu na última década uma taxa de encarceramento mais elevada do que os Estados Unidos: aqui, o número de reclusos multiplicou-se por cinco, enquanto na Holanda se multiplicou por sete.

É neste contexto que renasce o “interesse” pelas penas alternativas à prisão.

O que importa perguntar é: com que sentido se manifestou esta súbita chamada de atenção para estas penas, radicadas, na sua origem, num cenário de luta contra a pena de prisão em relação à pequena e média criminalidade e orientadas por um objectivo de reinserção social?

Verifica-se, então, que se começam a utilizar as chamadas “sanções intermédias”, que respondem, ao mesmo tempo, às necessidades de redução de custos com o crime e de salvaguarda da eficácia no combate ao crime. Quando, por um lado, a população prisional aumenta e os problemas de sobrelotação começam a preocupar os decisores políticos; e, por outro lado, quando estes vêm crescer a demanda e o clamor de mais segurança e vêm perder credibilidade as medidas

alternativas que não implicam contacto com a prisão por serem vistas como demasiado brandas, o que acontece é que o investimento em medidas que implicam monitorização, vigilância e controlo do comportamento surgem como particularmente atractivas: uma probation intensiva, uma libertação antecipada monitorizada electronicamente, uma house arrest ou uma prisão curtíssima (sharp shock prison) reduziriam, ao mesmo tempo, a população prisional e a reincidência.

Necessário se torna, pois, de um lado, interrogar estas “sanções” quanto ao significado político-criminal que encerram no novo contexto securitário e, de outro lado, prevenir o risco de que sejam subvertidas no seu sentido.

Impõe-se, neste quadro, uma atenção muito especial quanto aos efeitos do alargamento em rede (“*netwidening effects*”) do sistema de controlo do indivíduo, que surge com a introdução destas novas sanções diferentes da prisão. Pode dizer-se que hoje existe um crescente e complexo “mosaico de sanções” com um novo significado político-criminal, pelo que diz respeito à expansão do sistema punitivo, eventualmente da própria prisão.

É importante não esquecer que a estas novas sanções poderá não ser alheio o espírito do “*new behaviorism*” - a que se referiu Stan Cohen, em 1983, a propósito da monitorização dos delinquentes -, isto é, a ausência de qualquer objectivo de reformar, corrigir ou reabilitar. Elas são, também, tal como a prisão confinamento, “*managerialist technics*”, que se destinam meramente a limitar a liberdade de movimentos, em certos casos, a intensificar essa limitação de liberdade do delincente. Em última análise, são a demonstração - agora pelo que diz respeito a estas medidas - de que “*nothing works*”, porque não aliam o tratamento ao controlo. Logo por aqui se podendo questionar se a sua eficácia não padece dos mesmos vícios apontadas à prisão como mera técnica de confinamento, vale por dizer, de controlo.

O maior perigo que importa afastar é elas serem vistas como “alternativas à liberdade e não à privação da liberdade”. A esta alteração de enfoque não é estranho o desvirtuamento de sentido que vêm sofrendo, por força da confluência dos (dois) fenómenos de erosão do seu cariz educativo e de intensificação da sua natureza de controlo sobre o indivíduo. Para além disto, observa-se que a bifurcação pretendida do sistema punitivo - prisão para a criminalidade mais grave e sanções comunitárias para a criminalidade mais leve - não resiste a uma análise do “movimento” dos delinquentes ao longo de um certo período de tempo. Já se assinalou “uma corrente contínua de indivíduos” entre a comunidade para cumprimento de sanções e a prisão, ligada a uma menor tolerância que, não por acaso, se verifica quanto à violação das condições que possibilitam o cumprimento da sanção na comunidade.

O perigo em causa é o da “transincarceração”, resultante do sistema autopoiético criado pela proliferação de sanções que se reforçam mutuamente, e que permite o que já se chamou de “reciclagem” do indivíduo, favorecendo a sua circulação por diferentes instâncias de controlo.

É, ainda, e mais uma vez, a utilização indevida da prisão que está em causa, agora potenciada pelos efeitos da introdução de novas sanções diferentes da prisão, que contribuem, por sua vez, para a sobrelotação das prisões. Verifica-se uma expansão do sistema punitivo globalmente considerado, que favorece o encarceramento.

Que dizer?

Continua a ser necessário baixar drasticamente os níveis de utilização da prisão e a política punitiva tem de passar o teste da realidade.

Nesse sentido, insiste-se na utilização das sanções comunitárias como verdadeiras alternativas à prisão, executadas com um sentido unicamente reabilitador. E assim, sanções dirigidas ao desenvolvimento das capacidades do indivíduo, inseridas em programas de fomento de competências pessoais e em que as práticas de *soft control* não se apoiam automaticamente na ameaça de *hard control*.

É de louvar, de uma forma geral, o alargamento dos limites legais no âmbito dos quais se pode substituir a pena de prisão. Mas a correcta intenção de fazer baixar as taxas de encarceração não se pode fazer à custa de uma expansão de medidas que representam um puro controlo dos indivíduos e não significam um real investimento na reabilitação.

O que está em causa, afinal, é realizar, na prática, aquele programa político criminal em que a pena de prisão perde o lugar de “pena por excelência” e se torna, assim, capaz de responder, nos casos mais graves – em que deve ser aplicada -, ao desafio de prevenção da reincidência.

3. Convoca-se, desta forma, a “dimensão socializadora” da prisão. Não vou aqui referir-me à discussão que a envolve, alternando entre o seu abandono e o seu ressurgimento.

Quanto a este ponto, apenas deixo uma breve nota.

Os resultados da política repressiva e securitária não se mostraram satisfatórios: os objectivos de redução do crime e de protecção da sociedade não se alcançaram e as prisões continuaram sobrelotadas.

A verificação de que era necessário construir cada vez mais prisões para reprimir e encerrar os delinquentes, indivíduos perigosos, fez-se sentir como um “sinal de alerta”, a provocar alterações de orientação político-criminal que se traduzem no objectivo de “limitar” a utilização da prisão. Na verdade, os custos económicos elevadíssimos de uma política criminal securitária colocam em causa os seus próprios fundamentos economicistas, baseados na análise custos-benefícios.

É neste cenário que a ideia de intervenção socializadora reentra no discurso penitenciário, com um sentido de “prevenção da reincidência”, que lhe traça, ao mesmo tempo, virtualidades e limites muito precisos.

Desta forma, no contexto da minha intervenção, o que pretendo colocar em destaque não é tanto a urgência de revitalização e aprofundamento do princípio da socialização – no que isso significa de investimento sério e real na preparação do recluso para deixar de cometer crimes, não só através de meios tradicionais, como são a formação, a educação e o trabalho, mas também de métodos inovadores, orientados para problemáticas específicas e com objectivos claramente identificados -, mas a necessidade de renovação do entendimento do princípio da socialização. E, com isto, toco já o segundo aspecto que me propus abordar.

O que desejo acentuar é que, hoje, falar em socialização do recluso implica olhá-lo como pessoa, de uma forma descomprometida de preconceitos categoriais e estereótipos formais, e não pode separar-se da garantia dos seus direitos fundamentais. Vem-se assistindo a um forte movimento de valorização dos direitos dos reclusos, de algum modo reflexo do movimento geral de protecção dos direitos humanos. Para além de regras internacionais específicas do seu estatuto de reclusos, são os direitos humanos em geral garantidos a todos os cidadãos que actualmente se lhe reconhecem, reforçando, assim, o estatuto de cidadania do recluso. E, nesta linha, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, não tem hesitado numa jurisprudência firme a este propósito.

Desta forma, está hoje adquirido que o recluso é portador de direitos que a sua qualidade de cidadão lhe assegura, gozando de um “estatuto jurídico especial”, que não é só um estatuto “limitador” de direitos.

A reclusão penitenciária não pode ser um espaço de não-direito, uma obscura “relação especial de poder”, em que o Estado se desvincula do respeito que deve à dignidade das pessoas e aos seus direitos fundamentais. Para o dizer de uma forma apodíctica: a intenção de reinserção social passa, no nosso tempo, por encarar o recluso, não como detentor de privilégios perante a administração prisional, mas como sujeito de direitos. E este objectivo só poderá ser atingido pelo reconhecimento do recluso como “sócio” e assegurando-lhe a protecção eficaz dos seus direitos fundamentais. Sendo, pois, a dimensão de “promoção da não-dessocialização” do princípio da socialização que assim está em causa e não apenas a de “evitar a dessocialização” e a marginalização de facto e os efeitos criminógenos que estão associados à privação da liberdade.

Esta «garantia de cidadania» implica, desde logo, uma “discriminação positiva” do recluso, que, atendendo à desigualdade da sua situação, assegure, através da intervenção estadual, aqueles direitos cuja realização se basta, normalmente, com uma abstenção de interferência por parte do Estado. Mas, para além disso, a garantia dos direitos fundamentais pede uma maior intervenção do poder jurisdicional na execução da pena de prisão.

Com a jurisdicionalização da execução está em causa reconhecer-se que a tutela efectiva dos direitos dos reclusos supõe que estes possam dirigir-se a órgãos jurisdicionais, para além da instância internacional “especializada” já referida, os tribunais nacionais. Exactamente devido à afirmação do estatuto jurídico do recluso, a criação de órgãos jurisdicionais a que caiba fiscalizar a limitação dos direitos dos reclusos e aos quais estes se possam dirigir, recorrendo das decisões da administração penitenciária, é uma solução que vem merecendo cada vez mais acolhimento a nível dos Estados do conspecto europeu, mas não só. A não ser assim, estar-se-á sempre na iminência de que a aplicação prática das leis prisionais acabe por esvaziar de conteúdo os princípios garantísticos.

Em Portugal, à consolidação do movimento de afirmação dos direitos do recluso correspondeu a sua protecção jurisdicional e um controlo da actividade da administração prisional de elevado perfil. Contámo-nos entre os primeiros países a dispor de uma lei fundamental relativa à execução de penas e medidas de segurança privativas de liberdade (1979), acompanhando o amplo movimento legislativo que se verificou na década de setenta do século anterior. Foi dado também em tempo o primeiro passo no sentido da jurisdicionalização da execução, com a criação, em 1944, do Tribunal de Execução das Penas.

Com a recente entrada em vigor da Lei de execução de penas de 2009, continua a perseverar-se no itinerário já aberto. Acontece apenas que, em relação aos que sempre foram mais arredados da protecção do direito – juntam-se aos reclusos, os menores e os doentes mentais – o nosso tempo é, ainda, o da linguagem dos direitos e justifica-se o tom enfático da sua proclamação, como é o caso da presente lei, distraídos que andam por vezes os poderes públicos em lhes assegurar o estatuto de cidadania. Mas o progresso do direito penitenciário mede-se, hoje, incontestavelmente, pelo grau de aprofundamento conseguido ao nível da intervenção jurisdicional. É a passagem da mera afirmação de direitos para a garantia de direitos que se prossegue, de forma claramente assumida também na presente lei, na via do alargamento das competências do Tribunal de Execução das Penas e do ministério público junto deste tribunal para controlar questões

relativas à execução propriamente dita – isto é, com a atribuição de competência para intervir na vida do estabelecimento prisional - e ainda para controlar as relações entre a administração prisional e os reclusos.

O que se fez foi aproximar a estrutura deste tribunal à de qualquer outro tribunal, em que o ministério público promove a acção processual e o juiz controla e decide. Exemplo é o processo especial de verificação da legalidade, na base da obrigatoriedade de comunicação de certas decisões da administração prisional ao ministério público, cuja impugnação das que considere ilegais acciona junto do juiz. Conformam exemplos desta espécie decisões relativas à aplicação de medidas especiais de segurança, de meios coercivos ou de medidas disciplinares. Para além disso, consideram-se recorríveis pelo recluso as decisões da administração prisional que afectam o seu direito de manter contactos com o exterior ou decisões que se traduzem na aplicação das sanções disciplinares mais graves. Nestas hipóteses, está assegurado também o recurso para o tribunal de segunda instância.

De assinalar é ainda a possibilidade de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça em ordem à uniformização de jurisprudência. O melindre das matérias em causa torna particularmente grave a contradição de julgados.

Resta acentuar que este é hoje o maior desafio que enfrenta a instituição penitenciária. O nosso tempo, para além de cultivar uma “linguagem de direitos”, tem de passar da sua mera proclamação para a sua garantia efectiva.

A pena de prisão não é uma pena de banimento.

Nem a reclusão penitenciária pode querer cercear o recluso mais do que a sua liberdade física – não lhe pode retirar o estatuto de pessoa e, assim, não o pode privar de ser “essencialmente livre”. A lembrar-me, no universo torquiano, a reacção de Bernardo quando o juiz de execução das penas, após “meses e anos de porfiada infiltração da virtude na sua espessa natureza de criminoso”, decide conceder-lhe a liberdade. E, como Bernardo, o recluso, “sentia ele próprio a liberdade e como não entendia que alguém a pudesse dar ou tirar” (Miguel Torga, Pedras Lavradas, 3ª edição, p.123s).

Nos últimos tempos, com efeito, assistiu-se, naqueles países em que “oficialmente” tinha sido abandonada a ideia de socialização, a um ressurgimento do pensamento da reinserção social do delinquente. Que se pode explicar de várias maneiras: saliente, apenas, desde logo, a cultura de transacção, de participação e de consentimento, em que se busca hoje, cada vez mais, a relegitimação do penal; ou o movimento de revalorização dos direitos humanos, que afasta, desde logo, o sentido coactivo que pudesse estar ligado à socialização e, para além disso, que promove uma nova ética solidária nas relações sociais (diferente da ética individualista) , depois, os resultados da política repressiva e securitária, não são satisfatórios: os objectivos da redução do crime e da protecção da sociedade não são alcançados e as prisões continuam sobrelotadas.

Por seu turno, as estratégias de reabilitação / recuperação estão a desenvolver-se: dispõem-se hoje de investigações mais fiáveis a propósito dos factores psico-sociais que desempenham um papel importante como causas do comportamento criminal; a acumulação de experiências permite a concepção de programas de reabilitação mais precisos e mais eficazes e as avaliações são realizadas de maneira mais adequada e diferenciada (existem dados fornecidos por meta-análises e outros instrumentos de avaliação que permitem concluir que certas intervenções exercem um impacto não negligenciáveis sobre as taxas de reincidência e sobre outros critérios de aferição do êxito da reabilitação).

A verificação de que era necessário construir cada vez mais prisões para se alcançar os objectivos de apenas confinar e reprimir os delinquentes – indivíduos perigosos – não tardou a fazer-se sentir como um “sinal” de “alerta” e a provocar alterações na política criminal, que se traduza no objectivo de LIMITAR a utilização da prisão. Na verdade, os custos económicos elevadíssimos de uma política criminal securitária também põem em causa os seus próprios fundamentos economicistas, baseados na análise custos benefícios.

Neste cenário, assiste-se hoje ao recuperar da ideia de reinserção social.

Por um lado, ligada à prisão e à execução desta pena, conleva um sentido de prevenção da reincidência, que lhe traça, ao mesmo tempo, virtualidades e limites muito preciosos. Por outro lado, volta a insistir-se nas “medidas” que substituem a prisão.

Quanto àquele primeiro aspecto, verificou-se que o abandono teorético do pensamento de socialização nos países onde aconteceu, teve uma tradução pragmática apenas parcial, já que não se interrompeu o investimento na elaboração de programas de reabilitação, a incidirem sobre os factores ligados ao aparecimento do crime.

Pode dizer-se que o princípio de socialização que hoje preside à execução da pena de prisão deve ser aprofundado e renovado. Digo-o, de uma forma necessariamente apolítica.

Aprofundado, no sentido de um investimento sério na preparação do recluso para a sua socialização. A “intervenção” deve continuar a insistir nos meios tradicionalmente ao seu dispor: constituem o seu núcleo central a trilogia formação, educação, trabalho; mas deve investir também em meios e métodos inovadores, designadamente, orientados para problemáticas específicas e com objectivos claramente identificados.

Do lado da renovação, o princípio da socialização implica olhar o recluso como pessoa, de uma forma descomprometida de preconceitos categoriais e estereótipos formais, e a garantia dos seus direitos fundamentais.

Não é só evitar a dessocialização que hoje está em causa, i é, reduzir ao mínimo a marginalização de facto que a reclusão implica e os efeitos criminógenos que lhe estão associados. Intenção que impõe uma reconformação da instituição penitenciária, no sentido da “normalização” e “responsabilização” possíveis da vida prisional.

O princípio da socialização passa por reconhecer a sua dimensão de promoção da não-dessocialização.

Com isto trata-se de preservar no recluso a natureza de ser “responsável” e de “sócio” e é, assim, de não esquecer que, embora gozando de um estatuto jurídico especial, nem por isso ele deixa de ser portador de direitos que a sua qualidade de cidadão lhe assegura. Objectivo que só poderá ser atingido pelo reconhecimento da cidadania do recluso e pela protecção eficaz dos seus direitos fundamentais.

A reclusão penitenciária não pode ser um espaço de não-direito, uma obscura “relação especial de poder”, em que o Estado se desvincula do respeito que deve à dignidade das pessoas e aos seus direitos fundamentais.

De forma apolítica: a intenção de reinserção passa, hoje, por encarar o recluso, não como detentor de privilégios perante a administração prisional, mas como portador de direitos que a sua qualidade de cidadão lhe assegura.

Gostaria de destacar que esta política de “garantia da cidadania” do recluso poderá implicar, desde logo, uma discriminação positiva do recluso que, atendendo à desigualdade da sua situação, garanta através de intervenção estadual, aqueles

direitos cuja realização se basta, normalmente, com uma abstenção de interferência por parte do estado; para além disso, a garantia dos direitos fundamentais pede uma maior intervenção do poder jurisdicional na execução da pena de prisão e repensar o estatuto e o papel do advogado neste domínio.

Nesta perspectiva a posição do recluso não mais pode estar a coberto do direito, devendo antes ser uma posição coberta pelo direito, com as consequências constitucionais que aí advêm em matéria de intervenção jurisdicional. O que implica uma intervenção (mais) activa do poder jurisdicional na execução da pena de prisão e repensar o estatuto e o papel da intervenção do advogado neste domínio, em virtude do direito ao patrocínio jurídico consagrado na Constituição.