

**A Modificação da Execução da Pena de Prisão, à luz do art. 118.º
e seguintes do Código de Execução das Penas e Medidas
Privativas da Liberdade**

Um benefício encapotado pela reclusão

Sara Patrícia da Silva Araújo

M

2020

**A Modificação da Execução da Pena de Prisão, à luz do art. 118.º e
seguintes do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas
da Liberdade Um benefício encapotado pela reclusão**
Sara Patrícia da Silva Araújo



**A MODIFICAÇÃO DA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO, À LUZ DO ART.
118.º E SEQUENTES DO CÓDIGO DE EXECUÇÃO DAS PENAS E MEDIDAS
PRIVATIVAS DA LIBERDADE**

Um benefício encapotado pela reclusão

Sara Patrícia da Silva Araújo

Dissertação de Mestrado, na área de especialização de Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para obtenção do Grau de Mestre, realizada sob a orientação da Professora Doutora Sandra Oliveira e Silva.

Porto, Outubro de 2020

*Aos meus pais,
Ao Seio da Amizade,
Aos amigos,
A Ti,*

*“se as prisões afectassem
apenas quem dentro delas vive,
não teriam tanta importância”*

Bruce Western

RESUMO

Está previsto na lei um benefício que permite ao recluso condenado, mediante o cumprimento de vários pressupostos, que a execução da sua pena de prisão seja modificada, de acordo com o art. 118.º e ss. Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. Chama-se, assim, a este benefício a “modificação da execução da pena de prisão de reclusos portadores de doença grave, evolutiva e irreversível ou de deficiência grave e permanente ou de idade avançada”.

Tal benefício, por ser requerido na fase de execução das penas, pertence ao âmbito de competência do Tribunal de Execução das Penas. Contudo, o Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade prevê que a modificação da execução da pena de prisão possa ser de imediata aplicação, pelo tribunal da condenação, caso o arguido, à data da sua condenação, reúna os pressupostos exigidos pelo art. 118.º deste diploma legal. No entanto, bem sabemos que o tempo que medeia o momento da condenação e a entrada no estabelecimento prisional pode ser o bastante para assistirmos a uma degradação do estado físico e psíquico do condenado.

Com a presente dissertação, é nosso propósito analisar a possibilidade de a modificação da execução da pena de prisão ser intentada em momento posterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória, contudo anterior à entrada do condenado em estabelecimento prisional. Procuramos assim que o Direito Penitenciário e, conseqüentemente, a execução das penas de prisão respondam às finalidades da pena, bem como, sejam o reflexo do respeito que um Estado de Direito tem pelos seus cidadãos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penitenciário, pena privativa da liberdade, competência do Tribunal de Execução das Penas, princípios humanitários, modificação da execução da pena de prisão.

ABSTRACT

It is provided by law a benefit that allows the convicted prisoner, through the fulfillment of several assumptions, a modification to his prison sentence, according to the article 118 of the Code of Enforcement of Prison Sentences and Imprisonment Measures. Thus, this benefit is called “Modification of the prison sentence’s execution for prisoners with a serious, progressive and irreversible disease or permanent and severe disability or old age”.

This benefit, being questioned at the time of the execution of sentences, is the responsibility of the Penal Supervisory Court. However, the Code of Enforcement of Prison Sentences and Imprisonment Measures provides that the modification of the prison sentence’s execution can be of immediate application by the Sentencing Court if the defendant, at the time of his conviction, meets the conditions required by the article 118 of this diploma. However, we are aware that the time between the sentence and the entrance into prison can be enough to witness a deterioration of the physical and psychological state of the convicted.

The purpose of this essay is to analyze the possibility that the modification of the prison sentence's execution may be analyzed after the moment of conviction but prior to the convict's entrance into prison. Thus, we seek to ensure that prison law and, consequently, the prison sentences' execution respond to the purposes of the sentence as well as it reflects the respect the Rule of Law has for its citizens.

KEY WORDS: Penitentiary Law, Custodial Sentence, Penal Supervisory Court, Humanitarian Principles, Modification of the Prison Sentence’s Execution

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| RESUMO | 4 |
| ABSTRACT | 5 |
| SIGLAS E ABREVIATURAS | 8 |
| INTRODUÇÃO | 9 |
| Cap. I – Breves considerações sobre o sistema prisional português | 11 |
| I – Enquadramento | 11 |
| II - Breve síntese histórica | 13 |
| 1. Da Constituição de 1822 a 1893 | 13 |
| 2. Da reforma Penal de 1884 à reforma da Organização Prisional de 1936 | 14 |
| 3. De 1936 a 1976 | 15 |
| 4. Da Constituição de 1976 e a Reforma da Execução Penal de 1979 | 15 |
| 5. O Código Penal de 1982 e a revisão de 1995 | 16 |
| 6. Até à Atualidade | 16 |
| III - Princípios Informadores | 17 |
| 1. O Princípio da Legalidade | 17 |
| 2. O Princípio da Reintegração Social | 18 |
| 3. O Princípio da Humanidade | 20 |
| 4. O Princípio da Presunção de Inocência | 21 |
| IV – Estatuto do recluso | 22 |
| Cap. II – Os fins das penas – algumas notas de síntese | 25 |
| I. As teorias absolutas ou da retribuição | 25 |
| II. As teorias relativas | 27 |
| 1. As doutrinas de prevenção geral | 28 |
| 1.1 - As doutrinas de prevenção geral negativa | 28 |
| 1.2 - As doutrinas de prevenção geral positiva | 29 |
| 2. As doutrinas de prevenção especial | 30 |
| 2.1 - As doutrinas de prevenção especial negativa | 30 |
| 2.2 - As doutrinas de prevenção especial positiva | 31 |
| 3. As teorias mistas ou unificadoras | 32 |
| 3.1 – Teorias que combinam retribuição e prevenção | 32 |

| | |
|---|-----------|
| 3.2 – Teorias da prevenção integral..... | 32 |
| 4. Conclusão..... | 33 |
| Cap. III - A modificação da execução da pena de prisão..... | 34 |
| I. A modificação da execução da pena de prisão e institutos afins..... | 34 |
| II. Análise da disciplina legal..... | 35 |
| 1. Pressupostos..... | 36 |
| 2. Decisão e execução da medida | 38 |
| 3. Em especial, a vigilância eletrônica | 39 |
| 4. A impugnação da decisão | 41 |
| CAP. IV – A (in) congruência no momento de aplicação da MEP | 44 |
| I. A competência dos Tribunais de Execução das Penas | 44 |
| II. A repartição de competência entre o TEP e os tribunais de condenação | 45 |
| III. A competência para a decisão da MEP | 46 |
| Cap. V – O impacto da pandemia na execução das penas..... | 52 |
| CONCLUSÃO | 56 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 57 |

SIGLAS E ABREVIATURAS

AA. VV – Autores Vários

Ac. - Acórdão

Al./ als. – alínea / alíneas

Apud - citado por

Art. / arts. – artigo / artigos

CEPMPL – Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade

Cfr. – Confrontar

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

MEP – modificação da execução da pena de prisão

N.º – número

Op. cit. – *Opere citato* (obra citada)

P./ pp. – página / páginas

S./ss. – seguinte / seguintes

TEP – Tribunal de Execução das Penas

Vol. - Volume

INTRODUÇÃO

O presente estudo incidirá naquele que nos parece ser um ramo menosprezado do Direito que, por comportar consigo várias dimensões, aconselha à apreciação da sua completude, para que possamos almejar uma melhor compreensão.

O trilho percorrido neste trabalho beneficiou do adquirido e elevado conhecimento da Professora Doutora Sandra Oliveira e Silva, desde a instância em que confirmou a relevância e oportunidade na discussão do tema, passando pelas questões cirurgicamente levantadas, e até ao momento em que conclui pelo seu parecer. À Professora Doutora Sandra Oliveira e Silva o meu sincero agradecimento pelo acompanhamento e orientação, tornando este percurso possível.

Ao longo do primeiro capítulo debruçar-nos-emos sobre os princípios informadores do Direito Penitenciário, antecedida de uma breve referência ao sistema prisional português, passando pelo seu enquadramento histórico. Ainda que de forma singela, ocupamo-nos de mostrar alguns dos muitos direitos e deveres do recluso, para percebermos a sua posição jurídica na execução da pena privativa da liberdade.

À fase de execução da pena naturalmente advêm diversas problemáticas, todavia aquela a que nos reportaremos respeita à MEP, conforme o art. 118.º e ss. CEPMPL. Ora, o mesmo art. refere que a modificação só poderá ocorrer “quando a tal não se oponham fortes exigências de prevenção ou de ordem e paz social”. Por esta razão conferimos especial importância a relembrar os conceitos adjacentes às várias teorias dos fins das penas, desde as teorias absolutas às teorias relativas, enquanto abordamos os vários conceitos de prevenção que hoje são relevantes na aplicação da pena de prisão.

Posto isto, cabe-nos oferecer uma (tentativa de) leitura simples e objetiva acerca dos pressupostos da concessão do benefício estatuído pelo art. 118.º CEPMPL, bem como os seus trâmites processuais. Ora, se é certo que, para a doutrina e jurisprudência, o momento da aplicação deste benefício está claramente definido em diploma próprio, não menos certo será a nossa dúvida quanto à congruência do mesmo. Dúvidas essas concretizadas pelo fundamental contributo do Exmo. Juiz de Direito do Tribunal de Execução das Penas do Porto Manuel José Ramos da Fonseca, para o qual deixamos aqui o devido agradecimento, que, com o seu douto saber, sempre procurou esclarecer as inúmeras querelas levantadas e que nos ocuparam desde os primórdios de conceção do presente estudo.

É o facto de admitirmos que a MEP poderá ocorrer em momento diferente daquele estabelecido atualmente que nos leva a debater várias fragilidades do sistema adotado. Desde logo pela ambiguidade de interpretação das normas legais referentes à competência do tribunal da condenação e do TEP.

É esta questão o motor de pensamento de uma possível alteração legislativa, aproximando o art. 118.º CEPMPL às raízes humanitárias, que também ele defende.

Por fim, sentimos que este estudo ficaria incompleto se não referíssemos aquele que é o tema mais falado da atualidade e que, a bem da verdade, está intimamente ligado com o tema de que nos propusemos tratar. O último capítulo reflete sobre o impacto na flexibilização da pena de prisão, por consequência das medidas excepcionais adotadas no âmbito da doença SARS-CoV-2.

Aqui chegados, sumariados que estão os temas a que nos propomos tratar, segue-se o momento da sua concretização.

Cap. I – Breves considerações sobre o sistema prisional português

I – Enquadramento

Começaremos este breve estudo, através de uma tentativa singela de definir o Direito Penitenciário ⁽¹⁾. Assim, este ramo do direito diz respeito à regulação da execução das reações criminais, ou seja, penas e medidas de segurança que sejam privativas de liberdade. Contudo, o nosso estudo restringe-se à execução das penas privativas da liberdade, deixando de parte, para este efeito, as medidas de segurança. A pena assume um papel preponderante, é a consequência da prática de um facto típico, ilícito, culposo e punível – o crime. Nesta linha de pensamento, o juiz aplica ao agente uma pena ou uma medida de segurança, como consequência jurídica do facto, cabendo ao Estado executar essa mesma reacção criminal. Numa perspetiva generalista, o Direito Penitenciário define-se, então, como sendo o conjunto de normas jurídicas reguladoras de execução das penas e medidas privativas da liberdade ⁽²⁾.

Para a melhor compreensão do trabalho a que nos propomos tratar, recordemos que o Direito Penitenciário está impreterivelmente relacionado com a violação do ordenamento jurídico. Como tal, a sua natureza jurídica é, iminentemente, normativa, sendo que o Direito Penitenciário se distingue claramente da Criminologia, visto que esta última tem uma dimensão empírica e estuda as causas do delito, do delinquente, da vítima e do comportamento desviante.

No que tange à terminologia aplicada nos diferentes ordenamentos jurídicos, verificamos uma total similitude com Itália e Espanha, onde a doutrina também se refere à regulação da execução de penas privativas de liberdade enquanto “Direito Penitenciário”, ao passo que o direito penal alemão e francês recorrem a expressões que exigem, cada uma delas, especiais cautelas, a saber, “Direito de execução penal” e “Ciência Penitenciária”, respetivamente ⁽³⁾.

Estando o Direito Penitenciário diretamente ligado à execução da pena ou medida privativa da liberdade, é nuclear perceber quais os fundamentos para a aplicação destas consequências de *ultima ratio*. Com efeito, a proteção de bens jurídicos traduz-se tanto na

⁽¹⁾ Neste sentido, e porque consideramos importante a referência à relação harmoniosa que existe entre o Direito Penal, o Direito Processual Penal e o Direito Penitenciário, leia-se o apontamento de FERREIRA, Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, p. 35.

⁽²⁾ Ainda que se nos afigure de difícil compreensão e até mesmo de aplicabilidade, alguns autores pretendem que o Direito Penitenciário inclua também outras penas alternativas às de privação da liberdade. Veja-se MIR PUIG, Carlos – *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, p. 19.

⁽³⁾ MIR PUIG, Carlos - *Op. cit.*, p. 19.

utilização da pena como meio dissuasor da prática de crimes por parte dos cidadãos em geral (prevenção geral negativa), como a manutenção de convicção generalizada por parte dos cidadãos de que as normas penais são válidas numa perspetiva de prevenção geral positiva (a sociedade assume e interioriza a “autoridade” adjacente às regras penais). Por outro lado, não esquecendo a indissociabilidade da pena e do Direito Penitenciário, a prevenção especial (positiva) configura-se na reintegração da pessoa na sociedade. No entanto, a pena pode até ser desnecessária, segundo critérios preventivos especiais, ou ineficaz segundo uma ótica de prevenção geral.

O art. 40.º, n.º 2 CP atribui, expressamente, à culpa uma função restritiva na determinação da medida da pena. A culpa, juntamente com a ilicitude, a tipicidade e a punibilidade, integra um requisito obrigatório para a constituição do crime. Estamos perante um afloramento do princípio da culpa, que consiste na ideia de que o direito penal é constituído ou estruturado com base na culpa do agente (como censura da sua vontade), sendo a medida da culpa o elemento que condiciona a medida da pena, não podendo ultrapassar aquela.

Assim sendo, se a pena (reação criminal à culpa do agente) não poderá ultrapassar a medida da culpa, esta apresenta-se como sendo um “limite máximo” na determinação concreta da pena, conforme o estatuído pelo art. 40.º, n.º 2 e art. 71.º CP. O Modelo da Moldura da Prevenção ⁽⁴⁾, hoje perfilhado pela doutrina e jurisprudência maioritária, concilia e articula os três critérios de determinação da medida da pena, prevenção geral, prevenção especial e culpa.

De acordo com os arts. referidos resulta que a pena serve finalidades de prevenção geral e especial, sendo delimitada no seu máximo inultrapassável pela medida em que se dimensiona a culpa. A prevenção geral assume, com isto, o primeiro lugar como finalidade da pena. Prevenção geral, porém, não como prevenção geral negativa, de intimidação de delinquente e de outros potenciais criminosos, mas como prevenção positiva ou de integração, isto é, de reforço da consciência jurídica comunitária e do seu sentimento de segurança face à violação da norma ocorrida; em suma, na expressão de Jakobs, “como estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias na validade e vigência da norma infringida” ⁽⁵⁾. Mas em caso algum

⁽⁴⁾ Para além do Modelo de Prevenção, são ainda defendidas no panorama jurídico alemão e até português: a Teoria da culpa exata; a Teoria do valor de posição e emprego e, ainda, a Moldura da culpa. Para uma melhor compreensão destas construções doutrinárias recomenda-se a leitura de DIAS, Jorge de Figueiredo- *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, pp. 221 e ss.

⁽⁵⁾ Cfr. o texto de PATTO, Pedro Vaz, *Os Fins das penas e a Prática Judiciária*, texto esse que serviu de base à comunicação apresentada nas jornadas de Direito Penal e Processual Penal, em ação de formação do Conselho Superior da Magistratura realizada em Albufeira, no dia 1 de Julho de 2011, nota (34).

pode haver pena sem culpa ou a medida da pena ultrapassar a medida da culpa, o que encontra fundamento axiológico no princípio da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana.

A culpa é condição necessária, mas não suficiente da aplicação da pena e é precisamente esta circunstância que permite uma correta incidência da ideia de prevenção especial positiva ou de (res)socialização ⁽⁶⁾.

Todavia, e dada a complexidade da problemática acerca das teorias sobre os fins das penas, reservamos adiante, debate próprio.

II - Breve síntese histórica

Atenta a importância, que não lhe é devidamente reconhecida, este ramo do direito obriga a uma devida contextualização histórica. Em Portugal, a partir do séc. XVIII, a prisão transforma-se na principal forma de penalização dos crimes. Como bem sabemos, ao longo da história, tem havido sucessivas reformas no que à execução da pena de prisão diz respeito. Foquemo-nos nas mais recentes pela sua importância para a utilidade do objeto do presente estudo.

1. Da Constituição de 1822 a 1893

Na Constituição de 1822 foram introduzidos os princípios humanísticos do Iluminismo penal. Começavam-se a desenhar os princípios estruturantes das penas, nomeadamente, o Princípio da Necessidade, art. 10.º ⁽⁷⁾ e o da Proporcionalidade, art. 11.º ⁽⁸⁾. É ainda visível o fim da tortura das penas arbitrárias e, conseqüentemente, a gradual limitação do poder estatal, isto porque, a principal função da pena de prisão era afastar as pessoas da prática de crimes, com a ameaça da sua aplicação, consubstanciando assim a sua finalidade na prevenção geral de intimidação ⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, pp. 72 e 73; bem como, *Temas Básicos da Doutrina Penal*.

⁽⁷⁾ Art. 10.º CRP 1822 – “Nenhuma lei, e muito menos a penal, será estabelecida sem absoluta necessidade”.

⁽⁸⁾ Art. 11.º CRP 1822 – “Toda a pena deve ser proporcionada ao delito; e nenhuma passará da pessoa do delincente. Fica abolida a tortura, a confiscação de bens, a infâmia, os açoites, o baraço e pregão, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis ou infamantes”.

⁽⁹⁾ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo- *Temas Básicos da Doutrina Penal - Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal*, pp. 90 e ss.

O CP de 1852 apareceu sob forte influência de Beccaria, e a conceção de finalidade das penas que dominava era a de prevenção geral, embora limitada pelo princípio da culpa ⁽¹⁰⁾.

Em 1867 foi publicada a Lei de 1 de Julho, conhecida como Reforma Penal de Barjona de Freitas. Nela aboliram-se as penas de morte, de trabalhos públicos e de prisão perpétua. Pelo mesmo adotaram-se as ideias que haviam constituído o património do sistema de Filadélfia ⁽¹¹⁾.

Em 1893, surge a Lei de 6 de Junho que regula, pela primeira vez em Portugal, o Instituto da Liberdade Condicional, defendido no projeto de 1861.

2. Da reforma Penal de 1884 à reforma da Organização Prisional de 1936

A reforma penal de 1884 deu origem ao CP de 1886. Em 1902, com o Decreto de 23 de Agosto, começava a ganhar expressão a ideia de que o recluso devia ter algum acompanhamento, não só durante a execução da pena de prisão, mas também após a sua libertação, de forma a facilitar a sua reinserção social.

Em 1913, o modelo de Filadélfia (corrigido) foi substituído pelo de Auburn, tendo como principal novidade o trabalho diurno dos reclusos, fenómeno academicamente reconhecido como “Silent System” ⁽¹²⁾.

A Constituição de 1933 integrou preceitos que se repercutiram no Direito Penitenciário, designadamente referindo os fins das penas, mais concretamente o art. 123.º que determina “Para a prevenção e repressão dos crimes haverá penas e medidas de segurança que terão por fim a defesa da sociedade e tanto quanto possível a readaptação social do delinquente”. “É de realçar a modernidade da expressão «readaptação social do delinquente»” ⁽¹³⁾.

Contudo, outros mais incrementos aportou esta reforma penal, nomeadamente a criação de duas grandes classes de estabelecimentos prisionais: as prisões e os estabelecimentos para

⁽¹⁰⁾ Após a entrada em vigor do Código foram-lhe imputadas inúmeras críticas, desde logo, pela sua falta de originalidade, uma vez que se baseava nos Códigos Criminais de França (1810), Espanha, Áustria e Nápoles; para além desta, outras críticas ganham força, nomeadamente, a falta de unidade sistemática, uma escala penal confusa e, até os princípios adjacentes foram considerados incompatíveis com o estado da ciência criminal. A este propósito *vide* MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira, *A Codificação Penal Portuguesa no Século XIX*, *Julgar online*, pp. 33 - 34.

⁽¹¹⁾ RODRIGUES, Anabela Miranda – *Novo Olhar sobre A Questão Penitenciária*, p. 13.

⁽¹²⁾ RODRIGUES, Anabela Miranda - *Op. cit.*, p. 13.

⁽¹³⁾ MINISTERIO DA JUSTIÇA - *Relatório da Comissão de estudo e debate da reforma do sistema prisional*, p.13.

3. De 1936 a 1976

Com a Lei n.º 2000, de 16 de Maio de 1944 e o DL n.º 34.553, de 30 de Abril de 1945, formulados sob a orientação do, à data Ministro da Justiça, Cavaleiro de Ferreira, atingiu-se aquele que haverá sido o ex-libris para a concretização da execução penitenciária. O TEP, absorveu as funções que até então pertenciam ao Conselho Superior dos Serviços Criminais e ao Ministro da Justiça.

Comparativamente, esta iniciativa só teve precedente em Itália, com a consagração do Juiz de Vigilância no Código Penal de 1930, o que por demais evidencia o peso do contributo português no que a esta matéria respeita.

4. Da Constituição de 1976 e a Reforma da Execução Penal de 1979

A Constituição de 1976 estabeleceu um programa político-criminal baseado no princípio da legalidade, na previsão de amplas garantias de defesa e no estabelecimento de medidas de coação como instrumentos de *ultima ratio*.

Pela mão de Eduardo Correia, a reforma penal de 1979 trouxe a Portugal o pensamento alcançado, anos antes, com as reformas penais nos mais variados países da Europa, nomeadamente o garante de direitos aos reclusos em matérias como o trabalho, passando pela formação e desenvolvimento pessoal, bem como ocupação de tempos livres⁽¹⁴⁾.

Assim, justamente com o DL n.º 265/79, de 1 de Agosto, constituiu-se uma “lei basilar quanto à execução das penas e medidas de segurança, pioneira na construção do novo direito prisional Europeu”⁽¹⁵⁾, ao mesmo tempo que colocou Portugal entre os países pioneiros a dispor de uma lei fundamental relativa às medidas de segurança privativas da liberdade⁽¹⁶⁾.

Importa mantermos presente que a finalidade da execução da pena de prisão se prende com a prevenção especial positiva. Aqui, deve o Estado “oferecer ao recluso as condições objetivas necessárias, não à sua emenda e reforma moral, ou sequer à aceitação e

⁽¹⁴⁾ Este novo paradigma penal veio então possibilitar novas medidas de flexibilização da execução da pena de prisão. “A filosofia subjacente era a de o que o tratamento penitenciário deveria deixar de ser uma intervenção forçada, em que o indivíduo não tinha voz nem papel ativo na sua pena e recuperação, para passar a dotá-lo de direitos e deveres no que diz respeito à sua própria reabilitação”, cfr. ROSEIRA, Ana – *As principais reformas do sistema prisional: consequências no trabalho dos guardas prisionais*, p.8.

⁽¹⁵⁾ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Op. cit.*, p. 24.

⁽¹⁶⁾ RODRIGUES, Anabela Miranda – *Da «Afirmação de direitos» à «proteção de direitos» dos reclusos: a jurisdicionalização da execução da pena de prisão*, p.187.

reconhecimento por aquele dos critérios de valor da ordem jurídica, mas antes à “prevenção da reincidência”⁽¹⁷⁾.

5. O Código Penal de 1982 e a revisão de 1995

Na década de 80, a tentativa de implementação da Reforma Penal passou não só pela manutenção da formação dos reclusos que haviam conquistado o seu direito ao Plano Individual de Reinserção, como pela formação dos próprios guardas prisionais e técnicos que assumem um papel reforçado enquanto agentes ressocializadores, como por exemplo, através de funções de acompanhamento laboral dos reclusos.

Como refere Anabela Miranda Rodrigues, resta dizer que é digno de realce que a orientação da execução da pena de prisão para a socialização do delinquente não tenha sido questionada, ao contrário do verificado noutros países, em que este ideário socializador sofreu “inflexões consideráveis, quando não verdadeiras perversões, sendo, em outros, pura e simplesmente abandonado”. “Para além disto, Portugal acompanhou a autêntica «revolutio» que significou reconhecer o recluso como sujeito de direitos, «parte» na relação jurídica que o liga à administração penitenciária, e consagrar o controlo jurisdicional da execução”⁽¹⁸⁾.

Pela revisão operada em 1995 o legislador foi claro ao introduzir o art. 40.º, acerca das finalidades das penas visarem a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

Assim, as finalidades das penas são exclusivamente preventivas, com especial atenção dada à prevenção especial positiva: a ressocialização do recluso, abandonando-se, por completo, as conceções ético-retributivas.

6. Até à Atualidade

O séc. XX foi palco de uma grande transformação jurídica ao nível dos programas de reinserção social: objetivo claro de aproximar mais a reclusão da vida em liberdade, exigindo-se, para tal, mais responsabilização dos reclusos durante o processo da sua própria reabilitação⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Português: As consequências jurídicas do crime*, p.110

⁽¹⁸⁾ RODRIGUES, Anabela Miranda - *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade. Seu Fundamento e Âmbito*, pp. 58 e ss.

⁽¹⁹⁾ ROSEIRA, Ana - *Op. cit.*

Subsequentemente, desde a reforma de 2007, que se implementaram duas novas medidas: a obrigatoriedade do Plano Individual de Reabilitação, que ressalta a finalidade ressocializadora da pena; e a implementação de novas práticas disciplinares que respeitem os direitos humanos. Aprecia-se nesta reforma um esforço pela diversificação das penas, mais concretamente, a implementação de uma política de integração e combate ao crime através da aplicação de medidas alternativas à prisão.

É ainda importante a referência à reforma do CEPMPL, que teve lugar em 2009, com a aprovação da Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, havendo-se consagrado um regime garantístico face aos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais dos reclusos ainda sofrem várias violações nas prisões portuguesas, o que faz com que esta questão tenha de ser alvo de uma proteção legislativa cada vez mais rigorosa, a par de estudos intensivos e pensados para que este flagelo seja cada vez menos menosprezado.

Podemos apontar fortes alterações trazidas por esta lei. Em primeiro lugar, ao nível da redefinição do estatuto jurídico do recluso, e, em segundo lugar, ao nível da jurisdicionalização da execução da pena. A Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro vem ainda confirmar as finalidades da execução, no art. 2.º/1: “A execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade visa a reinserção do agente na sociedade, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes, a proteção de bens jurídicos e a defesa da sociedade”.

III - Princípios Informadores

Após uma brevíssima exposição sobre a evolução do sistema prisional português cumpre-nos abordar de uma forma clara os Princípios Fundamentais deste ramo do direito – o Direito Penitenciário, sendo eles o princípio da legalidade, o princípio da reintegração social, o princípio da humanidade e o princípio da presunção de inocência.

1. O Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade assume-se como sendo um princípio das garantias estabelecidas num Estado Social e Democrático de Direito, e, por isso, ocupa um lugar destacado. Este princípio enunciado por Feuerbach na forma *nullum crimen, nulla poena sine*

lege, serve como trave mestra ao ordenamento jurídico punitivo, manifestando-se numa multiplicidade de garantias do indivíduo face ao poder punitivo do Estado ⁽²⁰⁾. Este princípio garantístico desdobra-se em vários subprincípios, ou melhor dizendo, em várias problemáticas. Desde logo, a garantia jurídico-penal que estabelece a legalidade dos crimes *nullum crime sine lege* e a legalidade das penas *nulla poena sine lege*, reconhecidos no art. 29.º, n.º 1 e n.º 3 CRP e no art. 1.º CP ⁽²¹⁾. Hoje, temos por assente que a norma incriminadora tem de ser prévia e certa. A pena no seu tipo e gravidade tem que ser imposta por lei. Para além da garantia jurídico-penal sobre a legalidade dos crimes, o princípio da legalidade abrange também a garantia processual ou jurisdicional expressa na expressão *nulla poena sine iudicio*, segundo a qual não pode ser executada pena ou medida de segurança que não provenha de decisão proferida de acordo com as leis processuais, por juiz e tribunal competente, devidamente transitada em julgado, nos termos do art. 29.º, n.º 1 e n.º 5, e o art. 32.º CRP, e do art. 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem. É ainda importante de sublinhar uma terceira garantia, dita executiva, segundo a qual não poderá executar-se pena ou medida de segurança de outra forma senão a prescrita na lei e nos regulamentos que dela provenham, as quais se realizarão sob o controlo dos juízes e tribunais competentes.

2. O Princípio da Reintegração Social

O art. 40.º, n.º 1 CP diz-nos, claramente, que a aplicação das penas e medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. O propósito da reintegração do agente na sociedade é um dos objetivos do tratamento penitenciário, proclamado mesmo ao nível europeu.

Esta ideia de que a execução da pena de prisão tem por desiderato fundamental a correção e a reintegração social do delinquente, sendo uma constante na legislação portuguesa desde os meados do séc. XIX, veio conhecer a sua última forma nos princípios fundamentais penitenciários, aludido no DL n.º 265/79, de 1 de Agosto, tendo sido Eduardo Correia autor deste projeto.

⁽²⁰⁾ ROCHA, João Luís Moraes – *Entre a Reclusão e a Liberdade, Estudos Penitenciários*, p. 21.

⁽²¹⁾ LEITE, André Lamas - *Execução da pena privativa de liberdade e ressocialização em Portugal: linhas de um esboço*, pp. 11 – 12.

“A ideia sobre a qual assenta o Princípio da Reinserção Social é a da consideração de um direito penal fundado na culpa, no qual o Homem como ser livre há-de ser responsável pelos seus atos e pode ser capaz de transformá-los” (22).

O “interesse maior” deste princípio resulta na tentativa de reintegrar o indivíduo na sociedade e, tal não pode ser cumprido ou satisfeito caso não exista o acompanhamento certo “intramuros”. O acompanhamento certo, individualizado e personalizado; um acompanhamento e tratamento diferentes para reclusos diferentes. No entanto, esta filosofia vem sendo alvo de críticas, originando a crise da socialização. São várias as dificuldades para o seu cumprimento.

A primeira dificuldade tem a ver com o modelo de sociedade que se deve ter por referência para inserir o recluso. No limite, esta dificuldade questiona a própria legitimidade de uma sociedade criminógena em arrogar o direito de exigir que o indivíduo se adapte a ela, quando, ela própria, fomenta a desigualdade (23).

Uma outra dificuldade prende-se com o facto de a reinserção supor uma intromissão sobre a esfera individual do recluso (24).

Estas dificuldades da reintegração e do seu princípio tiveram como consequência modificá-lo, fazendo-se ele próprio acompanhar também da evolução da sociedade.

O legislador português consagrou no art. 40.º CP e, mais recentemente - ainda que com redação algo diferente -, no art. 2.º CEPML, que a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. Mais uma vez, o legislador revela preocupação em mostrar quais os fundamentos para a aplicação da pena privativa de liberdade, saltando, desde logo, à vista o cuidado, quiçá o desassossego, na nossa opinião, em proteger a sociedade da prática de crimes e, é também por isso, que a reinserção ou a reintegração do agente é fundamental para a condução futura da sua vida de modo socialmente responsável e sem cometer o facto ilícito, típico, punível e culposos.

Esta sinergia entre o Direito Penitenciário, a Reintegração Social e o recluso não pode operar sem uma sociedade envolvida e interessada em “acolher” os indivíduos pós reclusão. Quer-se com isto dizer que estamos (quase) perante uma equação matemática, na medida em

(22) ROCHA, João Luís Moraes - *Op. cit.*, p. 23.

(23) ROCHA, João Luís Moraes - *Op. cit.*, pp. 23 – 24.

(24) Hoje, vem sendo pacífico aceitar que a intervenção constitui uma mera oferta de possibilidades, limitada pelo desenvolvimento da personalidade individual. Uma vez mais, é importante ressaltar a ideia que estamos, diariamente, sujeitos a vários tipos de reclusos e, necessária e consequentemente, dígerem a questão da reclusão de formas diferentes. Posto isto, a personalidade individual de cada um pode ser “a chave” para a sua adaptação ao sistema “intramuros” e, posteriormente, à reintegração e reinserção social – do que é exemplo a contratualização constante do plano individual de readaptação.

que a reintegração social do indivíduo não pode ser feita sem o devido acompanhamento intramuros. Para tal, o DL n.º 51/2011, de 11 de Abril vem regular os direitos e deveres plasmados no CEPMPL.

3. O Princípio da Humanidade

A afirmação deste princípio remonta à obra de John Howard (1776) e está na origem da reação crítica à situação lamentável em que se encontravam as prisões, à data. Nesse sentido, o princípio propugnava a melhoria das condições de vida dos reclusos.

Atualmente, o Princípio da Humanidade tem um espectro muito amplo, que se estende desde a fase de aplicação da pena – preconizando que o sofrimento deva ser o menor possível – ajustando a pena à realidade social do delinquente, até à fase da execução das penas, impondo que nunca se perca da memória e não caia no esquecimento o respeito e a dignidade da pessoa durante o período de isolamento.

Este princípio decorre do art. 10.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e encontra-se igualmente consignado na regra 1ª das Regras Penitenciárias Europeias e consta da CRP – arts. 1.º, 26.º e 30.º e, ainda, na Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, que aprova o CEPMPL, onde é também visível a preocupação com a dignidade da pessoa humana, por exemplo, no seu art. 3.º, n.º 1, consagrando-se assim o Princípio da Humanidade.

A política criminal que orienta o sistema penal português é de cariz humanista, no sentido em que atribui ao direito penal a função de proteção dos valores fundamentais da pessoa e das condições sociais indispensáveis à realização desses valores. A pena assume-se como um *mal*, contudo apenas legitimada porque é indispensável para prevenir a prática de crimes, sendo sempre de aplicar a pena menos gravosa, que tem adjacente a si o fim prioritário da recuperação do delinquente. Note-se aqui, claramente, uma estreita ligação para com o Princípio da Reintegração Social ⁽²⁵⁾.

O respeito pelos direitos fundamentais do recluso, sendo este sujeito de direitos, e o uso racional das sanções penitenciárias são os dois momentos fundamentais do Princípio da Humanidade. Qualquer um dos dois sentidos impõe sérias condições na execução das penas e nas prisões que permitam tornar exequíveis as ditas perspetivas em que se cinde o Princípio da

⁽²⁵⁾ ROCHA, João Luís Moraes - *Op. cit.*, p. 26

Humanidade. Podemos afirmar com clareza que o Estado é, assim, diretamente responsável pela humanização ou desumanização penitenciária.

4. O Princípio da Presunção de Inocência

Nesta matéria, é absolutamente essencial chamar à colação o art. 32.º CRP. Este artigo apresenta-nos as garantias do processo criminal, tal como a sua epígrafe indica. Atento ao Princípio da Presunção de Inocência, deve ler-se o n.º 2 do referido art., onde diz que “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. Ou seja, todo o indivíduo se presume inocente até ao momento em que a decisão que o condena não é mais passível de recurso. Este princípio liberta o arguido do ónus de provar a sua inocência, ao passo que, o “que carece de prova é a culpa do arguido, concentrando-se o esforço probatório na acusação”⁽²⁶⁾.

Outra preocupação revelada por este princípio garantístico é aquela plasmada na Regra 11.^a, n.º 3, da Recomendação n.º R (87) 3, do Conselho da Europa, que o autor José Luís Moraes Rocha traz, e muito bem, ao seu texto. Esta Recomendação refere expressamente que “A decisão de afetar um recluso a uma prisão ou a uma secção particular deve ter em conta a necessidade de separar: *a.* os reclusos preventivos, dos reclusos condenados; *b.* os reclusos do sexo masculino, dos reclusos do sexo feminino; e *c.* os reclusos jovens adultos, dos reclusos mais velhos”. Assim, o preso preventivo e o condenado devem estar presos separadamente, visto que as exigências adjacentes a cada um são diferentes. Aliás, a mesma Recomendação menciona ainda que “O regime prisional dos preventivos não deve ser influenciado pela possibilidade de virem a ser condenados pela prática de infracção penal”. O preso preventivo deve ser sujeito a um tratamento diferente porque assim o é de um condenado. Esta é também uma das formas de manifestação do princípio da presunção de inocência.

⁽²⁶⁾ ROCHA, João Luís Moraes - *Op. cit.*, p. 26

IV – Estatuto do recluso

O sistema prisional é um espaço com cultura própria, onde existe uma hierarquia de papéis, com Códigos e Valores, uma vida quotidiana de particular convivência.

Esta “vida quotidiana” rege-se por uma série de deveres claramente expressos na legislação, e facilmente perceptíveis após a sua análise detalhada.

Permanecer ininterruptamente no estabelecimento prisional até ao momento da libertação, salvaguardados os casos de autorização de saída, apresentar-se pontualmente no estabelecimento prisional no termo de autorização de saída; sujeitar-se a testes para deteção de consumo de álcool e de substâncias estupefacientes, bem como a rastreios de doenças contagiosas, sempre que razões de saúde pública ou as finalidades da execução da pena ou medida o justifiquem; ou participar nas atividades de limpeza, arrumação e manutenção do seu alojamento, respetivo equipamento das instalações e equipamentos do estabelecimento prisional são apenas alguns exemplos dos deveres expressos do recluso. Concomitantemente, a cada violação de dever por parte do recluso corresponde uma infração disciplinar.

Por seu turno, o art. 7.º da Lei n.º 115/2009, 12 de Outubro estatui quais os direitos que assistem ao recluso. A título de exemplo referimos o direito à proteção de vida, saúde e liberdade de consciência; o exercício de direitos civis; a liberdade de religião; o tratamento pelo nome e reserva de reclusão; o direito ao contacto com exterior; a participação de atividades laborais, educacionais, formação e programas específicos; o acesso ao Sistema Nacional de Saúde; ou ainda, o aconselhamento jurídico por parte de advogado.

É absolutamente necessário construir uma ponte entre os direitos e deveres do recluso. O art. 3.º CEPMPL consagra-os claramente: respeito pela imparcialidade, individualização e especialização da execução da pena garantido a dignidade da pessoa humana e a obediência aos princípios fundamentais consagrados na CRP, nos instrumentos de direito internacional e nas leis.

Relativamente aos Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos ⁽²⁷⁾, Portugal sofre uma forte influência das regras adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Económico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977. Igualmente

⁽²⁷⁾ AMARAL, Diogo Freitas do - *Relatório da Comissão de estudo e debate da reforma do sistema prisional*.

importante são também os Princípios Básicos Relativos ao Tratamento dos Reclusos (Adotados pelo Sétimo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Milão de 26 de Agosto a 6 de Setembro de 1985 e endossados pela Assembleia Geral das Nações Unidas nas suas Resoluções 40/32, de 29 de Novembro de 1985, e 40/146, de 13 de Dezembro de 1985) – instrumentos estes que são fonte inspiradora do próprio CEPMPL.

Outra questão que se impõe sobre o recluso é a de saber qual é a sua realidade enquanto cumpre pena de prisão, como vive o seu mundo num mundo limitado? Bem sabemos que o CEPMPL revela preocupações em proteger e garantir direitos e deveres do recluso. Missão esta delicada visto que o recluso está invariavelmente privado de direitos tão básicos como a liberdade. Contudo, esta restrição de direitos salvaguarda-se pelo art. 18.º CRP. O n.º 2 deste preceito legal refere que “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Por isso, qualquer restrição tem de respeitar obrigatoriamente o princípio da proporcionalidade. Esta privação de direitos que é imposta ao recluso acarreta consigo a sujeição natural deste indivíduo a um poder público, contudo esta juridicidade não pode privá-lo de direitos como o direito à integridade física ou o direito de liberdade religiosa ⁽²⁸⁾.

Pese embora a privação de liberdade ter sempre o objetivo claro de reintegração do agente na sociedade, não menos importante será o acompanhamento que ao recluso é prestado pelos Serviços Prisionais, com vista à sua reinserção/readaptação à realidade que encontrará posteriormente ao final da pena. O Estado não se pode esquecer que, apesar de preso, o recluso continua a ser “portador de direitos fundamentais inerentes à condição do ser humano e sujeito de relações jurídicas de onde emergem direitos e deveres. Neste sentido, a nossa Constituição, no art. 30.º, n.º 5, determina que “os condenados a quem sejam aplicadas penas ou medidas de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as

⁽²⁸⁾ Nas palavras de Figueiredo Dias “a visão do recluso, promovida de certo modo pela cláusula da estadualidade de direito social, é agora a de uma pessoa sujeita a um mero ‘estatuto especial’, jurídico-constitucionalmente credenciado (...) e que deixa permanecer naquela a titularidade de todos os direitos fundamentais; à exceção daqueles que seja indispensável sacrificar ou limitar (e só na medida em que o seja) para realização das finalidades em nome das quais a ordem jurídico-constitucional credenciou o estatuto especial respectivo”. Assim, cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Português: As consequências jurídicas do crime*, pp. 111 – 112.

limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução”⁽²⁹⁾.

Assim, é a pena um *mal necessário* à sua reinserção e à aquisição de ferramentas sociais e psicológicas para sobreviver e viver condignamente numa sociedade igualmente cruel (ainda que de forma diferente) àquela que ficou para trás, que ficou intramuros.

Posto isto, é evidente a ingerência entre o Direito Penitenciário e os direitos fundamentais do recluso⁽³⁰⁾, ingerência essa que personifica uma “*tensão dialéctica* entre os valores constitucionais que se pretende ver definidos – já por si portadores de uma irredutibilidade intrínseca – e os direitos que se quer assegurar aos reclusos no âmbito deste estatuto especial, de onde resulta que nem se podem sacrificar em demasia os direitos fundamentais naquele âmbito nem a garantia dos direitos pode inviabilizar a função do estatuto”⁽³¹⁾. É este equilíbrio da necessidade de preservação de valores jurídico-constitucionais com a salvaguarda dos direitos fundamentais do recluso que serve de base às linhas orientadoras pelas quais se deve executar as penas privativas da liberdade.

⁽²⁹⁾ A propósito, recomenda-se a leitura do Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, pelas mãos da Relatora Fernanda Maçãs, datado de 16-10-2013, data do jornal Oficial.

⁽³⁰⁾ Neste sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda – *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, pp. 90 e ss.

⁽³¹⁾ Sobre o estatuto jurídico do recluso, cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*, pp. 168 ss., e *Novo Olhar...*, *Op. cit.*, p. 93.

Cap. II – Os fins das penas – algumas notas de síntese

Confessamos particular dificuldade em admitir o debate em torno do sistema penitenciário sem abordar o problema dos fins (*rectius*, finalidades) da pena criminal. Ora, tal não deveria ser possível porque não o é. Aqui chegados, cumpre-nos, de forma *mui* singela abordar as teorias dos fins das penas que, muito particularmente, evidenciam “as questões fulcrais da legitimação, fundamentação e função da intervenção penal estatal”⁽³²⁾. Talvez por isso, seja esta discussão também ela filosófica, porquanto alicerça os princípios e fundamentos do sistema jurídico-penal. Desta feita, procuraremos também perceber quais as exigências de prevenção referidas no art. 118.º CEPMPL e qual a sua génese.

Ao longo da evolução do sistema jurídico penal, várias teorias foram surgindo, procurando responder à questão dos fins, da finalidade da pena criminal.

I. As teorias absolutas ou da retribuição

As teorias absolutas, intimamente ligadas a uma ideia de retribuição, exprimem que a pena é uma exigência absoluta, metafísica e ética de justiça. A perspectiva do interesse social pouco importa face à exigência pura de justiça. Tal exigência só é alcançada através da pena. Esta é uma teoria vigorosamente defendida por Immanuel Kant, em que a pena representa a reparação ou a compensação pelo mal do crime. A pena retrata a resposta encontrada pelo Estado, em consequência do crime praticado, despojada de qualquer efeito social relevante (veja-se, a título de exemplo, a ressocialização). A pena existe para punir certo agente pelo facto cometido, esgotando-se aí a sua essência.

Punitur quia peccatum est ilustra a génese desta teoria absoluta: a pena criminal é o castigo, porquanto fundamenta a existência da pena unicamente no delito praticado.

A pena é a retribuição, ou seja, a compensação do mal causado pelo crime. É decorrente de uma exigência de justiça, é a punição pela transgressão do direito (teoria da retribuição).

Tal como já referido anteriormente, Kant é, aqui, a voz do idealismo alemão. Forçosamente que recuperamos aqui o exemplo apresentado por variadíssimos autores na

⁽³²⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, p. 44.

abordagem desta questão. O filósofo defendia que não pode deixar de punir-se quem quer que seja responsável por crimes que, no seio da sua comunidade, tenham sido cometidos, ainda que estivéssemos a assistir a um desmembramento da mesma e, como tal, não existiria qualquer necessidade de proteção ou pacificação da sociedade⁽³³⁾. O mesmo filósofo considerava a pena como um “imperativo categórico”, por isso que, “quando a justiça desaparece não tem mais valor que os homens vivam na terra”⁽³⁴⁾.

Na prática, pune-se porque se tem de punir, como uma exigência ética natural de justiça, abdicando-se assim de qualquer pretensão normativa, e não para prosseguir algum interesse ou utilidade social.

Como veremos, ainda que a orientação hoje predominante no nosso e em vários ordenamentos jurídicos seja no sentido da rejeição desta teoria, o princípio da culpa, que a ela está ligado, mantém-se como um dado adquirido do património jurídico-cultural. A culpa é pressuposto da pena e limite da mesma. Não há pena sem culpa e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa (ver art. 40.º, n.º 2 CP). O princípio da culpa é uma necessária decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana em que assenta a República Portuguesa, como formalmente proclama o art. 1º da Constituição.

Por vezes, a lógica retributiva surge associada à lógica da *lei de talião* (“olho por olho, dente por dente”), com a barbárie que lhe está associada e que a história do direito penal anterior ao iluminismo ilustra⁽³⁵⁾.

Analisando a doutrina penalista no nosso país e mesmo na generalidade de outros países, a maior parte dos autores rejeita esta teoria. Figueiredo Dias afirma mesmo dizendo que esta nem pode ser considerada uma verdadeira teoria dos fins das penas, visto que a pena é considerada como uma entidade independente de fins, “recusada in limine”⁽³⁶⁾.

A teoria da retribuição deve ainda ser recusada pela sua “inadequação à legitimação, à fundamentação, e ao sentido da intervenção penal”⁽³⁷⁾. Ao Estado cumpre manter direitos, liberdades e garantias dos seus cidadãos, cumpre criar e contribuir para que as condições de

⁽³³⁾ KANT, *A metafísica dos costumes*, pp. 455 e 457, apud DIAS, Jorge de Figueiredo, *Op. cit.* p. 46.

⁽³⁴⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo - *Op. cit.*

⁽³⁵⁾ Neste sentido Giorgio del Vecchio, numa frase que se tornou célebre, “que a história das penas não é menos desonrosa do que a história dos crimes”, presente no texto de PATTO, Pedro Vaz - *Os Fins das penas e a Prática Judiciária*.

⁽³⁶⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo - *Temas Básicos de Doutrina Penal*, pp. 67 e ss., bem como *Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime*, pp. 72 - 73.

⁽³⁷⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, p. 48.

vivência em sociedade sejam dignas ⁽³⁸⁾. A teoria da retribuição frustra esta ideia basilar, porquanto não se coaduna com os princípios de Estado de Direito Democrático e não assegura a proteção dos bens jurídicos essenciais ⁽³⁹⁾.

A par de Figueiredo Dias, no afastamento desta teoria, cumpre chamar à colação, a título de exemplo, Anabela Miranda Rodrigues, sendo ela própria uma voz sonante e influenciadora do não acolhimento desta teoria.

Por outro lado, surgem nomes como José de Sousa e Brito, José de Faria e Costa e A. Lourenço Martins, no acolhimento desta teoria, nomes que não devem ser esquecidos ⁽⁴⁰⁾.

II. As teorias relativas

Para as teorias relativas, a legitimidade da pena depende da sua necessidade e eficácia para evitar a prática de crimes. A pena surge como um instrumento político-criminal, não sendo despojada de sentido social-positivo. Figueiredo Dias entende que este sentido social-positivo se reflete na prevenção ou profilaxia criminal ⁽⁴¹⁾. A pena não se justifica por si mesma (“porque tem de ser”, porque é um puro imperativo de justiça), mas antes por ter uma finalidade relativa e circunstancial, uma utilidade. E essa utilidade traduz-se na circunstância de funcionar como obstáculo à prática de novos crimes. Não se castiga *porque* o agente praticou um crime, mas *para que* ele próprio, ou outros, não pratiquem crimes no futuro. Se se pretende evitar que seja o próprio agente a praticar novos crimes no futuro, estamos no domínio da prevenção especial. Se se pretende evitar que sejam outros eventuais criminosos a praticar novos crimes no futuro, estamos no domínio da prevenção geral.

⁽³⁸⁾ Recordamos, assim, o n.º 2 do art. 18.º CRP, sob a epígrafe “Força Jurídica”.

⁽³⁹⁾ Não se esgotam os argumentos para a rejeição das teorias absolutas e o âmbito de intervenção do sistema jurídico-penal é a prova disso. Não esqueçamos que a paz social é uma preocupação do nosso sistema, “a restauração da paz jurídica da comunidade afetada pelo crime”. Nas palavras de Figueiredo Dias, esta “é uma doutrina (da retribuição) puramente social-negativa (...) inimiga de qualquer tentativa de socialização do delinquente, (...) em suma, de qualquer actuação preventiva e, assim, da pretensão de controlo e domínio do fenómeno da criminalidade”.

⁽⁴⁰⁾ Neste sentido Cfr. PATTO, Pedro Vaz - *Os Fins das penas e a Prática Judiciária*, p. 4

⁽⁴¹⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, p. 49.

1. As doutrinas de prevenção geral

Começemos, então, por abordar as doutrinas da prevenção geral, desdobrando-se as mesmas em prevenção geral negativa e prevenção geral positiva.

Enquanto prevenção geral, a pena pretende atuar sobre a sociedade, afastando eventuais criminosos da prática de crimes. Este afastamento é realizado através da ameaça penal, prevista na lei, da realidade da sua aplicação e da efetividade da sua execução ⁽⁴²⁾.

1.1 - As doutrinas de prevenção geral negativa

Na *prevenção geral negativa ou de intimidação*, a pena atua na sociedade como um alerta para que outros eventuais criminosos não cometam aquele crime (ou, pelo menos, se sintam intimidados a fazê-lo), porque vislumbram no agente do crime o sofrimento provocado pela pena e, desta forma, poderão sentir-se receosos, o que os levará a não cometer factos puníveis. A pena funciona como exemplo que pretende dissuadir (intimidando) os potenciais criminosos ⁽⁴³⁾.

É evidente que o fator que pode demover, nesta perspetiva, um potencial homicida, não será tanto a probabilidade de a sua condenação ser de oito ou dezasseis anos, mas de ser, ou não, efetivamente condenado. Também não será linear acreditarmos que a anteceder a prática de um crime estará sempre presente uma ponderação racional. Como bem sabemos, o ser humano é bastante primitivo em certos momentos, permitindo vir à tona qualquer impulso momentâneo, alheio a qualquer ponderação racional de vantagens e inconvenientes futuros. E isso sucede, frequentemente, em crimes graves, como o de homicídio. Quer-se com isto dizer que não será, certamente, o medo da pena (por mais severa que seja) a demover o agente de cometer o crime.

Por outro lado, cremos que não será viável um qualquer sistema jurídico alicerçado, fundamentalmente, na intimidação. Não será viável, atendendo ao nosso sistema jurídico-penal e os mais princípios basilares do Estado de Direito Democrático, recuperando assim os artigos iniciais da CRP.

De uma forma geral, as pessoas respeitam as leis, não cometem crimes, não por terem medo dessas mesmas consequências legais, mas sim por razões éticas e educacionais. Como

⁽⁴²⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo - *Op. cit.*, p. 50.

⁽⁴³⁾ CARVALHO, Américo Taipa de - *Direito Penal, Parte Geral - Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, pp. 64 e 66. Neste sentido, ver também DIAS, Jorge de Figueiredo, *Op. cit.*, pp. 50 – 51.

pode um Estado de Direito Democrático exigir que os seus cidadãos se comportem numa linha de adequação ética, se os pretende orientar pela intimidação ⁽⁴⁴⁾?

1.2 - As doutrinas de prevenção geral positiva

Ao contrário da prevenção geral negativa, a *prevenção geral positiva* dirige-se aos cidadãos que confiam na validade da ordem jurídica, a maioria que, ainda há pouco, não cometia crimes por razões éticas e educacionais. Pretende-se, assim, reforçar a consciência comunitária quanto à validade da ordem jurídica. Diante da violação da ordem jurídica, a consciência jurídica comunitária poderá ficar abalada e, se o sistema jurídico-penal não reagir, fechando os olhos a tal violação, tal confiança será posta em causa. A teoria da prevenção geral positiva ou de integração pretende afastar qualquer descrédito que a sociedade possa sentir em relação ao sistema jurídico-penal, caso este seja, de certa forma, benevolente com a violação e não proteção de bens jurídicos. É objetivo claro proteger a relevância do bem jurídico atingindo pela prática do crime.

À luz da teoria da prevenção geral positiva, a pena é aplicada de forma justa e adequada à culpa, isto porque a culpa é o pressuposto e o limite da pena e não o seu fundamento, ao contrário do que sucede na perspectiva retributiva. Como tal, à teoria da prevenção geral positiva não poderá ser dirigida a crítica que era dirigida à teoria da prevenção geral negativa ou da intimidação, a qual permitiria a instrumentalização da pessoa em nome de interesses sociais e puniria segundo critérios utilitários sacrificando considerações de justiça e de adequação à culpa concreta do agente ⁽⁴⁵⁾.

A teoria da prevenção geral positiva repercute-se na doutrina portuguesa contemporânea, dos quais Figueiredo Dias e Anabela Miranda Rodrigues são autores com uma grande expressão.

A culpa é condição necessária da aplicação da pena, mas não a sua condição suficiente. Fala-se, assim, em princípio unilateral da culpa, por contraposição ao princípio bilateral da culpa. O n.º 2 do art. 40.º CP estatui que a pena não pode, em caso algum, ultrapassar a medida da culpa. Assim, não pode haver pena sem culpa, ainda que possa haver culpa sem pena ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ A eminente dignidade da pessoa, segundo o entendimento de Figueiredo Dias, corre seriamente o risco de sair fragilizada, quando aplicada a doutrina da prevenção geral negativa, descambando num “direito penal do terror absolutamente desproporcional”. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo *Op. cit.*, p. 53.

⁽⁴⁵⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos de Doutrina Penal*, pp. 77 e 78.

⁽⁴⁶⁾ Veja-se, a este respeito, o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra - 71/11.4GCALD, de 11/09/2013: “Além disso, a culpa enquanto juízo de censura inevitavelmente decorrente da dignidade da pessoa humana (artigo

Não menos importante é a referência merecida ao art. 70.º CP, onde claramente percebemos que “se ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa de liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”. De certa forma, encontramos nesta redação a função pedagógica que já apontámos aqui, reconhecida à pena, pela teoria da prevenção geral positiva ou de integração.

2. As doutrinas de prevenção especial

As doutrinas de prevenção especial ou individual caracterizam-se pela ideia de que a pena é um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delincente, com o fim de evitar que, no futuro, ele cometa novos crimes⁽⁴⁷⁾. Estas teorias têm, assim, a sua atenção direcionada para o agente da prática do facto ilícito.

Passaremos, assim, a explicar a sua vertente negativa e positiva, descrevendo de que forma esta prevenção individual poderia ser operacionalizada.

2.1 - As doutrinas de prevenção especial negativa

A teoria da *prevenção especial negativa ou de neutralização* traz consigo vários argumentos, desde logo, a tentativa de intimidação individual. Assim, a pena surgiria com o objetivo claro de assustar, amedrontar o agente do crime até ao ponto em que ele não cometeria mais crimes no futuro.

Por outro lado, autores há que defendem a separação ou segregação do delincente, procurando atingir-se a neutralização da perigosidade social do agente.

Ora, todas estas perspetivas partilham um mesmo objetivo: a prevenção da reincidência.

Na verdade, a prevenção da reincidência é o mesmo fruto obtido pelas árvores da prevenção especial negativa e positiva. A raiz e o caule, a forma como contribuem para o desabrochar do fruto é o que as distingue.

1º da Constituição da República Portuguesa) funciona, não como pressuposto, mas como fundamento e limite inultrapassável da medida da pena.”

⁽⁴⁷⁾ Ver DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, p. 54.

Há a considerar, ainda, que um juízo sobre a probabilidade de o agente vir a cometer crimes no futuro é, no mínimo, incerto. Pode dizer-se que é justificável punir por causa do crime cometido, mas não por aqueles que possam vir a ser cometidos.

2.2 - As doutrinas de prevenção especial positiva

As doutrinas da *prevenção especial positiva* assumem, como já deixamos escapar, uma posição diferente face ao propósito de prevenção da reincidência. A pena visa a *regeneração*, a *reeducação*, a *ressocialização* ou *reinserção social* do agente, pretendendo-se assim a recuperação do agente do crime, por forma a que não volte a cometer outros crimes no futuro.

Todas estas expressões podem ser diferentes caras da mesma moeda, de acordo com o seu autor e respetiva corrente adotada, sendo a regeneração ou reeducação fruto da doutrina correcionalista ⁽⁴⁸⁾. São, também elas, expressões utilizadas na Constituição Italiana ⁽⁴⁹⁾. A reinserção social ou ressocialização são, por seu turno, resultado de doutrinas mais recentes, de acordo com *Nouvelle Defense Sociale* ⁽⁵⁰⁾.

Ora, nesta linha, esclarece o n.º 1 do art. 42.º CP que “a execução da pena de prisão (...) deve orientar-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes”. Esta teoria permite reeducar ou ressocializar o agente do crime, no sentido em que, mais do que a severidade da pena (que importa, naturalmente, aferir) permite-nos atuar ao nível da prevenção da reincidência. Todavia, não deixa de ser importante referir a possibilidade do agente do crime, não se revelar “carente de socialização”, no sentido em que pela decorrência da sua vida quotidiana não mostra necessidade em ser reintegrado na sociedade, porque já o está.

Este é um ponto frágil desta teoria, reconhecendo que a teoria da prevenção especial positiva, *per se*, poderá não ser o ponto de reбуçado na resolução do problema sobre os fins da pena criminal. Porém, mesmo nos casos em que a socialização não seja necessária, a função do direito penal, no sentido de tutela dos bens jurídicos e defesa social, continua a ser cumprida.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, entendemos que este encontra cabimento na teoria da prevenção especial positiva, desde que esta seja concretizada livre de

⁽⁴⁸⁾ Neste sentido, SILVA, Sandra Oliveira e - *Liberdade Condicional no Direito Português*: breves notas. p. 354, nota (12).

⁽⁴⁹⁾ Constituição da República Italiana, art. 27.º “As penas não podem comportar tratamentos contrários ao senso de humanidade e devem visar à reeducação do condenado.”, 1947.

⁽⁵⁰⁾ ANCEL, Marc - *La Defense Sociale Nouvelle, Un Mouvement de Politique Criminelle Humaniste*, Paris, 1981, e, sobre esta e outras doutrinas, Jean-Hervé Syr. *Punir et Réhabiliter*, Paris, 1990. *Apud* PATTO, Pedro Vaz - *Os Fins das penas e a Prática Judiciária*, nota (40).

qualquer posição ou tratamento coativo. Correríamos seriamente o risco de violar a CRP, na aceção dos arts. 1.º e 25.º, se assim não fosse.

3. As teorias mistas ou unificadoras

Recorda-nos Figueiredo Dias que há ainda a considerar um outro grupo de teorias dos fins das penas, teorias essas que combinam ideias retributivas e ideias preventivas ou teorias repletas de conceitos unicamente preventivos.

3.1 – Teorias que combinam retribuição e prevenção

Aqui surgem dois tipos de teorias dos fins das penas: a pena retributiva no seio da qual procura dar-se realização a pontos de vista de prevenção, geral e especial e, ainda, a pena preventiva através de justa retribuição. Ora, ambas as teorias recuperam conceitos já aqui explorados. Nestas teorias, a pena existe como retribuição da culpa e subsidiariamente como instrumento de intimidação da generalidade e ainda de ressocialização do agente.

Neste âmbito, surge ainda o conceito de *teoria diacrónica* dos fins das penas. Primeiramente a pena é vista como instrumento de prevenção geral, mas aquando da sua aplicação passaria a ser vista como um instrumento retributivo, e na sua execução efetiva, por fim, ela visaria predominantemente fins de prevenção especial.

Figueiredo Dias afirma claramente que este conjunto de teorias são inaceitáveis, desde logo porque recuperam aquilo que há muito desprezamos: a culpa do agente não constitui finalidade da pena ⁽⁵¹⁾.

3.2 – Teorias da prevenção integral

Como o próprio nome indica, este grupo de teorias exclui completamente qualquer ideia retributiva, dando prevalência apenas à prevenção, geral e especial, daí falar-se em prevenção integral. Contudo, tal conceção é igualmente recusada por Figueiredo Dias. Estas teorias abandonam por completo o pensamento e o princípio da culpa. Bem sabemos que a culpa é

⁽⁵¹⁾ Para o devido conhecimento acerca do tema, recomenda-se a leitura de DIAS, Figueiredo, *Op. cit.*, pp. 60 – 62.

pressuposto da pena e limite inultrapassável da mesmo, por isso, necessariamente que repudiamos esta teoria por ser despojada de qualquer pensamento e princípio da culpa ⁽⁵²⁾.

4. Conclusão

Aqui chegados, cumpre-nos tecer algumas considerações finais acerca da problemática dos fins das penas. Assim, rejeitamos qualquer ideia retributiva e centramo-nos, apenas, na prevenção geral e especial. Chamamos à colação, uma vez mais, a CRP que estatui através do seu art. 18.º que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente previstos. Bem sabemos que a pena representa uma restrição de direitos, desde logo, o direito à liberdade. Esses direitos só podem ser restringidos na estrita medida do que se revele ser necessário.

Assim, apontamos à pena finalidades de prevenção geral e também finalidades de prevenção especial. Ambas devem coexistir, prevenindo sempre a prática de futuros crimes.

Aderindo, com a devida vénia, ao pensamento de Figueiredo Dias, a prevenção geral positiva ou de integração deverá ser o ponto de partida nesta discussão, porquanto protege a paz e bens jurídicos afetados pelo crime, contribuindo para o seu restabelecimento ⁽⁵³⁾.

Contudo, a prevenção geral positiva não é capaz de apontar a medida da pena ⁽⁵⁴⁾ em concreto, mas sim uma baliza, comumente designada por moldura de prevenção. A moldura da prevenção pretende abarcar como *limite máximo* a tutela dos bens jurídicos e como *limite mínimo* a defesa do ordenamento jurídico.

Posto isto, serve a prevenção especial agora convocada para determinar a medida da pena e, de certa forma, complementar a atuação da prevenção geral positiva.

No que a esta questão diz respeito, recordamos o duto entendimento de Figueiredo Dias, acompanhado de Anabela Miranda Rodrigues.

⁽⁵²⁾ DIAS, Figueiredo - *Op. cit.*, pp. 62 – 64.

⁽⁵³⁾ ALCÁCER Guirao, Protecção de bens jurídicos ou protecção da vigência do ordenamento jurídico? RPCC 15, 2005, p. 511 (p.554), *apud* DIAS Figueiredo, *Op. cit.*, p. 80.

⁽⁵⁴⁾ Recuperando novamente o art. 40.º do nosso CP, constatamos que na doutrina há quem considere que a pena não é apenas o pressuposto e limite da pena, mas também o seu fundamento. Entendimento defendido por José de Sousa Brito e José de Faria Costa.

Cap. III - A modificação da execução da pena de prisão

I. A modificação da execução da pena de prisão e institutos afins

Em momento prévio à análise a que nos propomos fazer acerca da natureza jurídica e respetivo regime da MEP, importa salientar a destrição inerente à problemática entre a modificação da execução (e as suas respetivas modalidades) e o regime de permanência na habitação.

A Lei n.º 94/2017, de 23 de Agosto introduziu várias alterações, extinguindo as penas de substituição detentivas. Até então eram conhecidas três penas de substituição detentivas: a) prisão por dias livres, b) regime de semidetenção⁽⁵⁵⁾ e c) o regime de permanência na habitação⁽⁵⁶⁾. Esta lei supriu a prisão por dias livres e o regime da semidetenção, contudo o regime de permanência na habitação ressurgiu como “uma forma (um meio) de execução da pena de prisão”⁽⁵⁷⁾. Através de uma leitura atenta do art. 43.º CP facilmente compreendemos que a aplicação deste regime carece de uma premissa fundamental, a pena de prisão efetiva aplicada ao condenado não pode ser superior a dois anos. Assim “sempre que o tribunal concluir que por este meio se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da execução da pena de prisão e o condenado nisso consentir, são executadas em regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância” as penas de prisão elencadas no n.º 1 do art. 43.º CP. Por ser uma forma de execução da pena de prisão, o art. 43.º CP contrapõe-se à alínea b) do n.º 1 do art. 120.º CEPMPL, sendo este último preceito legal não uma forma de execução da pena de prisão, mas sim uma modalidade do instituto da modificação, previsto no art. 118.º e ss. CEPMPL.

Contudo, e como veremos adiante, são duas as modalidades da MEP: a) o regime de permanência na habitação e b) o internamento do condenado em estabelecimento de saúde ou de acolhimento adequado. Se por um lado, começámos por distinguir formas diferentes do regime de permanência na habitação, quanto ao internamento previsto no art. 120.º CEPMPL cumpre-nos também chamar à colação os arts. 104.º, 105.º e 106.º CP. Neste regime, é denominador comum o agente padecer de anomalia psíquica. Ao passo que o legislador não

⁽⁵⁵⁾ Por não se tratar de um tema objeto do presente estudo, mas com relevante interesse para uma melhor compreensão da temática a que nos propusemos tratar, *vide* DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime*, pp 390 – 397, sobre os pressupostos e regime da pena de prisão por dias livres, bem como do regime de semidetenção.

⁽⁵⁶⁾ ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas de Segurança*, p. 32

⁽⁵⁷⁾ ANTUNES, Maria João - *Op. cit.*, p. 33

utiliza, intencionalmente, esta expressão no regime previsto no CEPMPL. Esta diferença converge, uma vez mais, no facto de à al. a) do n.º 1 do art. 120.º corresponder uma vertente de MEP, contrariamente ao internamento previsto no CP, que surge como “medida de diversão na execução da pena”⁽⁵⁸⁾. Ainda um ponto diferencial entre ambos os internamentos diz respeito à necessidade ou não de consentimento do visado. No regime do CP, e segundo o entendimento de Figueiredo Dias o consentimento “deve considerar-se implícito” e, como tal, nada é questionado ao agente, ao contrário da obrigatoriedade que se verifica na modalidade de modificação da execução da pena em análise, tal como consta do art. 119.º CEPMPL.

II. Análise da disciplina legal

Regressemos assim à modificação da execução da pena privativa da liberdade, que visa, não só, mas também, a reinserção do agente na sociedade. Assim, a finalidade da punição passará por conduzir o recluso condenado a um modo de vida socialmente responsável, de forma a que o mesmo, quando colocado em liberdade, não incorra em nova conduta ilícita criminal. Os arts. 2.º e 3.º CEPMPL personificam este pensamento, demonstrando que os princípios gerais e orientadores da execução da pena, agem em consonância com o n.º 1 do art. 40.º e art. 42.º, ambos do CP.

Os direitos e deveres do recluso, bem como o respeito pelo cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, e pelos demais princípios fundamentais consagrados na CRP, justificam a medida prescrita pelo art. 118.º CEPMPL. A MEP de reclusos portadores de doença grave, evolutiva e irreversível ou de deficiência grave e permanente ou, ainda, de idade avançada visa obstar à degradação do estado sanitário do condenado e, consequentemente, impedir o surgimento de grave dano à sua saúde, à integridade física ou mesmo à vida do condenado. Aliás, citando Joaquim Boavida, “nenhum outro instituto enfatiza melhor a questão essencial do fundamento, necessidade e razoabilidade da execução da pena de prisão”⁽⁵⁹⁾. A MEP, à luz do art. 118.º do CEPMPL assenta no respeito pela dignidade da pessoa humana⁽⁶⁰⁾,

⁽⁵⁸⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Op. cit.*, p. 609. A propósito do internamento de imputáveis portadores de anomalia psíquica, leia-se ANTUNES, Maria João – “*O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis*”, pp. 84 e ss.

⁽⁵⁹⁾ BOAVIDA, Joaquim - *A Flexibilização da Prisão*, p. 243.

⁽⁶⁰⁾ Neste sentido, Joaquim Boavida recupera o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, onde pode ler-se no art. 10.º: “Todos os indivíduos privados da sua liberdade devem ser tratados com humanidade e com respeito da dignidade inerente à pessoa humana”. As razões de ordem humanitária encontram também proteção na Carta Dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nomeadamente, nos arts. 1.º e 3.º.

assenta em razões de cariz humanitário e mostra que a execução da pena de prisão “não pode ser vista como um deserto de valores” ⁽⁶¹⁾. Contudo, a existência deste instituto não deve, jamais, conflitar com os arts. 32.º ⁽⁶²⁾ e ss. deste diploma legal.

1. Pressupostos

Como bem sabemos, a execução da pena de prisão respeita a personalidade e os direitos do recluso, mantendo este a titularidade dos seus direitos fundamentais ⁽⁶³⁾.

O estudo a que nos propomos de forma *mui* singela não esquece a complexidade do Direito Penitenciário e as suas evoluções, contudo, iremos atender especialmente ao art. 118.º do CEPMPL e de que forma este instituto salvaguarda medidas de prevenção geral e especial.

Ora, a saúde é um direito que assiste ao recluso e, em boa verdade, dificilmente encontraríamos altura mais pertinente para abordar o tema. Atualmente, Portugal e o mundo vêem-se obrigados a lutar contra um inimigo invisível, o vírus SARS-COV-2. A pandemia que presenciamos obrigou a diversas alterações em ambiente prisional. Contudo, este será um tema do qual nos ocuparemos mais adiante, tendo por base a legislação concretizada para o efeito.

Assim, recuperando o benefício apresentado pelo art. 118.º do CEPMPL, reconhecemos com especial agrado que o mesmo não surgiu com a Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, antes pelo contrário, já se encontrava anteriormente previsto na Lei n.º 36/96, de 29 de Agosto, naturalmente revogada. Desta feita, o “recluso condenado” pode ver a execução da sua pena de prisão modificada, caso preencha os requisitos estabelecidos pelo art. 118.º.

Antes mesmo de mergulharmos no âmago deste artigo, cumpre referir que o recurso a esta medida se dá, tão só, no momento em que estejamos perante situações excecionais e nas quais, por consequência da degradação do estado sanitário do condenado, a manutenção da execução da pena de prisão acarreta ao recluso grave dano à saúde, à integridade física ou

⁽⁶¹⁾ BOAVIDA, Joaquim – *Op. cit.*, p. 244,

⁽⁶²⁾ O CEPMPL garante ao recluso o acesso a cuidados de saúde, cuidados esses assegurados em condições idênticas às dos restantes cidadãos, isto porque a saúde é um direito do recluso, previsto na alínea a) do n.º 1 do art. 7.º deste mesmo diploma legal.

⁽⁶³⁾ O art. 6.º do CEPMPL refere expressamente que “o recluso mantém a titularidade dos direitos fundamentais, salvo as limitações inerentes ao sentido da sentença condenatória”.

mesmo à vida, limitando a sua dignidade enquanto pessoa, valor que sustenta a República Portuguesa ⁽⁶⁴⁾.

O art. 118.º do CEPMPL prevê a MEP para situações comprovadamente débeis. Apenas permite a possibilidade de modificação a indivíduos que se encontrem gravemente doentes, com patologia evolutiva e irreversível e já não respondam às terapêuticas disponíveis (al. a); pode também beneficiar deste instituto o indivíduo portador de grave deficiência ou doença irreversível que, de modo permanente, obrigue à dependência de terceira pessoa e se mostre incompatível com a normal manutenção em meio prisional (al. b); e, por fim, pode ainda beneficiar o recluso com idade igual ou superior a 70 anos e o seu estado de saúde, física ou psíquica, ou de autonomia se mostre incompatível com a normal manutenção em meio prisional ou afete a sua capacidade para entender o sentido da execução da pena (al. c). Portanto, caso o recluso se enquadre numa das alíneas elencadas pode o próprio, ou pessoa a quem a lei atribui essa legitimidade ⁽⁶⁵⁾, requerer a modificação da execução da pena de prisão.

Relativamente à al. a), não basta que a doença alegada em requerimento próprio seja só grave ou só irreversível ou só evolutiva. É necessário que seja grave, evolutiva e irreversível e já não responda às terapêuticas disponíveis. É obrigatório a convergência destas características, precisamente porque o instituto da MEP assenta na ideia de que, naquelas condições, a manutenção do recluso doente em meio prisional tornar-se-á altamente complicada e, eventualmente, impossível. É assim acionado um princípio humanitário e permite-se ao recluso, a quem não é dada esperança que sobreviva à doença, aguardar em casa o desfecho fatal. A impossibilidade está diretamente associada à prestação de cuidados médicos adequados e de qualidade. O ser humano, que no momento veste a pele de recluso, ao enquadrar-se na al. a) do art. 118.º terá, necessariamente, um acompanhamento médico muito complexo de prestar em meio prisional. Não só releva a dificuldade no acompanhamento médico como também o agravamento do estado de saúde físico e psíquico do recluso, caso este se mantenha no estabelecimento prisional. Por outras palavras, questionamos, inevitavelmente, o sofrimento que é imputado ao recluso através da obrigatoriedade da vivência intramuros. Esta vivência, de entre as várias finalidades da pena, cumpre claramente também a sua finalidade punitiva. Esta

⁽⁶⁴⁾ Neste sentido veja-se a decisão de deferimento da MEP, proferida pelo Tribunal de Execução das Penas do Porto, no âmbito do processo: 462/17.7TXPRT-A.

⁽⁶⁵⁾ O CEPMPL atribui legitimidade para requerer a modificação da execução da pena ao próprio condenado, a cônjuge ou pessoa com quem mantenha relação análoga à dos cônjuges, ou familiar e, ainda, ao Ministério Público. Este último age officiosamente ou através de proposta fundamentada do diretor do estabelecimento prisional, de acordo com o estatuído pelo art. 216.º. Também de recordar que, em requerimento interposto por pessoa diferente do recluso, mas prevista no art. 216.º, a lei exige, nestes termos, o consentimento do recluso, ainda que presumido, n.º 1 do art. 119.º. Tal requerimento não obedece a quaisquer requisitos de forma.

punição é reconhecida e aceite na sociedade. Contudo, ao retirarmos ao condenado a sua liberdade, jamais nos poderíamos permitir enquanto Estado de Direito não assegurar os seus direitos mais elementares, como são exemplos o direito à saúde e o direito à vida. A MEP tem como função comprovar que não mantemos reclusos em estabelecimentos prisionais, unicamente e exclusivamente, para sofrerem e serem depositados à sua sorte, ou melhor, ao azar da sua doença.

Por seu turno, a al. b) reforça a ideia sobre a difícil manutenção do recluso doente em meio prisional, mas traz consigo também uma nova premissa: a dependência de terceira pessoa. É certo que são dois vetores quase inseparáveis visto que se o recluso necessitar de uma terceira pessoa nas tarefas mais elementares de locomoção, alimentação ou higiene diária, tal logística não pode ser conciliável com os afazeres e a vivência diária dentro de um estabelecimento prisional, até porque, a patologia associada ao indivíduo será permanente e não meramente temporária.

Por último, a al. c) debruça-se numa problemática interessante: a idade do recluso. Se é verdade que a idade cronológica não é um marcador preciso das alterações que acompanham o processo de envelhecimento ⁽⁶⁶⁾, não podemos negar que também a idade avançada acarreta consigo a perda natural de várias faculdades. A al. c) aplica-se assim ao recluso idoso que por limitações cognitivas não consegue entender o sentido da pena ⁽⁶⁷⁾.

2. Decisão e execução da medida

O TEP analisa a pretensão do recluso condenado, sopesando as exigências de prevenção e de ordem e paz social, podendo este tribunal decidir não aplicar a modificação da execução da pena, caso estes pressupostos não estejam assegurados.

O instituto da MEP concretiza-se através de duas modalidades: o internamento em estabelecimento de saúde ou de acolhimento e, ainda, o regime de permanência na habitação. O n.º 2 do art. 120.º CEPMLP permite que, ao ser aplicado uma destas duas modalidades, o indivíduo possa estar sujeito a medidas de fiscalização por meios técnicos de controlo à distância. O deferimento de tal aplicação depende não só de pareceres médicos, mas também

⁽⁶⁶⁾ BOAVIDA, Joaquim - *Op. cit.*, p. 246.

⁽⁶⁷⁾ BOAVIDA, Joaquim - *Op. cit.*, p. 246.

dos serviços de reinserção social – 120.º/2/*in fine* ⁽⁶⁸⁾. O diretor do estabelecimento prisional emite um relatório relativo ao cumprimento da pena e à situação do condenado, enquanto que o relatório dos serviços sociais se debruça sobre a avaliação do enquadramento familiar e social do condenado e das concretas possibilidades de internamento ou de permanência em habitação e da compatibilidade da modificação da execução da pena com as exigências de defesa da ordem e da paz social. Aquando do requerimento interposto na pessoa do recluso ou outra com a reconhecida legitimidade, o mesmo deve prestar a informação elencada no art. 4.º da Lei n.º 33/2010, de 2 de Setembro, lei essa que regula os meios técnicos de controlo à distância (Vigilância eletrónica). Assim, a aplicação da vigilância eletrónica depende também do consentimento do recluso.

3. Em especial, a vigilância eletrónica

A fiscalização por meios técnicos de controlo à distância ou, por outras palavras, a vigilância eletrónica pode ser efetuada através de diversas formas, tal como nos indica a Lei n.º 33/2010, de 2 de Setembro. Sobre este tema, recordemos a Resolução do Conselho de Ministros n.º 144/2004, de 30 de Janeiro. Um dos objetivos claros da aplicação deste tipo de medidas de controlo à distância prende-se com o índice elevado de sobrelotação prisional e, como tal, o uso destas medidas contribui, em larga escala, para a tentativa de diminuição deste mesmo índice.

A Lei n.º 122/99, de 20 de Agosto, revogada pela Lei n.º 33/2010, de 2 de Setembro, veio regulamentar a utilização da vigilância eletrónica. A Resolução do Conselho de Ministros já aqui elencada revela que estas medidas de vigilância eletrónica foram, primeiramente, pensadas e aplicadas no âmbito de medidas de coação. Contudo, assistimos a um alargamento do seu âmbito de aplicação, fruto do elevado sucesso em que as medidas de vigilância eletrónica se tornaram. Aliás, a dita Resolução refere que a vigilância eletrónica “demonstrou ser uma solução com excelentes níveis de operacionalidade e eficácia e com uma elevada taxa de sucesso, os seus custos revelaram-se substancialmente inferiores aos do sistema prisional e provou constituir uma real alternativa à prisão preventiva, evitando-a ou substituindo-a, na

⁽⁶⁸⁾ Ainda, de acordo com o n.º 3 do art. 120.º CEPMP, independentemente da modalidade aplicada à MEP, o tempo pelo qual esta durar é tido em conta para efeitos de cumprimento da pena, não podendo esta baliza temporal exceder o tempo que ao condenado falte cumprir.

esmagadora maioria dos casos em que os magistrados decidiram a sua aplicação, contribuindo assim para uma redução do número de presos preventivos em Portugal”.

Atendendo a tais circunstâncias, levantaram-se vozes sobre a possibilidade de aplicação de medidas de vigilância eletrónica também em fase de execução das penas, “desta forma acolhendo uma das recomendações contidas no relatório que a Comissão para o Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional apresentou ao Governo e que se considera necessário pôr em prática. No mesmo sentido, aliás, aponta não só a Recomendação R (99) 22, do Conselho da Europa, de 30 de Setembro, mas também o relatório da visita a Portugal do Comissário dos Direitos Humanos, Álvaro Gil-Robles, o qual sugere, genericamente, o desenvolvimento de novas medidas alternativas a fim de reduzir a população prisional”⁽⁶⁹⁾.

O art. 43.º CP espelha a importância inquestionável que a vigilância eletrónica assume no sistema jurídico-penal português, permitindo que penas de prisão até 2 anos possam ser executadas em regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância. Apesar de ao regime de permanência na habitação, previsto no art. 43.º CP e à modalidade de MEP, prevista na alínea b) do n.º 1 do art. 120.º CEPMPL corresponderem problemáticas diferentes, ambas as previsões legais comprovam a importância da vigilância eletrónica, contribuindo para uma redução da elevada taxa de encarceramento em Portugal, ainda que não seja, de todo, este o objetivo do instituto da modificação da execução da pena de prisão. A par deste resultado bastante positivo, a vigilância eletrónica favorece, ainda, “a manutenção de vínculos de pertença e os processos de reinserção social”. Percebe-se, após leitura atenta da Resolução de Conselho de Ministros, o esforço promovido pelo Governo de então em criar um pacote de medidas legislativas, administrativas, regulamentares e técnico-operativas, no sentido de fornecer as capacidades necessárias ao Instituto de Reinserção Social⁽⁷⁰⁾, promovendo-se assim o desenvolvimento da aplicação da vigilância eletrónica.

Uma das medidas primordiais foi, naturalmente, aperfeiçoar a legislação única sobre a matéria, a Lei n.º 122/99, de 20 de Agosto. Concomitantemente, não se perdia de vista a generalização da vigilância eletrónica no âmbito da execução de penas privativas da liberdade, indo para além do propósito inicial, a aplicação da fiscalização por meios técnicos de controlo à distância no âmbito das medidas de coação. Assim, a vigilância eletrónica começava a ser pensada como alternativa a penas de prisão de curta duração ou até enquanto antecipação da

⁽⁶⁹⁾ Resolução do Conselho de Ministros n.º 144/2004, publicado em Diário da República n.º 254/2004, Série I-B de 2004-10-28.

⁽⁷⁰⁾ Hoje assistimos a uma nova denominação e, conseqüentemente, agregação: a Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, doravante designada DGRSP.

liberdade condicional. Nos dias que correm, a vigilância eletrónica é um pressuposto fundamental na tomada de várias decisões, estejamos nós numa fase “pré-sentencial” ou na fase de execução da pena de prisão. Neste sentido basta-nos atentar ao art. 1.º da Lei n.º 33/2010, de 2 de Setembro, que refere taxativamente as situações em que é possível a aplicação de medidas técnicas de controlo à distância.

Atendendo ao caso em concreto, a fiscalização por meios técnicos de controlo à distância “só se justifica se as exigências de prevenção especial ainda assumirem alguma relevância. Não é ordenada como mera forma de controlar o dia-a-dia do condenado, mas de diminuir o risco de reincidência. Se tal risco for negligenciável ou diminuto, carece de fundamento a submissão do condenado a meios técnicos de controlo à distância”⁽⁷¹⁾.

Todavia, tal instituto não permanece imutável no tempo. Depois de aplicado pode ser revogado, caso o recluso infrinja os deveres resultantes da MEP, cometa crime pelo qual venha a ser condenado ou, ainda, exista alteração dos pressupostos da aplicação da forma de flexibilização. Contudo, bem sabemos que tal revogação não é desejável visto que o regresso à prisão deve ser visto como uma *extrema ratio*, solução de último recurso, não sendo possível a substituição da modalidade aplicada ou de reforço da fiscalização⁽⁷²⁾.

4. A impugnação da decisão

A decisão acerca da MEP é passível de recurso, nos termos do disposto no art. 235.º, conjugado com o n.º 1 do art. 222.º, ambos do CEPMPL. Concluimos assim que nem todas as decisões proferidas no apenso da MEP admitem recurso. Apenas são recorríveis as decisões de concessão, recusa ou revogação da modificação. Todas as demais decisões são irrecorríveis⁽⁷³⁾.

Relativamente à necessidade de apreciar a liberdade condicional em caso de MEP, recorde o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, no âmbito do Processo 239/15.4TXCBR-C.C1, datado de 25 de Janeiro de 2017. O Acórdão analisa a concessão da liberdade condicional ao condenado abrangido pela modalidade de permanência na habitação, anteriormente concedida no processo de MEP. O referido Acórdão demonstra perspectivas

⁽⁷¹⁾ BOAVIDA, Joaquim – *Op. cit.*, p. 252. Ainda que o não seja aplicada ao recluso a fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, ou que o seja, recaem sobre o indivíduo certos deveres fixados pelo Tribunal de Execução das Penas, estatuídos no art. 121.º CEPMPL.

⁽⁷²⁾ BOAVIDA, Joaquim - *Op. cit.*, p. 253.

⁽⁷³⁾ BOAVIDA, Joaquim - *Op. cit.*, p. 255.

antagónicas face à concessão da liberdade condicional a um condenado que se encontre em regime de permanência na habitação, à luz da alínea b) do n.º 1 do art. 120.º CEPMPL. Nas palavras do Ministério Público “não pode ser libertado quem não está preso”.

Ora, tal premissa constitui uma interpretação bastante restritiva dos pressupostos do instituto da liberdade condicional. Sabemos de antemão que qualquer interpretação restritiva de direitos, liberdades e garantias do recluso só poderá ter por base lei expressa. Verificamos que nenhuma expressão legislativa acolhe ou sustenta a visão do Ministério Público. Aliás, basta recordarmos o n.º 3 do art. 120.º CEPMPL, que nos diz “O tempo de duração do internamento ou do regime de permanência em habitação é considerado tempo de execução da pena, nomeadamente para efeitos de liberdade condicional”. Da leitura atenta desta norma retiramos, necessariamente, o corolário de que é admissível a concessão de liberdade condicional a quem, através de processo de MEP, esteja a cumprir pena de prisão em regime de permanência na habitação. Bem sabemos igualmente que o processo de concessão da liberdade condicional a acontecer nestes termos nunca poderia realizar-se sem as necessárias adaptações. Estas adaptações dizem respeito, nomeadamente, ao relatório previsto pela alínea a) do n.º 1 do art. 173.º CEPMPL ⁽⁷⁴⁾.

O Acórdão já aqui identificado refere ainda que “se a modificação da execução da pena não pode constituir vantagem para o condenado, pois decorre da verificação de situações limite ligadas ao estado de saúde e autonomia e tem subjacente ideais humanitários, também não poderá constituir fundamento de discriminação negativa, no caso de sobrevivência aos marcos temporais relevantes, tornando mais gravosa a execução da pena ao amputá-la das fases de apreciação da possibilidade de concessão de liberdade condicional”. Assim, a liberdade condicional não pode ser vista como sendo um instituto estático, mas sim um reflexo do que foram e são as várias alterações no Direito Penitenciário e na forma de execução de uma pena de prisão.

Destarte, chegados à decisão sobre a concessão da liberdade condicional, caso esta seja concedida, a MEP torna-se, supervenientemente inútil ⁽⁷⁵⁾. Sabemos, até porque o CEPMPL o menciona, que as modalidades em que a MEP se realiza podem ser acompanhadas de meios técnicos de fiscalização à distância. Ora, o instituto da liberdade condicional, por regra, não é

⁽⁷⁴⁾ Assim, passa a ser realizado um único relatório, contendo todos os pontos inicialmente abordados pelo n.º 1 do art. 173.º CEPMPL, veja-se BOAVIDA, Joaquim - *Op. cit.*, p. 257.

⁽⁷⁵⁾ BOAVIDA, Joaquim - *Op. cit.*, p. 257.

acompanhado de qualquer meio de controlo, apenas contempla o indivíduo condenado ao cumprimento de certas obrigações ⁽⁷⁶⁾.

Assim, devemos concluir pela autonomia da figura da MEP e da liberdade condicional, no sentido em que as duas não podem coexistir no cumprimento da pena, isto é, o condenado que viu a sua pena modificada nos termos do art. 118.º CEPMPL poderá, posteriormente, ver-lhe ser concedida a liberdade condicional e que automaticamente findará a MEP anteriormente aplicada, o mesmo sucede com o termo do cumprimento da pena que, quando atingido, faz cessar todos os efeitos da referida modificação.

⁽⁷⁶⁾ Salva-guarde-se aqui o art. 3.º da Lei 94/2017, de 23 de Agosto que, por sua vez, aditou novo preceito legal ao CP: o art. 274.º-A. Esta prescrição determina o regime sancionatório face ao crime de Incêndio Florestal, previsto no art. 274.º CP. Assim, esta recente alteração prevê que o instituto da liberdade condicional possa estar subordinado “à obrigação de permanência na habitação, com fiscalização por meio técnicos de controlo à distância, no período coincidente com os meses de maior risco de ocorrência de fogos”.

CAP. IV – A (in) congruência no momento de aplicação da MEP

I. A competência dos Tribunais de Execução das Penas

Em matéria de execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade considera-se pertinente capacitar o presente estudo sobre quais as razões de política criminal por detrás da criação dos tribunais de execução das penas ⁽⁷⁷⁾ e as competências que lhes foram atribuídas.

Desde cedo, concretamente pela Lei n.º 2000, de 16 de Maio de 1944 e pelo DL n.º 34.553, de 30 de Abril de 1945, assistimos à preocupação em *jurisdicionalizar* o cumprimento das penas e das medidas de segurança. Ambos os normativos surgem com o objetivo assumido de atribuir aos TEP a competência para tomar "decisões destinadas a modificar ou substituir as penas ou as medidas de segurança" (n.º 1 da Base I daquela Lei) ⁽⁷⁸⁾. Assim, Portugal foi um dos primeiros países do mundo e o segundo na Europa a consagrar a jurisdicionalização da execução da pena de prisão ⁽⁷⁹⁾, posicionando-se imediatamente no encalce italiano, onde fora introduzida a figura do juiz de vigilância no Código Penal de 1930 ⁽⁸⁰⁾.

O instituto da *jurisdicionalização* (tomamos a liberdade de apelidar esta forma) é de tal forma crucial na evolução do Direito Penitenciário, que sem ele continuávamos a assistir ao monopólio da execução assumida inteiramente pela Administração Penitenciária. Até ao momento da criação de um tribunal especializado, era a administração penitenciária competente para a execução da pena ou medida de segurança privativa da liberdade, pese embora se reconheça que, desta forma, dificilmente era garantida a devida proteção jurídica ao recluso. A tutela efetiva do mesmo viria a ser conseguida pelo TEP, órgão jurisdicional a quem os reclusos se poderiam dirigir e, bem assim, a única forma de serem verdadeiramente garantidos os direitos e deveres do recluso. Podemos afirmar que o processo garantístico dos direitos fundamentais do indivíduo recluso ⁽⁸¹⁾ materializa-se pelo reconhecimento de competência a uma magistratura especializada. Assim, assistimos ao início do duplo processo de jurisdicionalização: atribuir competência ao tribunal de execução das penas para intervir

⁽⁷⁷⁾ Para uma melhor compreensão acerca da criação dos TEP e sua competência recomenda-se a leitura SANTOS, José Beleza dos, *Os Tribunais de Execução das Penas em Portugal (...)*, pág. 287 e segs.

⁽⁷⁸⁾ O Acórdão 427/2009 do Tribunal Constitucional evidencia também, ainda que de forma sumária, a importância do processo de jurisdicionalização da execução da pena e de que forma a Administração Penitenciária se adaptou às competências que viriam a ser reconhecidas ao tribunal de execução das penas.

⁽⁷⁹⁾ BOAVIDA, Joaquim – *Alguns nós górdios da jurisdição de execução das penas*, pp. 235.

⁽⁸⁰⁾ RODRIGUES, Anabela Miranda – *Novo Olhar sobre a questão penitenciária*, p. 129.

⁽⁸¹⁾ RODRIGUES, Anabela Miranda - *Op. cit.*, p. 131 e 132, nota (6).

jurisdicionalmente na execução da mesma e, passando este tribunal a possuir tal competência, assistimos a uma repartição de competências entre o TEP e o tribunal da condenação ⁽⁸²⁾. Esta repartição de competências assenta numa relação de *complementaridade* ⁽⁸³⁾, que subsiste até aos dias de hoje.

II. A repartição de competência entre o TEP e os tribunais de condenação

Atualmente, a Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, que aprovou o CEPMPL e alterou o CPP, e demais diplomas complementares, aprofundou a forma de repartição de competências entre o TEP e o tribunal da condenação. Operou-se uma transferência de certas competências dos tribunais da condenação para os TEP, contudo o n.º 1 do art. 470.º do CPP dispõe que “a execução corre nos próprios autos perante o presidente do tribunal de 1.ª instância em que o processo tiver corrido, sem prejuízo do disposto no artigo 138.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade”. Daqui concluímos que a competência executiva pertence ao tribunal da condenação, não obstante os casos expressamente previstos no art. 138.º CEPMPL, que se reportam, em exclusivo, à competência especializada do TEP. Mas será claramente assim?

O n.º 2 do art. 138.º CEPMPL, refere que “após o trânsito em julgado da sentença que determinou a aplicação de pena ou medida privativa da liberdade, compete ao tribunal de execução das penas acompanhar e fiscalizar a respetiva execução e decidir da sua modificação, substituição e extinção, sem prejuízo do disposto no artigo 371.º-A do Código de Processo Penal”. Arriscamo-nos a afirmar que estamos perante dois modelos de repartição de competências entre estes dois órgãos jurisdicionais, sendo que num modelo reconhece-se ao TEP intervenção exclusiva na fase subsequente ao trânsito em julgado da sentença, de acordo com o n.º 2 do art. 138.º CEPMPL; por seu turno, e conforme o n.º1 do art. 470.º CPP, reconhece-se uma competência residual ao tribunal da condenação, retirando a exclusividade em matéria de execução das penas ao tribunal com o mesmo nome ⁽⁸⁴⁾.

Ora, tal aclaração parece-nos indispensável, isto porque pretendemos abordar a eventual competência destes dois órgãos jurisdicionais num determinado momento, momento esse (ainda) não previsto em legislação competente para o efeito.

⁽⁸²⁾ RODRIGUES, Anabela Miranda - *Op. cit.*, pp 133, 134, 135.

⁽⁸³⁾ SANTOS, José Beleza dos, *Os Tribunais de Execução das Penas em Portugal (...)*, p. 296.

⁽⁸⁴⁾ BOAVIDA, Joaquim – *Alguns nós górdios da jurisdição de execução das penas*. pp. 237 e ss.

Assim, se o art. 138.º CEPMPL atribui competência ao TEP para decidir sobre a MEP relativamente a reclusos portadores de doença grave, evolutiva e irreversível ou de deficiência grave e permanente ou de idade avançada, qual será o tribunal competente para decidir da mesma proposta na eventualidade de o condenado ainda não se encontrar recluso? E não, não nos referimos à abertura presente no art. 122.º CEPMPL, que adiante melhor explicaremos. Dado o atual enquadramento legal, esta eventualidade – a MEP antes de o condenado dar entrada no estabelecimento prisional - é uma hipótese meramente académica porque não está prevista em qualquer diploma legal ⁽⁸⁵⁾. Contudo, e salvo melhor opinião, surge a dúvida razoável se esta resposta legal respeita direitos, liberdades e garantias dos cidadãos reclusos.

III. A competência para a decisão da MEP

Cremos que a linha divisória entre as competências do TEP e o tribunal da condenação nem sempre é tão clara como se exigiria ⁽⁸⁶⁾.

Neste enalce, foquemo-nos no benefício concedido pelo art. 118.º CEPMPL. Uma vez mais referimos que o art. 138.º deste diploma legal diz respeito à competência material do TEP. Todavia, debruçamo-nos atentamente sobre a temática da MEP. Assim, e como referido em breve momento anterior, de acordo com a alínea j) do n.º 4 do art. 138.º é da competência

⁽⁸⁵⁾ De encontro a esta premissa, ver BOAVIDA, Joaquim - *A Flexibilização da Prisão*, p. 248. O autor entende que “tendo transitado em julgado a sentença condenatória em pena de prisão, não é admissível a modificação antes de se iniciar a execução efectiva”, considerando a expressão “recluso condenado”, presente no art. 118.º CEPMPL, um pressuposto absolutamente essencial. Ora, como afirmamos no presente estudo, não parece ser razoável não prever a modificação da execução da pena antes da entrada em estabelecimento prisional. E não se diga que se trata de uma manobra dilatória tal possibilidade. Não é razoável colocarmos alguém dentro de um estabelecimento prisional para ser “apelidado” de recluso, quando o mesmo indivíduo consubstancia todas as outras exigências previstas no art. 118.º antes de entrar no período de reclusão.

No Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, referente ao processo 527/14.7TXCBR-A.C1, com data referente a 18/03/2015, é possível ler-se que o processo de MEP é tramitado como urgente, de acordo com o n.º 1 do art. 151.º CEPMPL. É verdade que assim é, contudo, tal disposição legal não pode tomar forma camaleónica e camuflar a violação do princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da violação da liberdade como *ultima ratio* da política criminal, obrigando o indivíduo a entrar no estabelecimento prisional para que possa ser considerado recluso. Permitam-me ainda acrescentar que a aceção da palavra “recluso” sofreu profundas alterações, conhecendo realidades distintas da vivência intramuros. Com o avanço e os resultados positivos da vigilância eletrónica, afirmar que recluso é apenas aquele que está dentro de um estabelecimento prisional parece, no mínimo, redutor de todos os fundamentos que levaram à criação da Lei n.º 33/2010, 2 de setembro. Assim, nos distanciamos da opinião sufragada pelo Tribunal da Relação do Porto, no Acórdão proferido no âmbito do processo n.º 1010/16.1TXPRT-B.P1.

⁽⁸⁶⁾ A propósito desta matéria, convido à leitura de várias evidências que dão corpo a esta desarmonia de competências, apresentados por BOAVIDA, Joaquim num breve texto do qual é autor: “*Alguns nós górdios da jurisdição de execução das penas*”, aliás já aqui elencado como nota bibliográfica. E ainda, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, onde foi Relator o Juiz Desembargador Alberto Mira, ao abrigo do processo n.º 92/15.8PTLRA-A.C1.

deste tribunal a decisão acerca da MEP, relativamente a reclusos portadores de doença grave, evolutiva e irreversível ou de deficiência grave e permanente ou de idade avançada, bem como da sua substituição ou da revogação das respetivas modalidades.

Contudo, o art. 122.º CEPMPL prevê uma “excecionalidade” a esta competência material do TEP. Assim, esta disposição legal prevê que, nos casos em que se verifiquem os requisitos apresentados no art. 118.º, ou seja, casos em que se encontrem preenchidos os respetivos pressupostos materiais pode, o tribunal da condenação, aplicar imediatamente, com as devidas adaptações, a MEP. Portanto, ao momento da condenação do arguido corresponde uma abertura de janela de competência, atribuída agora ao tribunal da condenação. Importa salientar que este enquadramento jurídico não colide com o estatuído no n.º 2 do art. 138.º CEPMPL, onde se refere de forma clara que “após o trânsito em julgado da sentença que determinou a aplicação da pena ou medida privativa da liberdade, compete ao tribunal de execução das penas acompanhar e fiscalizar a respetiva execução e decidir da sua modificação, substituição e extinção, sem prejuízo do disposto no art. 371.º-A do CPP”.

Aqui chegados reconhecemos duas situações distintas: caso o condenado se encontre na posição de recluso e pretenda ver modificada a execução da sua pena de prisão com base no art. 118.º CEPMPL, dúvidas não restam que será o TEP o órgão competente para analisar a sua pretensão. Assim o é, atenta a disposição legal. Por outro lado, reveste uma outra situação aquela em que o condenado não se encontra ainda em reclusão, mas sim, no momento da sua condenação. Aqui, compete ao tribunal da condenação analisar a MEP, com as necessárias adaptações.

Fossem estas as duas únicas circunstâncias em que o instituto da MEP fosse acionado e não teríamos qualquer dissídio na questão.

Todavia, ao longo desta investigação foi preocupação constante compreender se o plano prático acompanha o plano teórico. Por outras palavras, é nossa intenção perceber se no quotidiano dos tribunais portugueses as normas já aqui elencadas, no que tange à MEP, se revelam de aplicação simples e clara. Adiantamos, desde já, que não se configura tal simplicidade.

Acontece, em casos muito específicos, que o condenado interpõe requerimento com vista à MEP após o trânsito em julgado da sentença, mas em momento anterior à entrada no estabelecimento prisional. Analisemos, por isso, a resposta que a jurisprudência tem procurado fornecer em situações como esta.

Permitir-nos-emos fazer uso de um Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18/03/2015. No caso apreciado por esse tribunal superior, o TEP considerou o pedido de MEP, efetuado pelo arguido condenado, extemporâneo. Ora, precisamente porque o arguido condenado não tinha ainda dado início ao cumprimento da pena de prisão, decisão essa já transitada em julgado ⁽⁸⁷⁾.

Em boa verdade, o regime aplicável à MEP, previsto no art. 118.º e seguintes, apenas faz referência ao “recluso condenado”. Posto isto, várias questões se suscitam, nomeadamente, situações às quais os arts. 118.º e 122.º ⁽⁸⁸⁾ não conseguem dar resposta. Será necessário obrigar o arguido condenado a entrar no estabelecimento prisional, caso o indivíduo já preencha os requisitos do art. 118.º CEPMPL? Tal não violará o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como também o Princípio da Privação da Liberdade como *ultima ratio* da política criminal? Qual será a razão para o legislador admitir o benefício da MEP no momento da condenação do indivíduo, admiti-lo mais tarde em momento de reclusão, mas recusa-se a prever que tal instituto possa ser relevante para a condição de saúde do arguido condenado em momento anterior à entrada no estabelecimento prisional?

De facto, consequência desta não previsão, o legislador deixa a descoberto um intervalo de tempo onde nos confrontamos com um conflito negativo de competência, dado que nenhum órgão jurisdicional se considera competente. Ora, tal não deixa de merecer a nossa atenção, isto porque as várias normas legais já aqui apresentadas evidenciam preocupação em fazer referência ao momento da condenação ou ao momento do trânsito em julgado ou ainda à entrada no estabelecimento prisional, mas apesar destas delimitações bem definidas encontramos espaços em branco entre elas, espaços sem resposta. Existe, realmente, uma preocupação em definir momentos. Olhemos para a Lei de Organização do Sistema Judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto, na sua atual redação) e o n.º 1 do art. 114.º repete o que já nos é conhecido “Após o trânsito em julgado da sentença que determinou a aplicação de pena ou medida

⁽⁸⁷⁾ Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18/03/2015, no âmbito do processo PUR 527/14.7TXCBR-A.C1, relatado pela Sr.ª Juíza Desembargadora Isabel Valongo, onde, em sumário, pode ler-se que: “I - Transitada em julgado a sentença condenatória, não é legalmente possível a modificação, pelo tribunal que determinou a condenação, da execução da pena, nos termos do disposto no artigo 122.º do CEPMPL. II - A modificação da execução da pena, ao abrigo da previsão normativa dos artigos 118.º a 121.º, e 216.º e ss. do CEPMPL, há-de ser determinada, pelo TEP, após o início da dita execução.”

A par deste Ac., recordamos um outro do Tribunal da Relação do Porto, datado de 14/07/2010, no âmbito do processo PUR 1655/10.3TXPRT-B.P1, onde foi Relator o Sr. Juiz Desembargador Artur Vargues. Neste Ac. decidiu-se pela impossibilidade de interposição da MEP, antes de iniciada a execução da pena, apresentando-se o argumento que o condenado ainda não estava em reclusão e, como tal, ao TEP não lhe era reconhecida competência para analisar do pedido antes da entrada no estabelecimento prisional.

⁽⁸⁸⁾ BOAVIDA, Joaquim - *A Flexibilização da Prisão*, pp. 257 e 258.

privativa da liberdade, compete ao tribunal de execução das penas acompanhar e fiscalizar a respetiva execução e decidir da sua modificação, substituição e extinção, sem prejuízo do disposto no artigo 371.º-A do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro”. A alínea j) do n.º 3 do mesmo art. é ainda mais incisiva quando menciona que “compete ao tribunal de execução das penas, em razão da matéria (...) decidir sobre a modificação da execução da pena de prisão, bem como da substituição ou da revogação das respetivas modalidades, relativamente a reclusos portadores de doença grave, evolutiva e irreversível ou de deficiência grave e permanente ou de idade avançada” ⁽⁸⁹⁾.

Caímos, assim, num fosso onde não existe qualquer disposição legal que responda concretamente à questão: Entre o trânsito em julgado da sentença e a entrada do indivíduo no estabelecimento prisional, para qual tribunal deve o condenado requerer o pedido de modificação de execução da pena de prisão? Devemos empurrar o condenado para o estabelecimento prisional para que ao fim de 15min possa ser considerado recluso e, por isso, possuir legitimidade para requerer a MEP?

Parece-nos pertinente atentar, neste momento, a uma distinção explorada também por Anabela Miranda Rodrigues, a execução e a exequibilidade da pena ⁽⁹⁰⁾. Ora, após a entrada do indivíduo condenado no estabelecimento prisional dúvidas não há em qualificar este momento como o da *execução* da pena. A par desta qualificação, a doutrina classifica o momento anterior como o da *exequibilidade*, aquele que diz respeito aos *preliminares* da execução da pena, como momento prévio à entrada do momento da execução. Tal distinção é fundamental para percebermos que ao momento da *execução* da pena responde a competência do TEP e, por isso, caberia a este órgão jurisdicional conceder ou não a MEP, a título de exemplo. Enquanto que num momento de *exequibilidade* da pena caberá ao tribunal da condenação a competência para o respetivo ato. Assim, concluímos que todas as matérias atinentes à exequibilidade da pena são da competência do tribunal da condenação.

Bem sabemos, uma vez mais, que a questão complexa de repartição de competências entre o tribunal especializado e o da condenação não abona em favor de dirimir o vazio que existe entre o trânsito em julgado da sentença condenatória e a entrada no estabelecimento prisional. E é importante encontrar uma resposta, sob pena de continuarmos a violar os

⁽⁸⁹⁾ A propósito do novo Mapa Judiciário, leia-se ESCUDEIRO, Maria João Simões – *Execução das penas e medidas privativas da liberdade: análise evolutiva e comparativa*, p. 586 e 587. Constatamos mais uma evidência da incongruência no sistema de repartição de competências entre o TEP e o tribunal da condenação, aliás opinião partilhada no Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, sobre a Proposta de Lei nº 252/X referente ao CEPMLP, ponto 3.4 e 3.5.

⁽⁹⁰⁾ RODRIGUES, Anabela Miranda – *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, pp. 24 – 25.

princípios elementares de um estado de direito, do qual todos fazemos parte. No caminho que temos vindo a percorrer verificamos que a jurisprudência, de facto, não trouxe ainda uma solução inspiradora, uma alternativa real. E também por isso, por ser diferente e ainda único, congratulo com o devido lugar de destaque, a coragem, a visão e a sensibilidade constantes no único despacho que perfilhou uma solução. Recordo, assim, as palavras do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito Manuel José Ramos da Fonseca, no despacho proferido pelo Tribunal de Execução das Penas do Porto, no âmbito do processo PUR 462/17.7TXPRT-A: “Este é um momento que, no concreto caso, é bem mais próximo da execução do que da condenação, sendo que a matéria objecto se reporta a execução e não a exequibilidade. Daí que, porque não defendemos que é necessário trazer um cidadão à efectiva execução de pena de prisão em sistema prisional intramuros, com todos os riscos que no concreto tal representa para a pessoa humana, com todas as violações de regras básicas da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, no que respeita ao princípio de que o facto de se estar a cumprir uma pena de prisão, não implica que se perca ou restrinja a dignidade de quem está detido, antes perfilhamos uma mudança de um paradigma que permite ao TEP ter-se por competente, em razão da matéria, face ao momento temporal (porque suficientemente já se mostra indiciada a situação, através do quanto nos é fornecido pela condenação, não estando em causa uma situação de transitoriedade, mas antes de permanência), para aferir da situação de conhecimento da necessidade de MEP”⁽⁹¹⁾.

Olhamos uma vez mais para o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra supra identificado e constatamos que o Ministério Público conclui pela inexistência de disposição legal que “expressamente preveja/regule a aplicação” do regime de MEP “em fase anterior ao início do cumprimento da pena”. E o nosso debate prende-se exatamente aqui, quando já não é possível aplicar o art. 122.º CEPMPL⁽⁹²⁾, contudo o arguido condenado reúne já todos os

⁽⁹¹⁾ A presente decisão espelha o alcance da utilidade prática do n.º 2 do art. 138.º CEPMPL. Ora, bem sabemos que o n.º 4 do art. 138.º discorre sobre a competência material do TEP. Contudo, esta norma não representa de forma taxativa todas as competências materiais do TEP, aliás veja-se o seu início: “Sem prejuízo de outras disposições legais”. Assim, não podemos limitar a competência material do TEP ao n.º 4 do art. 138.º. Sendo assim perguntamos: De que forma podemos legitimar determinadas ações que não pertencem ao âmbito do art.138.º/4? A título de exemplo pense-se na possibilidade que também já aqui abordamos: a concessão de liberdade condicional ao indivíduo que se encontra a executar a pena de prisão ao abrigo de uma das modalidades previstas no n.º 1 do art. 120.º. O TEP é competente para conceder a dita liberdade condicional, contudo, não está plasmado nas inúmeras alíneas do n.º 4 do art. 138.º tal competência, nestes moldes em específico. Esta legitimidade advém do n.º 2 do art. 138.º que é, nada mais nada menos, uma norma que salvaguarda as competências próprias do TEP e que serve para lhe conferir a possibilidade de exercer as consequências não diretamente pensadas face às competências materiais especificadas no n.º 4 do art. 138.º. E ainda que os mais ousados questionassem a competência do tribunal da condenação em dissídios como este, relembramos a inexistência de normal legal que possa abarcar tal competência, visto tratar-se de atos da competência exclusiva do TEP na execução de uma pena.

⁽⁹²⁾ Visto que se verifica o trânsito em julgado da decisão condenatória e o incidente de MEP não foi atempadamente suscitado ao tribunal da condenação.

pressupostos do art. 118.º antes de dar início ao cumprimento da pena de prisão. E com estas preocupações não se pense que atentamos, exclusivamente, a questões de inserção social, apresentado uma posição egoísta da prevenção especial positiva. O art. 118.º CEPMPL visa proteger situações extremas, no sentido em que prolongar a execução da pena privativa da liberdade atenta, ou é em grande medida, suscetível de causar grave dano à saúde e à integridade física e psíquica do recluso. Ora, se assim é quando o mesmo se encontra em regime intramuros, não podemos aceitar que o mesmo seja colocado no estabelecimento prisional à espera que esta medida lhe seja aplicada, quando poderá já ser tarde e inútil. Exigir ao condenado que entre no estabelecimento prisional, preenchendo já as condições impostas pelo art. 118.º CEPMPL é o mesmo que lhe oferecer um bilhete para a sua próxima vida. Este normativo legal tem como finalidade a tutela de bens jurídicos pessoais do condenado, sendo ao mesmo tempo, um “travão de segurança associado à defesa do ordenamento jurídico”. Neste sentido, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 16/10/2012, no âmbito do processo 1673/10.1TXEVR-E.E1, relatado pelo Sr.º Juiz Desembargador Sérgio Corvacho, onde refere que “as exigências suscetíveis de fundamentar a denegação da modificação da execução da pena terão de ser fortes ao ponto de, por causa delas, se ter de desconsiderar, em última análise, o próprio direito do condenado à vida”.

Após a análise deste tema, estamos em crer que a possibilidade de uma intervenção legislativa iria potenciar um sistema mais coerente, humanitário e, por isso, garantístico dos Princípios Fundamentais de um Estado de Direito, deixando em aberto e reconhecendo a devida importância ao sistema consagrado no art. 9.º Código Civil ⁽⁹³⁾.

Enquanto esta modificação legal não ocorre, entendemos que a solução abraçada pelo TEP do Porto parece-nos a mais adequada, porque protege as finalidades de execução da pena, protege o condenado (enquanto recente membro do direito penitenciário e, como tal, portador – também ele – de direitos, liberdades e garantias), nunca esquecendo a proteção da paz e ordem social.

⁽⁹³⁾ Neste sentido, consultar argumentação utilizada pela parte recorrente no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, onde é Relator o Juiz Desembargador Orlando Gonçalves, no âmbito do processo 1166/10.7TACBR-G.C1.

Cap. V – O impacto da pandemia na execução das penas

Como bem sabemos, o mundo atravessa tempos diferentes e momentos difíceis, por banda da pandemia da doença Covid-19. O coronavírus SARS-CoV-2 prolifera e obriga a sociedade mundial a adotar medidas de prevenção, com vista à diminuição do risco de contágio na população. Ora, Portugal não foi diferente e, por isso, assistimos diariamente a uma panóplia de medidas que são criadas precisamente com esse propósito. Naturalmente, atento o âmbito do presente trabalho, incidiremos na população prisional e nas medidas com repercussão ao nível desta.

Na verdade, a tarefa de comungar a importância do distanciamento social com a vida em estabelecimentos prisionais, por si já lotados ⁽⁹⁴⁾, afigura-se uma tarefa de real complexidade e, ao mesmo tempo, de uma importância elevadíssima na batalha a travar contra este vírus. Tornou-se essencial legislar sobre esta matéria e, neste sentido, foi aprovada a Lei n.º 9/2020, de 10 de abril, que corresponde ao “Regime excecional de flexibilização da execução das penas e das medidas de graça”, no âmbito da pandemia da doença Covid-19 ⁽⁹⁵⁾ e, com base neste diploma legal, procuraremos analisar de que forma a execução das penas encontrou resposta no combate a esta pandemia ⁽⁹⁶⁾. Ainda que em fase embrionária e sem um conhecimento empírico distante, como se exige aqui, sobre o impacto desta lei na população prisional, há que lhe reconhecer uma dupla vantagem: a) diminuição da lotação das prisões, visto que ao abrigo desta legislação, determinados reclusos são libertados e, por isso, deixam de estar expostos a riscos grandes de contágio; b) a diminuição da lotação das prisões permite aos reclusos que lá

⁽⁹⁴⁾ Flagelo a que assistimos um pouco por todo o mundo e observamos de perto o caso de Itália, país também ele fustigado pela pandemia. Recomenda-se a leitura do seguinte documento: “Observações e propostas da Associação Italiana de Professores de Direito Penal”, que poderá ser encontrado no link que aqui se disponibiliza: <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/associazione-professori-di-diritto-penale-emergenza-carcere-coronavirus-covid-19>: “Le condizioni di detenzione nelle carceri italiane sono da tempo connotate, al di là di pur rilevanti differenze territoriali, da una situazione di grave sovraffollamento e da preoccupanti carenze igienico-sanitarie. Si tratta di una crisi strutturale che dipende da vari fattori; tra essi spicca una obsoleta ed insostenibile visione carcerocentrica, preclusiva della previsione di sanzioni principali diverse dalla pena detentiva, che esistono, invece, in molti Paesi europei e che il CPT del Consiglio d’Europa raccomanda di introdurre”.

⁽⁹⁵⁾ Em momento anterior à aprovação da Lei n.º 9/2020, de 10 de Abril, o grupo parlamentar do Partido Social Democrata propôs o alargamento do instituto da MEP, no âmbito do combate à pandemia. Contudo, tal medida não foi acolhida. A bem dizer, o perdão e a MEP são medidas sanitárias. Contudo a MEP, pela especificidade dos seus trâmites, ainda que urgente, não está concebida para uma execução imediata, pressuposto da doença Covid-19. Ao contrário da MEP, o perdão representa uma medida capaz de ser executada no imediato.

⁽⁹⁶⁾ Os trabalhos preparatórios deste diploma legal tiveram por base a Recomendação n.º 4/B/2020, de 26 de Março, da Provedora de Justiça e a Proposta de Lei 23/XIV.

permanecem cumprir verdadeiramente as normas e orientações emitidas pelas autoridades de saúde competentes ⁽⁹⁷⁾.

Ora, a libertação de reclusos foi pensada de quatro formas diferentes: i) um perdão parcial de penas de prisão (art. 2.º) ⁽⁹⁸⁾; ii) um regime especial de indulto das penas (art. 3.º); iii) um regime extraordinário de licença de saída administrativa de reclusos condenados (art. 4.º); e iv) a antecipação extraordinária da colocação em liberdade condicional (art. 5.º). Estas medidas pressupõem uma “libertação prisional imediata dos reclusos por elas abrangidas, sendo que nos casos de perdão e de indulto (arts. 2.º e 3.º) a pena até aí em execução cessará por extinção (art. 128.º CP) e nos casos de licença de saída e de antecipação da colocação da liberdade condicional (arts. 4.º e 5.º) a execução da pena subsiste ocorrendo, porém, fora do estabelecimento penitenciário” ⁽⁹⁹⁾.

É importante referir que estas medidas surgem com o objetivo claro de evitar focos e riscos de contágio na população prisional e, por isso, o enfoque das mesmas aponta para execuções de pena já em curso, à data da entrada em vigor da presente lei. Assim, afigura-se que a aplicação da Lei n.º 9/2020, de 10 de Abril exige duas premissas: i) o trânsito em julgado da decisão condenatória e ii) que a execução da pena já se encontre em curso ⁽¹⁰⁰⁾.

Relativamente às medidas consagradas nos arts. 2.º e 3.º da já identificada lei, consideramos importante, porque também nos debruçamos acerca das teorias dos fins das penas, ressaltar que as finalidades de prevenção, sobretudo geral, possam estar na génese da lista de exclusão criada especialmente para crimes que não abraçam o intuito previsto no perdão e no indulto ⁽¹⁰¹⁾. Por seu turno, perdoar parte da pena a alguém que foi condenado a pena de

⁽⁹⁷⁾ BRANDÃO, Nuno - *A libertação de reclusos em tempos de COVID-19. Um primeiro olhar sobre a Lei n.º 9/2020, de 10/4*, p. 4.

⁽⁹⁸⁾ Sobre a separação de poderes, pedra basilar na nossa Lei Fundamental, escreve VILELA, Alexandra - *COVID 19 e o Direito*, p. 127 e 128: “Dada a já longínqua superação histórica em que se desenvolveu o direito de graça e vivendo nós em um Estado de Direito Material e Democrático, é com alguma perplexidade que, ainda hoje, vejo institutos próprios do direito de graça, como sejam a amnistia, o perdão genérico, o indulto e a comutação das penas, previstos quer na Lei Fundamental, quer no Código Penal, quer no Código de Execução de Penas. Estamos, com efeito, perante laivos de um Estado Absolutista que contrariam o princípio da separação dos poderes. Face ao que vem de ser dito, não é difícil perceber que o lançar mão de qual-quer “medida de clemência” choca frontalmente com o princípio da separação dos poderes. Na verdade, através do poder legislativo, seja prevendo uma amnistia, seja através do Presidente da República, concedendo um indulto, a pena aplicada pelo Tribunal é alterada e a sua execução interrompida”.

⁽⁹⁹⁾ BRANDÃO, Nuno - *Op. cit.*, p. 6.

⁽¹⁰⁰⁾ Concordante com este entendimento leia-se o Parecer n.º 10/20, emitido pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, p. 15 e 16. Por seu turno, apresenta-se posição diferenciada de QUARESMA, José - *Regime excepcional de flexibilização da execução das penas e das medidas de graça no âmbito da pandemia do Covid-19*, in AA.VV. Estado de emergência – Covid-19: implicações na justiça, CEJ, Ebook, 2ª versão, Junho 2020, p. 571 e 572.

⁽¹⁰¹⁾ A doutrina, atenta a esta questão, apresenta algumas reflexões e, por essa mesma pertinência, recuperamos escritos constantes do blog do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais:

prisão efetiva de duração igual ou inferior a 2 anos revela que, adjacente ao indivíduo, estão presentes elevadas exigências preventivas ⁽¹⁰²⁾.

No que tange, ainda, acerca da concessão do perdão, a Lei n.º 9/2020, de 10 de Abril esclarece qual o tribunal competente para a concessão do mesmo. Assim, dúvidas não subsistem que o órgão jurisdicional competente é o TEP, tal como previsto pelo n.º 8 do art. 2.º do diploma legal.

Contudo, se por um lado defendemos que o perdão se aplica apenas a “reclusos”, naturalmente que o tribunal competente para o efeito seria o TEP. Ainda assim, se entendermos que esta medida flexibilizadora da execução da pena é passível de ser aplicada também a indivíduos ainda “não reclusos” ⁽¹⁰³⁾, o Ministério Público admite ser igualmente o TEP o tribunal competente para conceder o perdão ⁽¹⁰⁴⁾. Voltamos a uma questão já aqui discutida, a competência do tribunal da condenação/tribunal da comarca e a competência reconhecida ao TEP e, por isso, permitam-nos um último paralelismo: qual o motivo para, aquando da MEP, se o indivíduo ainda não for recluso a jurisprudência entende que o TEP não tem competência para conceder o instituto previsto no art. 118.º CEPMPL, e no caso em apreço, não sendo recluso, o Ministério Público entende que é o TEP que tem competência?

Estamos em crer que a atualidade reflete algumas particularidades em volta do Direito Penitenciário, bem anteriores à pandemia da covid-19. O parecer do qual já nos socorremos neste breve texto, na sua parte final, chama à colação o princípio do juiz natural, ressaltando que “*a área de competência do tribunal de execução das penas e do tribunal da comarca deve*

<https://cidpcc.wordpress.com/temas/>. Assim, citamos PALMA, Maria Fernanda – “*Comentários de emergência à lei do perdão das penas*”, onde diz: “Apesar de ser uma lei de perdão em estado de emergência, esta lei não está isenta de uma apreciação de constitucionalidade, à luz dos princípios da legalidade, da necessidade da pena, da culpa e da igualdade. Ora, o legislador não justifica senão vagamente as suas ponderações, nomeadamente o equilíbrio difícil de sustentar entre a prevenção e a retribuição, isto é, prevenção apenas para os crimes contra as pessoas e retribuição para os crimes de certas categorias de pessoas.”; bem como PEREIRA, Rui, no artigo intitulado *Perdão e pandemia – questões de constitucionalidade*: “Com efeito, nesta lei, o perdão genérico é ditado por razões humanitárias e de saúde pública, no quadro de uma pandemia, embora lhe co-subjaz um problema (crónico) de excesso de lotação dos estabelecimentos prisionais, que não permite isolar reclusos contaminados pela doença. No entanto, o princípio constitucional com o qual a lei se confronta é, decisivamente, o princípio da igualdade, por várias razões: em primeiro lugar, não é aceitável que tenham sido subtraídos ao âmbito do perdão genérico certos crimes graves (terrorismo e organização terrorista) e nele incluídos alguns crimes menos graves (seja qual for a perspetiva político-criminal em que se aprecie a gravidade desses crimes); em segundo lugar, é inadmissível que beneficiem do perdão genérico arguidos punidos com penas mais graves (prisão) e sejam esquecidos arguidos punidos com penas menos graves (multa), pela prática dos mesmos crimes. Estes aspetos, (...) consubstanciam claras violações do princípio da igualdade”.

⁽¹⁰²⁾ BRANDÃO, Nuno - *Op. cit.*, p. 11 – 13.

⁽¹⁰³⁾ Tal como defende José Quaresma.

⁽¹⁰⁴⁾ Assim se pronuncia o Parecer n.º 10/20, emitido pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, p. 27: “... por hipótese meramente académica, se entender que eles afinal beneficiam do perdão estabelecido nesta lei, sempre se dirá que competentes (...) são os tribunais de execução de penas territorialmente competentes (art.º 2.º, n.º 8)”.

ser clara". Este documento refere expressamente uma "competência residual", sendo esta uma solução possível já abordada no presente estudo.

Uma vez mais espelhamos a importância de ser adotada uma linha de orientação acerca do âmbito de competência destes dois órgãos jurisdicionais.

CONCLUSÃO

Aqui chegados, é o momento para admitirmos as maiores expectativas aquando da propositura de tema para a presente dissertação, quer pela delicadeza do tema, quer pela sua complexidade e pendor humanístico.

Ainda que com alguns constrangimentos, este é um tema que obriga a uma confrontação de valores que julgamos já adquiridos, mas que para as necessárias tomadas de decisão teriam que ser salvaguardados.

A serem cumpridos os pressupostos materiais para a concessão do benefício que é a modificação da execução da pena de prisão, não esqueçamos que estamos perante pessoas em condições muito débeis, pelo que o pedido de modificação da execução da pena comporta consigo a inerente sensibilidade de todos os intervenientes no processo.

É precisamente este carácter humanista que justifica a previsão legal do benefício já no momento da condenação. Não se compreende que tal não seja possível entre o trânsito em julgado da decisão condenatória e a entrada no estabelecimento prisional. Uma vez mais reiteramos que se obrigamos o condenado a entrar no estabelecimento prisional para passados 15 minutos poder já requerer a mesma modificação da execução da pena, somos em crer que o fim por detrás daquela pena é, apenas e só, o castigo da experiência intramuros e não a ressocialização do agente ⁽¹⁰⁵⁾. Defendemos, por isso, a possibilidade de concessão deste benefício em momento anterior à vivência intramuros. Contudo, também reconhecemos da complexa repartição de competências entre o tribunal da condenação e o tribunal de execução das penas. Urge, por isso, delimitar competências admitindo a solução por nós já aqui defendida.

Em conclusão, recorde-se que no início deste mesmo trabalho, arriscamo-nos, dizendo que o Direito Penitenciário era um ramo do direito menosprezado. Contudo, e quase ironicamente, a situação pandémica em que vivemos exigiu uma intervenção profunda no sistema, de modo a evitar-se uma pandemia paralela na comunidade prisional. Esta intervenção permitiu a este ramo do direito, tantas vezes encapotado, deixar de o ser.

⁽¹⁰⁵⁾ RODRIGUES, Anabela Miranda – *A tutela dos direitos dos reclusos – um caminho a ser caminhado*, p. 103 e ss.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- **ALBUQUERQUE**, Paulo Pinto de – O Futuro dos Estudos Penitenciários. *Direito e Justiça*. ISSN 0871-0336. Volume Especial (2004).
- _____ - A prisão à luz da convenção europeia dos direitos do homem. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ISBN 978-087-1856-333. Ano 15, n.º 3 (2005), pp. 369-389.
- _____ - *Direito Prisional Português e Europeu*. Coimbra: Coimbra, 2006. ISBN 972-32-1383-4.
- **AMARAL**, Diogo Freitas do – *Relatório da Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional*. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN: 972-40-2524-1.
- **ANTUNES**, Maria João – *O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis: (Os arts. 103.º, 104.º e 105.º do Código Penal de 1982)*. Coimbra: Coimbra, 1993. ISBN 972-32-0631-5.
- _____ - *Consequências Jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra, 2013. ISBN 978-972-32-2192-3.
- _____ - *Penas e Medidas de Segurança*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7227-2.
- **BOAVIDA**, Joaquim - *A Flexibilização da prisão: Da reclusão à liberdade*. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7349-1.
- **CARVALHO**, Américo Taipa de – *Direito Penal Parte Geral: Questões Fundamentais Teoria geral do crime*. 2ª edição, Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2014. ISBN 978-972-32-2300-2.
- **COSTA**, José de Faria – *Noções Fundamentais de Direito Penal: (fragmenta iuris poenalis)*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra, 2012. ISBN 978-972-32-2090-2.
- **DUARTE**, José Henrique – *Todo o Homem é maior que o seu erro: a mediação restaurativa no direito prisional português*. [S.l.]: [s.n.], 2012. ISBN 978-989-20-2830-9.
- **DIAS**, Jorge de Figueiredo – *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. ISBN: 978-972-32-1012-6.
- _____ - *Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2005. ISBN 972-32-1353-2.
- _____ - *Direito Penal Parte Geral Tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra, 2007. ISBN 978-972-32-1523-6.

- **ESCUDEIRO**, Maria João Simões - Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade – Análise Evolutiva e Comparativa. *Revista da Ordem dos Advogados*, ISSN 0870-8118. Ano 71, Abr/Jun 2011, Lisboa, p. 567-623.
- **FERREIRA**, Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal: parte geral*. Lisboa: Verbo, 1992. ISBN: 972-22-0138-7.
- **FOUCAULT**, Michel - *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Lisboa: Edições 70, 2019. ISBN 978-972-44-1766-0.
- **GONÇALVES**, Pedro Correia – *A Pena Privativa de Liberdade: evolução histórica e doutrinal*. Lisboa: Quid Iuris, 2009. ISBN 978-972-724-448-5.
- **GUERREIRO**, Valdemar - *A posição jurídica do recluso face à reforma penitenciária de 2009*. *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, v. 2, n. 2, Abril de 2013, pp. 181-193.
- **HAYEK**, Friedrich – *O caminho para a servidão*. Lisboa: Edições 70, 2009. ISBN 978-972-44-1409-6.
- **KUHN**, André; **AGRA**, Cândido da – *Somos todos criminosos?* [S.l.]: Casa das letras, 2010. ISBN 978-972-46-1951-4.
- **LEITE**, André Lamas – Execução da pena privativa de liberdade e ressocialização em Portugal: Linhas de um esboço. *Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias*. Vol. I, n.º 1, Agosto 2011. pp. 1 - 34
- **LOPES**, José Mouraz - *Justiça, um olhar (des)comprometido*. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-240-2697-3.
- **MILHANO**, Ianquel Silbarcant – *O tribunal de execução das penas: (decreto-lei n.º 783/76, de 29 de Outubro, com as alterações do decreto-lei 222/77, de 30 de Maio, anotado)*. Coimbra: Almedina, 1977.
- **MIR PUIG**, Carlos – *Derecho Penitenciario. El Cumplimiento de la pena privativa de libertad*. 2ª edição. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2012. ISBN 978-84-92788-97-2.
- **MOURA**, Maria Thereza Rocha de Assis – A política criminal na execução da pena. In ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de – *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009. Vol. 3. ISBN 978-972-32-1793-3.
- **PATTO**, Pedro Maria Godinho Vaz - *Os fins das penas e a prática judiciária – Algumas questões*”, texto que serviu de base à comunicação apresentada nas Jornadas de Direito Penal

e Processual Penal, ação de formação do Conselho Superior da Magistratura realizada em Albufeira no dia 1 de Julho de 2011.

- **ROCHA**, João Luís Moraes - *Entre a Reclusão e a Liberdade Vol. I: estudos penitenciários*. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2400-8.
- _____ - *Ordem Pública e Liberdade Individual: um estudo sobre a prisão preventiva*. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2556-X.
- **RODRIGUES**, Anabela Miranda – *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade: Seu Fundamento e Âmbito*. Coimbra: [s.n.], 1982.
- _____ - *A determinação na medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra: Coimbra, 1995. ISBN 972-32-0693-5.
- _____ - *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão, projecto de proposta de lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade*. 2.^a edição. Coimbra: Coimbra, 2000. ISBN 972-32-1130-0.
- _____ - Da “Afirmação de direitos” à “proteção de direitos” dos reclusos: a jurisdicionalização da execução da pena de prisão. *Direito e Justiça*. ISSN 0871-0336. Volume Especial (2004).
- _____ - *A tutela dos direitos dos reclusos – um caminho a ser caminhado*. In GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda – *Direitos do Homem e Sistema Penitenciário*. Lisboa: AAFDL, 2019. ISBN 978-972-629-284-5.
- **ROMÃO**, Miguel Lopes – *Prisão e Ciência Penitenciária em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5834-4.
- **ROSEIRA**, Ana – *As principais reformas do sistema prisional: consequências no trabalho dos guardas prisionais. VIII Congresso Português de Sociologia: 40 anos de democracias, progressos, contradições e prospetivas*. Évora: 2014.
- **SANTOS**, J. Beleza dos – Os tribunais de execução das penas em Portugal: Razões determinantes da sua criação – Estrutura – Resultados e sugestões. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Supl. 15, Homenagem ao Doutor José Alberto dos Reis, I, 1961, p. 287-335.
- **SANTOS**, Manuel Simas; **RIBEIRO**, Marcelo Correia - *Medida Concreta da Pena: disparidades*. Lisboa: Vislis Editores, 1998. ISBN 972-52-0019-5.
- **SILVA**, Sandra Oliveira e – A Liberdade Condicional no Direito Português: breves notas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, 2004. pp 347-401.

ARTIGOS DE PUBLICAÇÃO ONLINE

- **BOAVIDA**, Joaquim – Alguns Nós Górdios da Jurisdição de Execução das Penas. *Revista JULGAR online*, n.º 33. 2017. pp. 235-260. Disponível em: <http://julgar.pt/alguns-nos-gordios-da-jurisdicao-de-execucao-das-penas/>
- **BRANDÃO**, Nuno - A libertação de reclusos em tempos de covid-19. Um primeiro olhar sobre a lei n.º 9/2020, de 10/4. *Revista JULGAR online*, abril de 2020. Disponível em: <http://julgar.pt/a-libertacao-de-reclusos-em-tempos-de-covid-19-um-primeiro-olhar-sobre-a-lei-n-o-92020-de-104/>
- **GUERREIRO**, Valdemar - *A posição jurídica do recluso face à reforma penitenciária de 2009*. *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, v. 2, n. 2, Abril de 2013, p. 181-193. Disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/3220>.
- **PALMA**, Maria Fernanda – “Comentários de emergência” à lei do perdão das penas. Blog do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais, 10 de Abril de 2020, disponível em: <https://cidpcc.wordpress.com/temas/>
- **PEREIRA**, Rui – Perdão e pandemia: questões de constitucionalidade. Blog do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais, 13 de Abril de 2020, disponível em: <https://cidpcc.wordpress.com/temas/>
- **QUARESMA**, José - *Regime excecional de flexibilização da execução das penas e das medidas de graça no âmbito da pandemia do Covid-19*, in AA.VV. Estado de emergência – Covid-19: implicações na justiça, CEJ, Ebook, 2ª versão, Junho 2020, p. 571 e 572. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_Covid19_2Edicao.pdf
- **VILELA**, Alexandra - *COVID 19 e o Direito*, Edições Universitárias Lusófonas. ISBN 978-989-757-129-9. Disponível em: <https://recil.grupolusofona.pt/bitstream/10437/10302/1/COVID%2019%20E%20DIREITO.pdf>