

**PENSAR, HOJE, A EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO***THINKING THE EXECUTION OF THE PENALTY OF PRISON NOWADAYS*

José Mouraz Lopes

Juiz-Conselheiro no Tribunal de Contas de Portugal. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**RESUMO**

Partindo do princípio de que a pena de prisão será sempre a último meio de controlo social admitido numa sociedade democrática e assente em valores humanistas e que a execução da pena de prisão impõe o respeito pelo princípio de que as pessoas detidas conservam todos os direitos, salvo aqueles que decorrem da sentença condenatória e da colocação em detenção, efetua-se uma análise dos quadros legais internacionais que impõem essa exigência. Argumenta-se, no entanto, que é na execução concreta da pena de prisão que a realidade jurídica tem que ser testada. Analisa-se assim, os problemas relacionados com a duração das penas, a diferenciação de reclusos, a liberdade condicional, ou condições de detenção como problemas que têm hoje consequências jurídicas relevantes e que não podem ser omitidas pelos Tribunais, no seu papel de vanguarda na defesa dos direitos humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pena e prisão; Direitos humanos; Tribunais.

**ABSTRACT**

Departing from the assumption that prison sentences are the last admissible resort for social control in a democratic society and that sentence execution imposes the respect for the principle of the preservation of rights of the detained individual (exception made for the ones that arise from the condemnatory sentence and detention placement), this article analyses international legal frameworks that enforce such demand. It is argued that it is within the actual execution of the prison sentence that juridical reality must be tested. Thus, problems linked with sentence time, probation, inmate segregation, parole, or detention requirements are examined as central issues which have today relevant juridical consequences that cannot be omitted by Courts, under their pivotal role of human rights protection.

**KEYWORDS:** Prison sentence; Human rights; Courts.

“Conhecemos todos os inconvenientes da prisão e sabemos que é perigosa quando não é inútil. Contudo não vemos o que possa substituí-la. É a solução detestável que não sabemos como abandonar”

(Michel Foucault, *Vigiar e Punir*)

## INTRODUÇÃO

Há um paradoxo na configuração da pena de prisão no sistema social: o encerramento temporário de um cidadão livre em determinado espaço físico para, de futuro, aprender a viver a liberdade.

A justificação para essa limitação absoluta da natureza humana (o homem é um ser livre) tem a sua razão de ser no não acatamento por parte do cidadão de algumas regras essenciais da convivência humana e social que põem em causa bens jurídicos fundamentais. Quebram-se as regras, sanciona-se o elemento “negativo” por meio do seu isolamento do restante grupo social em que se insere.

Vem sendo de há muito aceite, tanto no discurso sociológico, como no discurso normativo (provavelmente a regra, aqui, dever-se-ia inverter porque nesta matéria a norma não segue, necessariamente, os impulsos emocionais da sociedade), a necessidade de ultrapassar esse paradoxo, na tentativa de se criarem soluções para resolver os graves problemas resultantes da quebra das regras sociais que não passem necessariamente pelo cerceamento total da liberdade.

O direito a viver em liberdade e em segurança e o dever de sancionar quem impede essa vivência, pode se compatibilizar com outras soluções que não o encarceramento em espaços fechados do cidadão que não respeita regras de convivialidade.

É fato que há um caminho que vem sendo, lentamente, percorrido, sustentado desde logo na abolição da pena de morte, nas restrições à admissibilidade da pena perpétua, na recusa das penas desumanas, degradantes e humilhantes ou na compreensão de que a execução da pena de prisão nada tem a ver com o desrespeito da dignidade de quem cumpre uma pena.

Caminho que, no espaço jurídico do Conselho da Europa, tem vindo a ser implementado, quer por via normativa, por meio de um conjunto de regras estruturantes que têm vindo a ser produzidas e que vinculam os Estados-Membros, mas também por via da avaliação efetuada aos sistemas prisionais dos mesmos Estados. As Regras Penitenciárias Europeias emergem, nesse sentido, como exemplos mais relevantes.

---

<sup>1</sup>Cf. Manifeste pour une politique criminelle européenne. In. [www.crimpol.eu](http://www.crimpol.eu).

Esse caminho decorre, igualmente, da sedimentação de uma emergente política criminal europeia em que o princípio da necessidade das penas, sustentado na afirmação do direito penal como último meio de controlo social, é absolutamente assumido<sup>1</sup>.

## DESENVOLVIMENTO

I. Numa das suas últimas obras, um dos maiores pensadores da atualidade, Jürgen Habermas, recentra a relevância do discurso dos direitos humanos no local onde ele tem de incidir, ou seja no direito. Diz Habermas que "os direitos humanos, independentemente do seu conteúdo exclusivamente moral, têm a forma de direitos subjetivos positivos, cujo desrespeito é punido, o que garante ao indivíduo espaços de liberdade e de direitos"<sup>2</sup>.

Os tribunais são a instituição em que, sem limitação, se garantem os direitos dos cidadãos. Pode-se dizer que é no exercício e na efetividade das garantias que se encontra o core business dos tribunais. A tutela das garantias do cidadão é o seu "ADN".

Este dever imperativo pode ser encontrado em qualquer tipo de tribunal, em qualquer tipo de processo ou qualquer que seja a fase procedimental em que os tribunais são chamados a intervir.

Assim e centrando-nos no sistema penal, tanto nos tribunais de julgamento, nos tribunais de recurso ou nos tribunais de execução de penas, essa garantia é horizontalmente assegurada. Como decorre hoje, de forma clara da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a justiça «não tem que ficar à porta das prisões»<sup>3</sup>. A execução da pena de prisão num estabelecimento prisional impõe o respeito pelo princípio de que as pessoas detidas conservam todos os direitos, salvo aqueles que decorrem da sentença condenatória e da colocação em detenção e, ainda, que toda a restrição dos direitos que decorre dessa situação deve ser efetuada na medida estritamente necessária e proporcional aos objetivos que são pretendidos pela concretização da pena de prisão.

O que está em causa é o acompanhamento e a fiscalização da execução da pena de prisão de um cidadão condenado que é atribuída a um juiz, nomeadamente a um juiz de execução de penas. Princípio já hoje consagrado em muitas jurisdições, como a portuguesa, e que o Tribunal Constitucional (TC) vem sedimentando, como é referido no Acórdão nº 427, de 28 de agosto de 2009, quando se refere a uma nova fase no processo, "arcada pela tendência para estender a intervenção jurisdicional a toda e

<sup>2</sup>Ensaio sobre a Constituição da Europa, Edições 70, Lisboa, 2011, p. 38

<sup>3</sup>Cf., nesse sentido, a decisão pioneira Golder contra Reino Unido, de 21 de fevereiro de 1975, seguida de muitas outras ao longo dos anos.

<sup>4</sup>Anabela Miranda Rodrigues, Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 137.

qualquer questão relativa à modelação da execução que possa contender com os direitos do recluso". Ou, como refere Anabela Rodrigues, ao salientar que se trata "de converter a intervenção jurisdicional em garante da execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade, na medida em que a sua modelação afete directamente os direitos do recluso"<sup>4</sup>.

Seguindo ainda o que é referido pelo TC no Acórdão citado, "do que se trata, afinal, é de conter esta intervenção no âmbito da função jurisdicional (artigo 202º, nºs 1 e 2, da CRP), dando ao juiz da execução das sanções privativas da liberdade o papel de juiz das liberdades, à semelhança do que sucede em outros lugares do ordenamento jurídico (cf. artigo 32º, nº 4, da CRP)". Sem prejuízo de a reserva de juiz significar também que é da competência de um tribunal tomar certas decisões no decurso da execução (por exemplo, as que modificam, substituem ou complementam a sentença condenatória).

Os tribunais, como instituições de garantia, são o repositório direto das violações dos direitos, ainda que matizados por diferenças de grau e, naturalmente, assentes numa diversificação diferenciada de indignação de quem vê, por variadíssimas razões, os seus direitos restringidos ou mesmo coartados. Aqueles graus de indignação cada vez mais e, sobretudo, cada vez com mais impressividade, chegam aos tribunais ainda que por meio de ecos de diversas matizes jurisdicionais.

Numa ligação direta, simultaneamente moral e jurídica, entre a dignidade humana e os direitos humanos, diz-nos ainda Habermas que "a invocação dos direitos humanos alimenta-se da indignação dos ofendidos face à violação da sua dignidade humana"<sup>5</sup>.

2. Na afirmação do princípio da garantia do respeito pela dignidade humana, atualmente consagrado no artigo 1º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, inserida no Tratado de Lisboa, o que está em causa, no que respeita ao detido a cumprir uma pena, é o princípio de que o fato de se estar a cumprir uma pena de prisão não implica que se perca ou restrinja a dignidade de quem está detido.

Trata-se, no entanto, de uma situação que não é, ainda, de todo entendida e, sobretudo, posta em prática em muitos países, tanto da Europa como, sobretudo, do resto do mundo.

A constatação de que não era nem é pela indignidade das condições de reclusão que se evitam as taxas de reincidência ou se sanciona apenas quem comete crimes é, hoje, uma certeza. Juridicamente, esse princípio é aceite por grande parte dos documentos internacionais no domínio penitenciário.

Veja-se, por exemplo a afirmação de Eduardo Vetere, quando refere que

o reconhecimento dos presos com cidadãos e a apreciação das continuidades

---

<sup>5</sup> Ob. Cit. p. 31.

entre a vida na prisão e a vida comunitária demonstraram ser o melhor meio de humanizar as prisões e de ressocializar os presos. Nesta perspectiva a estrita observância dos direitos dos presos seria não apenas o bem estar dos presos e das suas famílias mas reafirma também uma atitude positiva por parte da sociedade em relação ao facto de os presos terem que ser postos em liberdade e aí serem reintegrados<sup>6</sup>. (VETERE, 2007)

Num outro documento recente, que dá conta do que está a ser efetuado no âmbito das Nações Unidas para modificar as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos<sup>7</sup>, refere-se explicitamente que nos casos em que o sistema prisional não se considere parte do sistema penal (como acontece em alguns Estados), ou seja, não dependa do poder judicial e seja gerido pela administração, aquele sistema deve reger-se pelo que está referido nas decisões judiciais que estabelecem o modo legítimo de cumprir essas decisões [que aplicam penas de prisão]. Por outras palavras, o funcionamento dos estabelecimentos penitenciários deve ajustar-se aos parâmetros das suas competências legítimas, respeitando o ordenamento jurídico e os direitos humanos. Nenhuma autoridade administrativa pode intensificar por iniciativa própria a gravidade de uma decisão judicial.

Essa perspectiva, partilhada por um cada vez maior número de entidades, assenta essencialmente na afirmação de que é no princípio do tratamento digno de quem cumpre uma pena de prisão que se deve encontrar a «chave» de mudança de um paradigma da própria execução daquela pena.

Num artigo sobre a perspectiva europeia da execução da pena de prisão, em contraste com o sistema penitenciário dos Estados Unidos, James Q. Whitman<sup>8</sup> acentua a diferenciação dos dois sistemas de execução de penas de prisão, exatamente na constatação do «nivelamento por baixo» na consagração de direitos dos presos dos EUA, atribuindo a essa desqualificação consequências graves para o sistema penal e penitenciário, tanto no âmbito da violência das prisões como no da reincidência.

Essa é a grande lição que provavelmente a Europa pode dar a um sistema penitenciário maximalista e iníquo, com uma das maiores taxas de encarceramento do mundo<sup>9</sup>, com o qual muito pouco temos a aprender nesta matéria.

<sup>6</sup>"Proteger los derechos humanos de los presos. Um reto global" in Los Derechos Humanos de los Presos, Seminário Internacional de Estúdio, Conferencia Episcopal Espanola, Edice Editorial, Madrid, 2007.

<sup>7</sup>Grupo de Trabalho do Subcomité para a Prevenção da Tortura e outros Maus Tratos ou Penas Degradantes, ONU, 2013.

<sup>8</sup>«Comment expliquer la peine aux États-Unis?», Archives de Politique Criminelle, n° 27, 2006.

<sup>9</sup>Para uma visão global do sistema penitenciário norte-americano, de forma muito crítica, cf. Bruce Western, Punição e Desigualdade na América, Almedina, Coimbra 2009.

3. Em tempos ainda mais recentes, começou a desenhar-se uma nova e mais arrojada tendência que faz caminho na doutrina penitenciária mas também na pragmática penitenciária.

Trata-se da assunção do princípio de que sendo a prisão a última estação no percurso da sanção penal, não pode deixar de, por isso mesmo, assumir sempre uma dimensão funcionalista em relação aos princípios que a sustentam.

A prisão é um caminho para a liberdade. Ou seja, quem está preso deve compreender que está ali para estar apto, quando terminar a pena, a viver em sociedade com os outros e não contra os outros<sup>10</sup>. O que é relevante na execução da pena de prisão será aprender, nesta, a responsabilidade de viver em sociedade. “Fixar como objetivo à sanção penal tornar responsável o condenado supõe o seu reconhecimento como um cidadão de corpo inteiro e não como “um outro” agarrado à criminalidade e que não faz parte da sociedade”, refere Julien Morel D'Arreux<sup>11</sup>.

É evidente que o passo da aprendizagem não pode omitir a necessidade de prevenção da reincidência criminal, necessariamente ligada ao cumprimento de um tempo de encarceramento que deve variar em função da personalidade de quem cometeu o crime e, sobretudo, das exigências de segurança que se impõem, ante essa personalidade.

Esse tempo de encarceramento que justifica, aliás, a própria natureza da pena de prisão em função das necessidades de prevenção, não pode, no entanto, continuar a ser visto como uma espécie de «congelador temporário da personalidade» do recluso.

Por isso, a importância da responsabilização do condenado, logo no início do cumprimento da pena, por uma espécie de contratualização com os serviços penitenciários de um programa de execução e cumprimento da pena, deve constituir a primeira «estação» do percurso da execução da pena de prisão.

Ideia fundamental é a de que a preparação para a liberdade e a reinserção na sociedade deve-se iniciar no primeiro momento em que o detido começa a cumprir pena. Ideia igualmente sustentada na documentação mais recente do Conselho da Europa nomeadamente, pela Resolução n.º 2 sobre A política penitenciária na Europa de hoje aprovada na 30.ª Conferência do Conselho da Europa dos Ministros da Justiça, em Istambul, entre 24 e 26 de novembro de 2010.

4. Um outro princípio tem a ver com a diferenciação das penas de prisão e do modo como têm de ser executadas.

---

<sup>10</sup> Nesse sentido, Philippe Pottier: «Repenser la peine de prison après la Loi du 24 Novembre 2009», *Pouvoirs*, n. 135, 2010, p. 158.

<sup>11</sup> «Les prisons françaises et Européennes: différentes ou semblables?», *Pouvoirs* n.º 135., cit. p. 168.

A penas de prisão diferenciadas, nomeadamente no seu quantum, deve corresponder um modelo de execução da pena também ele diferenciado.

As estatísticas europeias evidenciam o fato de haver uma população penitenciária significativa que cumpre penas curtas de prisão, sejam por períodos seguidos de alguns meses, sejam por dias livres.

O segmento das pessoas que cumprem essas penas de prisão assume, na sua essência, um gap em relação à população prisional que cumpre penas de prisão mais longas. O «caminho para a liberdade» tem, no domínio das penas curtas de prisão, um outro significado, em relação a quem cumpre penas longas, que não pode ser omitido quando se fala de execução da pena de prisão.

No sistema penal e penitenciário português, a diferenciação penitenciária tem hoje um enquadramento normativo específico no domínio do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, aprovado pela Lei nº 115, de 12 de outubro de 2009, e já modificado pela Lei nº 40, de 3 de setembro, de 2010 (CEPMPL).

O princípio da especialização e da individualização a que se refere o artigo 3º nº 4 do CEPMPL tem uma dimensão prática na exigência de estabelecimentos prisionais diferenciados, quer em função da natureza da restrição da liberdade (presos preventivos), quer em função do tipo de detidos já condenados (jovens até aos 21 anos ou, sempre que se revele benéfico para o seu tratamento prisional, até aos 25 anos; mulheres, ou reclusos que careçam de especial proteção), quer em função da pena aplicada (reclusos que cumpram pena de prisão pela primeira vez). É isso que decorre do artigo 9º nº 2 do CEPMPL.

Mas não é apenas na diferenciação dos estabelecimentos penitenciários, em função do tempo de encarceramento, que se deve levar em consideração o que deve ser diferenciado.

«A execução das penas e medidas privativas da liberdade orienta-se pelo princípio da individualização do tratamento prisional e tem por base a avaliação das necessidades e riscos próprios e cada recluso», refere o artigo 5º do CEPMPL.

É o recluso condenado, individualmente considerado, em função da pena concreta e do crime que cometeu, bem como da sua personalidade que está em causa em qualquer processo de execução de pena de prisão.

O que se quer referir é que a condenação numa pena de prisão de seis, sete, oito ou dez meses de prisão, por um crime de condução sem habilitação legal, por exemplo, ou por crime de condução sob a influência de álcool ou por tráfico de droga de pequena quantidade, deve ser executada de acordo com a situação concreta em que o recluso se viu confrontado.

O que importa é, por exemplo, dotar o recluso que não tem carta de condução (e que foi condenado numa pena de prisão certamente por múltiplas recidivas) de competências para conseguir esse título, de modo a que não volte a cometer crimes da mesma natureza. No caso da condução sob influência de álcool, é necessário efetuar

um trabalho de percepção para entender se, no caso, está-se perante uma situação de um alcoólico (com patologia específica) ou, ao contrário, apenas de alguém que pura e simplesmente não tem nenhuma capacidade de autocontrole rodoviário, quando ingere álcool. Situação semelhante envolve, em regra, as condenações de pequeno tráfico de estupefacientes, geralmente ligadas ao consumo. Na execução da pena tem de se levar em conta essa diferenciação. Que não passa necessariamente por um «enclausuramento temporário» no estabelecimento prisional.

De igual modo, no âmbito de penas de média duração (até cinco anos de prisão), os problemas são também diferentes e o caminho para a liberdade deve ter outro percurso.

Pense-se, por exemplo, na percentagem de reclusos com problemas de dependências, tanto de drogas como de álcool ou aqueles reclusos com patologias do foro psíquico detectadas, não suficientemente graves para cumprirem a pena em estabelecimentos prisionais de saúde.

Nesses casos, a criação de condições de ressocialização do recluso em função dos seus défices cognitivos, de modo a que, no período da reclusão, sejam superados para conseguir atingir e tentar resolver a origem de alguns dos problemas que estarão na origem dos fatos, surge como a pedra de toque.

Outra dimensão da diferenciação refere-se à situação dos reclusos estrangeiros.

Há, na maior parte dos países europeus, um número elevado e permanente de população prisional estrangeira, relativamente aos cidadãos nacionais ou residentes<sup>12</sup>. Trata-se de um problema não apenas conjuntural, mas que, por via da sua persistência e mesmo aumento, deve configurar-se já como uma questão estrutural no domínio das políticas penitenciárias.

Alguma doutrina vem referindo esse problema como consubstanciando uma «dupla reclusão» no sentido de ser uma população particularmente desfavorecida ante a restante população prisional<sup>13</sup>. Recorde-se, por exemplo, a dificuldade na compreensão da língua diferente e os problemas que daí advêm na explicitação e compreensão das decisões proferidas, bem como a generalizada ausência de referências culturais e sociais que permitam um entendimento adequado do sistema.

Mais grave são, porventura, as consequências que essa dupla reclusão comporta no domínio dos procedimentos de «aprendizagem à liberdade», decorrentes quer das

---

<sup>12</sup> Dos 14.392 reclusos detidos nas cadeias portuguesas em 31 de março de 2014, 18% eram cidadãos estrangeiros (cf. [www.dgsp.mj.pt/estatística/pop/](http://www.dgsp.mj.pt/estatística/pop/)). A situação em Espanha é semelhante, embora apresentando taxas superiores. Em setembro de 2012 consubstanciavam 31,7%. Em Itália, na mesma data, os cidadãos estrangeiros eram 35,9% da população penitenciária, em França 17,9% e na Bélgica 42%.

<sup>13</sup> Cfr. João Luís Moraes Rocha, *Reclusos Estrangeiros: um estudo exploratório*, Almedina, Coimbra, 2001 página 52.



saídas jurisdicionais, quer da liberdade condicional. É um fato que ser-se estrangeiro numa prisão comporta uma diminuição considerável das oportunidades de aceder à liberdade condicional. A inexistência de soluções de retaguarda no exterior, tanto familiares como sociais, que permitam enquadramento e apoio a essa liberdade provisória é, na grande maioria das vezes, um travão à concessão dessas saídas jurisdicionais do recluso.

Essa situação torna quem já está vulnerabilizado por via da reclusão, duplamente vulnerabilizado, por via da sua condição de «estrangeiro». O que impõe sejam tomadas posições também elas diferenciadas na execução da pena.

As soluções para uma reinserção efetiva e útil não passam naturalmente por soluções idênticas para cidadãos reclusos tão diferenciados. Devem, no entanto, levar em consideração outros discursos e outras soluções jurídicas que não tenham de passar necessariamente por uma restrição da liberdade num interior do estabelecimento prisional.

5. No caminho de percepção e entendimento da liberdade como um bem essencial que só deve ser coarctado numa ultima ratio, assume especial relevância, como uma das «estações para a liberdade», a medida alternativa à prisão nomeadamente a adaptação à liberdade condicional.

Como se sabe, a liberdade condicional é um dos principais mecanismos previstos nos vários ordenamentos jurídicos para concretizar o cumprimento das finalidades subjacentes à execução da pena privativa de liberdade, nomeadamente, a reinserção social do recluso na sociedade. Constitui um passo intermédio entre o cumprimento da pena e a vida em liberdade<sup>14</sup>.

Consagrada como poder-dever do juiz, vinculado à verificação de pressupostos formais e substanciais, configura um incidente da execução da pena de prisão.

Na liberdade condicional, uma vez cumprida uma parte da pena de prisão em que foram, de alguma forma, alcançados alguns objetivos subjacentes à execução da pena de prisão, o recluso vê recair sobre ele um juízo de prognose favorável sobre o seu comportamento futuro em liberdade, eventualmente condicionado pelo cumprimento de determinadas condições cuja consequência é o seu retorno à liberdade.

A participação do próprio recluso na decisão pela prestação do seu consentimento é condição fundamental para a efetivação do incidente.

A Legislação Portuguesa comporta, hoje, no artigo 62º do Código Penal (CP), para efeitos de adaptação à liberdade condicional, a antecipação da colocação em liberdade

---

<sup>14</sup> Cf. sobre esta questão, Jose António Mouraz Lopes, A Fundamentação da sentença no sistema penal português, Almedina, Coimbra, 2011 p. 309 e ss.

condicional num prazo que pode ir até um ano, sendo que o recluso ficará obrigado durante esse período ao regime de permanência na habitação, com fiscalização de meios técnicos de controle à distância<sup>15</sup>.

No regime de adaptação à liberdade condicional, estabelecido no artigo 62º do CP, está ainda em causa a aplicação do princípio de que prisão só deve ser cumprida efetivamente se não for possível conseguir por outros meios não totalmente cerceadores da liberdade os seus fins.

Em termos de conteúdo da medida, não existe diferenciação da aplicabilidade do instituto em relação ao regime de permanência na habitação com vigilância eletrônica como pena de substituição.

Sublinhe-se que, como na liberdade condicional, o consentimento do recluso é, também, um dos requisitos essenciais para a decisão do regime de «adaptação à liberdade condicional» para além dos pressupostos estabelecidos no artigo 61º para a liberdade condicional.

Na sua aplicação prática, ainda que com uma distorção de aplicação em relação aos vários tribunais, o regime de adaptação à liberdade condicional com vigilância eletrônica tem mostrado, entre dezembro de 2008 e dezembro de 2012, uma taxa de sucesso, tendo em conta os números resultantes da revogação por incumprimento que atingem cerca de 0,88%, ou seja menos de 1%<sup>16</sup>.

O que se pode concluir, essencialmente, é que essa medida, ao retomar o discurso (e a prática) da liberdade do recluso como paradigma, ainda que sujeita a restrições apertadas, confirma que a finalidade ressocializadora da pena de prisão é compatível com modelos flexíveis em que o caminho para a liberdade nunca é o mesmo para cada um dos cidadãos condenados.

**6.** A questão mais crucial no domínio da execução da pena de prisão prende-se com a efetividade no cumprimento das penas de prisão.

O processo de execução da pena de prisão em todo o seu percurso, independentemente da estrutura administrativa que tem as competências atribuídas a esse dever, não pode deixar de ter presente essa dimensão finalística da pena de prisão.

Há um dever legal, por parte da administração penitenciária, de cumprir as finalidades legais e constitucionais que estão subjacentes à pena de prisão que foi aplicada e decretada por um tribunal. As exigências legais [e mesmo constitucionais] que vinculam todo o sistema penal, concretamente todos os princípios que subjazem e condicionam a

---

<sup>15</sup> Sobre esta situação em Portugal cf. José Mouraz Lopes, «Entre a reclusão e a liberdade condicionada: a importância da monitoração electrónica», in *Monitoração Eletrônica, probation e Paradigmas Penais*, coord. Paulo Iász de Moraes, Nuno Caido, ACLO Editorial, 2014.

<sup>16</sup> Cf. «Vigilância eletrônica, Indicadores estatísticos mensais», DGRSP, dezembro de 2012.

aplicação de uma pena de prisão, não podem ser esquecidos a partir do momento em que se "fecham os portões do presídio". A vinculação aos princípios constitucionais, nomeadamente da tutela da dignidade humana ou da proporcionalidade na restrição de direitos, mantém-se inalterável. Se assim não fosse, as finalidades da pena ficariam esvaziadas de conteúdo.

Quando se condena alguém a cumprir uma pena de prisão, essa condenação impõe, no momento da sua execução, que estejam asseguradas as garantias mínimas da exequibilidade dela, respeitando-se o quadro constitucional em que se enquadra o sistema.

Há, por isso, um conjunto de circunstâncias que necessariamente deve ser assegurado para garantir o cumprimento da execução de uma pena de prisão e que não se circunscreve apenas à garantia de direito in book.

Como referido noutra obra, é na pena de prisão que os problemas teóricos assumem clareza e crueza que ultrapassam a reflexão dogmática<sup>17</sup>.

Nesse sentido, assumem especial destaque as instalações penitenciárias, as condições sanitárias e a saúde dos reclusos, a sobrelotação das cadeias e a diferenciação da população prisional. Essas questões ultrapassam as fronteiras da execução das penas de prisão aplicadas nos vários Estados, sendo atualmente fonte de análise no confronto dos vários sistemas prisionais e mesmo nas condenações judiciais produzidas pelas jurisdições internacionais e no modo como aí são executadas as penas de prisão<sup>18</sup>.

Conforme tem sido sublinhado em variadíssima jurisprudência do TEDH, na execução da pena de prisão deve-se assegurar "que o preso não vive um sofrimento de uma intensidade tal que exceda o nível inevitável inerente à detenção".

Desde logo o primeiro, ainda que não o mais relevante, índice relativo à questão penitenciária concreta tem a ver com o número de presos que existem em determinado país num determinado momento e a sua evolução no tempo. Ou seja, o que se chama de taxa de encarceramento de um país.

A importância deste índice é-nos dada, desde logo, pela monitorização que dele faz o Conselho da Europa que em permanência exige dos estados que disponibilizem esses dados o mais rapidamente possível.

A fotografia do cumprimento dos direitos dos reclusos, tendo por parâmetro a tutela dos direitos humanos, em qualquer dos países do CE passa desde logo nesta matéria

<sup>17</sup> Cf. José Mouraz Lopes, *A Fundamentação da Sentença no Sistema Penal Português*, cit. , p.298.

<sup>18</sup> Assim, Elisabeth Lambert-Abcelgawad, «L'emprisonnement des personnes condamnées par les juridictions pénales internationales», in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, nº 2 Janvier-Mars 2003, p. 162. Sobre o sistema norte-americano, Bruce Western, *Punição e Desigualdade na América*, cit. Para o sistema italiano, cf. Emilio Dolcini, «Pene detentive, pene pecuniarie, pena limitative della liberta personale: uno sguardo sulla prassi», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, pp. 98 e 99.

pelo conhecimento real da situação do número de presos por comparação com o número de lugares disponíveis nos estabelecimentos prisionais onde as penas têm de ser cumpridas.

Numa breve e sintética radiografia sobre a situação em alguns países da Europa, constatou-se que em Portugal, em 1º de janeiro de 2015, estavam detidos 14.222 cidadãos. No mesmo período e tendo em conta os dados disponíveis, na Bélgica eram 13.299; na Áustria, 8.692; na Noruega, 3.630; na Dinamarca, 3.578; na Grécia, 11.798; na Finlândia, 2.974; na Polónia, 77.872; na Alemanha, 61.872; na Itália, 53.623; na Espanha (total), 65.017; na França, 66.678<sup>19</sup>.

De outro modo, ainda segundo as mesmas estatísticas, a taxa de sobrelotação das cadeias naqueles países era a seguinte: Bélgica, 111,1; Áustria, 92,5; Noruega, 80,02; Dinamarca, 92,7; Grécia, nd; Finlândia, 91,0; Polónia, nd.; Alemanha: nd.; Itália: nd; Espanha (total), 80,09; França, 113,19<sup>20</sup>. Em Portugal, essa taxa era de 112,9.

Ou seja, vários países comportam taxas de sobrelotação elevadas dos estabelecimentos prisionais.

Outra questão prende-se com o «espaço físico» da prisão e, concretamente, com a situação concreta das condições de detenção que evidenciam algumas instalações penitenciárias.

Sublinhe-se que a matéria das condições de detenção tem sido objeto de apreciação jurisdicional por parte do TEDH e, por várias vezes, proferiram-se decisões condenatórias de vários Estados em que se detectaram condições degradantes na execução concreta de penas de prisão (ver, entre outros os casos *Dougoz c. Grécia*, de 2001.03.06, *Nazarenko c. Ucrânia*, de 2003.04.29, *Van der Ven c. Holanda* de 2003.02.04).

A questão das condições de detenção assume, no entanto, hoje, outra dimensão jurídica normativa que deve suscitar a atenção de todos.

A Carta Europeia dos Direitos Humanos, no seu artigo 4º interdita as penas e os tratamentos desumanos ou degradantes, medida que se impõe a todos os Estados-Membros da EU e a todas as jurisdições. Trata-se de garantia que revela carácter absoluto porque se encontra diretamente ligada ao respeito pela dignidade humana.

É sabido que, na conformação do papel interventivo do TEDH no quadro jurídico europeu, a questão das condições de detenção tem sido essencial para dar conteúdo efetivo ao princípio referido. Nomeadamente, a exigência que é feita aos Estados onde ocorra detenção de «uma obrigação positiva que consiste em assegurar que todo o

---

<sup>19</sup> Cf. <http://wp.unil.ch/space/space-i/prison-stock-on-1st-january/prison-stock-on-01-jan-2015-2016/>

<sup>20</sup> Cf. <http://wp.unil.ch/space/space-i/prison-stock-on-1st-january/prison-stock-on-01-jan-2015-2016/>

prisioneiro é detido nas condições que garantam o respeito pela dignidade humana, que as modalidades de execução da medida não submetam o interessado a uma angústia ou a uma prova de tal intensidade que exceda o nível de sofrimento inevitável inerente à condição de detenção e que, respeitando as exigências práticas da situação de prisão, assegurem de maneira adequada a saúde e o bem estar do prisioneiro» (assim acórdãos do TEDH, Torregiani e outros c. Italia, n.º 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, de 8 de janeiro 2013, § 65).

As consequências de condenações efetuadas pelo TEDH, sustentadas na violação desses princípios, são essencialmente de cariz econômico para o Estado incumpridor.

No entanto, por via de um recentíssimo Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), essas consequências assumem, a partir de agora, outra dimensão com reflexos na ordem jurídica europeia de modo muito mais efetivo para os cidadãos.

A propósito da interpretação dos artigos 1º, § 3; 5º; e 6º § 1, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de junho, relativa ao Mandato de Detenção Europeu, o TJUE veio a decidir que aqueles artigos devem ser interpretados no sentido de que, «em presença de elementos objetivos, fiáveis, precisos e atualizados que testemunhem a existência de falhas, tanto sistémicas ou generalizadas, sejam relativas a certos grupos de pessoas, seja ainda relativamente a determinados centros de detenção, no que diz respeito às condições de detenção no Estado membro de emissão, a autoridade judiciária de execução deve verificar, de maneira concreta e precisa se existem motivos sérios e reconhecidos para crer que a pessoas em causa num Mandato de Detenção Europeu emitido com a finalidade do exercício de perseguição penal ou de execução de uma pena privativa de liberdade, correrá, em razão das condições de detenção nesse Estado membro, um risco real de tratamento desumano ou degradante, no sentido do artigo 4º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em caso de entrega ao referido Estado membro. Para esse fim a autoridade judiciária deve solicitar a quantidade de informações complementares à autoridade judiciária de emissão, a qual, após ter, se necessário, requisitado a assistência da autoridade central ou de uma das autoridades centrais do Estado membro de emissão, no sentido do artigo 7º da referida Decisão Quadro, deve comunicar essas informações no prazo fixado no pedido. A autoridade judiciária de execução deve adiar a sua decisão sobre a entrega da pessoa em causa até que tenha obtido as informações complementares que lhe permitam afastar a existência de tal risco. Se a existência desse risco não puder ser afastada num prazo razoável, a autoridade deve decidir se deve ocorrer razão para pôr fim ao processo de entrega».

Ou seja, juridicamente, uma autoridade judiciária de um Estado da União pode sustar (e mesmo recusar) a entrega de um cidadão a um outro Estado da União se as suas prisões não tiverem condições de detenção que cumpram os standarts europeus que impõem a proibição de tratamentos desumanos e degradantes.

Deve-se referir que a decisão assumia importância essencial no papel garantístico que os tribunais devem assumir em função dos princípios normativos consagrados nos

documentos internacionais que vinculam os Estados.

Mas também evidencia a questão essencial que deve ser sempre levada em conta quando se aplicam leis e, concretamente, leis que colidem diretamente com a vida concreta dos cidadãos. A sua exequibilidade. Ou seja, na aplicação do direito não importa tão só efetuar uma exegese normativa sobre o valor e a razão da *law in books*, mas também antes e cada vez mais levar em conta a *law in action*.

Por isso todas as questões que topicamente referimos, sejam as condições relacionadas com a sobrelotação dos estabelecimentos, com as deficientes condições das instalações penitenciárias, com o respeito dos direitos das minorias estrangeiras ou outras que estejam detidas, têm hoje uma dimensão de efetividade jurídica inequívoca.

Os Estados devem, por isso, assumir de uma vez por todas que os cidadãos detidos, ainda que com sua liberdade temporalmente retirada, são cidadãos cujos restantes direitos têm de ser respeitados. Nomeadamente pelas instituições do Estado têm-se responsabilidades diferenciadas nesta matéria.

As condições de detenção são parte essencial da concretização da finalidade das penas de prisão. Sem elas as prisões não serão mais do que depósitos de cidadãos socialmente indesejados.

As decisões judiciais referidas serão o sinal claro para os Estados de que, pelo menos na Europa, os cidadãos detidos e a cumprirem penas de prisão não podem ser tratados de forma diferenciada para além do fato de terem a sua liberdade restringida.

## CONCLUSÃO

Os tópicos salientados, ainda que diversificados no seu âmbito e nas suas consequências, pretendem apenas servir de alerta para um caminho de trabalho na defesa dos direitos humanos dos cidadãos reclusos. Caminho árduo, silencioso e, por isso, difícil. Mas que em que ser feito. Sendo dificilmente resolúvel o paradoxo que decorre da pena de prisão como solução para alguém «aprender» a viver em liberdade, o respeito pela dignidade de quem está a cumprir uma pena de prisão e sua participação na construção da aprendizagem à liberdade podem indicar um caminho acertivo para atenuar aquele paradoxo.

Voltando a Habermas, pode-se afirmar que «os direitos humanos constituem uma utopia realista, na medida em que deixaram de prometer uma felicidade coletiva retratada como utopia social e passaram a consagrar o objetivo ideal de uma sociedade justa nas instituições do próprio Estado institucional»<sup>21</sup>.

Os tribunais têm de estar na vanguarda da defesa dos direitos humanos.

Esta é a utopia realista que se deseja para a matéria.

---

<sup>21</sup> Ensaio sobre a Constituição da Europa, cit. p. 52.

## REFERENCIAS

HABERMAS, JÜRGEN. **Um Ensaio sobre a Constituição da Europa**. Edições 70. Lisboa, 2011, p. 38.

LOPES, Jose António Mouraz. **A Fundamentação da sentença no sistema penal português**. Almedina, Coimbra, 2011 p. 309 e ss.

\_\_\_\_\_. Entre a reclusão e a liberdade condicionada: a importância da monitoração electrónica. In. **Monitoração Eletrônica, probation e Paradigmas Penais**, coord. Paulo Iász de Moraes, Nuno Caído, ACLO Editorial, 2014.

POTTIER, Philippe Pottier. *Repenser la peine de prison après la Loi du 24 Novembre 2009*. Pouvoirs, n. 135, 2010, p. 158.

ROCHA, João Luís Moraes. **Reclusos Estrangeiros: um estudo exploratório**. Almedina, Coimbra, 2001, p. 52.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária**. Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 137.

VETERE, Eduardo. Proteger los derechos humanos de los presos. Um reto global. In. *Los Derechos Humanos de los Presos*. Seminário Internacional de Estúdio, Conferencia Epsicopal Espanola. Edice Editorial, Madrid, 2007.

WESTERN, Bruce. **Punição e Desigualdade na América**. Almedina, Coimbra 2009.

Recebido em: 24/11/2016  
Aprovado em: 11/01/2017

