

PARECER DO SMMP RELATIVO

CÓDIGO DA EXECUÇÃO DAS PENAS E MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE

- 1.** A Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias solicitou a emissão de parecer sobre a Proposta de Lei nº 252/X referente ao Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.

Na data em que recepcionámos a Proposta a mesma já foi aprovada na generalidade pela Assembleia da República.

Como é referido na exposição de motivos, a Proposta visa alterar a actual Lei de Execução de Penas, a Lei Orgânica dos Tribunais de Execução das Penas, o Código de Processo Penal, bem como outras leis avulsas que se encontram relacionadas com a execução das penas.

É de saudar a intenção legislativa de consagrar essencialmente num diploma as matérias que regulam a execução das penas e se encontram dispersas por várias Leis. Cumpre salientar que alguns dos diplomas que se encontravam em vigor são já antigos, datando a sua versão original dos anos 70.

Saudamos igualmente o facto de a Proposta não consagrar algumas das soluções constantes do Anteprojecto que no Verão de 2008 bastante criticámos, designadamente a possibilidade de serem concedidas saídas a presos preventivos e estes poderem gozar do regime aberto virado para o exterior.

Pela negativa destacamos o facto do Código de Processo Penal estar a ser actualizado novamente, desde a última grande revisão que entrou em vigor em Setembro de 2007, sem que se proponha a alteração de alguns dos seus aspectos mais negativos, designadamente o regime do segredo de justiça e das medidas de coacção.

- 2.** A exposição de motivos da Proposta menciona que *“confere também especial atenção à vítima”* (ponto 12 da exposição de motivos) e exemplifica algumas previsões como a avaliação, no momento do ingresso, tendo em conta *“o risco para a comunidade e para a vítima”* e que a *“concessão de licenças de saída, ponderam-se, entre outros, as necessidades de protecção da vítima; a remuneração auferida pelo recluso é parcialmente afectada ao cumprimento de obrigações judiciais, nomeadamente prestações de alimentos e indemnizações à vítima; mediante consentimento, o recluso participa em programas de justiça restaurativa e de reparação da sua ofensa”*. Os normativos previstos são, contudo, muito modestos face aos objectivos declarados.

É evidente que, no actual contexto, já não é possível escamotear a controvérsia actual a propósito do âmbito de actuação do direito penal e processual penal.

No centro deste debate estão autores como Roxin e Klaus Lüderssen (2005), professor catedrático de Direito Penal da Universidade de Frankfurt, o qual considerou recentemente que *“O debate não gira só em torno da «modalidade alternativa de intervenção jurídica», mas também sobre que «alternativa ao direito» deve ser desenvolvida”* (p. 24 da obra sintomaticamente denominada *“Il Declino del Diritto Penale”*).

Afastando-nos das linhas que reflectem a negação e o fim do direito penal (v.g. as teorias abolicionistas como as de Nils Christie e Louk Hulsman), a reforma do direito penal que se antevê passa pela elaboração de um novo *paradigma* (Klaus Lüderssen, 2005, 147) que deve conter as regras base e linhas condutoras para uma actuação integrada do conjunto do ordenamento jurídico na tutela dos bens jurídicos fundamentais.

O último autor mencionado, considerando o direito penal do Estado de Direito uma *contradictio in adiecto*, prevê a sua substituição por um direito de “intervenção” (Interventionsrecht), sem carácter penal, orientada ao ressarcimento e – se necessário – à ressocialização (Lüderssen, 2005, 107-108)¹.

É, também, sugerida pela doutrina mais avançada uma tutela generalizante da vítima com uma actuação do direito civil com a finalidade de composição e reparação (Ausgleich) do dano provocado.

Não se assiste, contudo, entre nós a uma aceitação clara de tal concepção e a proposta do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade não dá um passo firme nesse sentido.

Seguindo as mais recentes posições doutrinárias, o objectivo que deve ser exigido ao direito penal num Estado de Direito será uma evolução que tenha em conta algumas linhas mestras donde se pode destacar:

- *A limitação da actuação das sanções ao nó duro do direito penal, em homenagem à dignidade e liberdade do ser humano;*
- *O evitar um ancoramento ao modelo punitivo e detentivo tradicional, com novas formas de limitação e de controlo da liberdade pessoal;*
- *A reforma conjunta, e com efeitos conjugados ao direito penal e ao processo penal, na valorização do papel da vítima;*
- *A diversificação do aparelho sancionatório penal;*
- *A passagem da pretensão punitiva do Estado para um segundo plano face ao respeito e exigência da vítima em conseguir uma composição do litígio de ordem material, e não formal e simbólica;*
- *Considerar que a reparação assume aspectos pedagógico-terapêuticos e adoptar os corolários dessa perspectiva (desde logo, com a colocação de um número adequado de técnicos nos estabelecimentos criminais);*
- *A amplificação do recurso aos princípios da reparação, da conciliação e da reabilitação (no estabelecimento de um modelo dialógico da justiça mais interessado em restabelecer as relações sociais do que em fracturar e sancionar);*
- *A adopção de uma perspectiva da reparação que não passe pela sua constituição numa pena (embora incida sobre o campo das consequências penais) à laia das “punitive damages” do sistema jurídico anglo-americano (cfr. Roxin, citado por Lüderssen, 2005, 33).*

3. Observando a “reforma” constante da Proposta do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade e as *supramencionadas* linhas de acção constata-se que a reorganização que é realizada passa, de certo modo, ao lado do epicentro do citado debate.

A presente proposta assenta, ainda assim, em duas linhas de força: o reforço das garantias do recluso no cumprimento das penas e medidas privativas da liberdade e a jurisdicionalização da execução da pena, passando o Ministério Público a verificar a legalidade das decisões da Administração Prisional.

Em tese abstracta, os objectivos primordiais da Reforma apresentada são positivos, embora alguns sejam, neste momento, de carácter mais programático do que real, face às carências humanas e materiais dos serviços.

3.1 O artigo 26º, nº 1 da Proposta dispõe que os reclusos são alojados em cela individual e o artigo 29º, nº1 prescreve que *os estabelecimentos prisionais dispõem de instalações e de equipamentos com as características adequadas às necessidades da vida diária, designadamente de ensino, formação, trabalho, saúde, higiene sócio-culturais e desportivas.*

¹ Desenvolvendo essa concepção denomina-a de “direito de intervenção da sociedade” (“soziale Interventionsrecht”) demonstrando como um tal direito poderia receber amplos sectores do actual direito penal vigente. O actual limite estaria no que concerne ao controlo do comportamento em formas graves de criminalidade como as que implicam violência e morte. Cfr.: LÜDERSSEN, K. (2005) . *Il Declino del Diritto Penale*. Milano: Giuffrè Editore.

Quem como nós conhece as carências dos estabelecimentos prisionais, sabe que não será possível que todos os reclusos beneficiem destas condições quando o diploma entrar em vigor.

Um dos problemas graves da exequibilidade das Leis em Portugal é que as mesmas são propostas e aprovadas sem a preocupação de existir um plano financeiro que as permita colocar em prática na sua plenitude.

Uma das grandes reformas do sistema prisional passaria pela adopção de novos modelos penitenciários com a construção ou reconversão de estabelecimentos prisionais que sejam compatíveis com os padrões dos países mais avançados da União Europeia.

Porém, o que se observa é que os nossos estabelecimentos prisionais se encontram sobrelotados e muitos deles não são dotados dos requisitos mínimos para que a execução da pena possa ser cumprida de forma digna e condicente com os objectivos que a Constituição e a lei para ela prevê.

Não desconhecemos que o Governo tem apresentado projectos para a remodelação das instalações penitenciárias, mas o que é certo é que ainda continuam a ser utilizados baldes higiénicos nos nossos estabelecimentos prisionais e não se vislumbra que tal realidade mude no curto prazo.

A organização dos estabelecimentos prisionais prevista no artigo 9º da proposta tem bastantes virtualidades, mas temos algumas dúvidas que existam condições materiais para a sua aplicação à generalidade do território nacional, face ao tipo de estabelecimentos prisionais que existem neste momento.

Não é possível efectuar uma verdadeira reforma do sistema de execução de penas sem que exista investimento em infraestruturas prisionais adequadas.

Nesta matéria gostaríamos de salientar que a dimensão dos estabelecimentos prisionais e a sua qualidade é que devem permitir cumprir a política criminal de ordem geral plasmada no Código Penal e no Código de Processo Penal e não o contrário.

A capacidade prisional dos estabelecimentos deve crescer em função do número de condenados, ao invés de se alterarem as leis penais, de modo a se reduzirem os condenados em penas de prisão efectiva consoante a lotação das prisões.

3.2 Por outro lado, o artigo 504º, nº 1, alínea a) do Código de Processo Penal, na nova redacção que é proposta, determina que o relatório da perícia psiquiátrica ou sobre a personalidade deve ser apresentado dentro do prazo de 30 dias.

Como é sobejamente conhecido, os atrasos na realização deste tipo de relatórios são uma das causas que motivam grandes atrasos nos processos.

Como regra estes exames e relatórios demoram vários meses a efectuar ou, por vezes, mais de um ano.

Mais importante do que consagrar um prazo de 30 dias para entrega de relatórios necessário seria, para que tal fosse realmente possível, se assistisse a um reforço de meios nesta área, de modo que se obtivesse uma melhor resposta do ponto de vista qualitativo, quantitativo e tempestivo.

3.3 O reforço das garantias do recluso na sua relação com a administração penitenciária e o controlo da legalidade das decisões desta, por parte do Ministério Público, apresenta aspectos positivos.

A jurisdicionalização do processo de execução permite um maior controlo das decisões da administração numa área em que existe uma forte tensão entre a Segurança do Estado e a Liberdade do indivíduo.

O recluso passa a poder impugnar judicialmente as decisões do Director do Estabelecimento Prisional que mais fortemente comprimem os seus direitos.

O Ministério Público assume um novo papel neste sistema quer controlando a legalidade das decisões aplicadas administrativamente aos reclusos quer controlando a actividade do Tribunal de Execução de Penas.

O novo regime e o papel do Ministério Público aproximam-se substancialmente daquele que é desempenhado nos Tribunais de Comarca, existindo uma valorização do Ministério Público no acompanhamento da execução de penas.

Importante é que se avalie com rigor a necessidade de quadros para responder a este novo conjunto de funções.

3.4 A este respeito, não podemos deixar de abordar a relação que continua a existir entre os Tribunais existentes nas Comarcas e o Tribunal de Execução de Penas.

No nosso entendimento seria preferível que o Tribunal de Execução de Penas assumisse a totalidade da execução da pena após o trânsito em julgado da decisão.

No momento actual existem várias divergências entre os dois tipos de tribunais, por exemplo, quanto ao cálculo das liquidações das penas.

Para evitar esse tipo de tensões seria preferível que, após o trânsito em julgado da decisão, o processo fosse remetido ao Tribunal de Execução de Penas e aí fosse efectuada a liquidação da pena, seguindo ali o processo os seus ultiores trâmites.

Face ao novo regime previsto no artigo 80º do Código Penal, os Tribunais de Execução de Penas deveriam gerir e ter acesso a uma base de dados nacional única em que ficassem registados todos os dias de detenção e períodos de prisão preventiva e obrigação de permanência na habitação sofridos pelos condenados.

Essa base de dados seria “alimentada” pelos órgãos de polícia criminal e Tribunais de Comarca.

Neste momento não é possível efectuar com exactidão a liquidação das penas, por não existir tal instrumento.

É praticamente impossível apurar qual o número de dias que um condenado esteve detido, quando ocorrem situações em que o mesmo foi detido em diversos processos, em várias zonas do país.

A falta de conhecimento da globalidade dos dias que o arguido esteve privado da liberdade implica que o mesmo cumprirá uma pena de prisão superior àquela que deveria cumprir, o que poderá inclusivamente motivar a interposição de acções contra o Estado, por prisão ilegal.

Deveria ser criada igualmente uma base de dados única onde se introduziriam todos os mandados de detenção pendentes, com vista ao cumprimento de penas, bem como todas as decisões que decretaram a prisão preventiva.

Esta base de dados evitaria que o Tribunal de Execução de Penas pudesse libertar um condenado quando existem processos judiciais em que foi decretada a prisão preventiva relativamente ao mesmo ou aquele tem penas de prisão para cumprir à ordem de outro processo.

Ao contrário do que aquilo que muitas vezes se quer fazer passar, os Magistrados não são contra a aplicação das novas tecnologias para se obter uma melhoria na administração da Justiça.

Aliás, podemos mesmo afirmar que algumas das soluções informáticas propostas por nós no passado não foram aceites pelo Governo, apesar de se encontrarem a ser implementadas noutros países da Comunidade Europeia.

3.5 O artigo 470º do Código de Processo Penal continua a dispor que a execução corre nos próprios autos perante o presidente do Tribunal de primeira instância.

A questão que importa colocar neste momento prende-se com o facto de saber se esta norma não colidirá com os poderes do presidente do Tribunal definidos no novo regime do Mapa Judiciário.

Como temos salientado noutras ocasiões é imprescindível que exista uma visão de conjunto do sistema, pois caso contrário geram-se dificuldades de interpretação e incongruências entre diplomas diversos.

4. Se é certo que a Proposta tem aspectos positivos existem outros que têm necessariamente de ser alterados.

De acordo com o disposto no artigo 14º, nº4 constante da proposta “ a colocação em regime aberto no exterior depende do cumprimento de um sexto da pena, tratando-se de pena não superior a cinco anos, ou de um quarto da pena, tratando-se de pena superior a cinco anos”.

O artigo 12º, nº3, alínea b) da Proposta define o regime aberto virado para o exterior pelo desenvolvimento de actividades em meio livre, sem vigilância directa.

Num momento em que se verifica um acentuado aumento da criminalidade é temerário efectuar uma proposta em que, por exemplo, um condenado pela prática de um crime de homicídio na pena de 10 anos de prisão possa circular livremente no exterior, sem vigilância, após 2 anos e meio de cumprimento de pena de prisão.

A população dificilmente conseguiria compreender esta medida, o que contribuiria para uma maior descredibilização do sistema punitivo.

O sistema punitivo tem de ser analisado no seu conjunto.

O Código Penal prevê penas de prisão severas, mas a prática tem demonstrado que os condenados não cumprem efectivamente tais penas.

Se o Código Penal prevê uma pena máxima de 25 anos de prisão, mas o Código de Execução de Penas permite que o condenado possa circular sem vigilância no exterior do estabelecimento prisional passados pouco mais de 6 anos, é passada uma imagem de maior impunidade, impunidade essa que já é sentida actualmente pela generalidade da população.

Por outro lado, gera-se um grande grau de incerteza quanto à pena de prisão efectivamente a cumprir.

Para a população em geral e para os criminosos em particular, o que verdadeiramente releva é o período de tempo que os condenados se encontram impossibilitados de sair do estabelecimento prisional.

A Justiça Penal no seu todo ficará completamente descredibilizada se a comunidade perceber que os autores de crimes graves rapidamente voltam a poder circular livremente.

A orientação de política prisional seguida pelo actual Governo aproxima-se das teses abolicionistas.

Como referiu Maurice Cusson, Professor de Criminologia da Universidade de Montreal, (Criminologia, Casa das Letras, 2ª Edição, pág. 102) “ quanto maior for a certeza da pena, menor será a criminalidade. (...) Na ausência de justiça pública credível, as vítimas e as suas famílias tendem a recorrer à autodefesa e à vindicta”.

É preciso não esquecer que como salienta o mesmo autor, (obra citada, pág. 219), “ a criminalidade resulta do cruzamento entre as decisões dos agentes do controlo social e as dos delinquentes. As sociedades, diz-se, têm os crimes que merecem”.

No ano de 2007 o SMMP elaborou um parecer sobre as Reformas Penais em que alertou para a perigosidade de tais alterações e que as mesmas provocariam um aumento da criminalidade. Os resultados estão à vista e o clima de insegurança geral instalou-se na comunidade.

A segurança da comunidade não pode ser sacrificada apenas para se pouparem alguns milhões de Euros através da redução da população prisional.

O regime que consta na proposta irá aumentar o sentimento de insegurança e o sentimento de impunidade que existem na sociedade portuguesa.

Na nossa opinião, o regime aberto virado para o exterior deverá ficar reservado para um momento próximo da liberdade condicional e não ter a amplitude que foi aqui consagrada.

Por outro lado, segundo o artigo 14º, nº6 da proposta a colocação do recluso em regime aberto virado para o exterior é da competência do Director-Geral dos Serviços Prisionais.

A decisão deste Director-Geral, nomeado politicamente, passa a ter mais importância do que a decisão judicial que fixa a pena de prisão ao condenado.

Na prática, quem determinará a pena em concreto que o condenado suportará passará a ser o Director-Geral dos Serviços Prisionais e não o Tribunal que proferiu a condenação.

Esta situação poderá levantar situações muito delicadas, em especial se os condenados forem figuras públicas com ligações à vida política, pois um elemento ligado ao poder executivo terá mais influência no cumprimento de uma pena do que uma decisão do Poder Judicial.

Um Tribunal independente poderá condenar um indivíduo a uma pena de prisão, mas na prática o Director-Geral poderá atenuar bastante esse cumprimento e transformá-la numa pena bastante suave.

Acresce que o Director-Geral dos Serviços Prisionais também poderá lançar mão deste instituto por razões de gestão dos meios prisionais.

Se grande parte da população prisional não se encontrar durante o dia nos estabelecimentos prisionais são necessários menos meios afectos à actividade prisional, designadamente menos guardas prisionais.

Atento o movimento de jurisdicionalização proposto por este código entendemos que a passagem para o regime aberto no exterior deverá ser da competência do Tribunal de Execução de Penas e ter uma amplitude muito menor do que aquela que se encontra consagrada e desde que se verifiquem determinados pressupostos processuais.

Para além dos aspectos já referidos, o artigo 13º da Proposta veio consagrar o regime aberto como regime geral, uma vez que o condenado só é colocado em regime comum quando a execução da pena não possa decorrer em regime aberto.

Em suma, a proposta defende que o regime regra do cumprimento de penas de prisão deverá ser cumprido fora dos estabelecimentos prisionais.

De um ponto de vista formal o condenado está preso, mas na prática o condenado passa o dia fora da prisão e só ali regressa para jantar e dormir. É este o regime regra que o Governo pretende implementar, mas parece-nos que a comunidade discordará totalmente do mesmo.

Mesmo numa conjuntura de aumento acentuado da criminalidade, o Governo tem a ousadia de efectuar este tipo de proposta, o que revela bem qual o seu entendimento sobre a política criminal a seguir.

A Segurança é uma função essencial do Estado e este não se deve demitir da mesma por razões económicas.

5. Outra situação que nos merece reservas encontra-se relacionada com a substituição da concessão da liberdade condicional pela execução da pena de expulsão, prevista no artigo 182º da proposta.

De acordo com o disposto no artigo 187º da Proposta, após o termo da liberdade condicional o juiz declara extinta a pena.

Se a liberdade condicional é substituída pela antecipação da execução da pena acessória de expulsão a pena extingue-se nesse momento ou não?

Se a pena se extingue nesse momento, na prática, assistimos a uma diminuição da pena, o que poderá causar situações de desigualdade perante condenados.

Numa situação em que dois co-arguidos forem condenados, com a aplicação deste regime um dos arguidos verá a sua pena extinta ao meio da pena enquanto o outro terá de aguardar vários anos até ao termo da pena.

Por outro lado, nada impede que o condenado que foi expulso regresse a Portugal e cometa novos crimes enquanto o co-arguido continua a cumprir pena ou em liberdade condicional.

Como é óbvio, como a pena foi extinta, a liberdade condicional não poderá ser revogada a este arguido, apesar de ter voltado a delinquir dentro do período em que, em princípio, estaria em liberdade condicional.

Se se entender que a pena não é extinta, com a substituição da liberdade condicional, cria-se uma situação de vazio até à data da extinção da pena.

No nosso entendimento, deveria poder continuar-se a aplicar o regime da liberdade condicional, mesmo aos cidadãos que sejam expulsos, sendo imposto aos mesmos a condição de não voltarem a entrar no território nacional no período da liberdade condicional.

Cumprir salientar que outros países da Europa apostaram no cumprimento das penas de expulsão em detrimento das penas de prisão – para além dos problemas sociais e familiares que tal política pode determinar – têm tido resultados pouco positivos, designadamente com o inevitável regresso dos condenados pouco tempo após a expulsão.

6. Tal como antes mencionámos, talvez fosse este o momento próprio para aprofundar uma discussão sobre qual o papel da vítima e do ofendido no nosso Direito Penal.

Não nos chocaria, por exemplo, que a liberdade condicional pudesse ser concedida após o cumprimento de um terço da pena de prisão nos crimes de natureza exclusivamente patrimonial, em que tivesse ocorrido um ressarcimento completo da vítima durante a execução da pena, desde que o mesmo fosse efectuado de forma voluntária pelo condenado.

O mesmo princípio poderia ser aplicado igualmente aos crimes de natureza fiscal de menor relevância.

Desta forma a vítima ou o ofendido veriam a sua situação patrimonial reparada e o condenado poderia cumprir uma pena de prisão efectiva inferior.

Para a vítima, para o condenado e para a sociedade em geral seria preferível uma solução deste género, sendo certo que não colocam em causa razões de prevenção geral ou especial.

O cumprimento da pena de prisão em regime aberto também deveria ser concedida tendo em conta estes factores.

É altura de iniciarmos um caminho de regresso a uma protecção mais efectiva das vítimas dos crimes.

O poder punitivo do Estado, para que seja verdadeiramente aceite, tem de ter em consideração os interesses da vítima.

Como referiu Guilherme Costa Câmara (Programa de Política Criminal Orientado para a vítima do crime, Coimbra Editora, 2008, pág. 215 “ o sentimento de impunidade que corrói a crença na justiça secularizada encontra-se fortemente conexas com o desamparo das vítimas de crimes”.

A pessoa que foi burlada em várias dezenas de milhares de Euros, para além da punição do infractor, pretende em primeiro lugar ser ressarcida da quantia que ficou prejudicada ilicitamente.

A pena e a forma de cumprimento da mesma devem passar a ter uma função reparatória, o que não acontece actualmente.

7. Por outro lado, e como é sabido, por razões que se prendem com a menor rigidez comparativa do nosso sistema administrativo central e autárquico referente à facilidade na escolha e fixação de residência do cidadão comum, entre nós a liberdade condicional dos condenados não pode ser tão controlada como em outros países.

Em muitos casos, a liberdade condicional surge, também, assim, mais como uma válvula de escape do sistema prisional do que como um projecto para uma verdadeira reinserção dos indivíduos.

Há que alterar esta situação, o que só se consegue com a contratação de um maior número de técnicos, de modo a que possa ser efectuado um verdadeiro acompanhamento pessoal de cada um dos condenados quando se encontrem em liberdade condicional.

Com efeito, só uma previsão realista do número de magistrados, técnicos e funcionários para aplicar tal reforma poderá, por fim, contribuir para o sucesso dos objectivos com ela pretendidos.

A liberdade condicional também deveria ser encarada de forma diferente consoante se trate de um indivíduo que foi condenado pela primeira vez a uma pena de prisão efectiva e um indivíduo que tem cumprido sucessivas penas de prisão.

8. São estas, em suma, as considerações sumárias que, neste momento, se nos oferece fazer relativamente ao Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade

Lisboa, 20 de Abril de 2009

**A Direcção do
Sindicato dos Magistrados do Ministério Público**