



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Inês Leonor Lopes Horta Pinto

**REPARTIÇÃO DE FUNÇÕES ENTRE
ADMINISTRAÇÃO E JUIZ
E TUTELA JURISDICIONAL EFECTIVA
NA EXECUÇÃO DA PENA
PRIVATIVA DA LIBERDADE
CONTRIBUTO PARA UM MODELO CONFORME À
CONSTITUIÇÃO E AO DIREITO INTERNACIONAL**

**Tese no âmbito do Doutoramento em Direito, ramo de Ciências
Jurídico-Criminais, orientada pela Professora Doutora
Anabela Maria Pinto de Miranda Rodrigues e apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Janeiro de 2021

**REPARTIÇÃO DE FUNÇÕES ENTRE
ADMINISTRAÇÃO E JUIZ
E TUTELA JURISDICIONAL EFECTIVA
NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA
DA LIBERDADE**

CONTRIBUTO PARA UM MODELO CONFORME À
CONSTITUIÇÃO E AO DIREITO INTERNACIONAL

A presente dissertação beneficiou de uma bolsa de doutoramento concedida pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia, financiada com verbas do Orçamento do Estado e do Fundo Social Europeu (Ref.: SFRH/BD/84726/2012).



RESUMO

A presente dissertação ocupa-se do problema da repartição de funções entre Administração e Juiz na execução da pena privativa da liberdade.

Tem como objectivo averiguar da existência de esferas de “reserva” de competência, quer do Juiz, quer da Administração, na fase da execução da pena, constitucionalmente impostas, e estabelecer critérios para a definição do domínio funcional de cada um daqueles órgãos intervenientes na execução. Pretende igualmente apurar, a partir do direito constitucional e do direito internacional, as exigências de tutela jurisdicional efectiva dos cidadãos privados da liberdade e questionar se a singularidade do universo penitenciário justifica características específicas da tutela a oferecer àqueles.

Os critérios apurados servirão de parâmetro a uma análise crítica do ordenamento português relativo à execução da pena de prisão. À luz dessa análise, e colhendo inspiração em outros lugares do ordenamento jurídico português, bem como em exemplos do direito comparado, procura-se dar um contributo para um modelo de repartição de funções e de tutela jurisdicional em conformidade com as exigências constitucionais e jurídico-internacionais.

O estudo é organizado em cinco Partes.

A Parte I constitui uma aproximação histórico-constitucional e doutrinal ao princípio da separação dos poderes e à caracterização das funções jurisdicional e administrativa, incluindo à questão da existência de esferas de “reserva” do Juiz e da Administração e do seu eventual conteúdo. Debruça-se igualmente sobre as exigências decorrentes do direito fundamental dos cidadãos a uma tutela jurisdicional efectiva perante actuações da Administração e perante decisões judiciais. O objectivo é delinear o quadro constitucional e jus-internacional que deverá orientar a posterior tarefa de determinação das funções da Administração e dos Tribunais na execução da pena de prisão.

Na Parte II, trata-se de aplicar os critérios encontrados na Parte I ao domínio da execução da pena de prisão. Está em causa, sobretudo, averiguar se – e em que medida – as especificidades do universo prisional devem ter repercussões na definição do domínio funcional dos Tribunais e da Administração e nas exigências de tutela jurisdicional. Procura-se então delimitar os domínios funcionais da Administração e do Juiz na execução, bem como os seus domínios nucleares, em conexão com as respectivas responsabilidades.

Tomam-se em conta os desenvolvimentos recentes no quadro jurídico europeu, particularmente por via da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça da União Europeia, que vêm reforçar as exigências de efectividade da tutela oferecida às pessoas privadas da liberdade e que deverão influenciar a evolução próxima dos ordenamentos penitenciários europeus, incluindo o português.

Os critérios encontrados servirão de parâmetro para a apreciação do quadro jurídico português vigente.

Na Parte III, analisa-se o ordenamento jurídico português, na sua evolução histórica, desde a generalização da pena de prisão como forma dominante de punição dos crimes e, sobretudo, desde a criação dos tribunais de execução das penas. Examina-se a evolução doutrinal, legislativa e jurisprudencial, na matéria que releva para o tema do presente trabalho, com vista a uma apreciação crítica à luz dos parâmetros identificados nas duas Partes precedentes.

Resultando dessa apreciação a necessidade de superar insuficiências que impedem a plena conformidade do ordenamento jurídico português às exigências de direito constitucional e internacional, a busca de soluções não prescinde de uma investigação das soluções adoptadas em ordenamentos jurídicos vinculados por tradições constitucionais comuns e pelos mesmos instrumentos internacionais de direitos humanos. Assim, na Parte IV, examina-se o modo como, em outros ordenamentos jurídicos, especialmente europeus, se resolve a questão da repartição de funções entre Administração e Juiz na execução da pena e se assegura a tutela jurisdicional efectiva dos direitos das pessoas privadas da liberdade.

A Parte V conclui a investigação com a elaboração de soluções para uma evolução do direito português, em sentido que assegure uma repartição de funções na execução da pena que, simultaneamente, se coadune com o esquema constitucional de organização dos poderes e, dentro dos limites por este definidos, prossiga o mais eficientemente possível as finalidades da execução e a tutela dos direitos das pessoas privadas da liberdade. Pretende-se, deste modo, oferecer um contributo para um modelo de repartição de funções entre Administração e Tribunais na execução da pena privativa da liberdade conforme à Constituição e ao direito internacional.

Palavras-chave: Execução da pena de prisão; Direito penitenciário; Separação de poderes; Reserva de juiz; Reserva de administração; Tutela jurisdicional efectiva

ABSTRACT

This dissertation deals with the problem of the distribution of functions between the Prison Administration and the Courts in the implementation of prison sentences.

The aim of the thesis is to determine the criteria that should govern the definition of the role of both administrative and judicial bodies in the penitentiary system, as well as the scope and limits of their intervention. It also seeks to ascertain the requirements imposed by constitutional and international law regarding the effective judicial protection of citizens deprived of their liberty, questioning whether the singularities of the prison justify any deviation to the general model of judicial control of administrative action.

The research aims to provide criteria which comply with the constitutional scheme of distribution of powers, ensure an effective judicial protection of prisoners' rights and allow for the best possible achievement of the purposes of imprisonment.

The criteria obtained will serve as a parameter for a critical analysis of the Portuguese penitentiary system. In the light of this analysis, and drawing inspiration from a comparative study of the issue in several other countries, the thesis aims to provide a contribution to a model of distribution of functions and judicial protection that fully complies with the Constitution and the requirements of international law.

The research is structured in five parts.

Part I offers a historical, constitutional and doctrinal perspective of the principle of the separation of powers and the definition of the judicial and administrative functions in the Portuguese Constitution. It also deals with the requirements arising from the fundamental right of citizens to an effective judicial protection. The aim is to outline the constitutional and international law framework that should guide the subsequent task of determining the functions of the Administration and the Courts in the implementation of the prison sentence.

Part II seeks to apply the criteria found in Part I to the domain of the implementation of the prison sentence. It is mainly a question of ascertaining whether – and to what extent – the specific features of the prison world justify any deviation to the general roles of the Courts and the Administration or to the general requirements of judicial protection of citizens. Account is taken of recent developments in the European legal framework, particularly through the case law of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union, which have recently strengthened the requirements for the effectiveness of the protection offered to persons

deprived of their liberty. The guidelines obtained therefrom will serve as a parameter for a critical assessment of the current Portuguese legal framework.

Part III analyses the Portuguese penitentiary system in its historical evolution, particularly since the creation of the courts for the execution of sentences. Legislative, jurisprudential and doctrinal developments are examined, regarding the topic of the roles of the Courts and the Administration, with a view to a critical assessment in the light of the parameters identified in Parts I and II. The assessment will show that there are still shortcomings that prevent the Portuguese legal system from fully complying with the requirements of constitutional and international law, especially in what concerns the obligation to provide an effective judicial protection.

In order to search for solutions to overcome those shortcomings, Part IV will examine how, in other legal systems, especially European, the question of the distribution of functions between the Administration and the Judge in the execution of the sentence is resolved and the effective judicial protection of the rights of persons deprived of their liberty is ensured.

Finally, Part V seeks to propose solutions for the improvement of the Portuguese legal system in order to ensure that the distribution of functions in the execution of the custodial sentence is in line with the constitutional scheme of organization of powers and, within those limits, pursues the purposes of imprisonment as efficiently as possible and optimizes the judicial protection of the rights of persons deprived of their liberty.

Keywords: Imprisonment; Implementation of prison sentences; Prison Law; Penitentiary Law; Prisoners' rights; Prisoners' access to courts; Judicial protection of prisoners' rights; Effective remedies for prisoners

...un droit est un droit quel que soit le côté du mur où l'on se trouve.

Christian VIGOUROUX, membro do *Conseil d'Etat* francês,
«La valeur de la justice en détention», p. 405

*– Tu voltas para um mundo em que poderás carregar cada minuto de significado.
Aqui, as horas só marcam o transcorrer do nada.*

Palavras ditas pelo personagem recluso Fernández,
ao oferecer o seu relógio, como presente de despedida,
ao companheiro Ángel Santiago, libertado por amnistia

Antonio Skármeta, *El Baile de la Victoria*
(tradução de José Colaço Barreiros)

INTRODUÇÃO

1. O problema a tratar e a sua relevância

O modo como, na fase da execução da pena de prisão, é definido o papel de cada um dos órgãos nela intervenientes é questão que se repercute relevantemente quer na eficácia da prossecução das finalidades da execução, quer na garantia da posição jurídica das pessoas privadas da liberdade.

O presente trabalho ocupa-se do problema da repartição de funções entre a Administração e os Tribunais na fase da execução da pena privativa da liberdade. Tem como objectivo determinar os critérios que hão-de orientar aquela repartição, de forma consentânea com a organização constitucional dos poderes do Estado e apta a otimizar as características funcionais de cada órgão, tendo em vista prosseguir o mais eficientemente possível as finalidades da execução e, simultaneamente, assegurar a tutela efectiva dos direitos dos reclusos.

As reformas do direito penitenciário, em Portugal e na Europa, têm ido no sentido do reforço do controlo jurisdicional da execução da pena, dando origem, necessariamente, a complexas questões de repartição de competências entre a administração penitenciária e os tribunais.

O optimismo depositado na nova intervenção do juiz na execução, nos anos trinta do século passado, é bem ilustrado pela seguinte passagem de Sliwowski, escrita à época: “o conteúdo da sentença definitiva edifica-se assim sobre a base científica dos dados devidamente reunidos na sequência de uma observação prolongada do delinvente e não como resultado de um breve contacto passageiro e transitório entre o juiz e o condenado ao longo de um julgamento [...]. Introduzimos assim no edifício da justiça penal um factor de estabilidade e de ciência, em lugar do diletantismo; o da equidade em lugar de acidentalidade [...]. Tomando como base da duração da pena a readaptação do delinvente à vida social, o seu melhoramento [...], construímos a obra verdadeira, incontestada, a melhor e mais magnífica da justiça humana. [A justiça penal] deve enfim alcançar o grau de grandeza e de perfeição correspondente ao seu papel na vida social”¹.

¹ G. SLIWOWSKI, *Les pouvoirs du juge dans l'exécution des peines...*, p. 63.

Efectivamente, como observa Anabela Miranda Rodrigues, “a história do processo penal é, numa grande medida, a história da redistribuição dos poderes do juiz, que inicialmente monopolizava a tramitação processual. [...] A preocupação a orientar a definição dos seus poderes reside então na redefinição do equilíbrio entre funções antagónicas que é permanentemente chamado a desempenhar: investigar e decidir; salvaguardar direitos das pessoas e assegurar a eficácia do processo; julgar sobre a culpa e pronunciar uma pena”. O juiz, caracterizado pela imparcialidade, “surge, com a conseqüente revalorização da sua função jurisdicional ao longo de todo o processo (e não apenas na fase de julgamento), como condição indispensável da garantia dos direitos fundamentais do arguido”².

Porém, como sublinha Marco d’Agnolo, afigura-se impossível e excessivo confiar ao órgão jurisdicional toda a gestão prática da pena; uma parte significativa de poderes atribuídos à organização penitenciária é, por diversas e intuíveis razões, ineliminável. Uma tutela efectiva postula, isso sim, que, mesmo quando cabe à Administração decidir, todos os actos susceptíveis de lesar os direitos do recluso possam ser reexaminados judicialmente³.

Assim, como assinala Anabela Miranda Rodrigues, “uma cuidadosa repartição de funções entre a Administração prisional e os tribunais, tendo em vista um equilíbrio, em muitas situações, difícil de alcançar, é, num domínio como o da execução das penas privativas de liberdade, particularmente importante, atento o ambiente concentracionário e potenciador de conflitos que é o ambiente prisional”⁴. Também Miranda Pereira considera fulcral “a consciência de que a execução das penas é um processo dinâmico e interactivo em que urge definir o exacto desempenho dos vários intervenientes e estabelecer os parâmetros da interacção”⁵.

2. A necessidade de um renovado tratamento dogmático do problema

Não são abundantes em Portugal os estudos doutrinários sobre a fase da execução da pena, em geral, apesar de esta, em palavras de Eduardo Correia, “diz[er] respeito à sorte de milhares de homens, que alguma vez violaram a lei penal, mas que cabe à sociedade – irrecusavelmente solidária na sua culpa – tentar recuperar e reinserir

² Anabela Miranda RODRIGUES, «As relações entre o Ministério Público e o juiz de instrução criminal ou a matriz de um processo penal europeu», p. 717.

³ M. D’AGNOLO, «Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale...», p. 117.

⁴ Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos – um caminho a ser caminhado», p. 110.

⁵ Luís Miranda PEREIRA, «Tribunal de Execução das Penas...», p. 82.

no seu seio”⁶, e à qual, por essa razão, “é devido tratamento equivalente – dogmático e jurisprudencial – ao que é dispensado aos outros domínios do sistema penal”⁷.

De igual modo se afigura escasso o tratamento doutrinário e jurisprudencial do específico tema de que se ocupará a presente dissertação, sobretudo no que respeita às exigências que contemporaneamente se lhe colocam.

Efectivamente, a obra de Beleza dos Santos⁸, de grande relevância para o assunto, corresponde a uma concepção agora ultrapassada, em que os tribunais de execução das penas “não fiscaliza[va]m nem, por outra forma, interfer[ia]m na aplicação do regime penitenciário”, até porque se considerava que a “ingerência de um tribunal poderia diminuir a autoridade, o prestígio e a iniciativa da direcção do estabelecimento prisional”.

As competências destes tribunais foram entretanto alargadas e o âmbito da sua intervenção na vida dos estabelecimentos prisionais expandiu-se. Hoje, é-lhes atribuído o papel de garante dos direitos dos reclusos e de instância de controlo da legalidade das decisões da administração prisional; sobre o percurso no sentido da jurisdicionalização da execução, é fundamental a obra de Anabela Miranda Rodrigues⁹.

Um novo estudo do tema resulta justificado por modificações recentes, tanto no direito interno como no direito internacional, e pela evolução futura que se perspectiva perante a crescente relevância europeia e internacional da matéria.

Com efeito, no plano interno, o quadro constitucional postula hoje exigências de tutela jurisdicional efectiva dos direitos dos cidadãos que obrigam o ordenamento jurídico a um salto evolutivo para se lhes tornar conforme. Em especial desde a revisão constitucional de 1997, que reforçou as garantias dos particulares perante a Administração e estabeleceu exigências adicionais de efectividade de tutela jurisdicional, é hoje claro que a garantia de impugnação de actos administrativos “se estende a todos os actos que impliquem, de alguma forma, a lesão de direitos ou interesses” dos administrados e “vale em relação a *todo e qualquer* acto administrativo”, independentemente da forma, da entidade que o pratique ou do contexto procedimental em que seja produzido, bastando que seja passível de lesar direitos ou interesses

⁶ Eduardo CORREIA, *Prof. Dr. José Beleza dos Santos*, p. 24.

⁷ Anabela Miranda RODRIGUES, *A fase de execução das penas e medidas de segurança no direito português*, p. 10.

⁸ Em especial, Beleza dos SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal».

⁹ Em especial, Anabela Miranda RODRIGUES, *Relatório: justificação do programa, do conteúdo e dos métodos do ensino teórico e prático da disciplina de Direito Penitenciário*, pp. 113 ss.; *idem*, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, pp. 129 ss., e *idem*, «Da ‘afirmação de direitos’ à ‘protecção de direitos’ dos reclusos: a jurisdicionalização da execução da pena de prisão».

protegidos¹⁰. Estas exigências constitucionais impulsionaram uma evolução muito significativa na justiça administrativa, que todavia não foi suficientemente acompanhada pela justiça oferecida aos cidadãos reclusos.

Por outro lado, no plano infraconstitucional, o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, de 2009, culminando um longo processo de revisão da legislação penitenciária iniciado mais de uma década antes, trouxe inovações significativas no papel da administração penitenciária, do Ministério Público e dos tribunais de execução das penas, alargando significativamente o âmbito do controlo jurisdicional da execução. Seguiram-se, na jurisprudência, pronúncias relevantes do Tribunal Constitucional sobre reserva de juiz e tutela judicial efectiva na execução da pena (respectivamente, Acórdãos n.ºs 427/2009 e 20/2012), que convocam uma reflexão sobre o seu conteúdo e implicações.

No quadro internacional, é de relevar a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre o acesso dos reclusos aos tribunais para fazer valer os seus direitos. Em especial, a recente jurisprudência baseada no artigo 13.º da Convenção Europeia exige que os Estados se dotem de mecanismos de tutela internos para quem alegue fundamentamente uma violação dos direitos e liberdades convencionais: os mecanismos devem ser *efectivos*, o que significa que devem permitir uma decisão sobre o mérito da pretensão, ser aptos a prevenir ou a fazer cessar a violação ou a providenciar reparação adequada, estar disponíveis na prática e não apenas teoricamente, estar previstos com suficiente clareza, oferecer razoáveis perspectivas de sucesso e permitir uma decisão em tempo útil. Nas situações em que os reclusos sofram condições de detenção contrárias ao artigo 3.º da Convenção (proibição de penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes), exige-se que disponham de um mecanismo, ou conjunto de mecanismos, que assegurem tutela preventiva e compensatória, de modo a possibilitar a rápida cessação da violação ou, quando tal já não seja possível, reparação adequada. A recente “condenação” do Estado Português no caso *Petrescu*, em Dezembro de 2019, reiterada no Acórdão *Bădulescu*, já em Outubro de 2020, torna premente uma reflexão sobre a conformidade do nosso ordenamento jurídico às actuais exigências da Convenção.

Também a integração na União Europeia, agora um “Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça” onde a matéria penal vem ganhando cada vez mais importância (incluindo o direito penitenciário, como atesta o «Livro Verde sobre a aplicação da

¹⁰ Assim, Mário Aroso de Almeida, em anotação ao art. 268.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, p. 550.

legislação penal da UE no domínio da detenção», de 2011), vem trazer novas exigências no tema que nos ocupa. Jurisprudência recente do Tribunal de Justiça da União Europeia veio mostrar como as deficiências nas condições de execução das penas, bem como as carências de tutela dos direitos dos reclusos, podem constituir sérios entraves ao funcionamento do reconhecimento mútuo de decisões judiciais em matéria penal na União Europeia.

A Constituição foi, como iremos explicitar no presente trabalho, o motor da evolução do contencioso administrativo no sentido de uma tutela jurisdicional efectiva dos cidadãos perante a Administração; falta, porém, completar o caminho, estendendo-o à tutela oferecida aos cidadãos privados da liberdade. Prenuncia-se que a recente jurisprudência do TEDH e do TJUE constituirá, por seu turno, o propulsor dessa necessária evolução.

Um olhar sobre as tendências de evolução em outros ordenamentos jurídicos, em especial os europeus, revela igualmente a actualidade do tema.

Também nos Estados Unidos da América o debate sobre a repartição de poderes entre tribunais e administração penitenciária foi recentemente relançado pela controversa decisão do Supremo Tribunal no caso *Brown v. Plata*, validando a decisão de um tribunal federal que ordenara às autoridades da Califórnia a redução da população prisional em determinado prazo e percentagem. Igualmente, no Brasil, o posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é “lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efectividade ao postulado da dignidade da pessoa humana” renova a reflexão sobre a separação dos poderes e a tutela jurisdicional dos reclusos.

Mostram-se, portanto, justificadas quer a relevância do problema quer a necessidade do seu tratamento actualizado.

3. Delimitação do objecto do estudo

A investigação debruçar-se-á sobre a distinção entre *função jurisdicional* e *função administrativa* na execução da *pena de prisão*, bem como a tutela *jurisdicional* da posição jurídica dos reclusos.

Importa, pois, dar nota do que ficará de fora do estudo.

Desde logo, não é objecto do trabalho a distinção entre função jurisdicional e legislativa nem entre função administrativa e legislativa – embora se lhe façam algumas

referências quando tal possa contribuir para precisar a delimitação do âmbito das funções administrativa e jurisdicional.

Depois, não se visa tratar de outras penas nem de outras formas de privação da liberdade que não a pena de prisão. Nomeadamente, salvo referências pontuais, não se tratará especificamente nem das medidas de segurança privativas da liberdade, nem da medida de coacção de prisão preventiva, nem da forma de execução da prisão em regime de permanência na habitação, nem de penas não privativas da liberdade¹¹. Tal não significa que as conclusões a que se chegar não pudessem, na sua maioria, ser válidas para estes outros institutos; significa, somente, que não se tratará aqui das suas eventuais particularidades. Para esse recorte temático, pesa a centralidade que a pena de prisão ainda ocupa nos sistemas punitivos e no imaginário colectivo¹².

Por fim, quanto à tutela da posição jurídica das pessoas privadas da liberdade, embora existam, no ordenamento jurídico português e nos que lhe são próximos, variados mecanismos de controlo da execução (internos e externos, individuais e gerais, preventivos e subsequentes, nacionais e internacionais, por especialistas e por leigos), visa-se tratar somente da tutela jurisdicional, a cargo dos tribunais.

4. Objectivos da investigação

O objectivo principal da investigação será delimitar os domínios funcionais da Administração e da Jurisdição na execução da pena privativa da liberdade, à luz das exigências constitucionais e do direito internacional.

Pretende-se identificar os critérios que devem presidir à atribuição de competências a cada um daqueles órgãos, de modo que sirva as finalidades da execução da pena e a garantia dos direitos de tutela jurisdicional efectiva e de recurso, respeitando o quadro constitucional e jurídico-internacional explicitado ao longo do trabalho.

Na tarefa de concretização dos critérios de ordenação das funções, haverá que tomar em conta as especificidades da normatividade penitenciária e da realidade da execução de uma pena de prisão, para aferir em que medida aquelas justificam algum tipo de desvio aos critérios gerais encontrados para a determinação dos domínios

¹¹ Sobre a questão da pertença destes institutos ao “direito penitenciário”, e sobre o que distingue e aproxima a respectiva execução da execução da pena de prisão, *vide* o que se dirá *infra*, n. 571.

¹² Vejam-se diversos artigos neste sentido em *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, org. C. E. Paliero/F. Viganò/F. Basile/G. L. Gatta, Milano: Giuffrè, 2018, nomeadamente o texto de F. PALAZZO, «Presente, futuro e futuribile della pena carceraria», pp. 522 ss., com outras referências, sobre a “monocultura” carcerária.

funcional e nuclear da Administração e do juiz e se têm implicação nas características da tutela jurisdicional a assegurar aos cidadãos reclusos.

Determinado aquele quadro orientador, pretende-se analisar criticamente o direito penitenciário português e a sua evolução histórica, particularmente o novo quadro legal estabelecido pelo Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, bem como a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional, que já se pronunciou sobre as questões da reserva de juiz e do direito à tutela judicial efectiva a propósito da nova legislação penitenciária.

Almeja-se igualmente, sob a perspectiva do direito internacional e do direito comparado, integrar o quadro jurídico português no panorama internacional e aferir do seu alinhamento com as tendências de evolução, sobretudo europeias, considerando, por um lado, a crescente influência do direito internacional – especialmente das jurisdições internacionais de direitos humanos – no direito penitenciário e, por outro lado, a relevância do Espaço europeu de Liberdade, de Segurança e de Justiça, reforçada pelo Tratado de Lisboa, que faz prever o desenvolvimento do reconhecimento mútuo de decisões em matéria penal entre os Estados-Membros da União Europeia, o que poderá tornar necessária alguma harmonização dos regimes penitenciários europeus.

A investigação convocará os saberes do direito constitucional, do direito administrativo e do direito penal. Com efeito, é o direito constitucional que define a organização dos poderes do Estado, bem como o conteúdo do direito fundamental a uma tutela judicial efectiva; e, se a aplicação desses critérios à fase da execução da pena faz situar a dissertação na área do direito penal/penitenciário, tal não pode fazer esquecer a estreita ligação da matéria com o direito administrativo, uma vez que na relação entre administração prisional e reclusos valem os princípios da actuação administrativa e as garantias dos cidadãos perante a Administração.

5. Organização da exposição

A dissertação organiza-se em cinco Partes.

Na Parte I, far-se-á uma aproximação histórico-doutrinal ao problema, procurando, à luz da organização dos poderes estabelecida pela Constituição da República Portuguesa, caracterizar a função jurisdicional e a função administrativa, assim como averiguar da existência de “reservas” de juiz e de administração e do seu eventual conteúdo. Procurar-se-á igualmente determinar o alcance do direito à tutela jurisdicional efectiva e do direito ao recurso. Para tanto, serão analisadas as disposições constitucionais relevantes, com o apoio da doutrina e da jurisprudência constitucionais;

o Tribunal Constitucional pronunciou-se diversas vezes sobre a reserva de juiz e sobre a distinção entre função jurisdicional e função administrativa a propósito de várias matérias, incluindo do processo penal. Será também analisada a jurisprudência da jurisdição administrativa, nomeadamente do Supremo Tribunal Administrativo, relativa ao controlo judicial da actuação administrativa. Serão tidos em conta os instrumentos de direito internacional aplicáveis e, em especial, as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre o direito de acesso a um tribunal. O objectivo é delinear o quadro constitucional e jurídico-internacional que irá orientar a posterior tarefa de determinação das funções da Administração e dos Tribunais na execução da pena de prisão.

Na Parte II, procurar-se-á aplicar os critérios encontrados ao domínio da execução da pena de prisão. Está em causa, sobretudo, averiguar se – e em que medida – as especificidades do universo penitenciário devem ter repercussões na definição do domínio funcional dos Tribunais e da Administração e nas exigências de tutela jurisdicional. Buscar-se-á então delimitar os domínios funcionais da Administração e do Juiz na execução, bem como os respectivos domínios nucleares, em conexão com as correspondentes responsabilidades.

Serão tomados em conta os desenvolvimentos recentes no quadro jurídico europeu, particularmente por via da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça da União Europeia, que tem vindo a reforçar as exigências de efectividade da tutela oferecida às pessoas privadas da liberdade e que influenciará, previsivelmente, a evolução próxima dos ordenamentos penitenciários europeus, nomeadamente o português. Tentar-se-á antecipar uma resposta à interrogação sobre se um certo grau de harmonização dos direitos dos reclusos se tornará necessário à construção da União Europeia como um Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, sobretudo perante os desenvolvimentos do princípio do reconhecimento mútuo de decisões em matéria penal entre os Estados-Membros.

Na Parte III, analisar-se-á então, criticamente, à luz dos parâmetros encontrados nas Partes precedentes, o direito penitenciário português na sua evolução histórica, particularmente o novo quadro legal estabelecido pelo Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, bem como a jurisprudência do Tribunal Constitucional que já incidiu sobre o Código, pronunciando-se precisamente sobre as questões da reserva de juiz e do direito à tutela judicial efectiva.

Na Parte IV, procurar-se-á compreender as tendências de evolução internacionais em matéria de jurisdicionalização da execução e aferir da integração do

ordenamento jurídico português nessas tendências; retratar-se-á, com mais profundidade, o sentido actual das legislações penitenciárias dos países europeus, vinculados por tradições constitucionais comuns e pelos mesmos instrumentos internacionais de direitos humanos.

A investigação sobre o modo como, em outros ordenamentos jurídicos, especialmente europeus, se resolve a questão da repartição de funções entre Administração e Juiz na execução da pena e se assegura a tutela jurisdicional efectiva dos direitos das pessoas privadas da liberdade contribuirá para a identificação de soluções que permitam superar as insuficiências detectadas no ordenamento português, que obstem à sua plena conformidade às exigências identificadas ao longo do trabalho.

Por fim, na Parte V, concluir-se-á a investigação com a elaboração de soluções para uma evolução do direito português, em sentido que assegure que a repartição de funções na execução da pena se coaduna com o esquema constitucional de organização dos poderes e, dentro dos limites por este definidos, serve o mais eficientemente possível as finalidades da execução e a tutela dos direitos das pessoas privadas da liberdade. Pretende-se, deste modo, oferecer um contributo para um modelo de repartição de funções entre Administração e Tribunais na execução da pena privativa da liberdade conforme à Constituição e ao direito internacional.

PARTE I

ENQUADRAMENTO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Para o tratamento do tema de que se ocupará a presente dissertação, importa, antes de entrar no domínio específico da execução da pena de prisão, compreender o quadro de direito constitucional – e, em alguns pontos, de direito internacional – dentro do qual haverão de buscar-se as respostas aos problemas a tratar.

Efectivamente, mostra-se indispensável compreender o significado da separação dos poderes, desde as suas origens e evolução enquanto doutrina política ao seu actual sentido como princípio constitucional no Estado de direito democrático e social contemporâneo.

Revela-se também essencial procurar a caracterização da função jurisdicional e da função administrativa no ordenamento constitucional, incluindo a resposta à questão da existência de esferas de “reserva” do juiz e da Administração e do seu eventual conteúdo.

É igualmente imprescindível determinar as exigências decorrentes do direito dos cidadãos a uma tutela jurisdicional efectiva perante actuações da Administração e perante decisões judiciais.

Com esse propósito, serão analisadas as disposições relevantes da Constituição da República Portuguesa, à luz da jurisprudência constitucional e administrativa e da doutrina constitucional, administrativa e penal, bem como os instrumentos internacionais pertinentes.

O quadro resultante dessa análise irá orientar a posterior tarefa de determinação das funções da Administração e dos tribunais na execução da pena de prisão.

CAP. I – SIGNIFICADO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES ENQUANTO DOUTRINA POLÍTICA E ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

1. Doutrina da separação dos poderes: história do seu surgimento e versões

1.1 Origem histórica

A separação dos poderes, enquanto doutrina relativa à organização do poder político – pese embora a dificuldade de definição precisa das suas raízes históricas, devido à amálgama de ideias que para ela contribuíram¹³ –, tem origem na época moderna, tendo sido defendida e explicitada pelos pensadores do Iluminismo, como Locke, Bolingbroke, Montesquieu e Rousseau, e recebeu as primeiras concretizações no constitucionalismo inglês do século XVII e nas Constituições revolucionárias americana e francesa.

Pode encontrar-se nas primeiras elaborações da doutrina uma influência marcada da teoria da “constituição mista” ou do “governo misto” – segundo a qual o poder político deveria ser distribuído pelos vários estratos sociais¹⁴. É, todavia, sobretudo o objectivo de garantia da liberdade individual a fundamentar a progressiva afirmação da

¹³ Assim, Nuno PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, p. 16. BASSI, «Il principio...», pp. 21 ss., refere como antecedentes históricos os pensamentos de Platão, Aristóteles, Políbio, Cícero, S. Tomás de Aquino e Marsílio de Pádua, embora não se divisasse ainda neles uma problematização jurídica do princípio da separação dos poderes.

¹⁴ Teoria que remonta a Aristóteles e que, em qualquer das suas configurações, tem como base a ideia de equilíbrio entre as diversas forças da sociedade, portadoras de interesses conflitantes, através da sua participação no exercício do poder político. Na obra de Montesquieu, é clara a recepção destas teorias, quando, no Cap. VI – *De la constitution d'Angleterre* – do Livro XI do seu *De l'esprit des lois*, defende que o poder legislativo deve ser confiado a dois corpos autónomos, um de nobres, hereditário, outro de representantes do povo, e que o poder de julgar deve ser exercido por pessoas provenientes do povo, de modo a que os juízes sejam pares dos acusados (assim se tornando esse poder “invisível e nulo”), excepção feita ao julgamento dos nobres, que deve ocorrer perante o corpo legislativo composto pela nobreza; o poder executivo fica nas mãos do monarca (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, pp. 329 ss.). Sobre o sentido da teoria e as suas várias versões – que não interessa desenvolver mais no presente trabalho –, vide N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, pp. 31 ss. Assinalando os afloramentos das ideias de separação de poderes e de constituição mista na *pólis* da Grécia do período clássico e na República Romana, SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, respectivamente pp. 1 ss. e 19 ss. Sobre a incorporação do paradigma da constituição mista na obra de Montesquieu, *ibidem*, pp. 296 ss., e ainda Paulo RANGEL, «A separação dos poderes segundo Montesquieu», pp. 355 ss. A ideia de “constituição mista” tornou-se incompatível com a noção moderna de soberania, que está na base do Estado moderno: um poder político abstracto, monopolizado e centralizado em órgãos do Estado não é, por definição, um poder “misturado” (assim, Maria Lúcia AMARAL, *A forma da República*, p. 44).

exigência de separação orgânico-funcional dos poderes, que se tornou um dos “postulados” do programa do constitucionalismo moderno¹⁵.

1.1.1. A Constituição de Inglaterra

Foi no século XVII, na Inglaterra – já então uma “monarquia mista”, em que o poder político estava repartido por rei, nobreza e povo –, que a doutrina da separação dos poderes foi associada à ideia de *rule of law*¹⁶. Com vista a garantir a protecção da liberdade e segurança individuais contra o risco de exercício tirânico ou arbitrário do poder¹⁷, era necessária uma separação orgânica e pessoal entre a função legislativa e a função “executiva” (aqui correspondente sobretudo ao que hoje designaríamos função judicial), de modo a que as leis não fossem feitas e aplicadas pelo mesmo poder. Este princípio de organização política foi consagrado expressamente nas primeiras constituições escritas (de 1653 e de 1657, republicanas e as únicas escritas), passando a integrar a tradição constitucional inglesa¹⁸.

1.1.2. O pensamento de Locke

A exigência de separação orgânico-pessoal entre legislativo e executivo, como forma de prevenir abusos do poder e como condição da *rule of law*, foi teorizada por Locke, no seu *Second Treatise of Government* (1690)¹⁹.

Para Locke, o Legislativo é o poder supremo e sagrado, ao qual todos os outros estão e têm de estar subordinados²⁰. A partir do momento em que os homens acordam em abandonar o estado de natureza em que originariamente se encontravam – estado de igualdade e de perfeita liberdade para agir e para dispor da sua pessoa e dos seus bens como melhor entendessem, dentro dos limites da lei da natureza, sem dependência de autorização ou vontade de qualquer outro homem²¹ – e constituir-se numa sociedade política, com vista a uma vida em comum confortável, segura e pacífica, cada homem se

¹⁵ Na expressão de M. Lúcia AMARAL, *A forma da República*, p. 45.

¹⁶ Aprofundadamente, Nuno PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, pp. 44 ss.

¹⁷ Curiosamente, a exigência de efectivação da separação dos poderes teve origem não na reacção contra a tirania de um monarca absoluto mas sim contra uma actuação do Parlamento, num dado momento histórico, considerada abusiva por ultrapassar o exercício da função legislativa. Sobre isto, N. PIÇARRA, *ibidem*, pp. 48 s.

¹⁸ Desenvolvidamente, N. PIÇARRA, *ibidem*, pp. 58 ss.

¹⁹ Sobre o contributo de Locke para a doutrina da separação dos poderes, v., entre nós, N. PIÇARRA, *ibidem*, pp. 63 ss., e ainda SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, pp. 242 ss.

²⁰ LOCKE, *Two Treatises...*, p. 384 (§ 149, Cap. XIII – *On the Subordination of the Powers of the Commonwealth*, Livro II – *The Second Treatise of Government. An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government*, Livro ao qual se referirão as citações subsequentes desta obra).

²¹ *Ibidem*, pp. 287 ss. (§§4 ss., Cap. II – *Of the State of Nature*).

obriga perante todos os outros a submeter-se à determinação de um corpo de representantes, no qual é delegado o poder de determinar – por maioria, sendo a vontade desta a vontade de todos, que vincula todos – como deve a força da *Commonwealth* ser empregue para a preservação da comunidade e dos seus membros²². Apesar da supremacia que atribui ao Legislativo²³, Locke não deixa de estabelecer a imprescindibilidade de que as mesmas pessoas com o poder de fazer as leis não tenham também nas suas mãos o poder de as executar, pois está consciente dos riscos de que os detentores do poder se apeguem a ele, se isentem da obediência às leis que fazem ou afeiçoem as leis aos seus interesses pessoais, assim desvirtuando o fim com que a Sociedade foi constituída. Em favor da exigência de autonomização de um Poder Executivo acrescia o facto de, à época, o legislativo não estar permanentemente reunido, tornando-se necessário um poder continuamente em funções que assegurasse a execução das leis aprovadas²⁴.

Note-se que Locke não autonomiza ainda o poder judicial – que é incluído no poder executivo, poder que, para o filósofo, compreendia a execução das leis da sociedade no seu interior, sobre todos os que dela fizessem parte. Porém, não deixa de identificar a necessidade de que a Sociedade disponha da figura do juiz, caracterizada pela imparcialidade e pela decisão com base na lei estabelecida²⁵.

Ao poder executivo somava-se o que poderia designar-se por poder *federativo*, o poder de fazer a guerra e a paz, celebrar tratados e ocupar-se dos negócios estrangeiros, poder este que, distinto do executivo não só por não dizer respeito à execução das leis no interior da sociedade, mas também por se ocupar de matérias menos permeáveis a uma prévia regulação positiva pelo Legislativo²⁶, deveria contudo estar nas mãos do mesmo poder, sob pena de a força pública ficar sob distintos comandos, o que poderia vir a causar desordem e ruína²⁷.

Refira-se ainda que, apesar da exigência de separação entre Legislativo e Executivo, Locke admitia que o bem comum requeresse, em algumas circunstâncias, a concessão ao Executivo de uma certa margem para actuar discricionariamente – poder

²² *Ibidem*, pp. 348 ss. (§§95 ss., Cap. VIII – *Of the Beginning of Political Societies*).

²³ *Ibidem*, pp. 384 ss. (§§149 ss., Cap. XIII – *Of the Subordination of the Powers of the Commonwealth*).

²⁴ *Ibidem*, pp. 382 ss. (§§ 143 ss., Cap. XII – *Of the Legislative, Executive, and Federative Power of the Commonwealth*).

²⁵ *Ibidem*, 369 (§ 125, Cap. IX – *Of the Ends of Political Society and Government*). SILVESTRI encontra no referido parágrafo uma expressa rejeição da concentração no mesmo sujeito de funções de juiz e de executor da lei (*La separazione dei poteri*, I, p. 252).

²⁶ Assinalando que o poder “federativo” configurava uma excepção ao princípio da legalidade, podendo considerar-se uma “reserva do executivo”, SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, p. 261.

²⁷ LOCKE, *Two Treatises...*, pp. 383 s. (§§ 147 s., Cap. XII).

que designa como *Prerogative*²⁸. Por um lado, porque reconhecia que aos legisladores não era possível preverem e regularem por lei tudo o que pudesse ser necessário, além de não estarem, pelo seu número e modo de funcionamento, preparados para assegurar decisões suficientemente expeditas, pelo que poderia tornar-se necessária uma latitude de actuação para o executor, pelo menos até que o legislador voltasse a reunir e deliberasse sobre a matéria. Por outro lado, porque se justificaria atribuir ao Executivo um poder de mitigar a severidade de uma lei, para evitar injustiças concretas, nomeadamente através do perdão.

1.1.3. *A ideia de balança dos poderes*

Progressivamente foi-se associando à ideia de separação orgânica dos poderes a de controlo interorgânico (*balança dos poderes*)²⁹. Na formulação de Henry St. John Bolingbroke³⁰, a preservação da divisão do poder pelas várias partes do Governo necessita de um *poder de controlo*; e a independência entre os poderes é indissociável de uma dependência constitucional. Sem aquilo a que chama *dependência constitucional* – que consiste em que os actos de cada parte do Governo sejam sujeitos a exame e controlo pelas demais –, cada parte poderia destruir o equilíbrio, usurpando ou abusando do poder; sem a independência – que consiste em que as decisões de cada parte sejam tomadas sem qualquer influência, directa ou indirecta, de umas sobre as outras –, não há sequer equilíbrio.

1.1.4. *A doutrina de Montesquieu*

Em Montesquieu – além da síntese com a teoria da constituição mista, a que já aludimos –, a doutrina é apresentada como exigência de separação orgânico-funcional dos poderes, enquanto forma de preservação da liberdade.

Afirma o autor de *Do Espírito das Leis* (1748) que há em cada Estado três poderes: o legislativo – poder de fazer as leis e de alterá-las ou revogá-las –, o executivo – poder de fazer a paz ou a guerra, enviar e receber embaixadas, prover à segurança e prevenir invasões – e o de julgar – de punir os crimes e julgar os diferendos entre privados. Não haveria liberdade, antes arbitrariedade, tirania ou opressão, se os três

²⁸ *Ibidem*, pp. 392 ss. (§§ 159 ss., Cap. XIV — *Of Prerogative*). Na justificação da atribuição deste poder (v. a seguir, no texto), podem já entrever-se argumentos de conveniência e de necessidade prática, como assinala KUHLE, *Der Kernbereich der Exekutive*, p. 109 – por outras palavras, argumentos de adequação orgânico-funcional.

²⁹ Desenvolvidamente, N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, pp. 79 ss.

³⁰ BOLINGBROKE, *The Craftsman* VII, n.º 225, de 24-10-1730, pp. 86-87.

poderes ou mesmo dois deles estivessem reunidos na mesma pessoa ou no mesmo órgão³¹. O filósofo entendia que na constituição inglesa esta liberdade se encontrava estabelecida³².

Além da rejeição da concentração de poderes no mesmo órgão, Montesquieu afirma ainda a necessidade de limitar o poder – de que *le pouvoir arrête le pouvoir* –, pois é próprio da natureza humana que quem o tem tenda a abusar dele, até encontrar limites, mas só onde não houver abuso do poder haverá liberdade política³³. Daí que se estabeleçam mecanismos de controlo recíproco entre legislativo e executivo (e mesmo entre as duas câmaras do legislativo), nomeadamente o controlo pelo legislativo do modo como as leis são executadas e, em sentido inverso, o poder de veto por parte do executivo³⁴.

Repare-se que se autonomiza, agora, claramente, o poder judicial do executivo – formando a classificação tripartida que veio a tornar-se clássica. O poder de julgar, porém, em Montesquieu, é “de algum modo nulo”: os juízes não são mais que “a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar a força nem o rigor daquela”³⁵, entendimento que está em consonância com a ideia de supremacia da lei, expressão da vontade geral e da razão, devendo a função judicial ser estritamente aplicadora daquela, como garantia contra a arbitrariedade. Assim, a função judicial, além de ser organicamente separada da legislativa, não abrange qualquer poder de criação.

Montesquieu defende a separação orgânico-pessoal entre o poder de julgar e o executivo, considerando que, se o príncipe pudesse também julgar, cessariam as formalidades dos julgamentos, que se tornariam fonte de injustiças e abusos; faleceria a confiança e a segurança; nas matérias criminais, o acusador seria também julgador, simultaneamente parte e juiz; e deixaria de fazer sentido o poder de graça³⁶.

Outras razões tornariam também desadequado que os ministros do Conselho do monarca pudessem julgar os assuntos contenciosos: não só a judicatura exige numerosos juízes, sendo os ministros poucos, mas sobretudo o seu exercício exige

³¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livro XI, Cap. VI, pp. 327 ss.

³² *Ibidem*, p. 342.

³³ *Ibidem*, Livro XI, Cap. IV, p. 326.

³⁴ *Ibidem*, Livro XI, Cap. VI, pp. 336 e 339. Salientando estes e outros exemplos de controlo recíproco como demonstrativos de que Montesquieu pensou os poderes “como poderes separados, mas interdependentes, reciprocamente interferentes e controlados, assim se desfazendo o mito de [que o Autor teria concebido] uma divisão extrema ou radical dos poderes”, Paulo RANGEL, «A separação dos poderes segundo Montesquieu», p. 355; nesse sentido, já BASSI, «Il principio...», pp. 36 s.

³⁵ *Ibidem*, Livro XI, Cap. VI, pp. 333, 337.

³⁶ *Ibidem*, Livro VI, Cap. V, pp. 204 ss.

tribunais a quem os processos sejam de alguma forma indiferentes, implicando um tratamento desapaixonado (leia-se: imparcial), contrariamente ao que se espera dos ministros³⁷. Com esta argumentação, Montesquieu aflora já o que virá a ser o conceito de adequação orgânico-funcional, ideia fundamental para o entendimento hodierno do princípio da separação dos poderes³⁸.

A forma como os três poderes estivessem distribuídos em cada sistema de governo permitiria aferir dos graus de liberdade de que cada um deles poderia usufruir³⁹.

Note-se que não se parte de uma distinção objectiva das funções do Estado para depois as procurar repartir organicamente; inversamente, parte-se do propósito de fraccionar a autoridade do Estado, com vista a garantir a liberdade dos cidadãos, para, como critério de tal fraccionamento, se desenhar uma distinção das funções. A distinção jurídica das funções surge, pois, como instrumento daquele desígnio político⁴⁰.

1.1.5. A obra de Rousseau

Em contraste com Montesquieu, da obra de Rousseau não resulta propriamente uma doutrina da separação dos poderes – seja de repartição do poder por várias forças sociais, seja de divisão do poder por diversos órgãos com vista à sua limitação –, porquanto para o filósofo de Genebra existe apenas um poder soberano, o da lei, expressão da vontade geral⁴¹.

Titular do poder legislativo é o povo⁴² – são todos os membros do Estado resultante do contrato social – e a lei identifica-se perfeitamente com a vontade geral, com o bem comum (que pode não corresponder à concreta vontade subjectiva dos seus membros, se estes não souberem ser cidadãos, ou seja, sobrepor o interesse comum aos

³⁷ *Ibidem*, Livro VI, Cap. VI, p. 207.

³⁸ Como não deixam de assinalar N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, p. 101, e KUHL, *Der Kernbereich der Exekutive*, p. 112. Outros exemplos de repartição de tarefas pelos diferentes centros de poder de acordo com pontos de vista de adequação podem encontrar-se em outros locais da obra de Montesquieu, nomeadamente onde o Autor afirma que o Legislador não seria o órgão adequado para tomar resoluções activas, “coisa que ele não faria bem”, mas sim para fazer leis e verificar a sua boa execução, “coisa que ele pode fazer muito bem e que só mesmo ele pode fazer bem”, enquanto o Executivo, por necessitar quase sempre de uma acção imediata, é mais bem administrado por um que por vários, o que justifica a sua atribuição ao monarca, ao passo que o que depende do poder legislativo “é normalmente mais bem ordenado por vários que por um só” (Livro XI, Cap. VI, pp. 333 s.).

³⁹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livro XI, Cap. XX, p. 374.

⁴⁰ Posição sustentada por BASSI, «Il principio...», p. 31.

⁴¹ Mais desenvolvidamente sobre o contributo de Rousseau para a evolução da doutrina das funções estaduais, N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, pp. 125 ss. Fazendo a contraposição entre o pensamento de Montesquieu e o de Rousseau, BASSI, «Il principio...», pp. 60 ss.

⁴² ROUSSEAU, *Du contrat social*, Livro III, Cap. I, p. 225.

seus interesses individuais⁴³). Não se aceitando a ideia de representação⁴⁴, o “legislador” será apenas aquele que redige as leis, de acordo com a vontade geral⁴⁵.

Perante o primado absoluto da lei, todos os outros actos estaduais são mera execução dela. Rousseau distingue apenas entre função legislativa e executiva. Embora se reconheça a necessidade de existência de órgãos encarregados de executar a lei, estes não constituem um poder autónomo nem existem para limitar o poder legislativo. O poder executivo é, pois, totalmente subordinado ao legislativo, único poder soberano⁴⁶. Não se pretende que o executivo limite ou controle o legislativo (exclui-se, aliás, qualquer poder de veto); pelo contrário, é preciso assegurar que o executivo não se constitui em contrapoder que ameace o legislativo⁴⁷ – preocupação que pode justificar uma divisão do poder executivo⁴⁸.

A separação de poderes, enquanto separação orgânico-pessoal entre legislativo e executivo, visa, pois, apenas, a salvaguarda da vontade geral, e, por essa via, da liberdade de todos os cidadãos⁴⁹.

2. As concretizações constitucionais do princípio

2.1. As primeiras constituições escritas

As primeiras aplicações efectivas do princípio da separação dos poderes caracterizaram-se, em maior ou menor grau, pela recíproca colaboração entre os poderes, não por uma absoluta compartimentação⁵⁰.

2.1.1. A Constituição americana de 1787

Foi na Constituição dos Estados Unidos da América, resultante da Convenção de Filadélfia (1787), que pela primeira vez se desenhou deliberadamente um esquema orgânico-funcional de poderes separados e simultaneamente interdependentes,

⁴³ *Ibidem*, Livro I, Cap. VII, p. 186.

⁴⁴ *Ibidem*, Livro II, Cap. I, p. 192.

⁴⁵ *Ibidem*, Livro II, Cap. VII, p. 209.

⁴⁶ *Ibidem*, Livro III, Cap. I, pp. 224 ss.

⁴⁷ N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, p. 136.

⁴⁸ ROUSSEAU, *Du contrat social*, Livro III, Cap. VII, pp. 246 s.

⁴⁹ Assim, N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, p. 138.

⁵⁰ Sérvulo CORREIA, *Legalidade e autonomia...*, p. 28.

rompendo com as estruturas monárquicas do constitucionalismo europeu⁵¹. Desse esquema estava ausente qualquer preocupação de repartição social do poder – pois de uma sociedade igualitária se partia; era de uma separação entre órgãos constitucionais, todos democraticamente legitimados, que se tratava.

Essa separação não se pretendia, porém, de modo algum, total, como fundamentam os autores de *O Federalista* – “o maior manifesto das Luzes norte-americanas, na sua faceta política”⁵² –, respondendo aos opositores da proposta constitucional, que a acusavam de não assegurar a separação dos poderes, antes os misturar. Com efeito, para que nenhum dos poderes tivesse uma influência dominante sobre os demais, não seria suficiente uma mera demarcação dos limites constitucionais no papel; tornava-se necessário prever mecanismos constitucionais de protecção de cada um contra as intromissões dos outros⁵³. Defendeu-se, assim, que a própria estrutura do governo deveria fornecer os adequados “freios e contrapesos” (*checks and balances*) entre as suas diversas partes constituintes, de modo que estas, através das suas relações mútuas, dispusessem dos meios para se manterem umas às outras nas suas devidas funções⁵⁴. Exemplos desses freios e contrapesos eram: a possibilidade de *impeachment* do Presidente por crimes de responsabilidade; o poder de veto do Presidente sobre diplomas do legislativo; a própria divisão do legislativo em dois ramos; os poderes do Presidente de convocar as câmaras da legislatura em ocasiões extraordinárias e de recomendar ao Congresso as medidas que reputasse necessárias e convenientes; o direito do Presidente de fazer nomeações para diversos cargos, sujeitas a parecer e aprovação do Senado; o poder do departamento judicial de desaplicar leis contrárias à Constituição. Como observa Nuno Piçarra, o sistema de freios e contrapesos, resultante do triunfo de um ideário liberal (balança de poderes ao serviço da limitação interna do poder do Estado) sobre um ideário mais radicalmente democrático (de supremacia do parlamento), constituiu “a genuína contribuição norte-americana para a moderna teoria constitucional”⁵⁵.

⁵¹ Nessa perspectiva, a Constituição americana nada tem que ver com a tripartição rei/nobreza/povo de Montesquieu; assim, N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, p. 200.

⁵² Viriato Soromenho-Marques, no *Estudo Introdutório* à edição portuguesa de *The Federalist* (Alexander HAMILTON/James Madison/John Jay, *O Federalista*, edição a que se referem doravante as citações de *O Federalista*), p. 29.

⁵³ *O Federalista*, n.º 47, de 30-1-1788 (pp. 437 ss.), e 48, de 1-2-1788 (pp. 447 ss.), atribuídos a James Madison.

⁵⁴ *O Federalista*, n.º 51, de 6-2-1788, atribuído a Madison ou Hamilton, pp. 467 ss.

⁵⁵ N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, p. 183.

Como se verifica, optou-se pela clássica tripartição entre Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judicial. Em contraste com a supremacia do legislativo propugnada pelo Iluminismo europeu, em particular por Locke e Rousseau, o federalismo americano baseou-se na constituição de três poderes em posição de paridade, subordinados à Constituição.

Afastando-se da preocupação, dominante no antiabsolutismo europeu, de enfraquecimento do poder executivo – e não partilhando das concepções iluministas do legislador racional, intérprete da vontade geral, que decide sempre no sentido do bem comum –, os constituintes americanos quiseram estabelecer um Executivo forte e independente. Ao seu titular, o Presidente dos Estados Unidos da América, é concedido o poder de veto qualificado, ou seja, não um poder de veto absoluto mas o de devolver à legislatura projectos de diplomas, com as suas objecções, para impedir que se tornem lei, salvo se forem ratificados por dois terços de cada ramo do legislativo. A atribuição deste poder é defendida⁵⁶, mais uma vez, com base na necessidade de dar a cada poder “armas constitucionais” efectivas de “autodefesa”, conhecida que era a propensão do departamento legislativo para procurar absorver ilegitimamente os poderes dos outros departamentos. Além dessa finalidade primordial de defesa do sistema de repartição de poderes, ao poder de veto é ainda assinalada a finalidade secundária de fornecer uma garantia suplementar contra leis injustas que o legislativo – por pressa, inadvertência ou propositadamente – possa aprovar.

Refira-se ainda que se defende uma diferenciação estrutural entre legislativo e executivo com base nas respectivas necessidades funcionais: o executivo deve ser único e a legislatura deve ser numerosa, porquanto ao Executivo a característica mais necessária é a energia, que é mais verificável no poder que está numa só mão, mais apto à decisão, actividade, sigilo e celeridade; já uma legislatura numerosa é mais bem adaptada à deliberação e à sagacidade requeridas⁵⁷. Nesta argumentação, podemos entrever um afloramento das teorias da adequação orgânico-funcional.

A configuração do Poder Judicial federal representa outro acentuado contraste com as concepções do Iluminismo europeu, que, como vimos, o pretendiam “nulo” e subordinado. Conscientes desta posição de partida mais fraca, os constituintes americanos quiseram dar-lhe autonomia e conferir-lhe igualmente a capacidade de se defender dos ataques dos demais poderes⁵⁸. A integração do poder judicial no “processo

⁵⁶ *O Federalista*, n.º 73, de 21-3-1788, atribuído a Hamilton, p. 647.

⁵⁷ *O Federalista*, n.º 70, de 15-3-1788, atribuído a Hamilton, pp. 619 ss.

⁵⁸ *O Federalista*, n.º 78, de 28-3-1788, atribuído a Hamilton, p. 683. O Autor salienta ainda o carácter essencial da completa independência dos tribunais, citando Montesquieu (p. 684).

equilibrante” entre órgãos constitucionais representa, como nota Nuno Piçarra, um “desenvolvimento especificamente americano do princípio da separação dos poderes”⁵⁹.

O principal traço distintivo do poder judicial federal americano é o facto de os tribunais poderem fundar as suas decisões na Constituição, desaplicando leis que reputeem inconstitucionais. Este poder, que veio a ficar conhecido como *judicial review*, não significa, segundo Hamilton, uma superioridade do poder judicial em relação ao legislativo, mas sim que o poder do povo é superior a ambos, pelo que, havendo contrariedade entre a vontade do legislador e a do povo, declarada na Constituição, os juízes devem guiar-se por esta, mais do que por aquela⁶⁰. Nas palavras de Alexis de Tocqueville, este poder dos juízes “forma uma das barreiras mais poderosas que já foram erigidas contra a tirania das assembleias políticas”⁶¹. É desta forma que os tribunais americanos, apesar de comungarem, no resto, das características dos tribunais das outras nações (só podem pronunciar-se no âmbito de um processo; apenas julgam casos concretos; não podem actuar oficiosamente, apenas a pedido), estão revestidos de um “imenso poder político”⁶².

Quanto à estrutura do poder judicial federal, que a Constituição atribui “a um Supremo Tribunal e a tribunais inferiores que forem oportunamente definidos e estabelecidos pelo Congresso” (artigo 3.º, Secção I), Hamilton saúda essa opção em detrimento da proposta de entrega do poder judicial de última instância a um ramo da legislatura, considerando, entre outros argumentos, que, ao contrário do perfil comum dos membros da legislatura, os juízes serão “homens escolhidos pelo seu conhecimento das leis, adquirido através de longo e laborioso estudo”⁶³. De novo deparamos com uma manifestação da ideia de adequação orgânico-funcional.

2.1.2. O constitucionalismo francês revolucionário

No constitucionalismo francês que se seguiu à Revolução, consagrou-se a separação dos poderes, caracterizada por um primado do legislativo.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que ainda hoje forma parte do bloco de constitucionalidade francês, afirma lapidariamente que a separação de poderes é requisito de qualquer Estado de direito constitucional, na conhecida formulação *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas*

⁵⁹ N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, p. 202.

⁶⁰ *O Federalista*, n.º 78, p. 686.

⁶¹ Alexis de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, p. 95.

⁶² *Ibidem*, p. 90.

⁶³ *O Federalista*, n.º 81, de 28-5-1788, atribuído a Hamilton, p. 710.

assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution (artigo 16.º). Define ainda a Lei como expressão da vontade geral, em cuja formação todos os cidadãos têm o direito de participar, pessoalmente ou através dos seus representantes (artigo 6.º).

Os artigos constitucionais de 1789 e a Constituição de 1791, a que aqueles vieram a dar lugar, aboliram as instituições do *Ancien Régime* e substituíram a monarquia absoluta por uma monarquia limitada, constitucional, na qual todos os poderes tinham origem não divina mas na Nação soberana⁶⁴. Estabeleceram pela primeira vez um sistema de separação dos poderes, tripartido, mas com supremacia do legislativo.

Nestes textos, é notória a influência das ideias de Montesquieu (quanto à separação dos poderes) e de Rousseau (quanto à soberania popular), bem como a inspiração na monarquia constitucional inglesa e na revolução americana⁶⁵.

O poder legislativo foi cometido a uma Assembleia Nacional, única, composta por representantes eleitos por sufrágio censitário masculino, com poder para legislar em todos os domínios⁶⁶. O poder executivo permaneceu nas mãos do Rei, mas muito limitado. O seu poder deriva exclusivamente da lei, não sendo pré-existente⁶⁷. A feitura de leis é-lhe vedada, podendo apenas fazer proclamações conformes às leis, com vista a assegurar a sua execução⁶⁸. Não deixou de lhe ser reconhecido o poder de veto, mas apenas suspensivo e temporário⁶⁹. O poder judicial, pese embora a independência orgânico-pessoal em relação ao legislativo e ao executivo⁷⁰, não tem um papel relevante na balança de poderes⁷¹, consistindo numa actividade de mera aplicação da lei; é afastado qualquer tipo de controlo de constitucionalidade das leis⁷².

⁶⁴ Cf. arts. 1.º e 2.º do Título III da Constituição de 1791.

⁶⁵ Marcello CAETANO, *Manual...*, p. 94.

⁶⁶ Cf. art. 3.º, Cap. I e Cap. III do Título III.

⁶⁷ Art. 4.º, art. 3.º da Secção I do Cap. II e art. 1.º do Cap. IV, todos do Título III.

⁶⁸ Art. 6.º da Secção I do Cap. IV do Título III.

⁶⁹ Art. 2.º da Secção III do Cap. III.

⁷⁰ Art. 1.º do Cap. V do Título III. Os juízes eram eleitos pelo povo – art. 5.º do Título III.

⁷¹ Como nota N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, p. 215.

⁷² Art. 3.º do Cap. V do Título III: os tribunais não podem nem imiscuir-se no exercício do poder legislativo ou suspender a execução das leis, nem interferir nas funções administrativas ou citar os administradores em razão das suas funções. Esta preocupação resultaria da desconfiança do poder revolucionário relativamente aos tribunais, ligados à nobreza, cuja interferência na Administração se temia (neste sentido, Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, p. 13).

A preocupação principal, em termos de balança dos poderes, parece ser, assim, limitar o poder do Rei e assegurar a supremacia do legislativo⁷³.

2.2. A separação dos poderes como pilar do Estado de direito: o princípio no Estado de direito liberal

Essa preocupação manteve-se no constitucionalismo liberal do século XIX. Onde o princípio democrático coexistiu com o monárquico, aquele serviu como factor de limitação deste. À medida que a instituição monárquica se foi extinguindo ou tornando simbólica, caminhou-se para a subordinação do poder executivo ao legislativo⁷⁴.

Com base na concepção iluminista de lei – racional, geral e abstracta, expressão da vontade geral, garantia da liberdade –, afirmava-se a supremacia do parlamento, como forma de salvaguardar os direitos individuais.

Com o princípio da divisão dos poderes, que todas as constituições escritas liberais estabeleceram – dando-lhe esta ou aquela configuração concreta –, não se almejava um equilíbrio neutral entre os vários poderes: o princípio foi, sim, instrumental do predomínio do corpo legislativo⁷⁵. No plano social, essa hegemonia do parlamento correspondia à progressiva afirmação da burguesia, que pretendia ver o poder executivo limitado por regras gerais e abstractas, em que as esferas de autonomia dos cidadãos e a vida económica não ficassem à mercê de ingerências arbitrárias⁷⁶.

Compreende-se que, neste quadro, o poder executivo e também o judicial fossem subordinados à lei soberana, cingindo-se o seu papel à mera execução ou aplicação desta⁷⁷. A independência do poder judicial era corolário da sua subordinação (exclusiva) aos ditames da lei do parlamento⁷⁸.

Instrumentos jurídicos deste quadro político, no Estado de direito liberal, foram o princípio do império da lei, a reserva de lei e o princípio da legalidade da

⁷³ A Constituição de 1791 vigorou apenas cerca de um ano e o constitucionalismo francês veio a sofrer vicissitudes constantes ao longo das décadas seguintes, oscilando sucessivamente entre regimes de monarquia limitada, república democrática, república autoritária e monarquia imperial, com as consequentes repercussões na repartição e preponderância dos poderes. Sobre esses desenvolvimentos, pormenorizadamente, Marcello CAETANO, *Manual...*, pp. 93 ss., e BASSI, «Il principio...», pp. 59 ss.

⁷⁴ Sérvulo CORREIA, *Legalidade e autonomia...*, pp. 26 s.

⁷⁵ Reis NOVAIS, *Contributo...*, p. 86.

⁷⁶ Sérvulo CORREIA, *Legalidade e autonomia...*, p. 33.

⁷⁷ N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, p. 160.

⁷⁸ Reis NOVAIS, *Contributo...*, p. 91.

administração, assim como a progressiva criação de formas de contencioso administrativo⁷⁹.

Em qualquer caso, seja nas concretizações em que predominou o objectivo de assegurar o monismo do legislador, seja naquelas – como a norte-americana – em que se visou um pluralismo de centros de poder dentro do Estado, com um sistema de controlos recíprocos, e porque a lei parlamentar se foi revelando capaz do arbitrário e do injusto, e tanto o administrador como o juiz foram criando direito, tornou-se evidente que mesmo perante um poder legítimo não é despicienda a sua limitação⁸⁰. Deste modo, até na Europa, onde prevaleceu o sistema de governo parlamentar, a doutrina da balança dos poderes não deixou de ser incorporada, adoptando-se mecanismos constitucionais de controlo interorgânico, aptos a propiciar a colaboração, coordenação e interdependência entre os órgãos estaduais⁸¹.

2.3. O princípio no Estado de direito contemporâneo, democrático e social

A superação do modelo de Estado liberal e a sua progressiva substituição pelo de Estado de direito social, a partir do pós-guerra do século XX, repercutiu-se significativamente na configuração e inter-relacionamento dos poderes do Estado.

A radical alteração das finalidades do Estado e o alargamento extraordinário das tarefas que, em consequência, lhe são cometidas acarretaram, necessariamente, profundas alterações na sua estrutura.

A lei, chamada a enquadrar a actividade da nova Administração prestadora, e a limitar a sua discricionariedade, sofre um fenómeno de inflação e de certo modo banaliza-se, vendo esbater-se as suas características de racionalidade, generalidade e abstracção. A crença na infalibilidade do legislador vai-se também atenuando, abrindo-se o caminho à possibilidade de controlo da constitucionalidade material das leis.

No que respeita à Administração, o seu papel ganha centralidade: não é já mera executora da vontade geral expressa na lei; cabe-lhe intervir em todos os sectores da vida social e económica e prover às mais variadas necessidades, com vista a realizar a justiça social, embora sempre enquadrada e limitada pela lei.

⁷⁹ Reis NOVAIS, *Separação de poderes...*, p. 10.

⁸⁰ N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, pp. 151 s.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 218 s.

As modificações na configuração do legislativo e do executivo acabam por conduzir a um reforço do papel do poder judicial⁸², chamado a assumir uma função de controlo da actividade dos demais poderes. A necessidade de assegurar a vinculação à lei e ao direito de uma Administração cada vez mais interventiva e poderosa conduz ao reforço da justiça administrativa; a crescente produção legislativa e a admissão de que o corpo legiferante também pode incorrer em injustiça e arbítrio levam à instituição generalizada da justiça constitucional. A independência do poder judicial é reforçada e deixa de ser subalterno o lugar que este toma na balança dos poderes.

Concomitantemente, esbatem-se as fronteiras entre as funções atribuídas a cada órgão do poder.

A lei deixa de ser fundamentalmente jurídica, padrão de conduta para os cidadãos, para se tornar cada vez mais política, instrumento de prossecução dos fins do Estado social. A função legislativa confunde-se, pois, com a função política. O legislador, a par de normas gerais e abstractas, passa a emitir “medidas” e “providências”; o conceito de lei sofre mutações, passando a caracterizar-se já não pelo conteúdo mas pela forma, pelo procedimento, pelo órgão de que emana e pela força jurídica de que goza⁸³.

Por sua vez, o Executivo ganha poderes legislativos, concorrentes com os do Parlamento. Trata-se de uma inevitabilidade, decorrente do reconhecimento de que só a Administração, dada a sua actuação próxima da realidade e os recursos técnicos especializados de que dispõe, tem condições para levar a cabo eficazmente a tarefa de decidir, regular e planificar com rapidez, exigente preparação técnica e elevado grau de pormenor, no quadro do enorme volume de incumbências cometidas ao Estado. O larguíssimo espectro de intervenção na vida social e económica, aliado a uma intensa actividade normativa do Governo e da Administração, ocasionam uma transferência do centro de gravidade do Parlamento para o Executivo e deste para os aparelhos técnico-burocráticos, afastando progressivamente o corpo eleitoral da tomada de decisões, como assinala Reis Novais⁸⁴.

Por outro lado, nos sistemas de governo parlamentar, tende a desaparecer o velho antagonismo entre Legislativo e Executivo: maioria parlamentar e governo são ligados partidariamente e vinculados a uma unidade de acção, passando o diálogo essencial à democracia a dar-se entre maioria e oposição parlamentares. As próprias

⁸² Sobre isto, Reis NOVAIS, *Contributo...*, p. 219; OSSENBÜHL, «Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung», pp. 218 s.

⁸³ Cf. N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, pp. 254 ss.

⁸⁴ Reis NOVAIS, *Contributo...*, p. 218.

constelações de poder na sociedade se modificam: com o desaparecimento da antiga estrutura social, todo o poder passou a emanar do povo; contudo, em redor do sistema de partidos, surgem novos poderes de facto⁸⁵.

A crescente interpenetração dos poderes estende-se aos tribunais, que gradualmente passam a “interferir”, através de novos poderes de controlo, tanto na actividade administrativa como na legislativa, como já se referiu. Os controlos jurisdicionais da legalidade da administração e da constitucionalidade das leis originam um fenómeno de “ascensão” do poder judicial – hoje a “contra-imagem” do juiz preconizado por Montesquieu⁸⁶ –, que levanta delicados problemas de delimitação das fronteiras de actuação dos vários poderes. No plano do controlo da actividade administrativa, a intervenção judicial apenas será legítima enquanto se cingir ao controlo da legalidade – *rectius*, da juridicidade⁸⁷ –, sem cuidar do mérito ou da oportunidade das opções tomadas; no plano do controlo da constitucionalidade das leis, os tribunais não deverão ir além de um papel de “legislador negativo”, que verifique e sancione as violações das normas e princípios constitucionais, respeitando contudo a ampla margem de conformação legislativa.

Os poderes dos diversos órgãos do Estado entrecruzam-se ainda em muitos outros pontos, como são exemplos a sujeição dos actos legislativos a promulgação do Chefe do Estado, com o inerente poder de veto, a responsabilização dos governos perante os parlamentos, a apreciação parlamentar de decretos-leis, etc.⁸⁸.

Acentua-se, pois, e consolida-se, a vertente da *interdependência* dos poderes, abandonando-se definitivamente (se é que verdadeiramente se tinha alguma vez defendido) uma ideia de separação estanque.

Toda a recomposição do esquema de poderes que se acabou de descrever encontra a sua legitimidade na democratização dos sistemas políticos. Nos sistemas constitucionais democráticos, todos os poderes emanam da Constituição e todos são dotados de legitimação democrática⁸⁹. É esta que torna aceitáveis, nomeadamente, a

⁸⁵ Assim, OSSENBÜHL, «Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung», pp. 216 ss. O Autor recorda que Montesquieu procurara ligar a separação de poderes normativa às estruturas de poder encontradas na sociedade, para alcançar um equilíbrio eficaz; porém, para Ossenbühl, essa ligação perdeu-se no Estado contemporâneo.

⁸⁶ Na expressão de N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, p. 259.

⁸⁷ Importa referir que, também em consequência da perda de centralidade da lei, o princípio da legalidade administrativa evolui para uma vinculação da administração *ao Direito*, judicialmente sindicável. Cf. Reis NOVAIS, *Contributo...*, p. 216.

⁸⁸ Para mais exemplos, *vide* Reis NOVAIS, *Separação de poderes...*, p. 10.

⁸⁹ Dado que o princípio democrático apenas permite considerar directa e imediatamente o povo como substrato dos órgãos constitucionais, o princípio constitucional da separação dos poderes dissociou-se,

atenuação da supremacia do parlamento e o fortalecimento das posições do executivo e do judiciário⁹⁰.

Ao longo do século XX, o princípio da separação de poderes soube, pois, reconfigurar-se e manter a sua valia, em contextos político-sociais muito diversos dos existentes aquando da sua origem. Durante esse século, onde ocorreram interregnos nos regimes democráticos, a separação foi afastada⁹¹; continua, assim, a verificar-se que democracia e separação de poderes andam a par⁹².

definitivamente, no Estado de direito contemporâneo, da temática da “constituição mista”: assim, N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, p. 233, e KUHL, *Der Kernbereich der Executive*, p. 116.

⁹⁰ Como salienta Reis NOVAIS, *Contributo...*, pp. 221 s., é nas regras da democracia política – tais como a livre eleição de uma assembleia representativa de todos os cidadãos, a legitimação democrática de todos os órgãos do poder e o reconhecimento do pluralismo partidário, do direito de oposição, do princípio da alternância democrática e dos direitos de participação política – que “o Estado de Direito encontra as contrapartidas que lhe permitem assumir o novo princípio *social* sem perda de legitimidade”.

⁹¹ Nos regimes marxistas-leninistas, procurou-se instaurar a unidade do poder em favor do proletariado; nas ditaduras fascistas, prevaleceu um poder executivo autoritário; fora do continente europeu, nos países saídos das descolonizações, surgiram partidos únicos a dominar as estruturas de poder (assim, Jorge MIRANDA, *Manual...*, vol. II, tomo III, p. 395).

⁹² Refira-se, contudo, a existência de posições que consideram o princípio ultrapassado. Veja-se como exemplo LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, pp. 54 ss., que considera superada, por datada, a teoria da separação dos poderes e advoga uma nova tripartição das funções do Estado, baseada na ideia de *political leadership* (exercício do poder político, já que a “vontade geral” não actua por si mesma, tem de ser dirigida unitária e consequentemente pela liderança política), agrupando-as em: *policy determination* (a decisão política fundamental ou conformadora, que consiste na escolha de uma entre várias possibilidades políticas fundamentais para a conformação da comunidade; a sua formulação e realização estão nas mãos dos detentores legítimos do poder: Governo e Parlamento, sendo o seu principal meio de realização a legislação); *policy execution* (a execução daquela decisão fundamental, mediante aplicação das normas gerais da legislação aos casos concretos, e que compete maioritariamente à Administração, mas também aos Tribunais, que executam a lei de forma parecida, ainda que com diferentes técnicas, não realizando uma função independente no processo de poder); e *policy control* (controlo político, que assegura a limitação e controlo do poder). Note-se que a *judicial review* de tipo americano não consistiria em *policy execution* mas em *policy control* (*ibidem*, p. 309).

CAP. II – A CARACTERIZAÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO

1. Teorizações da distinção entre as funções estaduais

Como resulta claro da exposição precedente sobre a evolução histórica da doutrina da separação dos poderes, esta assentou originariamente numa preocupação de repartir o poder com vista a proteger as liberdades individuais e não num objectivo de definição rigorosa de cada uma das funções do Estado.

No entanto, com a consolidação do princípio democrático e a instituição de sistemas constitucionais que asseguram a limitação do poder, aquela preocupação originária encontrou resposta; o que, aliado à imiscuição dos poderes já descrita, a pôr em causa uma repartição órgão-função estanque, fez deslocar o foco da doutrina para a caracterização das funções estaduais.

Não que a doutrina da separação dos poderes tivesse historicamente implicada uma rígida compartimentação órgão-função: como nota Marcello Caetano, “a doutrina liberal do começo do século [XIX] tendeu a interpretar rigidamente o esquema extraído por Locke e Montesquieu da prática constitucional britânica e a preconizar que a cada órgão da soberania fosse atribuído, em exclusivo, o desempenho de uma função do Estado, sendo os Poderes, ou órgãos especializados nas diversas funções jurídicas, independentes uns dos outros, de modo a actuarem em rigorosa *separação*. A prática demonstrou por toda a parte a inconveniência e até a impossibilidade deste sistema, que não correspondia, aliás, à fórmula de Montesquieu, pois este entendia que a cada órgão ou sistema de órgãos deveria ser atribuída, não só a faculdade de decidir ou estatuir em certo domínio da actividade estadual, mas também a faculdade de refrear ou impedir os abusos de autoridade dos órgãos que actuassem noutros domínios. Os diversos poderes haviam, pois, de actuar concertadamente, em regime de permanente e harmoniosa colaboração”⁹³.

Uma proposição simplista de que o órgão legislativo legisla, emitindo leis gerais e abstractas, o órgão executivo executa, aplicando a lei aos casos concretos, e o órgão jurisdicional julga, dirimindo litígios entre particulares, deixa de ter valia num estágio de evolução em que cada órgão é chamado a exercer funções típicas dos demais: em que o legislador também “administra”, adoptando leis-medida; em que o executivo também legisla, em concorrência com o parlamento, e além disso “julga”, ao dirimir alguns

⁹³ Marcello CAETANO, *Manual...*, p. 202.

litígios e ao aplicar sanções, nomeadamente em procedimentos disciplinares e contra-ordenacionais; em que os tribunais “contra-legislam” e “contra-administram”, ao fiscalizar a validade das leis e dos actos administrativos.

Compreende-se, assim, a deslocação da tónica da compartimentação entre órgãos para a distinção material das funções⁹⁴.

Refira-se outrossim a gradativa opção pela referência a “funções” em detrimento de “poderes” do Estado. Na verdade, se os “poderes” consistem nas diversas faculdades de acção que correspondem à soberania, a expressão tem contudo sido empregue, tradicionalmente, para referir os “sistemas de órgãos pelos quais se encontra dividido o exercício das formas de autoridade política”⁹⁵. Esta prática de chamar “poder do Estado” ao órgão ou sistema a que está confiado o exercício de uma parcela da autoridade soberana resultou da ideia de separação dos poderes, ao preconizar que cada uma daquelas “faculdades de acção” fosse exercida por um órgão distinto. Todavia, a atribuição, que se verificou na prática, de mais do que um tipo de funções a um mesmo órgão implicou que a estrutura organizativa do Estado viesse a centrar-se menos nos “poderes” – no sentido de complexos de órgãos independentes entre si – que nas funções – no sentido de actividades típicas objectivamente distintas⁹⁶. Para evitar uma ideia de soberania divisível e fraccionada⁹⁷, para não consentir na identificação do poder com a função e para fugir a confusões terminológicas⁹⁸, a expressão “poderes do Estado” tem sido preterida em várias constituições modernas e na doutrina, em favor da referência a “funções” e a “órgãos de soberania”⁹⁹.

O termo “função” é usado na Ciência Política em mais que uma acepção. Como nota Marcello Caetano, umas vezes quer-se aludir aos fins do Estado, outras às tarefas concretas que um Estado deve desempenhar (por exemplo, assistência, ensino, polícia), outras ainda ao conjunto de poderes e deveres que pertencem a um órgão do Estado. O Autor adopta como conceito de função “uma *actividade específica, complementar de*

⁹⁴ Sérvulo CORREIA, *Legalidade e autonomia...*, pp. 29 s.

⁹⁵ Marcello CAETANO, *Manual...*, p. 199.

⁹⁶ BASSI, «Il principio...», p. 76.

⁹⁷ Vários autores, aliás, evitam a expressão “divisão de poderes”, dado que se trata de um poder unitário do Estado, que é separado (ordenado) com vista ao seu exercício – como é o caso de WOLFF/Bachof/Stober, *Direito Administrativo*, p. 218, preferindo a expressão “ordenação de funções”.

⁹⁸ Marcello CAETANO, *Manual...*, p. 199, dá como exemplo de “embarços” trazidos à linguagem jurídico-política pela generalização daquele sentido da expressão afirmações como: “o poder executivo exerce atribuições legislativas e também jurisdicionais”.

⁹⁹ “Poder” pode ser definido hoje como “aquilo que resulta da atribuição de uma função a um órgão ou conjunto de órgãos” (assim, M. Lúcia AMARAL, *A forma da República*, p. 155).

outras actividades também específicas cujo exercício coordenado é indispensável à produção de certo resultado”, distinguindo a *função do Estado* da *função dum órgão do Estado*¹⁰⁰. Jorge Miranda identifica, como acepções de “funções do Estado”, a de “tarefa ou incumbência”, correspondente a “certa necessidade colectiva ou a certa zona da vida social”, e a de “actividade” com características próprias, ou “modo de o poder político se projectar em acção”¹⁰¹. As *tarefas* que o Estado se propõe prosseguir são postas em prática por meio das funções constitucionalmente repartidas. Cada *função-actividade*, enquanto “conjunto de actos [...] destinados à prossecução de um fim comum, por forma própria”, é duradoura e é específica, diferenciando-se pelos seus elementos materiais, formais e orgânicos¹⁰².

A teorização das funções do Estado dedica-se então à diferenciação dogmática entre tais funções, com pretensão de validade científica.

Adoptam-se critérios de distinção de carácter material, formal e orgânico. O critério *material* baseia-se nas características e conteúdo dos actos em que se concretiza a actividade do Estado; o critério *formal* centra-se nas características externas de tais actos (autor, procedimento, forma, força jurídica); o critério *orgânico* (ou subjectivo) atende ao órgão que desempenha a função. Mais recentemente, tem-se baseado a distinção numa caracterização *funcional*.

Em particular na teoria positivista germânica do Estado, a tripartição tradicional dá origem a uma definição material das funções estaduais (a função legislativa consistiria na constituição e modificação do ordenamento jurídico mediante a edição de normas gerais e abstractas; a função jurisdicional na conservação e tutela do ordenamento jurídico mediante decisões concretas e individuais; a função executiva na realização dos objectivos do Estado mediante decisões concretas e operações materiais), cada uma a atribuir a um dos três “poderes” (órgãos). A separação dos poderes perde o seu sentido político, reconduzindo-se a critérios estritamente jurídicos¹⁰³. Exemplos

¹⁰⁰ Marcello CAETANO, *Manual...*, p. 148.

¹⁰¹ Jorge MIRANDA, *Funções, órgãos e actos...*, p. 3.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 7 s.

¹⁰³ Assim, N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, pp. 247 s.; SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, p. 130. Ou, visto de outra forma, autonomiza-se a teoria das funções da separação de poderes, reduzindo-se esta a um mero princípio “político” de não acumulação de vários poderes num só complexo orgânico, contrapondo-se à natureza “jurídica” da distinção das funções (assim, SILVESTRI, *ibidem*, p. 156).

mais salientes desta teorização das funções do Estado foram Jellinek¹⁰⁴, Laband¹⁰⁵ e Duguit¹⁰⁶.

A verificação, porém, de que, na prática, não só de um mesmo órgão podiam provir actos de diferente natureza intrínseca, mas também de órgãos distintos podiam emanar actos de natureza semelhante – portanto, de que a actividade de cada órgão não corresponde exactamente às respectivas funções materiais – conduziu a que a distinção material das funções fosse complementada por critérios adicionais, de natureza formal,

¹⁰⁴ Jellinek adopta um critério teleológico, distinguindo três funções materiais do Estado – Legislação, Jurisdição e Administração – com base nas finalidades visadas com o seu exercício (JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, p. 609). Correspondentemente, os actos praticados pelos órgãos do Estado classificar-se-iam em leis, decisões judiciais e actos administrativos (*ibidem*, p. 611). A primeira daquelas funções traduziria a definição e imposição de regras abstractas de comportamento para tutelar as liberdades; a segunda, a aplicação das normas jurídicas aos casos concretos, segundo um processo rígido, para atingir o fim jurídico do Estado, ou seja, o fim de estabelecimento e tutela do Direito; e a terceira, a realização de objectivos concretos, pelas mais variadas formas, para preencher o fim “cultural”, bem como a concretização das actividades extraordinárias do Estado (como a guerra), subtraídas à ordem jurídica (*ibidem*, p. 610 ss.). Sobre esta posição, Marcello CAETANO, *Manual*, pp. 150 ss., A. QUEIRÓ, «A função administrativa», pp. 5 ss., e SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, p. 126.

¹⁰⁵ Laband, considerando que as finalidades são algo de metajurídico, adopta um critério formal-estrutural, em que releva a materialidade da função e não o posicionamento do órgão; a relação entre os órgãos é do foro político, não interessando ao jurista. Assim, opõe jurisdição a administração com base no facto de esta se caracterizar por uma essencial liberdade de escolha dos meios (nos limites do direito e dos poderes), ao contrário daquela, que consiste na subsunção de factos ao direito, por via de uma conclusão lógica, independente da vontade. Assim, LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, II, pp. 172 ss., esp. p. 178. Sobre a elaboração de Laband da teoria formal-substancial, BASSI, «Il principio...», pp. 82 ss., SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, pp. 118 ss., e A. QUEIRÓ, «A função administrativa», pp. 6 ss.

¹⁰⁶ Também Duguit opta por uma classificação material, mas, em lugar dos fins, centra-se nos actos jurídicos (enquanto manifestações de vontade, produzidas nos limites fixados pelo direito objectivo, com o fito de criar uma situação jurídica subjectiva) – cf. DUGUIT, «L’acte administratif et l’acte juridictionnel», p. 414; *idem*, *Traité de Droit Constitutionnel*, pp. 286, 430. A função legislativa consistiria na prática de actos-regra, ou seja, na formulação de disposições normativas ou construtivas, modificando de alguma forma o direito objectivo; a função administrativa na prática de actos-condição, de actos subjectivos e de operações materiais destinadas a assegurar o funcionamento dos serviços públicos; e a função jurisdicional na resolução de uma questão de direito, mais concretamente, na verificação de uma regra de direito ou uma situação de direito e na conseqüente decisão que, silogisticamente, lhe corresponda – acto jurisdicional, um acto-condição ou acto subjectivo tendente à realização fáctica daquela solução (*idem*, «L’acte administratif et l’acte juridictionnel», p. 450, e *Traité de Droit Constitutionnel*, pp. 286 ss., 431). O carácter específico do acto jurisdicional, que o distingue materialmente do administrativo, é o facto de existir uma questão de direito, ela ser suscitada e o agente público intervir *para* resolver essa questão de direito. Se intervém para prosseguir outro fim, se a solução dada a uma questão de direito constituir um meio e não um fim, não se está perante um acto jurisdicional (*Traité de Droit Constitutionnel*, p. 424). Sobre esta posição, Marcello CAETANO, *Manual*, pp. 151 ss. Afonso QUEIRÓ, nas *Lições de Direito Administrativo* (1959), pp. 30 ss., criticava esta posição, rejeitando que meio e fim fossem critérios apropriados para a distinção e censurando que a diferenciação das duas funções fosse afinal buscar-se a um mero facto psicológico – a relação psicológica do aplicador do direito com o mesmo direito, relação que não só é subjectiva e por isso dificilmente averiguável em cada caso, mas também imprópria por si mesma para constituir o critério de diferenciação material das duas funções; para o Professor, não se afigurava que administrador e juiz tivessem, “perante o direito, uma atitude psicológica essencialmente diferente: ambos procuram dar satisfação a necessidades ou interesses públicos, mediante o Direito, tendo em conta os juízos de valor legais. A Administração e a Justiça são, neste plano, funções irmãs”; sustentava, pois, que “a realização do Direito não é fim que o Estado se proponha realizar”. Cf., porém, o critério teleológico-objectivo que o Autor virá a propor nas *Lições de 1976 (vide infra, Cap. IV, 1.2)*.

que permitissem distinguir entre actos de idêntica natureza provenientes de órgãos diversos. Esta classificação formal (ou orgânica/subjectiva) fundava-se na forma como as várias manifestações de vontade estadual se exteriorizavam, ou nas formalidades procedimentais conducentes à sua emanação, bem como na sua proveniência orgânica, para distinguir o exercício de funções objectivamente iguais¹⁰⁷. Por esta via, toda a actividade do órgão legislativo seria formalmente legislativa, independentemente do conteúdo material do acto, e assim sucessivamente. Outros critérios formais foram sendo propostos, baseados ora no processo (formalidades e trâmites observados pelos órgãos no exercício da função), ora na força jurídica dos actos, ora nos destinatários das normas (a administração daria aplicação a normas que lhe são dirigidas, ao passo que os tribunais aplicariam normas dirigidas a outros sujeitos).

Deste modo, a actos relevando da mesma função era atribuído diferente valor jurídico consoante proviessem de um ou de outro complexo orgânico. O princípio da separação orgânica dos poderes tendia a transformar-se no princípio da distinção dos actos com diverso valor formal, ou no princípio da distinção formal e material das actividades estaduais¹⁰⁸. Como nota Silvestri, este “expediente empírico” faz erodir a credibilidade de toda a teoria, pondo a nu o seu carácter artificial e tornando insustentável a conexão natural entre órgão e função¹⁰⁹.

A teoria pura do Direito e do Estado, de que Kelsen é o principal representante, afasta-se da tripartição tradicional¹¹⁰. Identificando o Estado com a ordem jurídica¹¹¹, reconduz as funções a duas: criação do direito (*legis latio*) e execução do direito (*legis executio*), esta última compreendendo a função executiva e a jurisdicional¹¹². No sistema piramidal de Merkl, cada degrau da pirâmide é simultaneamente aplicação do direito (definido pelo grau superior) e definição do direito (para ser aplicado pelo grau inferior), excepção feita à norma suprema (a Constituição) e à base da pirâmide (mera execução material). As funções assim classificadas não coexistem em posição de paridade, mas numa relação de supra-infra-ordenação, com a execução subordinada à

¹⁰⁷ BASSI, «Il principio...», p. 76.

¹⁰⁸ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁹ SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, p. 127.

¹¹⁰ KELSEN, «Die Lehre von der drei Gewalten...», pp. 377 s.

¹¹¹ KELSEN, *Teoria Geral do Estado*, p. 33.

¹¹² KELSEN, *Teoria Geral do Estado*, p. 110; *idem*, «A garantia jurisdicional da Constituição», pp. 9 ss. Para o Autor, a função da Legislação caracteriza-se pela emissão de regras gerais e abstractas, enquanto a Jurisdição e a Administração se traduzem no desenvolvimento de uma actividade individualizada e no desempenho de tarefas concretas. Sobre esta “bipartição de funções”, tributária do princípio da legalidade, propugnada por Kelsen e a sua Escola de Viena, SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, pp. 133 ss.

legislação¹¹³. A teoria kelseniana não distingue, pois, num plano funcional, a administração da jurisdição: sentença judicial e decisão administrativa consideram-se actos da mesma natureza, não se concedendo relevo autónomo às diferentes características dos respectivos titulares e procedimentos¹¹⁴. Pode mesmo afirmar-se que não consiste numa teoria de separação de poderes, pois que não é possível atribuir a um órgão exclusivamente a criação do direito e a outro exclusivamente a sua execução.

Como nota, criticamente, Nuno Piçarra, o princípio da separação dos poderes vê-se, nas teorizações acabadas de referir, reduzido à distinção entre actos com diverso valor formal, convertendo-se num “dogma”, numa categoria “com valor apriorístico”¹¹⁵.

Qualquer uma destas teorias é, como facilmente se conclui, insuficiente, seja por não abarcar toda a actividade dos Estados, seja por secundarizar a dimensão política da separação dos poderes, seja por não servir de critério orientador da repartição de funções pelos órgãos do Estado (assumida a rejeição de uma repartição mecânica órgão-função).

É assim que, tendencialmente, perde hoje interesse uma teorização abstracta, arquetípica, das funções do Estado, em favor de uma análise da adequação da ordenação das funções no quadro dos concretos sistemas constitucionais¹¹⁶.

É também assim que surgem novas abordagens do princípio da separação dos poderes, que procuram chamá-lo a contribuir para a definição de critérios orientadores da organização das competências dos órgãos do Estado.

¹¹³ KELSEN, «Die Lehre von der drei Gewalten...», p. 399, e *idem*, *Teoria Geral do Estado*, p. 111. Sobre isto, BASSI, «Il principio...», p. 97.

¹¹⁴ KELSEN, *Teoria Geral do Estado*, pp. 116 ss., e *idem*, «Die Lehre von der drei Gewalten...», pp. 386 ss. Para o Autor, ambas são degraus da ordem jurídica. A sentença consiste em verificar se o facto previsto em abstracto pela regra geral existe em concreto e em fazer funcionar a sanção prevista na regra; não tem, porém, carácter puramente declarativo, revestindo-se também de uma função constitutiva, na medida em que a sentença acaba por ser um verdadeiro acto de criação de direito, funcionando como uma regra jurídica individual que concretiza ou individualiza a regra jurídica geral ou abstracta («Die Lehre von der drei Gewalten...», p. 382). Quanto à decisão administrativa, consiste igualmente na individualização ou concretização das regras gerais (*ibidem*, p. 386). O facto de certas matérias serem reguladas por lei e aplicadas por juízes independentes e outras serem reguladas por lei e aplicadas por autoridades administrativas explicam-se historicamente; as diferenças entre uma sentença e um acto administrativo (nas características dos órgãos, no processo decisório ou no grau de discricionariedade admitido) têm importância meramente secundária. Kelsen reconhece que, nas constituições modernas, a separação entre justiça e administração é muito mais acentuada que a separação entre legislação e execução; considera, todavia, que, com a aproximação crescente do processo administrativo e do processo judicial, designadamente devida ao desenvolvimento da justiça administrativa, a importância dessa separação tende a esbater-se (*Teoria Geral do Estado*, p. 122; «Die Lehre von der drei Gewalten...», pp. 388 s.).

¹¹⁵ N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, p. 249.

¹¹⁶ Assinalando esta evolução metodológica no tratamento do princípio da separação dos poderes, N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, p. 264. No mesmo sentido, Rogério SOARES, *Direito Administrativo*, p. 40; Afonso QUEIRÓ, «A função administrativa», p. 4; CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 553; OSSENÜHL, «Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung», p. 214.

2. Novas concepções do princípio da separação dos poderes – de separação orgânico-funcional a princípio de organização óptima das funções do Estado. Sentido negativo e sentido positivo do princípio

Como se verificou já, com a consolidação do princípio democrático, e num quadro em que todos os poderes do Estado são dotados de legitimação democrática, o princípio da separação dos poderes foi abandonando as suas vertentes de repartição social do poder e de garantia da supremacia de um poder perante os demais para se tornar, progressivamente, princípio de organização óptima das funções estaduais.

No Estado contemporâneo, de direito, democrático e social, o princípio da separação dos poderes ocupa-se, portanto, da repartição das diversas funções estaduais por vários centros de poder, todos democraticamente legitimados, e do estabelecimento entre eles dos adequados mecanismos de controlo e interdependência¹¹⁷. Por outras palavras, a divisão de poderes “perde o seu anterior pretensão carácter de repartição mecanicista” para se “reconduzir definitivamente a um plano técnico-organizatório de divisão racionalizada e integrada de funções visando evitar a concentração, o excesso ou o exercício arbitrário do poder”¹¹⁸.

A questão que surge é, então, a da eleição dos critérios que deverão orientar essa repartição – e que permitirão avaliar a adequação das concretas ordenações orgânico-funcionais.

Se o que importa não é já a repartição social do poder (pois a sociedade estamental foi ultrapassada) nem a garantia da supremacia do poder democrático (pois todos os “poderes” são agora democraticamente legitimados), então o critério de ponderação deverá ser a *adequação* do órgão à função que lhe é atribuída, de modo a que esta possa ser exercida o melhor e o mais eficientemente possível, combinado com o critério do *equilíbrio* e da *limitação*, de modo a que não se verifique uma concentração excessiva de poder num só órgão ou conjunto de órgãos e a que se garantam sistemas de controlo recíproco do exercício das funções pelos vários órgãos.

Assim se desvelam os dois sentidos com que o princípio é actualmente convocado: um *sentido positivo*, de organização optimizada das funções do Estado, que se vem juntar ao *sentido negativo*, de limitação do poder.

¹¹⁷ Neste sentido, N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, p. 236.

¹¹⁸ Reis NOVAIS, *Contributo...*, p. 214.

Num quadro em que o Estado é menos encarado como potencialmente lesante dos direitos e garantias individuais do que requerido a intervir para a realização dos direitos fundamentais e da justiça social, o princípio da separação dos poderes releva, nessa dimensão positiva, como “princípio organizatório estruturante de uma organização racional dos poderes do Estado”, assegurando que as decisões são “auto-responsavelmente tomadas pelos órgãos mais aptos” em função de factores como a sua natureza e estrutura, a forma e procedimentos típicos da sua actuação e a sua legitimação¹¹⁹.

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, no Estado contemporâneo, os esquemas organizatórios deixam de ter apenas as funções de limites (como no Estado liberal) para serem “instrumentos de uma ‘constituição em acção’, conformadora de um Estado de Direito democrático de vocação social”: assim, a organização do poder político (a chamada “constituição organizatória”) faz parte da ordem constitucional global, o que significa que a organização deve revelar-se “*funcional e constitucionalmente adequada* à realização do tipo de Estado conformado pela Constituição”. Os Autores atribuem ao esquema organizatório constitucional funções combinadas de *ordenação*, de *garantia* ou *protecção* dos cidadãos, de *legitimação*, *directiva* ou *impositiva* (refracção das normas constitucionais que impõem ao Estado tarefas), de *responsabilidade* (perante as tarefas, encargos, imposições e atribuições constitucionalmente determinadas) e de *controlo*¹²⁰.

Desenvolvendo a ideia da “estrutura orgânica funcionalmente adequada”, que compreende *topoi* como legitimação, responsabilidade, eficiência e processo, Fritz Ossenbühl afirma que, hodiernamente, se exige de um sistema de separação de poderes mais que a mera garantia da liberdade e do equilíbrio de poderes. Um esquema de poderes constitucionalmente adequado implica que as funções do Estado sejam repartidas de tal modo que as tarefas e as decisões sejam levadas a cabo pelos órgãos que, segundo a sua intrínseca estrutura, composição, modo de actuação, processo de decisão, etc., estão legitimados para as correspondentes tarefas e aptos a decidir de forma eficiente. Aqueles *topoi* permitem solucionar e discutir numerosos aspectos

¹¹⁹ Reis NOVAIS, *Separação de poderes...*, p. 38. Até porque, como aí assinala o Autor, a dimensão negativa (de inibição, moderação e equilíbrio de poderes) se encontra concretizada já por um conjunto de institutos jurídico-constitucionais garantidores dos direitos individuais (como é o caso do direito de acesso aos tribunais, da consagração da justiça administrativa e das garantias dos administrados, da justiça constitucional, etc.). Sobre esta concepção da separação de poderes, KUHL, *Der Kernbereich der Executive*, pp. 133 ss.; K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, p. 209, assinalando a dimensão positiva de determinação e ordenação adequada das funções do Estado e dos órgãos a quem estas são confiadas; WOLFF/Bachof/Stober, *Direito Administrativo*, p. 219, com indicações de doutrina.

¹²⁰ CANOTILHO/Moreira, *Fundamentos da Constituição*, pp. 182 ss.

específicos do problema da delimitação dos poderes¹²¹. No mesmo sentido, Zimmer afirma que, quando a Constituição atribui determinadas competências a determinados órgãos, tem em vista um determinado contexto de legitimação, responsabilidade, sanções e controlo¹²². Os concretos problemas de delimitação só podem resolver-se quando a questão da competência se ancora na capacidade (*Leistungsfähigkeit*), fáctica e normativa, assim como nas diferentes condições de legitimação e sanção; a racionalidade e a qualidade intrínseca de uma decisão dependem essencialmente também da *capacidade* do decisor¹²³.

O acento é, pois, colocado na *adequação estrutural e procedimental* do órgão às exigências da função que se lhe pretenda cometer, bem como na sua *legitimação* e na sua *responsabilidade* pela decisão.

Assim, para desempenhar a função de fazer as leis, afigura-se especialmente adequado um órgão plural, representativo das várias mundividências existentes na sociedade, composto por cidadãos seleccionados a partir do corpo social e eleitos democraticamente, vinculado a procedimentos tendentes a assegurar pluralidade, transparência, publicidade e racionalidade. Daí a função legislativa ser tipicamente atribuída a uma assembleia ou parlamento.

Para levar a cabo a função executiva, realizando as inúmeras tarefas que ao Estado compete assegurar, aparece como solução adequada o seu cometimento a um complexo de órgãos caracterizado pela hierarquia e pela disciplina, integrado por um corpo numeroso de funcionários dotados de especialização técnica e responsáveis perante os graus superiores da hierarquia – a Administração Pública –, encimado por um corpo de responsáveis políticos, caracterizado pela coesão interna, legitimado democraticamente e responsável perante o órgão parlamentar – o Governo.

Quanto à função de julgar, representa-se como essencial que seja cometida a um sistema de órgãos caracterizado sobretudo pela independência e pela imparcialidade, conjuntamente com exigentes padrões de competência técnico-jurídica. É, por isso, função atribuída exclusivamente aos juízes e aos tribunais¹²⁴.

¹²¹ OSSENBÜHL, «Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung», p. 221.

¹²² ZIMMER, *Funktion – Kompetenz – Legitimation*, p. 234 e *passim*.

¹²³ *Ibidem*, p. 266.

¹²⁴ Sobre esta repartição de funções pelos sistemas organizatórios com base em critérios de adequação como os elencados no texto, Rogério SOARES, *Direito Administrativo*, pp. 34 ss., e M. Lúcia AMARAL, *A forma da República*, p. 158.

Como observa Nuno Piçarra¹²⁵, são critérios de adequação estrutural e processual que permitem resolver casos mais problemáticos de delimitação de competências entre órgãos constitucionais, em especial no âmbito do controlo judicial das actividades legislativa e administrativa. O Autor recorda, exemplificativamente, que foram tais critérios de adequação que conduziram a que o controlo da constitucionalidade das leis e da legalidade da administração fosse confiado a órgãos jurisdicionais e não políticos (dada a natureza exclusivamente jurídica da função judicial, despida de compromissos ou intenções políticas conjunturais, visando apenas a salvaguarda e actualização dos valores jurídicos¹²⁶); que os mesmos critérios (mas já no sentido da *inadequação*) impuseram uma autocontenção judicial na efectivação daqueles controlos, seja respeitando a margem de conformação política do legislador, no caso da jurisdição constitucional (por não dispor esta da mesma legitimação, responsabilidade e eficiência de que aquele goza¹²⁷), seja abstendo-se de apreciar decisões administrativas de natureza técnica, valorativa ou de prognose, no caso da jurisdição administrativa (por falta de adequação orgânico-estrutural e processual¹²⁸). Exemplo é também a proscrição do instituto dos assentos: na explicação de Castanheira Neves, não se tratava tanto de proteger o legislativo de uma intromissão do judiciário como de não desvirtuar a função judicial, chamando-a a desempenhar tarefas que não lhe pertencem, para as quais não está preparada e de que não pode ser responsabilizada, e cuja assunção comprometeria a sua função no sistema político¹²⁹.

No que respeita ao sistema de controlos recíprocos, Nuno Piçarra defende que um efectivo controlo do poder pelo poder pressupõe que os centros de poder entre os quais se processe a relação de recíproco controlo tenham características diferenciadoras, capazes de os contrapor, de criar entre eles tensões. Para o Autor, entre órgão legislativo e jurisdicional essas características decorrem (já não do facto de representarem forças político-sociais divergentes, mas) do facto de cada um deles exercer funções material e teleologicamente diferentes, entre as quais existe uma particular tensão, daí decorrendo

¹²⁵ N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, pp. 262 s.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 260.

¹²⁷ Por exemplo, no Ac. n.º 25/84 (fiscalização preventiva da constitucionalidade de diploma sobre a exclusão da ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez), onde o TC, a propósito dos limites da sua própria competência nas suas relações com a liberdade conformativa do legislador, baseia tais limites no facto de não estar dotado de “uma competência técnica nos mais variados domínios do conhecimento, como se fosse, por exemplo, um miniparlamento” nem de “uma competência funcional para emitir valorações (que não sejam as que a Constituição permite), para controlar os objectivos políticos do legislador quanto à sua correcção e oportunidade, bem como os prognósticos feitos pelo legislador quanto ao resultado futuro da sua obra”.

¹²⁸ *Vide infra*, Cap. VI, sobre os limites do controlo judicial da actividade da Administração.

¹²⁹ Castanheira NEVES, *O instituto dos «assentos»...*, p. 617.

que o poder mais adequado e idóneo para se constituir como freio e contrapeso do legislativo seja o judicial¹³⁰.

O critério da adequação conduz a que determinada função seja, tendencialmente, confiada ao órgão ou sistema de órgãos mais preparado para a desempenhar eficazmente. Tal não significa, contudo, que a repartição de funções se pretenda organicista: na verdade, é de recusar uma divisão tão rigorosa das funções que reserve totalmente uma certa função a cada órgão. A definição material das actividades do Estado serve de critério orientador para a distribuição das funções pelos diversos poderes, sendo a actividade legislativa, a executiva e a jurisdicional atribuídas, como competência principal, respectivamente, aos órgãos que delas tomam de empréstimo o nome.

Esta distribuição deverá respeitar o que for de considerar o “núcleo essencial”¹³¹ de cada função, que não poderá ser subtraído ao órgão que predominantemente a exerce; todavia, é de admitir que, por razões de ordem eminentemente prática ou mesmo política, sejam conferidas a um órgão atribuições – secundárias, excepcionais – que, em rigor, “pertenceriam” a outro¹³².

Tais “desvios” ou “excepções” só serão legítimos se e na medida em que não afectem o núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes, pois, se tal ocorrer, “pode estar em jogo todo o sistema de *legitimação, responsabilidade, controlo e sanção* definido no texto constitucional”¹³³ e, em consequência, ser violado o princípio da separação. Nesses casos, segundo Canotilho, o princípio da separação dos poderes pode funcionar como “*princípio normativo autónomo* invocável na solução de litígios jurídico-constitucionais”¹³⁴.

Gomes Canotilho agrupa os critérios de ordenação das funções estaduais com base em três “modelos”: o modelo de *balanceamento* (é a ideia dos *checks and balances*, que o artigo 111.º da CRP pressupõe); o modelo do *núcleo essencial* (que acentua que aos órgãos de soberania, separados e interdependentes, são confiadas funções materialmente diferenciadas, existindo um campo de tarefas típico de cada

¹³⁰ N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, pp. 258 ss.

¹³¹ A delimitação do que seja o “núcleo essencial” de cada função do Estado deve-se procurar fazer no quadro de um sistema constitucional concreto. Procurar-se-á fazê-lo, *infra*, no quadro do sistema constitucional português.

¹³² Neste sentido, BASSI, «Il principio...», pp. 91 s.

¹³³ Assim, CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 252.

¹³⁴ *Ibidem*.

órgão de soberania que não pode ser deslocado para outros órgãos); e o da *justeza funcional* ou *justiça funcional* (baseado na ideia de que a estrutura do órgão e a função têm de ser mutuamente adequadas). Os três “modelos” não estão em oposição, estão muitas vezes “misturados”, avultando um ou outro consoante os concretos problemas jurídico-constitucionais¹³⁵.

Sublinhando o percurso da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, bem como da doutrina alemã, do modelo do balanceamento para o modelo do domínio nuclear (*Kernbereich*), Thomas Kuhl defende a adoção deste último como ponto de partida para a resolução de problemas de ordenação de competências. Com efeito, o *Balancemodell* não é suficiente como critério operativo de delimitação, por ser pouco preciso (o equilíbrio dos poderes no seu conjunto é difícil de medir) e, sobretudo, porque, ao prescindir de pretensões qualitativas, não obsta a atribuições arbitrárias de competências, desde que o equilíbrio do conjunto não se altere. Já o modelo *Kernbereich* fornece critérios claros (e qualitativos) para a definição dos domínios de competência, aptos a resolver casos concretos¹³⁶.

Este modelo parte da ideia de que cada órgão ou complexo de órgãos possui, em virtude da divisão dos poderes, um domínio funcional (*Funktionsbereich*), que, por efeito da interdependência dos poderes, está aberto à “intrusão” de outros; esta abertura só pode, porém, admitir-se até certo limite, para evitar a subversão da repartição dos poderes. Assim, uma parcela do domínio funcional de cada poder tem de ser imune a ingerências – é essa parcela que se designa *Kernbereich* (domínio nuclear, ou âmbito nuclear)¹³⁷.

Para a delimitação do que constitua o domínio funcional de cada órgão ou complexo orgânico, são convocáveis critérios de *justeza funcional* e de *adequação orgânica*. Tomam-se como ponto de partida as características estruturais específicas de cada órgão ou complexo orgânico (frequentemente estabelecidas normativamente na Constituição), tais como a composição, o modo de organização, as formas de actuação e o processo, para se atribuir as tarefas aos órgãos que apresentem as características especialmente adequadas. Esta compreensão, que pode designar-se *estrutural-funcional*, do princípio da separação dos poderes, enquanto princípio que preside à ordenação das

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 551 s.

¹³⁶ KUHLE, *Der Kernbereich der Exekutive*, pp. 127 ss., com referências jurisprudenciais e doutrinárias.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 128.

competências do Estado, permite-lhe corresponder à necessidade de um poder estadual racional e eficaz, orientado para a realização dos fins do Estado¹³⁸.

3. Superação da teorização abstracta das funções em favor de uma análise da ordenação constitucional concreta

Concluiu-se já pela dificuldade (e relativa inutilidade) de uma caracterização teórica, arquetípica, das funções estaduais.

Como nota Rogério Soares, embora seja possível identificar características típicas de cada função, úteis para a compreensão de um quadro orientador das várias funções, a repartição destas em cada sistema político é sempre histórico-concretamente condicionada, não obedecendo necessariamente a uma determinação lógica: dependerá das particulares opções que a construção de cada Estado quer exprimir – “consoante a constituição que vamos encontrar, assim teremos uma separação de poderes obediente à sua dogmática”¹³⁹. A organização dos complexos de serviços em cada sistema político resultará de um compromisso entre razões de ordem histórica e as concretas necessidades de um arranjo do poder num certo momento¹⁴⁰. Isto explica que uma determinada actividade, que, pelo seu conteúdo material, logicamente pertenceria a um determinado órgão, possa ser atribuída a outro, “por razões particulares de aproveitamento da dinâmica de um certo poder”¹⁴¹.

Como refere Ossenhühl, se a ideia fundamental de separação dos poderes assume validade em todos os lugares e em todos os tempos, como garantia da liberdade e dignidade humanas e protecção contra a arbitrariedade e abusos de poder, certo é também que não existe uma separação de poderes “por excelência”, sendo a sua conformação concreta variável consoante o momento temporal e a estrutura social de uma comunidade. A repartição de poderes em cada sistema constitucional representa a individualidade e originalidade de cada constituição, de acordo com a estrutura social, as tradições, as constelações de poder, as concepções culturais, etc.; cada Estado ou comunidade encontra a balança de poderes que lhe seja mais apropriada¹⁴².

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 133 ss., com indicação de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão adoptando a concepção referida.

¹³⁹ Rogério SOARES, *Direito Administrativo*, p. 41. No mesmo sentido, K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, p. 209.

¹⁴⁰ Rogério SOARES, *Direito Administrativo*, p. 40.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 41.

¹⁴² OSSENBUHL, «Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung», pp. 214 s.

Naturalmente, sublinha Blanco de Morais, a liberdade do poder constituinte para configurar em concreto a repartição das funções pelos órgãos não é ilimitada, existindo “parâmetros teleológicos que, caso sejam ultrapassados, impedem que se possa invocar o respeito pelo princípio da separação de poderes”; trata-se de um “limite político” ao próprio poder constituinte de um Estado democrático, enformado pelo “núcleo essencial” daquele princípio, que impede que este seja “desfigurado pela arrumação constitucional específica das competências”¹⁴³. Nas palavras do Autor, “trata-se de uma dimensão indissociável das características prototípicas e imanentes dos órgãos que exercem as funções jurídico-públicas num Estado de direito democrático e que residem no facto de: os Parlamentos serem os titulares da função legislativa que incida nas matérias mais relevantes; de os Executivos (Governos ou Presidentes) serem os órgãos superiores da Administração Pública; e de os tribunais desempenharem em regime de exclusividade (ou quase exclusividade) a função jurisdicional e serem investidos num estatuto de independência e imparcialidade que lhes não permite exercer funções que envolvam juízos inovatórios de optimização política”¹⁴⁴.

É, pois, no quadro de uma constituição concreta que cumpre proceder à caracterização das funções estaduais¹⁴⁵.

Aqui chegados, torna-se também claro que é à luz da Constituição da República Portuguesa, e não de critérios apriorísticos, que se problematizará o tema da presente dissertação, o da repartição de funções entre Administração e tribunais na execução da pena de prisão.

¹⁴³ Blanco de MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, I, p. 53.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 54.

¹⁴⁵ Sobre esta “evolução metodológica”, de uma teoria geral das funções estaduais para uma análise das funções do Estado no quadro de uma constituição concreta, N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, pp. 262 ss.

CAP. III – O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO CONSTITUCIONALISMO PORTUGUÊS

1. Antecedentes históricos – período anterior à Constituição de 1976

No início do século XIX, vigorava em Portugal um sistema de governo monárquico puro, em que o Rei detinha um poder *absoluto*, no sentido de desobrigado de limitações jurídicas provenientes de qualquer outro poder. As leis eram expressão da sua vontade e competia-lhe a última decisão nos assuntos do governo e da administração¹⁴⁶.

Mesmo a doutrina do absolutismo admitia a existência de certas leis fundamentais do Reino, que se sobrepunham à vontade do monarca, só podendo ser modificadas por acordo entre Rei e povo, reunidos em Cortes; contudo, estas consistiam basicamente nas regras relativas à própria instituição monárquica, não tratando da definição dos direitos e deveres recíprocos entre rei e súbditos¹⁴⁷.

Em resultado da revolução liberal de 1820, reuniram as Cortes Constituintes para elaborar a primeira constituição portuguesa. A Constituição de 1822 instaurava um regime liberal democrata (que todavia as vicissitudes políticas subsequentes não permitiram que chegasse a ser posto em prática)¹⁴⁸.

Como era próprio do constitucionalismo liberal, nela recebeu consagração expressa o princípio da separação dos poderes. Na formulação do artigo 30.º, é manifesta a preocupação de assegurar a separação entre poderes legislativo, executivo e judicial, afastando qualquer possibilidade de acumulação: “cada um destes poderes é de tal maneira independente, que um não poderá arrogar-se a si as atribuições do outro”.

O poder legislativo é atribuído às Cortes, câmara única, eleita, à qual compete fazer as leis, interpretá-las e revogá-las (artigo 102.º). “Lei é a vontade dos cidadãos declarada pela unanimidade ou pluralidade dos votos dos seus representantes juntos em Cortes [...]” (artigo 104.º).

O poder executivo é cometido ao Rei e aos secretários de Estado, que o exercitam sob autoridade régia. A autoridade do Rei consiste em “fazer executar as leis”, “expedir os decretos, instruções e regulamentos adequados a esse fim” e “prover a

¹⁴⁶ Assim, Marcello CAETANO, *Constituições Portuguesas*, p. 11.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 12.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 22.

tudo o que for concernente à segurança interna e externa do Estado, na forma da Constituição” (artigo 122.º).

O poder judicial é exclusivamente reservado aos juízes: “nem as Cortes nem o Rei o poderão exercer em caso algum” (artigo 176.º). São constitucionalizadas diversas garantias da independência do poder judicial, tais como a de que o Rei não pode suspender magistrados, salvo nos termos expressamente previstos na Constituição (artigos 124.º, § III, e 197.º), a garantia de remuneração suficiente (artigo 200.º), a perpetuidade no cargo de todos os juízes letrados (artigo 183.º) e a garantia de que nenhum juiz será privado do cargo senão por sentença proferida em razão de delito ou por aposentação com causa provada e conforme a lei (artigo 184.º).

Apesar da rígida separação e independência que se pretendeu instituir, encontram-se pontos de interpenetração dos poderes. O poder de legislar, competindo às Cortes, dependia de sanção do Rei (artigo 123.º, § I); mas este detinha um mero poder de “veto suspensivo”, podendo as Cortes, em caso de devolução da lei, mantê-la, sendo então o Rei obrigado a dar-lhe sanção (artigo 110.º). O Rei detinha também o tradicional poder de *indulgentia principis*, perdoando ou comutando as penas aplicadas aos criminosos (artigo 123.º, § XI). Por outro lado, estabelecia-se a responsabilidade dos secretários de Estado perante as Cortes, não podendo o Rei escusá-los dela (artigo 159.º).

Resulta, porém, notória a intenção de atribuir um lugar de primazia às Cortes na balança dos poderes.

A Lei Constitucional de 1822, revogada na sequência da revolta conhecida como *Vila-Francada*, foi substituída pela Carta Constitucional de 1826, outorgada pelo Rei D. Pedro IV. Trata-se, como se verá de seguida, de um documento mais acentuadamente monárquico.

A divisão dos poderes continua a ser proclamada: “a divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, é o mais seguro meio de fazer efectivas as garantias, que a Constituição oferece” (artigo 10.º).

A inovação mais significativa reside no reconhecimento não de três, mas de quatro poderes: ao lado do legislativo (que compete às Cortes, com sanção do Rei – artigo 13.º), do executivo (chefiado pelo Rei, que o exerce através dos Ministros de Estado – artigo 75.º) e do judicial (confiado aos juízes e jurados, estabelecendo-se a sua independência – artigo 118.º), reconhece-se um poder *moderador* (artigo 11.º).

Este poder fora preconizado por Benjamin Constant, que defendia que aos poderes identificados por Montesquieu haveria que acrescentar um outro, neutro, com

autoridade para actuar no sentido de evitar ou dirimir conflitos entre os demais poderes¹⁴⁹. Nos termos do artigo 71.º da Carta, “o poder moderador é a chave de toda a organização política, e compete privativamente ao Rei [...], para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos mais poderes políticos”. Por esta forma, o Rei, além de chefiar o poder executivo, colocava-se acima dos três poderes tradicionais, zelando pelo seu equilíbrio recíproco. Dispunha, assim, de atribuições relativas aos outros poderes, como a de conceder a sanção real às leis, podendo agora simplesmente recusá-la (artigos 55.º a 59.º); a de nomear e demitir livremente os Ministros de Estado (artigo 74.º, § 5); e a de perdoar e minorar penas (artigo 74.º, § 7), entre outras. Como nota Jorge Miranda, a atribuição do poder moderador ao Rei “era um meio de o monarca recuperar parte do poder que perdera com o constitucionalismo”¹⁵⁰.

Em 1932, pela mão de Mouzinho da Silveira, então Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, tiveram lugar as importantes reformas liberais sobre a Administração Pública e a Justiça, com uma preocupação expressa de assegurar a separação entre Administração e Jurisdição. Escreve Mouzinho da Silveira, no relatório que antecede os respectivos decretos¹⁵¹, que “a mais bela e útil descoberta moral do século passado foi, sem dúvida, a diferença de administrar, e julgar”¹⁵². E concretiza: “a administração é a cadeia, que liga todas as partes do corpo social, e forma delas um todo, fazendo-as referir a ele. A Justiça é a inspectora, que impede que os anéis da cadeia se rompam, corrigindo os vícios, e os abusos de todas as divergências, por isso administrar é a regra geral, julgar é a regra particular. [...] A primeira é a acção da comunidade social, a segunda o remédio dos males, que vêm atacar o bem público. [...] Sendo a Administração o meio da execução directa da vontade pública, e por isso

¹⁴⁹ Para Constant, precursor do constitucionalismo liberal moderno, era imprescindível criar limites à soberania, em nome da tutela dos direitos individuais. Tal papel seria confiado a um poder neutro, exterior aos demais – o “poder real”, correspondente ao Chefe do Estado (qualquer que seja o título, monarca constitucional ou presidente republicano) –, ao qual incumbiria zelar pelo respeito dos limites de cada poder, sem no entanto substituir-se a nenhum deles. Mediante instrumentos como o veto legislativo, o poder de dissolução, a nomeação e exoneração dos ministros, a nomeação de funcionários e de juizes e o poder de graça, o titular do poder real incidiria sobre todos os demais poderes e actuaria perante eventuais abusos, nomeadamente por parte das maiorias parlamentares. Cf. Marcello CAETANO, *Constituições Portuguesas*, p. 32, Jorge MIRANDA, *Manual...*, vol. II, tomo III, p. 392, e, mais desenvolvidamente sobre o contributo de Constant, SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, pp. 75 ss.

¹⁵⁰ Jorge MIRANDA, *ibidem*.

¹⁵¹ Relatório e Decreto sobre a organização e administração da Fazenda Pública, Decreto sobre o estabelecimento da administração pública e Decreto sobre a reforma das Justiças, todos de 16-5-1832, publicados em *Collecção de Decretos e Regulamentos mandados publicar por Sua Magestade Imperial o Regente do Reino*, II Série, Lisboa: Imprensa Nacional, 1836, pp. 59 ss., disponibilizada em <http://legislacaoregia.parlamento.pt>.

¹⁵² *Ibidem*, p. 59.

activa, o bem comum é o seu objecto, e o fim de seus cuidados, e a execução das leis de interesse comum a sua atribuição geral”¹⁵³. E ainda: “a Autoridade administrativa é independente da judiciária; uma delas não pode sobrestar na acção da outra, nem pôr-lhe embaraço, ou limite”¹⁵⁴. No Decreto sobre a reforma das Justiças, estabelece-se que os Juizes e os Conselheiros são nomeados pelo Governo, com carácter perpétuo (artigo 12.º), não podendo ser simultaneamente empregados em qualquer outro ramo da Administração Pública (artigo 13.º). A competência dos juizes de direito consiste em aplicar a lei aos factos sobre que os jurados se tiverem pronunciado (artigo 12.º, § 1). As reformas contêm ainda um embrião de justiça administrativa, sendo de notar que se separa radicalmente a magistratura administrativa da judiciária, o que se espelha até no facto de aquela ser regulada no Decreto sobre o estabelecimento da administração pública. Neste se prevê um Conselho de Prefeitura, composto de três membros nomeados pelo Rei, cuja principal atribuição é decidir sobre o contencioso da Administração, cabendo recurso para o Conselho de Estado (artigos 80.º a 86.º).

As primeiras vigências da Carta Constitucional foram curtas: entre 1826 e 1828 e de novo entre 1834 e 1836. A revolução de 1836 aboliu a Carta e declarou em vigor a Constituição de 1822; foi, porém, uma vigência teórica. Foram convocadas Cortes gerais constituintes, das quais emanou a Constituição de 1838, que pode considerar-se um meio-termo entre a Constituição de 1822 e a Carta¹⁵⁵.

Nela se mantém a afirmação da separação e independência dos poderes. Com efeito, dispõe o artigo 35.º que “os poderes políticos são essencialmente independentes: nenhum pode arrogar as atribuições do outro”.

Regressa-se à tripartição clássica dos poderes (artigo 34.º), competindo o legislativo às Cortes, com sanção do Rei (artigo 34.º, § 1), o executivo ao Rei, sendo exercido pelos ministros e secretários de Estado (artigos 34.º, § 2, e 80.º), e o judicial aos juizes e jurados (artigos 34.º, § 3, e 123.º). O Rei, além de chefiar o poder executivo, podendo nomear e demitir livremente os ministros (artigo 82.º, § I), tinha o poder de veto absoluto sobre as leis (artigo 81.º) e o de perdoar e comutar penas (artigo 82.º, § X).

Esta Constituição tão-pouco obteve longa vigência: vigorou até 1842, altura em que foi restaurada a Carta Constitucional, que acabou por ficar em vigor até à implantação da República, em 1910.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 62.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 64.

¹⁵⁵ Sobre esta evolução histórica, Marcello CAETANO, *Constituições Portuguesas*, pp. 44 ss.

A primeira Constituição republicana, de 1911, reafirmando que a soberania reside na Nação (artigo 5.º), estabelece como “órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judicial, independentes e harmónicos entre si” (artigo 6.º).

O poder legislativo residia no Congresso (com duas Câmaras, a dos Deputados e o Senado), a quem competia fazer leis, interpretá-las, suspendê-las ou revogá-las (artigo 26.º, n.º 1). Era o Congresso que elegia e destituía o Presidente da República (artigo 26.º, n.ºs 19 e 20). Os ministros respondiam perante o Congresso pela sua acção política (artigos 51.º e 52.º).

O poder executivo era exercido pelo Presidente da República e pelos ministros (artigo 36.º). O Presidente, além de representar a Nação nas relações internas e externas do Estado (artigo 37.º), tinha como atribuições, designadamente, nomear e demitir os ministros (artigo 47.º, n.º 1), promulgar as leis e resoluções do Congresso, “expedindo os decretos, instruções e regulamentos adequados à boa execução das mesmas” (artigo 47.º, n.º 3), e indultar e comutar penas (artigo 47.º, n.º 8). O Presidente provinha de eleição do Congresso e, embora representasse a Nação nas suas relações, não dispunha de um poder moderador sobre os demais órgãos do Estado. Não podia dissolver o Congresso e, embora lhe competisse promulgar as leis, a promulgação era obrigatória¹⁵⁶.

Quanto ao poder judicial, além das garantias de vitaliciedade e inamovibilidade (artigo 57.º), o traço mais saliente é a expressa atribuição aos tribunais do poder de apreciação da legitimidade constitucional ou da conformidade com a Constituição e princípios nela consagrados das leis ou outros diplomas, quando qualquer das partes num processo impugnasse a sua validade (artigo 63.º). Remonta, pois, à Constituição de 1911 a origem do actual sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade.

Os primeiros anos da República caracterizaram-se por uma acentuada instabilidade política¹⁵⁷, vindo a culminar no golpe de Estado de 1926, que instaurou a ditadura militar que vigorou até 1933. Nesse período, o Governo concentrou os poderes anteriormente exercidos pelo Parlamento e pelo Ministério, legislando mediante “decretos com força de lei”¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Marcello CAETANO, *ibidem*, p. 89.

¹⁵⁷ Marcello CAETANO, *ibidem*, p. 99, retrata o cenário de instabilidade governativa e de crise do parlamentarismo na I República, atribuindo-o sobretudo ao facto de o Parlamento obstruir constantemente a acção governativa, sem que houvesse um poder moderador que o contivesse.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 103.

A Constituição de 1933, servindo um Estado autoritário, não proclama o princípio da separação dos poderes e, embora se ocupe da “organização política do Estado”, repartindo funções pelos vários órgãos da soberania (Parte II, artigos 71.º ss.), o que se verificou, na prática, sob a sua vigência, foi uma concentração efectiva do poder no Governo, especificamente na pessoa do Presidente do Conselho.

O artigo 71.º afirma que “a soberania reside na Nação e tem por órgãos o Chefe do Estado, a Assembleia Nacional, o Governo e os Tribunais”.

O Chefe do Estado era o Presidente da República. Prevendo-se inicialmente a sua eleição por sufrágio directo e universal, com a revisão constitucional de 1959 passou a ser eleito por um colégio restrito. Tinha como atribuições principais, além de “representar a Nação e dirigir a política externa do Estado” (artigo 81.º, n.º 7): nomear o Presidente do Conselho e, sob proposta deste, os demais membros do Governo, bem como demiti-los (artigo 81.º, n.º 1); promulgar as leis e resoluções da Assembleia Nacional e expedir os decretos, regulamentos e instruções que lhe fossem propostos pelo Governo (artigo 81.º, n.º 9); dissolver a Assembleia Nacional quando assim o exigissem “os interesses superiores da Nação” (artigo 81.º, n.º 6); e indultar e comutar penas (artigo 81.º, n.º 8).

Os seus poderes formais, como sejam o de nomear e demitir o Presidente do Conselho e o de dissolver a Assembleia, assemelhavam-se aos que caracterizam o chamado poder moderador, que se havia procurado atribuir ao Rei na Carta Constitucional; na sua concretização histórica, porém, a figura do Presidente teve pouco significado na balança dos poderes. Como reconhece Marcello Caetano, “a prática constitucional deu todo o relevo ao Governo entre os poderes do Estado”¹⁵⁹.

O Presidente do Conselho, nomeado livremente pelo Chefe do Estado (artigo 106.º, n.º 1), era o detentor da autoridade governamental, respondendo perante o Presidente da República pela política geral do Governo (artigo 107.º). Este era “da exclusiva confiança do Presidente da República”, não dependendo da Assembleia Nacional a sua “conservação no poder” (artigo 111.º). Como nota ainda Marcello Caetano, a sua independência em relação à Assembleia era acentuada pela possibilidade de o Governo publicar decretos-leis com a mesma força das leis¹⁶⁰.

A Assembleia Nacional era eleita por sufrágio directo dos cidadãos eleitores (artigo 85.º), sendo competente para fazer leis, interpretá-las, suspendê-las ou revogá-las

¹⁵⁹ Marcello CAETANO, *ibidem*, p. 116. O Autor verifica que, “na prática, o longo consulado de Salazar como Presidente do Conselho deslocou para este cargo a chefia efectiva do Governo, reduzindo o Presidente da República a uma magistratura representativa e eventualmente arbitral” (*ibidem*, p. 115).

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 116.

(artigo 91.º, n.º 1). A iniciativa da lei competia indistintamente ao Governo ou a qualquer membro da Assembleia (artigo 97.º). As leis eram sujeitas a promulgação do Presidente da República, que podia negá-la e submeter os diplomas de novo à Assembleia, não podendo contudo recusar a promulgação caso viessem a ser de novo aprovados por maioria de dois terços (artigo 98.º).

Quanto à função judicial, era exercida por tribunais ordinários e especiais (artigo 115.º¹⁶¹). Nos termos da Constituição, os juizes dos tribunais ordinários eram vitalícios e inamovíveis, remetendo-se no entanto para a lei os termos em que se faria a sua nomeação, promoção, demissão, suspensão, transferência e colocação fora do quadro (artigo 118.º). Previa-se ainda que os juizes eram irresponsáveis nos seus julgamentos, ressalvadas as excepções que a lei consignasse (artigo 119.º). Eram admitidos tribunais especiais com competência para o julgamento de crimes contra a segurança do Estado (artigo 116.º). Refira-se ainda que, nos termos do artigo 122.º, os tribunais não podiam aplicar diplomas que infringissem o disposto na Constituição ou ofendessem os princípios nela consignados; todavia, a constitucionalidade orgânica, formal e procedimental só poderia ser apreciada pela Assembleia Nacional¹⁶².

Como observa Maria Lúcia Amaral, “toda esta ordem de poderes, assim textualmente consagrada, podia semanticamente apresentar-se como uma ordem ‘aberta’ a uma *prática de poderes separados*. Mas tal prática nunca existiu nem podia ter existido. (...) Sem uma pluralidade efectiva de forças políticas concorrentes à conquista do poder, os *poderes separados* transformam-se em letra morta”¹⁶³.

2. A separação de poderes na Constituição de 1976

Se a *doutrina* da separação dos poderes é histórica e dogmaticamente preexistente a uma constituição concreta, já o *princípio constitucional* da separação dos poderes há-de ser compreendido no quadro de uma determinada constituição. É, por conseguinte, no quadro da Constituição da República Portuguesa vigente que cumpre apurar o significado do princípio da separação dos poderes e proceder à caracterização das funções estaduais.

¹⁶¹ Numeração originária. Com a revisão constitucional de 1945 (Lei n.º 2009, de 17-9-1945), os artigos que neste parágrafo se citam passaram, respectivamente, a numerar-se 116.º, 119.º, 120.º, 117.º e 123.º.

¹⁶² Pormenorizadamente sobre este regime, Marcello CAETANO, *A Constituição de 1933...*, pp. 155 ss.

¹⁶³ M. Lúcia AMARAL, *A forma da República*, p. 85.

A Constituição de 1976 consagrou expressamente o princípio da *separação e interdependência* no artigo 111.º (originariamente artigo 114.º), não se referindo a *poderes* mas sim aos *órgãos de soberania*: “os órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição”.

Embora tenha sido inserido sistematicamente na Parte relativa à Organização do Poder Político, aí configurado como “princípio organizatório estruturante”¹⁶⁴, o seu carácter de fundamentalidade já estava patente no facto de a “separação e a interdependência dos órgãos de soberania” se incluir entre os limites materiais da revisão da Constituição (artigo 288.º, al. j)).

Foi a revisão de 1997 que elevou explicitamente a “separação e interdependência de poderes” à categoria de princípio fundamental, aditando-a ao artigo 2.º como um dos pilares do Estado de direito democrático.

Justificando, no âmbito da respectiva discussão parlamentar, a proposta de aditamento (embora com formulação diferente da que acabou por ser aprovada), o Deputado Barbosa de Melo afirmou que “a ideia de que o Estado democrático não repousa em nenhum órgão de soberania específico, antes se distribui por todos eles [...], é uma ideia básica e fundamental da nossa Constituição”¹⁶⁵. Como sublinham Gomes Canotilho e Vital Moreira, a articulação com o princípio do Estado de direito tem subjacente a ideia clássica de que através da “divisão” e separação de poderes se asseguram dimensões democráticas e dimensões de juridicidade estatal¹⁶⁶.

Ao basear a separação nos órgãos de soberania (e não em poderes ou funções), o artigo 111.º parece optar por uma *referência orgânica* do princípio; contudo, a distribuição orgânica das competências é *funcionalmente orientada*¹⁶⁷, articulando-se, portanto, o critério orgânico com o funcional.

Não se procedeu, porém, a uma rígida compartimentação órgão-função, tributária de um esquema formal-substancial. Se é certo que cada função básica é atribuída primacialmente a determinado órgão, também se observa que um órgão pode ser chamado a desempenhar mais que um tipo de função e, por outro prisma, que uma mesma função pode ser atribuída a mais que um órgão.

A Comissão Constitucional chegou a aproximar-se da teoria formal-substancial, encontrando no princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania

¹⁶⁴ Na expressão de CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, I, p. 208.

¹⁶⁵ *Diário da Assembleia da República*, VII Legislatura, 2.ª sessão legislativa, I Série, n.º 94, 16-7-1997, pp. 3366 s.

¹⁶⁶ CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, I, p. 208.

¹⁶⁷ As expressões em itálico são de CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, II, pp. 44 s.

explicitamente consagrado na Constituição de 1976 uma ideia de “divisão dos poderes” no sentido de uma correspondência órgão-função: “a função legislativa é atribuída em princípio ao Parlamento, a função executiva ao Governo, a função judicial aos Tribunais”, do que se conclui que haverá inconstitucionalidade “sempre que um órgão de soberania se atribua, fora dos casos em que a Constituição expressamente o permite ou impõe, competência para o exercício de funções que essencialmente são conferidas a outro e diferente órgão”¹⁶⁸. Apesar das críticas a esta posição¹⁶⁹, não nos parece que a Comissão tenha aqui assumido um princípio de divisão orgânico-material totalmente estanque. Na verdade, a Comissão, além de empregar expressões como “em princípio” e “fundamentalmente” quando se refere à atribuição de certa função a determinado órgão, não deixa de observar que a própria Constituição “não leva o princípio às últimas consequências lógicas, impondo ou permitindo ela própria, em muitos casos, um certa

¹⁶⁸ Parecer n.º 16/79 da CC. Estava em causa a constitucionalidade de um decreto da Assembleia da República que exigia a forma de decreto-lei para os actos de cessação da intervenção do Estado nas empresas. A Comissão foi de parecer que, tratando-se de “acto típico da função executiva”, “cabe por isso ao Governo”; ora, atento o poder parlamentar de ratificação de decretos-leis, submeter estes actos administrativos à forma de acto legislativo “levaria afinal a conferir ao parlamento poderes de modificação do conteúdo de tais actos” e “subverte[ria] a repartição de competências constitucionalmente estabelecida”.

¹⁶⁹ Além de críticas na doutrina, o Parecer foi alvo de dura crítica na declaração de voto aposta pelo Vogal Luís Nunes de Almeida, para quem não era aceitável “a tese segundo a qual a nossa Constituição teria recebido o núcleo essencial do princípio da separação de poderes, na parte em que daí possa decorrer, sem mais, a atribuição, em princípio, da função legislativa ao Parlamento e da função executiva ao Governo”, considerando mesmo “ultrapassado” o princípio da separação de poderes, “pelo menos na sua formulação clássica” (tripartida entre Legislativo, Executivo e Judicial), a que atribui “carácter mítico”, aderindo às teses que consideram o princípio hoje esvaziado, por inconveniente, impossível ou inútil (como é exemplo a de Loewenstein, de que demos nota *supra*, n. 92). Entre os principais argumentos aduzidos em favor de tal posição avulta o de a evolução do sistema parlamentar ter conduzido mais à interdependência que à separação entre Parlamento e Governo, devido em particular ao reforço do papel dos partidos políticos nessas instituições, o que resultou numa progressiva consonância política entre elas e, mesmo, no risco de uma concentração de funções no executivo, sem que o parlamento disponha de meios de controlo eficazes, e de um esvaziamento das competências parlamentares. Assim sendo, a necessidade – que continua a reputar fundamental –, de assegurar que Parlamento, Governo e Tribunais “se controlem e limitem mutuamente”, terá de traduzir-se “no reforço da capacidade de actuação do primeiro sobre o segundo, e não no contrário”. O voto de vencido salienta ainda que “a Constituição não refere jamais, nem entre os seus princípios fundamentais nem entre os princípios gerais da organização do poder político, o da separação de poderes” (note-se que se situa num momento muito anterior à Revisão de 1997), estabelecendo, pelo contrário, um princípio de separação e interdependência dos órgãos de soberania e de divisão de competências; “a competência de cada órgão de soberania há-de resultar do que a própria Constituição estabelece, não podendo cada um deles invadir a esfera reservada a outro, mas tal não significa, por si só, que ao Parlamento esteja reservada a função legislativa e ao Governo a função executiva”. Nem poderia, aliás, a Constituição consagrar o princípio da separação na sua formulação clássica quando, nomeadamente, atribui ao Governo competência legislativa genérica. Finalmente, se é certo que “a formação, a composição, a competência e o funcionamento dos órgãos de soberania são os definidos na Constituição” (n.º 2 do art. 110.º, na sua numeração actual), é a própria Lei Fundamental que ressalva a possibilidade de, no caso das competências políticas da Assembleia e do Governo, o âmbito da respectiva competência ser alargado pela lei (al. o) do art. 161.º e al. j) do n.º 1 do art. 197.º, nas actuais numerações), havendo, portanto, em matéria de competência política, actos “que a lei pode atribuir a um ou a outro daqueles órgãos”.

sobreposição”. Acresce que a Comissão reconhece o sentido positivo do princípio, o de determinação e ordenação adequadas das funções do Estado e dos órgãos aos quais são confiadas.

A evolução jurisprudencial posterior, já por via do Tribunal Constitucional, foi no sentido da rejeição expressa de uma coincidência órgão-função¹⁷⁰, bem como no da abertura à dimensão positiva do princípio da separação e interdependência de poderes¹⁷¹, que se traduz, como vimos, num sentido de organização óptima das funções do Estado, ou, numa formulação mais precisa, de adequação de cada função à estrutura, legitimação, procedimento e responsabilidade do órgão a que for atribuída, como garantia de desempenho materialmente adequado das funções estaduais.

O Tribunal veio, contudo, a ser muito criticado por, em algumas das suas decisões, ter atendido primacialmente à dimensão negativa do princípio da separação (instrumento de garantia da esfera jurídico-subjectiva dos cidadãos e de controlo democrático do poder), desvalorizando a dimensão positiva¹⁷². O Tribunal foi acusado de ter sobrevalorizado a ideia de controlo democrático do Executivo e desconsiderado a inadequação orgânica-estrutural e procedimental do legislador parlamentar, que não dispõe da informação e do conhecimento da realidade que o Governo e a Administração possuem, para aprovar normação de pormenor ou essencialmente técnica, ou para modificar ou anular os actos praticados pelo Governo¹⁷³. Mais recentemente, o Tribunal

¹⁷⁰ Cf. Acs. do TC n.º 182/90 (a dificuldade em definir rigorosamente o conceito de função jurisdicional, em confronto com as restantes funções, “deriva do facto de não existir, no nosso sistema jurídico-constitucional, uma coincidência entre os sentidos ‘orgânico’ e ‘material’ das funções do Estado”) e n.º 1/97 (“Não se consubstancia, no texto constitucional, qualquer estrita correspondência entre separação de órgãos e separação de funções, de modo a que a separação de órgãos tenha o sentido de implicar uma rígida divisão de funções do Estado entre eles. A interdependência dos órgãos do Estado a que o artigo [111.º], n.º 1, se refere exprime até uma lógica de colaboração e articulação funcional. A própria atribuição de competência legislativa ao Governo [...] e de outras competências, para além da legislativa, à Assembleia da República [...] demonstra que a Constituição portuguesa não adoptou um modelo de rígida sobreposição de órgãos a funções”).

¹⁷¹ Vejam-se, em especial, os Acs. do TC n.ºs 25/84, 1/97 e, sobretudo, mais recentemente, 214/2011.

¹⁷² Tratou-se de acórdãos em que o Tribunal decidiu não se pronunciar pela inconstitucionalidade, por violação do princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, de disposições aprovadas pela Assembleia da República que, num caso (Ac. n.º 1/97), criavam vagas adicionais no acesso ao ensino superior e, noutro caso (Ac. n.º 24/98), determinavam a reposição de determinadas auto-estradas como vias sem portagens, modificando um contrato de concessão rodoviária. Estes dois arestos serão objecto de análise mais detida *infra*, Cap. V, 3.1, a propósito da questão da reserva de administração.

¹⁷³ Entre a doutrina crítica destes acórdãos, pelas razões expostas, encontram-se Reis NOVAIS, *Separação de poderes...*, pp. 23 ss., e Rui Medeiros, em anotação ao art. 199.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, II, p. 711. Note-se ainda que em ambos os acórdãos foram lavrados numerosos votos de vencido, como se dará nota *infra*, Cap. V, 3.1.

inflectiu esse rumo jurisprudencial, admitindo que a dimensão positiva do princípio da separação imponha limites funcionais à competência legislativa do Parlamento¹⁷⁴.

Os órgãos de soberania que se pretendem, por via do princípio que vimos analisando, *separados e interdependentes* são, no quadro constitucional português, o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais (artigo 110.º, n.º 1).

Ao Presidente da República foram cometidas funções que se aproximam do já aludido poder moderador. Nos termos do artigo 120.º da Constituição, é garante da independência nacional, da unidade do Estado e do regular funcionamento das instituições democráticas. O seu papel constitucional, “para além da função de representação, é essencialmente a de *controlo* da maioria governamental, de *arbitragem* institucional e de *garantia* do regular funcionamento das instituições”¹⁷⁵.

A Assembleia da República, enquanto “assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses” (artigo 147.º), detém competências políticas e legislativas, bem como competências relativas a outros órgãos, incluindo de fiscalização. No plano da competência legislativa, cabe-lhe “fazer leis sobre todas as matérias, salvo as reservadas pela Constituição ao Governo” (artigo 161.º, al. c)).

Quanto ao Governo, a Constituição define-o como “órgão de condução da política geral do país”, bem como “órgão superior da administração pública” (artigo 182.º). Não sendo estanques estas duas dimensões, pode-se genericamente caracterizar a função política pelas suas “dimensões dirigentes, programantes e criadoras” e, por sua vez, a função de administração como actividade, em geral, “heteronomamente determinada, derivada, complementar e executiva”¹⁷⁶, mas que também abrange actividades “planificantes e normativas”, consistindo na “prossecação permanente de tarefas por órgãos ou sujeitos pertencentes ao Governo, através de medidas juridicamente vinculadas aos fins estabelecidos na Constituição e nas leis”¹⁷⁷. No elenco das competências deste órgão de soberania, encontram-se funções políticas (artigo 197.º), legislativas (artigo 198.º) e administrativas (artigo 199.º). Como anota Jorge Miranda, a ausência de referência, na citada definição do artigo 182.º, à competência

¹⁷⁴ Ac. n.º 214/2011, no qual o TC se pronunciou pela inconstitucionalidade de um decreto da Assembleia da República que revogava um decreto regulamentar do Governo relativo ao modelo de avaliação dos docentes, por violação do princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania.

¹⁷⁵ Na síntese de CANOTILHO/Moreira, *Fundamentos da Constituição*, p. 211.

¹⁷⁶ CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, II, p. 415.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 485.

legislativa de que o Governo também goza, inculca a ideia de que essa sua competência é concebida como “complementar da função política e simplesmente antecedente da função administrativa” e reforça a ideia de primado da competência legislativa do Parlamento¹⁷⁸.

Embora não seja, ela própria, um órgão de soberania, impõe-se aqui uma referência à função da Administração Pública, dada a sua estreita conexão com a função do Governo, na sua vertente de “órgão superior da administração pública”. A Constituição autonomiza-a, dedicando-lhe um título próprio no quadro da organização do poder político, e encarrega-a da “prossecação do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos” (artigo 266.º, n.º 1). Contudo, a delimitação entre Governo e Administração é um problema que permanece em aberto¹⁷⁹.

Quanto aos Tribunais, a Constituição estabelece uma ligação intrínseca entre este “complexo de órgãos de soberania”¹⁸⁰ e a função jurisdicional: nos termos do artigo 202.º, que inaugura o Título relativo aos Tribunais e tem precisamente como epígrafe “função jurisdicional”, “os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo” (n.º 1).

A função jurisdicional é assim identificada com a tarefa de administração da justiça, que se desdobra numa tripla incumbência: “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados” (n.º 2). Esta formulação não fornece todavia uma caracterização material definitiva da função jurisdicional, dando azo a uma multiplicidade e diversidade de caracterizações doutrinárias. Sobre a caracterização da função jurisdicional iremos debruçar-nos detidamente mais adiante (Cap. IV, 1), assim como sobre a questão, central para o presente trabalho, de saber se tal função é atribuída aos tribunais com exclusividade (Cap. V, 2).

É de referir ainda, para completar o quadro constitucional da separação e interdependência de poderes, que o n.º 2 do artigo 111.º, como corolário de tal princípio, estipula que “nenhum órgão de soberania, de região autónoma ou de poder local pode delegar os seus poderes noutros órgãos, a não ser nos casos e nos termos

¹⁷⁸ In Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, II, p. 644.

¹⁷⁹ CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, II, p. 794.

¹⁸⁰ Ac. do TC n.º 81/86: “os tribunais são *um* complexo de órgãos de soberania”, pois “cada tribunal é um órgão de soberania”.

expressamente previstos na Constituição e na lei”, assim se visando impedir uma subversão da ordenação constitucional dos poderes.

No respeitante à dimensão da “interdependência dos poderes”, esta concretiza-se em múltiplos mecanismos de colaboração e de controlo interorgânicos. São exemplos, no âmbito do processo legislativo, a promulgação dos actos legislativos pelo Presidente da República, bem como o poder de veto ou o pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade, e a referenda ministerial. É exemplo também a atribuição aos órgãos de soberania de competências relativas a outros órgãos, como é o caso da competência do Presidente da República para nomear e exonerar o Primeiro-Ministro e os demais membros do Governo, demitir o Governo, dissolver a Assembleia da República ou as Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas e demais competências elencadas no artigo 133.º. Ilustrativas do sistema de controlos recíprocos são as competências atribuídas ao Parlamento em relação ao Governo, nomeadamente de apreciar o programa do Governo e votar moções de confiança e de censura (als. *d* e *e*) do artigo 163.º), de fiscalizar a actividade do Governo e da Administração (al. *a*) do artigo 162.º) e de apreciar os decretos-leis do Governo para efeitos de cessação de vigência ou de alteração, salvo os aprovados no exercício da competência legislativa exclusiva daquele (al. *c*) do artigo 162.º).

A inclusão da separação e interdependência dos órgãos de soberania entre os limites materiais de revisão não significa que o relacionamento entre aqueles não possa ser modificado, desde que se salvguarde a separação entre eles e a sua interdependência e que não se afectem outros limites materiais de revisão (como a independência dos tribunais)¹⁸¹.

Efectuada esta caracterização sumária do esquema constitucional de repartição de “poderes” (ou, agora mais rigorosamente, de repartição de funções pelos órgãos de soberania), centrar-nos-emos de seguida nas funções jurisdicional e administrativa, que constituem o cerne do tema da presente dissertação. Procuraremos caracterizar cada uma dessas funções e estabelecer os critérios de distinção entre ambas, bem como o núcleo essencial de cada uma, a partir dos preceitos constitucionais citados, da doutrina e da jurisprudência (Cap. IV). Investigaremos, igualmente, a questão da existência e eventual conteúdo de uma “reserva de juiz” e de uma “reserva de administração” (Cap. V). Procuraremos estabelecer critérios de solução para situações duvidosas relativas à pertença de determinada actividade a uma função ou a um órgão.

¹⁸¹ Neste sentido, CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, II, p. 1018, e Rui Medeiros, em anotação ao art. 288.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, p. 821.

CAP. IV – A FUNÇÃO JURISDICIONAL E A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS – TENTATIVAS DOUTRINAIS E JURISPRUDENCIAIS DE CARACTERIZAÇÃO

A distinção precisa entre função administrativa e função jurisdicional tem sido considerada pela doutrina de difícil elaboração. Diversas características foram identificadas como típicas de uma ou de outra função e alguns critérios de diferenciação foram propostos, sem que, no entanto, tenha sido possível ir além de uma caracterização tipológica ou de critérios indicativos¹⁸².

Naturalmente, o que nos interessa alcançar é uma distinção *material*, já que uma distinção puramente *orgânica* (baseada na circunstância de a função jurisdicional ser exercida por tribunais ou juízes independentes e imparciais e de a função administrativa ser desempenhada por órgãos e agentes hierarquizados) – e sem desvalorizar a importância que tal distinção qualitativa entre os órgãos também assume na tarefa de repartição das funções (recorde-se o critério da adequação órgão-função) – não seria, só por si, apta a fornecer ao legislador (nem ao julgador constitucional) qualquer critério orientador da atribuição de competências a um ou a outro dos complexos orgânicos; aliás, numa tal perspectiva, a questão da *reserva* de que nos ocupamos não seria sequer suscetível.

Entre as características consideradas *típicas* da administração podem elencar-se, designadamente: actividade de prossecução de interesses da comunidade política ou de interesses sociais diferenciados, através de operações jurídicas e materiais; parcialidade (a favor do interesse público a seu cargo); iniciativa; postura essencialmente volitiva; maior margem de liberdade de actuação. Quanto à jurisdição, serão seus traços caracterizadores, nomeadamente: actividade de definição do direito perante as situações

¹⁸² No sentido da dificuldade de encontrar um critério preciso de distinção material, mas propondo caracterizações indicativas, *vide*, nomeadamente, Rogério SOARES, *Direito Administrativo*, pp. 38 ss.; Canotilho/Vital Moreira, *Fundamentos...*, pp. 186 ss.; Jorge MIRANDA, *Funções, Órgãos e Actos...*, pp. 21 s.; Vieira de ANDRADE, *Lições...*, pp. 31 ss.; Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, I, p. 43; J. P. Cardoso da COSTA, *O princípio da reserva do juiz...*, pp. 23 ss. A propósito da tarefa de definição das funções do Estado, Ossenbühl considera que, apesar de todos os esforços empreendidos pela doutrina, o problema da delimitação está mais por resolver que nunca: o conceito de lei, sobre o qual no século XIX havia um amplo consenso, tornou-se incerto e duvidoso; quanto ao poder executivo, uma formulação unitária da sua definição como função estadual torna-se difícil dada a multiplicidade das tarefas que lhe são cometidas, não sendo já prestável a tradicional delimitação negativa (segundo a qual a Administração seria aquela actividade do Estado que não constitui nem Legislação nem Jurisdição), num quadro em que a função legislativa se afigura indefinida e a própria determinação definitiva daquilo que funcionalmente deve ser Jurisdição não foi ainda, apesar dos esforços, conseguida (OSSENBÜHL, «Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung», p. 219).

da vida; imparcialidade; passividade ou inoficiosidade; postura essencialmente intelectual; actos com valor de sentença e força de caso julgado. Com referência à correspondente relação com a lei, distinções há que se baseiam no facto de, para a Administração, a lei ser limite ou padrão de comportamento e para a Jurisdição ser fim ou padrão de decisão¹⁸³. Segundo outras propostas de distinção avançadas, a Administração é parte, enquanto a Jurisdição está *supra partes*; ou ainda, a Administração “procede muitas vezes por via geral, abstracta e permanente” (criando normas, praticando actos-regras, editando regulamentos), “antes de actuar por via individual, concreta e momentânea”, ao passo que a Jurisdição se desenvolve, por via de regra, “criando situações jurídicas subjectivas conformes com disposições editadas antes por via geral, abstracta e permanente, ou aplicando a certas pessoas em concreto situações ou estatutos objectivamente configurados pela lei” (com excepções, como foi o caso dos assentos e como é o caso das sentenças com eficácia *erga omnes*)¹⁸⁴.

Em vão se buscará nas Constituições portuguesas uma descrição sistemática das funções do Estado, pois o que nelas se encontra é uma distribuição de tarefas e competências pelos vários órgãos do Estado, no quadro da estruturação do poder político. Cabe, portanto, ao intérprete procurar extrair das normas atributivas de competência aos órgãos de soberania o conteúdo essencial das diversas funções.

1. A função jurisdicional

A Constituição de 1933 não definia nem uma nem outra função, cingindo-se à afirmação, quanto à “função judicial”, de que “é exercida por tribunais ordinários e especiais” (artigo 115.º). Na apreciação de Marcello Caetano, este preceito constitucional não fornecia um sentido material da função (como um certo tipo de actividade do Estado que teria de ser necessariamente exercido através de órgãos com a configuração de tribunal), mas um sentido orgânico-formal (a actividade dos tribunais designa-se função judicial), pelo que importaria sobretudo definir o conceito de tribunal¹⁸⁵. O Autor define “tribunal” como “o órgão singular ou colegial que a requerimento de alguém e procedendo com imparcialidade e independência, segundo

¹⁸³ Sobre estas propostas, Rogério SOARES, *Direito Administrativo*, p. 38.

¹⁸⁴ Afonso QUEIRÓ, «A função administrativa», pp. 31 s.

¹⁸⁵ Marcello CAETANO, *A Constituição de 1933...*, pp. 139 s.

fórmulas pré-estabelecidas, possui autoridade para fixar a versão autêntica dos factos incertos ou controversos de um caso concreto e para determinar o Direito aplicável a esse caso, bem como para fazer executar coercivamente a sua decisão”¹⁸⁶. As suas características fundamentais são, pois, a passividade, a imparcialidade, a independência e a autoridade. Para o Professor, “é a independência de que os tribunais gozam para dar expressão ao Direito nos casos julgados e a sua competência para fazer executar pela coacção os julgamentos que proferem que, na teoria clássica, os erige em Poder, como emanção ou manifestação da soberania: o Poder judicial”¹⁸⁷. Na sua proposta de definição das funções do Estado, Marcello Caetano agrupa a jurisdição e a administração na “função executiva” – que define como a actividade dos órgãos do Estado que tem por objecto directo e imediato promover e assegurar o cumprimento das leis e aplicar sanções aos seus infractores –, considerando-as “dois modos ou processos” desta função, “que só formalmente se distinguem entre si”, caracterizando-se o processo jurisdicional pela imparcialidade e pela passividade e o processo administrativo de execução das leis pela parcialidade e iniciativa¹⁸⁸.

Diferentemente, da Constituição de 1976 pode-se extrair uma caracterização material da função jurisdicional¹⁸⁹:

Artigo 202.º (*Função jurisdicional*)

1. Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.
2. Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados.
3. No exercício das suas funções os tribunais têm direito à coadjuvação das outras autoridades.
4. A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 140.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 140 s.

¹⁸⁸ *Idem, Manual...*, pp. 168 s.

¹⁸⁹ Aliás, como nota M. Lúcia AMARAL, *A forma da República*, p. 159, n. 164, o art. 202.º, ao definir materialmente o conteúdo da função jurisdicional, constitui o único caso em que a CRP caracterizou substancialmente uma função do Estado; não o faz nem para a função legislativa nem para a administrativa. Para a Autora, tal explica-se por a caracterização material da função jurisdicional decorrer do próprio princípio do Estado de direito.

Este preceito, aliado aos que se lhe seguem, relativos ao estatuto dos tribunais e dos juizes (em especial os contidos nos artigos 203.º, 205.º, 216.º e 217.º), caracteriza a função jurisdicional, através de elementos *objectivos* – “administrar a justiça”, significando “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”, “reprimir a violação da legalidade democrática” e “dirimir os conflitos de interesses públicos e privados” – mas também *subjectivos* – os tribunais, rodeados de garantias como a independência, a obrigatoriedade e prevalência das suas decisões e a inamovibilidade, irresponsabilidade e incompatibilidades dos juizes.

Com efeito, e sem condescender quanto à insuficiência de uma caracterização puramente orgânica ou subjectiva das funções do Estado, a função jurisdicional é particularmente indissociável do conceito de *tribunal*.

1.1. A incorporação do elemento orgânico na definição da função – ligação ao conceito de tribunal

A nota caracterizadora principal do conceito de tribunal é – são nisso unânimes a doutrina e a jurisprudência – a *independência*. Preceitua o artigo 203.º da Constituição que “os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei”; a independência dos tribunais constitui, aliás, significativamente, limite material de revisão (artigo 288.º, *m*), da CRP).

Nas palavras de Castro Mendes, a independência “é prerrogativa basilar da judicatura: *independência* e *imparcialidade* são verso e reverso da mesma realidade fundamental”. As restantes prerrogativas reconhecidas à judicatura “são na realidade *ancilares* em relação à independência”, como é o caso da inamovibilidade e da irresponsabilidade, que são medidas de protecção, destinam-se a remover do processo decisório o peso do medo de ser removido e o peso do medo de incorrer em responsabilidade criminal, civil ou disciplinar¹⁹⁰.

O conteúdo dessa independência foi desenvolvido por Figueiredo Dias em termos recorrentemente citados pela doutrina e pela jurisprudência constitucional. Na densificação do Autor, atribui-se àquele conceito um “significado plural”: de independência perante os restantes poderes do Estado, independência perante quaisquer grupos da vida pública, independência perante a organização hierárquica da burocracia

¹⁹⁰ Castro MENDES, «Nótula sobre o artigo 208.º da Constituição – Independência dos Juizes», p. 660.

judicial, independência perante outros tribunais¹⁹¹. Como correlato necessário do princípio da independência judicial surge o *dever de obediência à lei*¹⁹².

Figueiredo Dias autonomiza independência objectiva e independência subjectiva (“*a independência material (objectiva) dos tribunais – reforçada pela independência pessoal (subjectiva) dos juizes que os formam – é condição irrenunciável de toda a verdadeira jurisprudência*”¹⁹³), distinção que vem a desenvolver na declaração de voto que apôs ao Acórdão n.º 155/1979 da Comissão Constitucional. Aí, o então Vogal da Comissão explicita que a independência dos tribunais, para efeitos do (então) artigo 208.º (hoje, 203.º) da CRP, não pode ser identificada simplesmente com a circunstância de eles julgarem apenas segundo a lei e não estarem sujeitos a ordens ou instruções (salvo o devido acatamento pelos tribunais inferiores das decisões proferidas pelos tribunais superiores em recurso) – *independência objectiva ou material*; ela tem um significado plural, onde avulta também a *independência pessoal dos juizes*. Aquele preceito constitucional quer abranger esta dupla vertente. É difícil uma definição completa das condições de que essa independência pessoal depende – e a CRP renuncia a fazê-lo – mas são reconhecidos os seus pressupostos mínimos, que se sintetizam na ideia de *inamovibilidade*.

Finalmente, nota o mesmo Autor que, além da independência dos juizes como base para uma actuação livre dos tribunais perante pressões do exterior, é ainda necessário, para preservar a objectividade de um julgamento, “*ao lado e para além daquela segurança geral, não permitir que se ponha em dúvida a ‘imparcialidade’ dos juizes, já não em face de pressões exteriores, mas em virtude de especiais relações que os liguem a um caso concreto que devam julgar*”; são os impedimentos e as suspeições – trata-se não tanto de ter ou não o juiz conseguido manter a imparcialidade, mas de o defender da suspeita de a não ter conservado, não dar azo a qualquer dúvida, por esta via reforçando a confiança da comunidade nas decisões dos seus magistrados¹⁹⁴. O objectivo é velar por que reine uma *atmosfera de pura objectividade e de incondicional juridicidade*¹⁹⁵.

Na síntese de Paulo Rangel, a independência subjectiva evoca “os conteúdos significativos que tradicionalmente andam ligados à ideia de independência judicial”, a saber: a “autonomia perante os outros poderes estaduais e respectivos titulares”, a

¹⁹¹ Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal*, pp. 304 ss.

¹⁹² *Ibidem*, p. 311.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 303.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 315.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 320.

“imparcialidade perante os interesses e pretensões dos litigantes”, a “indiferença diante dos poderes sociais e da opinião pública” e a “independência interna” (autonomia perante os restantes juízes, perante o poder judicial como um corpo e perante os respectivos órgãos de governo)¹⁹⁶.

Também na jurisprudência constitucional é constante a imprescindibilidade da independência como caracterizadora de um órgão como jurisdicional. O Tribunal Constitucional¹⁹⁷ desde cedo afirmou que um órgão não se transforma em tribunal pelo simples facto de lhe ser confiada uma competência materialmente incluída na função jurisdicional: “para que um determinado órgão possa ser qualificado como tribunal é necessário, antes de mais, que ele seja ‘independente’, como o exige o artigo [203.º] da Constituição”¹⁹⁸.

E essa independência, na esteira da densificação de Figueiredo Dias que descrevemos, é não somente a objectiva (exclusiva submissão à lei) mas também a subjectiva (ligada aos imperativos de imparcialidade e isenção, que reclamam a garantia de um estatuto funcional que as assegure e promova). Com efeito, para o TC, “para além do conteúdo finalístico da função jurisdicional a prosseguir e do que se pode classificar como uma ‘objectiva ou material’ independência, os tribunais, para que estes órgãos como tal possam ser parametrizados constitucionalmente, necessário será que possuam a independência subjectiva caracterizada pela sua irresponsabilidade e inamovibilidade”¹⁹⁹; daí que “tribunais não-de ser visualizados como sendo só aqueles órgãos de soberania que, exercendo funções jurisdicionais, sejam suportados por juízes que desfrutem totalmente de independência funcional e estatutária”²⁰⁰.

¹⁹⁶ Paulo RANGEL, *Repensar o Poder Judicial*, pp. 283 ss.

¹⁹⁷ E já antes também a Comissão Constitucional – Acs. n.ºs 41/77 (competência do administrador do bairro para decretar o despejo sumário) e 155/79 (competência das comissões de conciliação e julgamento para julgar questões laborais).

¹⁹⁸ Ac. n.º 71/84 (competência do capitão do porto para dirimir litígios resultantes de avarias marítimas).

¹⁹⁹ Ac. n.º 443/91 (regime administrativo de liquidação de estabelecimentos bancários).

²⁰⁰ Ac. n.º 171/92 (regime administrativo de liquidação de estabelecimentos bancários): “não bastando, pois, a mera atribuição de poderes às entidades da Administração para, na resolução dos assinalados casos concretos, poderem decidir sem sujeição a ordens ou instruções. É que, essas entidades, fora dos momentos de resolução concreta, continuam ligadas por vínculos de hierarquia e subordinação funcional que arredam a sua independência subjectiva acarretadora de irresponsabilidade e inamovibilidade”. No mesmo sentido, entre muitos outros, o já citado Ac. n.º 71/84 (capitanias do porto): “a independência dos tribunais, para efeitos do artigo 208.º, não pode, na verdade, ‘ser identificada simplesmente com a circunstância de eles julgarem apenas segundo a lei e não estarem sujeitos a ordens e instruções’, antes exige, igualmente, a independência pessoal dos juízes, que tem como pressuposto mínimo a respectiva inamovibilidade (cf. citada declaração de voto do vogal Prof. Figueiredo Dias, no Acórdão n.º 155 da Comissão Constitucional)”, bem como os Acs. n.ºs 393/89 (não inconstitucionalidade do n.º 3 do art. 16.º do Código de Processo Penal), 52/92 (comissões arbitrais para resolução de litígios entre consumidores e concessionária de energia – “a independência e imparcialidade da jurisdição exigem garantias orgânicas,

No crivo do Tribunal Constitucional, portanto, para que um órgão possa reentrar num conceito constitucionalmente adequado de tribunal, deve revestir-se das características da independência – objectiva e subjectiva.

Alguma doutrina incorpora as características do órgão tribunal ou dos seus titulares, os juizes, na caracterização da função jurisdicional.

Como assinala Paulo Rangel, é frequente a caracterização material da actividade jurisdicional incluir, como elementos centrais, qualificações sobre os respectivos órgãos (tribunais independentes, imparciais, inamovíveis, irresponsáveis, etc.); o próprio Autor admite que é “quase impossível” dissociar a caracterização material dos actos do estatuto dos respectivos órgãos²⁰¹.

De “elemento subjectivo decisivamente caracterizador” falam expressivamente Gomes Canotilho e Vital Moreira²⁰².

Também Figueiredo Dias identifica a *independência* como “a mais irrenunciável característica do ‘julgar’ e, portanto, da função judicial”, afirmando que não poderia o princípio da separação dos poderes realizar-se praticamente sem se encontrar assegurada a independência de um de tais poderes²⁰³.

Marcelo Rebelo de Sousa entende que a definição substancial da função jurisdicional acolhida pela CRP não integra apenas os três elementos referidos no artigo 202.º (que não bastariam para distinguir a função, uma vez que, em rigor, todas as funções do Estado-colectividade visam dirimir conflitos latentes, potenciais ou actuais; que todas as funções devem respeitar a legislação constitucional e direitos dela resultantes; e que parte da função política e toda a função administrativa estão subordinadas à legalidade democrática), mas, além daqueles elementos definidores materiais, a CRP esclarece que a função jurisdicional é aquela que é exercida através de órgãos independentes, colocados numa posição de imparcialidade e de juridicidade. Ou seja, “a função jurisdicional inclui na sua definição um elemento orgânico-material: os órgãos que a exercem são independentes [...], imparciais [...] e a sua actuação é essencialmente jurídica ou juridificada”; “*a própria independência dos tribunais está insita na definição da função jurisdicional*”²⁰⁴.

estatutárias e processuais”) ou 230/2013 (Tribunal Arbitral do Desporto – “requisitos essenciais de independência e de imparcialidade”).

²⁰¹ Paulo RANGEL, *Reserva de Jurisdição*, pp. 34 s.

²⁰² CANOTILHO/Moreira, *Fundamentos...*, p. 189.

²⁰³ Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal*, p. 303.

²⁰⁴ Marcelo Rebelo de SOUSA, *Orgânica Judicial...*, p. 9.

Na mesma linha, Oliveira Ascensão identifica, como “caracteres essenciais da jurisdição”, tanto uma autonomia *substancial* (prossegue o interesse público da realização da justiça e do direito, da solução conforme à ordem jurídica vigente) como uma autonomia *orgânica* (implica a existência de órgãos especializados, exclusivamente dedicados ao exercício da função jurisdicional – exigência que radica na preocupação de assegurar a imparcialidade e a independência do órgão a quem a jurisdição é confiada), que se infere do artigo 202.º da CRP²⁰⁵.

Sob este ponto de vista, encontram-se, como notas características da definição constitucional da função jurisdicional, o conteúdo finalístico e a independência objectiva e subjectiva.

Há, ao contrário, doutrina que, considerando também existir inequivocamente um “nexo entre *tribunais* e *função jurisdicional*”, recusa todavia a consideração de elementos orgânicos para o efeito da caracterização substancial da função. Assumindo-se que a acção do Estado se analisa na prossecução de funções diferenciadas, essas funções distinguem-se umas das outras por caracteres próprios, que devem subsistir qualquer que seja o órgão que desempenhe o papel principal no exercício de cada uma das funções. Trata-se de manter distintos dois níveis ou planos de análise – um, a natureza específica da função, ou a captação dos seus caracteres intrínsecos, outro relativo à identificação dos órgãos com competência – eventualmente exclusiva – para a exercer²⁰⁶.

1.2. Caracterização material da função jurisdicional

Voltando a focar os elementos objectivos da função jurisdicional, esta vem então identificada pela CRP com a tarefa de administração da justiça, que se desdobra nas incumbências de “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”.

Esta tríplice formulação, enquanto acolhe claramente tanto a vertente subjectiva (tutela dos direitos) como a objectiva (tutela do direito) da função jurisdicional²⁰⁷, e

²⁰⁵ Oliveira ASCENSÃO, «A reserva constitucional da jurisdição», pp. 467 s.

²⁰⁶ Assim, Rui Medeiros/Maria João Fernandes, anotação ao art. 202.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, p. 21.

²⁰⁷ V. Rui Medeiros/Maria João Fernandes, anotação ao art. 202.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, p. 20. Também no Ac. n.º 155/79 da Comissão Constitucional se afirma que no art. 202.º (então 206.º) se tomou uma posição ecléctica em relação às concepções extremas objectiva e subjectiva.

parece apontar, correspondentemente, para a justiça administrativa, criminal e cível²⁰⁸, não fornece todavia uma caracterização material definitiva da função. Como é assinalado pela Comissão Constitucional, neste preceito da Constituição “não houve a preocupação de definir, mas antes de descrever a função jurisdicional”²⁰⁹.

Vejamos então as tentativas doutrinárias de distinção da função jurisdicional.

Nas palavras de Oliveira Ascensão, trata-se da função, “essencial e insubstituível no Estado moderno, de dizer qual é o direito, nos termos da ordem jurídica estabelecida”²¹⁰. Na formulação de outro Autor, “exercer jurisdição é *dizer imparcialmente o Direito* em uma situação controvertida ou de conflito”, por referência “a um estado de coisas que se apresenta ao juiz como problemático para que decida sobre ele”²¹¹.

Para uma distinção material entre a função administrativa e a jurisdicional, Afonso Queiró propõe um critério *teleológico-objectivo*: haverá que proceder à interpretação da lei para se concluir sobre qual a *finalidade objectiva* que com o exercício de determinada competência legal necessariamente se realiza. A actividade própria da função jurisdicional visa resolver questões jurídicas, ou seja, conflitos de pretensões entre duas ou mais pessoas ou controvérsias sobre a verificação em concreto de uma ofensa ou violação da ordem jurídica: trata-se da “solução de ‘questões de direito’” de acordo com a ordem jurídica objectiva (incluindo os actos preparatórios dessa resolução e, em alguns casos, a efectivação das respectivas decisões). Contudo, estas características não são suficientes para a distinção, porquanto também os actos administrativos pressupõem, por vezes, questões de direito, como é o caso de decisões disciplinares, decisões sancionadoras de infracções e outras; a diferença é que, nestas, não se trata de resolver objectivamente tais questões de direito mas de assegurar a realização de certos resultados práticos, a consecução de certas finalidades públicas, ainda que com base no direito (como, por exemplo, no caso das decisões disciplinares, a finalidade de assegurar o funcionamento e o prestígio de um serviço público). Deste modo, conclui o Autor, “o *quid specificum* do acto jurisdicional reside em que ele não apenas pressupõe mas é necessariamente praticado *para* resolver uma ‘questão de direito’. Se, ao tomar-se uma decisão, a partir de uma situação-de-facto traduzida numa ‘questão de direito’ (na violação do direito objectivo ou na ofensa de um direito subjectivo) se actua, por força da lei, para se conseguir a produção de um resultado prático diferente da paz jurídica decorrente da resolução dessa ‘questão de direito’,

²⁰⁸ É o entender de CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, II, p. 509.

²⁰⁹ Ac. n.º 155/79.

²¹⁰ Oliveira ASCENSÃO, «A reserva constitucional da jurisdição», p. 465.

²¹¹ Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, *Valoração da prova e sentença penal*, p. 33.

então não estaremos perante um acto jurisdicional; estaremos, sim, perante um acto administrativo”²¹².

Castanheira Neves, reconhecendo exactidão à caracterização de Afonso Queiró, reputa-a todavia insuficiente enquanto caracterização material²¹³. Àquela posição, baseada na especificação material de que a decisão jurisdicional tem por *objecto* e por *fim* “questões de direito”, o Autor aponta, em especial, a crítica de que o jurisdicional se apresenta ali como manifestação de um poder “simplesmente aplicador de uma normatividade pressuposta”, olvidando-se a “dimensão normativamente criadora” que haveria de se lhe reconhecer²¹⁴.

Acrescenta-lhe, por conseguinte, quatro notas materiais que confeririam ao tipo de juízo jurisdicional a sua “última caracterização” “essencial” e que se relacionam com “o *objecto* de decisão”, “o *critério* normativo”, “o *modo* metodológico” e a “*intencionalidade* axiológica” desse juízo²¹⁵. Assim, o *objecto* de decisão é uma controvérsia de realização do direito, “um concreto e específico problema jurídico, considerado na sua individualidade e no seu presente problemáticos”. O *critério* da sua resolução é, decisivamente, o direito, como fundamento de validade normativa (e não os efeitos que a decisão possa provocar; não um critério de oportunidade, conveniência ou utilidade; não o relativo, mas o *absoluto*). Quanto ao *modo* como este critério determina

²¹² Afonso QUEIRÓ, «A função administrativa», p. 31; a mesma proposição doutrinal encontra-se em *Idem, Lições de Direito Administrativo* (1976), pp. 43 ss. – algo diferente, na sua formulação, da que se encontrava nas *Lições de Direito Administrativo* (1959). Nestas, considerava-se já que o que caracteriza materialmente a função jurisdicional é que, através dela, o Estado actua “tendo directamente em vista sanar ou compor, de acordo com a lei ou com critérios para que ela própria remete, um certo conflito de interesses em concreto”, não servindo “outro interesse que não seja o interesse público específico da composição de conflitos de interesses em concreto” (pp. 11 s.); à função estadual de julgar cabe “o encargo de satisfazer a necessidade pública específica de composição concreta dos conflitos de direitos e de interesses, a necessidade pública de actuação concreta da justiça, com os meios de direito postos à sua disposição pelo mesmo legislador” (p. 33); o que distingue, pois, materialmente, a função jurisdicional das demais é que, com ela, “é o interesse público da composição dos conflitos de interesses em concreto que é prosseguido” (p. 33); já com a função administrativa o que se visa é “a satisfação de todos os interesses públicos cuja prossecução o legislador entende dever ser levada a cabo, [...] excluído o interesse público da composição dos conflitos de interesses em concreto, que esse, como acabamos de ver, é objecto da função jurisdicional” (p. 35).

²¹³ Castanheira NEVES, «Da ‘jurisdição’ no actual Estado de Direito», pp. 196 ss., retomando o já anteriormente exposto em *Idem, O instituto dos «assentos»...*, pp. 435 ss.

²¹⁴ No pensamento de Castanheira Neves é acentuado o “poder político” que a função judicial assume no Estado de direito. A função jurisdicional faz-se também intérprete da intenção jurídico-social da comunidade e é assim que se pode afirmar que ela administra a justiça “em nome do povo” e se legitima como órgão de soberania independente num Estado de direito democrático. Os tribunais são chamados a actuar de um modo juridicamente criador, assumindo a intenção político-comunitária manifestada no direito, numa verdadeira “participação co-constitutiva” na determinação da intenção jurídica comunitária, em uma relação de “parceria” com o legislador. Sobre isto, Castanheira NEVES, «Da ‘jurisdição’ no actual Estado de Direito», pp. 185 s.

²¹⁵ Sobre estas “notas”, *ibidem*, pp. 198 ss.

a decisão concreta, será o *modus* metodológico da justiciabilidade, que, se não exclui, pelo menos reduz, pela racionalidade da fundamentação judicativa, o eventual decisionismo nas valorações jurisdicionais. A imediata *intenção* material desse juízo é uma intenção de validade (não de oportunidade), é a intenção do direito, como um “todo de valor” que a função jurisdicional é chamada a assumir perante os actos e situações concretas que controvertidamente suscitam a problemática da sua afirmação ou realização. Só assim será cumprida a “função política” própria da função jurisdicional no Estado de direito.

Como se irá verificar, o critério proposto por Afonso Queiró veio a ser acolhido por parte significativa da doutrina²¹⁶ e amplamente adoptado pela jurisprudência portuguesa.

Com efeito, o Tribunal Constitucional tem consistentemente aderido a este critério, adoptando uma

“definição teleológica da função jurisdicional que atende ao desígnio da intervenção dos órgãos do poder político do Estado, desígnio que é, na função jurisdicional e não já na função administrativa, *estritamente jurídico*, visando a realização do direito objectivo pela composição de interesses conflituantes e não o da sua aplicação ou concretização em função de outros interesses públicos, ainda que para o efeito usando como meio a dirimição de conflitos ou litígios jurídicos”²¹⁷.

²¹⁶ Expressa ou implicitamente, Marcelo Rebelo de SOUSA/André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, I, p. 40; Oliveira ASCENSÃO, «A reserva constitucional da jurisdição», p. 474; Vieira de ANDRADE, «A reserva do juiz...», p. 219; J. P. Cardoso da COSTA, *O princípio da reserva do juiz...*, p. 24.

²¹⁷ Citou-se o Ac. n.º 630/95, relativo à inconstitucionalidade, por violação do princípio da reserva da função jurisdicional, de normas que previam a competência do júri avindor e do presidente da câmara no processo de arrancamento de plantações ou sementeiras. O TC, acolhendo o critério de Afonso Queiró, e embora reconhecendo que a defesa dos espaços florestais e a protecção do ambiente se inscrevem no âmbito do interesse público, que se intenta proteger ao lado dos interesses individuais e particulares dos cidadãos, teve por seguro que “aqueles órgãos, enquanto tais, isto é, enquanto órgãos de composição de conflitos, não se assumem como órgãos administrativos no desempenho de uma pura actividade administrativa. O exercício da competência de tais órgãos não se dirige, específica e directamente, à prossecução ou defesa de um interesse da colectividade, visando, ao contrário, pois é essa a finalidade objectiva da lei, resolver uma questão de direito através da composição de um conflito de interesses entre particulares [...], sendo que a sua intervenção carece do requerimento dos interessados”. O TC conclui, assim, que, “actuando no sentido de decidir uma controvérsia jurídica e em defesa do directo interesse dos particulares donos dos prédios confinantes com as áreas de plantação ou sementeira vedadas por lei, o júri avindor e o presidente da câmara municipal assumem-se como órgãos jurisdicionais”. O acórdão teve voto de vencido do Conselheiro Vítor Nunes de Almeida, que considerou que, na base da criação do sistema de “árbitros avindores”, estava, “em última análise, a realização do interesse público da defesa da qualidade das terras, ainda que tal interesse só possa realizar-se através da intervenção dos particulares proprietários dos terrenos em que ocorram as plantações das espécies nocivas” (não se tratou, pois, de divergência quanto ao critério de distinção da função jurisdicional, mas sim quanto à sua concreta aferição no caso). No mesmo sentido decidiu o TC nos seus Acs. n.ºs 16/96 e 17/96, tendo as normas vindo a ser declaradas inconstitucionais com força obrigatória geral através do Ac. n.º 963/96.

Para o Tribunal, por outras palavras,

“será, pois, na chamada de resolução de um conflito relativo a um caso concreto, resolução essa cujo atingir decorre dos critérios constantes de normas jurídicas já existentes (e, desta arte, tendo como fim específico a realização do direito e da justiça), que residirá o *punctum saliens* caracterizador da função jurisdicional que, assim, não almeja a prossecução e realização de um interesse público diferente do da composição dos conflitos”²¹⁸.

“A função jurisdicional consubstancia-se, assim, numa ‘composição de conflitos de interesses’, levada a cabo por um órgão independente e imparcial, de harmonia com a lei ou com critérios por ela definidos, tendo como fim específico a realização do Direito ou da Justiça”²¹⁹; “a função administrativa é, ao invés, uma actividade que, partindo de uma situação de facto traduzida numa ‘questão de direito’, visa a prossecução do interesse público que a lei põe a cargo da Administração e não a paz jurídica que decorre da resolução dessa questão”²²⁰.

Apesar do recurso fiel àquele critério, o Tribunal foi, pontualmente, adoptando outros critérios de distinção:

“É certo que existe algum paralelismo, alguma analogia, entre a função jurisdicional e a função administrativa: ambas, como funções do Estado, são expressão do *imperium* emanado da soberania popular, ambas são executivas e ambas agem sobre o caso concreto. Mas apesar de ligadas entre si por estes pontos comuns, mantêm-se no fundo irredutivelmente diferenciadas.

A separação real entre a função jurisdicional e a função administrativa passa pelo campo de interesses em jogo: enquanto a jurisdição resolve litígios em que os interesses em confronto são apenas os das partes, a Administração, embora na presença de interesses alheios, realiza o interesse público. Na primeira hipótese, a decisão situa-se num plano distinto do dos interesses em conflito; na segunda hipótese, verifica-se uma osmose entre o caso resolvido e o interesse público.

Todavia, ainda por outra vertente se distinguem as funções consideradas: ao passo que o *medium* da jurisdição é a vontade da lei (concretizada no apuramento de

²¹⁸ Ac. n.º 443/91, relativo ao regime administrativo de liquidação de estabelecimentos bancários.

²¹⁹ Ac. n.º 182/90, relativo à competência dos secretários judiciais para condenar em custas.

²²⁰ Ac. n.º 452/95, relativo à fixação administrativa de indemnização por nacionalização, formulação retomada pelo Ac. n.º 510/2016, relativo à competência da Autoridade para as Condições do Trabalho para ordenar o pagamento dos créditos salariais em dívida, em processo de contra-ordenação.

conclusão decisória a partir das premissas previamente enunciadas do silogismo judiciário), o *medium* da Administração é a vontade própria (o que pressupõe a possibilidade de agir sobre as várias alternativas propostas pela lei)”²²¹.

Refere ainda a jurisprudência constitucional como típicas da função jurisdicional as decisões que sejam proferidas a requerimento de uma das partes, embora esse argumento seja empregue não como decisivo, mas como reforçador da classificação do acto como jurisdicional²²².

Na síntese de Rui Medeiros e Maria João Fernandes, dos numerosos arestos do Tribunal Constitucional resulta uma caracterização da função jurisdicional como a “resolução de um conflito de interesses no caso concreto”; “segundo bitola jurídica”; “sem fim outro senão o de prover solução jurídica ao conflito”²²³.

Como nota Assunção Esteves²²⁴, o Tribunal, lançando mão de um critério material de distinção das duas funções, tem decidido, em regra, em favor da jurisdicional os casos de fronteira.

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Administrativo, salientando também a dificuldade da tarefa de distinção entre a função jurisdicional e a função administrativa²²⁵, tem considerado não ser bastante recorrer, para o entendimento da função jurisdicional, ao substrato de ordem material relacionado com a composição de conflitos de interesses ou pretensões, uma vez que a Administração, na prossecução de interesses públicos, também procede a tal composição (e por via autoritária e com força coerciva), carecendo, pois, aquele substrato de ser completado com elementos de outra ordem, sob pena de não se estabelecer, afinal, qualquer distinção entre as actividades jurisdicional e administrativa; tais elementos seriam, no que respeita à função

²²¹ Ac. n.º 104/85, que julgou inconstitucional o regime que atribuía competência aos capitães dos portos para dirimir litígios relacionados com danos em embarcações. Com base nos citados critérios, o TC concluiu que estava em causa “acção jurisdicional”, por se estar “a decidir litígios entre as partes interessadas ‘unicamente em conformidade com a lei aplicável ao caso concreto’ [...] e não a dar satisfação directa e imediata a um interesse público, nem a exercer vontade própria”.

²²² Exemplificativamente, logo o Ac. n.º 41/77 da CC, relativo à competência do administrador do bairro para decretar o despejo sumário, e o Ac. do TC n.º 630/95, respeitante à competência do júri avindor e do presidente da câmara no processo de arrancamento de plantações ou sementeiras.

²²³ Em anotação ao art. 202.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, p.29.

²²⁴ Assunção ESTEVES, «Função administrativa ou função jurisdicional?», p. 131.

²²⁵ Classifica-a como “tema profundamente controvertido na doutrina”, apresentando-se a distinção como “muito difícil, por não se encontrar um critério seguro e firme que a resolva com fronteiras bem definidas e fixas e validade geral e completa”, dificuldades “agravadas pela circunstância de os ordenamentos jurídicos não se manterem estritamente fiéis ao esquema fundamental decorrente do princípio da divisão dos poderes [...] mercê da atribuição de parcelas maiores ou menores dessas funções a ‘poderes’ diferentes daquele a que deveriam caber” (Ac. de 10-10-1979, Proc. n.º 10055, p. 2293).

jurisdicional, o fim específico inerente à realização do direito ou da justiça ou a actuação de um órgão imparcial na resolução do conflito, ou mesmo a conjugação das duas ideias, nenhuma das quais se verifica na função administrativa²²⁶.

Este Tribunal Supremo tem considerado, baseando-se expressamente nas *Lições* de Afonso Queiró, que: “*haverá acto jurisdicional* quando a sua prática se destina a realizar o próprio interesse público da composição de conflito de interesses (entre particulares, entre estes e interesses públicos ou entre estes, quando verificados entre entes públicos diferentes), tendo, pois, como fim específico, a realização do direito ou da justiça; *há actos administrativos* quando a composição de interesses em causa tem por finalidade a realização de qualquer outro interesse público, que ao ente público compete levar a cabo, representando aquela composição, por conseguinte, um simples meio ou instrumento desse outro interesse”²²⁷.

Pontualmente, e como vimos suceder com a jurisprudência constitucional, recorre o Supremo Tribunal Administrativo a critérios adicionais, como o da posição do órgão face aos interesses em presença: a distinção residiria não só no fim específico do acto mas igualmente no “carácter de parcialidade ou imparcialidade que assume a actividade do órgão que procede à composição do conflito de interesses [...], pelo que há acto administrativo se esse órgão, ou, melhor dizendo, se a pessoa a que o mesmo pertence é interessada ou ‘parte’ no conflito, e há acto jurisdicional na hipótese contrária”²²⁸.

Conclui-se, pois, que também a jurisprudência suprema da ordem dos tribunais administrativos tem seguido primordialmente o critério teleológico proposto por Afonso Queiró.

Os ensaios de definição material da função jurisdicional revelam a dificuldade de encontrar uma caracterização que seja simultaneamente exaustiva e exclusiva.

²²⁶ Ac. do STA de 3-7-1990, Proc. n.º 26288, pp. 4677 s. (competência do Ministro das Finanças para fixar as indemnizações devidas por actos de nacionalização e expropriação), retomando jurisprudência anterior no mesmo sentido, em especial a do Ac. de 10-10-1979, Proc. n.º 10055, pp. 2295 ss. (este em matéria de fixação de indemnizações por actos expropriativos por utilidade pública).

²²⁷ Ac. do STA de 18-12-1991, Proc. n.º 18882, p. 813. No mesmo sentido, Acs. do STA de 15-12-1987, Proc. n.º 17139, pp. 946 ss. (competência para a fixação da indemnização devida pela nacionalização ou expropriação), de 23-6-1988, Proc. 24700, p. 448 (competência da câmara municipal para ordenar o despejo sumário dos ocupantes de edificações utilizadas em desconformidade com a licença), de 23-3-1995, Proc. n.º 27994, p. 192 (litígio entre a EDP e os municípios quanto a verbas em dívida), de 3-4-2008, Proc. n.º 934/07 (nulidade de acto administrativo de câmara municipal que decidira a inclusão de um terreno no domínio público, em situação de conflito com um particular relativamente à natureza pública ou privada do terreno).

²²⁸ Ac. de 13-11-1980, Proc. n.º 13060, p. 294.

Se a definição como *resolução de conflitos concretos* não é suficiente – por deixar de fora a actividade jurisdicional dirigida à protecção jurídica e mesmo ao mero controlo jurídico²²⁹ – nem é exclusiva – pois existem formas extrajudiciais de resolução de litígios, havendo aliás decisões da administração que envolvem igualmente composição de conflitos –, a caracterização como actividade de *dizer o direito, de acordo com a ordem jurídica estabelecida, perante uma situação concreta*, embora supere a ligação à solução de conflitos, não serve como critério definitivo de distinção entre jurisdição e administração, uma vez que esta também é chamada a aplicar o direito e mesmo a definir o direito na sua actividade, pelo que naquele conceito cairiam numerosos actos administrativos²³⁰. A definição como função de *protecção jurídica* tão-pouco se revela suficientemente distintiva, porquanto também a Administração assume tarefas de protecção dos direitos dos cidadãos²³¹. Mesmo ao critério teleológico, que identifica na jurisdição a *finalidade específica de resolver uma questão de direito*, por oposição à administração, que prossegue directamente interesses públicos, pode objectar-se que tanto jurisdição como administração servem à realização do direito, na medida em que executam normas jurídicas, e que ambas servem à realização de interesses públicos, já que o direito é um dos meios mais privilegiados para a realização do bem comum²³².

1.3. As teorias funcionais

Rejeitada uma definição orgânico-formal, por tautológica e insuficiente²³³, e verificadas as dificuldades de uma caracterização material definitiva, as teorias ditas *funcionais* procuram as especificidades da função jurisdicional, que possam explicar o estabelecimento de reservas de certas decisões aos tribunais²³⁴. Fazendo apelo a uma “visão de conjunto sobre o que deva entender-se por jurisdição”²³⁵, baseada na

²²⁹ WOLFF/Bachof/Stober, *Direito Administrativo*, p. 236, como nota também M. F. MATA-MOUROS, *Juiz das liberdades*, p. 58, que dá como exemplos o divórcio por mútuo consentimento, a validação de escutas telefónicas e a autorização de medidas de investigação em processo penal.

²³⁰ Assim, M. F. MATA-MOUROS, *Juiz das liberdades*, p. 59; WOLFF/Bachof/Stober, *Direito Administrativo*, p. 235.

²³¹ Dê-se como exemplo a intervenção administrativa perante uma queixa por ruído, perturbador do direito ao descanso dos cidadãos.

²³² Assim objectam WOLFF/Bachof/Stober, *Direito Administrativo*, p. 235.

²³³ Cf. *supra*, 1, e M. F. MATA-MOUROS, *Juiz das liberdades*, p. 63.

²³⁴ Sobre estas teorias, entre nós, M. F. MATA-MOUROS, *ibidem*, pp. 64 ss.; também FEELEY/Rubin, *Judicial Policy Making and the Modern State*, pp. 330 ss.

²³⁵ M. F. MATA-MOUROS, *ibidem*, p. 65.

densificação doutrinal do que é a função jurisdicional, nas normas constitucionais de reserva de jurisdição e no conjunto dos princípios e normas constitucionais e ainda na forma e no procedimento pelo qual o juiz é chamado a desempenhar as suas atribuições, visa-se identificar uma “imagem” da jurisdição, que remete “para a função específica que a jurisdição desempenha na nossa ordem social e jurídica”²³⁶.

Para a caracterização funcional da jurisdição relevam os princípios integrantes do princípio da tutela jurisdicional efectiva²³⁷, como os da independência, da imparcialidade, do contraditório, do juiz natural, da publicidade das audiências, da obrigatoriedade das decisões e sua prevalência sobre as de quaisquer outras autoridades, da fundamentação das decisões, do respeito pelo caso julgado. Assim, a função jurisdicional envolve “uma decisão tomada com independência (neutralidade pessoal), vinculativa (última palavra), no âmbito de um procedimento que oferece características específicas (neutralidade processual)”, incluindo “características de forma, como o estabelecimento do contraditório, a obrigatoriedade de fundamentação, a publicidade (mas também a protecção do segredo), e características de organização, como a definição do julgador”²³⁸. São estes “elementos identificadores da função jurisdicional” que a diferenciam dos demais poderes do Estado.

A vantagem desta abordagem funcional, que aliás conjuga elementos materiais e orgânico-formais, é que, ao colocar a ênfase nas qualidades funcionais da jurisdição, se mostra mais apta a permitir compreender e justificar o estabelecimento de reservas a favor do juiz²³⁹.

²³⁶ M. F. MATA-MOUROS, *ibidem*, p. 64, remetendo para Kühlewein, *Der Richtervorbehalt*, p. 145.

²³⁷ Matéria que será desenvolvida *infra*, Cap. VII.

²³⁸ Na definição delineada por M. F. MATA-MOUROS, *ibidem*, p. 66. Na abordagem de WOLFF/Bachof/Stober, *Direito Administrativo*, p. 235, a jurisdição, enquanto actividade material do Estado, consiste na apreciação jurídica de circunstâncias materiais concretas e, deste modo, na decisão sobre direitos e deveres, geralmente controversos, de sujeitos jurídicos; tal apreciação jurídica deve ser feita com base num procedimento ordenado objectivamente, em aplicação do direito objectivo vigente, e é feita através de um órgão (estadual) imparcial, ou seja, a quem não foi confiada a prossecução de qualquer outro interesse, para além do da salvaguarda da ordem jurídica (ao contrário da Administração Pública, que é parte interessada nas suas decisões por ter-lhe sido confiada a prossecução de interesses públicos especiais). Para uma caracterização da organização e estrutura dos órgãos judiciais, ZIMMER, *Funktion – Kompetenz – Legitimation*, pp. 296 ss. Para uma indicação de outras formulações específicas na doutrina alemã, vide M. F. MATA-MOUROS, *Juiz das liberdades*, p. 77.

²³⁹ Assim, M. F. MATA-MOUROS, *ibidem*, p. 78.

2. A função administrativa

Já da função administrativa a CRP não fornece uma definição ou descrição explícita, pelo que esta terá de inferir-se de preceitos como os relativos à competência administrativa do Governo (artigo 199.º) e à Administração Pública (artigos 266.º ss.).

Nos termos do artigo 199.º, compete ao Governo, “no exercício de funções administrativas”:

- a) Elaborar os planos, com base nas leis das respectivas grandes opções, e fazê-los executar;
- b) Fazer executar o Orçamento do Estado;
- c) Fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis;
- d) Dirigir os serviços e a actividade da administração directa do Estado, civil e militar, superintender na administração indirecta e exercer a tutela sobre esta e sobre a administração autónoma;
- e) Praticar todos os actos exigidos pela lei respeitantes aos funcionários e agentes do Estado e de outras pessoas colectivas públicas;
- f) Defender a legalidade democrática;
- g) Praticar todos os actos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades colectivas.

Quanto à Administração Pública, preceitua o artigo 266.º:

1 – A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

2 – Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

Em termos gerais, “administrar” significa “gerir um conjunto de bens para a realização dum certo quadro de fins heterónomos”; em sentido objectivo, administração é, assim, “uma tarefa e a actividade do seu cumprimento” e, em sentido subjectivo ou orgânico, “um quadro institucional a que compete desempenhar essa tarefa”²⁴⁰. No caso da Administração Pública, trata-se de cometer a certos órgãos o encargo de zelar pelos interesses públicos “que assumem tal importância que da sua satisfação procede uma

²⁴⁰ Rogério SOARES, *Direito Administrativo*, p. 1.

vantajosa posição para o equilíbrio essencial duma comunidade politicamente organizada” e prover à sua satisfação²⁴¹. Administração será “a tarefa do Estado que põe a acentuação num momento de realização concreta daqueles fins do Estado que se traduzem na pretensão de criar na sociedade as condições de realização de um ideal de justiça”²⁴².

Numa tentativa de caracterização substancial da função administrativa, e reconhecendo que se trata de um “complexo problema teórico”, Gomes Canotilho e Vital Moreira acentuam como suas principais dimensões as seguintes: “prosecução permanente e autónoma de tarefas da comunidade, efectuada por órgãos do Estado, das regiões autónomas, das autarquias locais, das corporações e institutos públicos, através de medidas concretas juridicamente vinculadas a fins de interesse público, constitucional e legalmente pré-determinados”²⁴³. Sintetizam as funções enumeradas nas alíneas do artigo 199.º nas seguintes formas de actividade: medidas de administração coactiva; medidas conformadoras e planificadoras; medidas financeiras; medidas de prestação e direcção de natureza económica e social; medidas de direcção, fiscalização e tutela; medidas normativas regulamentares²⁴⁴.

Ainda assim, como observam os mesmos Autores, a caracterização material da administração continua por resolver, limitando-se os critérios avançados para uma definição positiva (prosecução do interesse público, adopção de medidas concretas para satisfação de tarefas públicas, vinculação aos fins legalmente estabelecidos, etc.) a meros “pontos de apoio”²⁴⁵.

Em sentido próximo, e incorporando os critérios propostos por Castanheira Neves e Afonso Queiró, Vieira de Andrade fá-la corresponder à “*actividade pública* (de conteúdo abstracto ou concreto), desenvolvida, em regra, pelo Governo e pelos órgãos dos entes públicos administrativos, *subordinada* à lei, que, não se destinando a título

²⁴¹ *Ibidem*, p. 2. Noutra formulação, “numa compreensão moderna da fórmula da separação dos poderes, o sentido da Administração é o da instância privilegiada para encontrar no caso concreto o equilíbrio indispensável entre a multidão de interesses conflitantes” (Rogério SOARES, «Administração Pública e controlo judicial», p. 229).

²⁴² *Idem*, *Direito Administrativo*, p. 40. Para Rogério Soares, elemento decisivo da vinculação administrativa é o interesse público, justamente o interesse público específico recebido na norma e nela incorporado (*idem*, *Interesse público, legalidade e mérito*, p. 120); a este propósito, o TC sustenta que o Professor segue, igualmente, o critério teleológico quando afirma que, na actividade administrativa, a resolução do conflito de interesses (da “questão de direito”) é orientada por uma perspectiva de interesse público – justamente, do interesse público específico que a norma expressa (cf., nomeadamente, Ac. n.º 80/2003).

²⁴³ CANOTILHO/Moreira, *Fundamentos...*, p. 188.

²⁴⁴ CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, II, pp. 485 s.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 794.

principal à resolução de ‘questões de direito’, se caracteriza por uma ‘*intenção tecnológico-social*’ [...], visando a *criação de condições concretas de realização do Ideal de Segurança, Justiça e Bem-estar* (‘promoção do desenvolvimento económico-social e satisfação das necessidades colectivas – artigo 199.º, g) da CRP), em termos *pré-definidos* (pelo menos quanto aos fins específicos e às competências) pelos órgãos com competência político-legislativa”²⁴⁶.

Numa outra formulação, Blanco de Moraes descreve a função administrativa como “actividade traduzida na concretização e execução das leis e na satisfação permanente das necessidades colectivas legalmente definidas, mediante actos, contratos e actuações materiais, dimanados de órgãos e agentes dotados de iniciativa e parcialidade na prossecução do interesse público”²⁴⁷. Estando as opções primárias fundamentais relativas à satisfação das necessidades públicas determinadas na lei, à função administrativa caberá fundamentalmente a actividade secundária de providenciar, em concreto, essas necessidades. Como traços materiais distintivos da função administrativa, o Autor aponta a natureza subordinada da actividade (não apenas à Constituição como também à lei – artigo 266.º, n.º 2, da CRP –, dependendo a validade dos actos e contratos que dela promanam não só de habilitação legal mas também da conformidade com a lei), bem como a iniciativa (uma “capacidade volitiva própria para realizar criativamente os comandos legais e ir ao encontro das necessidades colectivas”) e a parcialidade (no sentido de “parte interessada” na realização dessas necessidades) dos centros de decisão administrativa e ainda a vinculação constitucional da sua actuação aos princípios da igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé (artigo 266.º, n.º 2, da CRP)²⁴⁸.

²⁴⁶ Vieira de ANDRADE, *Lições...*, p. 37.

²⁴⁷ Blanco de MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, I, p. 44.

²⁴⁸ *Ibidem*, pp. 44 ss. Outros Autores propõem definições de sentido próximo das mencionadas, como João CAUPERS/Vera Eiró, definindo administração pública em sentido material ou funcional como “o conjunto de acções e operações desenvolvidas pelos órgãos, serviços e agentes do Estado e demais organizações ocupados em assegurar, em nome da colectividade, a satisfação disciplinada, regular e contínua das necessidades colectivas de segurança, cultura e bem-estar” (*Introdução ao Direito Administrativo*, p. 31), caracterizando a função administrativa, no quadro das funções do Estado, como “aquela que, no respeito pelo quadro legal e sob a direcção dos representantes da colectividade, desenvolve as actividades necessárias à satisfação das necessidades colectivas” (*ibidem*, p. 33).

CAP. V – “RESERVA DE JUIZ” E “RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO” NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

Estabelecida uma caracterização – aproximativa, é certo – das funções administrativa e jurisdicional e identificados critérios de distinção entre ambas, e assumindo que a Constituição as atribuiu, correspondentemente, aos órgãos mais adequados ao seu desempenho – a função jurisdicional a órgãos dotados de garantias de independência e imparcialidade, a função administrativa a uma estrutura hierarquizada, dotada de conhecimentos técnicos especializados, de facilidade de acesso à informação e actuando com base em procedimentos flexíveis – (adequação orgânico-funcional), cumpre agora perceber se a Constituição *reservou* aquelas funções a esses órgãos, no sentido de ser constitucionalmente ilegítima a sua atribuição a outro órgão; e, em caso afirmativo, em que medida, ou seja, se se trata de uma reserva absoluta ou apenas do que for de considerar o núcleo essencial dessas funções (caso em que haverá que procurar delimitar, para cada uma destas, esse núcleo essencial).

1. Tratamento doutrinal da questão das “reservas”

De entre os possíveis critérios para a definição de domínios de reserva, avulta o do *núcleo essencial*²⁴⁹, referindo-se a uma parcela do domínio funcional de um órgão que não lhe pode ser subtraída, sob pena de subversão da ordenação constitucional dos poderes²⁵⁰.

Porém, como nota Gomes Canotilho, a própria dogmática constitucional ainda não encontrou critérios operativos definitivos, que permitam um recorte rigoroso. Para o Professor, a teoria do núcleo essencial de funções “ainda não conseguiu superar as velhas teorias materiais diferenciadoras das funções do Estado”²⁵¹. Revelando também cepticismo quanto à valia deste critério, Nuno Piçarra considera que a CRP não fornece uma base segura para a densificação do princípio da separação dos poderes a partir do conceito de núcleo essencial²⁵².

²⁴⁹ Assim, CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 552.

²⁵⁰ *Supra*, Cap. II, 2.

²⁵¹ CANOTILHO, «T. C., Acórdão n.º 24/98», p. 95.

²⁵² N. PIÇARRA, «A reserva de administração», p. 573.

Ao modelo do *Kernbereich* pode, naturalmente, objectar-se com a dificuldade de definir o núcleo. Como reconhece Thomas Kuhl, a distinção entre um âmbito funcional (relativamente protegido) e um âmbito nuclear (absolutamente protegido) supõe uma gradação difícil de estabelecer; será sempre necessária uma actividade de ponderação (tal como aliás o era no modelo clássico da separação dos poderes e no modelo da balança)²⁵³.

Seguindo o pensamento de Kuhl, sendo o âmbito nuclear *uma porção* do âmbito funcional de um órgão, ele deverá ser deduzido através dos mesmos critérios que serviram para definir o âmbito funcional. Assim, numa compreensão estrutural-funcional do princípio da separação dos poderes, se, para definição do âmbito funcional, as características do órgão constituem argumentos correctos, mas não decisivos (o que justifica a possibilidade de atribuição a outro órgão), no âmbito nuclear não-de incluir-se as tarefas para cuja prossecução aquelas características constituem argumentos forçosos. Por outro prisma, se a adequação do órgão para certa tarefa está na base da atribuição de competência, inversamente a falta de adequação impedirá a atribuição: deste modo, conclui o Autor, o *Kernbereich* do Legislativo compreenderá aquelas tarefas para cuja prossecução o Executivo é inadequado ou para as quais só o Legislativo possui as características necessárias; o *Kernbereich* do Executivo incluirá os domínios para os quais o Legislativo se mostra inadequado ou para os quais só o Executivo detém as qualidades requeridas²⁵⁴.

Em síntese, como base de trabalho pode estabelecer-se que: as diferentes funções são atribuídas a órgãos diferenciados devido a exigências de controlo e interdependência (ideia de *balanceamento*); as funções são atribuídas a um órgão e não a outro, de diferente configuração, com base em razões de *adequação funcional* (só um órgão com aquelas características e separado dos demais poderá desempenhar cabalmente a tarefa em causa); o *núcleo essencial* dessas funções fica, por isso, reservado a esse órgão; fora do âmbito nuclear, a correspondência órgão-função é tendencial, podendo ceder por razões constitucionalmente fundadas (incluindo de adequação funcional, já que, em certas matérias, pode suceder que certos aspectos apontem para um determinado órgão como o mais adequado e outros aspectos apontem

²⁵³ KUHLE, *Der Kernbereich der Executive*, p. 130.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 140. O Autor refere-se apenas ao Legislativo e ao Executivo, não se ocupando do Judicial, em razão de o seu objecto de estudo ser a definição de um domínio próprio do Executivo, protegido da ingerência do Legislativo.

para outro órgão, legitimando assim que a matéria seja incluída no âmbito funcional de um ou do outro consoante o aspecto que venha a ser considerado mais relevante).

2. A “reserva de juiz”

2.1. Análise das normas constitucionais, da doutrina e da jurisprudência

Tendo-se procurado, no Capítulo anterior, estabelecer uma caracterização material e funcional da jurisdição e identificar critérios orientadores da classificação de matérias como pertencentes à função jurisdicional, cuidar-se-á agora de procurar responder à seguinte questão: está todo esse domínio funcional “reservado” – com o sentido de exclusividade – aos tribunais?

A Constituição não o diz de forma inequívoca. Do artigo 202.º, n.º 1 (*Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo*), infere-se uma competência de princípio dos tribunais para o domínio jurisdicional, mas não se conclui sem margem para dúvida pela exclusividade dessa atribuição. Nem a Constituição emprega, a este propósito, o termo “reserva”, ao contrário do que faz relativamente à Assembleia da República²⁵⁵ e ao Governo²⁵⁶.

O facto de, ao longo do texto constitucional, vários preceitos exigirem expressamente, para certas matérias, decisão judicial (são as chamadas “reservas especificadas”), adensa a dúvida sobre a existência de uma “reserva geral” para as decisões que, não sendo abrangidas por nenhum daqueles preceitos, recaiam no âmbito material do artigo 202.º.

A dificuldade agrava-se se se atentar no facto de algumas das “incumbências” descritas no n.º 2 do artigo 202.º poderem, aparentemente, ser confiadas a outros órgãos. Por exemplo, a dirimição de conflitos de interesses públicos e privados pode – é a CRP que o admite no n.º 4 do artigo – ser confiada a “instrumentos e formas de composição não jurisdicional”²⁵⁷; e a defesa da legalidade democrática é competência que a CRP

²⁵⁵ Cf. arts. 164.º e 165.º, referentes à *reserva* de competência legislativa.

²⁵⁶ Cf. art. 161.º, als. *c*) e *i*), que se referem a matérias *reservadas* pela Constituição ao Governo.

²⁵⁷ Veja-se, por exemplo, na doutrina, Blanco de MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, I, p. 60, que considera existirem “dúvidas pertinentes” quanto à jurisprudência do TC relativa à actividade administrativa de composição de conflitos, classificando, por exemplo, o Ac. n.º 630/95 (já mencionado, respeitante à competência do júri avindor e do presidente da câmara no processo de arrancamento de plantações ou sementeiras) como “uma decisão controversa, na medida em que o n.º 4 do art. 202.º da CRP exclui a existência de uma reserva de jurisdição da composição de conflitos”.

atribui também ao Governo (artigo 199.º, al. f)²⁵⁸, ao Ministério Público (artigo 219.º, n.º 1) e à polícia (artigo 272.º, n.º 1).

No decurso da história constitucional portuguesa, encontram-se preceitos de taxatividade variável quanto a esta questão. O texto mais explícito é claramente o da Constituição de 1822, cujo artigo 176.º dispunha: “O poder judicial pertence exclusivamente aos juízes. Nem as Cortes nem o Rei o poderão executar em caso algum”. Ao abrigo da Constituição de 1933, a aparente clareza do seu artigo 115.^{o259}, que proclamava que “a função judicial é exercida por tribunais ordinários e especiais”, não isentou a doutrina de dúvidas: enquanto Marcello Caetano tendia para a opinião de que a expressão “função judicial” era aqui empregue em sentido orgânico-formal (significando simplesmente que a actividade dos tribunais ordinários e especiais se designava “função judicial”) e não material (significando um certo tipo de actividade do Estado, que teria de ser necessariamente exercido através de órgãos com a configuração de tribunal)²⁶⁰, Afonso Queiró escrevia que, “por via de regra, esta função é realizada por órgãos que se chamam ‘tribunais’, por agentes que se chamam juízes, que fazem parte de um complexo orgânico que se chama ‘poder judicial’. [...] Mas a associação entre a função jurisdicional e o ‘poder judicial’, sendo a regra, não é nada de absolutamente necessário, podendo, como veremos, este ‘poder’ realizar actividades não jurisdicionais e podendo as actividades jurisdicionais ser realizadas por outro ou outros ‘poderes’ estaduais”²⁶¹; já para Figueiredo Dias, deste preceito decorria que só aos tribunais e aos juízes pertencia a função judicial²⁶².

No quadro da Constituição vigente, a doutrina tende a reconhecer uma reserva da função jurisdicional aos tribunais, havendo porém autores que aceitam desvios, verificados certos pressupostos. Por seu turno, o Tribunal Constitucional tem afirmado a exclusividade do exercício da função jurisdicional pelos tribunais, embora já tenha aceite, pontualmente, que competências jurisdicionais fossem atribuídas a outros órgãos.

²⁵⁸ CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, II, p. 489, em dilucidação do sentido específico deste preceito, apontam para as seguintes ideias fundamentais: vinculação da Administração à lei (prevalência e precedência de lei); garantia da aplicação e da observância das leis, inclusivamente através do recurso à coacção para assegurar a respectiva execução (cf. arts. 206.º e 272.º); defesa e garantia dos direitos e interesses dos cidadãos reconhecidos ou protegidos por lei.

²⁵⁹ Que passou a 116.º com a revisão constitucional de 1945 (Lei n.º 2009, de 17-9-1945).

²⁶⁰ Marcello CAETANO, *A Constituição de 1933...*, p. 139.

²⁶¹ Afonso QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo* (1959), pp. 34 s.

²⁶² Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal*, p. 303.

A resposta terá ser procurada através da consideração do quadro constitucional no seu conjunto, com o apoio da doutrina e da jurisprudência.

Começemos por analisar as *reservas especificadas*, ou seja, os preceitos normativos da Constituição que requerem intervenção judicial para certo tipo de decisões.

Estas reservas expressas referem-se, na sua maioria, a decisões que implicam privação da liberdade ou que contendem directamente com direitos fundamentais.

Com efeito, no que à primeira diz respeito, exige-se decisão judicial para a privação, total ou parcial, da liberdade, através de pena de prisão ou de medida de segurança, em consequência da prática de facto previsto na lei como crime (artigo 27.º, n.º 2); para a apreciação da detenção e para a aplicação ou manutenção de medida de coacção privativa da liberdade (artigo 28.º, n.ºs 1 e 3); para a prorrogação sucessiva de medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade, nos casos de perigosidade baseada em grave anomalia psíquica, enquanto tal estado se mantiver (artigo 30.º, n.º 2); para a decisão de pedido de *habeas corpus* em virtude de prisão ou detenção ilegal (artigo 31.º). Quanto à afectação de direitos fundamentais, a intervenção do juiz é exigida para os actos instrutórios em processo penal que se prendam directamente com os direitos fundamentais (artigo 32.º, n.º 4); para a extradição e, em certos casos, para a expulsão de estrangeiros do território nacional (artigo 33.º, n.ºs 2 e 7); para a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade (artigo 34.º, n.º 2); para a separação dos filhos dos pais, quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles (artigo 36.º, n.º 6); para a apreciação das infracções criminais cometidas no exercício da liberdade de expressão e de informação (artigo 37.º, n.º 3); para a dissolução ou suspensão das actividades das associações por parte do Estado (artigo 46.º, n.º 2); para a intervenção do Estado na gestão de empresas privadas (artigo 86.º, n.º 2 – embora, neste caso, só “em regra”). Finalmente, compete aos tribunais o julgamento da regularidade e da validade dos actos de processo eleitoral (artigo 113.º, n.º 7).

Registe-se que a maioria das reservas de juiz especificadas se relaciona com a *matéria penal*. Todavia, quanto à matéria a que se devota concretamente o presente trabalho – a *execução das sanções penais privativas da liberdade* –, existe somente reserva expressa quanto ao *título da execução* (artigo 27.º, n.º 2) e quanto à *prorrogação das medidas de segurança* (artigo 30.º, n.º 2).

Haverá, além destas *reservas específicas*, também uma *reserva geral* do exercício da função jurisdicional aos tribunais?

A doutrina tende a reconhecer a reserva da função jurisdicional aos tribunais, mas muitos Autores aceitam uma diferenciação de esferas materiais de reserva, na esteira da distinção elaborada pela doutrina alemã entre *Richtervorbehalt* (“reserva de juiz”) e *Rechtweggarantie* (“garantia de via judiciária”). Vejamos.

A reserva da função jurisdicional aos tribunais resultaria não apenas do disposto no artigo 202.º da CRP mas também de princípios constitucionais como o do Estado de direito e o da separação dos poderes.

Entre os Autores que revelam menos abertura para a confiança de quaisquer parcelas da função jurisdicional a órgãos não jurisdicionais encontram-se Marcelo Rebelo de Sousa e Oliveira Ascensão.

O primeiro responde afirmativamente à questão da previsão de *Richtervorbehalt* na Constituição portuguesa, no sentido de “uma reserva de juízes no tocante ao desempenho da função jurisdicional do Estado-colectividade”, considerando que, “num Estado democrático de Direito, a função jurisdicional, além de ser tarefa de órgãos independentes, os tribunais, é incumbência de magistrados, eles próprios independentes, inamovíveis e irresponsáveis”²⁶³. O Autor mostra-se muito crítico da tendência para cometer aos tribunais ou aos juízes tarefas exteriores à jurisdição e, por outro lado, atribuir a órgãos e agentes administrativos competências que relevam da jurisdição, exemplificando com o preceituado no n.º 4 do artigo 202.º (então 205.º), que permite, “de modo muito genérico”, a institucionalização legal de formas de composição não jurisdicional de conflitos, sem as identificar com os tribunais arbitrais constitucionalmente previstos e “sem as caracterizar minimamente”²⁶⁴. Considera “manifestamente inconstitucionais” disposições legais que vieram cometer ao Governo ou a outro órgão administrativo competências jurisdicionais, como no caso da competência ministerial para fixar o valor da indemnização definitiva devida por nacionalizações e expropriações (para o Professor, nessa fixação está presente o mero interesse público de definição de um direito subjectivo, não um interesse público administrativo autónomo; ora, aquele interesse é do foro jurisdicional)²⁶⁵.

Assumindo posição semelhante, a propósito do mesmo tema da fixação pelo Ministro das Finanças do valor da indemnização por nacionalizações, Oliveira Ascensão

²⁶³ Marcelo Rebelo de SOUSA, *Orgânica Judicial...*, p. 10.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 13.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 15.

considera que a reserva não pode reduzir-se à *Rechtweggarantie*, não sendo admissível confiar a órgãos administrativos funções substancialmente jurisdicionais, como é o caso da solução de conflitos. “A garantia da jurisdição engloba necessariamente uma reserva de jurisdição aos tribunais”²⁶⁶, pelo que, no âmbito jurisdicional, todas as palavras, não só a última, estão reservadas aos tribunais. Os órgãos administrativos “não podem, seguramente, intervir unicamente para a realização abstracta da justiça. Ainda que o pretendam, não são o órgão imparcial que a Constituição supõe”. A propósito das reservas “especificadas”, considera, contrariando a posição de Herzog, que elas “não devem, por princípio metodológico geral, ser interpretadas *a contrario*, como se excluíssem a afirmação de uma ‘reserva de jurisdição’ global. Devem ser entendidas como afloramentos do princípio, ditados pelas características particulares de cada caso”²⁶⁷.

Jorge Miranda parece também tomar posição por uma reserva geral, ao considerar que do articulado constitucional resulta “a atribuição aos tribunais, e só aos tribunais, das funções materialmente jurisdicionais”²⁶⁸.

Maria Lúcia Amaral afirma claramente que a função jurisdicional não pode deixar de ser uma função reservada aos tribunais, inscrevendo-se o princípio da reserva de jurisdição na raiz da própria ideia de Estado de direito. Entre o modo de organização do poder judicial (estrutura orgânica, modo de trabalho, independência, sujeição exclusiva ao direito) e a natureza da função jurisdicional existe um elo de adequação não só tendencial mas exclusivo: nenhuma outra instituição do Estado está orgânica e estruturalmente preparada para “administrar a justiça em nome do povo”²⁶⁹.

Cunha Rodrigues interpreta o preceito segundo o qual “os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo” como prescrevendo que só os órgãos de soberania tribunais podem administrar a justiça, não podendo criar-se ou existir outros órgãos com aquela competência²⁷⁰.

No mesmo sentido apontam Rui Medeiros/Maria João Fernandes, que consideram “duvidosa a elevação da chamada reserva relativa de jurisdição a princípio

²⁶⁶ Oliveira ASCENSÃO, «A reserva constitucional da jurisdição», p. 472.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 473. Refira-se, porém, com Paulo RANGEL, *Repensar o Poder Judicial...*, p. 258, que “a simples circunstância de haver uma norma, de alcance geral, que adstringe aos tribunais o exercício da função jurisdicional e de, ao lado dela, haver um conjunto de normas singulares que exigem o tratamento de certas matérias por decisão judicial, já constitui, ela própria, um factor de complexificação do ‘sentido’ a dar à ideia de reserva de jurisdição”.

²⁶⁸ Jorge MIRANDA, *Constituição e Democracia*, p. 308.

²⁶⁹ M. Lúcia AMARAL, *A forma da República*, pp. 159 ss.

²⁷⁰ Cunha RODRIGUES, *A Constituição e os Tribunais*, p. 41.

geral, com o conseqüente esvaziamento do nexó que a Lei Fundamental estabelece entre a função jurisdicional e os tribunais”. Por um lado, num Estado de direito material, exige-se que a tarefa de imposição do direito “seja confiada a órgão cujos titulares vêm o seu estatuto definido pela marca da independência (e derivadas inamovibilidade e irresponsabilidade)”. Embora não sejam insensíveis a algumas razões apresentadas por aqueles que defendem a “relativização” da reserva de jurisdição, os Autores consideram que “a atribuição de funções materialmente jurisdicionais a órgãos distintos deve permanecer como direito *singular*”, pois, “à luz da Constituição, a atribuição aos tribunais da competência para administrar a justiça tem prioridade de aplicação”, não bastando que o legislador faça um juízo de proporcionalidade, ponderando os diferentes interesses potencialmente relevantes na determinação do órgão competente para certo tipo de decisão. Assim, “salvo quando uma tal solução envolva o sacrifício excessivo de outros interesses constitucionalmente protegidos, a preferência constitucional vai no sentido da reserva aos tribunais do exercício da função jurisdicional”²⁷¹.

Os dois conteúdos possíveis atribuídos pela generalidade da doutrina alemã ao princípio jurisdicional – *Richtervorbehalt* (reserva das competências jurisdicionais aos tribunais, reserva da função jurisdicional ao juiz) e *Rechtsweggarantie* (garantia da via judiciária, direito de acesso aos tribunais) – são destrinchados por Figueiredo Dias na já citada declaração de voto que apôs ao Acórdão n.º 155/1979 da Comissão Constitucional. Aí, o Professor não parece considerar que haja uma resposta definitiva à questão de saber se o artigo 205.º (actual 202.º) da Constituição consagra uma *Richtervorbehalt*. A doutrina que entende não existir uma reserva aos juizes e aos tribunais da função jurisdicional de forma plena²⁷² pode justificar-se, nomeadamente, com o facto de a aceitação de tal reserva, “perante a necessidade crescente, nas sociedades técnicas dos nossos dias, de multiplicar os órgãos especializados de concreta composição dos conflitos de interesses, traz[er] consigo o perigo [...] de se ser cada vez mais lasso e menos exigente na definição institucional daquilo que seja um ‘tribunal’ e um ‘juiz’”²⁷³. Todavia, mesmo entendendo-se assim – ou seja, que o preceito não

²⁷¹ Rui Medeiros/Maria João Fernandes, anotação ao art. 202.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, pp. 27 s.

²⁷² Como é o caso de A. QUEIRÓ, nas já mencionadas *Lições de Direito Administrativo* (1959), p. 35 (onde afirmava que “a associação entre a função jurisdicional e o ‘poder judicial’, sendo a regra, não é nada de absolutamente necessário, podendo, como veremos, este ‘poder’ realizar actividades não jurisdicionais e podendo as actividades jurisdicionais ser realizadas por outro ou outros ‘poderes’ estaduais”).

²⁷³ Contrariando este argumento, Oliveira ASCENSÃO, «A reserva constitucional da jurisdição», p. 471, a quem parece “desproporcionadamente maior o perigo contrário, de ver funções substancialmente jurisdicionais serem exercidas por órgãos administrativos”.

contém uma reserva geral da função jurisdicional aos tribunais e aos juízes —, “tal não significa, é claro, que uma tal reserva não exista, por força de outros imperativos constitucionais, relativamente a certos campos ou a certas matérias”, como é o caso dos exemplos já citados relacionados com a privação da liberdade, ou mais latamente em matéria criminal. A Constituição portuguesa não terá — admite o Autor — consagrado a *Richtervorbehalt* no artigo 205.º (ora 202.º), mas contemplou sem qualquer excepção uma *Rechtweggarantie* entre os direitos fundamentais (artigo 20.º).

Como se adiantou acima, vários autores admitem esferas diferenciadas, distinguindo entre “reserva absoluta” e “reserva relativa”, ou entre “monopólio de primeira palavra” e de “última palavra”, ou ainda identificando “zonas cinzentas” ou “de periferia”, que admitem poderem ser atribuídas a outros órgãos, havendo razões válidas para tal e se verificadas determinadas condições, incluindo um controlo jurisdicional amplo. É o caso, nomeadamente, de Gomes Canotilho, Vieira de Andrade, Paulo Rangel ou Joaquim Pedro Cardoso da Costa.

Canotilho começa por assinalar que os tribunais são órgãos constitucionais aos quais é especialmente confiada a função jurisdicional exercida por juízes; “organizatória e funcionalmente, o poder judicial é, portanto, ‘separado’ dos outros poderes: só pode ser exercido por tribunais, não podendo ser atribuídas funções jurisdicionais a outros órgãos”²⁷⁴. A questão da “reserva do juiz” e da “reserva de tribunais” traz à colação princípios estruturantes de toda a ordem constitucional, como o princípio do Estado de direito e o princípio da divisão de poderes. Daí deriva que os órgãos especialmente qualificados para as funções de *jurisdictio* devem ter o *monopólio* da jurisdição, pois tal é uma “dimensão ineliminável do princípio do Estado de direito e um corolário material do princípio da divisão de poderes; o *monopólio jurisdicional* é hoje, seguramente, um princípio constitucional material concretizador ou densificador desses princípios”. Recorrendo à terminologia alemã *Monopol des letzten Wortes* e *Monopol des ersten Wortes*, o Autor considera que “monopólio da última palavra” (ou “monopólio dos tribunais”) significa o direito a uma *garantia de justiça* para defesa das suas posições jurídico-subjectivas, ao passo que “monopólio da primeira palavra” (ou “monopólio do juiz”) se refere aos litígios em que compete ao juiz não só a última e decisiva palavra mas também logo a primeira palavra referente à definição do direito aplicável a certas relações jurídicas. Será o caso das reservas individualizadas expressamente no texto constitucional; fora dessas, o monopólio de primeira palavra existirá quando não existir razão ou fundamento material para a opção por um procedimento não judicial —

²⁷⁴ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 657.

nomeadamente, quando estiverem em causa direitos de particular importância jurídico-constitucional a cuja lesão deva corresponder uma efectiva protecção jurídica (como exemplo o foro criminal)²⁷⁵. Em outro escrito, o Autor estabelece, como condição de compatibilidade com as exigências do Estado de direito da “substituição de um monopólio do juiz por uma garantia final do acesso à via judiciária”, que “o procedimento administrativo [seja] ele próprio um *due process*, ou seja, [que] a regulação organizatório-procedimental assegur[e], desde logo, momentos materiais de justiça”²⁷⁶.

Por seu turno, e no mesmo sentido, Vieira de Andrade defende que a reserva do juiz “constitui, no seu *núcleo essencial*, uma reserva *absoluta*, mas, na sua periferia, pode bastar-se com a reserva da *autoria da decisão final*, em segunda instância, assegurada por procedimento adequado e pelo controlo total (reexame) em caso de impugnação”²⁷⁷.

Paulo Rangel entende que a CRP consagra uma reserva “total ou quase total” de jurisdição, significando que, onde haja um conflito de interesses juridicamente relevante, às partes é conferido o direito a que o conflito seja resolvido (definitivamente) por um tribunal; e ao tribunal é atribuída uma competência indisputável para o resolver. Porém, a reserva pode assumir diferentes intensidade e extensão, sendo constitucionalmente adequado reconhecer “diferentes níveis ou graus de reserva de jurisdição”. Um nível de “reserva absoluta” (na esteira da proposta terminológica de Vieira de Andrade) seria constituído pelas matérias em que os tribunais têm de ter logo a “primeira palavra”, não apenas a “última palavra” (verdadeiro “monopólio de juiz”, na expressão de Canotilho), que impede de todo em todo o exercício da função por outras autoridades, ainda que com recurso para um juiz. Difícil é delimitar com segurança o domínio material a que se aplica este nível de reserva. Não existem dúvidas nos casos de “reserva absoluta *especificada* de jurisdição” (constitucional ou porventura legal); fora destes casos, torna-se necessário um critério material (ideia de “acto materialmente jurisdicional”, “acto nuclearmente pertencente à função jurisdicional”). Numa área de “reserva relativa”, caberiam os casos em que, havendo embora uma questão de direito, se afirme concomitantemente um outro interesse público, designadamente de cariz administrativo. Nestes casos, não se pode

²⁷⁵ *Ibidem*, pp. 668 s.

²⁷⁶ CANOTILHO/Canelas de Castro, «Constitucionalidade do sistema de liquidação coactiva administrativa de estabelecimentos bancários», p. 84.

²⁷⁷ Vieira de ANDRADE, *Lições...*, p. 40. Também em «A reserva do juiz...», *passim*, o Autor aceita a distinção entre reserva “absoluta” e “relativa”.

excluir a legitimidade constitucional da intervenção decisória de uma autoridade não jurisdicional, sem prejuízo de a questão jurídica ser decidida, a título final (“última palavra”), por um tribunal. O critério residiria, portanto, na presença ou ausência de um interesse público estranho ao conflito jurídico patenteado. Defende o Autor que a “reserva relativa” não deixa de ser uma autêntica reserva, pois, mesmo quando se limita a proferir a última palavra, o tribunal exerce uma função que lhe está reservada e que não poderá ser exercida por nenhuma outra autoridade. A garantia de acesso à via judiciária implica actividade materialmente jurisdicional, que só pode ser exercida por um tribunal²⁷⁸.

No seu estudo sobre o princípio da reserva do juiz face à administração pública na jurisprudência constitucional, Joaquim Pedro Cardoso da Costa, que, como já referimos, adere ao critério teleológico de Afonso Queiró para a caracterização da função jurisdicional, não dá como certo que do artigo 202.º da CRP decorra uma reserva total ou absoluta, neste ponto se afastando da posição da Comissão Constitucional e do Tribunal Constitucional. O Autor aceita um princípio de reserva da função jurisdicional para os tribunais – que faz decorrer do princípio da separação dos poderes, do princípio do Estado de direito e do disposto no então artigo 205.º –, de acordo com o qual os tribunais hão-de ser os órgãos normalmente competentes para exercer a função jurisdicional. Porém, em cada função é identificável um núcleo essencial e zonas de periferia com outras funções. A reserva, enquanto protecção contra a invasão de outros órgãos, valerá para o núcleo. Afirma-se, assim, uma área de “reserva relativa” do juiz, no sentido de se admitir a atribuição de actividade materialmente jurisdicional à Administração, desde que verificadas as seguintes condições: tratar-se de uma *zona cinzenta* (de “contacto” entre funções jurisdicional e administrativa); a atribuição basear-se em *valores constitucionalmente relevantes* (como, por exemplo, a economia processual ou a eficiência administrativa) e suficientemente fortes para aconselharem uma alteração da normal distribuição das funções estaduais; consagrar-se um *esquema alternativo de garantias*, através de mecanismos compensadores do facto de não se atribuir a competência a um órgão dotado de independência; e a decisão ser passível de um *controlo jurisdicional pleno*, com poderes de revisão total da decisão administrativa, sem limites cognitivos ou decisórios²⁷⁹.

²⁷⁸ Paulo RANGEL, *Reserva de Jurisdição*, pp. 59 ss., posição retomada em *idem*, *Repensar o Poder Judicial*, pp. 302 e ss., neste último referindo a crítica de Canotilho à terminologia reserva absoluta/reserva relativa (pela confusão com a reserva absoluta/relativa de competência da Assembleia da República, que não têm paralelo na distinção que se quer estabelecer na reserva de jurisdição) e reconhecendo a sua justeza, conquanto opte por manter a terminologia.

²⁷⁹ J. P. Cardoso da COSTA, *O princípio da reserva do juiz...*, pp. 34 ss.

Percorridas as principais posições doutrinárias sobre a questão, interessa analisar a jurisprudência constitucional. O Tribunal Constitucional, tal como a Comissão que o antecedeu, tem firmemente estabelecido que as decisões materialmente jurisdicionais competem aos tribunais *com exclusividade*, cabendo-lhes não apenas a última mas logo a *primeira palavra*.

Assim, já no Acórdão n.º 41/77, relativo à competência do administrador do bairro, actuando sob a direcção e inspecção do governador civil, para decretar o despejo sumário de indivíduos em determinadas circunstâncias, a Comissão Constitucional considerou que, quando aquele julga o despejo, “não está, de modo algum, a realizar, principal ou directamente, um interesse público que caiba à Administração prosseguir”, mas sim a dirimir um conflito de interesses privados, decisão materialmente jurisdicional, que só pode ser exercida por um tribunal. Aí se diz expressamente que infringe a Constituição “a lei dar a um órgão da Administração Pública uma competência que apenas pode ser exercida pelos tribunais”. Esta posição é reiterada no Parecer n.º 24/80, no qual a Comissão considerou que uma norma atributiva de competência ao Ministro do Trabalho para julgar da subsistência da relação de trabalho conferia à Administração uma competência, a de dirimir um conflito de interesses privados, que apenas pode ser exercida pelos tribunais. Em ambos os casos, a Comissão sublinhou a circunstância de se exigir o pedido de uma das partes para que o órgão administrativo pudesse intervir, “o que corresponde a um traço peculiar da função jurisdicional”. As normas em causa foram consideradas materialmente inconstitucionais por violação da reserva de competência dos tribunais.

O Tribunal Constitucional confirmou esta jurisprudência, nos Acórdãos n.ºs 98/88 e 211/90, onde afirmou que, na dirimção de litígios, “têm os tribunais de ter não apenas a última, mas logo a primeira palavra, não sendo lícito ao legislador devolver a prática dos correspondentes actos para outros órgãos, nomeadamente para órgãos da Administração Pública (ou seja, estabelecer para o exercício da função em causa uma ‘via administrativa’)”.

Estes dois arestos citaram a jurisprudência relativa ao Regulamento Geral das Capitánias, que previa a competência do capitão do porto para decidir litígios, nomeadamente os relativos a avarias marítimas e a indemnizações devidas por danos produzidos ou sofridos por embarcações, decisão que o Tribunal considerou, “com evidência, não um mero acto administrativo jurisdionalizado, mas um autêntico acto jurisdicional”: quando resolve estes litígios, a autoridade marítima está “a dirimir

‘conflitos de interesses... privados’, está a exercer a ‘função jurisdicional’ constitucionalmente reservada aos Tribunais” (Acórdão n.º 56/85). O Tribunal perfilha expressamente o entendimento doutrinal segundo o qual “a Lei Fundamental reserva a função jurisdicional aos tribunais, competindo a estes e só a estes a administração da justiça”, explicitando:

“É que, sendo a competência dos órgãos de soberania a definida na Constituição, e devendo os mesmos observar a separação e a interdependência nela estabelecidas, conforme a própria Lei Fundamental veio estipular [...], necessariamente se há-de concluir que a atribuição constitucional de determinada competência a certo órgão de soberania exclui a possibilidade de ela poder vir a ser legalmente atribuída a qualquer outro, salvo explícita ou implícita autorização constitucional.

A função jurisdicional encontra-se hoje, pois, constitucionalmente reservada aos tribunais, a quem cabe, *com carácter de exclusividade*, ‘dirimir os conflitos de interesses públicos e privados’ e, portanto, decidir os litígios deles emergentes”²⁸⁰.

E, no Ac. n.º 443/91, relativo ao regime administrativo de liquidação de estabelecimentos bancários²⁸¹, afirmou o Tribunal que a função jurisdicional, tal como descrita, finalisticamente, no artigo 202.º (numeração actual) da CRP, “é, e em exclusivo, atribuída constitucionalmente aos tribunais [...], pelo que aí, na nossa óptica, se institui o princípio da reserva de juiz, não podendo a outros órgãos que não aos tribunais, nomeadamente à Administração Pública, ser atribuídas funções jurisdicionais”.

Apesar da numerosa e firme jurisprudência no sentido da exclusividade da atribuição aos tribunais das decisões que se integrem na função jurisdicional, é possível descortinar, sobretudo em acórdãos mais recentes, alguma flexibilização desse princípio.

²⁸⁰ Ac. do TC n.º 71/84 (formulação reiterada no Ac. n.º 72/84), itálico nosso.

²⁸¹ O Tribunal julgou as normas em causa inconstitucionais, por violação da reserva da função jurisdicional aos tribunais, porque entendeu que o poder atribuído a uma comissão liquidatária para verificar, classificar e graduar os créditos, ainda que controvertidos, “manifestamente insere-se numa função de dirimção de conflitos”, a realizar segundo critérios estritamente jurídicos; “tratando-se, como se trata, do exercício de uma função jurisdicional, constitucionalmente confiada, em exclusivo, aos tribunais, nela estes (para usar a expressão do Acórdão n.º 98/88 [...]) têm ‘...de ter não apenas a última, mas logo a primeira palavra...’”. Divergem desta posição CANOTILHO/Canelas de Castro, «Constitucionalidade do sistema de liquidação coactiva administrativa de estabelecimentos bancários», pp. 77 ss., para quem seria bastante a garantia da via judiciária: “a reserva de juiz não é aqui um monopólio de primeira e última palavra; é uma garantia apenas de decidir vinculativamente, em último lugar, sobre relações jurídicas eventualmente controvertidas” (p. 77). Se, porém, para os Autores, não era inconstitucional a atribuição à comissão daquela competência, já haveria inconstitucionalidade caso a norma fosse interpretada como excluindo o acesso à via judiciária (p. 84).

De facto, o Tribunal Constitucional começa a admitir a existência de *zonas de fronteira* ou *zonas cinzentas* entre as funções administrativa e jurisdicional, nas quais não valeria o princípio da reserva do juiz no sentido de ser proibida à Administração uma determinação em primeira “instância”, no seu Acórdão n.º 452/95. Este aresto, que se ocupa da constitucionalidade da competência ministerial para a determinação do valor da indemnização na sequência de nacionalização, veio coroar uma sequência jurisprudencial sobre a questão²⁸² que suscitou bastante polémica, tanto no quadro jurisprudencial (a posição adoptada pelo TC foi a oposta da do Supremo Tribunal Administrativo²⁸³; e no seio do próprio TC houve vários votos de vencido) como no doutrinal²⁸⁴. No referido acórdão, tirado em Plenário na sequência de pedido de

²⁸² Cf. Acs. do TC n.ºs 39/88, 280/89 e 317/89, nos quais o Tribunal considerou, embora não por unanimidade, que a fixação do valor da indemnização pode ser feita por despacho, por se estar ainda a prosseguir um interesse público subjacente ao acto de nacionalização, ainda na função administrativa – ponto é que não se exclua o recurso aos tribunais. Refere-se ainda que, no momento da intervenção ministerial, “não emergira ainda um real conflito de interesses na determinação da compensação indemnizatória”, pelo que “necessariamente se haverá de concluir que, desta sorte, se não tinha cometido então àqueles Ministros o exercício da função jurisdicional” (Ac. n.º 280/89).

²⁸³ O STA, em numerosos acórdãos, considerou materialmente inconstitucionais as disposições normativas que conferiam à Administração competência para fixação do valor relevante da indemnização definitiva, por violação do princípio da reserva do juiz, determinando, em consequência, a nulidade, por usurpação de poder, dos correspondentes despachos do Ministro das Finanças. Cf. os Acs. do STA de 15-12-1987, Proc. n.º 17139, pp. 946 ss.; de 23-2-1988, Proc. n.º 14716, pp. 487 ss.; de 3-7-1990, Proc. n.º 26288, pp. 4668 ss.; de 27-9-1990, Proc. n.º 26434, pp. 5278 ss.; de 27-10-1994, Proc. n.º 31111, pp. 7254 ss. (decidindo em sentido oposto, porém, o Ac. de 16-6-1992, Proc. n.º 29769, pp. 4067 ss.). A posição tomada pelo STA nesta jurisprudência é, em síntese, a de que, uma vez consumada a nacionalização, está cumprido o interesse público a ela inerente, tratando-se, no momento posterior de determinação do valor da indemnização devida, de um conflito de interesses em que a Administração e os ex-titulares dos bens estão colocados no mesmo plano, aquela como devedora e estes como credores de tal indemnização, tendo a composição do conflito necessariamente de ser atribuída a um órgão integrado na função jurisdicional, isto é, um órgão imparcial, cujo fim específico seja a realização do direito ou da justiça – e não está nessas condições a Administração, como parte interessada na resolução de tal conflito. O STA considera que TC incorreu em “erro metodológico” nos seus Acs. 280/89 e 317/89, que mandaram reformar os acórdãos proferidos por aquele Supremo Tribunal.

²⁸⁴ Muito críticos na doutrina, Oliveira ASCENSÃO, «A reserva constitucional da jurisdição», *passim*, que considera constitucionalmente inadmissível que a Administração seja competente para a fixação da indemnização definitiva (e não apenas para a fixação de valores que constituam elementos de facto para permitir aquela fixação pelo tribunal), pois desse modo temos uma das partes a fixar a solução de um conflito em que está implicada; e Marcelo Rebelo de SOUSA, «As indemnizações por nacionalização...», p. 378, e *Orgânica Judicial...*, p. 15, que reputa “manifestamente inconstitucionais” disposições legais que cometem ao Governo ou a outro órgão administrativo competências jurisdicionais, como no caso da competência para fixar o valor da indemnização definitiva devida por nacionalizações e expropriações – para o Professor, nesta fixação está presente o mero interesse público de definição de um direito subjectivo, não um interesse público administrativo autónomo; aquele interesse é do foro jurisdicional, pelo que adere à posição tomada pelo STA no sentido da inconstitucionalidade. Já Vieira de ANDRADE, «A reserva do juiz...», p. 234, embora considere igualmente que a razão pertence ao STA e que a decisão em causa se insere na função jurisdicional, manifesta abertura para a possibilidade de a intervenção judicial ocorrer em segunda “instância”: “[p]or um lado, parece evidente que a circunstância de o montante da indemnização ser maior ou menor nada significa do plano da realização do interesse público específico que serviu de fundamento à expropriação ou nacionalização – este interesse esgota-se na disponibilidade pública do bem expropriado ou nacionalizado. Não se justifica, pois, por essa via uma concepção ‘administrativizante’ da decisão que fixe o valor da indemnização consequente. Por outro lado,

fiscalização abstracta apresentado pelo Provedor de Justiça, encontra-se uma fundamentação significativamente mais desenvolvida que nos que o antecederam e que reflecte já o debate doutrinal entretanto por aqueles suscitado. Debruçando-se sobre a natureza da decisão de fixação do valor da indemnização por nacionalização, o Tribunal conclui o seguinte:

“Ora, quer se entenda que a actividade de fixação do montante da indemnização por nacionalização ainda cabe no domínio da função administrativa e não no âmbito da função jurisdicional, quer se entenda que aquela actividade não integra o *núcleo duro ou essencial* da função jurisdicional, antes se encontra numa *zona de fronteira* ou numa *zona cinzenta*^[285] entre as funções administrativa e jurisdicional, uma coisa é certa: não vale aí o princípio da *reserva do juiz*, em termos de ser constitucionalmente proibida à Administração a determinação, em primeira ‘instância’, do valor da indemnização por nacionalização.

Há, assim, que concluir que as normas [...] não infringem o *princípio da reserva da função jurisdicional* aos juízes e aos tribunais, plasmado no artigo 205.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição, nem, conseqüentemente, o *princípio da separação de poderes*, consagrado no artigo 114.º da Lei Fundamental”.

Mais recentemente, no Acórdão n.º 230/2013, em processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade de decreto que instituiu o Tribunal Arbitral do Desporto²⁸⁶, o TC, sem pôr em causa o “entendimento comum” de que a Constituição pretendeu, através do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 202.º, “instituir uma reserva de jurisdição, entendida como uma reserva de competência para o exercício da função jurisdicional em favor exclusivamente dos tribunais”, admitiu poder “apenas discutir-se

não oferece dúvida que as decisões de fixação do valor de indemnização decidem uma ‘questão jurídica’ – e até uma questão jurídica fundamental, visto que afectam direitos, liberdades e garantias dos particulares –, que têm por critério e fundamento o direito vigente, e que só podem ter como finalidade imediata a determinação, nos termos da lei, de um ‘valor justo’ – isto é, verifica-se que preenchem os requisitos substanciais caracterizadores da actividade jurisdicional”; assim, a fixação em concreto do valor das indemnizações constitui o exercício de uma actividade materialmente jurisdicional, cuja decisão, por imperativo constitucional, há-de caber exclusivamente a um juiz, se não em monopólio, ao menos em última instância, pelo que se incorre em inconstitucionalidade ao não se prever um reexame da questão de fundo por uma instância de decisão judicial dotada de plenos poderes, por violação do princípio da reserva dos tribunais e do princípio da separação dos poderes.

²⁸⁵ O Tribunal refere-se às posições sustentadas por Vieira de Andrade (cf. n. anterior) e por J. P. Cardoso da COSTA, «A fixação das indemnizações por nacionalização e o princípio da reserva do juiz», pp. 164 ss., e também já em *O princípio da reserva do juiz...*, pp. 62 ss.

²⁸⁶ Em que o TC se pronunciou pela inconstitucionalidade das normas de que resultava a irrecorribilidade para os tribunais do Estado das decisões daquele tribunal arbitral enquanto jurisdição arbitral necessária, por violação do direito de acesso aos tribunais e do princípio da tutela jurisdicional efectiva.

o âmbito de delimitação dessa reserva, quer por efeito das dificuldades que possa suscitar, em cada caso concreto, a distinção entre função administrativa e função jurisdicional, quer por via da maior ou menor latitude que se possa atribuir ao conceito”. Assim, o Tribunal veio a aceitar a distinção entre “reserva absoluta” e “reserva relativa” de jurisdição, nos seguintes termos:

“Fora dos casos individualizados na Constituição em que há lugar a uma reserva absoluta de jurisdição, o que sucederá não apenas em matéria penal mas sempre que estejam em causa direitos de particular importância jurídico-constitucional a cuja lesão deve corresponder uma efectiva protecção jurídica, poderá admitir-se que o direito de acesso aos tribunais seja assegurado apenas em via de recurso, permitindo-se que num momento inicial o litígio possa ser resolvido por intervenção de outros poderes, caso em que se poderá falar numa reserva relativa de jurisdição ou reserva de tribunal”.

Finalmente, também no Acórdão n.º 510/2016²⁸⁷ o Tribunal recorreu ao conceito de “reserva absoluta”, para admitir que, fora do respectivo âmbito, se cometam à Administração poderes para a prática de actos enquadráveis na função jurisdicional. Reconhecendo que, no caso em espécie, estavam em causa interesses públicos constitucionalmente relevantes (a protecção dos direitos dos trabalhadores, *maxime* o seu direito à retribuição, e a garantia de uma equilibrada concorrência entre as empresas), o Tribunal concluiu:

“A importância decisiva da presença de um interesse público (administrativo) é, deste modo, fundamental para legitimar constitucionalmente o exercício de poderes parajurisdicionais por entidades administrativas, sem prejuízo, naturalmente, da possibilidade de posterior reexame judicial: fora do domínio da reserva absoluta de jurisdição constitucionalmente determinada, não está, em princípio, vedada a atribuição normativa à Administração do poder de praticar actos materialmente equiparáveis aos da função jurisdicional, desde que a respectiva finalidade exclusiva, principal ou específica se reconduza à satisfação de necessidades públicas diferentes da simples pacificação de um conflito de interesses existente entre a Administração e o destinatário do acto ou entre terceiros destinatários do acto”.

²⁸⁷ Que não julgou inconstitucional norma do Código do Trabalho que concede a um ente administrativo a competência para, em sede do procedimento de contra-ordenação, e acrescendo à aplicação da coima, emitir uma ordem de pagamento dos quantitativos salariais em dívida ao trabalhador.

De acordo com os critérios jurisprudenciais assim desenvolvidos, foram considerados materialmente jurisdicionais e reservados em “monopólio de primeira palavra” ao juiz, nomeadamente, os seguintes actos decisórios: decisões de privação da liberdade²⁸⁸; aplicação de medidas de segurança, ainda que não privativas da liberdade²⁸⁹; “sempre que estejam em causa direitos de particular importância jurídico-constitucional a cuja lesão deve corresponder uma efectiva protecção jurídica”²⁹⁰; actos que contendam de forma relevante com direitos, liberdades e garantias fundamentais²⁹¹; em geral, a composição de conflitos de interesses, a resolver segundo critérios estritamente jurídicos, tendo como fim específico a decisão da “questão de direito” e com ela a realização da justiça²⁹²; actos preparatórios da resolução dessas questões jurídicas²⁹³; aplicação de multas processuais²⁹⁴ e condenação em custas²⁹⁵.

²⁸⁸ Cf., desde logo, o Parecer n.º 2/77 da CC, onde é afirmado que a Constituição “entrega incondicionalmente aos tribunais [...] a tutela do direito à liberdade”.

²⁸⁹ Assim, o Parecer n.º 2/77 da CC, que concluiu pela inconstitucionalidade do regime que previa a aplicação de medidas de segurança a menores, com fins de prevenção criminal, pelas comissões técnicas dos Centros de Observação e Acção Social.

²⁹⁰ Ac. do TC n.º 230/2013 (Tribunal Arbitral do Desporto).

²⁹¹ Como, por exemplo, a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta (Ac. n.º 7/87, em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade do Código de Processo Penal, onde o TC se pronunciou pela inconstitucionalidade de tal imposição, no âmbito da suspensão provisória do processo, sem intervenção de um juiz, por violação do art. 206.º, hoje 202.º, e do n.º 4 do art. 32.º) ou a recolha coactiva de vestígios biológicos de arguido (Acs. n.ºs 155/2007 e 228/2007, onde o TC considerou que, contendo o acto em causa, de forma relevante, com direitos, liberdades e garantias fundamentais, a sua admissibilidade no decurso da fase de inquérito depende da prévia autorização do juiz de instrução, de nada valendo uma intervenção *a posteriori* deste, pois que a mesma não poderia desfazer a restrição de alguns dos direitos entretanto irremediavelmente afectados).

²⁹² Cf. a numerosa jurisprudência já descrita, de que se recorda, em especial, o Ac. n.º 41/77 da CC (competência do administrador do bairro para decretar despejos), o Parecer n.º 24/80 da CC (competência do Ministro do Trabalho para julgar da subsistência da relação de trabalho) e os Acs. do TC n.ºs 178/86 (competência do capitão do porto para dirimir litígios), 443/91 (actos necessários à liquidação e partilha de estabelecimento bancário falido) e 630/95 (competência do júri avindor no processo de arrancamento de plantações). Refira-se ainda o Ac. do TC n.º 235/98, que, confirmando juízo de inconstitucionalidade proferido pelo STA, julgou inconstitucional, por violação da reserva da função jurisdicional aos tribunais, a competência da Direcção-Geral do Turismo para determinar às agências de viagens o pagamento de quantias aos consumidores; também aqui o Tribunal considerou que o poder em causa respeitava a um conflito de interesses a resolver segundo critérios estritamente jurídicos, acto que reputa de materialmente jurisdicional.

²⁹³ Ac. do TC n.º 496/96: “não são jurisdicionais apenas os actos que se traduzem na directa resolução de ‘questões jurídicas’ de acordo com o direito material ou substantivo (privado, criminal, administrativo ou constitucional). São-no também os actos preparatórios dessa resolução, os quais, no seu conjunto, constituem o processo de declaração ou cognição – ligados como se encontram, funcionalmente, àquele final objectivo, que é a resolução de uma ‘questão de direito’. O processo, pois, na sua fase declaratória, é um conjunto de actos jurisdicionais”.

²⁹⁴ Ac. do TC n.º 496/96, relativo a multa pela junção tardia e injustificada de documentos. Afirmou o Tribunal: “as múltiplas faculdades em que se traduz o poder-dever do juiz de direcção do processo não se descaracterizam como função jurisdicional pela circunstância de não serem uma condição necessária de composição do litígio. Assumindo-se como faculdades atribuídas sempre com a finalidade de realizar essa composição, integram-se plenamente na função jurisdicional, materializando-se em verdadeiros actos jurisdicionais”.

Foram, por seu turno, consideradas susceptíveis de decisão em “primeira instância” por autoridade não jurisdicional, verificados certos requisitos, dos quais fundamental é a susceptibilidade de controlo jurisdicional amplo, matérias como as seguintes: atribuição do estatuto de objector de consciência²⁹⁶; fixação do valor da indemnização por nacionalização²⁹⁷; concessão a reclusos do regime aberto no exterior²⁹⁸; emissão de uma ordem de pagamento das quantias salariais em dívida ao trabalhador, em sede de processo de contra-ordenação²⁹⁹.

É de fazer notar que nem sempre é nítida, na jurisprudência descrita, a separação entre o plano da distinção entre funções administrativa e jurisdicional e o da distinção entre os dois níveis de reserva jurisdicional. Com efeito, em alguns casos, a presença de interesses públicos constitucionalmente relevantes, além do interesse da mera composição jurídica de um conflito, conduz à classificação da matéria como atinente à função administrativa (em aplicação do critério de Afonso Queiró), enquanto em outros

²⁹⁵ O Ac. do TC n.º 182/90 justifica a caracterização como jurisdicional da decisão que condena ou absolve em custas com o facto de esta co-envolver a composição de um conflito de interesses ou pretensões e ainda com o de se tratar de um elemento integrante da sentença e com o de implicar a determinação do respectivo responsável e, eventualmente, a repartição dessa responsabilidade por uma pluralidade de partes. No mesmo sentido, o Ac. n.º 247/90. O TC considerou ainda inconstitucional a atribuição aos secretários judiciais da competência, não apenas para proceder à fixação de custas, mas também para decidir reclamações a essa fixação (entre outros, Ac. n.º 358/91).

²⁹⁶ Nos Acs. n.ºs 143/88 e 410/89, o TC considerou que as disposições constitucionais que se referem à objecção de consciência não estabelecem qualquer reserva judicial; nada permite concluir que estas decisões tenham natureza em si mesma jurisdicional; só existe conflito e só se põe o problema de ofensa aos direitos dos cidadãos quando seja denegada a atribuição do estatuto, caso em que, então sim, surgirá uma questão de natureza verdadeiramente jurisdicional. Não se afigura que no artigo actualmente numerado como 202.º se abranjam situações em que se trata de fazer valer perante a Administração um direito à isenção de prestação de um dever público (no caso, o serviço militar). Ambas as vias, jurisdicional ou administrativa, são constitucionalmente admissíveis, desde que garantido o direito de impugnação judicial.

²⁹⁷ O TC, nos já descritos Acs. n.ºs 39/88, 280/89, 317/89 e 452/95, considerou constitucionalmente admissível a fixação por despacho ministerial, por se estar ainda a prosseguir um interesse público subjacente ao acto de nacionalização, ainda na função administrativa, salvaguardado o recurso aos tribunais, e considerando que se trata de uma intervenção levada a cabo quando ainda não emergira um real conflito entre o interesse público e o interesse privado na determinação da compensação indemnizatória.

²⁹⁸ Para o TC, de acordo com a posição tomada no Ac. n.º 427/2009 (que será, atenta a matéria de que trata, objecto de análise pormenorizada *infra*, Parte III, Cap. II, 2.1.1), a decisão de colocação de um recluso neste regime não é jurisdicional, não constituindo reserva de juiz, pois nem se trata de repressão da violação da legalidade democrática (o conflito jurídico-penal emergente da prática do crime já foi resolvido na sentença condenatória), nem de resolução de uma questão de direito, nem de dirimção de um litígio entre as partes; antes prossegue o interesse público de prevenção da reincidência, no âmbito da tarefa que à administração prisional cabe de garantir a execução das penas de acordo com as respectivas finalidades.

²⁹⁹ No Ac. n.º 510/2016, já citado, o Tribunal atribuiu relevância decisiva ao facto de se prosseguirem simultaneamente interesses públicos constitucionalmente relevantes.

casos leva à sua integração na reserva relativa de jurisdição (o que supõe a sua pertença à função jurisdicional)³⁰⁰.

Afigura-se necessário aceitar a existência das referidas *zonas cinzentas*, em que a dificuldade de distinção entre as funções administrativa e jurisdicional se evidencia sobremaneira por força da coexistência de uma situação carecida de solução jurídica e de outros interesses públicos relevantes, e estabelecer que, nas matérias que em tais zonas se situem, pode prescindir-se de uma classificação definitiva em uma das funções como premissa necessária para a questão da competência e admitir-se que, em princípio, tanto é legítima a sua atribuição a um órgão jurisdicional como a um órgão administrativo, desde que, neste último caso, se garanta reexame judicial.

Esta solução parece-nos ser enquadrável dogmaticamente através das teorias do domínio nuclear/domínio funcional e da adequação funcional: assim, as referidas *zonas cinzentas*, não se situando nem no *Kernbereich* do judicial nem no do executivo, podem integrar-se no domínio funcional de um ou do outro poder de acordo com critérios de adequação orgânico-funcional; se as características do órgão – estrutura, modo de

³⁰⁰ Tome-se como exemplo o Acórdão n.º 510/2016, já citado, relativo à competência da Autoridade para as Condições do Trabalho para ordenar o pagamento de quantitativos salariais em dívida aos trabalhadores: os interesses públicos cuja presença decisiva se identificou, ligados à garantia dos direitos dos trabalhadores e da concorrência, parecem ter conduzido à “caracterização da actuação da Administração como *materialmente administrativa*”, ou, pelo menos, à atribuição de uma “relevância juspublicística” à ordem de pagamento – embora o Tribunal não pareça ter querido comprometer-se claramente com essa caracterização, optando em outros pontos por referir-se a “poderes parajurisdicionais” e a “actos materialmente equiparáveis aos da função jurisdicional”, cujo cometimento a entidades administrativas será admissível, desde que a matéria se situe “fora do domínio da reserva absoluta de jurisdição” e que esteja garantida a possibilidade de reexame judicial. Não resulta, pois, claro se o Tribunal considerou a decisão materialmente administrativa (caracterização admissível se aplicado o critério teleológico, já que estavam presentes interesses públicos diferentes do da paz jurídica emergente da solução do conflito) – caso em que não faria sentido, em bom rigor, a convocação do conceito de reserva absoluta de jurisdição – ou se a considerou materialmente jurisdicional (ou “materialmente equiparável”), apesar da prossecução concomitante de interesses diversos do da pacificação do conflito.

Ilustrativa é também a jurisprudência sobre a indemnização por nacionalização. Se, nos primeiros acórdãos, o Tribunal defendeu que a intervenção ministerial se situava no domínio da função administrativa, por se estar ainda a prosseguir um interesse público subjacente ao acto de nacionalização, no Acórdão n.º 452/95 optou por deixar em aberto ambas as hipóteses (quer a de que a decisão cabe na função administrativa, considerando “o interesse público subjacente”, bem como a “índole essencialmente político-ideológica” da nacionalização; quer a de que ela “não integra o *núcleo duro ou essencial* da função jurisdicional, antes se encontra numa *zona de fronteira* ou numa *zona cinzenta* entre as funções administrativa e jurisdicional”), conduzindo qualquer delas a idêntico resultado: “não vale aí o princípio da reserva do juiz, em termos de ser constitucionalmente proibida à Administração a determinação, em primeira ‘instância’, do valor da indemnização por nacionalização”. Ou seja, se nos primeiros arestos o Tribunal parece ter-se esforçado por justificar a classificação da actividade como administrativa, em ordem à legitimação constitucional da competência atribuída à Administração, a subsequente elaboração doutrinal e jurisprudencial veio permitir, nomeadamente através da teoria da reserva “relativa” e da reserva “absoluta”, que se chegasse ao mesmo resultado sem deixar de qualificar a actividade como materialmente jurisdicional (ou, mesmo, sem ter de fazer uma opção definitiva por uma ou outra qualificação).

actuação, processo, etc. – o tornam mais capaz de desempenhar eficazmente a competência em causa, esta pode (deve) ser-lhe atribuída.

2.2. A reserva de juiz no domínio penal

A matéria penal é exemplo por excelência do “monopólio da primeira palavra” do juiz, da “reserva absoluta” de jurisdição. *Nulla pœna sine iudicio*: nesta fórmula se contém o reconhecimento dos tribunais como os guardiães da liberdade dos cidadãos³⁰¹. A atribuição do julgamento em matéria penal a um tribunal independente e imparcial constitui hoje uma exigência básica do direito internacional³⁰².

Figueiredo Dias, ainda sob a vigência da Constituição de 1933, extraía, dos respectivos artigos 71.º e 116.º, que os tribunais são “os *únicos* órgãos competentes para, como representantes da comunidade jurídica e do poder oficial do Estado em que aquela se constitui, *decidirem* os casos jurídico-penais que processualmente sejam levados à sua apreciação, aplicando o direito penal substantivo”³⁰³. E devem fazê-lo segundo critérios estritamente jurídicos: não deve “contrapor-se a função *social* do juiz penal à sua função *judicial*, como se os modernos desenvolvimentos operados no

³⁰¹ Na formulação do Acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 6-6-1967: *Kriminalstrafen können nach Art. 92 Halbs. 1 GG nur durch die Richter verhängt werden*.

Contrariamente, no domínio contra-ordenacional deve considerar-se um “adquirido constitucional” a inaplicabilidade do princípio da jurisdicionalidade enquanto reserva absoluta de jurisdição. Ao visado não deixa de ser constitucionalmente assegurada a garantia jurisdicional, imposta pelo princípio do Estado de direito; só que, “diferentemente do que sucede em matéria penal, essa garantia não exige um monopólio da primeira palavra dos tribunais, sendo suficientemente cumprida se aos particulares for garantida uma incondicionada e irrestrita faculdade de submeterem a condenação contra-ordenacional ao conhecimento de um tribunal e a este for reconhecido o monopólio da última palavra”. Deste modo, “fica devidamente acautelada [...] a exigência de garantia de tutela judicial que sempre deve acompanhar a concessão de poderes sancionatórios à administração”. Assim, e nestes termos, Nuno BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações*, p. 875. Para o Autor, o que legitima essa “severa compressão” da garantia jurisdicional no domínio das contra-ordenações é o facto de se tratar de ordem sancionatória não privativa da liberdade; aquela compressão é, porém, “contrabalançada por uma reserva judicial da última palavra” (*ibidem*, pp. 876, 877).

³⁰² A Declaração Universal dos Direitos do Homem proclama, no seu art. 10.º, o direito de qualquer pessoa a que “um tribunal independente e imparcial” decida “das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”. Nos termos do art. 9.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, “toda a pessoa detida ou presa devido a uma infracção penal será presente, no mais breve prazo, a um juiz ou outro funcionário autorizado por lei para exercer funções judiciais, e terá direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade”. A CEDH exige intervenção de um tribunal para a privação da liberdade dos cidadãos, nomeadamente por condenação em pena de prisão (art. 5.º), e inclui no direito a um processo equitativo o direito a que “o fundamento de qualquer acusação em matéria penal” seja decidido por “um tribunal independente e imparcial” (art. 6.º). Também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no seu âmbito de aplicação, garante a toda a pessoa o direito a que a sua causa seja julgada “por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei” (art. 47.º).

³⁰³ Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal*, p. 302.

âmbito do pensamento jurídico-penal obrigassem a esquecer ou minimizar a sua obediência ao direito e à lei, em favor de uma função extrajudiciária de técnico das ciências humanas e sociais”³⁰⁴; “[a] valoração última de um caso penal sujeito a julgamento tem – mesmo em domínios como o do direito penal de menores ou o do direito de execução das penas – de ser autonomamente *jurídica* e pertencer ao juiz *como tal*”, “o que não significa [...] recusar consideração a todos os dados não jurídicos (sociológicos, políticos, éticos) que no caso convirjam, mas apenas impedir que eles *determinem*, em definitivo, a solução do problema jurídico”³⁰⁵.

Não obstante, sustenta ainda o Professor, nem todos os actos praticados no decurso do processo penal são jurisdicionais. Na fase de inquérito, cuja direcção pertence ao Ministério Público, devem ser *autorizados* por juiz os “actos que directamente se prendam com a esfera dos direitos fundamentais das pessoas”, devendo mesmo alguns destes – “os que deverem constituir ‘actos judiciais’ para efeitos dos artigos 205.º e 206.º da Constituição [de 1976]” – ser *praticados* por juiz³⁰⁶. Noutra formulação, o juiz é “entidade exclusivamente competente para praticar, ordenar ou autorizar certos actos processuais singulares que, na sua pura objectividade externa, se traduzem em ataques a direitos, liberdades e garantias das pessoas constitucionalmente protegidos”³⁰⁷.

A jurisprudência constitucional tem considerado materialmente jurisdicionais e reservadas aos tribunais, em matéria penal³⁰⁸, as decisões que determinem privação da liberdade³⁰⁹ e as que apliquem medidas de segurança, ainda que não privativas da liberdade³¹⁰, bem como decisões nas fases anteriores ao julgamento que contendam com direitos, liberdades e garantias, designadamente as de imposição ao arguido de

³⁰⁴ *Ibidem*, pp. 312 s., a propósito da doutrina que salientava a função social do juiz penal, nomeadamente Marc ANCEL, «Le rôle social du juge pénal», pp. 205 ss., Autor que, no entanto, conclui como Figueiredo Dias.

³⁰⁵ *Ibidem*, pp. 314 s.

³⁰⁶ Figueiredo DIAS, «Para uma reforma global do processo penal português», p. 224. Os artigos constitucionais citados correspondem aos n.ºs 1 e 2 do art. 202.º, na actual numeração.

³⁰⁷ Figueiredo DIAS, «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal», p. 16.

³⁰⁸ Sobre a jurisprudência constitucional em matéria de intervenção do juiz na fase de inquérito, v., em especial, Anabela M. RODRIGUES, «A jurisprudência constitucional portuguesa e a reserva do juiz nas fases anteriores ao julgamento...», M. J. ANTUNES, «Direito penal, direito processual penal e direito da execução das sanções privativas da liberdade e jurisprudência constitucional», e Cláudia SANTOS, «O controlo judicial da violação dos prazos de duração máxima do inquérito».

³⁰⁹ Exemplificativamente, Parecer n.º 2/77 da CC, onde se afirma que a Constituição “entrega incondicionalmente aos tribunais [...] a tutela do direito à liberdade”.

³¹⁰ Parecer n.º 2/77 da CC, já citado.

injunções e regras de conduta no âmbito da suspensão provisória do processo³¹¹, as de realização de buscas³¹² e de escutas telefónicas³¹³ ou as de determinação da colheita coactiva de vestígios biológicos³¹⁴.

A intervenção do juiz nas fases preliminares do processo penal é tida por “função, exclusiva ou predominantemente, garantística, visando assegurar a tutela dos direitos fundamentais dos arguidos”³¹⁵, bem como de resolução de situações de colisão

³¹¹ Ac. do TC n.º 7/87, já referido, em que o Tribunal entendeu que “a atribuição ao Ministério Público da competência para a suspensão do processo e imposição das injunções e regras de conduta previstas na lei, sem a intervenção de um juiz, naturalmente o juiz de instrução”, tornava inconstitucionais os n.ºs 1 e 2 do art. 281.º do Código de Processo Penal, “por violação dos artigos 206.º [correspondente ao n.º 2 do art. 202.º, na numeração actual] e 32.º, n.º 4, da Constituição”. Observe-se que o Tribunal não considera a competência do Ministério Público para a suspensão do processo, em si mesma, ofensiva da reserva de função jurisdicional, o que vem a ser reiterado em acórdãos posteriores, como são exemplo os Acs. n.ºs 67/2006 e 116/2006. Com efeito, como se fundamenta nestes arestos, a decisão do Ministério Público pela suspensão provisória do processo, a sujeitar à concordância do juiz, não consubstancia um acto materialmente jurisdicional; “esse acto, em si mesmo, não colide mais nem menos com o monopólio da função jurisdicional pelos juizes do que o seu reverso: a dedução imediata da acusação”. Para o Tribunal, “a concretização da reserva para *administrar justiça* mediante a atribuição de competência aos tribunais para *reprimir a violação da legalidade democrática* (artigo 202.º, n.º 2 da Constituição) não é incompatível com soluções em que a actuação do tribunal, mesmo no processo penal, seja condicionada pelo impulso processual inicial ou sucessivo de outros sujeitos processuais, nem impede que a intervenção do juiz de instrução se limite, na fase de inquérito, a uma função de garantia, sempre que se torne necessária a prática de actos que colidam com a esfera dos direitos, liberdades e garantias (*juiz de garantias* ou *juiz das liberdades*). Acresce, por último, que o acto processual em causa – a decisão primária de suspensão e escolha das injunções e regras de conduta – também não cabe em qualquer das hipóteses singulares de reserva de acto jurisdicional ou ‘casos constitucionais de reserva judicial’ [...] no domínio do processo penal, designadamente no n.º 2 do artigo 27.º da Constituição, porque as injunções e regras de conduta não revestem a natureza jurídica de penas, embora se consubstanciem em medidas que são seus ‘equivalentes funcionais’ [...]”.

³¹² A título de exemplo, Acs. do TC n.ºs 114/95, 192/2001, 297/2003, 274/2007, 278/2007 e 285/2007. Ilustrativamente, no Ac. n.º 278/2007, o TC afirma que, “atenta a relevância do valor em causa e a correspondente gravidade da sua ofensa, considera-se constitucionalmente imposto que a verificação da legitimidade desta ofensa, para salvaguarda de outros valores ou interesses constitucionalmente tutelados, seja sujeita a controlo judicial”.

³¹³ Designadamente, Acs. do TC n.ºs 407/97, 347/2001, 528/2003, 379/2004 e 426/2005, jurisprudência de que resulta que a intromissão nas comunicações telefónicas deve ser não só objecto de prévia autorização judicial, mas também de acompanhamento judicial ao longo da sua execução.

³¹⁴ Acs. do TC n.ºs 155/2007 e 228/2007, que julgaram inconstitucional norma do Código de Processo Penal interpretada no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz, a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido, para determinação do seu perfil genético, por se ter entendido que tal decisão era competência reservada do juiz de instrução, violando-se a “reserva especificada” do n.º 4 do art. 32.º. Considerou o Tribunal, naquelas decisões, que, contendo o acto em causa, de forma relevante, com direitos, liberdades e garantias fundamentais (entre os quais o direito à integridade pessoal, o direito à reserva da vida privada, o direito à autodeterminação informacional e a própria liberdade geral de actuação), a sua admissibilidade no decurso da fase de inquérito depende da prévia autorização do juiz de instrução, de nada valendo uma intervenção *a posteriori* daquele juiz (como no caso *sub judice*), pois que a mesma não poderia desfazer a restrição de alguns dos direitos entretanto irremediavelmente afectados.

³¹⁵ A citação pertence ao Ac. do TC n.º 297/2003, a propósito da intervenção do juiz de instrução no inquérito, emitindo mandados de busca; também já no Ac. n.º 114/95, apreciando questão semelhante, o Tribunal tinha afirmado que “a intervenção do juiz é exigida pela preocupação de controlar a legalidade da diligência e, bem assim, garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, no caso, o direito à inviolabilidade do domicílio, o que, por outras palavras, vale dizer ser a intervenção do juiz, *in casu*, de dimensão *exclusivamente garantística* [...]”. Já a CC, no seu Ac. n.º 6/77, justificava a exigência

entre os interesses da investigação e os direitos fundamentais das pessoas³¹⁶, conteúdo funcional que justifica que não se tenha por constitucionalmente exigido, pelo n.º 4 do artigo 32.º, uma reserva ao juiz de todos os actos de “instrução”, mas apenas dos que se insiram neste domínio funcional³¹⁷. Extraíndo da análise da jurisprudência constitucional que a reserva de juiz “atende sobretudo à resolução de conflitos que contendam com direitos fundamentais”, Cláudia Santos conclui que, “sempre que a solução para um conflito tiver de ser ditada de forma autoritária e sempre que essa decisão envolva, ainda que potencialmente, a ofensa a direitos fundamentais do indivíduo, essa decisão terá de caber a um juiz”³¹⁸.

constitucional de intervenção do juiz na instrução do seguinte modo: “ao impor-se que a instrução seja da competência de um juiz pretende-se assegurar que durante essa fase processual não sejam postos em causa certos valores fundamentais que a Constituição visa defender e que implicam que o processo criminal se encontre sujeito a certas regras cujo escrupuloso respeito importa garantir. [...] A intervenção do juiz justifica-se, pois, para salvaguardar a liberdade e a segurança dos cidadãos no decurso do processo-crime e para garantir que a prova canalizada para o processo foi obtida com respeito pelos direitos fundamentais”. Esta dimensão de protecção dos direitos é bem patente na expressão que se encontra no Ac. n.º 581/2000 do TC: “o arguido não fica desprotegido, porque há sempre um juiz com intervenção no processo”.

³¹⁶ Cf., por exemplo, o Ac. do TC n.º 110/2009, que apreciou, em sede de fiscalização concreta, a norma contida no n.º 3 do art. 86.º do CPP, que introduziu a exigência de validação pelo juiz de instrução da decisão do Ministério Público de sujeitar o inquérito a segredo de justiça. Segundo o acórdão, “naturalmente, competia ao juiz de instrução dirimir o conflito existente entre os eventuais interesses da investigação e direitos fundamentais em presença, estabelecendo a ‘concordância prática das finalidades’ [do processo penal]”. Discordando do juízo de não inconstitucionalidade, apuseram votos de vencido os Juizes Conselheiros Maria João Antunes e Pamplona de Oliveira. O entendimento do TC foi reiterado sucessivamente, nomeadamente através dos Acs. n.ºs 234/2011, 352/2011, 372/2011 e 412/2011.

³¹⁷ É vasta a jurisprudência do TC reiterando o juízo de não inconstitucionalidade – por não violação da reserva de juiz prevista no n.º 4 do art. 32.º – das normas que atribuem ao Ministério Público a direcção do inquérito, assegurado que seja o juiz de instrução criminal a praticar, ordenar ou autorizar os actos que directamente se prendam com os direitos fundamentais. Veja-se, entre outros, os Acs. n.ºs 23/90, 517/96, 610/96, 694/96, 691/98, 581/2000, 395/2004, 234/2011 e 372/2011. Afirmou-se, desde logo, no Ac. n.º 23/90, que “o n.º 4 do artigo 32.º da CRP prossegue a tutela de defesa dos direitos do cidadão no processo criminal e, nessa exacta medida, determina o monopólio pelo juiz da instrução, juiz-garante dos direitos fundamentais dos cidadãos (‘reserva do juiz’). Intervenção do juiz que vale – e só vale – no âmbito do núcleo da garantia constitucional”.

³¹⁸ Cláudia SANTOS, «O controlo judicial da violação dos prazos de duração máxima do inquérito», p. 245. A propósito da competência do juiz de instrução para sindicar a ultrapassagem do prazo de duração máxima da fase de inquérito, a Autora considera que, por contender aquela “de forma intensa” com os direitos fundamentais do arguido, uma vez que “mantém activo o exercício do poder punitivo pelo Estado” (*ibidem*, p. 246), a decisão do conflito entre defesa e acusação sobre a existência ou não de violação do prazo insere-se nas “funções jurisdicionais” que o art. 17.º do CPP atribui ao juiz de instrução: “a necessidade de admitir a sindicância, por um juiz, da violação do prazo de duração máxima do inquérito resulta (i) da existência de um conflito entre o ministério público como titular do inquérito e o arguido quanto à (im)possibilidade de se ultrapassar o limite temporal definido pelo legislador para o inquérito e (ii) da conexão desse conflito com os direitos fundamentais do arguido”, em particular o direito a uma decisão em prazo razoável, mais ainda numa fase “em que a compressão dos direitos fundamentais é particularmente intensa, nomeadamente por força de medidas de coacção, pela incerteza quanto ao objecto do processo e pela ofensa à honra e consideração inerente à publicidade fáctica, com extensíssimos danos para a vida pessoal e profissional do arguido” (*ibidem*, p. 237).

O exercício da função jurisdicional na fase do inquérito encontra-se cometido ao juiz de instrução, apelidado de “juiz das liberdades” pelo papel que se lhe quis atribuir de garante dos direitos e liberdades dos cidadãos, em especial dos arguidos em processo penal³¹⁹. Visa-se assim assegurar que os conflitos entre os interesses, normalmente antagónicos, entre investigação e defesa, cuja decisão implica estabelecer concretamente os limites à investigação impostos pelos direitos fundamentais dos cidadãos, sejam arbitrados por um “terceiro imparcial”, “alheio à instauração, ao objectivo e ao resultado da investigação”³²⁰.

Como nota Maria de Fátima Mata-Mouros, na base das reservas de juiz na fase do inquérito está a separação de funções, nesta fase processual, entre a investigação e a tutela dos direitos³²¹. Procurando identificar a razão de ser das reservas de juiz nesta fase, a Autora considera que esta não se encontra (só) no receio de abuso por parte dos investigadores no recurso a meios coercivos ou numa desconfiança perante o titular do inquérito³²²; também não se baseia (apenas) num critério de gravosidade da ingerência nos direitos fundamentais, o que seria infirmado pelo ordenamento jurídico, que prevê medidas gravosas sem reserva de juiz ou sem exigência de decisão prévia deste³²³; nem se afigura suficiente o critério da necessidade de compensação da ausência de contraditório – uma espécie de “tutela jurisdicional preventiva”³²⁴, para os casos de medidas “surpresa”, praticadas sem audição do visado –, pois o que é facto é que a lei nem sempre exige intervenção prévia do juiz, por exemplo nas situações de urgência ou perigo na demora, em que se admite uma validação do juiz *a posteriori*³²⁵. A razão de ser da reserva ao juiz das competências para autorizar medidas de ingerência em direitos fundamentais durante o inquérito encontrar-se-á na “garantia de neutralidade que constitucionalmente só o juiz pode assegurar”. Com a sua intervenção, pretende-se “um reforço da tutela dos direitos fundamentais, não devendo, portanto, em circunstância alguma, traduzir uma atenuação da mesma”³²⁶.

³¹⁹ Sobre este papel, Anabela M. RODRIGUES, «A fase preparatória do processo penal...», pp. 946 ss.; M. F. MATA-MOUROS, *Juiz das liberdades, passim*; Dá MESQUITA, *Direcção do inquérito penal e garantia judiciária*, pp. 165 ss.

³²⁰ Sobre isto, M. F. MATA-MOUROS, *Juiz das liberdades*, p. 23.

³²¹ *Ibidem*, p. 80.

³²² *Ibidem*, p. 81.

³²³ *Ibidem*, pp. 90 ss.

³²⁴ Sobre o sentido desta “tutela preventiva”, Costa ANDRADE, «Métodos ocultos de investigação», pp. 548 ss.

³²⁵ M. F. MATA-MOUROS, *Juiz das liberdades*, pp. 94 ss.

³²⁶ *Ibidem*, p. 101. A Autora assinala, contudo, que a jurisprudência constitucional nesta matéria, sendo abundante quanto ao *porquê* das reservas de juiz no inquérito, é mais modesta quanto ao *como* da sua

Relativamente à matéria sobre que incide o presente trabalho – a execução das sanções privativas da liberdade –, a CRP reserva expressamente ao juiz somente o título de execução (ninguém poderá ser privado da liberdade a não ser em consequência de sentença *judicial* condenatória – artigo 27.º, n.º 2) e a prorrogação das medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade, em caso de perigosidade baseada em grave anomalia psíquica (artigo 30.º, n.º 2)³²⁷.

Contudo, como iremos ver, a reserva de juiz, tal como densificada pela doutrina e pela jurisprudência constitucional, implicará que seja também da competência de um tribunal “tomar certas decisões no decurso da execução (por exemplo, as que *modificam, substituem* ou *complementam* a sentença condenatória)”³²⁸; a concretização das implicações da “reserva de juiz” na fase da execução será objecto da Parte II.

3. A “reserva de administração”

3.1. Análise das normas constitucionais, da doutrina e da jurisprudência

Se, no tocante à jurisdição, se pode concluir por uma reserva da função jurisdicional aos tribunais – ao menos no que se considere o núcleo essencial da função –, já a ideia de uma reserva da função administrativa em favor do poder executivo (Governo e/ou Administração Pública)³²⁹ se revela menos consensual, seja na doutrina, seja na jurisprudência.

intervenção. Sustenta essa constatação, nomeadamente, em decisões em que o TC não julgou constitucionalmente ilegítimas intervenções do juiz somente *a posteriori*, ou decisões judiciais de validação meramente implícitas (cf. Acs. n.ºs 274/2007, 278/2007 e 285/2007, todos relativos a buscas); assinala, porém, como marcos positivos os Acs. n.ºs 155/2007 e 228/2007, já referidos, que julgaram inconstitucional a possibilidade de recolha de vestígios biológicos, perante recusa expressa do visado, sem autorização prévia do juiz.

³²⁷ Como se anota no Ac. do TC n.º 427/2009.

³²⁸ Ainda o Ac. n.º 427/2009.

³²⁹ No tratamento deste tema, por facilidade de exposição, empregaremos o termo “Executivo” para designar, no seu conjunto, o Governo e a Administração Pública, dado ser aquele o órgão superior desta. Tal não pretende desconsiderar a diferença entre uma ideia de “reserva de Governo” e uma de “reserva de Administração” – na linha, aliás, da autonomização da Administração Pública a que a própria CRP procede; significa, simplesmente, que aquelas apenas serão tratadas distintamente onde se justifique. Assim também Thomas KUHLMAN, *Der Kernbereich der Exekutive*, monografia que abrange o âmbito nuclear do Executivo, aí compreendendo Governo e Administração. Como justifica o Autor (p. 16), sem esquecer que cada um daqueles segue o respectivo ramo do direito e que pode até haver reservas de um em face do outro, o certo é que Governo e Administração configuram conjuntamente o poder executivo e se contrapõem juntos ao legislativo por via dos arts. 1.º, § 3, e 20.º, §§ 2, 3 da *Grundgesetz*, além das interpenetrações pessoais e organizatórias existentes entre ambos, de que são exemplo os ministérios –

O texto da Constituição não oferece resposta inequívoca. Prevê, é certo, reservas “especificadas”: nomeadamente, é da *exclusiva* competência legislativa do Governo a matéria respeitante à sua própria organização e funcionamento (artigo 198.º, n.º 2). Porém, o que está em causa é saber se, para além destas (escassas) matérias expressamente atribuídas em exclusividade ao Governo, é delimitável um domínio funcional para o qual apenas o Executivo detenha competência.

Começemos a procura de resposta pelas normas constitucionais relativas à caracterização e competência do Governo.

A CRP define o Governo como *o órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da administração pública* (artigo 182.º) e estabelece a sua *responsabilidade* perante o Presidente da República e a Assembleia da República (artigo 190.º). Atribui-lhe *competência* tríplice: política, legislativa e administrativa. Importa-nos agora sobretudo a competência administrativa, que, nos termos do artigo 199.º, abrange, como já vimos: *a) elaborar os planos, com base nas leis das respectivas grandes opções, e fazê-los executar; b) fazer executar o Orçamento do Estado; c) fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis; d) dirigir os serviços e a actividade da administração directa do Estado, civil e militar, superintender na administração indirecta e exercer a tutela sobre esta e sobre a administração autónoma; e) praticar todos os actos exigidos pela lei respeitantes aos funcionários e agentes do Estado e de outras pessoas colectivas públicas; f) defender a legalidade democrática; g) praticar todos os actos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades colectivas.*

Ao Conselho de Ministros compete *definir as linhas gerais da política governamental, bem como as da sua execução* (artigo 200.º, n.º 1, *a*)).

Quanto à Administração Pública, *visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos* (artigo 266.º, n.º 1). Os seus órgãos e agentes estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé (n.º 2 do mesmo artigo). No exercício das suas funções, os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas estão *exclusivamente ao serviço do interesse público*, tal como é *definido, nos termos da lei, pelos órgãos competentes da Administração* (artigo 269.º, n.º 1).

simultaneamente parte do Governo e cúpula da Administração Pública; o que o Autor pretende no trabalho é encontrar um domínio nuclear comum.

As competências elencadas nas alíneas do artigo 199.º concretizam a afirmação do Governo como órgão superior da Administração Pública, podendo delas extrair-se “reservas específicas” de administração³³⁰. Pese embora “a abertura e a reduzida densificação” de algumas, como é o caso da al. g) – o que dificulta a tarefa de recortar, a partir delas, específicas reservas –, em relação a outras, em especial as als. d) e e), resulta claro que se confere ao Governo uma competência exclusiva para praticar os actos concretos concernentes ao recrutamento e à carreira dos funcionários públicos, bem como para exercer concretamente poderes de direcção, superintendência e tutela sobre a Administração³³¹. Quanto à competência para “fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis” (al. c)), também parece apontar para uma resposta negativa à questão de saber se o Parlamento pode “em geral e ilimitadamente pretender regular exaustivamente toda uma matéria, descendo aos pormenores de execução, e, por essa via, subtraindo à Administração qualquer intervenção de natureza secundária”: para Jorge Miranda, a dimensão positiva do princípio da separação “dificilmente tolera que o Parlamento seja um órgão constitucionalmente adequado para aprovar normaçoão de pormenor ou essencialmente técnica”³³². Refira-se ainda que a competência elencada na al. g) associa o Executivo à concretização do modelo constitucional de bem-estar³³³.

Porém, a resposta à questão da delimitação de uma reserva de administração não deve buscar-se exclusivamente neste artigo da Constituição. Antes há-de resultar do conjunto do texto constitucional, seja das normas relativas à organização do poder político, seja do próprio princípio da separação e interdependência dos poderes.

Nesse quadro, encontra-se na doutrina quem identifique uma reserva de administração, quem a recuse e ainda quem, não aceitando uma reserva “geral”, reconheça reservas “especiais”.

Parece-nos, contudo, que só aparentemente se afiguram tão extremadas entre si tais posições. Na verdade, a própria expressão “reserva de administração” é equívoca, induzindo uma contraposição à reserva de lei³³⁴, quando o que se pretende apurar não é um certo domínio *material* de que só o Executivo se pudesse ocupar, sem pré-determinação legislativa e sem controlo judicial, mas sim a repartição orgânico-funcional de competência entre o Executivo e os demais “poderes” do Estado. Ora,

³³⁰ Assim, Rui Medeiros, em anotação ao art. 199.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, II, pp. 710 s.

³³¹ *Ibidem*, p. 714. No mesmo sentido, Assunção ESTEVES, «Os limites do poder do Parlamento...», p. 12.

³³² *Ibidem*, p. 719.

³³³ *Ibidem*, p. 740.

³³⁴ Equivocidade salientada por Reis NOVAIS, *Separação de poderes...*, p. 33.

pesem embora as diferenças das várias posições doutrinárias entre si, estas parecem-nos convergir em vários pontos, nomeadamente em que: 1) não existe uma “reserva geral”, no sentido de uma reserva de certas *matérias* ao Executivo; 2) é ressalvado o caso das “reservas especificadas”, expressamente previstas no texto constitucional, como é o caso do n.º 2 do artigo 198.º e das alíneas do artigo 199.º; 3) existe, porém, um núcleo funcional essencial do Executivo, que impõe limites orgânico-funcionais à actuação dos demais órgãos de soberania.

Vejamos, mais em pormenor, algumas das principais posições da doutrina.

Marcelo Rebelo de Sousa foi dos primeiros autores a tratar a questão, a propósito dos limites do poder da Assembleia da República de introdução de alterações à proposta governamental de Orçamento do Estado. Considerando não ser legítimo estabelecer limitações a esse poder, por ser o Orçamento configurado pela Constituição como acto material e formalmente legislativo, o Professor trata autonomamente o caso em que o Parlamento pretenda integrar em tal acto legislativo matérias atinentes à função administrativa (por exemplo, medidas relativas a gestão do património ou à organização e funcionamento da Administração Pública) e questiona se a função legislativa pode “invadir e absorver” domínios das funções administrativa ou jurisdicional, se há alguma fronteira substancial entre cada uma destas funções, possibilitando uma destrição material juridicamente relevante, e se há domínios de reserva de competência correspondente ao exercício da função administrativa. Para o Autor, é possível uma definição material das funções legislativa e administrativa que traduza o seu conteúdo constitucional: existe na CRP uma clara fronteira entre as duas funções, demonstrada nos preceitos relativos às respectivas competências. A Constituição fornece pistas importantes para a substância do domínio da reserva de competência correspondente à função administrativa e que a função legislativa não pode usurpar. É nomeadamente o caso das alíneas *d)* e *e)* do artigo 199.º (havendo embora outras matérias elencadas nesse preceito, como as das alíneas *f)* e *g)*, que acrescem dificuldade à delimitação entre as funções). O Autor conclui, assim, que o Parlamento, por via da lei do orçamento, não pode constitucionalmente chamar a si opções concretas relativas à direcção, superintendência ou tutela da administração do Estado, nem actuações concretas que respeitem aos funcionários e agentes da Administração Pública, nem, por maioria de razão, com a organização e funcionamento do Governo³³⁵.

Para Jorge Miranda, “se não existe nem uma reserva geral de legiferação, nem uma reserva geral de administração idêntica à reserva geral de jurisdição, sem dúvida

³³⁵ Marcelo Rebelo de SOUSA, «10 questões sobre a Constituição...», pp. 138 ss.

encontram-se, nos domínios mais sensíveis, reservas de lei, de governo e de administração, de cujo respeito depende a harmonia de poderes [...] e a própria capacidade de afirmação da autoridade democrática”³³⁶. E, para Rui Medeiros, uma “preferência tendencial da Administração na aplicação da lei ao caso concreto” (“reserva de caso concreto”) é plenamente justificada pela dimensão positiva do princípio da separação, bem como pelo próprio princípio do Estado de direito (no sentido de se evitar que a decisão de casos concretos por via legislativa implicasse preterição das garantias dos administrados contra actos administrativos lesivos)³³⁷.

Gomes Canotilho rejeita a garantia constitucional de uma reserva de administração, contraposta à reserva de lei e à reserva de jurisdição. Para o Autor, as únicas reservas constitucionalmente individualizadas são a favor do legislador (parlamento, governo ou legislador regional), não estando vedada à lei a possibilidade de disciplinar quaisquer matérias³³⁸. Quanto ao eventual reconhecimento de um núcleo funcional da administração imune a ingerências do Parlamento, considera que, perante a multiforme e heterogénea actividade da Administração, não é possível caracterizar com precisão o conteúdo específico de uma tal reserva, o que, no seu entender, exclui a existência de um núcleo material firme. Apesar da dificuldade de concretização de “um âmbito de actuação próprio do Governo recortado segundo critérios de organização, procedimento, estrutura organizatório-subjectiva e forma de actuação”, Canotilho elenca, como “elementos referenciadores” da “capacidade reflexiva” deste órgão de soberania, que justificam determinadas competências, dimensões funcionais como o conhecimento e proximidade dos problemas, a capacidade de resposta técnica a situações cambiantes, a imediação contratual com os agentes de execução das políticas públicas e a adaptação das medidas jurídicas e materiais às particularidades dos casos concretos. Contudo, não considera inteiramente líquido que tal baste para recortar um núcleo essencial do Executivo³³⁹.

Daí que o Autor estabeleça apenas certas reservas de administração, aí onde a Constituição atribui expressamente ao Governo específicas competências (como é o caso da “reserva de poder de organização”, prevista no artigo 198.º, n.º 2, relativa à organização e ao funcionamento do Governo, ou da “reserva de execução das leis”, baseada no artigo 199.º, al. c) – ainda assim de recorte muito duvidoso, dado que não se

³³⁶ Jorge MIRANDA, *Manual...*, vol. II, tomo III, p. 397.

³³⁷ Assim, Rui Medeiros, em anotação ao art. 199.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, II, p. 711.

³³⁸ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 739 ss.

³³⁹ *Idem*, «T. C., Acórdão n.º 24/98», pp. 95 s.

pode impor ao legislador uma contenção quanto ao desenvolvimento e à densidade de regulação das leis; à Administração ficará uma “competência residual”, estando-lhe reservados os actos concretos de execução dos regimes legais)³⁴⁰. As reservas especiais, contudo, suscitam a questão da imposição ao legislador parlamentar de respeitar certos “campos” ou “espaços” da actividade administrativa, vale por dizer, a questão dos “limites constitucionais de natureza funcional à liberdade e extensão de conformação do legislador”, por forma a “manter imperturbado o esquema constitucional da separação e interdependência de poderes”, cuja solução depende de uma compreensão constitucionalmente adequada das funções do Estado³⁴¹. Reconhecendo que a dogmática constitucional não conseguiu ainda alcançar uma delimitação operativa de um eventual “núcleo essencial” do Executivo, mesmo procurando aliar à teoria do núcleo essencial a ideia da adequação orgânico-funcional, considera que o que importa, na resolução de casos concretos, é saber “se o exercício de certa função foi feito pelo poder constitucionalmente legítimo e de forma constitucionalmente adequada”, por outras palavras, se se verifica uma “interferência susceptível de perturbar o sistema orgânico-institucional e funcional dos órgãos de soberania Assembleia da República e Governo”³⁴².

Igualmente Assunção Esteves entende que a Constituição não define uma reserva geral da função governativa materialmente determinada, embora não deixe de indicar a actividade típica do Governo. Contudo, a CRP define um estatuto do Governo (artigo 182.º) e define-lhe competências concretas em conexão com tal estatuto (as “reservas especiais de administração” elencadas no artigo 199.º, “reconhecimento normativo de uma função de natureza material executiva que se revela na forma de tipos competenciais”³⁴³), que constituem um domínio funcional que o legislador pode enquadrar mas não preencher³⁴⁴; existem, além disso, “reservas de Governo”, ou “reservas especiais de função política”, cujo exemplo mais significativo é fornecido pelas competências derivadas das normas do artigo 197.º, que “demarcam um domínio de preparação política autónoma do Governo”, de que está excluído o poder decisório

³⁴⁰ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 740 ss. Já em CANOTILHO/Moreira, *Fundamentos da Constituição*, p. 189, os Autores rejeitavam a chamada reserva de administração enquanto reserva material, entendida no sentido da existência de espaços livres da lei ou no sentido de reserva de poder discricionário.

³⁴¹ CANOTILHO, «T. C., Acórdão n.º 1/97», p. 82.

³⁴² *Idem*, «T. C., Acórdão n.º 24/98», p. 93.

³⁴³ Assunção ESTEVES, «Os limites do poder do Parlamento...», p. 12.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 10 s.

do Parlamento³⁴⁵. Fora desses domínios reservados, porém, a competência do Governo é aberta à eventual ocupação pelo legislador: com efeito, a centralidade do Parlamento na ordem constitucional e o primado da função legislativa e de controlo político que lhe vai ligado não permitem, na perspectiva da Autora, configurar uma separação de poderes entre Parlamento e Governo tal que àquele possa ser vedado, à partida, ocupar o espaço de decisão deste³⁴⁶.

Contudo, nem mesmo a ampla competência que a Constituição confere ao Parlamento (cf. artigo 161.º, al. c)) lhe dá legitimidade para “produzir interferências que têm um efeito de perturbação sistémica e baralhação dos nexos de responsabilidade na cadeia de decisão”³⁴⁷. Existem limites funcionais à actuação da Assembleia da República, que a Autora faz derivar não de uma ideia de reserva de administração, mas sim do princípio da separação dos poderes, em relação com o princípio da proporcionalidade (“justa medida”) ínsito no princípio do Estado de direito e com a proibição da arbitrariedade dos poderes públicos nas suas relações recíprocas, proibição que garante uma ordem institucional racional e que servirá à mensuração dos limites da intervenção do Parlamento na esfera de acção do Governo, densificando desse modo o princípio da separação³⁴⁸. Onde tais limites funcionais se apliquem, o Parlamento poderá, apenas, accionar mecanismos *a posteriori* de responsabilização política do Governo (o que vale sobretudo para actos da função política, já que os actos da função administrativa são sindicados, em regra, por via do controlo jurisdicional da legalidade)³⁴⁹.

Tal posição resulta de uma concepção hodierna do princípio da separação dos poderes como “o desiderato constitucional de uma ‘ordem ordenada’ de competências, de um esquema relacional segundo procedimentos racionalizados entre os órgãos de poder, de modo a que a responsabilidade das decisões seja determinada e a Constituição garantida”³⁵⁰. Esta ideia de “diferenciação e articulação racionalizada” das funções estaduais, aliada às ideias de “governabilidade” e “eficiência”, são implicadas pela necessidade de uma resposta eficiente do sistema político às múltiplas pretensões do público numa sociedade moderna complexa³⁵¹. Ora, de uma tal concepção da separação

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 12.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 10.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 33.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 10.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 13.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 14 s.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 16.

dos poderes derivam critérios de proporcionalidade e racionalidade que servirão de base à resolução dos casos controversos, com vista a aferir da legitimidade de um concreto acto de poder através de uma análise dos efeitos de “racionalização” ou “desracionalização” que ele seja capaz de produzir sobre o sistema de tomada de decisão³⁵². O que constitui ou não domínio intransponível da acção governativa, fora das reservas constitucionais expressas, determina-se em concreto, segundo o *modo*, a *intensidade* e o *resultado* da intervenção do Parlamento³⁵³. Um acto parlamentar será, pois, inconstitucional “se ele culmina uma intromissão reiterada na actividade normal do Governo, diluindo os nexos de imputação e responsabilidade das decisões e induzindo irracionalidade no procedimento político”³⁵⁴.

Nuno Piçarra, em estudo que dedicou especificamente à questão da reserva de administração³⁵⁵, conclui que não resulta da CRP uma “reserva geral”, apenas específicas competências administrativas reservadas (porém sem imunidade à lei). É, então, não com base numa tal ideia de “reserva” mas sim com base no critério da adequação – adoptado pelo TC no Acórdão n.º 25/84³⁵⁶ – que o Autor estabelece limites à actuação da Assembleia da República que a impedem de erigir-se em “contragovernante”. Perante a amplitude da actividade administrativa na sociedade contemporânea, põe-se a questão, “complexa e controversa”, de saber se “a Administração deve dispor de um ‘espaço liberto de lei’ e/ou da acção do legislador, de um domínio jurídico exclusivo ou de vários, e até de modos de actuação específicos; em suma, de um ‘núcleo essencial’, para cuja disciplina tenha a competência exclusiva e pelo qual tenha a responsabilidade exclusiva”³⁵⁷; é na Constituição que há-de buscar-se a resposta.

Se o “recorte constitucional” do princípio da separação permite afirmar que não repugna àquela “um conceito de reserva de administração que delimite um núcleo essencial da função administrativa”, o Autor considera que tal ideia se revela “de reduzida valia” quando se trate de resolver um concreto conflito constitucional de

³⁵² *Ibidem*, p. 20.

³⁵³ *Ibidem*, p. 38.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 25. Era o caso, segundo conclui a Autora, da legislação emitida pelo Parlamento no âmbito do procedimento decisório relativo à co-incineração de resíduos tóxicos, no qual a acção do Governo havia sido reiteradamente intersectada pelo Parlamento, conduzindo a uma prática neutralização da acção político-administrativa do Governo.

³⁵⁵ N. PIÇARRA, «A reserva de administração», *passim*.

³⁵⁶ Já referido (fiscalização preventiva de diploma relativo à interrupção da gravidez).

³⁵⁷ N. PIÇARRA, «A reserva de administração», p. 329.

competências à luz de um parâmetro bem definido³⁵⁸. Embora admita que o princípio da separação, tal como consagrado na Constituição portuguesa, está associado a uma caracterização material das funções do Estado, no que toca à função administrativa, “ponto de partida para a delimitação de uma eventual reserva de administração”, a sua heterogeneidade torna impossível definir o seu “núcleo essencial”, em que consistiria “a reserva de administração, entendida como reserva geral, tendencialmente absoluta”³⁵⁹. Mesmo que se prescindisse de uma definição (ou sequer delimitação tipificante) da função administrativa, não se encontra na CRP “qualquer base para uma reserva de administração equiparável a uma reserva de parlamento ou a uma reserva de juiz”; “isto sem prejuízo de a incontornável impossibilidade prática de regular previamente todas as situações concretas impor ao legislador o reconhecimento de margens de autodeterminação à Administração, sobretudo em domínios de grande complexidade tecnológica ou sujeitos a rápida evolução, tornando relevante a questão da densidade normativa admissível na disciplina legal da actividade administrativa”³⁶⁰.

Assim, para além das “específicas competências administrativas reservadas”³⁶¹, o limite a partir do qual a actuação da Assembleia da República se converte numa “condução da política geral do país e da Administração Pública”, de “sinal contrário” em relação à levada a cabo pelo Governo, há-de ser determinado com o contributo de “uma análise da adequação ou inadequação orgânico-estrutural e procedimental da Assembleia da República para anular, impedir, sobrepor-se ou contrariar os actos praticados pelo Governo que se insiram na condução da política geral do país sem atentarem contra o quadro constitucional. É que a Assembleia não possui a ‘dianteira de informação’ nem a proximidade e o conhecimento da estrutura técnico-burocrática que é a Administração Pública, de que dispõe o Governo”. Esta não poderá, deixando de responsabilizar politicamente o Governo e não rejeitando o seu Programa, erigir-se em

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 572.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 573.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 574.

³⁶¹ Em relação a estas, o Autor identifica, quanto à competência da Administração para a prática de actos administrativos, uma “reserva relativa” em matéria de execução das leis, careçam ou não de regulamentação; e, no quadro da direcção, superintendência e tutela da Administração Pública e da prática de actos respeitantes a funcionários e agentes, uma reserva de acto administrativo absoluta na medida em que o seu exercício não exija recurso ao poder normativo; contudo, nenhuma destas “reservas específicas” tem o sentido de proibição de predeterminação legislativa implicando uma “imunidade” à lei; trata-se, sim, de reservas de forma, procedimento e órgão administrativo, no quadro de uma maior ou menor predeterminação legal (*ibidem*, p. 580).

“contragovernante” sem com isso violar o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania³⁶².

Discordando das posições citadas que inviabilizam a caracterização do conteúdo específico da reserva de administração com base na multiforme e heterogénea actividade da Administração, Bernardo Ayala considera que, apesar dessa diversidade da actividade administrativa, ela mantém o que tem “de mais próprio e singular – o tratamento casuístico de situações individuais e concretas”. Assim, núcleo essencial da função administrativa é a reserva (jurídica e factual) da execução, no quadro da qual se coloca a *margem de livre decisão administrativa*³⁶³. O princípio da separação dos poderes reclama o reconhecimento à Administração de uma capacidade de realização da ideia de direito, que tem de passar pela liberdade de preenchimento do sentido dos preceitos legais, pela permissão da sua aplicação em termos minimamente livres e criativos; e o princípio do Estado social exige a concessão de uma capacidade de escolha à Administração, que é amplamente prestadora e conformadora, com tarefas de satisfação de necessidades a chocar permanentemente com a reserva económica do possível, tendo portanto de fazer opções. O encargo geral institucional imanente atribuído à Administração serve de fundamento e medida da sua liberdade; seria impensável uma Administração desprovida de margem de livre decisão³⁶⁴.

O Autor recorre ainda a argumentos da teoria da adequação funcional: a Administração dispõe de melhor aptidão técnica, procedimental, metódica e organizatória para levar a termo a tarefa de execução das leis: tem uma dianteira de informação, por viver mais perto do quotidiano da sociedade; dispõe de meios técnicos e humanos que lhe permitem atingir um conhecimento técnico-pericial objectivo; a sua estruturação hierárquica impregna-a da eficácia inerente ao poder de direcção e ao dever de obediência, que possibilitam um desempenho mais rápido e racional das tarefas³⁶⁵. É este espaço de “autonomia pública administrativa”, ou seja, de “livre criação de efeitos jurídico-administrativos”, sempre resultante de uma norma legal habilitadora e conformadora, que ocupa o “lugar de destaque” na função administrativa (e não o exercício de poderes vinculados, pois, nestes, a Administração leva a cabo, sem grande criatividade, uma tarefa de execução de um comando preciso do legislador, ficando sujeita a apreciação judicial quase total)³⁶⁶. Aquela margem de livre decisão deve ser

³⁶² *Idem*, «A separação dos poderes na Constituição de 1976...», p. 173.

³⁶³ B. AYALA, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*, pp. 57 s.

³⁶⁴ *Ibidem*, pp. 58 s.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 62.

³⁶⁶ *Ibidem*, pp. 28 s.

em larga medida imune às ingerências do poder legislativo e do poder judicial: no primeiro caso, a impossibilidade prática de o legislador conhecer *ex ante* todas as circunstâncias susceptíveis de influir na decisão administrativa conduz à perda de densidade normativa, que é fonte da margem de livre decisão; no segundo caso, a insusceptibilidade de controlo judicial das opções decisórias da Administração no quadro da sua autonomia pública significa que os tribunais não se podem substituir àquela nas valorações de mérito, impedindo-se assim “que os juízes se convoem em administradores” (embora, naturalmente, exista sempre uma “orla de vinculação” sujeita a controlo judicial, pelo que a reserva de administração em face do juiz será apenas parcial)³⁶⁷.

Em sentido semelhante, Paulo Otero defende a existência de uma reserva de administração ou de função administrativa, consistente num “espaço próprio e exclusivo de intervenção decisória a favor da Administração Pública, excluído de qualquer imiscuir do legislador e dos tribunais” e que é implicada pela “identidade de legitimidade constitucional entre administrar, legislar e julgar”, nos termos do princípio da separação de poderes³⁶⁸. O legislador e os tribunais não podem, por força deste princípio, exercer a função administrativa, cujo “espaço material” se consubstancia nas necessidades colectivas a cargo da Administração Pública³⁶⁹. Dentro dos limites fixados pela juridicidade, há um espaço autónomo de decisão do poder administrativo, enquanto “área de liberdade conferida pelo legislador, por imperativo constitucional, proporcionando-lhe uma reserva de escolha dos meios e das soluções tendentes à prossecução do interesse público, sem que o seu conteúdo, desde que respeite a juridicidade, possa ser sindicado pelos tribunais”³⁷⁰.

Por seu turno, Jorge Reis Novais formula o problema no sentido de saber se a existência de um poder executivo – de um Governo enquanto órgão de soberania com legitimidade e competências constitucionais próprias – estabelece ou não limites orgânico-funcionais, juridicamente vinculativos, à competência da Assembleia da República; se, sendo embora indiscutível a supremacia legislativa desta e estando perfeitamente delimitados os mecanismos de dependência e responsabilidade política do Governo perante ela, pode todavia esta fazer tudo o que quiser sob a forma de lei (observado o padrão constitucional material) ou se neste mesmo padrão constitucional não tem de se incluir uma dimensão irreduzível constituída por um âmbito nuclear da

³⁶⁷ *Ibidem*, pp. 35 ss.

³⁶⁸ Paulo OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, I, p. 181.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 182.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 188.

função governativa e administrativa que a lei terá também de respeitar – sob pena de inconstitucionalidade. O Autor não põe em dúvida, pois, que a Assembleia possa legislar sobre quaisquer matérias; a questão é se o pode fazer com um conteúdo que invada ou afecte o núcleo essencial da Administração, em termos que signifiquem uma determinação integral da actuação do Executivo ou a substituição material das suas decisões³⁷¹.

A resposta tem de ser encontrada não apenas nos preceitos constitucionais de atribuição de competências específicos (pois estes não fornecem uma resposta exhaustiva), mas no próprio princípio da divisão de poderes, dado que esse princípio, para poder funcionar como critério constitucional operativo, constitui necessariamente “um critério jurídico fundamentador mais amplo que a mera soma das concretizações expressas e específicas que encontrou noutras disposições constitucionais”,³⁷².

Partindo da concepção que adopta do princípio – valorizando, como já vimos, a dimensão positiva, de racionalização do exercício das funções do Estado e da sua repartição constitucionalmente adequada³⁷³ –, considera que a existência de reserva(s) de administração (núcleo essencial do poder executivo imune à invasão parlamentar) não só não é contraditória com o sentido actual do princípio como é uma exigência da sua função como princípio organizatório fundamental da nossa ordem constitucional.

O Autor identifica as características (estrutura dos serviços e pessoal, modo de organização, formas e procedimentos típicos de actuação) do Executivo que o tornam especialmente apto para funções executivas: especialização e qualificação técnica, capacidade de informação, conhecimento, proximidade, acompanhamento, possibilidade de reacção imediata sobre os problemas e situações, diferenciação de estruturas, órgãos e serviços, capacidade de intervenção eficaz que lhe advém da sua estrutura hierarquizada sob a direcção unificante do Governo, multiplicidade de instrumentos, recursos e procedimentos de actuação (actos administrativos, operações materiais, actos técnicos), características que apontam para reservas fácticas ou residuais de governo/administração³⁷⁴. Assim, de acordo com o princípio da repartição estrutural-funcional dos poderes, ao Executivo caberiam as regulamentações e decisões concretizadoras, especificadoras, aplicadoras dos critérios e das opções gerais e que requeiram um alto grau de especialização técnica, de possibilidade de reacção imediata

³⁷¹ Reis NOVAIS, *Separação de poderes...*, p. 34.

³⁷² *Ibidem*, p. 36.

³⁷³ *Ibidem*, pp. 37 ss.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 45. Sobre as características estruturais do Executivo, v. também ZIMMER, *Funktion – Kompetenz – Legitimation*, pp. 266 ss.

ou a presença pessoal, bem como as prestações fácticas e de serviço público; mas também aquelas que não se compadeçam com a morosidade, generalidade, possibilidade de contraditório e de potencial dissenso, falta de confidencialidade e, em alguma medida, a diluição de responsabilidades que são inerentes à actuação parlamentar³⁷⁵. Todavia, estes critérios de aptidão estrutural, fornecendo embora uma indicação tendencial sobre as soluções a adoptar nos casos não expressamente decididos, não consegue fornecer critérios juridicamente vinculantes de resolução dos casos difíceis que permitissem, designadamente, inconstitucionalizar um acto por não observância daquelas indicações³⁷⁶.

O âmbito nuclear da função administrativa não é “constituído por uma área materialmente delimitável, no sentido que é geralmente atribuído ao conceito de reserva geral de administração”, ou seja, no sentido de um núcleo de matérias em que a actividade administrativa esteja livre de pré-determinação legislativa³⁷⁷. Esse núcleo não é, sequer, delimitável em abstracto, pelo que a sua eventual violação só pode ser definitivamente apurada perante as circunstâncias de cada caso concreto, em função de o estatuto constitucional do Governo resultar ou não afectado por determinada imposição da Assembleia da República³⁷⁸.

Assim, Reis Novais propõe o seguinte critério orientador: haverá violação daquele conteúdo essencial “quando, por força de determinação parlamentar, o Governo é pontualmente degradado ao nível de um órgão subordinado que recebe ordens ou instruções vinculativas da Assembleia da República – de forma não consentânea com o seu estatuto constitucional de órgão de soberania, de órgão encarregado da condução da vida política ou de órgão supremo da Administração Pública – ou quando vê frustrada, por força das mesmas imposições, a possibilidade de determinar auto-responsavelmente, na medida que lhe esteja constitucionalmente atribuída, o sentido e o conteúdo do exercício das suas competências”,³⁷⁹. Não se trata de reserva(s) absoluta(s), mas de uma reserva tendencial, que pode ou não determinar concretas inconstitucionalidades de actos legislativos consoante se verifique ou não intervenção ablativa no núcleo essencial do Governo³⁸⁰.

³⁷⁵ Reis NOVAIS, *Separação de poderes...*, p. 46.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 47.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 59.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 60.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 61.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 63.

Há, todavia, certos domínios tão intimamente associados às características, natureza, estrutura e formas de actuação típicas do Executivo que se pode partir de uma presunção em favor de uma reserva de executivo³⁸¹, tanto no âmbito da função governativa (competências decorrentes do artigo 182.º e elencadas no artigo 197.º) como no da função administrativa (competências decorrentes do artigo 182.º e discriminadas no artigo 199.º – as chamadas “reservas específicas de administração” –, incluindo a aplicação das normas jurídicas às situações individuais e concretas)³⁸².

A proposta de Thomas Kuhl relativa à definição de um *Kernbereich* para o Executivo parte da ideia de que uma reserva de administração é essencial para a ordem democrática constitucional, que é uma democracia de poderes separados: uma ordenação de poderes não pode ser efectuada de modo tal que o Executivo se reduza a meras competências residuais. O princípio da separação dos poderes exige, pois, um domínio próprio do Executivo³⁸³.

Kuhl baseia-se no modelo da adequação funcional, considerando que a ideia de especial aptidão de um órgão para determinadas tarefas pode contribuir para a determinação do domínio funcional e do domínio nuclear do Executivo. O Autor começa por analisar as reservas específicas previstas na Constituição Federal alemã para concluir que estas se fundamentam na ideia de que o Executivo possui, em tais domínios, modos de organização e formas de acção mais adequados ao cumprimento das tarefas inerentes³⁸⁴.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 62.

³⁸² Subscrevendo a posição de Reis Novais em favor da existência de uma reserva de administração, João CAUPERS/Vera Eiró, *Introdução ao Direito Administrativo*, p. 33.

³⁸³ KUHLMAN, *Der Kernbereich der Executive*, p. 14. Recorde-se que, como referido *supra* (n. 329), o Autor trata do âmbito nuclear do Executivo, aí compreendendo tanto Governo como Administração (admitindo também a designação *Verwaltungsvorbehalt* – conquanto o conceito compreenda também o Governo – ou *Executivvorbehalt*). Naturalmente, o estudo do Autor refere-se à ordem constitucional alemã, mas a sua tese é em boa medida transponível para sistemas constitucionais democráticos do tipo do nosso (com excepção, pelo menos, do que se reporta a normas específicas da *Grundgesetz* e a questões relacionadas com o modelo federal). Refira-se, também na Alemanha, a posição de ZIMMER, *Funktion – Kompetenz – Legitimation*, para quem a competência executiva (*die Vollzugskompetenz*) significa domínio sobre as alternativas (p. 224) e as normas constitucionais conduzem forçosamente à conclusão de que a aplicação das leis à realidade concreta é reservada aos órgãos executivos (p. 227); em síntese, os poderes do Legislativo e do Judicial encontram os seus limites nas reservas do Governo e da Administração. Ao poder judicial está em princípio vedada a ingerência nos poderes de decisão sobre alternativas aquando da execução da lei, bem como nas competências reservadas do Governo (em especial nas escolhas de prioridades no âmbito da política orçamental). Não se trata de fazer apelo a uma *judicial self-restraint*, mas de limites jurídico-constitucionais (p. 231).

³⁸⁴ KUHLMAN, *ibidem*, p. 30; cf. pp. 21 ss. (sobre as reservas de Governo especificadas) e 27 ss. (quanto às reservas de Administração especificadas). Por exemplo, quanto às competências do Governo em matéria de política externa, estas justificam-se pelas especiais exigências de rapidez do tratamento da informação, rapidez de decisão, liberdade de actuação, presença pessoal na condução de negociações,

Este Autor sustenta que o próprio conceito de lei e a reserva de lei contribuem para delimitar o domínio funcional do Executivo. Com efeito, o conceito de lei de tipo geral e abstracto deixa um espaço para a sua execução, que deve ser levado à conta do âmbito funcional (*Funktionsbereich*) do Executivo³⁸⁵. Por outro lado, no plano do conteúdo material, se à lei estão reservadas as questões dotadas de maior importância, fundamentalidade e durabilidade (*die oberste, wichtige Regelung*)³⁸⁶, ao Executivo ficará reservado o menos importante, o secundário (*zweitrangig*), o que implicará uma restrição da área funcional do Legislativo³⁸⁷.

A reserva de lei e a reserva de Parlamento definem o *Kernbereich* do Legislativo, o domínio que *a priori* está vedado ao Executivo, pelo que devem ser tidas em consideração como limites do domínio funcional deste³⁸⁸. O Parlamento está legitimado para legislar sobre todas as matérias, sendo apenas limitado pela ordenação de competências constitucional e pelo princípio da separação dos poderes³⁸⁹.

A reserva de lei para a regulação das questões “essenciais” (de acordo com a *Wesentlichkeitstheorie*) fundamenta-se, segundo o Tribunal Constitucional Federal alemão, em argumentos ligados às características do órgão legislativo, tais como a legitimação democrática directa e, num plano funcional, ao processo parlamentar, caracterizado pelo princípio da publicidade e pela consideração dos interesses em conflito, que o tornam especialmente adequado para a decisão sobre questões fundamentais. Contudo, a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* foi estabelecendo também limites para evitar o perigo de expansão que decorre do conceito aberto de “essencialidade”. O Tribunal sublinha que também o Executivo é democraticamente legitimado e que, numa democracia de poderes separados, há um

confidencialidade, etc., para as quais está o Governo mais apetrechado que o poder legislativo, pela sua estrutura organizacional, conhecimentos técnicos, flexibilidade de modo de actuação, discricção, etc. Para outro exemplo, quanto às competências no âmbito orçamental, relevam a dianteira de informação e o *know-how* económico-financeiro de que o Governo dispõe, dado que o seu aparelho lhe disponibiliza pormenor, contexto e necessidades.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 53.

³⁸⁶ De acordo com a teoria da essencialidade (*Wesentlichkeitstheorie*), adoptada pelo Tribunal Constitucional Federal e seguida pela doutrina dominante, incluindo o Autor. Assim, o *Kernbereich* do Legislativo será constituído pela *oberste Rechtsetzung*, pela decisão sobre questões fundamentais (*grundsätzliche Fragen*), que afectem directamente a esfera dos cidadãos. Veremos, porém, de seguida, no texto, que o Tribunal não deixa de conjugar a teoria da essencialidade com o reconhecimento de um *Kernbereich* do Executivo, a proteger da ingerência do legislador. Sobre o ponto, KUHL, *Der Kernbereich der Executive*, pp. 87 ss. Crítico da *Wesentlichkeitstheorie*, OSSENBÜHL, «Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung», p. 224, por a considerar de pouca operatividade na solução de situações de conflito, carecendo de ser complementada por outros critérios.

³⁸⁷ KUHL, *ibidem*, pp. 61 ss.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 66.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 74.

domínio nuclear de responsabilidade própria do Executivo a respeitar³⁹⁰. Assim, Thomas Kuhl, a partir da teoria da essencialidade, entende que é possível procurar especificar o domínio do “não-essencial”, conjugando-o com o critério da adequação funcional, averiguando os casos em que as características do processo parlamentar podem torná-lo desnecessário, inadequado ou mesmo prejudicial à decisão de certa matéria³⁹¹. Reservas constitucionais do Executivo que concirnam, ainda assim, a questões essenciais poderão ser justificadas pela capacidade superior do Executivo para certas áreas. A *Wesentlichkeitstheorie* fornece assim uma via para uma repartição de competências baseada em critérios de organização, processo, estrutura de pessoal e formas de actuação.

O Autor procura, deste modo, concretizar o domínio funcional e o domínio nuclear do Legislativo e do Executivo a partir das características funcionais dos respectivos órgãos, que decorrem tanto das positivamente constitucionais como da natureza das coisas e que se foram historicamente consolidando³⁹². O domínio para o qual as características de um órgão se mostrem como argumento correcto para uma atribuição de competência será o seu *domínio funcional*; o recorte desse domínio, para o qual as características orgânicas constituam argumentos forçosos ou conclusivos para uma atribuição de competência, será o seu *domínio nuclear*.

Vejamos as características funcionais identificadas para o Executivo.

Quanto à *estrutura de pessoal*, o Executivo é integrado por um corpo de funcionários públicos, que, através da sua formação e experiência, lhe emprestam um elevado nível de conhecimento e especialização para o desempenho das funções, em todas as áreas abrangidas pelos Ministérios, o que faz do Governo um “poder informado”. Esta estrutura de pessoal tem na sua cúpula os membros do Governo, estes seleccionados não com base numa qualificação especializada mas em qualificações políticas, e dotados de legitimação democrática³⁹³.

No que respeita à *organização*, o Executivo possui uma estrutura altamente complexa e diferenciada, com divisão por matérias e com vários níveis de

³⁹⁰ Com as correspondentes indicações jurisprudenciais, *ibidem*, p. 89.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 97.

³⁹² *Ibidem*, pp. 141 ss.

³⁹³ *Ibidem*, pp. 142 ss. Em contraposição, no poder legislativo, a característica dominante na sua composição é a especial legitimação democrática. Os seus membros são eleitos pelo povo e, enquanto corpo, representa não apenas a vontade da maioria mas também, em virtude da sua estrutura pluralista, as minorias e praticamente todos os grupos de eleitores. Ao contrário do poder executivo, aquele não é dotado estruturalmente de uma competência especializada, o que origina um défice de especialização directa nas questões materiais (que, no entanto, pode ser minimizado pelo facto de o *know-how* da burocracia ministerial ser frequentemente trazido para o processo legislativo).

administração. O aparelho executivo, organizado hierarquicamente, actua na sua multiplicidade organizatória através de um número vasto de titulares, o que possibilita uma elevada capacidade de trabalho³⁹⁴.

Relativamente à *forma de actuação*, o Executivo tem ao dispor um conjunto vasto de formas de actuação vinculativas – desde as meras operações materiais aos actos administrativos, instruções, contratos administrativos, regulamentos, decretos-leis, etc. –, podendo recorrer à que for mais adequada para cada decisão ou medida a tomar. Tal proporciona-lhe, em conjugação com a estrutura organizacional diferenciada, uma actuação altamente flexível³⁹⁵.

No que concerne ao *processo*, as formas ao dispor do Executivo são igualmente amplas. Acresce que as possibilidades de actuação informal propiciam elevada flexibilidade e adaptabilidade³⁹⁶.

Perante as características identificadas, conclui-se que ao *domínio funcional* do Legislativo são de imputar as regulações para as quais o especial cuidado do processo de decisão e o elevado nível de legitimação se afigure adequada: serão as regulações superiores, mais importantes, fundamentais para a comunidade. Correspondentemente, o domínio funcional do Executivo conterà as regulações “menos importantes”, de especificação, concretização e aplicação, bem como, fundamentalmente, a tarefa de execução das leis. As suas especiais características tornam-no especialmente apto para o tratamento dos casos concretos. Além disso, devem pertencer-lhe aquelas tarefas para cuja execução se mostrem necessárias ou apropriadas as características de flexibilidade, actuação próxima e pessoal, especial discricção, rapidez ou especialização técnica. Fundamentalmente, é atribuído ao Executivo o “segundo nível” de actuação estadual³⁹⁷.

Quanto ao *domínio nuclear* – aquele âmbito de competências para as quais um poder é o único adequado ou, o que é o mesmo, outro poder se revele inadequado: no caso do Legislativo, é de estabelecer aí onde o processo legislativo e a especial legitimação democrática do órgão o tornem o único adequado para regular a matéria;

³⁹⁴ *Ibidem*, pp. 144. Em contrapartida, o Legislativo possui apenas um corpo, embora organizado em grupos parlamentares, comissões, etc., o que o caracteriza por uma maior distância em relação às tarefas de administração e regulação.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 145. Diferentemente, o Legislativo fica praticamente reduzido à lei quando pretenda tomar decisões juridicamente vinculativas.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 145. Em contrapartida, o processo legislativo é longo e complexo, caracteriza-se pela duração, distância, menor capacidade de actuação. A complexidade e a publicidade que o caracterizam asseguram um debate cuidadoso, que tome em consideração todos os interesses envolvidos, e permitem alcançar um consenso o mais amplo possível, conferindo às suas decisões um elevado nível de legitimação.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 147.

abrangerá as questões de importância especialmente elevada, servindo como critério, em primeira linha, a Constituição. Pertencerá a este âmbito a norma que afecte direitos fundamentais, com a densidade de regulação de nível correspondente à intensidade da afectação. Pertencer-lhe-ão igualmente as questões de mais alto significado político para a comunidade, cuja decisão necessita do efeito legitimador da lei, em especial quando politicamente controversas. São índice de tal relevância política, nomeadamente, os efeitos financeiros consideráveis ou um largo círculo de destinatários da regulação³⁹⁸.

No caso do Executivo, o âmbito nuclear compreenderá, desde logo, os domínios da prestação de bens e serviços, bem como da execução e do tratamento dos casos concretos, incluindo as relações que exijam presença pessoal (caso, por exemplo, do domínio escolar, das situações de negociação e da política externa). A flexibilidade do Executivo conduz também à atribuição de competências para a regulação de situações que se alterem frequentemente, incluindo a intervenção em situações de urgência e a regulação de domínios “avessos à norma” (*regelungsfeindlich*). Naturalmente, em alguns destes domínios verificar-se-ão colisões com o âmbito nuclear do legislador: será o caso da actuação em matérias que contendam com segurança (pela relevância para os direitos fundamentais) ou das decisões políticas (pela elevada importância para a comunidade); a solução poderá residir num modelo em que cada um dos poderes actue em diferentes níveis de regulação, conjugando-se assim flexibilidade executiva com legitimação democrática³⁹⁹.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional português não tem sido uniforme quanto a esta questão problemática. Genericamente, pode afirmar-se que o TC rejeita uma reserva constitucional “geral” de administração, embora reconheça a existência de um “núcleo essencial” de competência administrativa do Executivo, susceptível de impor “limites funcionais” a outros órgãos, sem que, todavia, na maioria dos arestos proferidos, extraia consequências efectivas de tal reconhecimento.

Se a jurisprudência da Comissão Constitucional dos anos setenta parecia apontar para uma reserva de administração, baseada numa concepção orgânico-funcional da separação de poderes, o Tribunal Constitucional, nas décadas seguintes, mostrou-se mais reticente, rejeitando uma reserva material de competência da Administração e,

³⁹⁸ *Ibidem*, pp. 147 s. O âmbito nuclear do legislativo corresponde às conclusões a que se chegara sobre a reserva de lei, com base na teoria da essencialidade.

³⁹⁹ *Ibidem*, pp. 149 s.

embora admitindo limites funcionais, não retirando destes reais consequências práticas. Já em decisões mais recentes, o Tribunal deu passos no sentido de uma protecção do núcleo essencial da posição constitucional do Governo, agora por via da valorização da dimensão positiva do princípio da separação dos poderes.

Analisemos mais detidamente este acervo jurisprudencial.

O Parecer n.º 16/79 da Comissão Constitucional – a que já fizemos referência a propósito da concepção nele adoptada do princípio da divisão dos poderes – recaiu sobre um diploma da Assembleia da República que exigia a forma de decreto-lei para os actos de cessação da intervenção do Estado nas empresas, concluindo pela sua inconstitucionalidade por violação do princípio da separação dos poderes. A Comissão foi de parecer que tal decisão “constitui, materialmente, um acto típico da função executiva ou administrativa”; e, “se ao Parlamento é fundamentalmente atribuída (e, neste sentido, ‘reservada’) a função legislativa, ao Governo é atribuída (ou ‘reservada’) a função administrativa. O Parlamento não governa, não executa, não administra: ele controla, sim, critica e aprecia os actos do Governo e da administração. [...] Mas não pode, ele próprio, conduzir a política e praticar actos de administração ou modificar ou alterar os actos praticados pelo órgão de soberania com competência específica para tal”. Invocou a favor desta posição os artigos 185.º, n.º 1, 165.º, *a*) e *c*), e 202.º, *c*)⁴⁰⁰, concluindo que “é ao Governo e aos órgãos da administração – e só a eles – que pertence a prática dos actos necessários à boa execução das leis”; “tais actos, estando naturalmente sujeitos ao controlo judiciário dos tribunais e ao controlo político do parlamento, não podem todavia ser por este alterados através do processo legislativo”. Este entendimento foi reiterado no Parecer n.º 26/79, que apreciou questão semelhante⁴⁰¹.

O Tribunal Constitucional, num conjunto de arestos proferidos nos anos oitenta, sem excluir a ideia de “limites funcionais” da esfera de competência parlamentar, mostrou-se todavia muito exigente na verificação de uma sua violação. Chamado a decidir da constitucionalidade de diplomas da Assembleia da República que impunham ao Governo a prestação de informações de natureza económico-financeira ao

⁴⁰⁰ Na numeração actual, respectivamente, arts. 182.º, n.º 1, 162.º, *a*) e *c*), e 199.º, *c*).

⁴⁰¹ No caso em espécie, um diploma da Assembleia da República exigia a forma de decreto-lei para os actos nele previstos – de alienação ou oneração de participações do Estado no capital de empresas nacionalizadas –, de carácter materialmente administrativo, assim permitindo que o Parlamento, por via da ratificação, se pudesse sobrepor à actividade administrativa que o art. 199.º (então 202.º) confere ao Governo. A Comissão remeteu para o entendimento vertido no seu Parecer 16/79, considerando haver identidade de problema.

Parlamento dentro de determinado prazo⁴⁰², exigiam determinado conteúdo para a proposta de lei do orçamento⁴⁰³ ou determinavam certa forma de exercício do dever governamental de prestar informações⁴⁰⁴, o TC não entendeu ferido o princípio da separação dos poderes por não ter considerado ultrapassados os referidos limites: no primeiro caso, afirmando que aquele princípio só se mostraria violado caso a conduta da Assembleia se erigisse em “prática sistemática”; no segundo, considerando que o órgão legislativo não havia ultrapassado o limite máximo admissível nas exigências de conteúdo da lei do orçamento; e, no terceiro caso, não julgando excessivo ou abusivo o grau de regulamentação e vinculação da actividade administrativa que o legislador pretendia impor. Neste último aresto (o Acórdão n.º 461/87), o Tribunal afirma expressamente que não encontra na CRP apoio para uma reserva “material” da Administração ou do Executivo, semelhante na sua estrutura à reserva parlamentar. O legislador – refere o Tribunal, numa formulação que seria frequentemente reiterada – “dispõe de uma omnímota faculdade – constitucionalmente reconhecida – de programar, planificar e racionalizar a actividade administrativa, pré-conformando-a no seu desenvolvimento, e definindo o espaço que ficará à liberdade de critério e à autonomia dos respectivos órgãos e agentes, ou antes preocupando-o (preferência de lei)”. Mesmo que se lhe reconheçam limites meramente “funcionais”, considera o TC, dificilmente se extraem dessa ideia consequências relativas “ao grau de pormenorização e vinculação admissível na disciplina legal de certa área da actividade administrativa”.

No Acórdão n.º 1/97⁴⁰⁵, o Tribunal afirma expressamente que uma reserva geral de administração não é configurada na Constituição. Atribuindo ao princípio da separação e interdependência dos poderes “a natureza de um instrumento garantístico da esfera jurídico-subjectiva e, em última análise, de controlo democrático do poder (é a

⁴⁰² Ac. do TC n.º 317/86.

⁴⁰³ Ac. do TC n.º 205/87.

⁴⁰⁴ Ac. do TC n.º 461/87.

⁴⁰⁵ Fiscalização preventiva de decreto da Assembleia da República que visava criar vagas adicionais no acesso ao ensino superior, a título excepcional, para o ano lectivo então já em curso. Pretendia-se regulamentar por lei matéria já objecto de regulação pelo Governo, através de portarias, ao abrigo da sua competência regulamentar, modificando, retroactivamente, essa regulação. O Presidente da República questionava (entre outras dúvidas de constitucionalidade, para o nosso tema não relevantes) o respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, enquanto este exprime, simultaneamente, uma garantia constitucional de reservas específicas de administração (quando não de uma reserva geral) e a imposição de limites funcionais ao legislador parlamentar decorrentes daquelas reservas, e ainda na medida em que se teria posto em crise a função constitucional do Governo como órgão superior da Administração Pública. O Tribunal Constitucional, pelos motivos sumulados no texto, não considerou violado o princípio da separação e interdependência de poderes, embora se tenha pronunciado pela inconstitucionalidade das normas em causa por ofensa aos princípios da segurança jurídica e da igualdade.

dimensão negativa do princípio, de limite do poder [...]”, o TC entende que o reconhecimento de uma reserva “geral” de administração se revela inadequado à função actual do princípio, na medida em que “diminuiria possibilidades de efectivação do controlo democrático do Executivo, limitando as áreas de intervenção legislativa do Parlamento e excluindo-o da directa decisão política”. Além disso, prossegue, não decorre do texto constitucional, em especial da conjugação dos artigos 2.º e 111.º, uma estrita correspondência órgão-função “em que se viesse a enquadrar uma reserva geral de administração”. E acrescenta: “mesmo que se reconheça que sempre será inerente ao princípio do Estado de direito democrático a reserva de um núcleo essencial da administração ou do executivo – como condição da limitação do exercício dos poderes pelos órgãos de soberania e da própria necessidade de responsabilização do Governo –, ainda assim a colisão com tal núcleo haveria de implicar uma pura substituição funcional do Executivo, no preciso espaço da sua actividade normal, pelo Parlamento, sem qualquer justificação especial”.

Quanto à eventual violação de reservas constitucionais específicas de administração, que resultariam das várias alíneas do artigo 199.º, o Tribunal considerou “muito discutível” que a delimitação da competência do Governo prevista nesse artigo “corresponda a qualquer reserva material de competência do Governo com a mesma natureza da reserva de lei”, nomeadamente devido à ausência de limites materiais de competência legislativa da Assembleia da República, pelo que às referidas reservas faltaria a “natureza originária, absoluta e material das mesmas reservas”.

Relativamente a uma possível afronta da posição constitucional do Governo, enquanto órgão de condução política do país e órgão superior da Administração Pública, o Tribunal conclui que “não será uma esporádica e excepcional limitação do espaço de manobra do Governo, sem qualquer deliberada e reiterada substituição funcional pela Assembleia da República, que poderá violar o artigo 185º [182.º] da Constituição”.

A decisão recebeu cinco votos de vencido quanto a esta questão⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ Designadamente, o de Tavares da Costa, para quem decorre do princípio da separação, enquanto princípio organizatório fundamental das relações estaduais, uma ideia de equilíbrio que deve assistir à interacção entre os vários órgãos de soberania; “nesta perspectiva de conjugação harmoniosa das relações (de paridade) entre dois órgãos de soberania, a injunção dada pela Assembleia da República ao Governo através do diploma sindicado representa-se excessiva”. Messias Bento faz decorrer do mesmo princípio que será inconstitucional “o chamado *governo de assembleia*, em que o Parlamento exerce a sua competência sem os limites que resultam da existência (e da competência) dos outros órgãos de soberania, *maxime* da do Governo” e considera que “esta intromissão da Assembleia da República no processo de candidaturas de ingresso no ensino superior (um processo administrativo) se apresenta como altamente perturbadora da acção do Governo. Não cumpre, por isso, as exigências de moderação que são feitas pelo princípio da separação e interdependência de poderes. Passa a justa medida e, ao exceder os limites que lhe são próprios, perturba o equilíbrio que vai implicado na ideia de *gouvernement*”.

O Acórdão n.º 24/98⁴⁰⁷, louvando-se no aresto precedente – e sem que a introdução da menção à “separação e interdependência de poderes” no artigo 2.º, entretanto operada pela revisão constitucional de 1997, tenha tido influência decisiva –, reafirmou a ideia de que o reconhecimento de um espaço próprio e típico de actuação do Governo somente impõe ao legislador parlamentar a proibição de “uma pura substituição funcional do Executivo”. Admitindo, no caso, estar-se perante uma “intromissão” do Parlamento na actividade administrativa, apta a “limitar as possibilidades daquela gestão administrativa atribuída constitucionalmente ao Governo”, não qualificou tal intromissão como “intolerável”, a ponto de “pôr em causa o núcleo essencial da função administrativa do Governo” nem, dito de outro modo, de desrespeitar os limites funcionais à liberdade de conformação do legislador. Também o presente aresto contou com diversos votos de vencido⁴⁰⁸.

modéré. Há, aqui, pois, um desvio (se não mesmo um abuso) na utilização da forma legislativa – e, assim, da função de legislar”. Também Alves Correia é de parecer que as normas sindicadas implicam “uma invasão por parte deste órgão de soberania do núcleo essencial da competência administrativa do Governo, o qual abrange, seguramente, a competência exclusiva para modificar, total ou parcialmente, o conteúdo de actos administrativos por si praticados ou por órgãos administrativos dele hierarquicamente dependentes”, embora recuse a existência de uma “pretensa zona ou área reservada da Administração Pública”: o que era de censurar, no caso, era o momento e o modo da intervenção do Parlamento.

Registe-se ainda a declaração de Cardoso da Costa, que, não se contando entre os vencidos quanto a este ponto, exprime a sua posição quanto à questão da reserva de administração. Rejeita, no nosso quadro constitucional, uma qualquer “reserva geral” da Administração “de contornos materiais, mas considera que do princípio da separação dos poderes há-de resultar “algum limite ‘funcional’”, em cumprimento do qual “o legislador, no uso dos seus amplos ‘poderes de conformação’ (ou da sua ‘liberdade constitutiva’), não pode ir ao ponto de pôr em causa aquele mínimo de ‘autonomia’ que há-de ser reconhecido ao Governo no exercício da função administrativa que tipicamente lhe cabe (enquanto ‘órgão superior da administração pública’)”, embora no caso concreto não lhe parecesse ter sido ultrapassado (ou mesmo atingido) tal limite.

⁴⁰⁷ Tirado em sede de fiscalização preventiva de um decreto da Assembleia da República que procedia à reposição de determinados troços rodoviários como vias sem portagens, implicando, na prática, uma modificação *ex vi legis* do contrato celebrado entre o Estado e a concessionária. O Tribunal não se pronunciou pela inconstitucionalidade das normas em causa em confronto com o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, consignado no art. 111.º, n.º 1, e com o estatuto constitucional do Governo, consignado no art. 182.º, ambos da Constituição. Com efeito, entendeu que a intervenção do legislador parlamentar não punha em causa o núcleo essencial da função administrativa do Governo, até porque “o Parlamento não retirou integralmente ao Governo a gestão administrativa da política rodoviária em matéria de auto-estradas”, apenas veio “limitar as possibilidades daquela gestão administrativa atribuída constitucionalmente ao Governo”, não se assistindo, em conclusão, a “uma intromissão intolerável da Assembleia da República na esfera puramente administrativa do Governo, em domínios que são próprios da sua actividade executiva”.

⁴⁰⁸ Refira-se, brevemente, os principais argumentos dos quatro Conselheiros vencidos. Tavares da Costa, na linha da posição já expressa no Ac. n.º 1/97, detecta também aqui uma “afecção na moderação devida na observância da separação e interdependência de poderes” e, assim, uma “intromissão intolerável, com desrespeito dos limites constitucionais de natureza funcional”, que, aliás, “minimiza a responsabilidade política do Governo perante a Assembleia da República, enquanto ‘órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da administração pública’”. Também Messias Bento vê aqui, tal como no acórdão precedente, uma “intromissão do Parlamento na acção governativa [...] altamente perturbadora dessa acção, ultrapassando as exigências de moderação feitas por aquele princípio, que – recorda-se – postula uma ideia de *equilíbrio*, de *gouvernement modéré*”. Ribeiro Mendes e Fernanda

Os dois acórdãos acabados de sumariar foram – além dos votos de vencido mencionados – alvo de fortes críticas da doutrina, apontando-se sobretudo ao Tribunal uma desvalorização da dimensão positiva do princípio da separação dos poderes, atendo-se à dimensão negativa, bem como uma depreciação do estatuto constitucional do Governo.

Na apreciação de Rui Medeiros⁴⁰⁹, o TC desvaloriza o sentido das normas constitucionais que delimitam a competência administrativa do Governo e a dimensão positiva do princípio da separação dos poderes, insistindo numa visão deste princípio como instrumento garantístico da esfera jurídico-subjectiva e de controlo democrático do poder, visão que conduz à conclusão de que reservas de administração seriam desadequadas por diminuírem as possibilidades de controlo democrático do Governo. Para o Autor, tal concepção não faz sentido num quadro constitucional em que o princípio democrático cobre todos os poderes do Estado. Pelo contrário, da dimensão positiva do princípio decorrem “limites orgânico-funcionais”, para cuja definição devem tomar-se em conta a adequação orgânico-estrutural e procedimental do legislador parlamentar, que não dispõe da informação e do conhecimento da realidade da Administração Pública que o Governo detém.

Também Gomes Canotilho exprime dúvidas perante ambas as decisões do Tribunal. No caso do Acórdão n.º 1/97, considera que a Assembleia se “arvor[ou] em ‘governo’”, “capturando” a competência administrativa deste, e que o “desvio de *forma*” (referindo-se ao recurso à forma de lei para modificar as regras do “jogo procedimental” já a decorrer) indicia um desvio de *competência* e de *funções*. O Autor exprime “dúvidas” quanto à conclusão do Tribunal no sentido da não violação da ordenação de funções constitucionalmente estabelecidas e alerta para os riscos de um “governo de assembleia” caso não se recortem com rigor os limites funcionais do legislador, numa perspectiva constitucionalmente adequada do princípio da separação⁴¹⁰. Também relativamente ao Acórdão n.º 24/98, o Autor acusa o Tribunal de se “furtar” ao problema do recorte de uma eventual “reserva do executivo” (no sentido

Palma vêem “uma cobertura ‘com a forma de lei’ de uma ‘pura actividade administrativa’ [...], com consequências evidentes no futuro desenvolvimento do plano rodoviário traçado pelo Governo, em termos de se não poder falar a este propósito de ‘uma esporádica e excepcional limitação do espaço de manobra do Governo’, ao invés do que foi entendido no acórdão n.º 1/97”, tratando-se antes de uma “substituição” da política do Governo em matéria rodoviária por uma outra política, questionando, aliás, “como poderá o Governo ser parlamentarmente responsabilizado pelas consequências”.

⁴⁰⁹ Em anotação ao art. 199.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, II, p. 711.

⁴¹⁰ CANOTILHO, «T. C., Acórdão n.º 1/97», pp. 81 ss.

de reserva política⁴¹¹) no sistema constitucional português. Se se aceita que a Assembleia da República aprove as grandes opções e defina os princípios e regras básicas da política rodoviária, no caso *sub judice* o Parlamento “substituiu-se” ao Governo, alterando a política rodoviária deste para uma diferente. Reconhecendo que a própria doutrina constitucionalista ainda não conseguiu obter critérios operativos definitivos para este tipo de conflitos, não deixa de apontar à posição do Tribunal que o irrestrito poder de avocação permitido ao legislador no caso das portagens significou uma “clara indiferença relativamente aos critérios da justeza funcional e adequação orgânica” e, sobretudo, “uma perigosa dissolução dos esquemas constitucionais de poder, responsabilidade e controlo”⁴¹².

Particularmente crítico desta jurisprudência é Reis Novais⁴¹³, que julga ter havido da parte do Tribunal “uma clara não consideração da distinção entre competência formal para a prática de um acto e limites funcionais que o conteúdo do acto tem necessariamente de observar num Estado de Direito com separação e organização racional de poderes”⁴¹⁴. Critica a concepção de separação de poderes adoptada pelo Tribunal, que parece esgotar-se praticamente na sua dimensão garantística, de controlo democrático do poder, esquecendo que a dimensão essencial do princípio, nas democracias actuais, pelo menos em termos do seu carácter juridicamente operativo, não é a dimensão garantística mas a de racionalização do exercício das funções do Estado e da sua repartição constitucionalmente adequada.

Jurisprudência mais recente parece fazer eco destas críticas e afirmar também que a dimensão positiva do princípio impõe limites funcionais à Assembleia da República, que a impedem de esvaziar o núcleo essencial da posição constitucional do Governo e de usurpar as suas funções próprias.

⁴¹¹ Canotilho coloca o problema tratado no acórdão em referência no plano de uma “reserva política do executivo”, ou, mais que isso, um “monopólio político de executivo”, impeditivo de intervenção legislativa parlamentar, e inclina-se para uma eventual distinção de duas reservas – *reserva da administração* e *reserva do governo*. Contudo, sem prejuízo da distinção dessas duas esferas (aliás também autonomizadas pela Constituição), parece-nos que as “dimensões funcionais” do Governo exemplificadas pelo Autor com vista à delimitação de um núcleo essencial do executivo (conhecimento, proximidade, capacidade de resposta técnica, etc.) valerão igualmente para a Administração Pública.

⁴¹² CANOTILHO, «T. C., Acórdão n.º 24/98», pp. 89 ss.

⁴¹³ Reis NOVAIS, *Separação de poderes...*, *passim*. Pronunciando-se sobre o Ac. 1/97, considera, diferentemente do Tribunal, que no caso em apreço não podia dizer-se que a Assembleia se tinha limitado a pré-determinar legislativamente a actuação do Governo, antes se havia substituído funcionalmente a este, alterando decisões já legalmente tomadas por ele, por acto integrado na função essencialmente atribuída ao Governo, sem que houvesse fundamento constitucional bastante, tendo pois violado o princípio da divisão de poderes e o estatuto constitucional do Governo.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 27.

Com efeito, no Acórdão n.º 214/2011⁴¹⁵, em que se ocupou do princípio da separação dos poderes no âmbito das relações entre o poder legislativo do Parlamento e o poder regulamentar do Governo, no domínio do regime da função pública, o Tribunal reiterou a sua posição de que “a Constituição não restringe o âmbito da competência legislativa em geral, nem confere ao Governo uma reserva de competência originária regulamentar em certas matérias. O poder regulamentar conferido ao Governo pela alínea c) do artigo 199.º para fazer ‘os regulamentos necessários à boa execução das leis’ não corresponde a qualquer reserva de regulamento, no sentido de a lei não poder ultrapassar um determinado nível de pormenorização ou particularização de modo a deixar sempre ao Governo, enquanto titular do poder regulamentar, um nível de complementação normativa relativamente a cada uma das leis”. Porém, “no espaço não ocupado por acto legislativo, cabe ao Governo determinar qual o conteúdo do acto regulamentar exigido pela ‘boa execução da lei’. E isso só a ele compete no exercício da competência administrativa [artigo 199.º, alínea c), da CRP], embora sob controlo de legalidade e constitucionalidade por parte dos tribunais”.

O Tribunal pronunciou-se, assim, desta vez, pela inconstitucionalidade das normas que vinham sindicadas, por violação do princípio de separação e interdependência dos órgãos de soberania. Afirmou, com interesse, que “as relações do Governo com a Assembleia da República são relações de autonomia e de prestação de contas e de responsabilidade; não são relações de subordinação hierárquica ou de superintendência, pelo que não pode o Governo ser vinculado a exercer o seu poder regulamentar (ou legislativo) por instruções ou injunções da Assembleia da República”. Salientando que “o Governo é um órgão dotado de legitimidade e competências constitucionais próprias” e que, “dentro dos limites da Constituição e da lei, o Governo é autónomo no exercício da função governativa e da função administrativa”, considerou que “nas zonas de confluência entre actos de *condução política* e *actos de administração* a cargo do Governo a dimensão positiva do princípio da separação e

⁴¹⁵ Proferido em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade de decreto da Assembleia da República que procedia à suspensão do modelo de avaliação do desempenho dos docentes, revogando um decreto regulamentar emitido pelo Governo sobre a matéria e determinando que o Governo iniciasse um processo de negociação com as associações sindicais tendente à aprovação do enquadramento legal e regulamentar que concretizasse um novo modelo. Como salienta o Acórdão, o que no pedido de fiscalização se questiona “não é nem a possibilidade, em geral, de uma lei poder revogar um regulamento, nem a existência de uma eventual reserva de regulamento. O que se questiona é o facto de o Parlamento ter revogado a regulamentação administrativa, deixando intocada a respectiva habilitação legal. Isto é, a Assembleia da República continuou a relegar para o Governo, no âmbito da sua competência administrativa, a tarefa de proceder à regulamentação do regime em apreço, revogando, no entanto, a regulamentação que este, actuando nas fronteiras de tal espaço, havia determinado”. O Tribunal pronunciou-se pela inconstitucionalidade do decreto, por violação do princípio da separação dos poderes. O Acórdão teve votos de vencido.

interdependência de órgãos de soberania impõe um limite funcional ao uso da competência legislativa universal da Assembleia da República, de modo que esse *poder de chamar a si* do Parlamento não transmude a forma legislativa num meio enviesado de exercício de competências de fiscalização com esvaziamento, pelo controlo democrático-parlamentar e pela regra da maioria, do núcleo essencial da posição constitucional do Governo enquanto órgão superior da administração pública (artigo 182.º da CRP), encarregado de dirigir os serviços da administração directa do Estado [artigo 199.º, *d*), da CRP]”. A Assembleia não pode, pois, “ordenar-lhe a prática de determinados actos políticos ou a adopção de determinadas orientações”⁴¹⁶.

Posteriormente, no Acórdão n.º 395/2012, o Tribunal, reafirmando a rejeição de uma “reserva geral de administração”, considerou todavia que tal “não impede que se reconheça quer a existência de domínios claramente identificados e delimitados de competência exclusiva da Administração, quer a reserva de um núcleo essencial de actuação de cada um dos poderes do Estado, apurado a partir da adequação da sua estrutura ao tipo ou à natureza da competência em causa, enquanto justificação da sua previsão e expressão da sua igual legitimidade político-constitucional”⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Na declaração de voto que após ao Acórdão, a Juíza Conselheira Maria Lúcia Amaral dissentiu da fundamentação (embora não da decisão) por discordar da sustentação da pronúncia de inconstitucionalidade na caracterização do Governo enquanto órgão superior da Administração Pública e, em especial, enquanto órgão dotado das competências elencadas no art. 199.º da CRP, considerando que o que estava em causa era a sua posição de órgão de condução da política geral do país: “para se saber se o poder parlamentar invadiu ou não o campo próprio do poder *governativo* é preciso que este último seja visto precisamente como aquilo que é – como um poder que, para além de administrar, *governa*”; ora, no caso, “a Assembleia, por lei, decidiu vanificar uma política que o Governo prosseguira (através de um procedimento complexo que, como já disse, não incluiu apenas actos normativos) sem nada colocar em seu lugar. E ordenou-lhe que adoptasse uma outra. Entendo que a decisão parlamentar violou o princípio da separação dos poderes [...] porque invadiu o núcleo essencial do poder do executivo enquanto poder governativo, tornando-o nessa sua dimensão incapaz de responder por uma política que (não) escolheu”.

⁴¹⁷ Estavam em questão as relações entre a Assembleia Legislativa e o Governo Regional de uma Região Autónoma, suscitando-se dúvidas quanto a se, tendo o decreto sob fiscalização um acentuado grau de concretização na disciplina da matéria em causa, a densidade com que tal regulação havia sido efectuada implicaria uma subtracção, por via legal, de um poder exclusivamente confiado à actividade administrativa do Governo Regional. Embora o art. 111.º da CRP se refira à separação e interdependência *dos órgãos de soberania*, o Tribunal salientou que o princípio “é coessencial ao Estado de Direito democrático, pelo que, por força do disposto no artigo 2.º da Constituição, assume-se como princípio fundamental e definidor de toda a organização da comunidade política e do Estado, incluindo a das regiões autónomas”. O Tribunal acabou por não se pronunciar pela inconstitucionalidade, atendendo a que, nas Regiões Autónomas, a função administrativa é partilhada entre a assembleia e o governo regionais – diferentemente da repartição entre Assembleia da República e Governo –, além de que as normas do decreto não se situavam num domínio constitucionalmente reservado à intervenção do Governo Regional nem incluído no núcleo essencial da sua actividade executiva, sendo matéria alheia à gestão corrente da Administração Pública.

3.2. Reserva e responsabilidade

Com interesse para o tema que nos ocupa, é de evidenciar a estreita ligação traçada, pela doutrina e pela jurisprudência, entre a reserva de um núcleo essencial à Administração e a ideia de *responsabilidade*.

Marcelo Rebelo de Sousa, no estudo já citado relativo a questões suscitadas pela proposta de Lei do Orçamento do Estado, afirma que a assunção, pela Assembleia, de competência administrativa esvaziaria de sentido uma zona relevante do conteúdo da *responsabilidade política* do Governo perante ela, responsabilidade que também engloba a actuação governamental na direcção, superintendência e tutela da Administração Pública⁴¹⁸. Também para Reis Novais responsabilidade exige *autonomia*, exige o reconhecimento de uma área onde a decisão do Governo não possa ser substituída ou essencialmente determinada pela decisão de outro órgão; com efeito, se a Constituição eleva o Governo à categoria de órgão de soberania e lhe confere um estatuto da maior relevância no sistema político, tem simultaneamente de lhe garantir as *condições institucionais* que lhe assegurem os pressupostos de uma auto-responsabilidade pela política que conduz e pelas medidas que toma⁴¹⁹. No mesmo sentido, Assunção Esteves defende que a racionalidade do sistema ínsita no princípio da separação dos poderes implica uma proibição “de disfunção do modo político de decidir” e “da confusão e diluição dos nexos de imputação e responsabilidade”⁴²⁰. Gomes Canotilho, outrossim, em comentário ao Acórdão n.º 24/98 do TC, questiona como responsabilizar o Governo por uma política se a Assembleia se vem substituindo àquele na execução dessa política⁴²¹. A mesma ideia está presente em Sérvulo Correia, quando, a propósito dos limites do controlo judicial da *margem de livre decisão administrativa*, os justifica por se tratar de uma actuação que exige legitimidade democrático-eleitoral e origina responsabilidade política⁴²²; e, no mesmo sentido, em Vieira de Andrade, ao ligar a repartição de responsabilidades entre a administração e o juiz, a levar a cabo pelo legislador do modo mais adequado à realização do interesse público, à ideia de um “Estado de Direito moderado e equilibrado – um ‘Estado Misto de Direito’ – que não tem de ser (nem deve ser) um ‘Estado dos Juizes’”⁴²³. Também

⁴¹⁸ Marcelo Rebelo de SOUSA, «10 questões sobre a Constituição...», p. 141, n. 22.

⁴¹⁹ Reis NOVAIS, *Separação de poderes...*, p. 53.

⁴²⁰ Assunção ESTEVES, «Os limites do poder do Parlamento...», p. 17.

⁴²¹ CANOTILHO, «T. C., Acórdão n.º 24/98», p. 92.

⁴²² Sérvulo CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, p. 777.

⁴²³ Vieira de ANDRADE, *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 399.

Castanheira Neves, embora a propósito da repartição de funções entre legislador e juiz, relaciona a preparação funcional de um órgão com a *titularidade*, a *legitimidade* e a *responsabilidade* pelas funções⁴²⁴.

A conexão com a ideia de responsabilidade encontra-se também na jurisprudência. Logo no Acórdão n.º 1/97, e apesar de não concluir aí pela violação do princípio da separação dos poderes, o Tribunal Constitucional não deixa de afirmar que “a separação e interdependência dos órgãos de soberania aí [nos artigos 2.º e 111.º] prevista exprime um esquema relacional de competências, funções, tarefas e responsabilidades dos órgãos do Estado, destinado a assegurar, simultaneamente, a referida medida jurídica do poder e *um princípio de responsabilidade dos órgãos de soberania*”; e que, “mesmo que se reconheça que sempre será inerente ao princípio do Estado de direito democrático a reserva de um núcleo essencial da administração ou do executivo – como condição da limitação do exercício dos poderes pelos órgãos de soberania *e da própria necessidade de responsabilização do Governo* –, ainda assim a colisão com tal núcleo haveria de implicar uma pura substituição funcional do Executivo, no preciso espaço da sua actividade normal, pelo Parlamento, sem qualquer justificação especial”⁴²⁵.

E, no também já analisado Acórdão n.º 214/2011, a conclusão pela violação do princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania vem sustentada pelas seguintes considerações: “um acto legislativo do Parlamento que, mantendo intocados os parâmetros legais em função dos quais determinada actividade administrativa há-de ser prosseguida e a actividade normativa derivada necessária há-de ser desenvolvida, se limita a revogar a regulamentação produzida ao abrigo dessa mesma legislação que o Governo continua a ter de executar, priva este órgão de soberania dos instrumentos que a Constituição lhe reserva para prosseguir as tarefas que neste domínio lhe estão

⁴²⁴ Castanheira NEVES, *O instituto dos «assentos»...*, ao concluir pela inconstitucionalidade material do instituto dos assentos: o sentido e a função jurídico-políticas da lei fazem compreender que “só o poder legislativo (o legislador político) está *preparado*, por vocação e pelos meios que mobiliza, para elaborar esses actos políticos – e, por isso, apenas ao poder político, em veste legislativa, pode caber a *titularidade* e a *responsabilidade* dos instrumentos jurídicos da política” (p. 604): ao proferir os assentos, a jurisdição “participa, assim, de uma função para que não tem legitimidade – não está preparada para ela, nem pode ter dela responsabilidade” (pp. 617 s.).

⁴²⁵ Itálicos nossos. No voto de vencido que após a esta decisão, o Juiz Conselheiro Tavares da Costa insistiu na relação entre responsabilidade e uma certa esfera de autonomia: “se o Governo for impedido de aplicar e executar a lei, *de acordo com uma avaliação de prognose própria e responsável*, como poderá posteriormente o Parlamento pedir-lhe contas pela execução de uma política educativa?”; “a injunção ao Governo, mediante a criação de regras para além das já existentes e a imposição de determinada actuação, *à revelia da responsabilidade legislativa e política deste órgão no sector*, é suficientemente relevante para afectar a moderação que é a raiz e essência do princípio da ‘separação e interdependência’ dos órgãos de soberania e da ‘autonomia’ destes” (itálicos nossos).

constitucionalmente cometidas [*maxime* artigos 182.º, última parte, 199.º, e), primeira parte, e 199.º, c), da CRP], quebrando toda a racionalidade do sistema de separação e interdependência entre órgãos de soberania. É o próprio pressuposto da responsabilidade política do Governo, na estrutura triádica de organização do poder político constitucionalmente definida [artigo 190.º da CRP], que assim o exige, porque dificilmente se concebe o funcionamento de um sistema de responsabilidade política de um órgão perante actuações totalmente heterodeterminadas ou para cuja prossecução foi privado dos meios instrumentais de acção autónoma”.

Em matéria de execução das penas, esta mesma ideia de responsabilidade parece estar subjacente à fundamentação do Acórdão n.º 427/2009, que apreciou – não se pronunciando pela inconstitucionalidade – norma do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade que estabelece a competência do Director-Geral dos Serviços Prisionais (e não de um tribunal) para a colocação de reclusos em regime aberto no exterior. Ao argumentar que o Director-Geral, quando decide sobre a colocação de um recluso nesse regime, verificados os respectivos pressupostos legais, “prosegue o *interesse público* de prevenir a reincidência (artigos 1.º, 2.º, 9.º, alínea d), 30.º, n.º 5, e 266.º da CRP), exercendo a competência que lhe está atribuída de *garantir a execução da pena de prisão de acordo com as respectivas finalidades*” (artigo 135.º, n.º 1, alínea a), do Código), numa matéria que não é de considerar integrada na reserva de juiz, parece subjazer-lhe o entendimento de que, se à administração prisional incumbe *garantir* a execução da pena, de acordo com as respectivas finalidades, necessita que lhe sejam conferidas as competências adequadas a assegurar tal incumbência (respeitadas, naturalmente, as reservas constitucionalmente estabelecidas).

Com efeito, dificilmente pode atribuir-se responsabilidade política a um órgão sem se lhe atribuir um conjunto de competências próprias. A responsabilidade pela prossecução de determinadas tarefas implica a concessão de um certo grau de autonomia⁴²⁶.

*

Em suma, aderindo às posições formuladas nomeadamente por Reis Novais, Bernardo Ayala e Thomas Kuhl, entendemos que é identificável uma esfera de actuação

⁴²⁶ Neste sentido, ZIMMER, *Funktion – Kompetenz – Legitimation*, p. 226, afirmando que a responsabilidade só é concebível quando aquele que a suporta não está sujeito, relativamente à matéria da sua responsabilidade, a heterodeterminação. Também o Tribunal Constitucional Federal alemão salienta a necessária conexão entre responsabilidade do Governo e autonomia; sobre essa jurisprudência, ZIMMER, *ibidem*, p. 159, e KUHL, *Der Kernbereich der Exekutive*, p. 119.

própria do Executivo – um âmbito nuclear, se se quiser – que, apesar de não delimitável num plano material, mas apenas num plano funcional, e conquanto não seja possível fixar-lhe abstractamente contornos rígidos, se traduz sobretudo na execução concreta das leis e na aplicação prática das orientações políticas do Governo, bem como na prossecução das tarefas que decorrerem da responsabilidade que lhe seja atribuída pela Constituição e pela lei – à qual terá de corresponder a necessária autonomia de decisão e execução.

A identificação de tal núcleo funcional resulta, como vimos, de um conjunto de princípios e normas de nível constitucional, designadamente do estatuto constitucional do Governo, das competências específicas previstas no artigo 199.º (em especial a direcção da Administração Pública e a execução concreta das leis) e do princípio da separação dos poderes (seja na medida em que implica um núcleo mínimo de competências próprias de cada um dos poderes, seja sobretudo na ideia de adequação funcional implicada pela vertente positiva do princípio). No caso da Administração Pública – o que mais nos interessa para o tema do presente trabalho –, valem com menos intensidade os argumentos jurídico-constitucionais invocados para a reserva de Governo (nomeadamente, o seu estatuto constitucional), antes relevando sobretudo o da dimensão positiva do princípio da separação dos poderes. Ainda assim, o argumento do estatuto constitucional do Governo vale em certa medida: na medida em que a Administração Pública constitui um dos instrumentos do Governo para pôr em prática as suas políticas, através dos poderes de direcção conferidos pelo artigo 199.º – é através da Administração que o Governo obtém conhecimento próximo da realidade e detém capacidade técnica e recursos para aplicar as políticas aos casos concretos.

CAP. VI – O RELACIONAMENTO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO E OS TRIBUNAIS: CONTROLO JUDICIAL DA ACTIVIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS LIMITES

No quadro delineado pela explicitação do sentido e conteúdo do princípio da separação dos poderes e pela caracterização das funções jurisdicional e administrativa no sistema constitucional português, cumpre tratar a questão do controlo judicial da actividade da Administração – e respectivos limites.

Se um controlo da actividade administrativa pelos tribunais constitui exigência quer da dimensão de *interdependência* ínsita no princípio constitucional da separação dos poderes, quer do *princípio da legalidade da administração*, quer ainda do direito fundamental à *tutela jurisdicional efectiva*, simultaneamente decorre da *dimensão positiva* do princípio da separação que um tal controlo não pode significar uma eliminação do espaço de autonomia da Administração, nem uma substituição dos juízos desta pelos dos tribunais.

A ideia de “reserva de administração”, tal como a procurámos explicitar, implica a existência de limites constitucionais à interferência de outros “poderes” (órgãos) na esfera de actividade da Administração.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional analisada no capítulo anterior não se debruçava directamente sobre a questão da reserva do executivo perante o judiciário: com efeito, os arestos analisados no ponto 3.1 referiam-se às relações entre legislativo e executivo, ocupando-se de situações em que o que estava em causa era a interferência do Parlamento, que não pode, por via legislativa, sobrepor-se à Administração, suprimindo a sua autonomia; e os acórdãos referenciados no ponto 2.1, ocupando-se da repartição de funções entre Administração e juiz, fizeram-no da perspectiva da reserva de função jurisdicional⁴²⁷. Ainda assim, ambos estes acervos jurisprudenciais se mostrarão relevantes para a reflexão sobre a relação entre Administração e tribunais.

A “reserva” de administração face aos tribunais encontra paralelo na “reserva” de administração perante o legislador, uma vez que os parâmetros de controlo da

⁴²⁷ Como nota também Blanco de MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, I, p. 57: “escassíssimos são os casos em que o Tribunal Constitucional se pronunciou sobre a *intromissão dos tribunais em funções de ordem não jurisdicional*. Já o fez, contudo, em acórdãos não isentos de controvérsia, no tocante à *incursão de órgãos administrativos na função jurisdicional* (Ac. n.º 630/95) e de *órgãos legislativos na função administrativa* (Ac. n.º 1/97 e Ac. n.º 214/2011)”.

Administração pela jurisdição dependem largamente da vinculação da própria Administração à lei e à Constituição⁴²⁸.

Assim, também aos tribunais deve ser vedado exercer um controlo tal que os substitua à Administração, retirando a esta a sua margem de autonomia – pois nem para tal são funcionalmente adequados nem lhes cabe a responsabilidade pelo asseguramento das tarefas que estão constitucionalmente cometidas à Administração –, sob pena de subversão do princípio da separação dos poderes.

1. O controlo judicial da actividade da Administração e seus limites

À Administração é reconhecida uma margem de discricionariedade⁴²⁹, que deriva necessariamente da impossibilidade prática de o legislador regular previamente todas as situações concretas, na sua diversidade e imprevisibilidade. Cumpridas as exigências constitucionais quanto ao grau de densidade das normas, estas tenderão a ser abertas, de forma a assegurar uma melhor adequação da decisão às circunstâncias concretas⁴³⁰.

⁴²⁸ Estabelecendo esta conexão, N. PIÇARRA, «A reserva de administração», p. 330, e B. AYALA, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*, p. 36.

⁴²⁹ *Discricionariedade* pode definir-se como “o poder concedido por lei a um órgão do poder – bem como o modo de actividade através do qual ele é exercido – de definir, no respeito do fim visado pela norma e, também, dos direitos fundamentais e de outros princípios básicos – o sentido de decisões concretas através da ponderação autónoma dos interesses públicos e privados relevantes” (Sérvulo CORREIA, «Margem de livre decisão...», p. 386). A atribuição da discricionariedade pode resultar da formulação da estatuição, por exemplo através de preceitos de possibilidade (*Kann-Vorschrift*), da explicitação de condutas alternativas ou do emprego de cláusulas gerais, designadamente finalísticas, das quais é possível deduzir diferentes modos de conduta administrativa. Mas também resulta de uma abertura ou incompletude da previsão e da estatuição da norma, cuja indefinição reside na impossibilidade em que o legislador se vê de prever na íntegra as cambiantes no caso-tipo cuja regulação por interposto órgão administrativo pretende programar e de, em consequência, modular as variantes que o sentido da decisão deverá conhecer para melhor se ajustar à realização do fim visado (*ibidem*, p. 388). O Autor recorre, porém, preferencialmente, à expressão *margem de livre decisão*, que permite abarcar “duas figuras que – tendo muito em comum na sua essência metodológica e no seu regime – apesar de tudo não se confundem totalmente sob qualquer dessas perspectivas”: a discricionariedade e o preenchimento valorativo de conceitos jurídicos indeterminados figurando na previsão das normas jurídicas (*ibidem*, p. 385) – este último frequentemente referido na doutrina como “discricionariedade imprópria”. Para uma referência às diversas figuras que vieram alargar o campo da discricionariedade, quer do lado da hipótese, quer do lado da estatuição das normas, Rogério SOARES, «Administração Pública e controlo judicial», pp. 230 ss. Como nota Ana Raquel MONIZ, «A discricionariedade administrativa...», p. 600, o problema da discricionariedade “constitui uma das temáticas mais desafiantes do Direito Administrativo”, em virtude de se encontrar “no âmago da compreensão e, sobretudo, da interligação e da convergência do princípio da separação de poderes, do princípio do Estado de direito e do princípio democrático e, no fundo, exigir uma adequada intelecção do sentido da função administrativa e da respectiva autonomia na conjugação com as demais funções estaduais”.

⁴³⁰ Sérvulo CORREIA, *Legalidade e autonomia...*, p. 489. Nas palavras de Rogério SOARES, *Interesse público, legalidade e mérito*, p. 208: “nunca pode a lei perder de vista que a necessidade pública que ela

O exercício deste espaço de autodeterminação por parte da Administração implica a ponderação valorativa de interesses concorrentes, bem como o completamento de previsões abertas das normas, e permite-lhe, nomeadamente, adoptar ou não uma conduta, escolher entre vários resultados alternativos ou completar um tipo aberto de uma norma atributiva de competência⁴³¹.

Como alertam Marcelo Rebelo de Sousa/Salgado de Matos, “a existência de margem de livre decisão administrativa envolve, necessariamente, a perda de alguma segurança jurídica e a introdução de alguma desigualdade friccional: as decisões administrativas são tomadas no caso concreto, com base em elementos retirados desse mesmo caso concreto, e corre-se o risco de que uma visão de conjunto de tais decisões venha a revelar incoerências e distorções sistemáticas. No entanto, estas desvantagens são compensadas por uma maior justiça e adequação da aplicação do direito, e mesmo, em certos casos, por uma maior igualdade, na medida em que se evita o tratamento normativamente padronizado de situações que, olhadas microscopicamente, revelam dissemelhanças relevantes”⁴³².

Deste modo, e independentemente da posição que se assuma quanto ao reconhecimento pela Constituição de uma “reserva de administração”, a aplicação da lei aos casos concretos, a concretização de conceitos indeterminados e o exercício da discricionariedade funcionam como uma “reserva de decisão parcial”⁴³³ a favor da Administração em face dos tribunais, estabelecida pelo legislador. Através destas figuras, recusa-se uma subordinação total da Administração ao legislador e ao juiz: as soluções concretas basear-se-ão em premissas autonomamente determinadas pelos órgãos administrativos e não completamente heterodeterminadas pelo legislador; e ao juiz não caberá substituir-se a estes na elaboração de juízos de prognose e de ponderação de interesses conflituantes, que integram materialmente a função administrativa⁴³⁴. A definição dos critérios metajurídicos de avaliação e de decisão, que o legislador remeteu para uma selecção autodeterminada da Administração, não é tarefa

serve é uma necessidade fria, esquemática, irreal; que a que se oferece ao agente é a necessidade concreta, com todo o calor e sugestão da vida real. Sempre, portanto, num momento ou noutro do acto, vai o legislador permitir ao agente que beneficie duma articulação elástica entre o preceito legislativo e a vida”.

⁴³¹ Nestes termos, Sérvulo CORREIA, *ibidem*, pp. 479 ss.

⁴³² Marcelo Rebelo de SOUSA/André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, I, p. 184.

⁴³³ Sérvulo CORREIA, *Legalidade e autonomia...*, p. 487. Castanheira NEVES considera a discricionariedade “um problema de *poder jurídico*, da política-jurídica repartição de poderes e funções entre a administração e a jurisdição” («O problema da discricionariedade», p. 531, n. assinalada com *).

⁴³⁴ Sérvulo CORREIA, *ibidem*, p. 488. Sobre isto, também Vieira de ANDRADE, *A justiça administrativa*, p. 84, para quem, no contexto de um Estado de direito equilibrado, os tribunais “não devem efectuar um controlo total da actividade administrativa, sob pena de se cair num ‘desequilibrado’ e indesejável ‘Estado dos Juízes’”.

própria da função jurisdicional, pois escapa ao raciocínio de aplicação de normas jurídicas, é antes “tarefa própria da administração, visto se traduzir em raciocínios de apreciação valorativa, prognose e ponderação de interesses, no quadro de programas político-administrativos e de uma visão de eficácia na prossecução do interesse público, que assentam na legitimidade democrática e que dão lugar à efectivação de responsabilidade política”⁴³⁵.

Esta margem de livre decisão, todavia, nunca é inteiramente livre, pois a actuação administrativa, mesmo quando discricionária, está subordinada à lei e ao direito (princípio da legalidade da administração). A actuação é sempre vinculada à lei, no mínimo quanto à competência e quanto ao fim prosseguido: só existe discricionariedade onde a lei especificamente a conceda; e o seu exercício deve conformar-se com o interesse público visado pela norma que a concede, sob pena de desvio de poder⁴³⁶.

Com efeito, a liberdade de escolha deixada à Administração não tem o sentido de esta escolher um qualquer comportamento de entre os idóneos para a satisfação de uma necessidade pública, mas sim o de se obter a melhor satisfação da necessidade pública prosseguida; assim, sob pena de desrespeito pelo fim da lei, o agente administrativo só pode ter em vista satisfazer da melhor maneira possível a necessidade tutelada, com exclusão de qualquer outra necessidade que não aquela para cuja satisfação lhe foi atribuída a disposição de vários fins à sua escolha⁴³⁷. Além disso, a actuação administrativa deve respeitar os direitos fundamentais e obedecer aos princípios fundamentais que regem a actuação da Administração Pública, como os da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé (consignados

⁴³⁵ Sérvulo CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, p. 436. Também fazendo corresponder o universo da discricionariedade para efeitos de controlo jurisdicional àquele que envolva “uma responsabilidade administrativa que só o Poder Executivo pode assumir perante a comunidade jurídica”, Barbosa de MELO, *Direito Administrativo II*, p. 88. Apelando igualmente a critérios de adequação funcional e de responsabilidade, Marcelo Rebelo de SOUSA/André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, I, p. 186: “se os tribunais controlassem o exercício da margem de livre decisão administrativa estariam, na verdade, a exercer a função administrativa (ou seja, teríamos uma *dupla administração*), em termos necessariamente menos aptos do que a administração e furtados à incidência de qualquer dos mecanismos de controlo e responsabilização que a prossecução do interesse público pela administração garante”.

⁴³⁶ Especificamente sobre a margem de discricionariedade conferida à administração penitenciária, Anabela Miranda RODRIGUES, *A posição jurídica do recluso...*, p. 49 ss., salvaguardando que a discricionariedade concedida pelo legislador não pode significar que as soluções encontradas ofendam os princípios jurídicos fundamentais ou se proponham um fim diferente do fim legal.

⁴³⁷ Nestes termos, Afonso QUEIRÓ, *O poder discricionário da Administração*, p. 270. O controlo do vício de *desvio de poder* permitia combater “o arbítrio, a inoportuna caprichosa, as atitudes reprováveis da Administração”, como nota o Autor, numa época em que não estavam juridificados como hoje os princípios fundamentais a que se subordina a actuação administrativa.

no artigo 266.º da CRP e artigos 3.º ss. do Código do Procedimento Administrativo). O cumprimento de tais normas e princípios é sindicável pelos tribunais⁴³⁸.

Estes podem opor às decisões discricionárias da Administração vícios jurídicos fundamentados no referido bloco de juridicidade. Nomeadamente, em caso de *abuso do poder discricionário* (se a decisão não se contém nos limites previstos na lei para o exercício do poder discricionário), de *desvio de poder* (se o motivo principalmente determinante da actuação administrativa não corresponde ao fim da lei, ou seja, se a decisão não se orientou pelo interesse público que a deveria determinar), de *erro de facto* (se se dão por verificados factos ou circunstâncias que não ocorreram, pelo menos como descritos, e se assumem como fundamento da decisão), de *erro manifesto de apreciação* (juízo técnico ou de valor muito deficiente), de *erro de direito* (se a base habilitante invocada para o exercício da competência não existe ou não se aplica no caso concreto), de *erro quanto à natureza e sentido da competência* (por exemplo, não exercício do poder discricionário por a Administração considerar que se encontrava impedida de actuar), de *auto-vinculação ilegítima* ou ainda de *violação* – em princípio, flagrante e ostensiva – *dos princípios gerais* da actividade administrativa ou de *violação de direitos fundamentais*⁴³⁹.

Deste modo, solução consentânea com, por um lado, o respeito pelos poderes próprios da Administração e, por outro lado, a vinculação desta à lei e ao direito é a do controlo pelos tribunais da legalidade – *rectius*, juridicidade – da actuação administrativa, mas já não do seu mérito, oportunidade ou conveniência⁴⁴⁰.

⁴³⁸ Na apreciação de Rui MACHETE, «Poderes do tribunal: o juiz», p. 130, estes princípios constitucionais “autorizam uma fiscalização do exercício do poder administrativo até há algum tempo absolutamente impensável”.

⁴³⁹ Para várias propostas de tipificação dos vícios sindicáveis, *vide*, nomeadamente, Vieira de ANDRADE, *Lições...*, pp. 223 ss.; Rogério SOARES, *Interesse público, legalidade e mérito*, pp. 235 ss.; CANOTILHO, «Fidelidade à República...», p. 75; João CAUPERS/Vera Eiró, *Introdução ao Direito Administrativo*, pp. 239 s.; Ana Raquel MONIZ, «A discricionariedade administrativa...», pp. 619 ss. Sobre os direitos fundamentais enquanto “limite autónomo do poder discricionário”, cf. ainda Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 221.

⁴⁴⁰ Neste sentido, quanto aos limites funcionais da jurisdição decorrentes da discricionariedade administrativa, Afonso QUEIRÓ, *O poder discricionário da Administração*, p. 302; Barbosa de MELO, *Direito Administrativo II (A protecção jurisdicional dos cidadãos perante a Administração Pública)*, pp. 72 ss.; Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, pp. 87 ss.; Vieira de ANDRADE, *A justiça administrativa*, pp. 82 ss.; Mário Esteves de OLIVEIRA/Rodrigo Esteves de Oliveira, *CPTA Vol. I e ETAF Anotados*, anotação ao art. 3.º do CPTA, pp. 121 ss.; Mário Aroso de Almeida, em anotação ao art. 268.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, p. 553; B. AYALA, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*, pp. 83 ss.; Marcelo Rebelo de SOUSA/André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, I, p. 138. Nas palavras de Rogério SOARES, «Administração Pública e controlo judicial», p. 227, “para que o juiz não vá, no controlo da Administração, colocar-se na veste de administrador e realizar uma segunda administração – com atentado ao princípio da separação dos poderes – há-de ter-se o cuidado de se lhe deixar apenas a verificação da legalidade dos actos administrativos”.

Como afirmam Wolff, Bachoff e Stober, o controlo jurisdicional circunscreve-se ao controlo jurídico, terminando onde deixem de existir padrões jurídicos de controlo; a autonomia da Administração manifesta-se aqui de forma particular, exigindo que a auto-responsabilidade desta, bem como a oportunidade, sejam respeitadas pela jurisdição, por forma a que o controlo a exercer pelos tribunais não conduza a uma subalternização da Administração nem a uma substituição das valorações desta pelas daqueles⁴⁴¹.

Aproveitando as palavras de Castanheira Neves, se a função jurisdicional não respeitar a diferença entre funções, “não só ultrapassa os limites da sua legitimidade, como compromete a sua específica função política no sistema”, fazendo seu um modo que lhe deve ser completamente alheio, em contradição com a sua legitimidade e a sua intenção específicas de juízo jurídico, participando assim de “uma função para que não tem legitimidade – não está preparada para ela nem pode ter dela responsabilidade”⁴⁴².

É aqui convocável a distinção entre *autoria* e *fiscalização*, ou, se se quiser, entre *decisão* e *controlo*: como ensina Vieira de Andrade, “o procedimento decisório difere do procedimento fiscalizador, é metodicamente mais exigente e mais completo, determinando uma ineliminável margem de *responsabilidade* de quem tem o poder-dever de decidir, tanto maior quanto mais a aplicação da norma, pela sua indeterminação conceitual ou estrutural ou pela complexidade da situação concreta, pressuponha ou suscite dúvidas ou incertezas. A função de decidir exige um *conhecimento* completo de todas as circunstâncias relevantes da situação de facto e de direito, uma *ponderação* real entre as alternativas e os respectivos efeitos e a *escolha* da solução que melhor realize o interesse público (os interesses públicos [...]) que o órgão administrativo, enquanto primeiro intérprete e autor competente e responsável pela decisão, tem a seu cargo. Diferentemente, para fiscalizar bem, a entidade de controlo, enquanto segundo intérprete, sobretudo quando seja, como é o tribunal, um órgão inoficioso e imparcial, apenas precisa de elaborar o *paradigma normativo* abstracto, até onde este seja determinável na situação concreta, e submeter a decisão sujeita a controlo a *testes de juridicidade* considerados fundamentais, para detectar o eventual incumprimento dos princípios que regulam a actividade decisória”⁴⁴³.

⁴⁴¹ WOLFF/Bachof/Stober, *Direito Administrativo*, p. 247.

⁴⁴² Castanheira NEVES, *O instituto dos «assentos»...*, pp. 616 s., referindo-se, no caso, à intromissão da jurisdição na função legislativa, mas com considerações que nos parecem para aqui transponíveis.

⁴⁴³ Vieira de ANDRADE, *A justiça administrativa*, p. 82.

2. A jurisdição administrativa

Os tribunais especificamente competentes para dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas são os tribunais administrativos e fiscais, de acordo com o artigo 212.º, n.º 3, da CRP. Este preceito “constitucionalizou uma jurisdição administrativa autónoma, tornando os tribunais administrativos e fiscais os tribunais comuns para o julgamento de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas e fiscais”⁴⁴⁴. Está-lhes cometida quer a garantia das posições subjectivas dos particulares perante a Administração, quer a tutela da legalidade objectiva da actuação desta⁴⁴⁵.

O facto de se tratar de uma ordem de tribunais distinta da dos tribunais judiciais explica-se pela evolução histórica da justiça administrativa e pela concepção da separação dos poderes, tendo a consagração de uma ordem jurisdicional autónoma sido não uma mera opção de especialização mas uma concretização dos limites da fiscalização jurisdicional da actividade da Administração. Se outrora se questionava até a qualificação dos tribunais administrativos como órgãos do poder judicial ou do poder administrativo, hoje trata-se inequivocamente de verdadeiros tribunais, órgãos da função jurisdicional, e tem-se caminhado no sentido de lhes conferir os poderes de plena jurisdição próprios do poder judicial⁴⁴⁶.

Quanto à questão da *exclusividade* desta jurisdição, ou seja, de saber se é constitucionalmente vedada a atribuição a outra ordem de tribunais da competência para dirimir litígios emergentes de relações jurídico-administrativas, a jurisprudência tem entendido que o n.º 3 do artigo 212.º, preceito introduzido pela revisão de 1989, não visou estabelecer “uma reserva absoluta, quer no sentido de exclusiva, quer no sentido de excludente”, de atribuição a tal jurisdição da competência para o julgamento dos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais, sendo constitucionalmente admissíveis desvios, num sentido ou noutro, desde que materialmente fundados e insusceptíveis de descaracterizar o núcleo essencial de cada

⁴⁴⁴ Ac. do TC n.º 522/2008.

⁴⁴⁵ Cf. art. 4.º, n.º 1, do ETAF. Sobre as teses objectivistas e subjectivistas, Barbosa de MELO, *Direito Administrativo II*, pp. 37 ss.; Vieira de ANDRADE, *A justiça administrativa*, p. 12; B. AYALA, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*, pp. 184 s.

⁴⁴⁶ Sobre esta evolução histórica, Barbosa de MELO, *Direito Administrativo II*, p. 6; Vieira de ANDRADE, *A justiça administrativa*, pp. 24 ss.; Sérvulo CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, pp. 439 ss.; Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, p. 27; Aroso de ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, pp. 199 s.; João CAUPERS/Vera Eiró, *Introdução ao Direito Administrativo*, pp. 389 ss.; J. P. Cardoso da COSTA, «O recurso para os tribunais judiciais da aplicação de coimas pelas autoridades administrativas», pp. 42 ss.; CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, I, anotação ao art. 212.º, p. 564.

uma das jurisdições⁴⁴⁷. O ETAF, aliás, exclui expressamente várias matérias do âmbito da jurisdição administrativa (artigo 4.º, n.ºs 3 e 4). A esta questão regressaremos *infra*⁴⁴⁸, a propósito das competências dos tribunais de execução das penas.

Para o nosso problema releva, sobretudo, a questão dos limites *funcionais* da jurisdição.

No CPTA, o legislador afirma claramente que o controlo a efectuar pelos tribunais incide sobre o direito, não sobre o mérito, em respeito pelo princípio da separação dos poderes. Afirma-o não só enquanto princípio geral, logo no artigo 3.º, n.º 1 (*No respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação*), mas também o manifesta em vários pontos do seu regime, como por exemplo ao estabelecer que, nos casos em que determine a prática de acto que envolva a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa, o tribunal não determina o conteúdo do acto, apenas as vinculações a que está sujeito (artigos 71.º, n.º 2, 95.º, n.º 5, 168.º, n.º 2, 179.º, n.º 1), tudo exemplos de normas que visam salvaguardar os espaços de valoração próprios do exercício da função administrativa (embora, na opinião de alguns autores, certas disposições do Código relativas a novos meios de tutela tragam alguns desafios à repartição de funções⁴⁴⁹).

⁴⁴⁷ Assim, o Ac. do TC n.º 211/2007. A jurisprudência constitucional, com efeito, não considerou inconstitucionais diversas normas atributivas de competências aos tribunais judiciais, nomeadamente para decidirem questões como a fixação do valor da indemnização em caso de expropriação (Ac. n.º 746/96), recursos das deliberações do plenário do Conselho Superior da Magistratura (Acs. n.ºs 347/97 e 421/2000), acções referidas na Lei de Bases do Ambiente (Ac. n.º 458/99), recursos dos despachos que concedam ou recusem patentes, depósitos ou registos (Ac. n.º 550/2000), impugnação dos actos dos conservadores do registo predial (Ac. n.º 284/2003), litígios em que figure como parte a Rede Ferroviária Nacional, mesmo no caso de acções em que estejam em causa relações jurídico-administrativas (Ac. n.º 211/07, acabado de citar em texto), bem como para julgarem as impugnações de decisões administrativas em processo de contra-ordenação (Ac. n.º 522/2008, entre outros; especificamente sobre a questão, J. P. Cardoso da COSTA, «O recurso para os tribunais judiciais da aplicação de coimas pelas autoridades administrativas», *passim*, e Nuno BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações*, p. 868, embora sem considerar que se trate de um desvio à atribuição constitucional de jurisdição aos tribunais administrativos). No mesmo sentido, de considerar que a norma constitucional consagra “um modelo típico, susceptível de adaptações ou de desvios em casos especiais, desde que não fique prejudicado o núcleo caracterizador do modelo”, designadamente em situações de fronteira em que haja dúvidas de qualificação ou zonas de intersecção entre matérias administrativas e outras, Vieira de ANDRADE, *A justiça administrativa*, pp. 96 ss.; com indicação de doutrina em ambos os sentidos – do carácter absoluto ou relativo da cláusula de jurisdição dos tribunais administrativos –, Mário Esteves de OLIVEIRA/Rodrigo Esteves de Oliveira, *CPTA Vol. I e ETAF Anotados*, anotação ao art. 1.º do ETAF, p. 24; CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, I, anotação ao art. 212.º, pp. 565 s., considerando forçada a interpretação que admite excepções à competência destes tribunais.

⁴⁴⁸ Parte III, Cap. II, 3.3.

⁴⁴⁹ Nomeadamente, Sêrvulo CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, pp. 768 ss., vendo nas novas formas de antecipação do exercício da jurisdição, quer injuntiva quer substitutiva, e sobretudo nas

Destas normas extrai-se, pois, a orientação no sentido de a margem de livre decisão administrativa se encontrar submetida “a um *pleno* controlo de juridicidade, mas, também, a um *mero* controlo de juridicidade”⁴⁵⁰, respeitando-se, portanto, “a essência do princípio da separação dos poderes – isto é, a autonomia da Administração no exercício de poderes discricionários ou espaços próprios de valoração legalmente atribuídos”⁴⁵¹. Dentro destes espaços de autonomia, não existe uma solução válida única: desde que cumpra as normas jurídicas e princípios fundamentais que o vinculam, o aplicador é o competente para procurar a melhor solução, não competindo ao tribunal apreciar se haveria outra solução ainda melhor para nessa base invalidar a decisão tomada⁴⁵². Os princípios do artigo 266.º, n.º 2, da CRP são, assim, “limites negativos de racionalidade jurídica na valoração e ponderação”⁴⁵³: os tribunais poderão censurar uma decisão administrativa que seja desigualitária, parcial, desproporcionada, injusta ou de má-fé, mas não para além disso; não podem ditar o resultado a alcançar nem sobrepor os seus próprios juízos de mérito, conveniência ou oportunidade às opções discricionárias da Administração⁴⁵⁴. Como sublinha Sérvulo Correia, “a jurisdição não serve para a prossecução dos interesses públicos num ambiente de legitimidade e responsabilidade democrática e o processo jurisdicional não pode privar o procedimento administrativo do papel de momento central da regulação conformativa das relações jurídicas administrativas”⁴⁵⁵.

sentenças substitutivas, uma alteração do teor da relação entre função administrativa e jurisdição administrativa, falando mesmo numa “alteração qualitativa do poder do juiz administrativo” (p. 770); o princípio do respeito das competências administrativas exigirá que a intervenção do tribunal, nesses casos, se limite ao estritamente indispensável à resolução da causa. Também Rui MACHETE, «Poderes do tribunal: o juiz», p. 130, salientando o reforço dos poderes do juiz administrativo após a reforma da justiça administrativa, com “uma implicação muito grande na vida da Administração, o que aconselha uma grande prudência no uso desses poderes”; em particular, nas acções de condenação à prática de acto administrativo devido, os poderes do juiz situam-se, em alguns pontos, “na fronteira da discricionariedade administrativa e podem mesmo conflitar com esta”.

⁴⁵⁰ Sérvulo CORREIA, *ibidem*, I, p. 777.

⁴⁵¹ Vieira de ANDRADE, «A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada», p. 226.

⁴⁵² Sérvulo CORREIA, «Margem de livre decisão...», p. 392.

⁴⁵³ Sérvulo CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, p. 778 (método do “controlo pela negativa”). Sobre isto também Barbosa de MELO, *Direito Administrativo II*, p. 86, dando nota, à época, de que, em relação a estes princípios, a jurisprudência administrativa comparada tendia a considerá-los justificáveis desde que a decisão administrativa tivesse sido manifestamente irracional, indefensável, injusta ou intolerável.

⁴⁵⁴ Neste sentido afirma Ana Raquel MONIZ, «A discricionariedade administrativa...», p. 626, que “a vinculação jurídica do exercício dos poderes discricionários aos princípios abre a possibilidade de uma fiscalização – mas não um *reexame* – jurisdicional das acções administrativas em causa”.

⁴⁵⁵ Sérvulo CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, p. 775.

É também essa a orientação que se pode extrair da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, segundo a qual o controlo judicial da actuação administrativa, na margem de reserva de administração definida pelo artigo 3.º, n.º 1, do CPTA, deve limitar-se à verificação da ofensa ou não dos princípios jurídicos que a condicionam e será um controlo pela negativa, não podendo o tribunal substituir-se à Administração na ponderação das valorações que se integram nessa margem. Veja-se, exemplificativamente, o que se afirmou no acórdão proferido no âmbito do célebre caso do encerramento dos blocos de partos de alguns hospitais públicos:

“Não terá de ser um controle limitado pela constatação da existência de violação grosseira ou manifesta de princípios jurídicos, pois a violação não grosseira ou não manifesta não deixa de ser ilegal, mas terá de ser um controle limitado pela possibilidade de afirmação segura e positiva da existência de tal violação.

Esta limitação dos poderes de cognição do tribunal está em consonância essencial com a opção constitucional, consubstanciada na adopção do princípio da separação e interdependência de poderes (art. 2.º da CRP), nos termos da qual cabe aos tribunais, tendo a lei como único elemento condicionante, ‘assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados’ (arts. 202.º, n.º 2, e 203.º da CRP), cabendo à Administração, além do mais, a escolha das providências necessárias para o desenvolvimento económico e social e a satisfação das necessidades colectivas [art. 199.º, alínea g), da CRP], dentro dos limites traçados pela lei, entendida como bloco de legalidade aplicável”⁴⁵⁶.

É certo que nem sempre será óbvia a fronteira entre “mérito” e juridicidade, desde logo porque os próprios juízos de mérito não deixam de ter um enquadramento legal e de estar sujeitos aos princípios jurídicos que regem a actividade administrativa, podendo falar-se num grau de “juridicidade imanente”⁴⁵⁷. Na verdade, qualquer decisão administrativa comporta elementos de discricionariedade e de vinculação, “em

⁴⁵⁶ Ac. do STA de 6-3-2007, Proc. n.º 1143/06.

⁴⁵⁷ Na expressão de Mário Esteves de OLIVEIRA/Rodrigo Esteves de Oliveira, *CPTA Vol. I e ETAF Anotados*, anotação ao art. 3.º do CPTA, p. 126, que dão como exemplo expressivo da dificuldade o juízo de cumprimento do princípio da proporcionalidade: este juízo acaba por exigir que se avalie se a medida é conveniente, oportuna e necessária; para evitar que o teste da proporcionalidade se transforme num “cavalo de Tróia”, por onde os tribunais facilmente invadiriam a ‘cidade’ do mérito da Administração, há-de exigir-se que a violação desse princípio (e doutros, afins) só constitua fundamento jurídico da invalidação dos actos administrativos, em geral, quando seja concretamente *ostensiva* ou *manifesta*” (o que, em relação aos princípios da igualdade ou da boa-fé não seria tão verdadeiro como para o da proporcionalidade).

proporções variáveis”⁴⁵⁸. Como observa Vieira de Andrade, “muitas das antigas regras de boa administração se transfiguraram em princípios jurídicos e outras estão em vias de se transformarem, pelo menos em certas dimensões e em determinadas situações, em padrões normativos da actividade administrativa e da fiscalização judicial” (como é exemplo o princípio da eficiência); importará apurar, “*por interpretação da lei*, a quem cabe ou deve caber a *responsabilidade* própria pela decisão de aplicação da norma ao caso”, relevando para o efeito a capacidade técnica, a legitimidade política ou social do órgão, a qualidade da matéria (por exemplo, tratar-se de direitos fundamentais ou de interesses complexos) e o tipo ou modo de decisão (juízos sobre aptidões pessoais, decisões de prognose, decisões com implicações políticas)⁴⁵⁹. Aqui encontramos, de novo, as ideias de adequação funcional e de responsabilidade.

Na síntese do mesmo Autor, “o princípio da divisão dos poderes não implica hoje uma proibição absoluta ou sequer uma proibição-regra de o juiz condenar, dirigir injunções ou orientações, intimar, sancionar, proibir ou impor comportamentos à Administração. O princípio implica tão-só, o que é muito diferente, uma proibição *funcional* de o juiz afectar a *essência do sistema de administração executiva*: não pode ofender a *autonomia* do poder administrativo, isto é, o *núcleo essencial* da discricionariedade, na medida em que a lei confira aos órgãos da Administração *poderes próprios* de apreciação ou de decisão; tal como tem de respeitar, em princípio, a *autoridade* e a *força estabilizadora* características do acto administrativo, em especial, a sua força de *caso decidido*”⁴⁶⁰.

Refira-se que também os actos *políticos* estão excluídos do âmbito da jurisdição administrativa⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ A expressão é de João CAUPERS/Vera Eiró, *Introdução ao Direito Administrativo*, p. 86. Como nota Ana Raquel MONIZ, «A discricionariedade administrativa...», p. 613, “a realização administrativa do direito transporta sempre uma vertente criadora, ainda que em causa esteja o exercício de uma actividade vinculada”. Para Sérvulo CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, p. 777, é nesta “zona de justaposição entre metodologia jurídica e valoração de oportunidade que a separação de funções se arrisca a tornar-se difusa e a reduzir-se praticamente a nada se não houver adesão generalizada a raciocínios jurídicos apropriados para lhe manter a consistência”.

⁴⁵⁹ Vieira de ANDRADE, *A justiça administrativa*, pp. 84 s. Observando igualmente o esbatimento de fronteiras entre legalidade e mérito, Marcelo Rebelo de SOUSA/André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, I, p. 201, e B. AYALA, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*, p. 242. Considerando também necessário aprofundar a metodologia da delimitação entre áreas de juridicidade e de autodeterminação, Sérvulo CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, p. 437.

⁴⁶⁰ Vieira de ANDRADE, *A justiça administrativa*, p. 89.

⁴⁶¹ A exclusão resulta do art. 4.º, n.º 3, a), do ETAF. O próprio art. 268.º da CRP apenas consagra a garantia de impugnação de quaisquer actos *administrativos*. Aliás, a principal relevância prática da distinção material entre função política e função administrativa é precisamente a de determinar a impugnabilidade judicial das decisões tomadas no respectivo âmbito (Vieira de ANDRADE, *Lições...*, p.

Prospectivamente, Sérvulo Correia considera essencial que a interdependência dos poderes executivo e jurisdicional se processe na base de instrumentos metodológicos cada vez mais rigorosos, em nome da racionalidade e da segurança do exercício da jurisdição, evitando-se que o poder judicial incorra em situações ressentidas pelos titulares dos órgãos administrativos como “excesso de poder jurisdicional”, como usurpação de funções políticas através das “contraprognoses” do juiz e da assunção por este do poder de proceder a “contraavaliações” da conveniência ou oportunidade das actuações administrativas⁴⁶².

A complexa questão do controlo judicial do exercício da actividade administrativa recebe duas influências de sinal contrário: por um lado, a intensidade da intervenção do Estado na sociedade e a crescente complexidade e tecnicidade da actividade administrativa reclamam uma ampla margem de apreciação e decisão; por outro lado, as exigências de garantia jurídica dos administrados apontam no sentido de uma maior vinculação e de mais controlo⁴⁶³.

Em conclusão, o sistema deve basear-se num ponto óptimo entre as exigências do princípio da legalidade e do controlo da actuação da Administração Pública – essenciais num Estado de direito – e as exigências de prossecução eficiente e eficaz das

38). Sobre a distinção entre função política e função administrativa, na doutrina, designadamente, Afonso QUEIRÓ, «A função administrativa», pp. 41 ss., Barbosa de MELO, *Direito Administrativo II*, p. 62, Vieira de ANDRADE, *Lições...*, pp. 32 s., Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo I*, pp. 43 ss., CANOTILHO/Moreira, *Fundamentos da Constituição*, pp. 187 s., Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo V, pp. 22 ss., Blanco de MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, I, pp. 32 ss., N. PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, pp. 237 ss. Na jurisprudência do STA, vêm-se considerando pertencentes à função política os actos dos órgãos superiores do Estado que exprimam opções fundamentais sobre a definição e prossecução dos interesses ou fins primaciais da colectividade (cf., a título de exemplo, Ac. de 6-3-2007, Proc. n.º 1143/06; Ac. de 30-10-2007, Proc. n.º 477/07; Ac. de 20-5-2010, Proc. n.º 390/09, este último definindo função política como “uma actividade de ordem superior, que tem por conteúdo a direcção suprema e geral do Estado, tendo por objectivos a definição dos fins últimos da comunidade e a coordenação das outras funções à luz desses fins”). Não se deixa, porém, de salientar as dificuldades práticas da distinção: exemplificativamente, Ana Raquel MONIZ, «A discricionariedade administrativa...», pp. 638 ss., dá nota, com várias referências doutrinárias, da impossibilidade de uma separação estanque entre o plano político e o plano administrativo, já que os objectivos políticos apenas pela mediação da Administração podem ser adequadamente formulados e alcançados e, por outro lado, também a Administração depende da direcção e orientação políticas.

⁴⁶² Sérvulo CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, p. 785. Igualmente alertando que uma competência de controlo dos tribunais para além de limites devidamente definidos pode produzir consequências que inaceitáveis do ponto de vista do *topos* da “estrutura orgânica funcionalmente adequada” ou do “processo de decisão funcionalmente adequado”, OSSENBUHL, «Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung», p. 227.

⁴⁶³ Assinalando as duas tendências de sinal contrário, João CAUPERS/Vera Eiró, *Introdução ao Direito Administrativo*, p. 92, e Aroso de Almeida, em anotação ao art. 212.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, p. 123. Assinalando a “tensão permanente entre a ausência de controlo jurisdicional do núcleo da margem de livre decisão, imposto pelo seu fundamento político, e a necessidade de tutela das posições jurídicas subjectivas dos particulares”, Marcelo Rebelo de SOUSA/André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, I, p. 201.

tarefas do Estado. Trata-se de questão não estritamente jurídica, mas também político-constitucional⁴⁶⁴.

⁴⁶⁴ Neste sentido, N. PIÇARRA, «A reserva de administração», p. 352, e Barbosa de MELO, *Direito Administrativo II*, p. 8, para quem o princípio da divisão de poderes constitui a matriz que racionaliza cabalmente a justiça administrativa, pondo em jogo os dois vectores ideológico-políticos – o da protecção jurisdicional e o da eficiência administrativa – e as duas correspondentes ideias jurídicas gerais – a do Estado de Direito e a do Estado Administrativo – que condicionam e modelam a garantia jurisdicional dos cidadãos no Estado Constitucional de hoje.

CAP. VII – O DIREITO A UMA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA PERANTE OS ACTOS DA ADMINISTRAÇÃO

Pretende-se agora determinar o conteúdo do direito de acesso ao direito e aos tribunais e do direito a uma tutela jurisdiccional efectiva, tal como assegurados pela Constituição e pelo direito internacional.

Para tanto, serão analisados os preceitos constitucionais pertinentes, à luz da doutrina e da jurisprudência constitucional, bem como o direito internacional relevante. Será igualmente estudada a evolução recente da justiça administrativa portuguesa, no sentido da plena conformação com as exigências constitucionais de tutela jurisdiccional dos cidadãos perante actos da Administração. Será ainda tratada a questão da tutela perante actos jurisdiccionais.

1. Conteúdo do direito a uma tutela jurisdiccional efectiva no ordenamento constitucional português

Intrinsicamente ligados ao princípio do Estado de direito e imprescindíveis à sua efectivação, o acesso ao direito e aos tribunais e a tutela jurisdiccional efectiva são, além de garantias institucionais⁴⁶⁵, verdadeiros direitos fundamentais⁴⁶⁶. Configuram-se, é certo, como direitos *instrumentais* de outros direitos, no sentido em que constituem uma garantia de protecção dos cidadãos contra ameaças ou violações da sua esfera jurídica⁴⁶⁷; mas apresentam-se com um conteúdo próprio, rico e complexo, que abarca diversos subprincípios e direitos fundamentais, inferidos, expressa ou por vezes implicitamente, de vários preceitos do texto constitucional⁴⁶⁸.

O artigo 20.º da Constituição garante “a todos” “o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos” (n.º 1) e impõe ao legislador que assegure aos cidadãos, “para defesa dos direitos, liberdades e

⁴⁶⁵ Vide CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 497: “a garantia institucional conexas-se com o dever de uma garantia jurisdiccional de justiça a cargo do Estado”.

⁴⁶⁶ Assim, CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, I, anotação ao art. 20.º, p. 408, e Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 337 (um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias).

⁴⁶⁷ Numa formulação do Tribunal Constitucional, “este direito é ele próprio uma garantia geral de todos os restantes direitos e interesses legalmente protegidos” (Ac. n.º 638/98).

⁴⁶⁸ Rui Medeiros, em anotação ao art. 20.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, p. 437; J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, pp. 243 ss.

garantias pessoais”, “procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos” (n.º 5). Na formulação de Marcelo Rebelo de Sousa, aqui se estabelece a “inter-relação necessária entre a tutela dos direitos dos cidadãos e a intervenção e a independência dos tribunais”⁴⁶⁹.

Esta garantia de protecção jurisdicional não se cinge aos direitos fundamentais, antes se estende *a todos e quaisquer direitos e interesses legalmente protegidos*, ou seja, interesses jurídicos dignos de tutela, ainda que não configurados como direitos subjectivos⁴⁷⁰, portanto, todas as situações juridicamente protegidas. A garantia é conferida *a todos*, isto é, a todos os que pretendam defender os seus direitos e interesses legalmente protegidos⁴⁷¹.

Tais pretensões subjectivas devem poder ser defendidas junto dos tribunais (dimensão do *acesso*) e mediante meios processuais que confirmem efectividade à tutela (dimensão da *tutela efectiva*).

A efectividade da tutela implica que esta não seja “meramente aparente ou proclamatória, mas antes efectiva, em termos de poder ser operacionalizada”⁴⁷², o que implica uma “compreensão unitária da relação entre direitos materiais e direitos processuais”⁴⁷³. Exigem-se, portanto, tipos de acções e de recursos, trâmites processuais e tipos de decisões adequados às possíveis pretensões de tutela.

A garantia aplica-se a todos os processos judiciais, incluindo da jurisdição administrativa, projectando-se inclusivamente em momentos anteriores e posteriores ao processo propriamente dito (nomeadamente, nos prazos de propositura, nos pressupostos processuais, nas formas de tutela cautelar e na execução das sentenças)⁴⁷⁴.

Este direito fundamental “desdobra-se”, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, “em três momentos distintos: primeiro, no direito de acesso a ‘tribunais’ para defesa de um direito ou de um interesse legítimo, isto é, um direito de acesso à ‘justiça’, a órgãos jurisdicionais, ou, o que é mesmo, a órgãos independentes e imparciais [...] e cujos titulares gozam das prerrogativas da inamovibilidade e da irresponsabilidade pelas suas decisões [...]; segundo, uma vez concretizado o acesso a

⁴⁶⁹ Marcelo Rebelo de SOUSA, *Orgânica Judicial...*, p. 7.

⁴⁷⁰ Assim, CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, I, anotação ao art. 20.º, p. 410; Rui Medeiros, em anotação ao art. 20.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, p. 435.

⁴⁷¹ De “protecção judicial integral e sem lacunas” fala Lopes do REGO, «O direito fundamental do acesso aos tribunais...», p. 734.

⁴⁷² J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, p. 244.

⁴⁷³ Assim, CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, I, anotação ao art. 20.º, p. 416.

⁴⁷⁴ J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, pp. 260 s.

um tribunal, no direito de obter uma solução num prazo razoável; terceiro, uma vez ditada a sentença, no direito à execução das decisões dos tribunais ou no direito à efectividade das sentenças”⁴⁷⁵.

Adiciona-se, assim, à materialidade dos direitos fundamentais “uma inequívoca dimensão organizacional, procedimental e processual”⁴⁷⁶.

O princípio contém, pois, necessariamente, uma relevante “dimensão prestacional”⁴⁷⁷, a exigir uma actuação por parte do Estado visando assegurar a sua efectivação e desenvolvimento, nomeadamente através da criação de um sistema de organização judiciária e da produção de legislação que institua os meios processuais adequados, sem criação de dificuldades excessivas e injustificadas ao acesso e sem lacunas geradoras de situações de indefesa⁴⁷⁸. Mas dirige-se também aos tribunais, aos quais incumbe a prestação da tutela jurisdicional efectiva em concreto, exigindo-lhes que, na sua actividade de interpretação e aplicação do direito, interpretem as normas de acordo com a máxima efectividade da tutela, tendo em conta o caso concreto e considerando os demais valores constitucionais em presença⁴⁷⁹.

Hão-de considerar-se integrantes do princípio da tutela jurisdicional efectiva vários direitos e princípios constitucionalmente reconhecidos: o direito de acesso ao direito, desdobrado nos direitos à informação e consulta jurídica, ao patrocínio judiciário e ao acompanhamento por advogado perante qualquer autoridade (n.º 2 do artigo 20.º), a proibição de denegação de justiça por insuficiência de meios económicos (n.º 1 *in fine* do artigo 20.º), o direito a um processo equitativo (n.º 4 do artigo 20.º), o direito a uma decisão em prazo razoável (n.º 4 do artigo 20.º), o princípio da independência dos tribunais (artigo 203.º), o direito à fundamentação das decisões judiciais, o princípio da obrigatoriedade das decisões dos tribunais e a garantia de execução das respectivas decisões (artigo 205.º), entre outros, além das garantias de defesa em processo criminal, incluindo a presunção de inocência, o princípio do contraditório, o princípio do juiz natural, o direito ao recurso (artigo 32.º) e o direito à revisão de condenações injustas (n.º 6 do artigo 29.º)⁴⁸⁰.

⁴⁷⁵ Ac. do TC n.º 444/91 e, com formulação um pouco diferente, n.ºs 440/94, 451/97 e 225/2005.

⁴⁷⁶ Rui Medeiros, em anotação ao art. 20.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, p. 423.

⁴⁷⁷ Assim, CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, I, anotação ao art. 20.º, p. 408; Jorge MIRANDA, *Manual...*, vol. II, tomo IV, p. 353.

⁴⁷⁸ CANOTILHO/Moreira, *ibidem*, p. 416.

⁴⁷⁹ J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, p. 258.

⁴⁸⁰ Reconhece estas dimensões do direito de acesso aos tribunais o Tribunal Constitucional, nomeadamente nos seus Acs. n.ºs 86/88 e 638/98.

O princípio da tutela jurisdicional efectiva funciona ainda como “agregador” dos direitos e garantias que, mesmo que não consagrados de forma expressa no texto da Constituição, não possam, em função daquele princípio, deixar de ser reconhecidos e dele deduzidos⁴⁸¹. Nesta concepção ampla, o princípio é apto a desempenhar uma função de “válvula de segurança” do Estado de direito⁴⁸².

Assim, embora o legislador disponha de ampla margem de liberdade de conformação concreta dos regimes processuais, disciplinando legitimidade, prazos, ónus processuais, poderes de cognição do tribunal, processo de execução, etc., estes regimes hão de revelar-se *funcionalmente adequados* aos fins do processo e respeitar o princípio da proporcionalidade, não podendo o legislador criar obstáculos que dificultem ou prejudiquem, arbitrariamente ou de forma desproporcionada, o direito de acesso aos tribunais e a uma tutela efectiva⁴⁸³. Pode inferir-se destes direitos um princípio *pro actione*, significando a preterição de uma justiça formal por uma justiça material e obrigando a evitar decisões meramente formais que, na prática, configuram denegação de justiça, por via da criação de obstáculos formais excessivos ou sem fundamento racional à obtenção de decisões sobre o mérito da causa⁴⁸⁴.

Releva também o dever do órgão jurisdicional de se pronunciar sobre a pretensão formulada mediante decisão fundamentada. Como tem afirmado o Tribunal Constitucional, o direito que assiste às partes de um processo de conhecerem efectivamente as decisões que lhes digam respeito e os respectivos fundamentos constitui corolário do direito fundamental de acesso aos tribunais⁴⁸⁵.

No que respeita à *tutela jurisdicional perante actos da Administração* – domínio que interessa ao presente estudo –, a Constituição revela uma especial preocupação em assegurá-la. Com efeito, regula-a especificamente no artigo 268.º (o que não faz para outros domínios processuais, ressalvadas as garantias especiais do processo criminal), especificação que não deve entender-se como um regime especial, exceptonado do princípio do artigo 20.º e de todos os subprincípios e direitos que este agrega, mas, pelo

⁴⁸¹ J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, p. 246.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 1160.

⁴⁸³ Assim, Ac. do TC n.º 1144/96; Lopes do REGO, «Os princípios constitucionais da proibição da indefesa...», pp. 839 s. Sobre o âmbito constitucionalmente exigível do “direito” das partes ao aperfeiçoamento de peças processuais deficientes, *ibidem*, pp. 844 ss., com indicações jurisprudenciais.

⁴⁸⁴ Rui Medeiros, em anotação ao art. 20.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, pp. 439 s.; J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, pp. 291 ss.

⁴⁸⁵ Ac. do TC n.º 444/91.

contrário, como um seu aprofundamento nas situações em que a pretensão de tutela se dirige contra a Administração Pública⁴⁸⁶.

Assim, da conjugação do artigo 20.º e dos demais preceitos acima citados com o artigo 268.º decorre que a plenitude do acesso à jurisdição vale também para os casos em que os particulares pretendam defender jurisdicionalmente os seus direitos ou interesses legalmente protegidos perante os poderes públicos, incluindo, “indiscutivelmente, em relação a quaisquer actuações administrativas lesivas” daqueles direitos ou interesses⁴⁸⁷.

A especial preocupação com a defesa dos administrados perante a Administração justifica-se “não por preconceitos antigos de inimizade do Executivo, mas por ser este o poder que contacta mais intimamente e com maior frequência com os particulares”⁴⁸⁸ – o que é especialmente verdade no domínio de que se ocupa a presente dissertação.

Justifica-se, além disso, pelas insuficiências que, durante muitos anos, caracterizaram o contencioso administrativo⁴⁸⁹.

Foi com o objectivo de superar essas insuficiências que sucessivas revisões constitucionais foram introduzindo alterações ao preceito normativo em referência. Se na versão primitiva do artigo epigrafado *Direitos e garantias dos administrados* (então numerado como 269.º) se garantia somente aos cidadãos interessados – além do direito ainda hoje consagrado no n.º 1 “de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas” – o “recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer actos administrativos definitivos e executórios”, a revisão de 1982 adicionou-lhe não só o dever de notificação aos interessados dos actos administrativos com eficácia externa e o dever de fundamentação expressa dos actos que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos, mas também a garantia de recurso contencioso “para obter o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido”, explicitando ainda que a já referida garantia de recurso contencioso contra actos administrativos definitivos

⁴⁸⁶ Assim, J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, p. 251.

⁴⁸⁷ Rui Medeiros, em anotação ao art. 20.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, pp. 434 s.

⁴⁸⁸ Vieira de ANDRADE, «A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada», p. 226.

⁴⁸⁹ Sobre este ponto, Mário Aroso de Almeida, em anotação ao art. 268.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, pp. 547 s.; J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, p. 250.

e executórios vale “independentemente da sua forma”. A revisão de 1989 prosseguiu o reforço das garantias dos administrados, conferindo-lhes o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos e a garantia de prazos máximos de resposta e, quanto ao contencioso administrativo, substituiu, no que se refere ao objecto do recurso contencioso por ilegalidade, actos administrativos “definitivos e executórios” por actos administrativos, sempre independentemente da forma, “que lesem os seus direitos ou interesses legalmente protegidos”. Além disso, veio garantir “sempre” aos administrados “o acesso à justiça administrativa para tutela dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos” – deixando, portanto, de se cingir ao recurso contencioso o acesso à justiça administrativa garantido pela Constituição. Já perante esta versão do artigo consideravam Canotilho/Vital Moreira que o texto constitucional reconhecia aos administrados “uma protecção jurisdicional administrativa sem lacunas”⁴⁹⁰.

Foi a revisão de 1997 que veio impulsionar uma evolução muito significativa no contencioso administrativo português. Ao introduzir a redacção actual dos n.ºs 4 e 5 do artigo 268.º, reforçou as garantias dos particulares e estabeleceu exigências adicionais de efectividade de tutela, no que poderá considerar-se “uma indicação incisiva ao legislador no sentido da adopção de um contencioso administrativo que acentuasse o subjectivismo”⁴⁹¹. É a seguinte a sua redacção:

4 – É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas.

5 – Os cidadãos têm igualmente direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos.

Em sentido coincidente de aprofundamento da garantia de procedimentos judiciais céleres, equitativos e aptos a assegurar uma tutela efectiva, a revisão de 1997 aditou também os actuais n.ºs 4 e 5 ao artigo 20.º:

4 – Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

⁴⁹⁰ CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada* (3.ª edição revista, 1993), p. 942.

⁴⁹¹ J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, p 252.

5 – Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

A redacção actual do artigo 268.º deixa claro que a garantia de impugnação de actos administrativos “se estende a todos os actos que impliquem, de alguma forma, a lesão de direitos ou interesses” dos administrados; “vale em relação a *todo e qualquer* acto administrativo”, independentemente da forma, da entidade que o pratique ou do contexto procedimental em que seja produzido, bastando que seja passível de lesar direitos ou interesses protegidos⁴⁹².

São elencados, de forma meramente exemplificativa, os tipos de pretensões cuja tutela jurisdicional há-de ser assegurada (n.ºs 4 e 5 do artigo 268.º) e exige-se que esta o seja mediante processo equitativo e em prazo razoável (n.º 4 do artigo 20.º). Especificamente quando estejam em causa direitos, liberdades e garantias pessoais, exige-se a disponibilidade de procedimentos judiciais céleres e prioritários (n.º 5 do artigo 20.º) que permitam a sua tutela em tempo útil; trata-se aqui do reconhecimento de um “*direito constitucional de amparo* de direitos a efectivar através das vias judiciais normais”⁴⁹³.

Do quadro constitucional traçado inferem-se várias dimensões do princípio da tutela jurisdicional efectiva⁴⁹⁴: o direito de acesso aos tribunais, que abrange, além do direito de acção ou direito de acesso aos tribunais em sentido estrito, também o direito de realização de um processo perante os tribunais, o direito à emissão de uma decisão sobre a causa e o direito à execução da decisão⁴⁹⁵; direitos específicos no contencioso administrativo, que consistem no direito a exigir que a tutela judicial neste domínio seja completa e não exclua nenhuma pretensão, o direito à obtenção de decisões de plena jurisdição (“o que, naturalmente, não abrange o direito a obter uma decisão judicial que se imiscua nas margens de liberdade próprias da função administrativa”⁴⁹⁶) e o direito à

⁴⁹² Assim, Mário Aroso de Almeida, em anotação ao art. 268.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, p. 550. Cf. ainda o Ac. do TC n.º 416/99: “deve abrir-se a via contenciosa sempre que o recorrente sofra uma *lesão actual* na sua esfera jurídica, provocada pela emissão do acto administrativo. O particular pode não ser destinatário directo do acto – fenómeno muito comum nos dias de hoje, quando avultam os procedimentos de massa e os actos multilaterais –, mas, desde que sofra uma lesão actual, deve ter acesso à via jurisdicional, sob pena de se assistir a uma restrição ilegítima do seu direito à tutela jurisdicional”.

⁴⁹³ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 506.

⁴⁹⁴ Segue-se a sistematização adoptada por J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, pp. 268 ss.

⁴⁹⁵ Na sistematização de CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, I, anotação ao art. 20.º, pp. 414 s.

⁴⁹⁶ J. T. SILVEIRA, *ibidem*, p. 287.

existência de medidas cautelares adequadas; o direito à previsão de meios processuais para protecção dos direitos, liberdades e garantias; o princípio *pro actione*, que implica a inexistência de obstáculos formais excessivos à obtenção de uma decisão de mérito; o direito à administração da justiça em prazo razoável; o direito a um processo equitativo, que respeite, em especial, os princípios do contraditório e da igualdade de armas⁴⁹⁷; o direito à transparência processual.

Refira-se ainda a importância do dever de fundamentação “expressa e acessível” dos actos administrativos que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos (artigo 268.º, n.ºs 1 *in fine* e 3). Para além do valor intrínseco deste dever enquanto garante da racionalidade e da transparência da actuação administrativa, bem como do direito dos administrados a conhecerem as razões das decisões que os afectam, este dever é também instrumental da tutela jurisdicional, em especial do direito à impugnação⁴⁹⁸.

Os preceitos constitucionais em análise não impõem, porém, específicas formas processuais: configurá-las, de harmonia com as dimensões constitucionais explicitadas, será tarefa do legislador⁴⁹⁹.

De acordo com a interpretação do Tribunal Constitucional, “o que o preceito constitucional [artigo 268.º, na versão da Revisão de 1997] fez foi deixar claro que o *princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa* – a mais do que obrigar o legislador a manter um meio processual, visando a impugnação de actos

⁴⁹⁷ Desenvolvidamente sobre estes corolários, Lopes do REGO, «O direito fundamental do acesso aos tribunais...», pp. 743 ss., com indicação de jurisprudência constitucional relevante.

⁴⁹⁸ CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, II, anotação ao art. 268.º, p. 825, identificando, como requisitos para que a fundamentação seja constitucionalmente adequada, o respeito pelos princípios da suficiência, da clareza e da congruência; e salientando a essencialidade da fundamentação como requisito de um controlo contencioso eficaz no caso dos actos praticados no exercício de poderes discricionários, visto que, sem aquela, ficaria substancialmente frustrada a possibilidade de impugnar com êxito os seus vícios mais típicos. Vieira de ANDRADE, *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, pp. 65 ss., fala na “plurifuncionalidade” do dever de fundamentação expressa, combinando a garantia dos administrados com a da objectividade e cuidado na formação da vontade decisória da Administração, bem como da própria transparência da actividade administrativa; o Autor estabelece, mesmo, a ligação entre o dever de fundamentação e a “autonomia responsável” da Administração: “o dever de dar conta à comunidade da razão de ser dos seus actos será o sinal de que a função administrativa integra uma modalidade autónoma da realização do Estado de direito material” (p. 399). Ana Raquel MONIZ, «A discricionariedade administrativa...», p. 626, nota que só através da fundamentação se pode sindicarmos a congruência entre os fundamentos e a decisão da administração e, como tal, o cumprimento do imperativo da racionalidade do *agere* administrativo e a observância das normas e princípios jurídicos, incluindo o da prossecução do interesse público.

⁴⁹⁹ Neste sentido, nomeadamente, Acs. do TC n.ºs 104/99 e 243/2013, afirmando-se ainda, no Ac. 63/2003 do mesmo Tribunal, que “vinculado, assim, a criar esses meios, o legislador não deixa de ser livre de os conformar, não sendo de todo o modo obrigado a prever meios iguais para situações diversas, considerando ainda que a identidade ou diversidade das situações em presença há-de resultar de uma perspectiva global que tenha em conta a multiplicidade de interesses em causa, alguns deles conflituantes entre si”.

administrativos, que pode bem ser o clássico *recurso contencioso*, e a manter, bem assim, *um meio processual de acesso à justiça administrativa para tutela dos direitos ou interesses legalmente protegidos* (nomeadamente, as *acções para o reconhecimento desses direitos ou interesses*) – obriga-o a prever meios processuais que permitam ao administrado exigir da Administração a prática de actos administrativos legalmente devidos (*acções cominatórias*) e, quando for o caso, poder lançar mão de medidas cautelares adequadas. É que tudo são manifestações (concretizações) do *direito de acesso aos tribunais* para defesa, por banda dos administrados, dos ‘seus direitos e interesses legalmente protegidos’, como dispõe o n.º 1 do artigo 20.º da Constituição. As formas processuais de que os particulares se hão-de socorrer relevam, obviamente, das opções do legislador, pois que o texto constitucional não as impõe” (Acórdão n.º 104/99).

O Tribunal recorda, a este propósito, a intervenção do Deputado Barbosa de Melo por ocasião do debate da lei constitucional de revisão:

“O sistema de tutela jurisdicional que hoje pretendemos constitucionalizar nestes dois números assenta na ideia de que a providência jurisdicional garantida aos cidadãos é que é aqui consagrada e não, como, de algum modo, vem sendo tradicional desde 1971, a forma processual através da qual essa providência há-de ser concretizada.

Assim, o texto constitucional garante aos cidadãos a possibilidade de obterem dos juízes da Administração cinco providências que se traduzem no seguinte: a primeira, no reconhecimento dos seus direitos; a segunda, na eliminação de actos administrativos em sentido técnico e próprio, portanto individuais e concretos; a terceira, a determinação ou a imposição da prática de actos administrativos legalmente devidos – é um passo fundamental; a quarta, a tomada de medidas cautelares; e a quinta, a eliminação de normas regulamentares.

Agora, as formas processuais ou tipos de acção através dos quais estas providências hão-de ser pedidas e, sendo caso disso, decretadas, não fazem parte da previsão constitucional, tudo isso é devolvido para o legislador ordinário. Assim se compreende que o texto constitucional abandone a referência ao recurso contencioso, que a Constituição de 1933, após a revisão de 1971, já continha e se mantém no texto vigente.

Aliás, nada impede e tudo aconselha que a lei ordinária conserve o recurso contencioso, que, na configuração histórica que entre nós assumiu, é o meio processual através do qual podem ser implementadas várias das providências jurisdicionais que passam a estar previstas nos n.ºs 4 e 5 agora em discussão. [...]

Essas alterações, em si mesmo, pouco mudam no direito ordinário vigente, o que lembram é ao legislador o seu dever de melhorar continuamente as garantias jurisdicionais dos administrados e o seu dever – é um outro dever também – de racionalizar, tornando cada vez mais compreensível para todos o sistema destas garantias”⁵⁰⁰.

Pode afirmar-se que o legislador deu resposta à exortação constitucional, confirmando, uma vez mais, o papel da Constituição como “motor de todas as transformações operadas [na justiça administrativa] ao nível legislativo e jurisprudencial”⁵⁰¹. Empreendeu uma reforma de vulto da justiça administrativa, vertida no novo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais e no novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos⁵⁰², que se orientou sobretudo para a consagração de uma *jurisdição plena* (tendencialmente, *todas as posições jurídicas* devem encontrar um meio de tutela adequado, deve poder ser deduzido *todo o tipo de pretensões* perante os tribunais administrativos e estes devem poder emitir *todo o tipo de pronúncias*), para a garantia de igualdade de armas entre Administração e administrados e para a *efectividade da tutela jurisdicional*.

2. A evolução recente no contencioso administrativo português

A reforma do contencioso administrativo de 2002-2004 modificou profundamente o próprio modelo de justiça administrativa. Visou transformá-la, de

⁵⁰⁰ *Diário da Assembleia da República*, VII legislatura, 2.^a sessão legislativa, reunião plenária de 30-7-1997, p. 3955.

⁵⁰¹ Vieira de ANDRADE, «A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada», p. 227, demonstrando o Autor essa afirmação através de uma resenha das várias modificações legislativas “provocadas” pelas revisões constitucionais de 1982, 1989 e 1997.

⁵⁰² Aprovados, respectivamente, pela Lei n.º 13/2002, de 19-2, e pela Lei n.º 15/2002, de 21-2, ambas alteradas pela Lei n.º 4-A/2003, de 19-2, tendo a reforma entrado em vigor a 1-1-2004. A revisão de 2015 (através do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2-10) introduziu ajustamentos ao regime com base na experiência da sua aplicação. Nomeadamente, no que à estrutura processual diz respeito, abandonou o modelo “dualista” de repartição entre acção administrativa comum e especial, estabelecendo uma única forma de processo declarativo não urgente – designada “acção administrativa” –, aplicável a todos os pedidos que podem ser formulados perante a jurisdição administrativa, muito embora, como notam João CAUPERS/Vera Eiró, *Introdução ao Direito Administrativo*, p. 440, haja numerosas disposições particulares que distinguem as acções umas das outras, em função do pedido formulado. A recente revisão de 2019 (Lei n.º 118/2019, de 17-9) visou sobretudo o combate à morosidade processual, perante o reconhecimento de que a capacidade de resposta dos tribunais não estava a acompanhar o crescimento dos litígios verificados na área administrativa e fiscal.

jurisdição limitada que era⁵⁰³, em uma “jurisdição plena, nos planos substancial, processual e funcional, sem prejuízo de respeitar a essência do princípio da separação dos poderes”, “ultrapassando as limitações tradicionais do acesso aos tribunais no âmbito das relações jurídico-públicas” e assim “reconhece[ndo] aos administrados a sua qualidade de cidadãos perante os poderes públicos”⁵⁰⁴. Fê-lo, sobretudo, através da previsão de meios processuais adequados a conferir tutela – atempada e efectiva – aos tipos de pretensões configuráveis, bem como através do alargamento da legitimidade activa e da adopção de mecanismos *pro actione*, tendentes a evitar o não conhecimento dos processos por razões formais e a promover a decisão sobre o mérito das causas.

Emblematicamente, o artigo 2.º do CPTA, dando concretização ao princípio da tutela jurisdicional efectiva, ao qual vai buscar a epígrafe, estabelece que “a todo o direito ou interesse legalmente protegido corresponde a tutela adequada junto dos tribunais administrativos” e elenca numerosos – mas não exclusivos – tipos de pretensão dedutíveis perante os tribunais administrativos. Aqui se consagra, em princípio, uma tutela “sem lacunas e completa”, “para reagir ao que quer que seja” – qualquer acção ou omissão jurídica ou material da Administração, “desde que ilegítima ou lesiva de posições jurídicas”⁵⁰⁵.

Correspondentemente, são conferidos a estes tribunais os poderes necessários a assegurar uma tutela atempada e efectiva: o artigo 3.º deixa claro que os tribunais podem impor deveres à Administração e estabelecer um prazo para os cumprir, com consequências em caso de incumprimento; assegura a disponibilidade de meios processuais urgentes que permitam salvaguardar o efeito útil das sentenças em situações de constrangimento temporal; e confere-lhes poderes para efectivar a execução das sentenças. O respeito pelo princípio da separação dos poderes é acautelado, explicitando-se que os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação.

São previstas formas de processo diferenciadas, declarativas e executivas, principais e cautelares, correspondentes aos vários tipos de pretensões.

⁵⁰³ Caracterizando o modelo anterior como tendo “gravíssimas lacunas na protecção judicial dos direitos dos administrados”, estando “armadilhado” de forma que acabava por ditar a derrota dos particulares na maior parte dos casos, Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 340.

⁵⁰⁴ Vieira de ANDRADE, «A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada», p. 226.

⁵⁰⁵ Mário Esteves de OLIVEIRA/Rodrigo Esteves de Oliveira, *CPTA Vol. I e ETAF Anotados*, anotação ao art. 2.º CPTA, p. 109.

Pelo interesse de que se revestirão para o tratamento da questão da tutela judicial efectiva dos reclusos – também eles *administrados* –, justifica-se descrever mais detidamente os meios processuais postos à disposição dos particulares pela justiça administrativa reformada⁵⁰⁶:

a) Reconhecimento de direitos ou interesses e condenação da Administração

Os particulares podem obter dos tribunais administrativos sentenças meramente *declarativas*, que simplesmente reconheçam situações jurídicas subjectivas, mas também sentenças de *condenação* da Administração à adopção de actos ou à sua omissão. Em acolhimento de pretensões preventivas dos particulares, os tribunais podem impor à Administração deveres de *abstenção* de perturbações ilegais (quer por meio de actos administrativos, quer de operações materiais) da sua esfera. Mas podem inclusivamente condená-la à *adopção de comportamentos* ou das condutas necessárias ao restabelecimento de direitos ou interesses violados, exigindo-lhe que *remova as consequências da sua actuação ilegal*, através da prática de todos os actos jurídicos ou operações materiais necessárias à reconstituição da situação actual hipotética. Finalmente, podem condenar a Administração ao *cumprimento de deveres de prestar* (v. g., pagamento de quantia, entrega de coisa, prestação de facto) que decorram de normas de direito administrativo ou de um acto por ela praticado⁵⁰⁷.

b) Impugnação de actos administrativos

Os particulares podem também propor acção com vista à anulação ou à declaração de nulidade ou de inexistência de acto administrativo (acção que pode considerar-se sucessora do tradicional recurso contencioso de anulação)⁵⁰⁸.

Tem legitimidade para a impugnação quem alegue ser titular de um interesse directo e pessoal, designadamente por ter sido lesado pelo acto nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos. O Ministério Público tem, igualmente, legitimidade

⁵⁰⁶ Para essa descrição seguiremos, sobretudo, a exposição de Mário Aroso de ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos, passim*.

⁵⁰⁷ Cf. art. 37.º, n.º 2, a) e), do CPTA (na redacção de 2015, a que se fará menção adiante: n.º 1, f) a j)). Sobre este instrumento, Aroso de ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, pp. 112 ss.; Vieira de ANDRADE, «A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada», pp. 233 s.

⁵⁰⁸ Cf. arts. 50.º ss. do CPTA. Sobre este meio processual, Aroso de ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, pp. 137 ss.; Vieira de ANDRADE, «A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada», p. 234.

para impugnar todo e qualquer acto administrativo, com o propósito de defesa da legalidade democrática e de realização do interesse público⁵⁰⁹.

Note-se que impugnável é qualquer acto da Administração com eficácia externa, ou seja, cujos efeitos que se destina a produzir na ordem jurídica sejam susceptíveis de se projectar na esfera jurídica de qualquer entidade, pública ou privada⁵¹⁰, independentemente da sua forma⁵¹¹ e de se tratar do acto final de um procedimento (abandona-se, pois, o requisito da definitividade horizontal) ou de se terem previamente esgotado as vias de impugnação administrativas (prescinde-se, assim, também da definitividade vertical, salvo nos casos em que legislação avulsa ainda o preveja expressamente). Não obstante a sua facultatividade, a utilização de meios de impugnação administrativa tem efeito suspensivo sobre o prazo de impugnação contenciosa.

A sentença não se limita a anular o acto praticado: tem ainda um efeito *preclusivo* ou *inibitório*, ou seja, vincula a actuação posterior da Administração, impedindo-a de voltar a praticar o mesmo acto, reincidindo nas ilegalidades verificadas pelo tribunal, sob pena de nulidade. A Administração somente poderá voltar a exercer o correspondente poder se observar os requisitos que havia preterido.

O CPTA estabeleceu o dever de os tribunais se pronunciarem sobre todos os vícios invocados contra o acto, bem como de conhecerem officiosamente outras causas de invalidade – evitando-se, por esta forma, que o tribunal conheça apenas um dos vícios, por ser bastante para considerar o acto ilegal, e que a Administração reitere o acto, expurgado desse vício mas mantendo outros. Pretende-se assim que a sentença defina o mais possível a relação jurídico-administrativa subjacente ao acto, potenciando a efectividade da tutela judicial.

⁵⁰⁹ Este papel de salvaguarda da legalidade e do interesse público conduz mesmo a que o MP possa, em caso de desistência do processo (ou circunstância similar) pelo autor, assumir a posição deste, requerendo a prossecução do processo.

⁵¹⁰ Cf. Ac. do TC n.º 9/95 (“o sentido da garantia constitucional de recurso contencioso contra actos administrativos ilegais é, portanto, esta: ali onde haja um acto da Administração que defina a situação jurídica de terceiros, causando-lhe lesão efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, existe o direito de impugná-lo contenciosamente, com fundamento em ilegalidade. Tal direito de impugnação contenciosa já não existe, se o acto da Administração não produz efeitos externos ou produz uma lesão de direitos ou interesses apenas potencial”).

⁵¹¹ Cf. n.º 1 do art. 52.º do CPTA, em consonância com o exigido expressamente pelo n.º 4 do art. 268.º da CRP, preceito constitucional que, como refere o TC, visa “impedir que razões formais impedissem o acesso à tutela jurisdicional contenciosa-administrativa, nomeadamente evitar situações em que, através da utilização de formas legislativas, o Governo emite decisões individuais – actos administrativos encapotados –, a fim de se furtar ao controlo da sua legalidade pelos tribunais administrativos” (Ac. n.º 416/99). Pode, portanto, tratar-se de acto administrativo *geral*, inserido em acto legislativo (decreto-lei) ou regulamentar.

c) Condenação à prática de acto devido

Como forma de reacção contra a *recusa ou omissão ilegal de actos*, o CPTA previu uma forma processual tendente à condenação da Administração à prática de actos legalmente devidos, com fundamento em lei, regulamento ou contrato. Confere-se, assim, aos particulares uma forma de reacção contra situações de *inércia* ou *omissão*, ou ainda contra actos administrativos de *indeferimento* ou de *recusa de apreciação* de requerimento⁵¹².

Tem legitimidade para o pedido quem alegue ser titular de um direito ou interesse legalmente protegido à emissão do acto. Pressuposto é que tenha apresentado formalmente o requerimento junto da Administração e que da parte desta tenha havido inércia ou recusa.

Também o Ministério Público pode propor uma acção de condenação quando o dever omitido resulte da lei – casos em que, portanto, a Administração incorre imediatamente em ilegalidade se não agir – e estejam em causa direitos fundamentais ou interesses públicos constitucionalmente protegidos.

Como nota Mário Aroso de Almeida⁵¹³, ocorreu uma transformação profunda em relação ao modelo tradicional de reacção contra actos de indeferimento: ao modelo de recurso de anulação do acto de indeferimento, em que o objecto do processo era o fundamento da recusa, sucede um modelo em que o objecto é a própria pretensão que o interessado havia deduzido perante a Administração: é o bem-fundado desta que se discute. Assim, em vez de verificar se o indeferimento foi ilegal – anulando-o em caso afirmativo e devolvendo a questão ao órgão administrativo –, o tribunal deverá pronunciar-se sobre a pretensão material do particular, averiguando se, no momento em que decide, se encontram preenchidos os elementos constitutivos da pretensão e não existem elementos impeditivos, modificativos ou extintivos desta.

Sendo esse o caso, o tribunal condena a Administração à prática do acto e, mais, fixa-lhe um prazo dentro do qual deve fazê-lo. Pode mesmo, caso haja fundado receio de incumprimento, aplicar, logo na sentença, uma sanção pecuniária compulsória dirigida ao titular do órgão administrativo.

No respeito pelo espaço próprio de discricionariedade administrativa, o tribunal deve dizer e aplicar o direito em toda a extensão com que as normas e princípios jurídicos sejam chamados a intervir, determinando todas as vinculações a observar pela

⁵¹² Cf. arts. 66.º ss. do CPTA. Sobre esta via de tutela, vide Aroso de ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, pp. 199 ss.

⁵¹³ Aroso de ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, p. 218.

Administração⁵¹⁴. O grau de concretização do conteúdo do acto a praticar variará, naturalmente, consoante a margem de discricionariedade de que disponha a Administração na matéria. Assim, nos casos em que o tribunal ajuíze existir unicamente uma solução possível (ou porque a lei a impõe claramente ou porque as circunstâncias do caso concreto não admitem outra alternativa), determinará logo o conteúdo do acto a praticar; já nos casos em que o acto se afigure de conteúdo discricionário, o tribunal explicitará as vinculações a observar, traçando assim o quadro dentro do qual os poderes discricionários serão exercidos. Casos poderá haver, porém, em que o tribunal terá de se limitar à condenação à prática de um qualquer acto, sem especificação de conteúdo, quando se esteja perante um poder de decisão que, embora vinculado quanto à oportunidade, não o seja quanto ao conteúdo e a Administração, ou por inércia ou por não ter chegado a adoptar uma decisão de mérito, não tenha fornecido elementos que permitam ao tribunal densificar parâmetros a observar no exercício do poder.

d) Intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias

Em concretização do já citado comando introduzido pelo n.º 5 do artigo 20.º da Constituição, foi criado o processo principal de “intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias”⁵¹⁵, que pode ser accionado quando a célere emissão de uma decisão de mérito se revele indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia. Destina-se a obter, por parte da Administração, a adopção ou abstenção de uma conduta, a realização de uma prestação ou mesmo a emissão de um acto administrativo. Trata-se de um meio de tutela subsidiário, a que só deve recorrer-se quando os processos não urgentes, em conjugação com as vias de tutela cautelar, não se mostrem aptos a assegurar uma tutela adequada⁵¹⁶, nomeadamente por se afigurar necessária uma decisão definitiva.

A tramitação do processo caracteriza-se pela flexibilidade, ajustada à intensidade da urgência. A decisão do tribunal determina o comportamento concreto a adoptar e, sendo caso disso, o prazo para o cumprimento e o responsável pelo mesmo. O incumprimento da intimação sujeita o responsável ao pagamento de sanção pecuniária

⁵¹⁴ Sobre este ponto, Aroso de ALMEIDA, *ibidem*, pp. 224 ss.

⁵¹⁵ Arts. 109.º a 111.º do CPTA. Sobre isto, Vieira de ANDRADE, «A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada», pp. 229 ss.; Aroso de ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, pp. 285 ss.; J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, pp. 288 ss.; Sofia DAVID, *Das intimações*, pp. 107 ss.; fazendo um balanço da aplicação desta forma processual nos primeiros anos de vigência, com resenha dos casos concretos apreciados, *idem*, «*Quo vadis: intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias*», pp. 225 ss.

⁵¹⁶ Pronunciando-se sobre a compatibilidade desta configuração subsidiária com a Constituição, nomeadamente com o n.º 5 do art. 20.º, o TC, no seu Ac. n.º 5/2006, não a reputou de inconstitucional.

compulsória, a fixar na decisão de intimação ou em momento posterior, sem prejuízo da responsabilidade civil, disciplinar e criminal a que haja lugar.

Admite-se ainda, excepcionalmente, a emissão de *sentença substitutiva da pronúncia da Administração*, só possível nos casos em que a pretensão se dirija à prática de um acto administrativo estritamente vinculado. Trata-se da única hipótese, como salienta Vieira de Andrade⁵¹⁷, em que a lei concede ao juiz poderes de substituição em processos declarativos, numa intervenção judicial que, para o Autor, consubstancia o exercício da função administrativa, embora limitado a casos em que a Administração não possa arrogar-se espaços próprios de valoração e decisão.

A consagração da possibilidade de emissão de sentenças condenatórias, incluindo de carácter substitutivo, era uma imposição do princípio da tutela jurisdicional efectiva, que exige não apenas a garantia de acesso aos tribunais mas também que tal decisão tenha incidência real ao nível da esfera jurídica dos cidadãos⁵¹⁸, e funda-se na própria noção de Estado de direito, entendido como um *Estado de direitos fundamentais* (na expressão de Gomes Canotilho e Vital Moreira⁵¹⁹), cumprindo ao legislador ordinário dar operatividade prática à defesa destes direitos, proibindo-se a sua inexecutabilidade ou ineficácia por falta de meios judiciais, designadamente por impossibilidade de serem ditadas ordens à Administração por parte dos tribunais administrativos⁵²⁰. Para Sofia David, a figura das intimações no contencioso administrativo concorre para “o fim do dogma da proibição de os tribunais formularem ordens à Administração”⁵²¹, dogma que havia sido afastado pelo legislador constituinte com a alteração do n.º 4 do artigo 268.º aquando da revisão de 1997, ao abranger na tutela jurisdicional efectiva a determinação da prática de actos administrativos devidos.

e) Impugnação de normas e condenação à emissão de normas

Justifica-se ainda uma referência ao contencioso de normas regulamentares.

O CPTA providencia formas de reacção contra normas emanadas no exercício da função administrativa, ou contra a sua omissão. São, por essas formas, dedutíveis perante os tribunais administrativos as pretensões de declaração de ilegalidade de

⁵¹⁷ Vieira de ANDRADE, «A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada», p. 231.

⁵¹⁸ Assim, Sofia DAVID, *Das intimações*, p. 185.

⁵¹⁹ CANOTILHO/Moreira, *Fundamentos da Constituição*, p. 83.

⁵²⁰ Sofia DAVID, *ibidem*, p. 187.

⁵²¹ *Ibidem*, p. 181.

normas e de declaração de ilegalidade por omissão de normas regulamentares necessárias a dar exequibilidade a actos legislativos carecidos de regulamentação⁵²².

No primeiro caso, tem legitimidade quem seja lesado pelas normas cujos efeitos se produzam imediatamente, bem como o Ministério Público, na sua função de protecção da legalidade objectiva (podendo este, inclusivamente, pedir uma declaração da ilegalidade com força obrigatória geral); no segundo caso, a legitimidade cabe a quem alegue um prejuízo decorrente da omissão e ao Ministério Público.

A declaração de ilegalidade tem como fundamento a ofensa de princípios ou normas, mesmo diversos dos invocados. No caso da omissão ilegal de normas, o tribunal não se limita a verificar a omissão, podendo estabelecer um prazo para o seu cumprimento, constituindo a sua eventual inobservância acto de desobediência, que habilita o particular a desencadear mecanismos de execução, que podem incluir a imposição de sanção pecuniária compulsória.

f) Tutela cautelar

Um dos maiores contributos da nova lei processual administrativa para a tutela judicial efectiva manifesta-se em matéria de processos cautelares, como salienta Vieira de Andrade⁵²³.

Em cumprimento do disposto no n.º 4 do artigo 268.º da Constituição, e em congruência com o princípio de que qualquer tipo de pretensão pode ser aduzido num processo principal, também em sede cautelar deve ser possível obter providências de conteúdo diversificado. Assim, o artigo 112.º do CPTA, além de um elenco exemplificativo de providências, contém uma cláusula aberta, nos termos da qual quem possuir legitimidade para intentar uma acção pode solicitar as providências cautelares antecipatórias ou conservatórias que se mostrem adequadas a assegurar a utilidade da sentença a proferir no processo. Podem ser requeridas várias providências, conjugadamente, e podem ser pedidas antes, durante ou depois da acção principal. Fundamentam-se no *periculum in mora*, ou seja, num fundado receio de constituição de uma situação de facto consumado ou de produção de prejuízos de difícil reparação. Foi ainda prevista uma forma de protecção “pré-cautelar” quando estejam em causa direitos, liberdades e garantias que de outra forma não possam ser exercidos em tempo útil, ou

⁵²² Cf. arts. 72.º ss. do CPTA. Mais desenvolvidamente, Aroso de ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, pp. 233 ss.

⁵²³ Vieira de ANDRADE, «A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada», pp. 234 s. No mesmo sentido, Aroso de ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, pp. 295 ss.

ainda situações de especial urgência. Trata-se da figura do *decretamento provisório de providência cautelar*, um regime especialmente célere, em que a providência deve ser decidida imediatamente após a apresentação do pedido⁵²⁴.

Uma nota ainda relativa à *legitimidade* activa, para salientar como foi consagrada de modo generoso no novo Código: além das partes na relação material controvertida, qualquer pessoa, independentemente de ter interesse pessoal na demanda, bem como as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público têm legitimidade para propor e intervir, em processos principais e cautelares destinados à defesa de valores e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais, assim como para promover a execução das correspondentes decisões jurisdicionais⁵²⁵.

É também relevante anotar que perpassa todo o normativo do CPTA a preocupação de que o desfecho dos processos consista numa decisão sobre o mérito da causa, evitando rejeições por razões meramente formais. Logo nas “disposições fundamentais”, o artigo 7.º estabelece que, “para efectivação do direito de acesso à justiça, as normas processuais devem ser interpretadas no sentido de promover a emissão de pronúncias sobre o mérito das pretensões formuladas” e o regime processual confirma esta orientação *pro actione*, sendo exemplo o disposto no 87.º em matéria de convite ao suprimento de irregularidades, insuficiências ou imprecisões dos articulados, permitindo-se inclusivamente, em caso de absolvição da instância por razões que obstem ao prosseguimento, a substituição da petição sem que se considere a nova petição intempestiva⁵²⁶.

No respeitante aos *recursos*, mencione-se que, embora tenha passado a haver um sistema de alçadas, há decisões que admitem sempre recurso, independentemente do valor da causa, como é o caso das decisões de improcedência de pedidos de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias e das decisões em matéria

⁵²⁴ Cf. art. 131.º do CPTA. V. Vieira de ANDRADE, «A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada», pp. 232 s.; desenvolvidamente, Aroso de ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, pp. 323 ss.; J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, pp. 687 ss.

⁵²⁵ Cf. art. 9.º do CPTA. Mais desenvolvidamente, Aroso de ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, pp. 27 ss.

⁵²⁶ Para mais manifestações deste princípio no contencioso administrativo, J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, pp. 294 ss., e Aroso de ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, pp. 21 s.

sancionatória. Refira-se ainda que, apesar de não se prever geralmente o duplo grau de recurso no contencioso administrativo, se instituiu um *recurso de revista excepcional* de decisões proferidas em 2.^a instância para o Supremo Tribunal Administrativo, baseado num critério qualitativo de admissibilidade: quando se trate de matérias que, pela sua relevância jurídica ou social, se revelem de importância fundamental ou quando necessário para uma melhor aplicação do direito⁵²⁷. Trata-se de uma “válvula de segurança” do sistema, que reforça o papel do Supremo Tribunal de orientação da jurisprudência, definindo o sentido que lhe deve presidir nas questões mais importantes. Além disso, prevê-se um *recurso para uniformização de jurisprudência*, a interpor perante o Supremo Tribunal, com vista à resolução de conflitos resultantes da verificação da existência de contradições sobre a mesma questão fundamental de direito entre acórdãos dos tribunais superiores⁵²⁸.

Justifica-se ainda uma referência ao mecanismo previsto no artigo 93.º do CPTA, tendente a promover a uniformidade da jurisprudência: sempre que num processo surja uma questão de direito nova, que suscite dificuldades sérias e possa vir a ser suscitada noutros litígios, o presidente do tribunal de 1.^a instância pode determinar que o julgamento se processe em formação alargada, com a intervenção de todos os juízes do tribunal, e pode fazer um “reenvio prejudicial” (que, com a revisão de 2015, passaria a chamar-se “consulta prejudicial”) para o Supremo Tribunal Administrativo, para que este indique, vinculativamente, o sentido em que a questão deve ser decidida, ficando o tribunal de origem obrigado a interpretar e aplicar a norma ao caso com o sentido definido por aquele. Esta possibilidade apresenta várias vantagens, tais como: promover a qualidade das decisões da 1.^a instância; evitar decisões contraditórias, favorecendo a uniformização da jurisprudência; obviar a dificuldades na aplicação de regimes novos, que muitas vezes dão origem a sentenças desencontradas; e acentuar o papel do Supremo Tribunal Administrativo como regulador do sistema⁵²⁹.

O extraordinário alargamento dos meios de protecção jurisdicional na justiça administrativa reformada conduz autores como Alves Correia a considerar que a garantia de tutela jurisdicional efectiva dos direitos dos cidadãos em face da Administração assegurada pelo actual quadro constitucional e legal “preenche (...) uma

⁵²⁷ Art. 150.º do CPTA.

⁵²⁸ Art. 152.º do CPTA.

⁵²⁹ Cf. Aroso de ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, p. 264.

boa parte dos fins que justificariam a adopção do ‘recurso de amparo’” no nosso sistema jurídico⁵³⁰.

A análise dos instrumentos de tutela proporcionados pela justiça administrativa releva significativamente para o nosso estudo, em particular na medida em que a tutela oferecida aos administrados perante actos da Administração, em geral, não poderá deixar de servir de parâmetro para a apreciação da validade constitucional da tutela oferecida aos administrados, quando privados da liberdade, perante a Administração penitenciária.

3. Acesso aos tribunais e tutela jurisdicional efectiva no direito internacional

O direito de acesso aos tribunais para obtenção de tutela jurídica é também reconhecido pelos principais instrumentos internacionais de direitos humanos que vinculam o Estado português.

Conquanto, em geral, estes instrumentos não alarguem significativamente o leque de direitos e garantias reconhecidos aos cidadãos, uma vez que a Constituição portuguesa já oferece um catálogo extenso e generoso de direitos fundamentais, a sua relevância pode manifestar-se de diversas formas. Em primeiro lugar, ainda que esporadicamente, estes instrumentos podem conter direitos – ou dimensões de direitos – não expressamente previstos na CRP. Em segundo lugar, a sua previsão – e, por vezes com mais relevância, a interpretação que deles é feita pelas jurisdições internacionais correspondentes – contribui para o reforço argumentativo da interpretação dos preceitos jusfundamentais da ordem interna realizada pelas jurisdições nacionais⁵³¹. Em terceiro lugar, a vigência destes instrumentos abre aos cidadãos o acesso a órgãos supranacionais de carácter jurisdicional, que lhes proporcionam uma tutela complementar à assegurada pela ordem interna (ou subsidiária, onde esta falhe), como é o caso do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁵³² e do Tribunal de Justiça da

⁵³⁰ Alves CORREIA, «Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdicional efectiva», p. 75.

⁵³¹ Na expressão do TC, os direitos previstos na CEDH, ainda quando não funcionem como “padrão autónomo” de um juízo de constitucionalidade, em razão de o seu conteúdo não acrescentar ao dos direitos consagrados na CRP, são susceptíveis de serem considerados “elementos coadjuvantes da clarificação do sentido e alcance” dos preceitos constitucionais referentes aos direitos fundamentais (Ac. n.º 223/95).

⁵³² O art. 34.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem consagra um direito de petição individual perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, nos termos do qual *o Tribunal pode receber petições*

União Europeia⁵³³. A tutela jurisdiccional efectiva é, assim, assegurada não só *no* direito internacional mas também *através do* direito internacional.

Resulta, por conseguinte, plenamente justificada uma breve referência às normas de direito internacional atinentes ao direito de acesso aos tribunais.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de harmonia com a qual devem ser interpretados e integrados os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais (artigo 16.º, n.º 2, da CRP), consagra-o no seu artigo 8.º, que dispõe: *toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei*. Assegura-se, pois, o acesso aos tribunais nacionais para protecção contra actos lesivos dos direitos fundamentais, devendo esse acesso constituir um meio efectivo. Note-se que, neste caso, a tutela conferida pela CRP é mais ampla, já que não se confina aos direitos fundamentais, antes abrange genericamente os direitos e interesses legalmente protegidos. A Declaração inclui ainda as garantias de um processo equitativo, em geral no seu artigo 10.º (*toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida*) e, em especial para a matéria penal, nos artigos 9.º, 11.º e 12.º.

Por seu turno, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos obriga os Estados signatários a garantir que *todas as pessoas cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto forem violados disponham de recurso eficaz* e que a autoridade competente (que, todavia, não se exige que seja judicial) *estatua sobre os direitos da pessoa*, a desenvolver as possibilidades de recurso jurisdiccional, e ainda a assegurar que *as competentes autoridades façam cumprir os resultados de qualquer recurso que for reconhecido como justificado* (artigo 2.º, § 3). Prevê ainda, em especial no artigo 14.º, as garantias próprias do processo equitativo, incluindo em matéria penal.

No quadro europeu, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem incorpora o direito de acesso a um tribunal no direito a um processo equitativo (artigo 6.º)⁵³⁴,

de qualquer pessoa singular, organização não-governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos.

⁵³³ Sobre o percurso do Tribunal de Justiça no sentido de tornar-se garante da protecção dos direitos fundamentais, v., nomeadamente, Alves CORREIA, «Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdiccional efectiva», pp. 93 ss.

⁵³⁴ Apesar de o teor literal do § 1 do art. 6.º não incluir explicitamente o direito de acesso, o TEDH tem afirmado que este direito é um elemento inerente ao direito estabelecido por aquele preceito (cf. *Golder c. Reino Unido*, Ac. de 21-2-1975, especialmente §§ 35-36, onde o Tribunal, após uma exaustiva operação

estabelecendo que *qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela* (§ 1)⁵³⁵. Contém ainda garantias específicas do processo criminal (em especial nos §§ 2 e 3 do artigo 6.º). A Convenção impõe, adicionalmente, aos Estados que garantam um *recurso efectivo*, perante uma instância nacional (que, porém, não exige expressamente que seja um tribunal), perante violações dos direitos e liberdades nela reconhecidos (artigo 13.º).

Enquanto o artigo 6.º assegura aos cidadãos o acesso a um tribunal para fazerem valer as suas pretensões (não apenas as que se fundem na CEDH) e estabelece as características de que deve revestir-se o correspondente processo judicial, o que o artigo 13.º exige aos Estados é a disponibilização de meios internos de protecção dos direitos previstos pela CEDH (já que o recurso para o TEDH deve ser subsidiário). Pode dizer-se que aquele preceito reconhece um direito genérico à tutela jurisdicional e a um processo equitativo, enquanto este obriga à previsão de mecanismos nacionais de tutela dos direitos especificamente convencionais⁵³⁶.

Também no quadro da União Europeia o direito de acesso aos tribunais para tutela dos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União se encontra agora expressamente previsto, na Carta dos Direitos Fundamentais – hoje dotada do mesmo valor jurídico que os Tratados (artigo 6.º, n.º 1, do Tratado da União) –, conquanto já anteriormente à vigência da Carta o Tribunal de Justiça fizesse derivar esse direito, ou algumas das suas dimensões, dos princípios gerais de direito da União e das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros⁵³⁷. A Carta consagra, no seu artigo 47.º,

de interpretação do preceito, chega à referida conclusão, afirmando que seria inconcebível que a norma descrevesse pormenorizadamente as garantias processuais das partes num processo pendente sem que protegesse primeiramente aquilo que torna possível beneficiar de tais garantias, ou seja, o acesso aos tribunais: “as características justo, público e expedito do processo judicial não têm qualquer valor se não houver processo judicial”).

⁵³⁵ Sobre as várias dimensões do processo equitativo contidas no art. 6.º, tal como interpretadas e desenvolvidas pelo TEDH, J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, pp. 212 ss.

⁵³⁶ Sobre a distinção entre os escopos dos dois preceitos, *vide*, nomeadamente, § 33 do Ac. proferido no caso *Golder c. Reino Unido*, de 21-2-1975.

⁵³⁷ Nos termos do art. 6.º, n.º 3, do Tratado da União, *do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros*, o que já resultava das versões de Amesterdão (n.º 2 do art. 6.º) e de Maastricht (art. F). Sobre o percurso do Tribunal de Justiça da União Europeia no sentido do reconhecimento de direitos relacionados com o princípio da tutela jurisdicional efectiva, com exemplos jurisprudenciais, J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, pp. 235 ss., e Maria José Rangel de Mesquita, anotação ao art. 47.º, in Alessandra SILVEIRA/Mariana Canotilho, *Carta dos Direitos*

sob a epígrafe *Direito à acção e a um tribunal imparcial*, o direito à acção (§ 1: *toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo*), o direito a um tribunal imparcial, a um processo equitativo e a um julgamento em prazo razoável (§ 2: *toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei*), o direito à defesa (§ 3: *toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo*) e o direito à assistência judiciária (§ 4: *é concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efectividade do acesso à justiça*). Não coincidindo inteiramente o teor literal destes direitos com o dos correspondentes da CEDH, da Declaração Universal e do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, tal não significa um âmbito de protecção menos amplo, uma vez que as disposições que regem a interpretação da Carta garantem que o sentido e âmbito dos direitos nela protegidos são iguais aos conferidos pela Convenção (artigo 52.º, n.º 3) e que a Carta não pode ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos reconhecidos pelas convenções internacionais de que são Partes a União ou todos os Estados-Membros (artigo 53.º).

As dimensões específicas destas normas de protecção internacionais na sua aplicação às pessoas privadas da liberdade serão tratadas *infra*, Parte II, Cap. V.

4. A admissibilidade de restrições aos direitos de acesso aos tribunais e de tutela jurisdicional efectiva

Estabelecido o conteúdo do direito de acesso aos tribunais e do direito à tutela jurisdicional efectiva, cumpre indagar da admissibilidade de *restrições e condicionamentos* a estes direitos⁵³⁸, nas situações em que um acto da Administração afecte um direito ou interesse legalmente protegido de um particular.

Fundamentais da União Europeia comentada, pp. 538 ss. Para um panorama do princípio da tutela jurisdicional efectiva no direito comparado, em particular nos ordenamentos espanhol, italiano, francês, alemão e americano, vide J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, pp. 130 ss.

⁵³⁸ Não cabe no escopo do presente trabalho tomar posição sobre se os direitos fundamentais são de caracterizar como “garantias jurídicas com reserva geral imanente de ponderação” (Reis NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 569), portanto susceptíveis de fundamentar restrições não expressamente autorizadas, quando necessárias para a compatibilização do direito com outros valores

No plano da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o direito de acesso a um tribunal não é considerado absoluto, admitindo a jurisprudência do TEDH uma margem de apreciação dentro da qual os Estados podem regulamentar o direito e estabelecer condicionamentos ou limites, *desde que* tal regulamentação não restrinja o acesso individual de uma maneira ou a tal ponto que o direito de acesso seja atingido na sua substância nem conflitue com outros direitos da Convenção⁵³⁹ e *desde que* as restrições sejam justificadas por um fim legítimo e proporcionais a esse fim⁵⁴⁰.

No plano interno, jurídico-constitucional, quaisquer restrições ao direito de acesso ao tribunal deverão conter-se nos limites constitucionais às leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, previstos no artigo 18.º da CRP, em particular a

(*ibidem*, p. 602), ou se apenas são admissíveis as restrições expressamente previstas na Constituição, não se considerando “restrição” a mera regulamentação, conformação, condicionamento, definição de limites ao exercício ou limitação para harmonização com outros direitos ou valores conflituantes.

Com efeito, quer se distinga entre “restrições” e “condicionamentos” ou “regulamentações”, aplicando somente às primeiras os requisitos do art. 18.º (para uma indicação de doutrina que adopta distinções afins, Reis NOVAIS, *ibidem*, pp. 255 ss.), quer se opte, para este efeito, por um conceito abrangente de restrição, entendida como “a acção ou omissão estatal que afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental, seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado” (como faz Reis NOVAIS, *ibidem*, p. 157) – restrições cuja constitucionalidade tem de ser verificada com recurso à ponderação de bens e à verificação do cumprimento dos requisitos constitucionais para as restrições –, o resultado a que se chegará, no quadro do tema tratado no presente trabalho, será semelhante. Efectivamente, se, de acordo com a posição de Reis Novais – que subscrevemos – no sentido de que os limites constitucionais às restrições dos direitos fundamentais (pelo menos os requisitos *materiais* de proporcionalidade, igualdade e conteúdo essencial e as demais exigências próprias do Estado de direito) serão genericamente aplicáveis “a quaisquer regulações no domínio dos direitos fundamentais, independentemente das categorias abstractas em que, de acordo com as inúmeras tipologias propostas, tais regulações se considerem integradas” (*ibidem*, p. 190), manter-se-á válida a conclusão a que chegaremos a seguir, no texto, de que se mostra constitucionalmente insustentável vedar o acesso a um tribunal para defesa de um direito ou interesse legalmente protegido, mas que são admissíveis regulações conformadoras ou condicionadoras do acesso, desde que se contenham nos limites impostos pelos referidos requisitos materiais.

Aliás, no que concerne ao direito à tutela judicial dos cidadãos em cumprimento de pena de prisão, nem se suscita o discutido problema da admissibilidade de restrições não expressamente autorizadas pela Constituição (cf. requisito imposto pelo n.º 2 do art. 18.º), uma vez que, para este caso, existe previsão constitucional expressa (n.º 5 do art. 30.º, que admite limitações aos direitos fundamentais com base nas “exigências próprias da execução”). Este ponto será tratado mais desenvolvidamente *infra*, Parte II, Cap. IV, 1.

⁵³⁹ Assim, *Golder c. Reino Unido*, Ac. de 21-2-1975, §38.

⁵⁴⁰ Cf. *Ashingdane c. Reino Unido*, Ac. de 28-5-1985, §57, e *Stegarescu e Bahrin c. Portugal*, Ac. de 6-4-2010, §46, ambos casos em que os requerentes, privados da liberdade, tinham visto limitado ou vedado o acesso a um tribunal. Refira-se ainda que o TEDH considera violado o art. 6.º quando um “formalismo excessivo” impede o exame do mérito da causa por um tribunal, como sucedeu no caso *Kadlec c. República Checa*, Ac. de 25-5-2004, em que o advogado da parte cometera um erro material na identificação da data da sentença de que apresentara recurso, o que, apesar de atempadamente rectificado, viera a conduzir à rejeição do recurso por intempestivo: o TEDH entendeu que a substância do direito a uma protecção efectiva pelos tribunais tinha sido afectada, não se verificando a exigível relação de proporcionalidade entre os meios e o fim (legítimo, de assegurar o respeito pelos requisitos formais de acesso à jurisdição constitucional) visado.

limitação ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e a proibição de diminuição da extensão e alcance do conteúdo essencial do preceito constitucional.

A jurisprudência e a doutrina nacionais vão no sentido de não admitir exceções ao direito de acesso a um tribunal para tutela de direitos ou interesses legalmente protegidos.

Com efeito, o TC tem entendido que a tutela jurisdicional efectiva garantida aos administrados pelo artigo 268.º, n.º 4, da CRP “significa que sempre que um acto se repercute na esfera de um particular causando uma afectação de um direito ou de um interesse, o lesado tem o direito de impugnar judicialmente esse acto”⁵⁴¹.

Na doutrina, Canotilho e Vital Moreira extraem do artigo 20.º da CRP que “ninguém pode ser privado de levar a sua causa (relacionada com a defesa de um direito ou interesse legítimo e não apenas de direitos fundamentais) à apreciação de um tribunal, pelo menos como último recurso”⁵⁴²; e, especificamente quanto aos actos administrativos sujeitos a recurso contencioso, afirmam que “a Constituição não exclui nenhuns, nem tal seria consonante com os requisitos do Estado de Direito democrático, que não admite actos administrativos isentos de controlo contencioso”⁵⁴³.

Rui Medeiros sublinha que a garantia de acesso aos tribunais é conferida “a todos”, ou seja, a todos os que pretendam defender os seus direitos e interesses legalmente protegidos (quando muito, poderá discutir-se se se está perante a invocação de um direito ou interesse legalmente protegido)⁵⁴⁴.

Mário Aroso de Almeida considera que o artigo 268.º da CRP assegura a impugnação de *quaisquer* actos administrativos que lesem os direitos ou interesses legalmente protegidos dos administrados, garantindo a *todo aquele que se veja afectado* nos seus direitos ou interesses por um acto administrativo ilegal a possibilidade de fazer valer a invalidade desse acto: “desde que estejam em causa actos administrativos, o regime de impugnabilidade perante a jurisdição administrativa não admite, pois,

⁵⁴¹ Ac. n.º 142/2006; em sentido idêntico, Acs. n.ºs 114/89, 437/89 ou 312/92, todos julgando inconstitucionais normas que impediam a impugnação de certos actos administrativos. V. ainda o Ac. n.º 24/88: “da inter-relação existente entre o direito ou interesse juridicamente protegido e a sua garantia por via judiciária há-de concluir-se apenas ser legítimo falar-se em violação do texto constitucional quando, ao titular daquele direito ou interesse, for denegado, de uma forma ou de outra, o recurso aos tribunais para sua defesa”.

⁵⁴² Em anotação ao art. 20.º, in CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, I, p. 408.

⁵⁴³ Em anotação ao art. 268.º, in CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, II, p. 832.

⁵⁴⁴ Cf. anotação ao art. 20.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, p. 432.

derrogações”, vigorando a garantia para “*todo e qualquer* acto administrativo” que implique, de alguma forma, a lesão de direitos ou interesses⁵⁴⁵.

Em sentido idêntico, Lopes do Rego sustenta que “a garantia da via judiciária implica a existência de uma *protecção judicial integral e sem lacunas* de todos os direitos e interesses legalmente protegidos, isto é, a atribuição a todos os sujeitos de direito dos meios processuais idóneos para alcançar a tutela de toda e qualquer situação juridicamente relevante”⁵⁴⁶.

Na síntese de Paulo Otero, todas as dúvidas sobre a legalidade da conduta, activa ou omissiva, da Administração são passíveis de sindicabilidade judicial, segundo um postulado de que a todas as posições jurídicas subjectivas materiais dos cidadãos corresponde um meio processual adequado a fazê-las reconhecer em tribunal⁵⁴⁷.

Em suma, não se afigura constitucionalmente admissível *vedar* o acesso a um tribunal para obtenção de tutela perante actos da Administração que afectem a esfera jurídica de qualquer cidadão.

Esta conclusão valerá plenamente para os cidadãos privados da liberdade. Como sublinha Damião da Cunha, a norma do n.º 5 do artigo 30.º da CRP “em caso algum deve ser entendida como restritiva para efeitos de protecção ou de tutela judicial; antes tal tutela estará sempre pressuposta em todo o seu conteúdo”⁵⁴⁸. No mesmo sentido aponta a jurisprudência do Tribunal Constitucional⁵⁴⁹, bem como a do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁵⁵⁰.

O que ficou dito não invalida que o legislador disponha de uma ampla margem de conformação dos *pressupostos* de que depende o acesso (tais como prazos de

⁵⁴⁵ Cf. anotação ao art. 268.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, pp. 549 s.

⁵⁴⁶ Lopes do REGO, «Acesso ao direito e aos tribunais», p. 46.

⁵⁴⁷ Paulo OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, I, p. 396.

⁵⁴⁸ V. anotação ao art. 30.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, p. 691. O tratamento específico do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva no âmbito da execução da pena será feito aprofundadamente *infra*, Parte II, Cap. IV.

⁵⁴⁹ Cf. Ac. do TC n.º 20/2012, relativo à impugnabilidade da decisão de colocação de recluso em regime de segurança, onde o Tribunal afirma: “o direito do recluso à tutela judicial – na vertente de garantia de impugnação judicial de quaisquer actos administrativos que o lesem – decorre do artigo 268.º, n.º 4, da Constituição, na medida em que o recluso, pelo simples facto de o ser, não perde a sua posição de administrado, mantendo-a, em princípio, com um ‘âmbito normativo idêntico ao dos outros cidadãos’”.

⁵⁵⁰ Com efeito, no caso *Golder*, já referido, estava em questão o direito de acesso ao tribunal por parte de um recluso, não tendo o TEDH considerado o direito de acesso aos tribunais inerentemente restringido pelo mero facto da privação da liberdade (cf. §§ 39-40); no caso *Stegarescu*, também já mencionado, o TEDH reiterou que “a existência de um processo judicial que permita impugnar actos que tenham repercussões importantes sobre os direitos civis dos detidos é necessária para obter o justo equilíbrio entre, por um lado, a consideração pelos constrangimentos do mundo prisional a que o Estado deve fazer face e, por outro lado, a protecção dos direitos do detido” (§ 50). As eventuais especificidades das exigências de tutela jurisdicional no que se refere a pessoas privadas da liberdade serão objecto de tratamento *infra*, na Parte II, Cap. V, 2.

caducidade, pressupostos de legitimidade, cumprimento de certas formalidades ou ónus processuais ou pagamento de custas judiciais), que podem ser estabelecidos por razões, designadamente, de segurança jurídica, de eficiência ou de justiça, desde que tais condicionamentos não se revelem arbitrários – tendo subjacente um fundamento racional ao qual sejam funcionalmente adequados – e desde que respeitem o princípio da proporcionalidade, não inviabilizando nem retardando ou dificultando excessivamente o acesso ao tribunal⁵⁵¹.

Não invalida, também, que, em certas áreas onde se verifiquem exigências específicas – como no domínio da execução da pena de prisão, no qual especiais exigências de ordem, segurança e disciplina, aliás constitucionalmente salvaguardadas no n.º 5 do artigo 30.º –, o legislador possa estabelecer *condicionamentos específicos*, sempre com os referidos limites⁵⁵².

Questão diferente é ainda a possível verificação de conflitos *entre dimensões* do princípio da tutela judicial efectiva. Não se trata aqui de restrições ao direito de acesso aos tribunais (no sentido de o acesso ser vedado ou condicionado), mas sim de possíveis limitações de dimensões específicas daquele direito em favor de outras dimensões, efectivado já o acesso. Autores como João Tiago Silveira⁵⁵³ apontam a particular tendência para a colisão entre as exigências de celeridade e eficiência, decorrentes da dimensão do princípio da administração da justiça em prazo razoável, e as vertentes do processo equitativo, do contraditório e da igualdade de armas. O próprio Tribunal Constitucional reconhece a celeridade e a eficiência do processo como valores constitucionalmente relevantes⁵⁵⁴, susceptíveis de fundamentar limitações a outros direitos englobados no princípio da tutela jurisdicional efectiva⁵⁵⁵. Para estas situações

⁵⁵¹ Como afirma o TC, exemplificativamente no seu Ac. n.º 1144/96. Este Tribunal tem vindo a julgar não inconstitucionais normas que condicionam o acesso aos tribunais ao cumprimento de ónus prévios (designadamente, nos Acs. n.ºs 491/97, quanto à imposição de tentativa de conciliação extrajudicial prévia; 9/95, 603/95, 115/96, 499/96, 1143/96 e 124/2000, quanto à exigência de recurso hierárquico prévio ao recurso contencioso; 70/2000, relativamente a prazos de caducidade do direito de acção, por razões de segurança e certeza jurídicas; 458/93, relativo à exigência de um prévio parecer de uma comissão; 352/91, quanto à exigência do pagamento de custas judiciais, que se admite desde que não torne o acesso aos tribunais insuportável ou especialmente gravoso). No mesmo sentido, na doutrina, CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, I (anotação ao art. 20.º), p. 409, e II (anotação ao art. 202.º), p. 508; Rui Medeiros, em anotação ao art. 20.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, p. 434 ss.; Aroso de Almeida, em anotação ao art. 268.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, pp. 551; Lopes do REGO, «O direito fundamental do acesso aos tribunais...», pp. 735 ss.

⁵⁵² Hipótese que será analisada mais adiante, Parte II, Cap. IV, 1.

⁵⁵³ J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, pp. 323 ss.

⁵⁵⁴ Exemplificativamente, Acs. do TC n.ºs 212/00, 646/98 e 1193/96.

⁵⁵⁵ Nomeadamente, o TC já aceitou que o contraditório possa ser limitado, em ordem à protecção de valores constitucionais como a celeridade e a eficácia processual, tendo admitido decisões sobre

de colisão, o Autor citado defende a necessidade de um exercício de concordância prática das dimensões em conflito, em cumprimento dos requisitos de proporcionalidade, não podendo a valorização de uma dimensão do princípio levar ao aniquilamento da outra e preservando-se sempre o conteúdo essencial de cada uma⁵⁵⁶.

Problema diverso é também a existência de *limites ao controlo* a efectuar pelos tribunais, decorrentes do princípio da separação dos poderes e das esferas de reserva próprias da Administração, matéria de que já nos ocupámos.

Em conclusão, quaisquer restrições ou condicionamentos do direito de acesso aos tribunais e do direito à tutela jurisdicional efectiva terão como limite o *conteúdo essencial* desse direito, o que implica que não possam resultar numa *eliminação* do direito à tutela. Em qualquer situação em que um acto da Administração afecte um direito ou interesse legalmente protegido de um particular, não pode ser vedado a este o acesso a um tribunal com vista a obter protecção jurídica contra tal acto.

5. A tutela perante actos jurisdicionais – o direito ao recurso

Como último ponto, importa averiguar se a garantia da via judiciária constitucionalmente consagrada abarca um direito de tutela perante decisões judiciais.

Se assim for, e na medida em que o for, essa tutela efectivar-se-á mediante um direito de recurso (e apenas por essa via, na ausência da figura da “queixa constitucional” ou do “recurso de amparo” no sistema de justiça constitucional

providências cautelares nas quais se dispense a audição do requerido ou se a remeta para um momento posterior ao da concessão da providência, bem como o diferimento do contraditório em processo executivo para momento posterior ao da adopção de providências nesse processo – cf., entre outros, Ac. n.º 303/03, onde se afirma: “o contraditório deve funcionalmente, por regra, anteceder a decisão. Mas há casos em que o contraditório pode não anteceder a decisão e se deve admiti-lo apenas diferidamente. Referimo-nos aos casos em que a tutela efectiva e eficaz que o processo deve propiciar tem sério risco de ficar inviabilizada no caso de ser ouvida a parte contra quem essa pretensão é formulada. Desenha-se aqui um conflito de interesses materiais e constitucionais: de um lado, o direito à audição antecipada do requerido; do outro, o direito a uma efectiva e eficaz tutela da pretensão do demandante só assegurável, em termos de razoabilidade, se o requerido não for antes ouvido. A solução tem de ser conseguida mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, nos termos do art. 18.º, n.º 2 da CRP. Nestes casos [...], há que dar preferência à possibilidade de realização material do direito que o requerente visiona com o seu recurso ao tribunal. [...] O contraditório não é, porém, abolido, sendo apenas diferido para depois da decisão, dando-se então ao requerido a oportunidade de contraditar não só a alegação dos fundamentos feita pelo requerente, mas igualmente a prova feita sobre eles”.

⁵⁵⁶ J. T. SILVEIRA, *ibidem*, p. 327. Como afirma o TC, no seu Ac. n.º 646/98, “uma rapidez excessiva, que se traduzisse num ‘ritmo processual trepidante’, prejudicaria a ponderação das partes e a do próprio tribunal, podendo comprometer o acerto da decisão, quando o certo é que a finalidade primeira do processo é *fazer justiça*”.

português, como forma de reacção contra decisões dos tribunais que afectem direitos fundamentais).

A Constituição portuguesa só estabelece expressamente uma garantia de recurso no âmbito do processo criminal. Fora deste campo, na ausência de uma garantia expressa, o Tribunal Constitucional tem entendido que não existe um direito genérico à reapreciação das decisões jurisdicionais (de todas as decisões jurisdicionais)⁵⁵⁷, não obstante se inferir da previsão constitucional de três instâncias (artigo 215.º) a existência de um sistema de recursos, cuja eliminação *in toto* – ou afectação substancial através de soluções que restrinjam de tal modo o direito de recorrer que, na prática, se traduzam na supressão tendencial dos recursos – seria contrária à Constituição⁵⁵⁸. Sucede que “a circunstância de constitucionalmente se impor a estruturação, em três níveis, de certa ordem de tribunais [...] não envolve logicamente que, em qualquer hipótese, sempre haja de haver recurso sucessivo até ao tribunal colocado no topo da linha hierárquica desta ou daquela ordem de tribunais. Antes tal escalonamento das sucessivas instâncias, dentro da mesma ordem judiciária, exigirá apenas que, em alguns casos – naturalmente nos de maior relevo (por aplicação do princípio da proporcionalidade, que domina o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias) –, seja possível a impugnação de uma primeira decisão judicial junto de um tribunal superior e, eventualmente ainda, a impugnação da decisão deste último junto de outro tribunal, necessariamente colocado um grau acima na escala hierárquica”⁵⁵⁹.

Certo é que o direito ao recurso não é absoluto, podendo ser conformado e limitado pelo legislador (através da definição das decisões susceptíveis de recurso, bem como do estabelecimento de pressupostos de admissibilidade, prazos de interposição, tramitação processual, etc.). É reconhecida a legitimidade da fixação pelo legislador de limites objectivos à admissibilidade de recurso, baseados, designadamente, na natureza dos interesses envolvidos, na relevância das causas ou na repercussão económica para a parte vencida, como forma de racionalização do sistema judiciário⁵⁶⁰. Ponto é que as

⁵⁵⁷ Cf., a título de exemplo, Acs. n.ºs 202/90, 275/94 e 589/2005.

⁵⁵⁸ Cf. Acs. do TC n.ºs 65/88, 287/90 e 638/98, entre outros.

⁵⁵⁹ Ac. do TC n.º 65/88. No mesmo sentido, designadamente o Ac. n.º 2/2006, que afirma que a CRP não impõe um “triplo grau de jurisdição”, nem no art. 20.º, n.º 1, para a generalidade dos processos, nem no art. 32.º, n.º 1, especificamente para o processo criminal.

⁵⁶⁰ Como assinala Lopes do REGO, «O direito fundamental do acesso aos tribunais...», p. 764: “tais limitações derivam, em última análise, da própria ‘natureza das coisas’, da necessidade imposta por razões de serviço e pela própria estrutura da organização judiciária de não sobrecarregar os tribunais superiores com a eventual reapreciação de todas as decisões proferidas pelos tribunais inferiores – sob pena de o número daqueles ter de ser equivalente ao dos tribunais de 1.ª instância e com a consequente dispersão das tendências jurisprudenciais”. No mesmo sentido, Ac. do TC n.º 189/2001 e, especialmente, os proferidos a propósito das “alçadas” e seu efeito limitativo da recorribilidade, em função do valor da

limitações respeitem as exigências constitucionais, *maxime* as de igualdade e proporcionalidade, e que não atinjam o conteúdo essencial do direito⁵⁶¹.

No âmbito do processo penal, a inclusão expressa do recurso entre as garantias de defesa asseguradas (n.º 1 do artigo 32.º, *in fine*) data da revisão constitucional de 1997; mas já anteriormente o Tribunal Constitucional vinha identificando aquele como incluído no conjunto destas⁵⁶².

A garantia de recurso das decisões penais condenatórias resulta, aliás, também, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que vincula o Estado português e cujo artigo 14.º, n.º 5, estipula que *qualquer pessoa declarada culpada de*

acção, em processo civil e laboral (Acs. n.ºs 163/90 e 496/96, entre numerosos outros). Nas palavras do Ac. n.º 125/98, “a Constituição não exige a consagração de um sistema de recursos sem limites ou *ad infinitum*”.

⁵⁶¹ Cf. Ac. do TC n.º 270/95, onde se lê que, “por imposição do princípio do acesso à justiça e do princípio do Estado de direito democrático (artigo 2.º da Constituição) – do qual se extrai a garantia de controlo pelo direito das decisões dos próprios órgãos jurisdicionais –, [...] o acesso a sucessivos graus de jurisdição deve ser definido segundo critérios objectivos, ancorados numa ideia de proporcionalidade (relevância das causas, natureza das questões), e que respeitem o princípio da igualdade, tratando de forma igual o que é idêntico e de forma desigual o que é distinto”; no mesmo sentido, os Acs. n.ºs 68/85, 163/90, 638/98 e 202/99. No Ac. n.º 429/2016, o TC afirmou que, sendo embora legítimo o objectivo de racionalização do acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, de forma a prevenir a sua eventual paralisação, tal não deve ser alcançado à custa do sacrifício do conteúdo essencial das garantias de defesa do arguido. No mesmo sentido, na doutrina, CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, I, anotação ao art. 20.º, p. 418; Rui Medeiros, em anotação ao art. 20.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, p. 452.

Com base nestes parâmetros, o TC tem vindo a decidir sobre a conformidade à Constituição de numerosas limitações legais concretas à faculdade de recorrer, como são exemplo os Acs. n.ºs 51/88 (não afecta o direito ao recurso um requisito processual que “não coarcta ou elimina, ou sequer dificulta de modo particularmente oneroso” esse direito), 275/99 (é inconstitucional, por violação dos arts. 20.º e 32.º, n.º 1, da CRP, norma aplicável ao processo penal, quando, para o efeito de decidir que certa alegação não contem conclusões – o que implica o não conhecimento do recurso – se interpreta em termos de considerar relevante um critério baseado exclusivamente no número das conclusões formuladas ou das páginas por elas ocupadas; é também inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade, com referência ao direito de acesso à justiça e aos tribunais, preceito normativo interpretado no sentido de que a consequência do não conhecimento do recurso se não restringe à parte das conclusões que se mostra efectivamente afectada), 403/00 (a exigência, em processo laboral, de o fundamento do recurso ser invocado no requerimento e não nas alegações não se apresenta como anómala ou arbitrária), 122/02 (“as formalidades processuais ou, se se quiser, os formalismos, os ritualismos, os estabelecimentos de prazos, requisitos de apresentação das peças processuais e efeitos cominatórios, são, pois, algo de inerente ao próprio processo. Ponto é, porém, que a exigência desses formalismos se não antolhe como algo que, mercê da extrema dificuldade que apresenta, vai representar um excesso ou uma intolerável desproporção que, ao fim e ao resto, apenas serve para acentuadamente dificultar o acesso aos tribunais, assim deixando, na prática, sem conteúdo útil a garantia postulada pelo n.º 1 do artigo 20.º da Constituição”), 403/02 (sendo legalmente imposta a notificação para alegar e figurando expressamente na lei a consequência da falta de alegação, não viola o princípio do acesso ao direito e à tutela judicial efectiva que a lei ligue à abstenção do recorrente o significado da deserção do recurso), 260/02 (em processo penal, é inconstitucional norma interpretada no sentido de que o recurso é rejeitado sempre que a motivação não acompanhe o requerimento de interposição, ainda que a sua falta decorra de lapso objectivamente desculpável e seja sanada antes de decorrido o prazo abstractamente fixado para recorrer e antes da subida dos autos ao tribunal de recurso).

⁵⁶² Nomeadamente, Acs. n.ºs 55/85, 210/86, 8/87.

crime terá o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade e a sentença, em conformidade com a lei. No sistema convencional europeu, não obstante a CEDH não prever expressamente o direito ao recurso, o seu Protocolo n.º 7, de que Portugal é parte, estabelece, no seu artigo 2.º, § 1: *qualquer pessoa declarada culpada de uma infracção penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei* – embora o § 2 admita excepções ao direito, nomeadamente para os casos de crimes de menor gravidade.

Para o Tribunal Constitucional português, o direito ao recurso constitui mesmo uma das mais importantes dimensões das garantias de defesa do arguido em processo penal, posição que assenta nos seguintes fundamentos: a ideia de redução do risco de erro judiciário, através de um reexame do caso por um novo tribunal; a garantia de melhor qualidade potencial da decisão obtida em sede de recurso, decorrente do facto de ser um tribunal superior a proceder à apreciação da decisão proferida; e a faculdade que confere à defesa de expor perante um tribunal superior os motivos, de facto ou de direito, que sustentam a sua posição jurídico-processual, por forma a que a nova decisão possa ter em conta a sua argumentação⁵⁶³.

Contudo, tanto antes como depois daquele aditamento ao n.º 1 do artigo 32.º, a doutrina e a jurisprudência não vêem na garantia de recurso um direito a recorrer de toda e qualquer decisão do juiz proferida no decurso do processo penal⁵⁶⁴: o que se reconhece é um direito a recorrer, pelo menos, das decisões condenatórias⁵⁶⁵ e das

⁵⁶³ Na síntese do Ac. n.º 49/2003.

⁵⁶⁴ No Ac. n.º 31/87, o TC afirmou que “se há-de admitir que essa faculdade de recorrer seja restringida ou limitada em certas fases do processo e que, relativamente a certos actos do juiz, possa mesmo não existir, desde que, dessa forma, se não atinja o conteúdo essencial dessa mesma faculdade, ou seja, o direito de defesa do arguido”. Com base neste entendimento, o TC não julgou inconstitucionais, exemplificativamente, norma que limitava os poderes da Relação em matéria de facto aos recursos interpostos das decisões finais dos tribunais colectivos, em processo penal (Ac. n.º 124/90), norma que limitava o direito de recurso do despacho de pronúncia às situações em que o arguido se encontrasse preso ou caucionado (Ac. n.º 353/91) nem norma que estabelece a irrecorribilidade do despacho de pronúncia que confirme acusação do Ministério Público (Ac. n.º 610/96).

⁵⁶⁵ Cf. Ac. do TC n.º 638/98. Questão muito importante, mas que neste trabalho não importa aprofundar, é a de saber se a garantia constitucional de recurso exige que, em caso de condenação em 2.ª instância, subsequente a uma absolvição em 1.ª instância, o arguido tenha a faculdade de recorrer da condenação, apesar de já ter sido assegurado no processo um “duplo grau de jurisdição”. No Ac. n.º 49/2003, o TC concluiu em sentido negativo, em jurisprudência que se manteve sucessivamente, e que foi aplicada também a casos em que a 1.ª instância condenara em pena não privativa da liberdade e a 2.ª instância em pena de prisão (cf. Acs. n.ºs 682/2006, 424/2009, 419/2010, 589/2011, 324/2013 e 163/2015). Esta jurisprudência veio a ser revertida pelo Ac. n.º 412/2015, que considerou contrária à garantia de recurso prevista no art. 32.º da CRP a irrecorribilidade do acórdão da 2.ª instância que, inovatoriamente em relação à absolvição ocorrida em 1.ª instância, condene em pena de prisão efectiva, ainda que não

decisões que tenham como efeito a privação ou a restrição da liberdade ou de outros direitos fundamentais do arguido⁵⁶⁶. Requisito é que a irrecorribilidade de outros actos judiciais “não atinja o conteúdo essencial das garantias de defesa” e que “a limitação seja justificada por outros valores relevantes no processo penal”⁵⁶⁷.

No que respeita à extensibilidade da garantia de recurso a outros processos de natureza sancionatória, o TC tem entendido que, não estando constitucionalmente consagrado um direito ao recurso de todas as decisões proferidas em processo penal, por maioria de razão não pode entender-se que a Constituição imponha tal garantia em processo contra-ordenacional⁵⁶⁸, em coerência com a sua afirmação da “não aplicabilidade directa e global aos processos contra-ordenacionais dos princípios constitucionais próprios do processo criminal”, que, no entanto, é “conciliável com a ‘necessidade de serem observados determinados princípios comuns que o legislador contra-ordenacional será chamado a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matéria de processo penal’”⁵⁶⁹.

Refira-se que se encontram posições doutrinárias que fazem decorrer da Constituição um direito de recurso de decisões judiciais que, proferidas ou não em processo criminal, afectem direitos fundamentais – ou, pelo menos, direitos, liberdades e garantias⁵⁷⁰. O Tribunal Constitucional, não tendo aderido inicialmente a esta posição, parece mais recentemente propender para este sentido, como se confirma no Ac. n.º

superior a cinco anos – jurisprudência que veio a ser confirmada pelo Plenário do Tribunal no Ac. n.º 429/2016 e, posteriormente, no Ac. n.º 595/2018, por declaração com força obrigatória geral, por violação do n.º 1 do art. 32.º conjugado com o n.º 2 do art. 18.º da CRP.

⁵⁶⁶ Neste sentido, Acs. do TC n.ºs 31/87, 259/88, 265/94, 474/94, 221/2000, 417/2003, entre numerosos outros. Sobre esta jurisprudência, M. J. ANTUNES, «Direito penal, direito processual penal e direito da execução das sanções privativas da liberdade e jurisprudência constitucional», p. 105.

⁵⁶⁷ Ac. n.º 610/96. Ou, como se afirma no Ac. n.º 216/99, “multiplicar as possibilidades de recurso ao longo do processo seria comprometer outro imperativo constitucional: o da celeridade na resolução dos processos-crime (artigo 32º, n.º 2, *in fine*, da Constituição da República Portuguesa)”. No Ac. n.º 49/2003, o Tribunal justificou a limitação da possibilidade de um “triplo grau de jurisdição” em matéria penal com “a intenção de limitar em termos razoáveis o acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, evitando a sua eventual paralisação”, e com “a circunstância de os crimes em causa terem uma gravidade não acentuada”.

⁵⁶⁸ Cf. Acs. do TC n.ºs 659/2006, 313/2007 e 522/2008.

⁵⁶⁹ Cf. Ac. do TC n.º 659/2006 e jurisprudência nele citada.

⁵⁷⁰ É, nomeadamente, a posição de Vital Moreira, explicitada em declaração de voto que, enquanto Conselheiro do TC, após ao Ac. n.º 65/88: “há-de considerar-se constitucionalmente garantido – ao menos por decurso do princípio do Estado de direito democrático – o direito à reapreciação judicial das decisões judiciais que afectem direitos fundamentais, o que abrange não apenas as decisões condenatórias em matéria penal – como se reconhece no acórdão – mas também todas as decisões judiciais que afectem direitos fundamentais constitucionais, pelo menos os que integram a categoria constitucional dos ‘direitos, liberdades e garantias’” (posição expressa também em CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, I, anotação ao art. 20.º, p. 418, à qual também o Cons. António Vitorino aderiu na declaração de voto aposta ao Ac. n.º 202/90 e à qual também parece aderir Rui Medeiros, em anotação ao art. 20.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, p. 450).

40/2008, onde o TC, reapreciando a questão, concluiu que o direito de acesso aos tribunais consignado no artigo 20.º garante o direito à impugnação judicial de actos dos tribunais (ou seja, o direito ao recurso) nos casos em que *a própria decisão judicial, por si mesma e directamente*, lese direitos fundamentais de um cidadão, mesmo fora da área penal.

Quanto à matéria penitenciária, não é clara a resposta à questão de saber se a garantia de recurso do artigo 32.º prevista para o processo criminal se aplica à fase de execução da pena – ou se se lhe aplica em toda a extensão –, tendendo a jurisprudência constitucional para o sentido negativo. Trataremos mais detidamente deste ponto na Parte II (Cap. IV, 3).

PARTE II

FUNÇÃO JURISDICIONAL E FUNÇÃO ADMINISTRATIVA NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE

Delineado o enquadramento constitucional e jus-internacional da função jurisdicional, da função administrativa e do direito à tutela jurisdicional efectiva, trata-se agora de aplicar os critérios obtidos à matéria da execução da pena de prisão.

Haverá, desde logo, que indagar se as especificidades do universo penitenciário têm repercussões na definição do domínio funcional dos tribunais e da Administração ou nas exigências de tutela jurisdicional.

Procurar-se-á então delimitar os domínios funcionais da Administração e do juiz na execução, bem como os seus domínios nucleares, em conexão com as respectivas responsabilidades.

Tomar-se-ão em conta os desenvolvimentos recentes no quadro jurídico europeu, particularmente por via da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça da União Europeia, que vêm reforçar as exigências de efectividade da tutela oferecida às pessoas privadas da liberdade e que, seguramente, exercerão influência relevante na evolução próxima dos ordenamentos penitenciários europeus, incluindo o português.

Na presente Parte, o que se pretende é extrair as implicações daquele quadro constitucional e internacional para a execução da pena de prisão, concretização que posteriormente servirá de parâmetro para a apreciação do quadro jurídico português vigente. Na Parte III será então analisado o ordenamento jurídico português e apreciado criticamente à luz dos parâmetros identificados.

CAP. I – OS CRITÉRIOS DE REPARTIÇÃO DE FUNÇÕES E AS ESPECIFICIDADES DO DOMÍNIO PENITENCIÁRIO

Os critérios obtidos a partir da análise do quadro constitucional da organização das funções do Estado, realizada na Parte precedente, irão orientar a definição da repartição de funções entre Administração e Tribunais na execução da pena privativa da liberdade.

Tratar-se-á agora de, através da concretização daqueles critérios, definir as tarefas, ligadas à execução da pena de prisão, que devem ser cometidas a órgãos administrativos e as que devem caber a órgãos jurisdicionais.

Nessa concretização, haverá que tomar em conta as especificidades da normatividade penitenciária e da realidade da execução de uma pena de prisão.

1. A natureza do direito penitenciário

Com efeito, a problemática da definição das funções da Administração e do Juiz remete-nos para a velha questão da natureza da execução – administrativa ou penal?

O direito penitenciário é o conjunto das *normas jurídicas reguladoras da execução das reacções penais privativas da liberdade*⁵⁷¹. Insere-se no mais vasto *direito*

⁵⁷¹ Referimo-nos sobretudo à *pena de prisão*, podendo, porém, pretender-se abranger outras medidas penais de natureza diversa. O cumprimento da *prisão preventiva*, muito embora esta seja uma medida de coacção, aplicada em processo penal a arguidos presumidos inocentes, é regulado pelo “direito penitenciário”, o que se justifica porque o facto de a medida de coacção ser cumprida em estabelecimentos prisionais torna a materialidade da sua execução muito semelhante à da execução da pena de prisão, convocando as mesmas exigências de protecção e de limitação da esfera jurídica das pessoas a ela sujeitas. No ordenamento jurídico português, a execução da prisão preventiva é regulada pelo normativo referente à execução da pena de prisão (cf. art. 1.º, n.º 1, do CEP), com as especificidades exigidas pela diferente natureza da medida (cf., por exemplo, arts. 75.º, n.º 5, 81.º, n.º 3, 82.º, n.º 3, e 123.º do CEP e 221.º ss. do RGEP). A execução da *medida de segurança de internamento* de inimputável portador de anomalia psíquica é também frequentemente abrangida pelo “direito penitenciário”, apesar de não ser uma pena; tal pode explicar-se: por se tratar de uma das consequências jurídicas do crime previstas no direito penal português, aplicada na sequência de um julgamento penal; por ser privativa da liberdade e susceptível de ser cumprida em estabelecimentos pertencentes ao sistema prisional, convocando por essas razões as mesmas exigências de limitação e de protecção da esfera jurídica dos internados e de regulação da vida institucional; e por a sua execução implicar decisões similares às que são tomadas na execução da pena de prisão e igualmente aplicadas ou sindicadas pelos tribunais de execução das penas. No ordenamento jurídico português actual, a execução da medida de segurança de internamento é regida pelo CEP, mas “com as adaptações justificadas pela diferente natureza e finalidades destas medidas” e “com as especificações” fixadas no CEP e no RGEP (cf. arts. 1.º, n.º 1, e 126.º, n.ºs 4 e 5, do CEP). Ainda que o internamento deva, hoje, ser executado “preferencialmente em unidade de saúde mental não prisional” (art. 126.º, n.º 2, do CEP), o que tenderá a afastá-lo do direito penitenciário (autonomização de que o Decreto-Lei n.º 70/2019, de 24-5, que veio estabelecer as adaptações ao regime do CEP para os casos em que o internamento é executado em unidade de saúde

da execução das sanções criminais, que abrange a execução da generalidade das reacções penais, privativas e não privativas da liberdade.

Muito embora a designação “direito penitenciário” possa considerar-se ultrapassada – abandonada que está a concepção do “sistema penitenciário” preconizado no século XIX, baseado no isolamento celular, em favor de uma prisão mais “aberta”, mais “flexível”, portanto menos “institucional”, neste sentido “menos penitenciária” –, as especificidades da execução de uma pena de prisão justificam que a sua regulação se autonomize, dentro do direito da execução das reacções criminais⁵⁷².

Podendo esse domínio autonomizado denominar-se, mais correctamente⁵⁷³, como *direito da execução das penas (e medidas) privativas da liberdade*, pensamos que o emprego da tradicional designação “direito penitenciário”⁵⁷⁴ pode continuar a aceitar-se, por evocar mais expressivamente as especificidades da sanção penal privativa da liberdade e cumprida *intra muros*⁵⁷⁵. Trata-se da medida penal mais intrusiva na esfera

mental não integrada no sistema prisional, pode ser um início), a situação de privação da liberdade e a institucionalização continuam a convocar exigências semelhantes às da execução de uma pena de prisão. Idênticas considerações valerão para o *internamento preventivo* (art. 202.º, n.º 2, do CPP). Refira-se ainda o recente instituto da *permanência na habitação*, cuja atinência ao direito penitenciário é questionável, quer seja configurada como pena autónoma quer, como é o caso presente no ordenamento penal português, como forma de execução da pena de prisão. O facto de ser cumprida fora do sistema prisional afasta-a das especificidades que continuam a justificar a autonomização do “direito penitenciário” dentro do direito da execução das sanções penais; contudo, mantém com a pena de prisão não só a afinidade de ser privativa da liberdade mas também muitos pontos de contacto, já que, sendo uma *forma de execução da pena de prisão*, o incumprimento do seu regime pode conduzir à sua revogação e determinar o ingresso em estabelecimento prisional; no ordenamento jurídico português, a sua execução é, aliás, regulada pelo CEP e da competência dos tribunais de execução das penas (arts. 138.º, n.º 1, *l*), e 222.º-A-222.º-D do CEP). Uma vez que a presente dissertação se cinge à pena de prisão, não se justifica aqui ir além de chamar a atenção para o facto de os referidos institutos poderem considerar-se ou não abrangidos pela designação “direito penitenciário”.

⁵⁷² Justificando a autonomização legislativa e doutrinal do mais restrito “direito penitenciário” em relação ao “direito da execução das sanções criminais” com a “especial complexidade” que apresenta a execução das penas e medidas privativas da liberdade, conferindo-lhe uma dimensão “qualitativamente distinta” da execução das demais reacções criminais, Anabela Miranda RODRIGUES, *Relatório Direito Penitenciário*, p. 13; no mesmo sentido, TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 19, afirmando que o direito penitenciário é essencialmente uma parte do direito da execução das penas que alcançou uma substantividade própria devido ao carácter proeminente que ocupam as penas privativas da liberdade no sistema de penas vigente e à “expansão e dispersão normativa” produzida na matéria.

⁵⁷³ Quanto ao “impropriamente chamado direito penitenciário”, Anabela Miranda RODRIGUES, *A fase de execução das penas...*, p. 6, n. 5: “hoje, devido à renovação das concepções sobre a sua execução, o designativo correcto será o de *direito de execução das medidas privativas da liberdade*”, posição que a Autora reitera em *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 18, n. 19, notando que, com a evolução no sentido da “flexibilização” e da “abertura ao exterior”, a execução deve ser desligada das “instituições penitenciárias”. Assim também Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal*, p. 37.

⁵⁷⁴ Refira-se que a designação “direito penitenciário” se mantém em uso em ordenamentos que nos são próximos: *derecho penitenciario* em Espanha, *diritto penitenziario* em Itália, *droit pénitentiaire* em França. Diferentemente, na Alemanha, *Strafvollzugsrecht* (direito da execução das penas).

⁵⁷⁵ A singularidade da pena de prisão conduziu também à autonomização das “ciências penitenciárias”, que reúnem o conjunto de conhecimentos, quer de tipo normativo, quer de tipo empírico, relativos à execução das penas e medidas privativas da liberdade e ao funcionamento das instituições penitenciárias.

dos condenados, de modo incomparável com qualquer outra pena, e a sua regulação abrange, por isso, quase todas as áreas da vida das pessoas a ela sujeitas e ocupa-se acentuadamente da protecção da esfera jurídica dos reclusos, tornada necessária pela especial vulnerabilidade por ela originada.

O direito da execução das penas comporta uma dimensão *substantiva* e uma dimensão *processual*.

A doutrina vinha distinguindo ambas as dimensões atribuindo à primeira a “regulamentação directamente atinente à determinação prática do conteúdo da sentença condenatória e, portanto, à realização concreta da reacção criminal naquela imposta” e à segunda a “regulamentação imediatamente respeitante ao efeito executivo da sentença (num sentido análogo àquele em que, no processo civil, se fala em ‘exequibilidade da sentença’) e, portanto, aos preliminares e ao controlo geral da execução (neste compreendidos os chamados ‘incidentes da execução’: aqui estaremos perante *matéria processual*, que cabe intrinsecamente ao direito processual penal e que só por razões meramente técnicas dele pode ser distraída”⁵⁷⁶. Como observa Figueiredo Dias, a jurisdicionalização da execução torna inegável que está em causa uma função jurídico-processual, ainda que se reserve à administração penitenciária uma esfera de actuação própria⁵⁷⁷.

No actual quadro legislativo, porém – sobretudo com o aprofundamento e alargamento da intervenção jurisdicional na execução –, aquelas distinções carecem, a nosso ver, de algum ajustamento actualizador.

Por um lado, já não deverão considerar-se pertencentes ao direito processual penal, mas ao direito processual da execução (ou, se se quiser, ao “direito processual penitenciário”), os actos posteriores ao trânsito em julgado da sentença condenatória

Sobre a origem e o objecto da “ciência penitenciária”, PINATEL, *Traité élémentaire de Science Pénitentiaire...*, pp. LXXI ss., FALCHI, *Diritto Penale Esecutivo*, II, p. 18, n. 1, Anabela Miranda RODRIGUES, *Relatório Direito Penitenciário*, p. 16, TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 20.

⁵⁷⁶ Assim, Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal*, pp. 37 s., e Anabela Miranda RODRIGUES, *A fase de execução das penas...*, p. 5. Também Lopes ROCHA, «Execução das penas...», p. 476, distinguia a “*actividade judiciária* dirigida a promover a realização efectiva de uma sanção estabelecida em sentença condenatória” e a “*actividade administrativa* que visa materializar aquela realização”. A distinção entre direito substantivo e direito processual da execução corresponde, no essencial, à distinção na doutrina germânica entre *Strafvollzug* e *Strafvollstreckung* (sobre o ponto, Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal*, p. 38; KAISER/Kerner/Schöch, *Strafvollzug*, pp. 5 ss. e 16), embora, como notou Anabela Miranda RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 24, a *Strafvollstreckung* cubra questões que devem considerar-se ainda atinentes ao direito processual penal (tais como preliminares e incidentes da execução, que dizem ainda respeito à exequibilidade das consequências jurídicas do crime aplicadas na sentença) e questões que já são objecto do direito processual penitenciário (o que diz respeito ao controlo jurisdicional da execução).

⁵⁷⁷ Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal*, p. 38.

tendentes a fazer executar a pena nem a tramitação dos “incidentes da execução” (no sentido amplo, que inclui decisões como a liberdade condicional) nem o controlo judicial da legalidade da execução. Com efeito, a Lei n.º 115/2009, de 12-10, que aprovou o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, veio tornar mais clara a fronteira entre direito processual penal e direito processual da execução, ao “transferir” diversas normas relativas à execução da pena de prisão do Livro X do Código de Processo Penal para o novo Código e, sobretudo, mediante a alteração ao artigo 470.º, n.º 1, do CPP e a disposição de 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 respectiva execução e decidir da sua modificação, substituição e extinção” (artigo 138.º, n.º 2, do CEP).

Por outro lado, não poderá fazer-se coincidir inteiramente a dimensão processual com a actividade judiciária nem a dimensão substantiva com a actividade administrativa⁵⁷⁸. Com o aprofundamento da jurisdicionalização da fase da execução, a matéria processual alargou-se significativamente, não abrangendo já apenas as questões do “efeito executivo da sentença” e dos “incidentes da execução” (em sentido estrito), mas toda a intervenção jurisdicional na execução, incluindo decisões dos tribunais de execução das penas respeitantes à individualização ou modelação da execução, bem como a impugnação judicial de decisões da administração prisional (a ponto de justificar todo um Livro, o II, do Código da Execução). Hoje, existe “matéria substantiva” (*i. e.*, “directamente atinente à determinação prática do conteúdo da sentença”) cuja decisão cabe aos tribunais, estando prevista a correspondente tramitação processual, e “matéria substantiva” da competência administrativa, cuja dimensão procedimental é regulada pelo CEP e cujo controlo jurisdicional tem a sua dimensão processual aí positivada.

A doutrina também se debruçou, tradicionalmente, sobre a pertença do “direito penitenciário” ao direito administrativo ou ao direito penal.

Apesar de alguma sobreposição entre as distinções elaboradas – oscilando entre *matéria administrativa ou penal*, *matéria administrativa ou jurisdicional* e *matéria substantiva ou processual* –, pode dizer-se, de um modo geral, que a defesa da índole administrativa da execução correspondeu às posições mais recuadas no tempo e que,

⁵⁷⁸ Lopes ROCHA, «Execução das penas...», p. 476, aliás, apesar da distinção citada, já assinalava que esta se vinha esbatendo, muito em resultado da progressiva jurisdicionalização da execução.

com a progressiva evolução no sentido do aprofundamento da intervenção jurisdicional na execução, da sujeição da execução ao direito e da consideração dos reclusos como titulares de direitos fundamentais, se reforçaram as posições no sentido da pertença do direito penitenciário à ciência global do direito penal – embora se reconheça que se trata de matéria complexa, que combina elementos do domínio administrativo e do domínio penal, o que aliás contribui para o reconhecimento da sua *autonomia*, quer científica quer legislativa.

Assim, numa época em que o controlo jurisdicional da execução das penas privativas da liberdade não interferia na vida interna das prisões, pertencendo a execução quase em exclusivo à administração penitenciária, Castanheira Neves ensinava que “fora do processo criminal fica já o direito penitenciário”, “pois se por ele se executam as medidas decretadas no processo criminal (neste sentido ele é o ‘processo executivo’ deste), a sua índole é, no entanto, inteiramente administrativa”⁵⁷⁹. Por seu turno, Afonso Queiró escrevia que a execução das sentenças criminais era geralmente considerada uma actividade administrativa do Estado, a partir do facto de que os seus agentes, competentes para o exercício dela, estavam longe de se encontrar numa posição estritamente vinculada a tais sentenças: “as sanções criminais decretadas pelos tribunais podem ser individualizadas na fase do seu cumprimento ou execução e, de toda a maneira, a administração prisional reserva-se uma esfera de actuação própria, livre em relação ao tribunal cuja acção culmina com a sentença condenatória. Sem embargo, há quem veja em especial na actividade de controlo da execução, compreendidos os seus incidentes, uma actividade materialmente jurisdicional. Esse controlo tem, nas legislações civilizadas, tendência a situar-se, com outras competências, essas materialmente administrativas, no âmbito da jurisdição de tribunais especializados, os tribunais de execução das penas”⁵⁸⁰.

Atendendo a essa jurisdicionalização, mas ainda numa época em que os tribunais de execução das penas não interferiam na condução da execução por parte da administração penitenciária, Figueiredo Dias anotava que, numa ordem jurídica que “jurisdicionizou a execução da pena até ao ponto de criar, para controlo de domínios

⁵⁷⁹ Castanheira NEVES, *Sumários de Processo Criminal (1967-1968)*, p. 65. Em sentido próximo, no contexto italiano, SANTORO, *L'Esecuzione Penale*: tendo delimitado uma concepção restrita de direito penitenciário (como regulando as relações de direito administrativo e disciplinar a que a vida penitenciária dá lugar), defende que este constitui “uma parte especial do direito administrativo” (p. 13); a execução não é actividade jurisdicional, pois, embora possa haver intervenção jurisdicional como forma de controlo da legalidade da execução (e possa ainda haver actividade jurisdicional para resolver incidentes da execução, no sentido de controvérsias sobre a sentença condenatória), a execução não é subtraída à Administração (pp. 142, 164).

⁵⁸⁰ Afonso QUEIRÓ, «A função administrativa», p. 28.

relevantíssimos dela, os *tribunais de execução das penas*”, mal se compreende que possa negar-se a função jurídico-processual que está aí em causa – sem que importe a circunstância de, “apesar da existência daqueles tribunais, continuar a reservar-se à administração penitenciária uma esfera de actuação própria que, em certa medida, pode dizer-se ‘livre’ de jurisdição”⁵⁸¹; considerava, portanto, demasiado estrita a concepção, preconizada nomeadamente por Castanheira Neves, de que a execução era de índole inteiramente administrativa, devendo ser excluída do processo penal⁵⁸².

Começou-se, pois, a acentuar a vinculação do direito penitenciário ao direito penal em sentido amplo. Não apenas em resultado da intervenção judicial na execução, mas também devido ao reconhecimento da intrínseca ligação entre os momentos da cominação, da aplicação e da execução da pena na realização das finalidades da justiça

⁵⁸¹ Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal*, p. 38.

⁵⁸² *Ibidem*, p. 37. No mesmo sentido, FALCHI, *Diritto Penale Esecutivo*, II, pp. 18 ss., pouco após a criação da figura do *giudice di sorveglianza* no ordenamento italiano: segundo o Autor, o direito penitenciário pertencia predominantemente ao direito administrativo, embora se verificasse já uma tendência para a constituição de um direito penitenciário autónomo, que seria uma disciplina situada entre o direito processual penal e o direito administrativo. O Autor nota que o direito administrativo compreende objectos jurídicos múltiplos e variados, que, à medida que vão ganhando carácter diferenciado e desenvolvimento quantitativo adequado, originam um processo de cisão e autonomia do tronco do direito administrativo comum. À parte a natureza intrínseca do direito penitenciário (que, respeitando à execução da pena, não pode deixar de ser uma disciplina penal, devendo pois falar-se de um direito penal penitenciário), deve reconhecer-se que a tese da índole administrativa do direito penitenciário perdeu terreno devido à intervenção activa do juiz na execução (no direito italiano), de modo que na execução se prossegue e completa a função judicativa penal; Falchi conclui que o direito penitenciário deve autonomizar-se do direito administrativo, o que não exclui que seja regulado em grande parte por normas e institutos do direito administrativo. Alguns autores acentuam ainda o afastamento do direito penitenciário em relação ao direito administrativo com base em preocupações garantísticas, como é o caso de TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 23 (diferenciando o direito penitenciário do administrativo, salientam que a normativa penitenciária nasce de uma decisão penal e constitui a regulação jurídica do seu cumprimento; acresce que o processo de judicialização da execução, com a criação da figura de um juiz específico, a cargo do qual se põe não só o conhecimento, em via de recurso, dos actos da administração penitenciária mas também a tomada, em primeira instância, de certas decisões relativas à liberdade dos presos, afasta ainda mais o direito penitenciário do direito administrativo; finalmente, ainda que tenha como destinatários sujeitos já privados da liberdade – ou por isso mesmo –, a aplicação das normas penitenciárias tem efeitos sobre a liberdade concreta dos sujeitos muito mais intensos dos que possam derivar de outras normas administrativas), e de RODRÍGUEZ SAEZ, «El derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución...», p. 210 (considerando que o procedimento administrativo não é válido nem está preparado para dar resposta a muitas das questões suscitadas na aplicação do normativo penitenciário, não só pela complexidade destas mas também pelas suas especiais características e pela sua íntima relação com os princípios do direito penal e do processo penal, cujos fundamentos e parâmetros são radicalmente distintos, se não contrários, aos que inspiram o direito administrativo; para este Autor, conceber a execução como processo administrativo e o juiz de vigilância como órgão de contencioso administrativo especializado é uma construção perigosa para as garantias do condenado), – preocupações que, porém, hoje, com a vinculação da Administração aos princípios e normas constitucionais e legais e com a evolução da configuração do contencioso administrativo no sentido da protecção dos cidadãos perante a Administração, são de considerar atenuadas.

penal. Assim, sem prejuízo da *autonomia científica*⁵⁸³ que lhe deve ser reconhecida, e podendo continuar a falar-se numa natureza *híbrida*⁵⁸⁴ do direito da execução, é inegável o lugar que a este deve pertencer, enquanto continuação lógica do direito penal e do direito processual penal e prosseguidor de fins próprios do sistema penal⁵⁸⁵, na *ciência global do direito penal*⁵⁸⁶.

Tal não lhe retira, contudo, uma dimensão inegavelmente administrativa: são, generalizadamente, administrativas as autoridades encarregadas da realização prática da

⁵⁸³ Sobre a questão da autonomia científica do direito penitenciário, NOVELLI, «L'autonomia del diritto penitenziario», pp. 5 ss.; Figueiredo DIAS, *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*, p. 108; Anabela Miranda RODRIGUES, *Relatório Direito Penitenciário*, pp. 13 ss.; FALCHI, *Diritto Penale Esecutivo*, I, pp. 252 ss., e II, p. 20 (sustentando já a autonomia – científica, jurídica e legislativa – do direito penal executivo, do qual o direito penitenciário faz parte, e defendendo a sua codificação autónoma); KAISER/Kerner/Schöch, *Strafvollzug*, p. 3; TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, pp. 22 ss.; Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, pp. 22 ss.; NUCCI, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, p. 959.

⁵⁸⁴ Atribuindo à execução um carácter híbrido ou misto, cf. autores como Cavaleiro de FERREIRA, *Direito Penal Português*, II, p. 477 s., para quem “é discutida e discutível a inclusão da execução das penas no Direito Penal, e em conexão com princípios gerais divergentes se tem sustentado que a execução é matéria que pertence ao Direito Processual ou ao Direito Administrativo”; as penas e medidas de segurança, como institutos reais, não se enclausuram numa definição formal. Ao direito penal substantivo pertence o que concerne ao conteúdo material das penas (finalidades, duração, modificação) e é objecto da jurisdição, que superintende na matéria. Mas o modo de actuação da jurisdição é processual e por isso também ela se exerce em incidentes de execução, em processo penal especial. Quanto à actividade dos serviços prisionais, e dentro dos limites apontados, fixados pela jurisdição, cabe à Administração a execução das penas e medidas. Em suma, conclui o Autor, em matéria de execução, confluem poderes estritamente reservados à Jurisdição e poderes da Administração. Também TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 22, referem que o protagonismo da Administração na condução da execução impede que se considere o direito penitenciário um mero apêndice do direito penal, podendo reconhecer-se-lhe uma natureza *sui generis*.

⁵⁸⁵ Já nos estatutos da União Internacional de Direito Penal, de 1889, se defendia que a execução da pena servia os mesmos fins da justiça penal, só ganhando a sentença penal conteúdo e significado através da execução da pena aplicada, pelo que se considerava errada a separação da execução da pena da justiça penal (cf. «Die Satzung der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung vom 01.01.1889», art. 2.º, n.º 5: “Da Strafrechtspflege und Strafvollzug demselben Zwecke dienen, das strafrichterliche Urteil mithin erst durch Vollstreckung der Strafe Inhalt und Bedeutung gewinnt, erscheint die dem heutigen Strafrechte eigentümliche Trennung des Strafvollzuges von der Strafrechtspflege als unrichtig und zweckwidrig”). Posteriormente, em 1935, no Congresso Internacional de Berlim, salientava-se a importância extraordinária da execução das penas e medidas de segurança e sua equivalência com o direito penal material e formal, sabido que era, já então, que o sucesso do Código Penal e do Código de Processo Penal depende da boa execução (cf. relatório de Finkey, in COMMISSION INTERNATIONALE PÉNALE ET PÉNITENTIAIRE, *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin*, vol. II, p. 18). No mesmo sentido, Lopes ROCHA, «Execução das penas...», p. 477, salientando que “o momento executivo desempenha um papel extraordinariamente relevante na prossecução dos fins ou metas do processo penal considerado no seu conjunto”.

⁵⁸⁶ Assim, Anabela Miranda RODRIGUES, *A fase de execução das penas...*, p. 7 (a fase da execução continua a ser um “assunto respeitante à administração da justiça”) e *Relatório Direito Penitenciário*, p. 17 (o direito penitenciário “é o lógico prolongamento do direito penal material e do direito processual penal. A lei comina a reacção criminal, o juiz aplica-a e o Estado encarrega-se de a executar”, pelo que os três pertencem ao ordenamento jurídico-penal, embora diferenciados e autónomos); no mesmo sentido, TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 24, evocando também a “teoria dos três pilares” alemã, que põe em relevo a “autonomia integradora” das três fases que conformam o *iter* da pena (ameaça, imposição, execução), cada uma com a sua própria e autónoma missão no sistema global do direito penal (sobre esta *Drei-Säulen-Theorie*, KAISER/Kerner/Schöch, *Strafvollzug*, p. 19).

pena aplicada, gerando uma relação jurídica entre Administração e reclusos, com recíprocos direitos e deveres, que deve guiar-se pelos princípios e normas que regem a actividade administrativa. A intervenção jurisdicional, que se tem vindo a alargar e a aprofundar, não constitui argumento para excluir essa dimensão administrativa: com efeito, e como teremos ocasião de apreciar, se parte da intervenção jurisdicional na execução é de considerar ainda “penal” (como a concessão da liberdade condicional e outras decisões de individualização da execução, decisões com implicação no cômputo da pena), já no seu papel de garante da legalidade da execução e dos direitos dos “administrados” reclusos aproxima-se da jurisdição administrativa, o que se torna particularmente nítido se atentarmos na configuração actual do contencioso administrativo como via de tutela dos cidadãos.

Há, pois, aspectos mais atinentes ao direito penal (como os relacionados com a execução da sentença penal condenatória, com a decisão de incidentes da execução, com a flexibilização da pena) e outros mais atinentes ao direito administrativo (os aspectos de “cumprimento”, a organização da vida institucional, a manutenção da ordem e da segurança com as suas implicações na esfera jurídica dos reclusos, a aplicação do direito disciplinar⁵⁸⁷).

Em suma, as diversas posições citadas têm por si argumentos válidos. A execução já não é processo penal, em sentido estrito, mas é ainda uma etapa da acção penal do Estado em reacção à prática de um crime. Deve, pois, considerar-se integrante da ciência global do direito penal. Tem dimensões substantivas e processuais. Implica uma relação especialmente intensa entre a Administração e o sujeito da execução, mas está amplamente jurisdicionalizada. Envolve, por isso, actividades administrativas e jurisdicionais.

Acolhendo uma síntese referente ao direito espanhol mas plenamente transponível para o nosso contexto, pode dizer-se que a execução é conduzida pela Administração, com sujeição à lei, sob controlo judicial e com a participação do recluso; é da natureza do direito penitenciário uma combinação peculiar das funções da Administração e dos órgãos judiciais, sobretudo porque o *juez de vigilancia* tem funções que excedem as meramente jurisdicionais⁵⁸⁸.

Não se afigura decisivo, para o problema de que nos ocupamos, optar por uma classificação definitiva: independentemente da natureza penal, administrativa ou mista,

⁵⁸⁷ Cf. Ac. do TC n.º 263/94, que se refere à aplicação de sanção disciplinar a recluso como “acto administrativo do director”, fazendo aplicar também aqui as garantias dos administrados previstas no art. 268.º da CRP.

⁵⁸⁸ TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 66.

é possível destringir actos ou decisões que devem caber à Administração e outros que devem caber à jurisdição. Se a Administração Penitenciária age, de alguma forma, com uma certa dependência funcional relativamente à jurisdição penal; ou se a jurisdição na fase da execução é, nuns casos, mais jurisdição penal e, noutros casos, mais próxima da justiça administrativa, são outras questões, que decorrem da referida natureza híbrida deste ramo do direito.

O que importa, para o tema que tratamos, é que a ordenação das funções implicadas na execução resulte constitucionalmente conforme e adequada à realização das finalidades da execução.

2. As especificidades da execução de uma pena de prisão

Em segundo lugar, como dizíamos, haverá que tomar em consideração o carácter especialíssimo da execução de uma pena de prisão, que gera uma relação entre o cidadão recluso e a administração prisional sem paralelo com qualquer outra relação entre os cidadãos e a Administração. Com efeito, trata-se de uma relação *permanente e total*, ou seja, abrange praticamente todos os aspectos da vida do recluso ao longo do tempo de duração da pena a cumprir – que pode ser de meses ou anos, até 25 anos, ou mesmo mais, em caso de execução sucessiva de várias penas –, em contraste com as demais relações que os cidadãos vão estabelecendo com a Administração, que são esporádicas ou, pelo menos, sectoriais, abrangendo somente determinada dimensão da vida.

A situação de reclusão carrega consigo uma especial vulnerabilidade, que decorre de uma dependência da Administração para quase todas as actividades básicas da vida quotidiana. Vulnerabilidade que é exacerbada por, no plano fáctico, se tratar, tipicamente, de pessoas com graves carências sociais, económicas e competenciais e ainda pelos persistentes défices, legais e práticos, de assistência jurídica aos reclusos (sobre os quais nos debruçaremos mais adiante). E que tende a acentuar-se em razão dos sofrimentos inerentes à própria prisão, que, apesar das intenções dos sistemas penais modernos, teimam em adicionar-se ao sofrimento da mera privação da liberdade ambulatoria.

Recorde-se, a este propósito, as *pains of imprisonment* identificadas por Sykes no seu estudo de uma prisão de alta segurança americana, nos anos cinquenta: a *privação da liberdade* (na dupla vertente de confinamento à instituição e de

confinamento dentro da instituição), que acarreta a separação de família e amigos, o inevitável enfraquecimento destes laços com o decurso dos anos e a rejeição da sociedade que isso simboliza; a *privação de bens e serviços* – embora as necessidades básicas (como alimentação, alojamento, higiene, saúde) sejam satisfeitas, estão ausentes certas comodidades de que poderiam usufruir, ou aspirar a usufruir, no mundo exterior, o que é exacerbado pela cultura ocidental moderna, em que a posse de bens materiais é vista como parte da concepção do indivíduo de si próprio; a *privação de relações heterossexuais*⁵⁸⁹ – além de rejeitado e empobrecido, o indivíduo é figurativamente castrado pelo seu celibato involuntário, com o que tal também implica para a sua auto-imagem; a *privação da autonomia*, relacionada com a reduzida possibilidade de fazer escolhas, em consequência da miríade de regras e ordens que controlam rigidamente o seu comportamento e da dependência das decisões do pessoal penitenciário, agravada quando, como frequentemente sucede, não são sequer explicitadas as razões das regras ou das restrições impostas – causadora de importantes danos para a auto-imagem do recluso, porque o reduz ao estado de fragilidade e dependência próprio da infância; finalmente, *privação de segurança* – o recluso é atirado para uma prolongada e involuntária intimidade com outros criminosos, situação que provoca elevados níveis de ansiedade e sentimentos de insegurança⁵⁹⁰. Lembre-se, igualmente, a caracterização das “instituições totais” elaborada por Goffman⁵⁹¹: locais onde todas as esferas da vida das pessoas neles internadas decorrem no mesmo espaço, sob a mesma autoridade, na companhia de um grande número de outros, fazendo as mesmas coisas juntos, numa sequência estritamente organizada, imposta de cima através de um sistema de regras formais e por um corpo de funcionários, como parte de um plano geral racional elaborado com o escopo de prosseguir as finalidades da instituição⁵⁹². O esforço dessas instituições para gerir a actividade diária de um elevado número de pessoas, num espaço limitado e com recursos limitados, traz consigo um processo de “mortificação do eu”⁵⁹³,

⁵⁸⁹ Na prisão estudada por Sykes não havia visitas conjugais.

⁵⁹⁰ G. SYKES, *The Society of Captives. A Study of Maximum Security Prison*, pp. 63 ss. A obra baseia-se no seu estudo da prisão de segurança máxima do Estado de Nova Jérnia.

⁵⁹¹ E. GOFFMAN, «On the characteristics of total institutions: the inmate world», pp. 15 ss.

⁵⁹² *Ibidem*, p. 17. Verifica-se ainda uma divisão básica entre o numeroso grupo gerido e o pequeno grupo de pessoal vigilante, cada um dos quais concebendo o outro com base em estereótipos hostis (*ibidem*, p. 18). A circulação da informação é restrita, sendo os reclusos excluídos do conhecimento das decisões do *staff* relacionadas com o seu destino, o que confere ao pessoal distância e controlo sobre os detidos (*ibidem*, p. 19).

⁵⁹³ Processo descrito por GOFFMAN, *ibidem*, pp. 23 ss.

que envolve a perda de autonomia e uma grande dependência dos outros (os funcionários)⁵⁹⁴: *total institutions are fateful for the inmate's civilian self*⁵⁹⁵.

Se é possível dizer que alguns destes sofrimentos inerentes à prisão foram sendo atenuados nas últimas décadas – em resultado dos esforços de “humanização” das prisões e de “normalização” da vida prisional, da assunção da ressocialização como finalidade da execução, da “flexibilização” da prisão e da sua maior abertura ao exterior, da penetração do princípio da legalidade no sistema prisional e do reconhecimento dos reclusos como titulares de direitos –⁵⁹⁶, não se poderá deixar de admitir que, na sua maioria, permanecem actuais.

A especial situação de vulnerabilidade em que se encontram os reclusos é, aliás, também sublinhada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e valorizada na jurisprudência deste enquanto factor que justifica “um rigoroso escrutínio ao abrigo da Convenção”⁵⁹⁷ e que pode até tornar exigível uma “protecção acrescida”⁵⁹⁸ dos direitos das pessoas privadas da liberdade.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 45. Essa dependência é normalmente associada a um sistema de “recompensas” ou “privilégios” (que muitas vezes não são mais que a ausência de certas privações), em “troca” da obediência, bem como de “punições” pela desobediência (sobre o funcionamento deste “sistema”, *ibidem*, pp. 48 ss.).

⁵⁹⁵ *Ibidem*, p. 47. No seu livro *Le froid pénitentiaire*, Simone BUFFARD descreve as sequelas produzidas pela prisão: “despersonalização, regressão, distanciamento emocional, amnésia selectiva, projecções e fantasmas” (p. 205). Para uma descrição dos efeitos psicossociais da prisão, em particular na fase de ingresso, na prisão de curta duração e na de longa duração, veja-se ainda VAN ZYL SMIT/Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy*, pp. 47 ss., com citação de numerosos estudos.

⁵⁹⁶ Analisando em que medida o direito e a política prisionais europeus têm contribuído para tornar a prisão uma instituição menos totalitária e autoritária, atenuar os sofrimento inerentes à prisão e os seus efeitos psicossociais, VAN ZYL SMIT/Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy*, pp. 348 ss.

⁵⁹⁷ *Vide*, exemplificativamente, *Iwańczuk c. Polónia*, Ac. de 15-11-2001, § 53 (*It must be further emphasised that the authorities exercise full control over a person held in custody and their way of treating a detainee must, in view of his or her vulnerability, be subjected to strict scrutiny under the Convention*).

⁵⁹⁸ Cf. *Torreggiani e outros c. Itália*, Ac. de 8-1-2013, § 65 (*l'incarcération ne fait pas perdre à un détenu le bénéfice des droits garantis par la Convention. Au contraire, dans certains cas, la personne incarcérée peut avoir besoin d'une protection accrue en raison de la vulnérabilité de sa situation et parce qu'elle se trouve entièrement sous la responsabilité de l'État*). Relacionando também as características da instituição prisional com a necessidade de protecção dos direitos dos reclusos, VAN ZYL SMIT/Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy*, p. 41. O recurso ao conceito de “vulnerabilidade” por parte do TEDH é analisado em AL TAMIMI, «The protection of vulnerable groups and individuals by the European Court of Human Rights», pp. 561 ss.: observa-se que o Tribunal não elaborou uma definição de vulnerabilidade, antes identificando casuisticamente se a pessoa em causa se encontra numa tal situação; verifica-se que a grande maioria das situações de vulnerabilidade identificadas na jurisprudência do TEDH se refere a pessoas privadas da liberdade; em relação a estas, a principal determinante dessa qualificação é a dependência das autoridades do Estado; conclui-se que o recurso ao argumento da vulnerabilidade por parte do TEDH coincide com a evolução da sua jurisprudência de uma protecção mais focada nos direitos processuais para uma protecção mais substantiva dos direitos dos reclusos; o argumento da vulnerabilidade serviu como base para a afirmação de que os reclusos carecem de uma protecção acrescida.

Refira-se ainda a extraordinária importância da manutenção da ordem, da disciplina e da segurança nos estabelecimentos prisionais, geradora de uma tensão permanente com os direitos de quem neles está privado da liberdade. A ordem e a disciplina constituem condição indispensável para a realização das finalidades da execução e devem ser mantidas no interesse de uma vida em comum organizada e segura⁵⁹⁹. A segurança nos estabelecimentos é mantida para protecção de bens jurídicos fundamentais e para evitar que os reclusos se subtraíam à execução da pena⁶⁰⁰. A relevância da manutenção da ordem e da segurança é tal que justifica uma específica credenciação constitucional para limitações aos direitos fundamentais (artigo 30.º, n.º 5, da CRP).

Como observa Anabela Miranda Rodrigues, “uma cuidadosa repartição de funções entre a Administração prisional e os tribunais, tendo em vista um equilíbrio, em muitas situações, difícil de alcançar, é, num domínio como o da execução das penas privativas de liberdade, particularmente importante, atento o ambiente concentracionário e potenciador de conflitos que é o ambiente prisional”⁶⁰¹.

Assim, na tarefa de concretização dos critérios de ordenação das funções, haverá que aferir se, e em que medida, as especificidades da execução de uma pena de prisão justificam algum tipo de desvio aos critérios encontrados *supra*, na Parte I, para a determinação dos domínios funcionais e nucleares da Administração e do juiz, bem como se aquelas têm implicação nas características da tutela jurisdicional a assegurar aos cidadãos reclusos.

3. Os critérios de repartição

O modelo contemporâneo de Estado de direito democrático e social desdobra-se em plúrimas dimensões, que convocam, em modos diversos, a actuação dos vários complexos orgânicos que o compõem.

⁵⁹⁹ Art. 86.º, n.º 1, do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.

⁶⁰⁰ Art. 86.º, n.º 2, do CEP. Refira-se que o tema “ordem e segurança do estabelecimento” abrange “quer a *segurança interna* – visando a prevenção de desordens, para satisfação das exigências de prevenção especial (a segurança e a ordem penitenciárias funcionam como coadjuvantes da função-socialização que preside à execução) – quer a *segurança externa*, dirigida a prevenir fugas, para satisfação das exigências de prevenção geral (positiva)” (Anabela Miranda RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 62). Conceitos que “se entrecruzam mas não são sobreponíveis” a estes são os de *segurança exterior* e de *segurança interior*, consoante o “espaço prisional onde a actuação do sistema se desenvolve”: assim, “a revista e exame dos bens que entram no estabelecimento prisional (segurança exterior) serve a função-segurança interna, v.g., ao impedir a entrada de estupefacientes; por seu lado, o internamento em cela de reclusos que planeiam uma evasão (segurança interior) serve a função-segurança externa” (*ibidem*, p. 63).

⁶⁰¹ Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 110.

A dimensão *de direito* exige a vinculação de todos os “poderes” à juridicidade, o controlo do exercício do poder e a protecção jurídica dos cidadãos.

No plano da execução da pena – matéria hoje *juridificada*, incontestadamente *sujeita ao direito*⁶⁰² –, tal dimensão concretiza-se na garantia da posição jurídica dos reclusos e no controlo da legalidade da actividade da Administração sempre que esta possa afectar direitos e interesses legalmente protegidos daqueles. Esta dimensão aponta prioritariamente para o papel dos tribunais.

Já a dimensão *social* do Estado convoca as suas funções prestadoras, de satisfação das necessidades sociais.

No plano da execução penal, tais necessidades consistem na realização das finalidades da execução, cada uma das quais se materializando em diferentes exigências prestadoras (nomeadamente, em tarefas ligadas ao “tratamento” penitenciário, à promoção da socialização dos reclusos, à satisfação das necessidades destes – alojamento, alimentação, saúde, contactos, apoio social, segurança, etc. – e à manutenção da ordem e da segurança nos estabelecimentos prisionais). Só a Administração dispõe da estrutura e do modo de actuação adequados a esta actividade de prestação, devendo ser dotada das competências e da autonomia que lhe permitam desempenhá-la com eficiência.

Haverá, portanto, que buscar o ponto óptimo entre as exigências de prossecução eficaz das finalidades da execução e as de garantia jurídica e de controlo. O que deverá conseguir-se através de um esquema adequado de repartição de funções entre a Administração e os tribunais⁶⁰³.

⁶⁰² Sobre esta evolução, Anabela Miranda RODRIGUES, *A posição jurídica do recluso...*, pp. 20 ss., notando a Autora que a execução da pena “é cada vez mais vista, correctamente, como uma questão de direito” (*idem*, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 115) e lembrando que Portugal se conta entre os primeiros países a dispor de uma “lei fundamental” relativa à execução de penas e medidas de segurança privativas de liberdade, o Decreto-Lei n.º 265/79, de 1-8, acompanhando o movimento legislativo verificado na década de setenta do século XX (*idem*, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 10); sobre isto também Lopes ROCHA, «Execução das penas...», p. 476, e Vieira de ANDRADE, «O internamento compulsivo...», pp. 74 ss.

⁶⁰³ O que se acaba de dizer não significa, absolutamente, que a dimensão “de direito” do Estado seja realizada exclusivamente pelos tribunais, nem que a dimensão “social” seja levada a cabo somente pela Administração. Por um lado, a Administração está, também ela, vinculada à Constituição e à lei e obrigada ao respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos e pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé, competindo-lhe, em numerosas circunstâncias, fazer cumprir a lei e reprimir violações da legalidade (e estando, ela própria, dotada de mecanismos internos de controlo da legalidade). Por outro lado, os tribunais, não lhes competindo embora levar a cabo directamente actividades de prestação, não deixam de estar vinculados, por uma relação de “fundamental solidariedade intencional”, aos fins prosseguidos pelo Estado (Castanheira NEVES, «Da ‘jurisdição’ no actual Estado de Direito», p. 182).

A concretização dos critérios de repartição de funções na execução da pena terá de ter em conta o princípio da separação dos poderes no seu *sentido positivo*, de organização óptima das funções do Estado, de modo que estas sejam exercidas o melhor e o mais eficientemente possível, sem prejuízo do necessário equilíbrio e limitação do poder.

Seguir-se-á uma abordagem *funcional*, tomando em conta os elementos identificadores específicos de cada órgão/função, que, por um lado, justificam as reservas estabelecidas a favor de certos órgãos e, por outro lado, servirão de critério orientador da repartição das demais atribuições (não reservadas).

Deste modo, as competências co-envolvidas na execução da pena de prisão deverão ser atribuídas ao órgão administrativo ou ao órgão jurisdicional de acordo com os seguintes critérios: em primeiro lugar, com base nas *reservas* constitucionalmente impostas (sejam as especificadas no texto constitucional, sejam as que resultem do critério do núcleo essencial); fora das esferas de reserva, de acordo com o critério da *adequação funcional* (a competência deve atribuir-se ao órgão que, pela sua natureza, estrutura, forma de actuação, procedimento e responsabilidade que lhe está cometida, se revelar mais adequado ao seu desempenho). No primeiro caso, a atribuição da função ao órgão é obrigatória; no segundo, pode suceder que se verifiquem aspectos a apontarem para um órgão como o mais adequado e aspectos a apontarem para outro, sendo legítimo atribuir a competência a um ou a outro consoante o aspecto a que se opte por dar prevalência.

Os órgãos do “poder” executivo são dotados, como vimos, de características funcionais – estrutura de funcionários hierarquizada, especializada e territorialmente abrangente; disponibilidade de informação e acesso imediato a dados da realidade; procedimentos flexíveis e diversificados; actuação com vista a obter um resultado prático diferente da paz jurídica decorrente da resolução de uma questão de direito – que lhes conferem capacidade técnica e poder de actuação especialmente aptos ao tratamento casuístico de situações individuais e concretas, à tomada de decisões técnicas especializadas, à prestação de serviços aos cidadãos, às relações que exijam presença pessoal, a uma actuação mais célere e informal e à intervenção em situações de urgência ou situações que se modifiquem rapidamente.

Já os tribunais caracterizam-se funcionalmente pela independência, imparcialidade, neutralidade e equidistância em relação aos interesses das partes; pela vinculação a critérios estritamente jurídicos, sem compromissos ou intenções políticas conjunturais, visando apenas a salvaguarda e a actualização de valores jurídicos; por

exigentes padrões de competência técnico-jurídica; pela autoridade das suas decisões; e pela actuação mediante um processo dotado de garantias de audição dos interesses em presença, de contraditório e de publicidade. Estas características tornam-nos os órgãos mais adequados à tutela dos direitos dos cidadãos, à repressão da violação da legalidade e à dirimção de conflitos de interesses, bem como à tomada de decisões às quais se queira emprestar especiais garantias. Tornam-nos, por seu turno, inadequados para o desempenho das actividades de planificação e prestação inerentes ao Estado social, para a tomada de opções políticas, para decisões que exijam um contacto próximo com os reclusos e com os estabelecimentos prisionais ou para situações que demandem uma decisão imediata.

Haverá também que tomar em conta as particularidades do contexto penitenciário. O ambiente prisional caracteriza-se, como acabámos de ver, por uma permanente tensão entre os direitos dos reclusos e as “exigências próprias da execução”, nomeadamente as de ordem e segurança. O contacto entre a Administração e os reclusos é permanente e abrange todas as esferas da vida destes indivíduos, sendo portanto muito mais intenso que o que se verifica na “normal” relação entre Administração e cidadãos livres, em que o contacto é esporádico ou sectorial. Tal intensidade traz consigo duas ordens de consequências: por um lado, a Administração dispõe de um conhecimento muito próximo dos reclusos e da realidade da execução das penas, que a torna especialmente informada e bem posicionada para a tomada de decisões; por outro lado, o recluso fica sujeito a uma ingerência da Administração em todas as esferas da sua vida, o que faz crescer as exigências de protecção jurisdicional.

Seriam abstractamente configuráveis dois modelos de relacionamento entre tribunais e Administração na execução da pena de prisão, consoante o órgão ou complexo de órgãos a que se atribua a *responsabilidade* por essa execução: um modelo em que o juiz seria o responsável pela execução, estando a administração prisional numa posição de *dependência funcional* (analogamente ao que se verifica na relação dos órgãos de polícia criminal com a autoridade judiciária, nas fases anteriores ao julgamento⁶⁰⁴)⁶⁰⁵, e um modelo em que seria a Administração a encarregada de levar a

⁶⁰⁴ Cf. art. 263.º do CPP: a fase de inquérito é dirigida pelo Ministério Público, com a coadjuvação dos órgãos de polícia criminal, que actuam sob a directa orientação daquele e na sua dependência funcional (embora não hierárquica, uma vez que dependem, no plano organizatório, administrativo e disciplinar, do poder executivo). Sobre este sistema de dependência funcional e autonomia orgânica, Figueiredo DIAS, «Sobre os sujeitos processuais...», pp. 12 s., Anabela M. RODRIGUES, «A fase preparatória do processo penal...», pp. 954 ss., M. J. ANTUNES, *Direito Processual Penal*, pp. 59 s., Dá MESQUITA, *Direcção do inquérito penal e garantia judiciária*, pp. 122, 143.

cabo a execução, intervindo o juiz nas situações em que tal seja exigido pelos critérios identificados (reserva de juiz, tutela jurisdicional efectiva, adequação funcional), ora tomando determinadas decisões relativas à execução, ora assegurando a tutela da posição jurídica dos reclusos.

A atribuição ao juiz da responsabilidade pela realização das finalidades da execução esbarraria com a falta de adequação funcional: os tribunais não dispõem nem da estrutura, nem da proximidade e do contacto permanente com os reclusos e com a vida dos estabelecimentos, nem dos instrumentos de actuação apropriados para essa função⁶⁰⁶. Tal solução exigiria não apenas uma estrutura diferenciada da da generalidade dos tribunais (teriam de ser em grande número e instalados nos ou junto dos próprios estabelecimentos prisionais) e o juiz acabaria por se converter numa entidade quase administrativa, actuando de modo totalmente distinto da “imagem” da função jurisdicional na nossa ordem social e jurídica, que resulta do nosso quadro constitucional, tal como densificado pela doutrina e pela jurisprudência.

O paralelo com o modelo de dependência funcional implicaria que a execução fosse configurada como uma fase jurisdicional, quase um prolongamento do processo penal, titulada por um tribunal (fosse o próprio tribunal de julgamento, fosse um tribunal especializado para a fase da execução), desempenhando a administração penitenciária um papel de coadjuvação. Tal paralelo não se afigura adequado nem praticável, não só devido ao melhor posicionamento da Administração para tomar muitas das decisões, mas também porque a prossecução das tarefas de execução não se basta com a execução individual de cada pena, antes implica a gestão de todo um sistema, a exigir uma visão de conjunto, para a qual os tribunais não estão vocacionados. Só a Administração dispõe da estrutura e dos recursos aptos a levar a cabo a execução, sem prejuízo do controlo jurisdicional da sua actividade e da prática pelo juiz dos actos a ele reservados. A atribuição de competências aos tribunais deve ser consentânea com as características funcionais próprias da jurisdição.

⁶⁰⁵ Posição defendida, em Espanha, por RODRÍGUEZ SAEZ, «El derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución...», pp. 209 ss.: para o Autor, a intervenção da Administração na execução deve-se à carência de meios materiais da jurisdição para assegurar a custódia e o tratamento dos presos, sendo por isso o papel daquela instrumental, de colaboração e de subordinação à autoridade judicial em toda a sua actuação.

⁶⁰⁶ Como admite o mesmo RODRÍGUEZ SAEZ, *ibidem*: é o facto de os tribunais carecerem dos meios materiais para a custódia e o tratamento dos reclusos que torna necessária a intervenção da Administração. Ora, trata-se, no fundo, de um argumento de inadequação funcional.

CAP. II – O DOMÍNIO FUNCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO NA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO

O domínio funcional da Administração na execução da pena de prisão será delineado pelas normas constitucionais que definem as competências do Governo e da Administração Pública (em especial, os artigos 199.º e 266.º), bem como pela visão de conjunto proporcionada pelos princípios e normas constitucionais e respectiva densificação doutrinal e jurisprudencial⁶⁰⁷. Consiste essencialmente na realização das tarefas do Estado, através de medidas concretas, juridicamente vinculadas a fins de interesse público pré-determinados constitucional e legalmente⁶⁰⁸.

No caso da execução da pena, este domínio concretiza-se na prossecução do interesse público de realização das finalidades da execução⁶⁰⁹, através de medidas concretas de socialização (planificação individual do “tratamento prisional”⁶¹⁰; disponibilização aos reclusos dos instrumentos adequados à sua socialização; modelação concreta da execução⁶¹¹) e de segurança (tarefas de manutenção da ordem e da disciplina nos estabelecimentos prisionais; organização da segurança interior e exterior dos estabelecimentos).

No seio deste domínio funcional, cumpre delimitar o *domínio nuclear* que lhe deve estar exclusivamente reservado.

Tal núcleo incluirá, em primeiro lugar, as chamadas *reservas especificadas*. Nos termos do artigo 199.º, *d)* e *e)*, da CRP, compete ao Governo “dirigir os serviços e a actividade da administração directa do Estado” e “praticar todos os actos exigidos pela lei respeitantes aos funcionários e agentes do Estado”. No domínio da execução da

⁶⁰⁷ Conforme analisado na Parte I, Cap. IV, 2.

⁶⁰⁸ CANOTILHO/Moreira, *Fundamentos...*, p. 188.

⁶⁰⁹ Finalidades que melhor se explicitam *infra*, Parte III, Cap. I, 1.3.1, e n. 978. A finalidade primordial da execução é a prevenção especial positiva ou de socialização, no sentido de oferecer ao condenado as condições que lhe permitam conduzir a sua vida de modo conforme ao direito, funcionando a defesa da sociedade, no sentido de limiar mínimo de prevenção geral positiva ou de integração, como limite à consecução da finalidade ressocializadora na tomada de decisões sobre medidas de execução.

⁶¹⁰ Na acepção do n.º 2 do art. 5.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade: “o tratamento prisional consiste no conjunto de actividades e programas de reinserção social que visam a preparação do recluso para a liberdade, através do desenvolvimento das suas responsabilidades, da aquisição de competências que lhe permitam optar por um modo de vida socialmente responsável, sem cometer crimes, e prover às suas necessidades após a libertação”. Sobre o conceito de “tratamento”, Anabela Miranda RODRIGUES, *A posição jurídica do recluso...*, pp. 132 ss.; *idem*, *A fase de execução das penas...*, p. 25 (assumindo a concepção de tratamento como o “meio” de alcançar a “finalidade” de reinserção social); *idem*, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 59; Joaquim BOAVIDA, *A flexibilização da prisão*, pp. 112 ss.

⁶¹¹ Sobre a pertença desta ao domínio funcional da Administração ou dos tribunais, *infra*, Cap. III, 2.4.

pena, tal concretiza-se na organização dos serviços prisionais, na direcção sobre o pessoal, na nomeação dos directores dos estabelecimentos, na colocação dos funcionários e ainda na função de autocontrolo (inspecções administrativas internas e externas⁶¹²).

Além das reservas expressamente identificadas no texto constitucional, existe um núcleo de competências próprio do Executivo – que, como vimos já, não consiste propriamente numa reserva de matéria, mas antes na competência para, dentro de um domínio material, predeterminado pela lei, realizar concretamente as tarefas cometidas ao Estado, aplicar a lei nas situações fácticas, dirigir os serviços públicos pertinentes, organizar a prestação do serviço, etc. Essa competência impõe *limites funcionais* à actuação dos demais poderes, que os impedem de invadir o núcleo essencial do Executivo, substituindo-se funcionalmente a este.

Aplicando a teoria dos limites funcionais – desenvolvida, como vimos, por alguma doutrina e jurisprudência – à relação entre juiz e Administração na execução da pena de prisão⁶¹³, podemos considerar que estaríamos perante uma violação do núcleo essencial do domínio funcional do Executivo se, por força de determinações judiciais, a administração prisional fosse degradada ao nível de um órgão subordinado que recebe ordens ou instruções vinculativas de outro poder, ou visse frustrada, por força das mesmas imposições, a possibilidade de determinar auto-responsavelmente, na medida que lhe esteja constitucionalmente e legalmente atribuída, o sentido e o conteúdo do exercício das suas competências⁶¹⁴.

Tal consideração sustenta-se, em primeiro lugar, no *estatuto constitucional* do Governo (o que não deixa de incluir a Administração Pública, enquanto instrumento de efectivação prática das políticas governamentais), que não admite que o Executivo se converta em órgão subordinado a qualquer dos outros poderes, desprovido de autonomia⁶¹⁵.

⁶¹² O controlo da conformidade da actividade administrativa com os princípios e normas que a regem pode realizar-se por autocontrolo (“que aproveita a organização da Administração Pública e a respectiva actividade para vigiá-la”, efectivando-se através de reclamações e recursos administrativos e da actividade dos órgãos inspectivos) e por heterocontrolo (caso do controlo parlamentar e do controlo jurisdicional). Sobre a distinção, João CAUPERS/Vera Eiró, *Introdução ao Direito Administrativo*, p. 43.

⁶¹³ Como ressaltou do estudo que realizámos na Parte I, a ideia dos limites funcionais foi desenvolvida sobretudo a partir de casos de interferência do Parlamento no exercício da função governativa. Sem deixar de ter em conta as diferenças entre as relações Parlamento/Governo e as relações Juiz/Administração, a argumentação afigura-se, em boa parte, transponível.

⁶¹⁴ Adaptação da formulação de Reis NOVAIS, *Separação de poderes...*, p. 61 (citada *supra*, Parte I, Cap. V, 3.1), a propósito do núcleo essencial do Executivo e dos limites que este impõe à ingerência parlamentar.

⁶¹⁵ Cf. *supra*, Parte I, Cap. V, 3.

Em segundo lugar, no sentido positivo do princípio da separação de poderes e na inerente ideia de *adequação funcional*. Há tarefas para as quais os órgãos administrativos são os mais preparados, ou mesmo os únicos preparados. É o caso da organização, classificação e gestão dos estabelecimentos prisionais e de todas as tarefas inerentes ao seu funcionamento (gestão do pessoal, segurança, manutenção das instalações), da organização da população prisional, do provimento das necessidades básicas dos reclusos (alojamento, alimentação, saúde, higiene, vestuário), da organização das actividades de “tratamento prisional”, tendentes à ressocialização dos condenados (educação, formação profissional, trabalho, programas), do fornecimento de bens e da prestação de serviços (directamente ou mediante contratação) e da manutenção da ordem, da disciplina e da segurança nos estabelecimentos prisionais (se necessário, mediante medidas de sentido restritivo, exercício do poder disciplinar ou mesmo recurso à força). Trata-se, portanto, daqueles casos em que as características do órgão constituem argumento decisivo ou mesmo forçoso⁶¹⁶ para a atribuição da competência. Para tais tarefas nenhum dos outros órgãos ou complexos de órgãos se mostra apetrechado: o legislador não pode prever todos os pormenores, nem está dotado das necessárias estruturas técnicas e humanas; os tribunais não são estruturalmente aptos para “administrar”, não possuem nem a informação nem a estrutura de pessoal necessárias, nem o seu modo de actuar por decisões meramente jurídicas⁶¹⁷ seria adequado ou suficiente; a sua legitimidade ficaria posta em causa.

Em terceiro lugar, na *responsabilidade* que lhe está cometida. Nos termos constitucionais, compete ao Governo, no exercício das suas funções administrativas, “dirigir os serviços e a actividade da administração directa do Estado”, “praticar todos os actos exigidos pela lei respeitantes aos funcionários e agentes do Estado” e igualmente “praticar todos os actos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades colectivas” (artigo 199.º, als. *d*), *e*) e *g*)); e a Administração Pública “visa a prossecução do interesse público” (artigo 266.º). A atribuição de tal responsabilidade exige a concessão de uma esfera de autonomia funcional, sob pena de resultar inviabilizada qualquer responsabilização. Na medida em que a responsabilidade lhe esteja constitucional e legalmente atribuída, a Administração requer a possibilidade de determinar auto-responsavelmente o sentido e o conteúdo do exercício das suas

⁶¹⁶ Recorde-se a proposta de Thomas Kuhl (Parte I, Cap. V, 1. e 3.1).

⁶¹⁷ Recordem-se as considerações de Castanheira NEVES, *O instituto dos «assentos»...*, pp. 616 s. (cf. *supra*, Parte I, Cap. V, 3.2, n. 424), referindo-se, embora, aí, à intromissão da jurisdição na função legislativa.

competências. Carece de uma capacidade de escolha, essencial à prossecução das tarefas de satisfação das necessidades sociais, que implicam permanentemente fazer opções. No âmbito da execução das penas, conferir à administração prisional a competência para garantir a execução, de acordo com as respectivas finalidades, e prosseguir o interesse público de prevenção da reincidência⁶¹⁸ obriga à concessão de uma margem de *autonomia auto-responsável* na realização das funções atribuídas⁶¹⁹. Num modelo em que se cometa legalmente à administração prisional responsabilidade pela prossecução das finalidades da execução, há que fazer-lhe corresponder um núcleo essencial de competências que imponha limites funcionais aos demais “poderes”, impedindo-os de se lhe substituírem funcionalmente, não lhe deixando margem de actuação para realizar a sua missão. A não ser assim, resultaria ferido o núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes, ficando em causa “todo o sistema de *legitimação, responsabilidade, controlo e sanção* definido no texto constitucional”⁶²⁰.

Neste quadro, as “exigências próprias da execução”, na acepção do n.º 5 do artigo 30.º da CRP – que se manifestam constantemente na vivência diária das prisões e requerem ponderação nas mais variadas decisões, frequentemente em tensão com a esfera jurídica dos reclusos⁶²¹ –, devem, como regra, ser aferidas e definidas pela administração prisional (naturalmente, dentro do quadro pré-estabelecido pelo legislador), sem prejuízo do controlo jurisdicional da sua actividade e da tutela jurisdicional a assegurar aos cidadãos reclusos.

O exposto significa que, nos domínios acima identificados, a decisão em primeira linha (a “primeira palavra”) pertencerá à Administração, dentro da sua margem de apreciação e decisão, sem prejuízo de um controlo jurisdicional efectivo⁶²².

⁶¹⁸ Cf. art. 135.º do CEP, art. 12.º do Decreto-Lei n.º 123/2011, de 29-12 (orgânica do Ministério da Justiça), e arts. 2.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 215/2012, de 28-9 (orgânica da Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais). Cf. ainda o Ac. do TC n.º 427/2009: “quando coloca o recluso em regime aberto no exterior, [...] o Director-Geral dos Serviços Prisionais prossegue o *interesse público* de prevenir a reincidência (artigos 1.º, 2.º, 9.º, alínea *d*), 30.º, n.º 5, e 266.º da CRP), exercendo a competência que lhe está atribuída de *garantir a execução da pena de prisão de acordo com as respectivas finalidades* (artigo 135.º, n.º 1, alínea *a*), do Código [...]”.

⁶¹⁹ No mesmo sentido, referindo-se ao “âmbito também alargado de decisões que devem caber à administração prisional, em nome da autonomia e responsabilidade da sua actuação”, Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 116.

⁶²⁰ De novo CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 252.

⁶²¹ Trata-se, sobretudo, das exigências de ordem e segurança dos estabelecimentos prisionais, que têm de ser levadas em conta em decisões como a determinação do regime de execução, a escolha do estabelecimento onde será cumprida a pena, restrições à posse de objectos ou às actividades a realizar no estabelecimento, limitações e controlos aos contactos com o exterior, etc.

⁶²² O tipo e a intensidade do controlo jurisdicional a exercer variará consoante se trate do domínio reservado à administração, do domínio funcional desta ou de uma “zona cinzenta”; a questão será tratada *infra*, Parte V, 3.2.9.

Funcionará aqui a diferenciação entre *autoria* e *fiscalização* (ou entre *decisão* e *controlo*): para convocar de novo Vieira de Andrade, “o procedimento decisório difere do procedimento fiscalizador, é metodicamente mais exigente e mais completo, determinando uma ineliminável margem de *responsabilidade* de quem tem o poder-dever de decidir, tanto maior quanto mais a aplicação da norma [...] pressuponha ou suscite dúvidas ou incertezas. A função de decidir exige um *conhecimento* completo de todas as circunstâncias relevantes da situação de facto e de direito, uma *ponderação* real entre as alternativas e os respectivos efeitos e a *escolha* da solução que melhor realize o interesse público (os interesses públicos [...]) que o órgão administrativo, enquanto primeiro intérprete e autor competente e responsável pela decisão, tem a seu cargo. Diferentemente, para fiscalizar bem, a entidade de controlo [...] apenas precisa de elaborar o *paradigma normativo* abstracto, até onde este seja determinável na situação concreta, e submeter a decisão sujeita a controlo a *testes de juridicidade* considerados fundamentais, para detectar o eventual incumprimento dos princípios que regulam a actividade decisória”⁶²³.

Poderão ainda ser deferidas à Administração competências situadas na “zona de fronteira” ou da “periferia” da função jurisdicional⁶²⁴, nomeadamente se concorrer um interesse público estranho ao conflito jurídico, ou se razões apontarem no sentido de a Administração ser funcionalmente mais adequada, atendendo por exemplo a uma necessidade de assegurar uma decisão mais célere, ou mais próxima da realidade, ou um procedimento mais simplificado, ou se se visar desonerar os tribunais de assuntos de menor grau de exigência constitucional. Como havíamos concluído, as referidas “zonas cinzentas”, não se situando nem no *Kernbereich* do judicial nem no do executivo, podem integrar-se no domínio funcional de um ou do outro de acordo com critérios de adequação orgânico-funcional: se as características do órgão executivo – estrutura, modo de actuação, processo, etc. – o tornarem mais capaz de desempenhar a competência em causa, esta pode (deve) ser-lhe atribuída. Requisito é que se assegure o acesso a uma forma de tutela jurisdicional efectiva e plena (*garantia da via judiciária*). Será o caso, designadamente, da aplicação de sanções disciplinares, da determinação de certas restrições e proibições ou de meios especiais de segurança, bem como de certas decisões de modelação individual da execução⁶²⁵.

⁶²³ Vieira de ANDRADE, *A justiça administrativa*, p. 82.

⁶²⁴ As “zonas cinzentas” a que aludimos na Parte I, Cap. V, 2.1.

⁶²⁵ Sobre estas últimas, e a respectiva pertença ao domínio funcional da Administração ou dos tribunais, *infra*, Cap. III, 2.4.

CAP. III – O DOMÍNIO FUNCIONAL DOS TRIBUNAIS NA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO

O movimento de *juridificação* da execução, que conduziu a que a execução seja hoje, indiscutivelmente, matéria sujeita ao direito⁶²⁶, trouxe consigo uma correspondente exigência de *jurisdicionalização*, convocando os tribunais a desempenharem um papel relevante na execução.

Cumpra, pois, procurar definir o domínio funcional dos tribunais na execução da pena de prisão.

Tal tarefa compreenderá, necessariamente, o tratamento dos seguintes tópicos: a função jurisdicional na fase da execução da pena (*domínio funcional*); a reserva de juiz na fase de execução da pena (*domínio nuclear*); o *controlo jurisdicional* da administração prisional; a efectividade da *tutela jurisdicional* a conferir às pessoas privadas da liberdade; e a tutela perante actos jurisdicionais (*direito ao recurso*) na fase da execução da pena.

Anote-se que a concretização da função dos tribunais na execução da pena de prisão será, nesta fase do trabalho, independente da resposta à questão de saber *quais* os tribunais que deverão ser os competentes para as desempenhar; essa questão será tratada *infra*, Parte V (3.1).

1. A função jurisdicional na fase da execução da pena – o domínio funcional dos tribunais

Recorrendo ao contributo das teorias funcionais, haverá que identificar a “imagem” da jurisdição, a “função específica que ela desempenha na nossa ordem social e jurídica”, através de uma visão de conjunto oferecida pelas normas constitucionais que definem a função jurisdicional e caracterizam os tribunais (em especial, os artigos 202.º ss. da CRP) e, de modo mais amplo, pela constelação de princípios e normas constitucionais (tais como o princípio da separação e interdependência dos poderes e as garantias de acesso ao direito e aos tribunais e de

⁶²⁶ *Supra*, n. 602. Cf. Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 115: “é no âmbito de *juridificação* da execução – isto é, em que a execução da pena é cada vez mais vista, correctamente, como uma questão de direito – que a exigência de jurisdicionalização se impõe, como garantia, para resolver questões de direito que emergem da modelação da execução levada a efeito pela administração prisional.

tutela jurisdicional efectiva) e respectiva densificação doutrinal e jurisprudencial⁶²⁷, bem como pelas características e modo de actuação próprios dos tribunais, sem ignorar ainda aquilo que ao longo do tempo a lei foi incluindo na competência destes⁶²⁸.

A função dos tribunais consiste essencialmente em *administrar a justiça*, através da *defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*, da *repressão da violação da legalidade democrática* e da *dirimição de conflitos de interesses públicos e privados*⁶²⁹. Trata-se de *dizer qual é o direito, nos termos da ordem jurídica estabelecida*⁶³⁰, sem outra finalidade que não a de *alcançar a paz jurídica* resultante da resolução da questão de direito⁶³¹. Mas também de assegurar protecção jurídica aos cidadãos e de exercer controlo jurídico sobre a actuação dos demais poderes do Estado⁶³². Adoptando critérios exclusivamente jurídicos, numa intenção de validade jurídica e mediante um modo metodológico próprio da jurisdicionalidade⁶³³.

Especificamente na execução da pena de prisão, este domínio há-de concretizar-se, por um lado, num papel de “controlo do poder pelo poder” – no caso, da administração prisional – para salvaguarda dos direitos e liberdades das pessoas colocadas sob a sua alçada. Convoca-se aqui o sentido *negativo* do princípio da separação e interdependência dos poderes.

Por outro lado, e na perspectiva *positiva* do princípio, as características funcionais da jurisdição, já identificadas, fazem dos tribunais órgãos especialmente vocacionados para a tutela dos direitos dos reclusos, para a repressão de violações da legalidade por parte dos órgãos encarregados da execução, para a dirimição de conflitos de interesses (que se suscitam constantemente na execução da pena, quer entre a realização das finalidades da execução e exigências de ordem, segurança e disciplina do estabelecimento, quer entre a realização da finalidade de reinserção do agente na sociedade e a de protecção de bens jurídicos ou a de defesa da sociedade, quer entre os referidos interesses públicos e os direitos ou interesses individuais dos reclusos) e ainda para a tomada de decisões que exijam especiais garantias ou especial preparação

⁶²⁷ Matérias que foram tratadas na Parte I do presente trabalho.

⁶²⁸ Como se afirma no Ac. do TC n.º 427/2009, “não é de recusar que para tal densificação [da reserva de juiz em matéria de execução de sanções privativas da liberdade] contribui também o que a lei inclui – e foi incluindo – na competência daqueles tribunais”.

⁶²⁹ Cf. art. 202.º da CRP.

⁶³⁰ Oliveira ASCENSÃO, «A reserva constitucional da jurisdição», p. 465 (*supra*, Parte I, Cap. IV, 1.2).

⁶³¹ De acordo com o critério teleológico-objectivo, desenvolvido por Afonso Queiró e seguido, em grande medida, pelo TC e pelo STA (*supra*, Parte I, Cap. IV, 1.2).

⁶³² Cf., especialmente, arts. 20.º e 268.º, n.º 4, da CRP.

⁶³³ Recorde-se a caracterização de Castanheira NEVES, «Da ‘jurisdição’ no actual Estado de Direito», pp. 198 ss. (*supra*, Parte I, Cap. IV, 1.2).

técnico-jurídica. Tornam-nos, pelo contrário, inadequados para actividades de planificação e prestação inerentes ao Estado social, para a tomada de opções políticas ou para decisões que exijam um conhecimento próximo dos reclusos e do sistema prisional⁶³⁴.

Concretizemos, pois, as funções que devem caber ao juiz na execução da pena, seja as que lhe devam ser obrigatoriamente *reservadas*, seja as que lhe devam ser atribuídas por razões de *adequação funcional*.

No primeiro caso, a obrigatoriedade de atribuição de certas funções ao juiz pode decorrer: da previsão de uma reserva constitucional especificada; de outras exigências constitucionais, como o princípio da tutela jurisdicional efectiva ou o direito de acesso aos tribunais; do facto de integrarem o núcleo essencial da jurisdição; ou ainda de os tribunais se revelarem os únicos órgãos adequados ao respectivo desempenho⁶³⁵.

No segundo caso, integrarão também o domínio funcional dos tribunais as atribuições para as quais estes se revelem mais aptos dadas as suas características funcionais. Tal sucederá quando o legislador pretenda emprestar a certos actos características próprias da função jurisdicional, nomeadamente atribuir-lhes determinada força jurídica, reforçar a imparcialidade e a independência na tomada de decisão, conferir-lhes maior solenidade ou dar primazia a critérios técnico-jurídicos de decisão.

Verificaremos que, em certas situações, o juiz terá de ter a “primeira palavra”, decidindo a questão em “primeira linha”, ao passo que, em outras, bastará que tenha a “última palavra”, podendo decidir em “segunda linha”, após uma primeira decisão da Administração. Nem sempre a “garantia de via judiciária” assegurada por uma decisão em “segunda instância” será suficiente: pode não permitir um controlo pleno; pode não proteger o direito em causa em tempo útil; e carece de uma atitude processual activa por parte do sujeito afectado. A protecção efectiva perante determinadas ingerências nos direitos fundamentais das pessoas poderá não se compadecer com uma intervenção judicial em mera sede de segunda instância e dependente da iniciativa do sujeito lesado.

⁶³⁴ Mesmo (embora atenuadamente) quando as competências sejam atribuídas a um tribunal especializado na execução da pena. Na verdade, como veremos (*infra*, Parte III, Cap. II, 3), a expectativa, historicamente associada à instituição dos tribunais de execução das penas, de um conhecimento profundo dos reclusos e dos estabelecimentos por parte dos magistrados ficou longe de se tornar realidade.

⁶³⁵ Retomam-se os critérios de Thomas Kuhl relativos ao domínio nuclear (Parte I, Cap. V, 1 e 3.1).

2. Reserva de juiz na fase da execução da pena

2.1. Reservas especificadas

A tomar obrigatoriamente por juiz serão, naturalmente, as decisões abrangidas por *reservas especificadas* no texto constitucional.

Em matéria de execução das reacções criminais, a Constituição reserva expressamente ao juiz, como já vimos, apenas *o título da execução* (artigo 27.º, n.º 2, segundo o qual ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de *sentença judicial condenatória* pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de *aplicação judicial* de medida de segurança), bem como a *prorrogação das medidas de segurança* privativas ou restritivas da liberdade, em caso de perigosidade baseada em grave anomalia psíquica (artigo 30.º, n.º 2). Trata-se de reservas de juiz *absolutas*.

Devem considerar-se abrangidos pela reserva do artigo 27.º, n.º 2, os actos que digam ainda respeito ao título da execução. É o caso dos “incidentes da execução”, no “sentido restrito e técnico” de “todas as dúvidas de carácter contencioso acerca da interpretação, aplicação ou eficácia da sentença condenatória”⁶³⁶, tais como dúvidas na

⁶³⁶ Assim definindo “incidentes da execução”, Beleza dos SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», p. 292, no mesmo sentido de NOVELLI, «L'autonomia del diritto penitenziario», p. 29, que descreve os *incidenti di esecuzione* como *destinati a dirimere tutte le questioni che sorgono per l'esecuzione di provvedimenti penali*. Na concepção clássica da pena determinada (prévia à introdução da modelação da execução, da possibilidade de prorrogação de penas e medidas de segurança e da jurisdicionalização da execução), os incidentes eram a única possibilidade legal de actividade judiciária durante a execução (SLIWOWSKI, *Les pouvoirs du juge...*, p. 91). Mesmo após a criação dos tribunais de execução das penas em Portugal, estes incidentes continuavam a ser decididos pelo tribunal da condenação, perante o qual “corr[ia]m os termos do que constitui propriamente a *execução judiciária*” (Beleza dos SANTOS, *ibidem*). Como nota Jacinto DUARTE, «Os Tribunais de Execução das Penas», p. 162, “não se tratava efectivamente de uma intervenção no domínio da execução, pois embora fosse durante esta que se verificava, a mesma era da competência do juiz da sentença e visava pôr fim às dúvidas suscitadas pela sua aplicação, não sendo mais que uma sua interpretação autêntica”. O conceito de “incidentes da execução” veio a ser posteriormente alargado, passando a abranger também as modificações ou prorrogações da sanção ao longo da sua execução, com base em circunstâncias supervenientes, como a evolução do condenado ou o seu estado perigoso (sobre esse alargamento, SLIWOWSKI, *ibidem*, p. 90, n. 1), a ponto de se considerar que “a actividade de justiça penitenciária pode tratar-se como uma espécie de grande incidente da execução” (SLIWOWSKI, *ibidem*, p. 91). Hoje, o conceito de “incidente” não se reduz ao sentido “restrito e técnico” referido por Beleza dos Santos, sendo comum a ele reconduzir-se institutos que modificam a execução ao longo do seu decurso, como a liberdade condicional. No direito brasileiro, consideram-se “incidentes de execução” “as questões incidentes que devem ser decididas ao longo da execução penal implicando conversão, unificação, soma, redução ou extinção de pena ou medida de segurança” (NUCCI, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, p. 1011), incluindo figuras como a conversão de penas, o excesso ou desvio de execução, a amnistia e o indulto (arts. 180.º ss. da Lei n.º 7210, de 11-7-1984, Lei de Execução Penal) e outras como a aplicação de lei penal mais favorável. Abordaremos essa questão mais adiante (*infra*, Parte III, Cap. II, 1.2.1., b)), a propósito da liberdade condicional.

interpretação da sentença, dúvidas relativas à contagem do tempo de prisão ou à identificação do condenado, questões acerca do momento em que a pena deve reputar-se cumprida ou acerca da aplicação de leis de amnistia⁶³⁷.

Não se trata aqui propriamente, note-se, de uma intervenção judicial *na execução, no domínio penitenciário*; só o é cronologicamente, sempre que os “incidentes”, no sentido referido, se suscitem uma vez iniciada a execução⁶³⁸.

Entendemos que devem ainda considerar-se abrangidas pelas referidas reservas especificadas as *decisões que modifiquem, substituam ou completem o conteúdo da sentença*, por comungarem da mesma natureza desta. Será o caso das decisões que tenham implicação no conteúdo ou na duração da sanção a cumprir. Neste sentido aponta também a jurisprudência do Tribunal Constitucional⁶³⁹.

2.2. Reservas não especificadas

Para além das reservas especificadas – que, como se viu, se limitam ao título da execução e à sua interpretação ou modificação –, outras competências devem considerar-se materialmente reservadas aos tribunais por integrarem o núcleo essencial da jurisdição, em decorrência, designadamente, de princípios e normas constitucionais como o princípio da separação e interdependência dos poderes, nas suas vertentes negativa e positiva, a definição constitucional da função jurisdicional, bem como o princípio da tutela jurisdicional efectiva ou o direito de acesso aos tribunais.

Deste bloco constitucional resulta que devem caber, em princípio, aos tribunais as funções de: resolução de conflitos, em especial entre reclusos e administração prisional em caso de afectação de direitos ou interesses daqueles; controlo do respeito pela legalidade e pelos direitos fundamentais na fase da execução; tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos dos reclusos; tomada de decisões que impliquem

⁶³⁷ Exemplos dados por Beleza dos SANTOS, *ibidem*, p. 292, Jacinto DUARTE, *ibidem*, p. 91, e SLIWOWSKI, *ibidem*, p. 90.

⁶³⁸ As decisões ainda relacionadas com o título da execução caberão, em princípio, ao tribunal de julgamento (por se tratar do tribunal que proferiu a sentença), podendo, porém (e até por não se poder garantir que aquele seja ainda composto pelo mesmo juiz ou pelos mesmos juizes), verificar-se razões de eficiência prática e de economia processual que justifiquem atribuir a competência aos tribunais de execução das penas. Como já se referiu, nesta fase preocupamo-nos apenas com a definição *do que* deve caber a um órgão jurisdicional, sem cuidarmos ainda *de quais* os concretos tribunais a que é de deferir cada competência.

⁶³⁹ Cf. Ac. do TC n.º 427/2009, onde se afirma que “a *reserva de juiz* significar[á] 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)”. Este Acórdão, referente à decisão de concessão do regime aberto no exterior, será objecto de análise aprofundada *infra*, Parte III, Cap. II, 2.1.1.

restrições de direitos e liberdades dos reclusos ou que contendam com direitos ou valores de particular importância jurídico-constitucional.

Com efeito, as incumbências de “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos” dos cidadãos reclusos, de “reprimir a violação da legalidade democrática” por parte de cidadãos ou por parte da Administração e de “dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”, cometidas pelo artigo 202.º da CRP aos tribunais, só poderão ser atribuídas a outro órgão se houver razões constitucionalmente atendíveis que o justifiquem (tais como a presença de um interesse público estranho ao conflito; imperativos de eficiência, economia processual, celeridade ou não sobrecarga dos tribunais; ou o facto de outro órgão se revelar funcionalmente mais adequado ao seu desempenho), desde que não se trate de reserva especificada ou de matéria de especial sensibilidade jurídico-constitucional e desde que garantido o acesso a uma forma de tutela jurisdicional efectiva (*Rechtweggarantie*).

As decisões que afectem direitos fundamentais são, em princípio, reservadas aos tribunais. Podem, todavia, verificar-se razões que justifiquem uma competência da Administração, tais como razões de proximidade, exigência de uma decisão célere e imediata ou o facto de estarem em causa interesses públicos constitucionalmente relevantes, como a manutenção da segurança e a realização das finalidades da execução. Na verdade, quase todas as decisões tomadas em sede de execução de uma pena de prisão contendem de alguma forma com direitos fundamentais – tomem-se como exemplo o direito disciplinar penitenciário, as restrições e proibições, a aplicação de meios especiais de segurança. Seria impraticável (quando não mesmo inadequado) que fossem tribunais a tomar todas estas decisões: as especificidades da reclusão exigem que a Administração possa actuar em numerosas circunstâncias de tensão com direitos fundamentais. Necessário é que o procedimento administrativo seja, em si, um *due process*⁶⁴⁰ (nomeadamente, assegure o contraditório, sempre que razões de celeridade ou de segurança não o impeçam; respeite o princípio da proporcionalidade nos seus subprincípios da proporcionalidade, da necessidade e da adequação) e que se assegure uma tutela jurisdicional efectiva e em tempo útil.

⁶⁴⁰ Recorde-se CANOTILHO/Canelas de Castro, «Constitucionalidade do sistema de liquidação coactiva administrativa de estabelecimentos bancários», p. 84, onde se estabelece, como condição de compatibilidade da “substituição de um monopólio do juiz por uma garantia final do acesso à via judiciária” com as exigências do Estado de direito, que “o procedimento administrativo [seja] ele próprio um *due process*, ou seja, [que] a regulação organizatório-procedimental assegur[e], desde logo, momentos materiais de justiça”. No mesmo sentido, Vieira de ANDRADE, *Lições...*, p. 40, e J. P. Cardoso da COSTA, *O princípio da reserva do juiz...*, pp. 34 ss. Sobre o ponto, *supra*, Parte I, Cap. V, 2.1.

A resolução de situações de conflito entre interesses da execução (nomeadamente, a prossecução das finalidades da execução ou “exigências próprias da execução” na acepção do artigo 30.º, n.º 5, da CRP, que se reconduzem, basicamente, a exigências de ordem e de segurança) e direitos ou interesses dos reclusos reclama uma neutralidade que constitucionalmente só os tribunais podem assegurar. Tal não significa que a Administração não tenha de, quotidianamente, tomar decisões que implicam um equilíbrio entre os vários interesses; o que significa é que, surgindo um conflito concreto, tem de ser possível accionar um tribunal⁶⁴¹. Assim, exige-se que um tribunal funcione, pelo menos, como instância de controlo (seja através de mecanismos de validação judicial, seja mediante a faculdade de impugnação de decisões da administração penitenciária em matérias que ponham em confronto aqueles interesses, tanto por parte do recluso afectado como por parte de entidades encarregadas da defesa da legalidade democrática). Isto no caso de não se verificarem circunstâncias que exijam a prática do acto pelo próprio tribunal, atento o grau de afectação dos direitos do recluso ou do conteúdo da execução.

Naturalmente, decisões que afectem direitos ou valores de particular importância jurídico-constitucional, que não se compadeçam com a atribuição a outro órgão ou com a dependência de uma atitude activa de impugnação por parte do lesado, constituirão reserva absoluta de juiz.

O mesmo valerá para os casos em que a tutela judicial só possa ser efectiva se couber logo a um tribunal, em “primeira palavra”, sem uma primeira decisão da Administração e sem dependência de uma iniciativa de impugnação.

Assim, a função a desempenhar pelo juiz na execução será em grande medida análoga àquela a que o juiz de instrução criminal é chamado na fase de inquérito⁶⁴²: será

⁶⁴¹ Nesta linha, afirma Anabela Miranda RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 138, que “a função jurisdicional traduz-se tipicamente na decisão de um conflito, relativamente ao qual o julgador se encontra numa posição supra-partes”. Assim, para a Autora, “a intervenção directa de um magistrado no processo de execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade e na garantia dos direitos dos reclusos nem sempre se coaduna, em todas as suas formas, com a função jurisdicional dos tribunais e, em particular, do juiz de execução das penas”. Em texto mais recente, reforça a mesma Autora (*idem*, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 108): “trata-se de reconhecer que, pese embora o labor legislativo de conformação do estatuto jurídico do recluso – ou, de uma certa perspectiva, exactamente por isso –, é essencial a intervenção jurisdicional com vista a dirimir os conflitos atinentes à limitação dos direitos ou à afectação de interesses legalmente protegidos dos reclusos por parte da administração prisional quando esta determina o conteúdo em concreto da execução da pena que estes cumprem. Verdadeiras questões de direito, em que o conflito resulta daquela limitação de direitos ou afectação de interesses legalmente protegidos em nome da realização das finalidades da execução”.

⁶⁴² Assim também no Ac. do TC n.º 427/2009: ao juiz da execução das sanções privativas da liberdade caberá “o papel de juiz das liberdades, à semelhança do que sucede em outros lugares do ordenamento jurídico (cf. artigo 32.º, n.º 4, da CRP)”. No mesmo sentido, e referindo este aresto do TC, Anabela

“uma função, exclusiva ou predominantemente, garantística, visando assegurar a tutela dos direitos fundamentais dos arguidos”⁶⁴³ (no caso, dos reclusos), ora mediante actos que só ele pode praticar, ora através de actos que por ele têm de ser autorizados ou validados, ora ainda mediante actuação em casos de conflito⁶⁴⁴. Além disso, a sua intervenção assegura uma “repartição funcional” e uma “diversidade operativa”⁶⁴⁵ nessa fase processual: tal como, na fase de inquérito, o juiz tutela os direitos individuais em face dos interesses da investigação, na fase de execução corresponder-lhe-á a tutela dos direitos dos reclusos perante as “exigências próprias da execução” ou mesmo perante o interesse público da realização das finalidades da execução.

Transpondo para a fase da execução uma afirmação de Anabela Miranda Rodrigues relativa ao papel do juiz no inquérito, “o juiz, dotado de independência e imparcialidade que a Constituição e o seu estatuto lhe conferem, é o único sujeito processual que pode, por isso, assumir plenamente o papel de garante dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos” (no caso, dos cidadãos privados da liberdade)⁶⁴⁶.

2.3. O domínio funcional não reservado

Além do domínio nuclear que constitui a esfera de competências reservada aos tribunais, estes poderão ver incluído no seu domínio funcional outras competências, no âmbito da execução da pena, que o legislador entenda atribuir-lhes com base em critérios de adequação funcional.

Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 109: “com a jurisdicionalização da execução trata-se de fazer intervir o tribunal quando está em causa resolver um conflito jurídico – limitação de direitos do recluso para assegurar outros direitos ou interesses constitucionalmente consagrados, de acordo [...] com os princípios inscritos na Constituição da necessidade e da preservação do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. E para cuja resolução o juiz surge como a entidade por excelência. Com o que se atribui também ao juiz, na execução das penas, o papel de juiz das liberdades”. Já em 1963, Jacinto DUARTE, «Os Tribunais de Execução das Penas», p. 185 (referindo-se a outros ordenamentos jurídicos, uma vez que à época a figura do “juiz das liberdades” não existia no ordenamento português), estabelecia um paralelo entre o juiz de execução das penas e o juiz de instrução criminal: a sua intervenção justificava-se pela situação jurídica especial – diminuição de certos direitos –, a reclamar uma intervenção que servisse de balança entre direitos individuais e fim prosseguido pela fase processual.

⁶⁴³ Na expressão do Ac. do TC n.º 297/2003, já citado *supra*, Parte I, n. 315.

⁶⁴⁴ Tal como o juiz de instrução é chamado a resolver situações de colisão entre os interesses da investigação e os direitos fundamentais das pessoas – cf. *supra*, Parte I, n. 316.

⁶⁴⁵ Dá MESQUITA, *Direcção do inquérito penal e garantia judiciária*, p. 176, n. 53, refere a “repartição funcional e diversidade operativa” entre Ministério Público e órgão judicial, em que se baseia o poder de controlo do órgão judicial na fase de inquérito.

⁶⁴⁶ Anabela Miranda RODRIGUES, «A jurisprudência constitucional portuguesa e a reserva do juiz nas fases anteriores ao julgamento...», p. 49.

Com efeito, o legislador pode concluir que, para a tomada de certas decisões, ainda que não contidas no núcleo essencial da função jurisdicional, os tribunais são os órgãos mais adequados, em razão das suas características funcionais.

Tal sucederá quando o legislador pretenda emprestar a certos actos características próprias da função jurisdicional, nomeadamente rodeá-los de especiais garantias, atribuir-lhes determinada força jurídica, reforçar a imparcialidade e a independência na tomada de decisão, conferir-lhes maior solenidade ou dar primazia a critérios técnico-jurídicos de decisão.

De facto, como iremos verificar (*infra*, Parte III), algumas funções cometidas por lei aos tribunais de execução das penas não são intrinsecamente jurisdicionais; tornam-se jurisdicionais por estarem atribuídas a um tribunal, passando por isso a revestir-se das características de forma e das garantias inerentes. O que não significa que não pudessem ser atribuídas à Administração, uma vez que, onde não se trate de matérias que devam considerar-se reservadas, a atribuição ao juiz constitui uma opção do legislador de fazer revestir a decisão das características próprias do acto jurisdicional⁶⁴⁷.

Aliás, as particularidades do contexto penitenciário, já descritas, em especial a permanente tensão entre os direitos dos reclusos e as “exigências próprias da execução”, bem como a vulnerabilidade daqueles, a sensibilidade dos interesses em jogo e a “opacidade” do que se passa atrás dos muros das prisões, podem constituir razões acrescidas para fazer intervir um tribunal – entidade externa, equidistante dos vários interesses em presença e caracterizada por uma actuação rodeada de especiais garantias – em decisões que, em outro contexto, não convocariam tal intervenção.

2.4. As decisões de individualização da execução da pena

É na tomada de decisões de individualização da execução da pena, relativamente a cada recluso, que, a nosso ver, mais se interpenetram os domínios funcionais da

⁶⁴⁷ Este ponto é bem explicitado pelo Tribunal Constitucional no seu Ac. n.º 427/2009 (já citado e que será estudado aprofundadamente *infra*, Parte III), no qual não se pronunciou pela inconstitucionalidade de norma que atribuía ao director-geral dos serviços prisionais a competência para a aplicação do regime aberto no exterior. Neste sentido também, embora referido ao sistema italiano, M. D’AGNOLO, «Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale...», p. 115, para quem, fora das matérias reservadas, a opção de conferir poderes ao juiz de vigilância para intervir em certos aspectos da execução pode resultar de considerações de oportunidade, sempre que estejam em causa direitos de nível primário ou aspectos particularmente delicados da relação executiva, emergindo uma expectativa de maior objectividade na aplicação das normas, que pode ser assegurada por um órgão em posição ontologicamente neutra, além da ideia do estabelecimento de uma linha de continuidade com a fase de julgamento.

administração e do juiz – e é, portanto, onde se revela mais delicada a definição dos critérios de repartição de atribuições entre ambos os complexos orgânicos.

Referimo-nos às decisões que vão *modelando* o modo de execução da pena no seu decurso, em concretização do *princípio da individualização da execução*.

A ideia de individualização tem raízes profundas no direito penitenciário português, estando subjacente aos modelos de execução adoptados pelas sucessivas leis reguladoras da execução, desde a Reforma Prisional de 1936⁶⁴⁸, passando pela lei de execução das penas de 1979⁶⁴⁹, até ao actual Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade⁶⁵⁰.

Está estreitamente ligada à finalidade de ressocialização, que preside à execução – no sentido de oferecer ao condenado as condições que lhe permitam de futuro conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes⁶⁵¹ –, e ancora-se nos princípios jurídico-constitucionais da igualdade (em sentido material)⁶⁵², da socialidade⁶⁵³ e da necessidade da intervenção penal⁶⁵⁴.

A individualização constitui, assim, um dos *princípios orientadores da execução*⁶⁵⁵, segundo o qual “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 de cada recluso”⁶⁵⁶.

⁶⁴⁸ Decreto-Lei n.º 26643, de 28-5-1936, que aprovou a “Organização Prisional”. O diploma será analisado mais detidamente *infra*, Parte III, Cap. I. Já aí se considerava os “meios de individualizar a pena durante a execução” como um dos “pontos centrais de um regime prisional” (ponto 9 do Preâmbulo). A “necessidade de individualizar a pena” baseia-se na ideia de que “a acção individual exige diversidade de penas e até diversidade no modo como a mesma pena deve ser executada” (ponto 11 do Preâmbulo). Corolários dessa orientação foram, nomeadamente, o sistema de classificação dos delinquentes, a criação de diversas categorias de estabelecimentos, a adopção de um sistema progressivo (pese embora a rigidez com que foi inicialmente desenhado), a possibilidade de prorrogação da pena no caso de criminosos de difícil correcção e o instituto da liberdade condicional.

⁶⁴⁹ Decreto-Lei n.º 265/79, de 1-8. Manifestações da “flexibilidade que se dá à execução” (expressão constante do ponto 2 do Preâmbulo) são, entre outras, a observação dos reclusos com vista à planificação do tratamento, os planos individuais de readaptação, o princípio de separação de estabelecimentos e de reclusos em função do grau de segurança, a definição de critérios de afectação dos reclusos aos estabelecimentos, as licenças de saída do estabelecimento.

⁶⁵⁰ Cf. as normas que se citarão de seguida.

⁶⁵¹ Cf. art. 2.º, n.º 1, do CEP, e já art. 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 265/79 e art. 29.º da Organização Prisional de 1936. Sobre o significado de (res)socialização, *vide* Figueiredo DIAS, «Os novos rumos da política criminal...», p. 30, Anabela Miranda RODRIGUES, «Polémica actual sobre o pensamento da reinserção social», *passim, idem, Novo olhar sobre a questão penitenciária*, pp. 35 ss., e ainda André Lamas LEITE, «Ressocializar, hoje? Entre o ‘mito’ e a realidade», pp. 29 ss.

⁶⁵² Ou seja, no sentido de tratar de modo diferente o que é diferente, na medida da diferença.

⁶⁵³ Ínsito nos arts. 1.º, 2.º, 9.º, *d*), 18.º e 25.º, n.º 1, da CRP (sobre este princípio, mais desenvolvidamente, *infra*, Parte III, Cap. I, 1.3).

⁶⁵⁴ Art. 18.º da CRP.

⁶⁵⁵ Cf. art. 3.º, n.º 4, do CEP.

⁶⁵⁶ Art. 5.º, n.º 1, do CEP.

De acordo com o mesmo princípio, o “tratamento prisional” (que consiste no “conjunto de actividades e programas de reinserção social que visam a preparação do recluso para a liberdade, através do desenvolvimento das suas responsabilidades, da aquisição de competências que lhe permitam optar por um modo de vida socialmente responsável, sem cometer crimes, e prover às suas necessidades após a libertação”⁶⁵⁷) “é programado e faseado, favorecendo a aproximação progressiva à vida livre, através das necessárias alterações do regime de execução”⁶⁵⁸.

Exemplos de decisões a tomar ao longo da execução da pena como concretização do princípio da individualização são a aprovação do plano individual de readaptação, a afectação do recluso a determinado estabelecimento, a determinação do regime de execução, a concessão de licenças de saída do estabelecimento, a modificação da execução da pena em situações que humanitariamente o justifiquem (doença ou deficiência grave, idade avançada) e a liberdade condicional⁶⁵⁹.

As decisões de *individualização* – que poderemos também designar de *modelação*⁶⁶⁰ ou de *flexibilização*⁶⁶¹ da execução, ou ainda *alterações do regime de execução*⁶⁶² – distinguem-se, pois, das decisões que constituem *modificação do conteúdo da sentença* ou *da condenação*. Estas, como vimos, são as que têm implicação

⁶⁵⁷ Art. 5.º, n.º 2, do CEP.

⁶⁵⁸ Art. 5.º, n.º 3, do CEP.

⁶⁵⁹ Naturalmente, a definitiva categorização de cada um dos referidos institutos como medida de individualização (e não como modificação da sentença) dependerá da concreta configuração legal do respectivo regime. Os institutos serão analisados, em especial, e na concreta configuração que assumem no actual ordenamento jurídico português, *infra*, Parte III, Cap. II, 1.2.

⁶⁶⁰ O termo “modelação” encontra-se já na lei de 1979 (cf. art. 3.º, epígrafado “modelação da execução das medidas privativas de liberdade”).

⁶⁶¹ A lei de execução de 1979 empregava a expressão “medidas de flexibilidade na execução” (cf. arts. 9.º, n.º 2, *h*), 15.º, n.º 1, *b*), e 58.º). Tratava-se de “tornar a execução das medidas privativas de liberdade mais flexível, nomeadamente nos aspectos referentes ao restabelecimento de relações com a sociedade, de forma geral e progressiva” (n.º 1 do art. 58.º, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 49/80, de 22-3). Também o actual CEP emprega o termo “flexibilização” (cf. arts. 39.º, n.º 2, 40.º, n.º 5, 41.º, n.º 6, e 47.º, n.º 6). No seu estudo sobre as formas de flexibilização da pena de prisão, Joaquim BOAVIDA, *A Flexibilização da Prisão*, p. 44, usa o termo num sentido amplo, “para englobar todas as situações em que um preso pode sair temporariamente do estabelecimento prisional, seja para trabalhar, visitar a família ou qualquer outro motivo”, abrangendo ainda “os casos em que é permitido a um recluso ficar num estado de maior liberdade e menor vigilância, assim como as figuras e institutos jurídicos que conduzem à excarceração do condenado antes do termo da pena. Trata-se de uma forma de suavização ou mitigação da rigidez da execução da pena de prisão”.

⁶⁶² Expressão adoptada pelo art. 5.º, n.º 3, do CEP, acabado de citar no texto. A norma parece-nos referir-se a “alterações do regime de execução” num sentido mais amplo que o da mera referência aos regimes comum, aberto e de segurança, previstos nos arts. 12.º a 15.º do Código.

no conteúdo da sanção a cumprir pelo condenado, nomeadamente na sua espécie ou duração⁶⁶³. Tais decisões integram, como já se concluiu, a reserva de juiz.

As decisões de que ora nos ocupamos constituem, antes, uma *modificação do conteúdo da execução*, concretizadora do princípio da individualização. Não são de considerar modificações da sentença⁶⁶⁴, podendo mesmo afirmar-se que se encontram já *pressupostas* na decisão condenatória⁶⁶⁵. Como afirma certamente o Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 427/2009, há aqui, “tão-só, uma *alteração do conteúdo da execução da pena de prisão*, politico-criminalmente justificada por referência aos princípios jurídico-constitucionais da socialidade e da necessidade da intervenção penal”.

Interessa aqui também a distinção, passível de ser estabelecida, entre *execução (da sentença)* e *cumprimento (da pena)*⁶⁶⁶. A primeira consiste na actividade dirigida a

⁶⁶³ Será o caso, exemplificativamente, da prorrogação de pena ou de medida de segurança (nos sistemas jurídico-penais em que tal seja admissível; no direito português, como já se expôs, a Constituição apenas admite a prorrogação de medidas de segurança), de conversão em outra espécie de pena ou em internamento, de aplicação de lei penal mais favorável que implique modificação da pena. Mais adiante (*infra*, Parte III, Cap. II, 1.2) se discutirá se certos institutos se inserem numa ou noutra categoria, nomeadamente a liberdade condicional e as licenças de saída (atenta a sua potencial implicação na duração da pena a cumprir).

⁶⁶⁴ Neste sentido, também Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 110, referindo-se igualmente às medidas de modelação da execução: “de acordo com o princípio da individualização da execução da pena aplicada pelo tribunal na sentença condenatória, que, com aquela modelação, se mantém inalterada”.

⁶⁶⁵ Assim o Ac. do TC n.º 427/2009, a propósito da decisão de colocação em regime aberto no exterior: “como a execução das sanções privativas da liberdade é necessariamente modelada na execução, o ‘acesso a meio livre’ – a execução da pena de prisão em regime aberto no exterior – *encontra-se pressuposto* (a) *na sentença que condenou a uma pena de prisão*”. Aí se precisa ainda que “esta decisão ‘continua a ser’ de *privação da liberdade*, havendo, tão-só, uma *alteração do conteúdo da execução da pena de prisão* [...]. Isto é: não extravasa a natureza de medida de flexibilização da execução da pena de prisão”.

⁶⁶⁶ Sobre a distinção, Lopes ROCHA, «Execução das penas...», p. 476, definindo *execução* como “uma *actividade judiciária* dirigida a promover a realização efectiva de uma sanção estabelecida em sentença condenatória” e *cumprimento* como “uma *actividade administrativa* que visa materializar aquela realização”, salientando porém que esta “velha distinção” se veio a esbater, muito em resultado da progressiva jurisdicionalização da fase da execução. Parece-nos que a distinção continua a ser operativa, embora se deva descartar, na definição citada, a caracterização da primeira como “judiciária” e do segundo como “administrativo”, já que, como aliás deixa antever o Autor, o movimento de jurisdicionalização fez com que o “cumprimento” deixasse de ser totalmente administrativo. A parte da “execução” e do “cumprimento” que deve caber ao juiz e a que deve caber à Administração é, precisamente, o tema de que nos ocupamos. A esta distinção parece corresponder a distinção feita por Figueiredo Dias, dentro do direito de execução das penas, entre matéria *substantiva* e matéria *processual*: a matéria substantiva abrangeria a “regulamentação directamente atinente à determinação prática do conteúdo da sentença condenatória e, portanto, à realização concreta da reacção criminal naquela imposta”; quanto à “regulamentação imediatamente respeitante ao efeito executivo da sentença (num sentido análogo àquele em que, no processo civil, se fala em ‘exequibilidade da sentença’) e, portanto, aos preliminares e ao controlo geral da execução (neste compreendidos os chamados ‘incidentes da execução’)”, constitui “*matéria processual*, que cabe intrinsecamente ao direito processual penal e que só por razões meramente técnicas dele pode ser distraída” (Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal*, pp. 37 s.). De modo semelhante, Anabela Miranda RODRIGUES, *A fase de execução das penas...*, p. 5,

assegurar que a condenação decretada na sentença é efectivamente cumprida nos seus termos (podendo envolver mandado de detenção, declaração de contumácia, captura, recontagens do tempo de pena em caso de ausências ilegítimas ou de perdões de pena, extinção da pena, etc.) e o segundo refere-se ao modo como a pena aplicada é cumprida (o grau de compressão da liberdade dentro da privação da liberdade, o tratamento

distingue a *matéria processual* (abarcando a regulamentação imediatamente respeitante ao efeito executivo da sentença, incluindo os preliminares e controlo geral da execução) e a *matéria substantiva* (a regulamentação directamente atinente à determinação prática do conteúdo da sentença condenatória e, logo, à realização concreta da reacção criminal naquela imposta – correspondente ao chamado “direito penitenciário”).

No presente trabalho, optamos por, onde é necessário fazer a distinção, empregar a terminologia *execução (da sentença)* e *cumprimento (da pena)*, em lugar de aludir à *matéria substantiva* e à *matéria processual*, em virtude de, com o aprofundamento da jurisdicionalização da fase da execução das penas, a matéria processual se ter alargado significativamente, não abrangendo já apenas as questões do “efeito executivo da sentença” e dos “incidentes da execução” (em sentido estrito), mas toda a intervenção jurisdicional na execução, incluindo decisões dos tribunais de execução das penas respeitantes à individualização ou modelação da execução, bem como a impugnação judicial de decisões da administração prisional (cf. toda a matéria regulada pelo Livro II do CEP).

Na doutrina e na legislação espanholas, é tradicional uma marcada distinção entre *régimen e tratamiento*, consistindo o primeiro no conjunto de normas que regulam a vida dos condenados nos estabelecimentos prisionais, com vista à manutenção de uma convivência ordenada e pacífica, e o segundo no conjunto de actividades terapêuticas, educativas ou assistenciais dirigidas à reintegração do agente na sociedade e à prevenção da reincidência. Pode-se dizer que o “regime” abrange sobretudo as funções de ordem, segurança e disciplina no estabelecimento e o “tratamento” se refere às tarefas de socialização. Cf., quanto ao primeiro, arts. 71.º da *Ley Orgánica General Penitenciaria* e 73.º do *Reglamento Penitenciario* e, quanto ao segundo, arts. 59.º da *LOGP* e 110.º do *RP*. A legislação penitenciária subordina claramente os aspectos do *regime* ao objectivo do *tratamento*: com efeito, estabelece o art. 71.º da *LOGP* que a finalidade primordial do regime é alcançar nos estabelecimentos o ambiente adequado para o êxito do tratamento, devendo, em consequência, as funções regimentais ser consideradas como meios e não como finalidades em si mesmas (no mesmo sentido, art. 73.º do *RP*). Sobre isto, na doutrina, Avelina ALONSO DE ESCAMILLA, «El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria», p. 150; RIVERA BEIRAS, *La devaluación...*, pp. 205 ss.; BUENO ARÚS, «Notas sobre la Ley General Penitenciaria», pp. 121 (regime), 131 s. (tratamento); MAPELLI CAFFARENA, *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, pp. 248 ss.; TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, pp. 134 ss. (regime), 253 ss. (tratamento); Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, pp. 78 (regime), 98 (tratamento); FERNÁNDEZ ARÉVALO/Nistal Burón, *Derecho Penitenciario*, pp. 574 ss. (regime), 700 ss. (tratamento).

Em sentido semelhante, na doutrina italiana encontra-se também uma distinção entre “tratamento-regime” e “tratamento-reeducação” (cf. A. Bernasconi, em anotação ao art. 13.º da lei penitenciária, in GREVI/Giostra/Della Casa, *Ordinamento Penitenziario*, p. 139, definindo o primeiro como o conjunto das regras de conduta e das posições jurídicas respeitantes aos reclusos e o segundo como a oferta de intervenções ordenadas à modificação do comportamento do sujeito) ou, equivalentemente, entre “tratamento penitenciário” e “tratamento reeducativo” (cf. CANEPA/Merlo, *Manuale di Diritto Penitenziario*, p. 100, referindo-se o primeiro, mais amplo, às condições gerais dos sujeitos privados de liberdade, abrangendo os direitos e deveres dos reclusos, os deveres que impendem sobre a administração penitenciária para o sustento, a protecção da saúde e ainda o tratamento reeducativo, enquanto componente do método geral de gestão da privação da liberdade, e consistindo o segundo na específica actividade que a administração penitenciária é chamada a desenvolver com vista à ressocialização da pessoa).

penitenciário, as medidas de flexibilização da execução, as restrições baseadas em exigências de ordem e segurança, *inter alia*)⁶⁶⁷.

Cumpra, pois, averiguar se as decisões de individualização ou modelação da execução (que se inserem na vertente do *cumprimento*) devem pertencer ao domínio funcional da Administração ou ao dos tribunais.

No plano constitucional, a CRP nem exige que caibam no domínio da Administração (pois não existe reserva de matéria) nem no do juiz⁶⁶⁸ (pois não existe reserva especificada nesta matéria).

Note-se também que, por um lado, não se trata de relações jurídicas administrativas típicas: a relação do cidadão privado da liberdade, nesta matéria, não é tanto com o Estado “gestor do sistema prisional”, preocupado com a organização e gestão da vida nos estabelecimentos prisionais, com a manutenção da ordem, com a segurança interna e a externa (prevenção de motins, de fugas, de actividade criminosa), mas mais acentuadamente com o Estado penal, uma vez que, nas decisões de modelação da execução, está em causa a realização de finalidades próprias da justiça penal. Não deixa, contudo, de se manifestar aqui a Administração prestadora, que, num Estado de direito social, está obrigada a oferecer aos cidadãos reclusos instrumentos aptos ao seu processo de ressocialização. Além disso, seguindo o critério do interesse prosseguido, na actividade de modelação da execução prosseguem-se interesses públicos (de manutenção da ordem e da segurança, de defesa da sociedade, de promoção da ressocialização, de prevenção da reincidência)⁶⁶⁹, o que, de acordo com esse critério de distinção, pode justificar que a competência para a decisão pertença à Administração. Acresce que, como já afirmou o Tribunal Constitucional, os critérios de prevenção (geral e especial) não são privativos da actividade jurisdicional⁶⁷⁰.

⁶⁶⁷ A esta última dimensão corresponde o objecto do direito penitenciário (que, nesta perspectiva, é mais restrito que o do direito da execução da pena privativa da liberdade). No presente trabalho, referimo-nos à execução da pena de prisão em sentido amplo, abrangendo ambas as vertentes assinaladas – distinguindo as suas várias “componentes” onde se justificar para definir o domínio funcional da Administração e do juiz.

⁶⁶⁸ Assim também o Ac. n.º 427/2009 do TC, já citado, concluindo que o que não extravase a natureza de medida de flexibilização da pena, não constituindo modificação da sentença condenatória, não é reserva de juiz.

⁶⁶⁹ No mesmo sentido, Ac. do TC n.º 427/2009, onde se afirma que o Director-Geral dos Serviços Prisionais, ao tomar a decisão de individualização da pena em causa (concessão do regime aberto no exterior), “prosegue o *interesse público* de prevenir a reincidência [...], exercendo a competência que lhe está atribuída de *garantir a execução da pena de prisão de acordo com as respectivas finalidades* (artigo 135.º, n.º 1, alínea *a*) do [CEP]”.

⁶⁷⁰ De novo no Ac. n.º 427/2009: “importa recusar o entendimento de que os critérios de prevenção (geral e especial) são privativos da actividade jurisdicional. [...] Tais critérios, de harmonia com o disposto no artigo 40.º, n.º 1, do Código Penal, são critérios que não podem deixar de nortear também quer a actividade do legislador, quando, por exemplo, estabelece as molduras penais, quer a actividade da

Por outro lado, não se trata do tipo de decisões que constituam o cerne da função de “julgar”, de “administrar a justiça”. Também não se trata do tipo de decisões que originariamente determinaram a “jurisdicionalização” da execução através da criação dos tribunais de execução das penas (decisões tendentes à determinação da concreta duração da pena ou da medida de segurança, já na fase da execução, consoante a evolução da conduta do condenado ou do seu estado perigoso)⁶⁷¹. As decisões de modelação da execução só terão, portanto, de caber a um tribunal nos casos em que, por implicarem a resolução de um conflito, a decisão de uma questão de direito ou a prática de actos que afectem directamente direitos ou valores de particular importância jurídico-constitucional ou que impliquem privação da liberdade, se devam considerar integradas no âmbito da reserva material de jurisdição.

Seria, assim, constitucionalmente admissível quer um modelo mais administrativo quer um mais jurisdicionalizado (desde que respeitadas as reservas constitucionalmente exigidas). No primeiro caso, a administração prisional tomaria a generalidade das decisões de individualização, cabendo ao tribunal fiscalizar, decidir em caso de conflito e resolver impugnações e recursos; o juiz só decidiria em “primeira palavra” quando tal fosse exigido pela reserva material de jurisdição. Num tal modelo, a lei atribuiria a missão e a responsabilidade de prosseguir as finalidades da execução à administração prisional. No segundo modelo, competiria a um tribunal tomar as decisões de individualização das penas, não por a Constituição o exigir, mas por se entender ser essa a solução mais garantística para os direitos fundamentais numa matéria tão sensível. Nesse caso, a realização das finalidades da execução passaria a caber, em primeira linha, ao tribunal; o núcleo essencial do Executivo ficaria preservado, cabendo à Administração a gestão da vida dos estabelecimentos prisionais, a direcção dos serviços e a aplicação concreta da lei e das decisões judiciais. Naturalmente, tratar-se-ia de uma intervenção judicial de tipo diferente (não são funções estritamente jurisdicionais, de “julgar”, de resolver uma questão de direito, de decidir um conflito); não está em causa propriamente a “execução” da sentença mas o

administração prisional, quando garante a execução das penas e medidas privativas da liberdade, de acordo com as respectivas finalidades (artigo 135.º, n.º 1, alínea *a*), do [CEP])”. Veja-se ainda Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 105: “está em causa a administração prisional levar a efeito a modelação da execução desta pena, ou, dito de outra forma, determinar o conteúdo da sua execução, de acordo com os pressupostos determinados em cada caso na lei – os pressupostos legais. O que implica, da sua parte, uma apreciação da situação objectiva e subjectiva do recluso, o que leva a efeito no exercício de um poder-dever, vinculado à verificação da totalidade dos pressupostos – formais e substanciais – de que a lei faça depender a concreta modelação da execução ou determinação de conteúdo”.

⁶⁷¹ Sobre as razões na origem da criação dos tribunais de execução das penas em Portugal, *infra*, Parte III, Cap. I, 1.2.

“cumprimento” da pena, que podia competir à Administração mas se tem cada vez mais confiado aos tribunais, por razões de garantia. Num tal modelo, a Administração ficaria relegada para um papel de “carcereiro” e de prestador de serviços, não sendo responsável pela missão de prossecução das finalidades da execução; tal responsabilidade caberia somente aos tribunais.

A opção dependerá do que se considerar mais adequado à realização eficaz das finalidades da execução e à garantia efectiva dos direitos dos cidadãos privados da liberdade. Há, pois, que fazer funcionar o critério da adequação funcional (sempre salvaguardadas as esferas de reserva). Naturalmente, poderá haver modelos intermédios, consoante o que se opte por privilegiar em cada tipo de decisão: com efeito, pode suceder que se identifiquem aspectos a apontarem para um órgão como o mais adequado e aspectos a apontarem para outro, sendo legítimo atribuir a competência a um ou a outro consoante o aspecto a que o legislador opte por dar prevalência⁶⁷².

No caso das decisões de individualização ou modelação da execução, militam em favor da Administração factores funcionais como a proximidade com o recluso e com o seu percurso, a preparação técnica dos funcionários, a estrutura de pessoal especializada, hierarquizada e territorialmente abrangente e a disponibilidade de informação e de dados da realidade; militam em favor dos tribunais factores como as especiais garantias de imparcialidade e neutralidade, a vinculação a critérios estritamente jurídicos, sem compromissos ou intenções políticas conjunturais, visando apenas a salvaguarda e a actualização de valores jurídicos, os exigentes padrões de competência técnico-jurídica, as especiais garantias de legalidade e de tutela dos direitos dos reclusos e a actuação mediante um processo dotado de garantias de audição dos interesses em presença, de contraditório, de publicidade e de transparência^{673/674}.

⁶⁷² Como nota KUHLMANN, *Der Kernbereich der Exekutive*, p. 139, a propósito dos âmbitos funcionais dos órgãos (que, fora do domínio nuclear, estão abertos à ingerência de outros órgãos, em resultado do princípio da interdependência), algumas matérias podem ser consideradas sob vários aspectos, uns a apontar para um poder como o adequado e outros a apontar para outro.

⁶⁷³ Por exemplo, a propósito da liberdade condicional, Figueiredo DIAS, «Os novos rumos da política criminal...», p. 39, alude ao facto de a competência para a sua concessão ser integralmente jurisdicionalizada como factor que contribui para obviar aos riscos de desigualdades e de insegurança que se podem associar ao instituto.

⁶⁷⁴ Os argumentos dados, aquando da opção pela jurisdicionalização da execução em Portugal, em 1944, para a criação de tribunais especializados, em detrimento da atribuição da competência aos tribunais da condenação – argumentos que consistiam na necessidade de “contacto directo com o recluso”, que permitisse “averiguar das particularidades das suas psicologias e bem assim da influência sobre eles exercida pela actuação das sanções penais” (cf. ponto 3 do preâmbulo da proposta de lei que conduziu à Lei n.º 2000, de 16-5-1944); “é preciso que [o juiz] repetidas vezes interrogue [o delinquente], o ouça, o veja no seu meio prisional”; “para valorar devidamente estes meios de informação sobre a individualidade do delinquente e fazer uma prognose fundada é preciso, além da necessária preparação, o contacto repetido com problemas desta natureza na doutrina e na vida, uma larga experiência e uma segura

De facto, ainda que não se trate de matérias integrantes da reserva de juiz, nem “tipicamente” jurisdicionais, nada impede que a competência seja atribuída aos tribunais, se – e nos casos em que – se entender que tal é a forma de melhor garantir os direitos dos reclusos e a realização das finalidades da execução⁶⁷⁵.

Em qualquer caso, a opção legislativa de atribuição de competências terá de ser coerente com a atribuição de responsabilidade⁶⁷⁶. Se se cometer exclusivamente ao juiz a competência para tomar as decisões de individualização, não se poderá responsabilizar a Administração pelos resultados da execução.

O modelo que melhor servirá a realização das finalidades da execução e a garantia dos direitos dos reclusos não será um extremadamente administrativizado nem um extremadamente jurisdicionalizado, mas um que conjugue de forma otimizada as características funcionais da Administração e da Jurisdição.

Como critério orientador, a função de individualização da execução deve ser levada a cabo pela Administração, tendo em conta as suas características funcionais de proximidade, preparação técnica específica, estrutura e modo de actuação, bem como a sua missão de prossecução do interesse público e inerente responsabilidade⁶⁷⁷, com

intuição. É também extremamente útil [...] que os respectivos magistrados conheçam bem os *estabelecimentos* prisionais [...], requisitos necessários para serem proferidas decisões suficientemente esclarecidas” (Beleza dos SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», pp. 322 s.) –, são argumentos de adequação funcional, que todavia hoje mais facilmente seriam convocados em favor da competência da administração prisional para a modelação da execução, pois é esta que está em contacto mais próximo com os reclusos e que reúne mais *know-how* em matéria penitenciária. Sem prejuízo de ser desejável que os magistrados dos tribunais de execução das penas tenham uma preparação o mais especializada possível e um contacto mais próximo com os estabelecimentos e os reclusos, será pouco crível, por ser tão diferente da “imagem” da função jurisdicional, que se alcance o modelo de juiz de execução idealizado pelos seus criadores. Assim, a atribuição de competências ao tribunal deve basear-se mais nas características próprias da função jurisdicional (imparcialidade, garantias de contraditório, formalismo, *due process*, etc.), para as decisões que exijam “garantias análogas” às de um julgamento (na expressão de Beleza dos SANTOS, *ibidem*, p. 318).

⁶⁷⁵ Como também conclui J. P. Cardoso da COSTA, *O princípio da reserva do juiz...*, p. 128, n. 179: nada impede que se confie a tribunais o exercício de actividades não materialmente jurisdicionais; interesses substanciais variados poderão aconselhar em certos casos o alargamento das garantias especificamente jurisdicionais a determinada matéria.

⁶⁷⁶ Recorde-se o que, a este propósito, se deixou exposto na Parte I, Cap. V, 3.2.

⁶⁷⁷ Neste sentido, Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», pp. 113 s.: “o legislador deve assumir, fundadamente, que certas decisões podem ser tomadas pelos serviços prisionais, devendo ser afastadas, nesses casos, soluções que atribuam tais decisões em primeira linha a um juiz [...], de acordo com o entendimento de que devem caber no âmbito de actuação da administração penitenciária as decisões que digam respeito à modelação da execução, já que são as entidades prisionais com responsabilidades aos diferentes níveis da estrutura dos serviços que reúnem as melhores condições para tomarem essas decisões, tendo em vista, como objectivo de política criminal do Estado, a prossecução do interesse público de prevenção especial de socialização e geral de preservação de segurança da comunidade. Segundo as exigências colocadas pela realização destes fins, em alguma medida não despicienda heterónomos ao indivíduo recluso, cabe, assim – necessariamente, acentua-se – ao topo da hierarquia dos serviços ou aos directores dos estabelecimentos prisionais um poder-dever de

controle jurisdicional quando possam estar em causa direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos ou valores de particular importância jurídico-constitucional⁶⁷⁸. Devem contudo alguns actos ser praticados “em primeira linha” por um tribunal quando haja razões que o justifiquem (integrarem a reserva material de jurisdição, afectarem direitos fundamentais ou valores de especial intensidade jurídico-constitucional, contenderem com o conteúdo da própria sentença condenatória) ou quando se pretender rodeá-los de especiais garantias, força jurídica, autoridade ou solenidade⁶⁷⁹.

É de referir, a este propósito, que alguma jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem apontado no sentido do reforço das exigências do processo de tomada de certas decisões em matéria de flexibilização da execução da pena.

Reconhecendo que a reintegração do agente na sociedade constitui fim legítimo⁶⁸⁰, e estabelecendo mesmo uma obrigação positiva dos Estados de oferecer aos reclusos oportunidades de ressocialização⁶⁸¹, o Tribunal entende, porém, que a Convenção não garante um *direito* à reinserção enquanto tal, nem um direito a usufruir de licenças de saída ou de liberdade condicional⁶⁸². Também não exige que as decisões

conformação do conteúdo da execução da pena, dando cumprimento ao princípio da individualização do tratamento prisional”.

⁶⁷⁸ Neste sentido, também Anabela Miranda RODRIGUES, *ibidem*, pp. 108 s.: “hoje, com efeito, do que se trata é de a intervenção jurisdicional ser garante da execução das penas – e, também, deve notar-se, das medidas de segurança – privativas de liberdade, na medida em que a sua modelação afecte directamente os direitos dos reclusos. Com a inerente consequência de se dever *conter* essa intervenção no seu âmbito – jurisdicional, em que incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos –, de acordo com a exigência constitucionalmente expressa [art. 202.º, n.º 2, da CRP]”. “Está em causa, com efeito, assegurar a protecção jurisdicional dos direitos e interesses legalmente protegidos dos reclusos e não tanto atribuir competência aos tribunais de execução das penas para, em primeira linha, tomar decisões que dizem respeito à execução da pena privativa de liberdade e ao conteúdo desta execução”.

⁶⁷⁹ Anabela Miranda RODRIGUES, *ibidem*, p. 120: “um aspecto decisivo residirá, então, em as decisões dos tribunais se conterem no âmbito da função jurisdicional, ou seja, tomando em conta a margem de autonomia da decisão da administração sobre a prossecução responsável e eficaz de finalidades, ligadas ao interesse público, que lhe estão cometidas legalmente e que ela está em melhores condições de assegurar face às circunstâncias do caso concreto, designadamente estando mais próximo da realidade onde se propõe intervir. É esta a questão que se colocará ao nível da intervenção jurisdicional, que, nem por não perder de vista este aspecto, deixa de se revestir da natureza garantidora de *dizer o direito*”.

⁶⁸⁰ Cf. *Mastromatteo c. Itália*, Ac. de 24-10-2002 (Pleno), § 72, *Schemkamper c. França*, Ac. de 18-10-2005, § 31, *Maiorano e outros c. Itália*, Ac. de 15-12-2009, § 108, *Boulois c. Luxemburgo*, Ac. de 3-4-2012 (Pleno), § 102. Em *Dickson c. Reino Unido*, Ac. de 4-12-2007 (Pleno), §§ 28-36, 75, o Tribunal sublinhou a evolução da política penal europeia no sentido da crescente importância da finalidade ressocializadora da prisão, em especial na fase final da execução de penas longas.

⁶⁸¹ Especialmente no caso de penas perpétuas – cf., entre outros, *Murray c. Holanda*, Ac. de 26-4-2016 (Pleno), §§ 101, 104. Trata-se de uma obrigação de meios, não de resultado (*ibidem*).

⁶⁸² Assim, *Boulois c. Luxemburgo*, § 102 (quanto às licenças de saída); *Szabó c. Suécia*, Dec. de 27-6-2006 (quanto à liberdade condicional: a Convenção não confere o direito a tal libertação ou o direito a cumprir a pena de prisão num determinado regime); cf. ainda *Murray c. Holanda*, § 103 (a Convenção não garante um direito à reinserção enquanto tal).

de liberdade condicional sejam tomadas por um tribunal⁶⁸³; contudo, se o não forem, o processo de decisão deve respeitar as garantias de um processo equitativo, incluindo a fundamentação das decisões (pelo menos as de negação ou de revogação), e a decisão deve ser susceptível de controlo jurisdicional⁶⁸⁴.

Além disso, o Tribunal tem vindo a exigir que o processo de decisão sobre medidas de flexibilização, em particular quando a libertação possa pôr em risco a vida ou a integridade de outras pessoas, assegure que, ao lado do interesse da reinserção social do recluso, seja devidamente ponderado o da protecção da sociedade⁶⁸⁵.

Este reforço das exigências do processo de tomada de decisão sobre medidas de flexibilização que envolvam o acesso de reclusos ao meio livre poderá influenciar uma evolução no sentido de uma maior jurisdicionalização.

A nosso ver, será desejável encontrar soluções que permitam convocar para a tomada de decisão as características funcionais de ambos os órgãos, independentemente de qual detenha a competência para o praticar. Assim, quando a decisão compita à Administração, além de se garantir a tutela jurisdicional (constitucionalmente exigida), soluções de validação ou homologação⁶⁸⁶ da decisão administrativa pelo juiz poderão

⁶⁸³ Cf. Decisões sobre a admissibilidade nos casos *Ganusauskas c. Lituânia*, 7-9-1999, e *Szabó c. Suécia*, 27-6-2006 (“nor does [the Convention] require that parole decisions be taken by a court”).

⁶⁸⁴ *Murray c. Holanda*, § 100, e jurisprudência aí citada.

⁶⁸⁵ Assim, sobretudo os Acs. *Mastromatteo c. Itália* e *Maiorano e outros c. Itália*. Na origem destes casos estiveram homicídios praticados por reclusos aquando do gozo de licenças de saída (*Mastromatteo*) ou de regime de semiliberdade (*Maiorano*). Neste último, estava em causa a concessão e manutenção em regime de semiliberdade de um recluso especialmente perigoso, condenado em prisão perpétua, que registava várias tentativas de evasão; apesar de terem sido recolhidos vários indícios de que o recluso não estava a respeitar as condições do regime de semiliberdade, o juiz de execução das penas, que o concedera, não foi informado, pelo que o regime não foi revogado. O recluso acabou por assassinar duas pessoas. Para o TEDH, as autoridades italianas, ao não terem suficientemente em conta aquelas informações, falharam no seu dever de diligência e prudência (§121) e o Estado italiano foi condenado por violação da obrigação de proteger a vida das pessoas que recaiam na sua jurisdição, implicada pelo art. 2.º da CEDH (direito à vida). Em *Mastromatteo*, estava em causa um homicídio cometido por ocasião de um assalto perpetrado por um recluso em licença de saída e outro em regime de semiliberdade, ambas as medidas aplicadas por juízes de execução das penas com base em relatórios favoráveis da administração prisional; neste caso, o TEDH não considerou violadas as obrigações emergentes do art. 2.º da CEDH, uma vez que os factos ao dispor das autoridades não indiciavam o perigo da prática de crimes. O TEDH estabeleceu, assim, a obrigação estadual de assegurar uma protecção geral da sociedade contra eventuais acções criminosas de uma pessoa em cumprimento de pena de prisão pela prática de crimes violentos (*Mastromatteo*, §§67-69, 72-73, *Maiorano*, §§107-112). Na decisão sobre a concessão de medidas de flexibilização, exige-se prudência na consideração dos elementos disponíveis, à luz da necessidade de protecção da sociedade (*Maiorano*, §115). Sobre esta questão, a propósito do caso *Maiorano*, LARRALDE, «Le contrôle des mesures d'aménagement des peines privatives de liberté par la Cour européenne des droits de l'homme», pp. 631 ss.

⁶⁸⁶ Sobre a figura da “homologação”, *vide* Vieira de ANDRADE, «A reserva do juiz...», p. 227, a propósito da homologação pelo Ministro das Finanças da decisão arbitral que fixava o valor da indemnização por nacionalização: “a figura da homologação, cujos contornos são, aliás, no nosso como noutros sistemas jurídicos, difíceis de desenhar, em face da utilização extremamente variada que o legislador faz do conceito”; “apesar de a doutrina portuguesa pretender encontrar-lhe um sentido técnico ou próprio –

assegurar uma concordância prática entre proximidade e garantias de juridicidade. Já quando a decisão compita ao juiz, deve assegurar-se que este é “assessorado” por informação e pareceres da administração prisional, assim beneficiando o processo decisório com os aspectos funcionais de proximidade, conhecimento do recluso e instrumentos técnicos que a caracterizam⁶⁸⁷.

Num tal modelo, Administração e Tribunais serão co-responsáveis pelo cumprimento das finalidades da execução, no âmbito das decisões que respectivamente lhes compitam⁶⁸⁸.

Concretizados os critérios constitucionais de repartição de funções entre executivo e judicial para a fase de execução da pena, justifica-se um segundo nível de aprofundamento, concretizando os critérios relativamente aos vários institutos do direito da execução (liberdade condicional, licenças de saída, regimes de execução, medidas disciplinares, entre outros)⁶⁸⁹. Tal será feito, porém, após a análise da evolução do sistema de execução da pena de prisão em Portugal, sob a perspectiva da intervenção do juiz e da Administração (que será realizada na Parte III). Só perante o concreto ordenamento de funções vigente se procederá à respectiva análise crítica à luz dos critérios acabados de delinear, seja na execução em geral, seja em alguns institutos em particular. Com efeito, a repartição das competências a adoptar tem de tomar também em consideração a configuração concreta da intervenção dos vários órgãos na execução no ordenamento jurídico português, assim como a concreta regulação dos institutos – uma vez que o contexto histórico e sistemático também enforma o conteúdo do princípio da separação.

transformação de um parecer (ou de uma proposta) numa decisão, apropriando-se do conteúdo e fundamentos respectivos –, são de tal modo diversas as situações em que aparece legalmente consagrada que, mesmo depois de purificada pela diferenciação substantiva de outras figuras dogmáticas (aprovação e ratificação designadamente), talvez se lhe tenha ainda de reconhecer uma certa complexidade estrutural e funcional”. Como notas características da homologação, o Autor refere (*ibidem*, p. 228) tratar-se de um acto decisório, que incorpora um acto anterior, sem o modificar (fazendo referência à figura dos “actos integrativos” proposta por Marcello Caetano).

⁶⁸⁷ Isso mesmo é, aliás, procurado, no ordenamento jurídico português, através da previsão de um conselho técnico, órgão que coadjuva o tribunal de execução das penas na tomada de decisões que lhe competem, e onde estão representados o director do estabelecimento prisional e os responsáveis pelas áreas de tratamento penitenciário, vigilância e segurança e reinserção social (cf. art. 143.º do CEP).

⁶⁸⁸ Recorde-se aqui a ideia de Castanheira NEVES, «Da ‘jurisdição’ no actual Estado de Direito», p. 183, de que os vários poderes “devem ser compreendidos e institucionalizados de modo a concorrerem todos, convergente e complementarmente ou correlativa e integradamente, para a realização da intenção político-jurídica unitária que a comunidade historicamente assume”: “todos os poderes estaduais são corresponsáveis por aquela intenção e a todos compete, embora cada um no modo específico da sua funcional actuação, o poder-dever comunitário da sua constitutiva realização”.

⁶⁸⁹ Tal concretização será elaborada *infra*, Parte III, Cap. II, 1.2.

CAP. IV – A TUTELA JURISDICIONAL EFECTIVA NA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO

No cerne do domínio funcional dos tribunais está a tutela efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Esta integra mesmo o seu domínio nuclear, na medida em que, sem prejuízo da previsão de outros mecanismos de protecção, só os tribunais podem providenciar a tutela jurisdicional constitucionalmente garantida.

Os mecanismos não jurisdicionais de protecção dos direitos dos reclusos⁶⁹⁰, sejam de âmbito nacional ou internacional, acrescem à tutela proporcionada pelos tribunais – reforçando-a, complementando-a –, mas em nenhum caso lhes retiram a responsabilidade de assegurar a tutela preconizada pelos artigos 20.º e 268.º, n.º 4, da CRP.

Como já se expôs, o imperativo de controlo da actividade da Administração pelos tribunais decorre da interdependência dos poderes (“dimensão negativa” do princípio da separação), bem como do princípio da legalidade da Administração e do princípio da tutela jurisdicional efectiva. A Administração incorpora o “poder que contacta mais intimamente e com maior frequência com os particulares”⁶⁹¹ – o que é mormente verdade na execução penal –, daí a especial preocupação manifestada pela Constituição com a protecção dos cidadãos perante a sua actuação.

Tal imperativo tem de ser, porém, posto em concordância com outras exigências, decorrentes também elas de princípios constitucionais: com efeito, a separação dos poderes, aqui já sobretudo na sua dimensão positiva, e a consequente protecção do

⁶⁹⁰ Existem, com efeito, numerosos órgãos não jurisdicionais que, a diferentes níveis, assumem competências de controlo da actividade da administração prisional: desde a própria estrutura hierárquica (Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais e Ministro da Justiça), passando pelos mecanismos de autocontrolo da Administração (como o Serviço de Auditoria e Inspeção da DGRSP e, externamente aos Serviços Prisionais, a Inspeção-Geral dos Serviços de Justiça), até órgãos de consagração constitucional, como o Provedor de Justiça, ou de emanação internacional, como o Mecanismo Nacional de Prevenção (cuja obrigação de instituição resultou da ratificação por Portugal do Protocolo Facultativo à Convenção Internacional de Prevenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, das Nações Unidas), abrangendo ainda organismos internacionais, como o Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, no quadro do Conselho da Europa, e o Subcomité para a Prevenção da Tortura e de Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes do Comité contra a Tortura, no quadro da Organização das Nações Unidas. Especificamente sobre o papel do Provedor de Justiça e do Mecanismo Nacional de Prevenção, Maria Lúcia AMARAL, «Meios não jurisdicionais, internacionais e nacionais, de protecção dos direitos do recluso», pp. 15 ss. Sobre a relevância crescente dos relatórios do CPT, *vide*, entre outros, Rod MORGAN/Malcolm Evans, «A European committee for the prevention of torture», p. 90.

⁶⁹¹ Vieira de ANDRADE, «A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada», p. 226.

núcleo essencial da Administração, da sua esfera de actuação autónoma na prossecução das tarefas do Estado, reclamam limites ao controlo a exercer. Aos tribunais caberá *controlar*, mas não *substituir-se* à Administração, devendo a intervenção conter-se nos limites do seu domínio funcional.

Cumprido, assim, concretizar, para o domínio específico da execução da pena de prisão, as exigências constitucionais, identificadas na Parte I, relativas à tutela a conferir pelos tribunais.

Haverá, para esse efeito, que determinar como se materializam tais exigências no *controlo jurisdicional da administração prisional*, na *efectividade* da tutela jurisdicional a conferir aos reclusos perante a Administração e ainda na *tutela perante actos jurisdicionais* (ou seja, no direito ao recurso) na fase da execução da pena.

O que está em causa é averiguar se, de algum modo, as especificidades do contexto da reclusão (as características do ambiente prisional, a convocar “exigências próprias da execução”, designadamente de ordem, segurança e disciplina, que não se verificam na “comum” relação entre Administração e administrados; a intensidade do contacto entre Administração e reclusos, que é permanente e engloba praticamente todas as esferas da vida, criando uma situação fáctica de acentuada dependência) podem justificar que a garantia de tutela jurisdicional efectiva *sofra inflexões* ou que, pelo contrário, *assuma exigências acrescidas*.

1. Podem as especificidades da execução justificar uma diminuição da tutela?

O princípio da tutela jurisdicional efectiva, tal como densificado pela doutrina e pela jurisprudência, garante a tutela dos tribunais perante *quaisquer actos* que afectem *quaisquer direitos ou interesses legalmente protegidos* dos cidadãos, *quaisquer cidadãos* que se vejam afectados nos seus direitos e interesses por um acto da Administração⁶⁹².

⁶⁹² Cf., nomeadamente, além de toda a doutrina e jurisprudência referenciadas na Parte I, Cap. VII, Mário Aroso de Almeida, em anotação ao art. 268.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, p. 549: este preceito constitucional assegura “a impugnação de quaisquer actos administrativos que lesem os direitos ou interesses legalmente protegidos dos administrados”, garantindo “a todo aquele que se veja afectado nos seus direitos ou interesses por um acto administrativo ilegal a possibilidade de fazer valer a invalidade desse acto”; “desde que estejam em causa actos administrativos, o regime de impugnabilidade perante a jurisdição administrativa não admite, pois, derrogações”, valendo a garantia para “*todo e qualquer acto administrativo*” que implique, de alguma forma, a lesão de direitos ou interesses.

A Constituição não admite a exclusão de nenhum acto da Administração da protecção jurisdicional, “nem tal seria consonante com os requisitos do Estado de direito democrático, que não admite actos administrativos isentos de controlo contencioso”⁶⁹³. O Tribunal Constitucional tem entendido que a tutela jurisdicional efectiva garantida aos administrados pelo artigo 268.º, n.º 4, “significa que sempre que um acto se repercute na esfera de um particular causando uma afectação de um direito ou de um interesse, o lesado tem o direito de impugnar judicialmente esse acto”⁶⁹⁴. Nem a jurisprudência constitucional nem a doutrina constitucional e administrativa parecem admitir excepções à garantia de tutela jurisdicional de direitos ou interesses legalmente protegidos.

A simples condição de recluso não legitima, por si só, uma exclusão da protecção conferida pelo princípio da tutela jurisdicional efectiva.

Na época em que se aceitava a classificação da relação penitenciária como uma “relação especial de poder”⁶⁹⁵, nessa mesma classificação se encontraria o fundamento

⁶⁹³ CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, II, anotação ao art. 268.º, p. 832.

⁶⁹⁴ Ac. n.º 142/2006. Em sentido próximo, Acs. n.ºs 114/89 e 437/89, referindo-se a normas que impediam a impugnação contenciosa de certos actos administrativos.

⁶⁹⁵ Com origem em Laband, ficou a dever-se sobretudo a Otto Mayer o desenvolvimento da figura da relação especial de poder (*besonderes Gewaltverhältnis*) e o acolhimento que esta veio a ter na doutrina do direito administrativo. Ao abrigo dessa categoria, os reclusos encontravam-se num espaço de não-direito, de livre conformação pela administração prisional, que podia modelar o conteúdo e limites dos “direitos” dos reclusos em ordem à realização dos fins da execução; o princípio da legalidade somente valia na relação “geral” entre o Estado e os cidadãos. Para a superação desta concepção, saliente-se a importância da doutrina de Freudenthal, que defendeu que “a execução de uma pretensão punitiva do Estado fixada por decisão judicial estabelece entre este e o recluso relações que são reguladas pelo direito”, sendo a relação jurídica da execução uma relação de direito público, já que estão em causa interesses públicos (FREUDENTHAL, «Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis des öffentlichen Recht», p. 222), e afirmou que o Estado de direito estabelece exigências para as normas restritivas da esfera jurídica do indivíduo (*ibidem*, p. 224). Com o aprofundamento do princípio da legalidade da Administração e o reconhecimento dos reclusos como sujeitos de direitos, as restrições à esfera jurídica dos condenados passaram a depender de habilitação legal. É de referir, na Alemanha, o decisivo Acórdão do Tribunal Constitucional Federal, de 14-3-1972, que estabeleceu que também os direitos fundamentais dos reclusos só podem ser restringidos por lei ou com base em lei (p. 357), assim abrindo caminho à afirmação do princípio da legalidade na execução da pena. De acordo com esta jurisprudência, o estabelecimento das restrições aos direitos fundamentais dos reclusos não só deve caber a uma lei formal, com fundamento nas exigências de ordem e segurança do estabelecimento e de realização das finalidades da execução, mas também fica sujeito aos demais princípios constitucionais que regem as restrições de direitos fundamentais. Até então, apesar da entrada em vigor da *Grundgesetz*, aceitava-se a restrição dos direitos fundamentais dos reclusos com base na figura da *besonderes Gewaltverhältnis*, categoria que, neste acórdão, o Tribunal afirmou permitir relativizar os direitos fundamentais dos reclusos numa “incerteza intolerável” (p. 358). Sobre este acórdão e as suas consequências, mais desenvolvidamente, *infra*, Parte IV, Cap. IV. Em Portugal, a aprovação da Constituição de 1976 torna cada vez mais duvidosa a legitimidade da subsistência da categoria das relações especiais de poder (no sentido de relações desvinculadas da lei e da Constituição), podendo esta considerar-se totalmente deslegitimada, quanto aos reclusos, com o aditamento do preceito constante do n.º 5 do art. 30.º da CRP pela revisão constitucional de 1989. Hoje, o conceito de “relação especial de poder” somente pode ter valia se entendido como compreendendo “aquele conjunto de situações em que, por razões atinentes às necessidades de prosseguimento dos fins das respectivas instituições, o Estado (Administração) e os cidadãos que as

para uma restrição do direito à tutela jurisdicional. Com efeito, ao abrigo daquela figura, o recluso achava-se num espaço “livre do direito”, despojado da titularidade de direitos perante a Administração, podendo, quando muito, aspirar à concessão de “privilégios”, que aquela tanto concedia como podia retirar, em ordem à superior realização dos fins da execução.

Tal categoria encontra-se hoje, todavia, entre nós⁶⁹⁶, superada⁶⁹⁷, no quadro de uma evolução da própria concepção jurídico-constitucional do Estado que conduziu ao reconhecimento do recluso como titular de direitos e sujeito de uma relação jurídica que o liga à administração penitenciária, com recíprocos direitos e deveres, na qual esta está vinculada ao princípio da legalidade e aquele, nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues, deixou de ser *objecto* para ser *sujeito* da execução⁶⁹⁸. No quadro dessa evolução, “a ideia dos direitos fundamentais vai imprimir carácter normativo a esferas ou zonas de relacionamento social, que, por não respeitarem à relação da generalidade das pessoas com o Estado, não eram normalmente consideradas nesta perspectiva jurídica”, como era o caso da relação Estado-reclusos⁶⁹⁹.

integram se relacionam de forma especialmente reforçadora dos poderes do Estado e da correspondente sujeição ou dependência do indivíduo quando comparadas com a chamada relação *geral* de poder, ou seja, a relação comum Estado/cidadão” (na definição de Reis NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 512), admitindo intervenções restritivas na esfera jurídica dos indivíduos na medida do necessário para garantir a capacidade funcional da instituição correspondente, sem que porém deixem de vigorar nesse domínio os direitos fundamentais e os requisitos constitucionais aplicáveis às respectivas restrições, incluindo a reserva de lei (*idem, ibidem*, p. 520).

⁶⁹⁶ Em Espanha, a figura das *relaciones de sujeción especial* subsistiu prolongadamente na jurisprudência, nomeadamente do Tribunal Supremo e do Tribunal Constitucional, como base de justificação para restrições aos direitos fundamentais dos reclusos, apesar da previsão constitucional de que estes gozam dos direitos fundamentais, com excepção dos que sejam expressamente limitados pelo conteúdo da sentença condenatória, pelo sentido da pena ou pela lei penitenciária (art. 25.º, n.º 2, da Constituição espanhola de 1978), e da existência de uma lei reguladora da execução desde 1979. Sobre o assunto, TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, pp. 76 ss., e RIVERA BEIRAS, *La devaluación...*, pp. 346 ss.; mais aprofundadamente, *infra*, Parte IV, Cap. II. 2, n. 1428.

⁶⁹⁷ Sobre a superação das “relações especiais de poder” no contexto da execução da pena privativa da liberdade, Eduardo CORREIA/Anabela M. Rodrigues/Almeida Costa, *Direito Criminal III*, pp. 123 ss.; Anabela Miranda RODRIGUES, *A posição jurídica do recluso...*, pp. 34 ss., 169 ss. e *idem*, *Relatório Direito Penitenciário*, pp. 61 ss. (com descrição do movimento de afirmação do estatuto jurídico do recluso também no contexto internacional); Figueiredo DIAS, *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*, pp. 111 s.; CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, I, anotação ao art. 30.º, p. 505 (“as restrições dos direitos dos presos devem estar previstas na lei, não podendo continuar a ver-se na relação presidiária, como era tradicional no direito administrativo, uma espécie de ‘relação especial de poder’, à margem da lei, totalmente opaca quanto à disposição legal dos direitos e deveres dos presos. As relações administrativas dentro da prisão estão, assim, sujeitas ao princípio da legalidade”); Damião da Cunha, anotação ao art. 30.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, p. 690 (por via do n.º 5, nega-se “constitucionalmente qualquer possibilidade de conceber a posição jurídica do recluso segundo a figura da ‘relação especial de poder’”); Vieira de ANDRADE, «O internamento compulsivo...», pp. 74 s., e *idem*, *Os direitos fundamentais...*, p. 288 ss.

⁶⁹⁸ Anabela Miranda RODRIGUES, *A fase de execução das penas...*, p. 14.

⁶⁹⁹ Vieira de ANDRADE, «O internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica na perspectiva dos direitos fundamentais», p. 74.

Na lição de Vieira de Andrade, “reconhece-se, obviamente, que as pessoas colocadas nessas situações não podem gozar de todos os direitos fundamentais da mesma maneira que a generalidade das pessoas, pois que tais situações justificam e impõem restrições ou limitações especiais – mas passa a afirmar-se o *princípio-regra da titularidade dos direitos fundamentais*, considerando as *limitações necessárias* como *restrições* ou *compressões* desses direitos”, sujeitas ao regime jurídico das restrições legislativas de direitos fundamentais⁷⁰⁰.

Na mesma linha, para Reis Novais, “as exigências funcionais de determinada instituição de fins constitucionalmente reconhecidos” podem requerer “restrições acrescidas” aos direitos fundamentais dos indivíduos a ela sujeitos, “ainda que só e na estrita medida dessas exigências”⁷⁰¹. “Nestas situações, há interesses cuja satisfação se considera socialmente indispensável e que ficariam ameaçados por um eventual exercício *normal* ou *não limitado* de alguns direitos fundamentais”; “o problema deve colocar-se no plano dos requisitos constitucionalmente exigidos para tal intervenção estatal”⁷⁰². Assim, “a simples existência de uma relação especial de poder não justifica uma qualquer restrição a direitos fundamentais; mas a necessidade de garantia da capacidade funcional das respectivas instituições funciona [...] como habilitação constitucional, expressa ou implícita, para a intervenção regulamentadora e eventualmente restritiva do legislador”⁷⁰³.

É assim que a Constituição portuguesa garante expressamente aos condenados em pena de prisão um estatuto jurídico em que “mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências

⁷⁰⁰ *Ibidem*, p. 75. O Autor especifica, como requisitos para as restrições especiais de direitos para sectores de relações especiais: que sejam feitas por via legislativa; que se baseiem na existência de um valor que justifique uma ordenação especial; que se limitem ao necessário para assegurar a realização dos fins da instituição em causa (no caso que nos interessa, a segurança e a ordem do estabelecimento prisional), sujeitando-se às exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade; e que não afectem o conteúdo essencial dos direitos (*idem*, *Os direitos fundamentais...*, p. 290).

⁷⁰¹ Reis NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 516. Para o Autor, é assim ainda quando não haja “previsão constitucional expressa, implícita ou imanente” de uma restrição. No caso que nos ocupa, existe previsão constitucional expressa (a do n.º 5 do art. 30.º), pelo que a questão controvertida da admissibilidade de restrições não expressamente autorizadas pela Constituição não tem relevo para o presente trabalho.

⁷⁰² *Ibidem*, p. 517. Com efeito, a validade dos direitos fundamentais dos que se encontram nestas situações não pode ser relativizada ao ponto de as suas limitações dispensarem o controlo respeitante ao preenchimento dos requisitos materiais do Estado de direito (designadamente o da necessidade); ao legislador cabe a valoração, ponderação e decisão sobre a prevalência dos interesses em conflito (*ibidem*, p. 519).

⁷⁰³ *Ibidem*, p. 520.

próprias da respectiva execução” (artigo 30.º, n.º 5). Trata-se, pois, meramente, de um *estatuto específico*⁷⁰⁴, constitucionalmente credenciado.

Não servindo, pois, o conceito de “relação especial de poder” de credencial bastante para restringir nenhum direito fundamental, qualquer restrição terá de passar pelo crivo do n.º 5 do artigo 30.º e pelas demais exigências constitucionais a que estão sujeitas as restrições de direitos, liberdades e garantias, mormente as de legalidade e de proporcionalidade (artigo 18.º da CRP).

Que assim seja é consonante com a “*nova concepção dos direitos fundamentais como direitos de todas as pessoas, nas diversas circunstâncias da vida social, relativamente a todos os poderes, quaisquer que sejam*”⁷⁰⁵.

Esta evolução é salientada pelo Tribunal Constitucional, ao afirmar que “o direito do recluso à tutela judicial — na vertente de garantia de impugnação judicial de quaisquer actos administrativos que o lesem — decorre do artigo 268.º, n.º 4, da Constituição, na medida em que o recluso, pelo simples facto de o ser, não perde a sua

⁷⁰⁴ Expressão com origem no termo alemão *Sonderstatus*. Como ensina K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, pp. 144 ss., há limites aos direitos fundamentais que valem apenas para um círculo delimitado de pessoas, aquelas que se encontrem numa *besonderes Gewaltverhältnis*. Não existe um *Sonderstatus* unitário, mas uma multiplicidade de diferentes relações de *Sonderstatus*, cujo denominador comum consiste em que modificam (e de modo diferenciado) o estatuto geral do cidadão. Entende-se que os domínios em que se inserem estes estatutos especiais não poderiam cumprir a sua função social se o estatuto geral dos indivíduos permanecesse na totalidade. Contudo, também nas relações de *Sonderstatus* os limites aos direitos fundamentais só podem encontrar fundamento na Constituição; requer-se que o próprio estatuto especial seja constitucionalmente fundado e que as limitações sejam exigidas pela especificidade da relação. As soluções não se encontram com base num princípio de *concordância prática*: nem podem os direitos fundamentais ser sacrificados no *Sonderstatus*, nem podem as garantias dos direitos tornar impossível a função do estatuto.

Referindo-se ao “estatuto especial”, “jurídico-constitucionalmente credenciado”, que deixa permanecer no recluso a titularidade de todos os direitos fundamentais, “à excepção 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”, Figueiredo DIAS, *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*, p. 112; ocupando-se aprofundadamente do “estatuto específico” do recluso, Anabela Miranda RODRIGUES, *A posição jurídica do recluso...*, pp. 172 s.: “do que se trata é tão-só de relações de vida que exigem um *estatuto específico* – situado no seio da Constituição onde deve procurar-se o seu fundamento ou, pelo menos, o seu pressuposto – que não legitima qualquer limitação específica e implícita de direitos fundamentais [...]. Ao estatuto especial do recluso é inerente uma legalidade própria em si mesma com um sentido necessariamente restritivo, indispensável à existência da própria relação especial como tal. De facto, o recluso não pode eximir-se a uma intervenção, mais ou menos profunda, na esfera dos seus direitos fundamentais, enquanto essa intervenção exprime a própria essencialidade da execução ou é indispensável para assegurar a sua própria existência [...]. Entretanto, as restrições de direitos fundamentais a que o estatuto especial dê motivo mas que não encontrem o seu pressuposto na Constituição serão, por isso, inconstitucionais”. Referindo-se também a um “estatuto especial do recluso”, Damiano da Cunha, em anotação ao art. 30.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, p. 691.

⁷⁰⁵ Vieira de ANDRADE, «O internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica na perspectiva dos direitos fundamentais», p. 73.

posição de administrado, mantendo-a, em princípio, com um ‘âmbito normativo idêntico ao dos outros cidadãos’⁷⁰⁶.

O próprio princípio constitucional da igualdade – cuja “estreita conexão” com o princípio do acesso aos tribunais é salientada por Lopes do Rego – assim o exigiria, “desde logo, porque, ao assegurar a ‘*todos*’ a garantia da via judiciária, está a Constituição obviamente a proibir que, nessa área, se estabeleçam quaisquer discriminações ou diferenciações de tratamento arbitrárias, sem fundamento material bastante”⁷⁰⁷.

No actual quadro constitucional, só são admitidas as limitações aos direitos fundamentais legitimadas pelo artigo 30.º, n.º 5, da CRP: os reclusos mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, *salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da execução*.

Não se concebendo que uma restrição do direito à tutela jurisdicional possa ser *inerente ao sentido da condenação* (que é uma condenação em privação da liberdade, não em privação de outros direitos fundamentais), resta indagar se as *exigências próprias da execução*, como sejam as de manutenção da ordem e da segurança nos estabelecimentos prisionais⁷⁰⁸, podem demandar limitações à tutela.

Nessa indagação, há que ter presente que o preceito contido no n.º 5 do artigo 30.º tem de conjugar-se com o princípio constitucional da proporcionalidade, nas suas dimensões de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (artigo 18.º, n.º 2, da CRP: as restrições devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos), bem como com a exigência de preservação do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais, incluindo os que consagram direitos fundamentais (artigo 18.º, n.º 3, da CRP)⁷⁰⁹.

⁷⁰⁶ Ac. do TC n.º 20/2012, que será analisado detidamente *infra*, Parte III. Como ressalta Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 119, este acórdão traduz “o reconhecimento da manutenção do direito de acesso aos tribunais por parte do recluso, que este não pode ver limitado unicamente devido à sua condição de recluso”.

⁷⁰⁷ Lopes do REGO, «Acesso ao direito e aos tribunais», p. 44

⁷⁰⁸ Defendendo a circunscrição das “exigências próprias da execução” fundamentadoras de limitações a direitos fundamentais às exigências de ordem e segurança, Anabela Miranda RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 92. Nesse sentido optou o legislador no art. 6.º do CEP e, já no regime anterior, no art. 4.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1-8. Ainda que se aceitasse que o fundamento da restrição incluísse exigências de socialização (o que se rejeita, aderindo às razões aduzidas pela Autora), não se vê como podiam estas justificar restrições à tutela jurisdicional: bem pelo contrário, uma limitação da tutela seria inadequada e mesmo contraditória com o objectivo de socialização, por ser, em si mesma, “dessocializadora”.

⁷⁰⁹ Neste sentido, Vieira de ANDRADE, «O internamento compulsivo...», p. 75 (explicitando que às limitações aos direitos fundamentais no âmbito das “relações especiais” se aplica o regime jurídico das restrições legislativas de direitos fundamentais, isto é: além da exigência de lei parlamentar, “não se aceitam senão aquelas limitações que forem *adequadas* à lógica existencial ou ao bom funcionamento da

Indubitavelmente, a manutenção da ordem e da segurança nos estabelecimentos prisionais constitui interesse constitucionalmente protegido cuja salvaguarda pode justificar limitações ao estatuto jurídico dos reclusos.

Com efeito, a manutenção da ordem é “condição indispensável para a realização das finalidades da execução das penas e medidas privativas da liberdade” e serve o “interesse de uma vida em comum organizada e segura”; e a segurança é mantida “para protecção de bens jurídicos fundamentais, pessoais e patrimoniais, para defesa da sociedade e para que o recluso não se subtraia à execução”⁷¹⁰. Como nota Anabela Miranda Rodrigues, “reconhecido como a sua manutenção é um pressuposto indispensável para a realização do objectivo da socialização e contribuindo, ao mesmo tempo – enquanto visa a segurança externa –, para assegurar a defesa da sociedade, difícil seria não lhe conceder valor como critério limitativo de direitos fundamentais. Indirectamente, é certo, precipitam-se aqui valores constitucionais”⁷¹¹.

São numerosos os direitos e interesses individuais necessariamente comprimidos em nome daquelas exigências quando o respectivo titular se encontra a cumprir uma pena de prisão. Para o verificar, basta atentar na legislação reguladora da execução, onde tais restrições estão previstas – em obediência ao requisito constitucional de previsão legal das restrições (artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP).

Todavia, no caso do direito à tutela jurisdicional, não se concebe como pode a sua restrição ser *necessária* à salvaguarda da ordem e da segurança. O direito de aceder a um tribunal para sindicar a legalidade da actuação da Administração não é, só por si, apto a fazer perigar nem a ordem nem a segurança nos estabelecimentos.

instituição ou do grupo, e apenas na medida em que sejam estritamente *necessárias* para tal fim, e ainda só desde que não sejam *desproporcionadas* ou *desproporcionais*, ponderando o custo da limitação com o benefício desse modo alcançado para os direitos dos outros ou para os valores comunitários envolvidos”) e *idem*, *Os direitos fundamentais...*, p. 290; igualmente, CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, I, anotação ao art. 30.º, p. 505; Damiano da Cunha, anotação ao art. 30.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, p. 690; Reis NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 571 (afirmando que, quer nos casos em que o próprio legislador constitucional, prevendo ou verificando a existência de relações de tensão ou conflito entre bens, regulou os termos da sua superação ou a remeteu expressamente para os poderes constituídos, quer nos casos em que essa remissão é meramente implícita, as restrições devem estar igualmente sujeitas à generalidade dos controlos e requisitos aplicáveis a quaisquer outras restrições aos direitos fundamentais). Já antes da introdução do n.º 5 do art. 30.º da CRP, chamando a atenção para a sujeição das restrições legais dos direitos fundamentais dos reclusos aos limites do art. 18.º da CRP, Eduardo CORREIA/Anabela M. Rodrigues/Almeida Costa, *Direito Criminal III*, pp. 85 ss., pp. 123 s.

⁷¹⁰ Assim os n.ºs 1 e 2 do art. 86.º do CEP.

⁷¹¹ Anabela Miranda RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 91, reiterando posição já assumida em *A posição jurídica do recluso...*, p. 174. Trata-se aqui, no fundo, da “necessidade de garantia da capacidade funcional das instituições” de que fala Reis Novais e que, para o Autor, funciona como “habilitação constitucional” (neste caso, expressa: vide o n.º 5 do art. 30.º) “para a intervenção regulamentadora e eventualmente restritiva do legislador” (Reis NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 520).

É, pelo contrário, a própria compressão de numerosos direitos e interesses, prevista na lei em nome de exigências de ordem e segurança, que torna ainda mais premente a preservação plena do direito à tutela jurisdicional. Com efeito, para que o recluso se mantenha *cidadão*, não basta declará-lo *titular* dos direitos fundamentais; é necessário que ele possa igualmente *exercê-los*. Do mesmo modo, é necessário que ele possa sindicá-la a legalidade (*rectius*, a juridicidade) de decisões que, louvando-se nessas previsões legais, afectem concretamente os seus direitos e interesses. Só o acesso à jurisdição assegura tal sindicância em termos constitucionalmente conformes. Por isso, se “ninguém pode ser privado de levar a sua causa (relacionada com a defesa de um direito ou interesse legítimo e não apenas de direitos fundamentais) à apreciação de um tribunal, pelo menos como último recurso”⁷¹², o recluso não pode ser excepção.

No mesmo sentido conclui Damiano da Cunha, debruçando-se sobre a norma do n.º 5 do artigo 30.º: esta “em caso algum deve ser entendida como restritiva para efeitos de protecção ou de tutela judicial; antes tal tutela estará sempre pressuposta em todo o seu conteúdo”⁷¹³. No mesmo sentido, Vieira de Andrade afirma que “não há em princípio razão para que [os presos] não gozem [...] do direito de petição e recurso”⁷¹⁴.

Há que concluir, pois, que as “exigências próprias da execução”, mais concretamente as de manutenção da ordem e da segurança, não podem legitimar uma postergação do direito à tutela jurisdicional efectiva. Ou seja: *todos* os cidadãos privados da liberdade têm direito a sindicá-la junto de um tribunal *quaisquer actos* da Administração prisional que afectem *quaisquer direitos ou interesses legalmente protegidos* de que sejam titulares e têm também direito a receber do tribunal uma tutela *efectiva* desses direitos ou interesses.

Questão diferente é a de a *regulação* do exercício do direito à tutela jurisdicional poder incluir *condicionamentos*⁷¹⁵.

Como se viu⁷¹⁶, o legislador dispõe de uma larga margem de conformação dos pressupostos de acesso ao tribunal, da tramitação processual da impugnação e dos

⁷¹² CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada*, I, anotação ao art. 20.º, p. 408.

⁷¹³ Damiano da Cunha, anotação ao art. 30.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, p. 691.

⁷¹⁴ Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 291.

⁷¹⁵ Sobre a distinção entre “restrições” e “condicionamentos”, ou a alternativa opção por um conceito abrangente de “restricção” como “afecção desvantajosa do conteúdo de um direito fundamental”, recorde-se o que se anotou *supra*, Parte I, Cap. VII, 4, n. 538. Sem que importe tomar posição quanto a estas distinções, até ao momento ocupámo-nos da restricção ao direito à tutela jurisdicional no sentido de se *vedar* aos reclusos o acesso a um tribunal para defesa de direitos ou interesses legalmente protegidos e, de seguida, trataremos das regulações *conformadoras* ou *condicionadoras* do acesso.

efeitos da decisão, que lhe permite levar a cabo a concordância prática entre o direito à tutela e exigências com valor constitucional, designadamente, de segurança jurídica, de eficiência ou de justiça. Requisito é que os condicionamentos não sejam arbitrários, baseando-se num fundamento racional ao qual sejam funcionalmente adequados, e que respeitem o princípio da proporcionalidade, não inviabilizando nem retardando ou dificultando excessivamente o acesso ao tribunal.

Ora, se assim é em geral, por maioria de razão será em âmbitos onde se verifiquem exigências específicas.

Observe-se, com interesse, o caso da aplicação de penas disciplinares militares, apreciado pelo Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 229/2012, no qual não declarou a inconstitucionalidade de norma do Regulamento de Disciplina Militar que prevê que as sanções de repreensão e de repreensão agravada são cumpridas imediatamente a seguir à decisão que as tiver aplicado. O Tribunal considerou que, numa instituição onde a hierarquia e a disciplina assumem “uma importância sem paralelo na generalidade dos domínios da Administração Pública”, em nome do “superior interesse da eficácia e da eficiência da defesa nacional”, tem efeito útil que a pena de repreensão possa ser executada com a mínima dilação possível em relação à prática da infracção. Asseguradas as garantias de defesa no processo disciplinar e mantendo-se o direito de impugnação, apto a conduzir à reconstituição da situação jurídica violada e à consequente eliminação da sanção do registo disciplinar, o normativo em causa estabelece, na perspectiva do Tribunal, um equilíbrio entre o interesse da disciplina e da hierarquia militar e os direitos individuais dos militares⁷¹⁷.

No caso da tutela jurisdicional a conferir aos reclusos, aos interesses de valor constitucional já mencionados acresce o interesse da manutenção da ordem e segurança nos estabelecimentos de cumprimento de pena. Com efeito, a convivência ordenada e segura nas prisões exige uma reacção pronta, por parte da Administração, a condutas que ponham gravemente em perigo bens jurídicos, sobretudo pessoais, de reclusos ou de funcionários, bem como a actos de indisciplina ou de desobediência grave a ordens legítimas e a tentativas de evasão ou de organização de motins. Exige também que as

⁷¹⁶ *Supra*, Parte I, Cap. VII, 4.

⁷¹⁷ O Acórdão declarou, por seu turno, inconstitucional uma norma que previa que a sanção mais grave (a de prisão disciplinar) fosse cumprida logo após ter sido negado provimento ao recurso hierárquico apresentado, sem que, portanto, a impugnação judicial pudesse ainda ter utilidade prática, não se garantindo a efectividade da tutela. Esta conclusão do TC não se reveste, todavia, de tanta relevância para o nosso estudo, por estar aqui em causa, como parâmetro, não a tutela jurisdicional efectiva mas um preceito constitucional especificamente referido à prisão disciplinar militar – o art. 27.º, n.º 3, d) –, que não tem paralelo em matéria de execução da pena de prisão.

decisões dos directores dos estabelecimentos se estabilizem rapidamente⁷¹⁸. Assim, situações poderá haver em que “o exercício *normal*” do direito “pode ameaçar a capacidade funcional” da instituição, cabendo nesses casos ao legislador “a competência para a justa determinação da delimitação”⁷¹⁹.

O legislador poderá estabelecer, em nome das referidas exigências, condicionamentos como, por exemplo, prazos curtos para a impugnação de decisões; prazos curtos de decisão por parte dos tribunais; uma aferição liminar sobre se estão ou não em causa direitos ou interesses legalmente protegidos; a possibilidade de rejeição liminar em caso de manifesta improcedência; que, em casos determinados, o exercício do direito de acesso ao tribunal não suspenda, de forma automática, a eficácia do acto da Administração; ou limitações nos poderes de decisão dos tribunais ou nos efeitos das suas decisões.

Em suma, as “exigências próprias da execução” não permitem postergar o direito dos reclusos ao controlo jurisdicional das decisões administrativas que os afectem; podem, isso sim, justificar que, na conformação dos pressupostos de acesso, da tramitação processual e das características da decisão, o legislador estabeleça condicionamentos que sejam funcionalmente adequados – e não arbitrários nem desproporcionados – à salvaguarda daquelas exigências. Em qualquer caso, os condicionamentos terão como limite o *conteúdo essencial* do direito à tutela jurisdicional efectiva, o que implica que não possam resultar numa *eliminação* do direito à tutela, nem dificultar excessivamente o acesso ao tribunal, nem pôr em causa a efectividade da protecção jurídica a conceder⁷²⁰.

⁷¹⁸ Alertando também para que “a ordem interna de um estabelecimento prisional é profundamente perturbada pela incerteza”, P. P. ALBUQUERQUE, «O futuro dos estudos penitenciários», p. 321: para o Autor, a “desejável jurisdicionalização da execução” deve ter em conta que “a sucessão de juízos de valor sobre um mesmo acto ou uma mesma conduta é um factor potenciador de conflitos e de incerteza, que se pode transformar em um factor danoso para a ordem interna da prisão e para o próprio programa de intervenção penitenciária junto dos reclusos”.

⁷¹⁹ Reis NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 519.

⁷²⁰ Os requisitos constitucionais para as restrições de direitos fundamentais (reserva de lei parlamentar, generalidade e abstracção, princípio da necessidade, garantia do conteúdo essencial e proibição de retroactividade), conjugadamente com as exigências próprias do Estado de direito (nomeadamente, princípio da proibição do excesso, nas suas diversas dimensões, princípio da igualdade e princípio da protecção da confiança), serão os parâmetros de controlo que permitirão aferir da constitucionalidade da restrição (entendida esta em sentido amplo, incluindo condicionamentos), bem como do seu alcance e medida. Sobre os “limites aos limites”, Reis NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais...*, pp. 635 ss., 727 ss.; CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 451 ss.; Jorge MIRANDA, *Manual...*, vol. II, tomo IV, pp. 417 ss.; Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, pp. 279 (n. 666) ss.

2. As especificidades da execução justificam um acréscimo da tutela?

Vejam, agora, se as especificidades da execução da pena de prisão trazem exigências *acrescidas* à tutela jurisdicional a conferir aos cidadãos privados da liberdade.

Desde logo, a própria situação de vulnerabilidade, decorrente da dependência extrema da administração prisional e da tensão permanente a que estão sujeitos os direitos dos reclusos por força das exigências de ordem e segurança, é apta a justificar um controlo mais intenso do respeito pela posição jurídica destes cidadãos, bem como a previsão de medidas tendentes a promover e facilitar o acesso ao direito e aos tribunais, o direito à informação jurídica e ao aconselhamento jurídico e a assegurar a efectividade da tutela⁷²¹.

Além disso, o facto de a execução constituir uma fase da intervenção penal do Estado, em que o sistema judicial, tendo proferido a sentença, se interessa por fazer cumprir a condenação e assegurar a realização das finalidades da execução – que são ainda finalidades próprias da justiça penal –, pode justificar que, em particular nas decisões de modelação da execução, o controlo seja mais intenso que o controlo de mera juridicidade levado a cabo pela justiça administrativa nas “normais” relações dos cidadãos com a Administração. As decisões de individualização de execução integram-se, como vimos, numa “zona” de interpenetração dos domínios funcionais da Administração e dos Tribunais, em que se acentua a co-responsabilidade de ambos.

Acresce que a própria finalidade de *socialização* que preside à execução, nas suas dimensões de *evitar a dessocialização* e de *promover a não-dessocialização* (isto é, “para além do dever de se reduzir ao mínimo a marginalização de facto que a reclusão implica e os efeitos criminógenos que lhe estão associados, também assegurar a manutenção e protecção dos direitos fundamentais do recluso que esta qualidade não lhe

⁷²¹ Neste sentido apontou também a COMISSÃO PARA A REFORMA DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE PENAS E MEDIDAS, *A execução das medidas privativas da liberdade*, pp. 42 s.: “a garantia do direito de acesso ao direito e dos direitos conexos (direito de acesso aos tribunais, direito à informação e consulta jurídica e direito ao patrocínio judiciário) tem particular relevância no âmbito da execução da pena de prisão. Na verdade, a própria natureza da reclusão, como relação de sujeição Estado-recluso, submete inevitavelmente os direitos fundamentais do recluso a uma tensão forte e contínua. [...] Em matéria penitenciária, a garantia especial deste leque de direitos parece exigir, no plano procedimental, uma ampliação da judicialização da execução da pena, bem como, no plano institucional, medidas concretas que garantam o acesso à informação e consulta jurídica”.

retira”⁷²²), demanda do Estado medidas positivas tendentes a assegurar a defesa e a promoção dos direitos fundamentais em reclusão.

Este ponto é muito enfatizado por Anabela Miranda Rodrigues, quando defende que o objectivo da *não dessocialização* do recluso “só poderá ser atingido pelo reconhecimento da *cidadania do recluso* e pela *protecção eficaz dos seus direitos fundamentais*”⁷²³. “Trata-se de não esquecer que o recluso já é, enquanto tal, *sócio*. Natureza que está em causa preservar e no que a *defesa e promoção* dos seus direitos fundamentais é elemento essencial. Sujeito embora a um estatuto jurídico *especial*, que nem por isso exclui a titularidade dos direitos fundamentais, o reconhecimento da posição jurídica do recluso só poderá ser atingido pela garantia eficaz destes direitos”⁷²⁴. Segundo a mesma Autora, “a não-dessocialização do recluso, sobretudo na parte em que exige a garantia dos direitos fundamentais, reclama, por seu turno, uma maior intervenção do poder jurisdicional na execução da pena. Nesta perspectiva, a posição do recluso não pode mais estar *a coberto do direito*. Deve ser *coberta pelo direito*, com as consequências constitucionais que daí advêm em matéria de intervenção jurisdicional. O que implica uma intervenção (mais) activa do poder jurisdicional na execução da pena de prisão e a reformulação do estatuto e do papel do advogado”⁷²⁵. Esta concepção “torna natural a extensão do controlo jurisdicional a qualquer questão relativa à modelação da execução que possa contender com os direitos do recluso”⁷²⁶.

Apela-se, pois, neste ponto, à dimensão *positiva* do estatuto jurídico do recluso⁷²⁷: se a dimensão *negativa*, de defesa legal perante interferências dos poderes públicos, impede a restrição do direito à tutela jurisdicional efectiva fora dos casos credenciados pelo artigo 30.º, n.º 5, da CRP e demais normas constitucionais conformadoras das restrições de direitos fundamentais, pela dimensão *positiva* o Estado estará obrigado a prestações, onde necessárias, para assegurar o normal exercício dos

⁷²² Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 103. Para a explicitação do sentido destas dimensões da socialização, *idem*, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, pp. 50 ss.

⁷²³ *Idem*, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 54.

⁷²⁴ *Idem*, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 104.

⁷²⁵ *Idem*, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 55.

⁷²⁶ *Ibidem*, p. 137.

⁷²⁷ Sobre o *estatuto negativo* e o *estatuto positivo* que podem distinguir-se na posição jurídica do recluso, paralelamente a idêntica distinção efectuada na posição jurídica dos cidadãos em geral perante o Estado, Anabela M. RODRIGUES, *A posição jurídica do recluso...*, p. 58. No sentido *negativo* do estatuto, que se traduz na protecção dos direitos e na não interferência na esfera jurídica do indivíduo, o Estado deve evitar as consequências nocivas da privação da liberdade. Do estatuto *positivo*, um estatuto de (re)integração social, que incorpora um conjunto de direitos positivos, emerge um dever para o Estado de assegurar a efectivação de prestações, no sentido de contribuir para a realização dos objectivos (*ibidem*, p. 59).

direitos fundamentais: assim, quando a situação de reclusão dificulte o acesso ao direito ou o exercício do direito à tutela judicial, devem ser asseguradas, prestadas, as condições especiais que se tornem necessárias para que o recluso possa exercer estes direitos em condições tanto quanto possível semelhantes às dos demais cidadãos.

A este propósito, sublinhe-se que o direito ao patrocínio jurídico “não sofre qualquer limitação geral de conteúdo por força da situação de reclusão, podendo apenas ser restringido, em concreto, nos modos do seu exercício, em homenagem à ordem e segurança” do estabelecimento⁷²⁸. Como bem afirmou a Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, “a realização efectiva do direito ao patrocínio jurídico não se basta com a simples enunciação legal, dependendo de [...] prestações positivas do Estado que permitam suprir a dificuldade de acesso ao patrocínio devidas às carências económicas dos reclusos”, o que exige um sistema de protecção jurídica adequado às especificidades desta população⁷²⁹.

Em suma, aos reclusos há-de ser assegurada uma tutela plena e eficaz dos seus direitos e interesses, mais intensa onde se justifique pela especial carência de tutela que deriva dos constrangimentos próprios da reclusão, e com uma regulação que preveja os condicionamentos indispensáveis à manutenção da ordem e da segurança nos estabelecimentos prisionais.

O que exige prestações positivas por parte do Estado, que fica obrigado a providenciar um sistema de organização judiciária e um quadro legislativo funcionalmente adequados à satisfação do princípio da tutela jurisdicional efectiva em reclusão, nas suas várias dimensões.

Tais dimensões abrangerão: a disponibilização de meios processuais ajustados aos vários tipos de pretensões, sem dificuldades excessivas e injustificadas ao acesso e sem lacunas geradoras de situações de indefesa; procedimentos caracterizados pela celeridade e prioridade, permitindo obter tutela de direitos, liberdades e garantias efectiva e em tempo útil; procedimentos cautelares adequados; garantias de um processo equitativo, incluindo o contraditório e a igualdade de armas; direito a assistência jurídica por parte de advogado; garantias de decisão em prazo razoável; orientação *pro actione*, devendo os tribunais aplicar o direito de acordo com a máxima efectividade possível da tutela (sem prejuízo da consideração dos demais valores constitucionais em presença, nomeadamente a esfera de autonomia da Administração e as “exigências

⁷²⁸ Assim a COMISSÃO PARA A REFORMA DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE PENAS E MEDIDAS, *A execução das medidas privativas da liberdade*, p. 178, dando como exemplos de condicionamentos ao modo do seu exercício a periodicidade e a duração da visita do advogado e o controlo da correspondência.

⁷²⁹ *Ibidem*, pp. 178 ss.

próprias da execução”); tipos de decisões judiciais adequados às pretensões de tutela; direito à fundamentação da decisão⁷³⁰; garantias de que a decisão é executada; direito ao recurso (nos casos constitucionalmente exigidos⁷³¹).

Naturalmente, como já se viu, situações haverá de conflito *entre dimensões* do princípio da tutela judicial efectiva – não já restrições ao direito de acesso aos tribunais, no sentido de este ser vedado ou condicionado, mas sim possíveis limitações de específicas dimensões daquele direito em favor de outras dimensões (nomeadamente, conflitos entre as exigências de celeridade e eficiência e as vertentes do processo equitativo, do contraditório e da igualdade de armas) –, que o legislador deverá resolver através de um exercício de concordância prática entre as dimensões em conflito, em cumprimento dos requisitos de proporcionalidade, não podendo a valorização de uma dimensão do princípio causar o aniquilamento da outra e preservando-se sempre o conteúdo essencial de cada uma.

3. A tutela perante actos jurisdicionais – o direito ao recurso na fase da execução

Como se concluiu na análise precedente sobre o direito à tutela perante actos jurisdicionais⁷³², o direito ao recurso de decisões judiciais, tal como garantido pela Constituição e interpretado pela doutrina e pela jurisprudência constitucional, não é absoluto, podendo ser conformado e limitado, segundo critérios como a natureza dos interesses envolvidos, a relevância das causas e a repercussão para o interessado, desde que respeitadas as exigências constitucionais de igualdade, proporcionalidade e preservação do conteúdo essencial do direito.

Como também se verificou, para além do recurso em processo penal, integrante das garantias de defesa previstas no artigo 32.º da CRP, tem sido defendido pela doutrina e também pelo Tribunal Constitucional, sobretudo a partir do seu Acórdão n.º 40/2008, que o direito de acesso aos tribunais consagrado no artigo 20.º garante o direito de recorrer de decisões judiciais que, por si mesmas e directamente, lesem direitos fundamentais (ou, pelo menos, direitos, liberdades e garantias).

⁷³⁰ Apontando para um *dever reforçado* de fundamentação das decisões em matéria de execução, atentas as “especificidades significativas” destes processos inerentes à situação de maior vulnerabilidade em que se encontram os sujeitos, que decorre da própria situação de encarceramento e é amplificada pelas condições fácticas em que a prisão é executada, Mouraz LOPES, *A fundamentação da sentença...*, p. 325.

⁷³¹ Mais desenvolvidamente sobre o direito ao recurso, *infra*, 3.

⁷³² *Supra*, Parte I, Cap. VII, 5.

3.1. O parâmetro constitucional relevante

Cumpra, pois, antes de mais, averiguar se as “garantias de defesa” do processo criminal incluem o direito ao recurso de decisões judiciais proferidas na fase da execução da pena.

Tal questão foi já objecto de tratamento por parte do Tribunal Constitucional. Numa fase inicial, a resposta não foi clara, vindo, posteriormente, a tender para o sentido negativo.

Com efeito, no Acórdão n.º 638/2006, que julgou inconstitucional a norma que não admitia recurso da decisão judicial que negasse ao recluso a liberdade condicional, o TC admitiu que o processo de concessão da liberdade condicional pudesse considerar-se parte integrante do processo penal, o que convocaria a aplicação das garantias de defesa, incluindo a do recurso, previstas no artigo 32.º, n.º 1, da CRP. Como argumentos favoráveis a tal integração, invocou não apenas a existência de normas adjectivas relativas a tal processo no Livro X do Código de Processo Penal, mas também a reconfiguração do instituto da liberdade condicional como incidente da execução da pena de prisão, sujeito a uma “decisão de legalidade”, em que o julgador actua como “órgão de justiça, com independência e imparcialidade”. Assim, “encontrando-se jurisdicionalizada a execução das penas e abrangendo as garantias de defesa todo o processo criminal, a negação do direito ao reexame, em via de recurso, da decisão denegatória da liberdade condicional traduzir-se-á, com esta fundamentação, na imposição de um encurtamento inadmissível das garantias de defesa do recorrente, sendo inconstitucional por violação do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição”.

Contudo, o Tribunal não foi peremptório quanto à “exacta qualificação dos processos de execução das penas, para o efeito da sua subsunção na noção de ‘processo criminal’ utilizada no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição”, acabando por fundar o julgamento de inconstitucionalidade, adicionalmente (e, a nosso ver, decisivamente), no argumento de se tratar de *decisão atinente ao direito à liberdade*.

As decisões posteriores do Tribunal que se debruçaram sobre a questão tenderam para o afastamento da aplicabilidade do artigo 32.º. No Acórdão n.º 150/2013, que não julgou inconstitucional a norma segundo a qual é irrecorrível a decisão do tribunal de execução das penas relativa à concessão do período de adaptação à liberdade condicional, designadamente no caso de indeferimento, o Tribunal não considerou convocável o artigo 32.º, n.º 1, por não se estar perante um processo criminal. Este entendimento foi reiterado no Acórdão n.º 332/2016, que, remetendo no essencial para a

fundamentação do aresto acabado de referir, reiterou a exclusão das garantias de defesa previstas no artigo 32.º do estatuto jurídico do condenado.

Também no Acórdão n.º 560/2014, que não julgou inconstitucional a norma que denega ao recluso legitimidade para recorrer da decisão judicial que lhe recuse a concessão de uma licença de saída, o TC afastou expressamente a questão do âmbito de aplicabilidade do parâmetro constitucional do artigo 32.º, n.º 1. Considerou que o “processo criminal” abrangido pelo artigo 32.º se molda por uma “dialéctica entre acusação e defesa, posições contrapostas que não persistem a partir do momento em que transita em julgado a condenação”, e que, ultrapassado esse marco, em que o sujeito passa a “suportar os efeitos restritivos decorrentes do título judiciário de execução de uma pena”, o estatuto jurídico-constitucional relevante passa a ser o de condenado, conformado no plano jusfundamental pelo disposto no n.º 5 do artigo 30.º. Entendeu, adicionalmente, não se tratar de decisão que atinja directamente o direito à liberdade, em termos de fundar a imposição constitucional do direito ao recurso por via do artigo 20.º. No mesmo sentido e com idêntica conclusão se pronunciou o Tribunal no Acórdão n.º 752/2014, salientando ainda a autonomia do direito processual penitenciário relativamente ao direito processual penal, a que o artigo 32.º se reporta, uma vez que “a regulamentação jurídica da execução da pena pondera valores e interesses específicos que a distinguem do direito penal substantivo e que condicionam o tipo de processo”, não tendo já atinência à investigação e valoração do comportamento do acusado da prática de um crime, mas à execução concreta de uma pena decretada num processo penal que terminou com o trânsito em julgado da sentença.

Perfilhamos a posição de que as garantias de defesa do artigo 32.º não são aplicáveis às questões da execução da pena (a não ser naquilo que ainda possa reconduzir-se à interpretação e execução da própria sentença penal).

Em abono desta posição, convoca-se a distinção, acima estabelecida, entre *execução (da sentença)* e *cumprimento (da pena)*.

O que ainda seja “execução”, no sentido estrito de actividade dirigida a promover a realização efectiva de uma pena aplicada em sentença condenatória⁷³³, ou, noutros termos, do respeitante ao efeito executivo da sentença, “portanto, aos preliminares e ao controlo geral da execução (neste compreendidos os chamados

⁷³³ Lopes ROCHA, «Execução das penas...», p. 476.

‘incidentes da execução’))”⁷³⁴, é matéria que “cabe intrinsecamente ao direito processual penal”⁷³⁵, justificando-se que continue a ser coberta pelas garantias do artigo 32.º.

Contudo, no que seja *cumprimento da pena*, isto é, no que recaia no âmbito do *direito penitenciário*, não está já em causa a dialéctica entre acusação e defesa pressuposta pelo artigo 32.º, nem a concordância prática entre as várias finalidades do processo penal; o que está em causa é, agora, a satisfação das finalidades próprias da execução da pena, previstas no artigo 42.º do Código Penal e no artigo 2.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade⁷³⁶. Esta posição parece-nos a

⁷³⁴ Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal*, p. 37.

⁷³⁵ *Ibidem*. Aí defende o Professor que tanto é demasiado estrita a concepção segundo a qual o direito da execução das penas não pertence em absoluto ao processo penal, que terminaria com o trânsito em julgado da sentença, como é demasiado ampla uma concepção que integre no direito processual penal todo o direito da execução das penas. No mesmo sentido, e louvando-se na obra acabada de citar, o Ac. do TC n.º 752/2014, onde se afirma: “não há dúvida que o processo penal, como instrumento de realização do direito penal substantivo, através da investigação e valoração do comportamento do acusado da prática de um facto criminoso, também abrange uma ‘fase de execução’ ligada ao efeito executivo da sentença, que está regulada no Código de Processo Penal (artigos 467.º e ss.) e que pertence, inequivocamente, ao processo criminal”.

⁷³⁶ Refira-se (apenas lateralmente, já que o objecto do presente trabalho se cinge à execução da pena de prisão) que já nos parece poderem ser abrangidas pelas garantias do art. 32.º certas decisões de “individualização” da execução da medida de coacção prisão preventiva, sobretudo nos casos em que tais decisões possam repercutir-se no exercício dos direitos de defesa no processo. Além disso, o argumento de que as “garantias de defesa” em processo penal visam assegurar não só o direito de defesa contra a acusação, mas também a defesa dos direitos fundamentais durante o processo e por causa deste, no sentido de minimizar a afectação dos direitos fundamentais causada pela própria condição de arguido, militará no sentido de as decisões relativas ao “cumprimento” da prisão preventiva que sejam restritivas de direitos serem ainda abrangidas pelas “garantias de defesa”. Considere-se, por exemplo, a decisão (administrativa) de colocação do preso preventivo em regime de segurança; ou decisões (administrativas) de não autorização ou de proibição de determinadas visitas ou de restrição de contactos telefónicos; ou ainda decisões (judiciais) de oposição à concessão de licenças de saída do estabelecimento. A estreita relação com o processo penal é assumida pelo próprio legislador ao sujeitar certas decisões à não oposição do tribunal à ordem do qual é cumprida a medida de coacção (nos termos dos arts. 77.º, n.º 5, 81.º, n.º 3, e 82.º, n.º 3, do CEP, os reclusos preventivos podem beneficiar de licenças de saída especiais e para actividades, ficando porém a respectiva concessão dependente da não oposição do tribunal à ordem do qual é cumprida a medida de coacção; nos termos do art. 75.º, n.º 5, a autorização de entrevista a órgão de comunicação social depende da não oposição do tribunal à ordem do qual o recluso cumpre a medida, com base na ponderação do prejuízo para as finalidades da prisão preventiva). O facto de as decisões relativas ao “cumprimento” da prisão preventiva estarem cobertas pelo art. 32.º da CRP não significa, naturalmente, que o legislador tenha de assegurar direito ao recurso relativamente a todas elas. Com efeito, como se concluiu na Parte I, a Constituição não obriga a que todas as decisões em processo penal sejam susceptíveis de recurso: o que se reconhece é um direito a recorrer, pelo menos, das decisões condenatórias e das decisões que tenham como efeito a privação ou a restrição da liberdade ou de outros direitos fundamentais do arguido; requisito é que a irrecorribilidade de outras decisões judiciais não atinja o conteúdo essencial das garantias de defesa e que a limitação seja justificada por outros valores relevantes no processo penal.

Veja-se, ilustrativamente, a decisão do Tribunal Constitucional no seu Ac. n.º 848/2013. Estava em causa a não previsão legal do direito de recorrer da decisão do tribunal de execução das penas que julgara improcedente a impugnação da decisão (administrativa) de manutenção de um preso preventivo em regime de segurança. O Tribunal diferenciou a situação do recluso pelo facto de se tratar de arguido em processo penal, sujeito a prisão preventiva (e não em cumprimento de pena), e considerou que, embora o regime de execução da prisão preventiva “não integre o direito processual penal em sentido estrito, está sujeito aos princípios deste ramo do direito”, designadamente o princípio da presunção de inocência e as

mais consentânea com a “função essencial” do processo penal, que, na lição de Figueiredo Dias, se cumpre “na decisão sobre se, na realidade, se realizou em concreto um tipo legal de crime e, em caso afirmativo, na decisão sobre a consequência jurídica que dali deriva”⁷³⁷.

Afastada a aplicabilidade do artigo 32.º, o parâmetro constitucional relevante para a conformação do direito ao recurso de decisões judiciais proferidas em matéria de execução da pena de prisão deve ser o artigo 20.º, com o alcance que lhe vem sendo dado pela doutrina e pela jurisprudência, ou seja, abrangendo o direito ao recurso de decisões dos tribunais que, por si mesmas e directamente, afectem direitos fundamentais. Vejamos, então, à luz deste parâmetro, quais as decisões judiciais relativas à execução da pena de prisão cuja recorribilidade se afigura exigida pela Constituição.

3.2. Casos de recorribilidade exigida pela Constituição

3.2.1. Decisões relativas à liberdade condicional

garantias de defesa consagradas no art. 32.º. Assim, e apesar de afirmar que a afectação dos direitos dos reclusos implicada no regime de segurança “não tem uma repercussão específica nos direitos de defesa do arguido”, o Tribunal tratou a questão *sub judice* como uma restrição às garantias de defesa em processo penal previstas no art. 32.º, em que se inclui o direito ao recurso. A razão pela qual se concluiu pela não inconstitucionalidade residiu em ter-se considerado que a norma em causa não afecta o núcleo essencial daquele direito nem o restringe de forma desproporcionada (mais pormenorizadamente sobre a fundamentação, *infra*, 3.2.7). Em declaração de voto, o Cons. Pedro Machete exprimiu a posição de que o art. 32.º, n.º 1, da Constituição não era aqui convocável. Estamos de acordo com a exclusão do art. 32.º como parâmetro. Embora o caso não se situasse na matéria da execução da pena, mas na da execução de medida de coacção privativa da liberdade – portanto, ainda no decurso do processo penal, o que poderia levar a um entendimento diferente do adoptado quanto à aplicabilidade do art. 32.º à fase de cumprimento da pena –, a definição do regime prisional não tem relação com a dialéctica entre acusação e defesa pressuposta pelo art. 32.º, ou com a concordância prática entre as várias finalidades do processo penal, mas sim com a satisfação, que à administração prisional incumbe, de exigências de ordem e segurança do estabelecimento prisional (o regime de segurança visa acautelar situações de perigo sério de evasão ou tirada de presos ou de perigo sério para bens jurídicos ou para a ordem, segurança e disciplina dos estabelecimentos prisionais – cf. arts. 12.º, n.º 5, e 15.º do CEP).

⁷³⁷ Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal*, p. 36. Também no sentido da exclusão da aplicabilidade do art. 32.º se pronunciou a COMISSÃO PARA A REFORMA DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE PENAS E MEDIDAS, no seu relatório *A execução das medidas privativas da liberdade*, p. 46. A propósito de outra questão – as restrições ao direito à inviolabilidade do sigilo de correspondência e dos outros meios de comunicação, admitidas pela Constituição, no n.º 4 do art. 34.º, “em matéria de processo criminal” –, a Comissão exprimiu o entendimento de que “não parece que tal ressalva deva abranger a execução da pena de prisão: na verdade, embora esta se englobe ainda, num sentido amplo e em perspectiva dogmática, no processo penal, a noção constitucional de ‘processo criminal’ parece restringir-se à fase do processo que termina com o trânsito em julgado da sentença condenatória ou absolutória (cf. as disposições do art. 32.º, subordinadas à epígrafe *garantias do processo criminal*). Assim, as restrições ao direito à inviolabilidade do sigilo da correspondência titulado pelos reclusos só serão constitucionalmente legítimas nos estritos termos do art. 30.º, n.º 5, *sc.*, quando sejam exigidas pela ordem e a segurança do estabelecimento prisional”.

Com base na orientação exposta, o Tribunal Constitucional já considerou exigida, pelo princípio do Estado de direito, pelo direito à liberdade e pelo direito de acesso ao direito e aos tribunais, a recorribilidade da decisão que negue a liberdade condicional. Tendo esta decisão como efeito a manutenção da privação da liberdade, e podendo a reapreciação da decisão conduzir ao fim, sujeito embora a condições, da situação de reclusão, o Tribunal fez aplicar a sua jurisprudência que já vinha tendendo a reconhecer, como decorrência do princípio do Estado de direito, um direito a recorrer das decisões judiciais que afectem direitos, liberdades e garantias, em especial o direito à liberdade, e julgou inconstitucional a norma então vigente⁷³⁸ que não admitia o recurso das decisões denegatórias da liberdade condicional (Acórdão n.º 638/2006, já citado)⁷³⁹.

Além das decisões de recusa da liberdade condicional, também, e por maioria de razão, as decisões de revogação da liberdade condicional⁷⁴⁰, por implicarem imediatamente a privação da liberdade do condenado, terão de ser recorríveis.

3.2.2. Outras decisões de individualização da pena

⁷³⁸ Tratava-se do art. 127.º do Decreto-Lei n.º 783/76, de 29-10.

⁷³⁹ Invertendo a sua posição anterior, expressa no Acórdão n.º 321/93, onde, por unanimidade, não julgara inconstitucional aquela norma, não considerando violado qualquer dos parâmetros invocados, a saber, o n.º 1 do art. 32.º, o n.º 5 do art. 30.º, ambos da CRP, e o n.º 5 do art. 14.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos. Nesse aresto, o Tribunal baseara-se na sua jurisprudência anterior no sentido de que o direito ao recurso das decisões judiciais – direito que, então, se podia inferir da “garantia da via judiciária” contida no n.º 1 do art. 20.º da CRP e nas “garantias de defesa” contidas no n.º 1 do art. 32.º (não tinha ainda sido aditado o inciso “incluindo o recurso” neste último preceito, o que só viria a ocorrer com a revisão constitucional de 1997) – “não é absoluto, mesmo em matéria penal”, podendo ser restringido desde que não se atinja o conteúdo essencial do direito de defesa, o que valeria também em matéria de liberdade condicional, “uma vez que a competência para a sua concessão ou negação já pertence a um juiz”. Comentando este acórdão, A. Esteves REMÉDIO, «Irrecorribilidade da decisão que nega a liberdade condicional – Violação das garantias de defesa», pp. 145 ss., critica a “forma algo apressada e superficial” como o TC passa do princípio, comumente aceite, de que o direito ao recurso não é absoluto, para a exclusão do direito ao recurso no caso de negação da liberdade condicional. Para o Autor, as normas adjectivas reguladoras do processo perante o tribunal de execução das penas fazem parte integrante do direito processual penal, valendo, portanto, também ali as garantias de defesa asseguradas pelo art. 32.º da CRP, nas quais se inclui o recurso. Reconhecendo-se que o direito ao recurso não é absoluto, não significando o direito de recorrer de toda e qualquer decisão judicial, a sua concreta exigência dependerá da natureza da decisão impugnada e dos seus reflexos na esfera jurídica do cidadão. Ora, a decisão que considere inverificados os pressupostos de que depende a libertação condicional tem como consequência o prolongamento do cumprimento efectivo da pena de prisão, pelo que está em causa o direito fundamental à liberdade, consagrado no art. 27.º, n.º 1, da CRP. Assim, a possibilidade de impugnação pelo recluso do juízo judicial sobre a não verificação dos pressupostos da liberdade condicional constitui o seu único meio de defesa contra uma sentença eventualmente infundada, pelo que a negação do direito ao recurso constitui, na perspectiva do Autor, uma anulação do direito de defesa.

⁷⁴⁰ Nos termos do art. 64.º, n.º 2, do Código Penal, a revogação da liberdade condicional determina a execução da pena de prisão ainda não cumprida.

Para efeitos de exigência de recorribilidade, o Tribunal Constitucional tem distinguido entre medidas que representam uma “alteração do conteúdo da sentença condenatória” (como a liberdade condicional, considerada uma “*medida de liberdade*, idónea a modificar o conteúdo material da condenação”) e decisões que não vão além de um “modo de cumprimento da pena privativa de liberdade ínsita na decisão condenatória” (como a adaptação à liberdade condicional em regime de permanência na habitação⁷⁴¹, considerada uma “*medida de flexibilização da execução* da pena de prisão, por passagem do regime de confinamento *intra muros* para o de vinculação à permanência na habitação”, “embora haja que reconhecer que cumprir a pena na habitação representa uma mudança algo qualitativa relativamente ao seu cumprimento em estabelecimento prisional”; e como as licenças de saída, que, de acordo com o TC, não comportam alteração substancial do estatuto jurídico do recluso e não assumem a natureza de “incidente da execução”, já que, no gozo de uma saída, o estatuto do sujeito continua a ser o de recluso, permanecendo a vinculação ao estabelecimento prisional, e que, pela sua condição transitória e duração de dias, a saída “não extravasa a condição de medida de flexibilização do cumprimento da pena”).

Com base na argumentação exposta, não foram julgadas inconstitucionais as normas que não asseguram o direito ao recurso das decisões de recusa da adaptação à liberdade condicional (Acórdãos n.ºs 150/2013 e 332/2016) nem das decisões de não concessão de licenças de saída jurisdicionais (Acórdãos n.ºs 560/2014 e 752/2014). Vejamos mais concretamente.

3.2.3. Adaptação à liberdade condicional

No que diz respeito à irrecorribilidade das decisões que negam a adaptação à liberdade condicional, foi aposta ao Acórdão n.º 332/2016 declaração de voto na qual o Juiz Conselheiro Pedro Machete, “sem questionar a relevância infraconstitucional e o acerto dogmático da distinção entre liberdade condicional e adaptação à liberdade condicional”, salienta que, no plano constitucional, “avulta a fruição de bens fundamentais” propiciada pelo instituto da adaptação, de que são exemplos poder coabitar com a família, residir na sua própria casa ou receber aí os seus amigos e tudo o

⁷⁴¹ Trata-se de mecanismo introduzido pela revisão de 2007 do Código Penal, regulado no seu art. 62.º, inserido sistematicamente na Secção intitulada “Liberdade condicional”, que prescreve o seguinte: “[p]ara efeito de adaptação à liberdade condicional, verificados os pressupostos previstos no artigo anterior, a colocação em liberdade condicional pode ser antecipada pelo tribunal, por um período máximo de um ano, ficando o condenado obrigado durante o período da antecipação, para além do cumprimento das demais condições impostas, ao regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância”.

mais que o regime permite, que constituem interesses constitucionalmente protegidos (veja-se, v.g., a reserva da intimidade da vida privada e familiar, a liberdade de comunicação e informação, o exercício da parentalidade) e que não podem deixar de representar, para quem cumpre pena *intra muros*, “um bem de valor inestimável”. Para o Conselheiro, a irrecorribilidade da decisão judicial, nova e autónoma daquela que condenou, que recusa esta “oportunidade de flexibilização da execução” viola os direitos consagrados no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição, dos quais é concretização o direito ao recurso jurisdicional de decisões judiciais que afectem direitos fundamentais.

Na nossa perspectiva, os argumentos apresentados pelo Tribunal para legitimar a irrecorribilidade destas decisões (nomeadamente, o de que o direito ao recurso do artigo 32.º não é convocável porque, não obstante a maior jurisdicionalização do processo de execução das penas, não estamos perante um processo criminal; e o de que não há violação do artigo 20.º porque o recorrente teve acesso a um tribunal, uma vez que a decisão de que se pretendia interpor recurso era já uma decisão judicial), só por si, valeriam também para a liberdade condicional, o que implicaria uma decisão de constitucionalidade de sentido semelhante (ou seja, no sentido de também não ser contrária à Constituição a irrecorribilidade da não concessão da liberdade condicional).

O que nos parece aqui relevar como parâmetro é o entendimento segundo o qual deve garantir-se o direito ao recurso das decisões, incluindo judiciais, que, por si mesmas, lesem directamente direitos fundamentais (que constituiu o argumento decisivo para o julgamento de inconstitucionalidade da irrecorribilidade das decisões negatórias da liberdade condicional, no Acórdão n.º 638/2006). Assim, o que poderia justificar um diferente julgamento de constitucionalidade no caso da “adaptação à liberdade condicional” seria o facto de, nesta, não estar em causa (pelo menos não da mesma forma ou com a mesma intensidade) o direito à liberdade, já que, na “adaptação”, em regime de permanência na habitação, a situação do condenado é ainda de privação da liberdade, embora sem os constrangimentos do estabelecimento prisional, enquanto na liberdade condicional há já fundamentalmente liberdade, embora com sujeição a condições. Conclusão que, no entanto, não deixa de ser discutível, pois, como se salienta no voto de vencido, o período de “adaptação à liberdade condicional”, apesar de se cumprir ainda em privação da liberdade, configura já uma descompressão significativa dos direitos fundamentais em comparação com as restrições que resultam das “exigências próprias da execução” num estabelecimento prisional.

Além disso, parece-nos de ponderar o facto de a decisão de concessão da “adaptação à liberdade condicional” conter em si mesma a concessão da liberdade

condicional: com efeito, a concessão da “adaptação”, que depende da verificação dos mesmos requisitos materiais da concessão da liberdade condicional, representa uma antecipação desta concessão, ao passo que a recusa de concessão da adaptação implica para o recluso a necessidade de aguardar o momento temporal em que seja possível a apreciação da liberdade condicional, que pode então ser ou não ser concedida; ou seja, por a concessão da adaptação levar consigo a concessão da liberdade condicional (sem prejuízo de uma eventual revogação se houver entretanto incumprimento dos deveres inerentes⁷⁴²), a sua recusa implica não só o adiamento mas também a incerteza quanto ao “se” da concessão da liberdade condicional, argumento que, a nosso ver, poderá pesar a favor da mesma exigência constitucional de recorribilidade.

Inquestionável será a exigência constitucional de recorribilidade das decisões de revogação da adaptação à liberdade condicional, uma vez que tal decisão determina o regresso ao estabelecimento prisional para execução da pena de prisão ainda não cumprida.

3.2.4. Modificação da execução da pena de prisão

Menos discutível se afigura a exigência constitucional de recorribilidade da decisão judicial que não conceda (ou revogue) a modificação da execução da pena de prisão a reclusos portadores de doença grave, evolutiva e irreversível ou de deficiência grave e permanente ou de idade avançada⁷⁴³. Com efeito, se pode considerar-se discutível a afectação do direito à liberdade (tanto quanto o seja no caso da adaptação à liberdade condicional), aqui estão em causa outros direitos fundamentais estreitamente ligados à dignidade humana, como o direito à integridade pessoal (que inclui a

⁷⁴² Joaquim BOAVIDA, *A flexibilização da prisão*, p. 218, parece admitir uma decisão de recusa da liberdade condicional, após o termo da adaptação, não baseada em incumprimento das condições impostas ou das obrigações inerentes ao regime de permanência na habitação, posição que nos suscita dúvidas. Com efeito, se, durante o período de adaptação, não ocorreu qualquer incumprimento dos deveres inerentes que infirmasse o juízo de prognose favorável formulado pelo juiz aquando da concessão da adaptação, não se vê que argumentos possam fundar uma decisão de recusa da liberdade condicional.

⁷⁴³ Nos termos do art. 118.º do CEP, “pode beneficiar de modificação da execução da pena, quando a tal se não oponham fortes exigências de prevenção ou de ordem e paz social, o recluso condenado que: *a*) se encontre gravemente doente com patologia evolutiva e irreversível e já não responda às terapêuticas disponíveis; *b*) seja 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; ou *c*) tenha 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 afecte a sua capacidade para entender o sentido da execução da pena”. A modificação pode assumir as seguintes modalidades (art. 120.º do CEP): *a*) internamento em estabelecimentos de saúde ou de acolhimento adequados; *b*) regime de permanência na habitação; o tribunal pode, se entender necessário, decidir-se pela fiscalização por meios técnicos de controlo à distância. O art. 222.º assegura ao condenado o direito ao recurso das decisões de concessão, de recusa e de revogação da modificação da execução da pena.

proibição de penas desumanas ou degradantes – cf. artigo 25.º, n.º 2, da CRP) e o direito à protecção da saúde e à protecção na deficiência e na terceira idade (cf. artigos 64.º, 71.º e 72.º da CRP).

3.2.5. *Licenças de saída do estabelecimento prisional*

Relativamente à concessão de licenças de saída jurisdicionais⁷⁴⁴, o Tribunal Constitucional, nos seus Acórdãos n.ºs 560/2014 e 752/2014, que não julgaram inconstitucional a norma que não atribui ao recluso a faculdade de recorrer da decisão do tribunal de execução das penas que recuse a concessão da licença, depois de afastar liminarmente a matéria do âmbito de aplicabilidade do artigo 32.º, n.º 1, e apreciando, portanto, a questão sob o parâmetro do artigo 20.º, considerou que a decisão de não concessão de licença de saída não atinge directamente o direito à liberdade, em termos de fundar a imposição constitucional do direito ao recurso, já que a restrição daquele direito resulta do título judiciário de execução ínsito na decisão condenatória.

Para fundamentar a conclusão, diferenciou as licenças de saída da liberdade condicional: se é certo que ambas comportam umnexo com a privação da liberdade, não é assimilável o grau de afectação da posição jurídica do recluso, uma vez que a licença de saída não comporta alteração substancial do seu estatuto jurídico e não assume a natureza de “incidente da execução”; no gozo de uma saída, o estatuto do sujeito continua a ser o de recluso, permanecendo a vinculação ao estabelecimento prisional; pela sua condição transitória e duração de dias, a saída “não extravasa a condição de medida de flexibilização do cumprimento da pena”.

O Acórdão n.º 560/2014 teve voto de vencido do Juiz Conselheiro Pedro Machete, em cuja declaração se defendeu, em oposição à posição que fez vencimento, que se estava perante uma decisão com “uma conexão tal com o bem jurídico liberdade” que a recorribilidade se tornava exigível por via do artigo 20.º.

A nosso ver, o legislador atribuiu ao recluso a faculdade de recorrer das decisões, em matéria de licenças de saída jurisdicionais, que mais fortemente contendem com a sua esfera jurídica: as de revogação, já que estas implicam uma alteração do cômputo do tempo de pena a cumprir. Em relação a estas, afigura-se-nos nítida a exigência constitucional da sua recorribilidade. Relativamente às decisões de concessão ou não concessão, o legislador, não tendo atribuído aquela faculdade, por razões de racionalização do acesso aos tribunais superiores, previu contudo um

⁷⁴⁴ Nos termos do art. 76.º, n.º 2, do CEP, as licenças de saída jurisdicionais visam a manutenção e promoção dos laços familiares e sociais e a preparação para a vida em liberdade.

mecanismo de controlo, consistente na atribuição ao Ministério Público da faculdade de recorrer quer da concessão, quer da não concessão – actuando, neste último caso, em benefício do recluso e, em qualquer dos casos, em defesa da legalidade.

A solução legislativa é, todavia, questionável, do ponto de vista da tutela jurisdicional efectiva, na medida em que, ainda que não se trate de decisão que atinja directamente o direito à liberdade, pelas razões aduzidas pelo Tribunal, não deixa de se reflectir negativamente, sob vários prismas, na esfera do condenado: primeiramente, pelo próprio não gozo da saída (já que esta, embora sendo um instituto funcionalizado ao processo de socialização, representa para o indivíduo uma lufada de liberdade e um contacto com a família livre das restrições prisionais); depois, por a concessão de licença de saída jurisdicional constituir pressuposto para a aplicação de outros regimes favoráveis ao recluso, como é o caso das licenças de saída administrativas de curta duração ou do regime aberto no exterior.

Com efeito, não pode deixar-se de reconhecer que o recluso tem um interesse juridicamente protegido na concessão da licença (compete-lhe até, em exclusivo, a iniciativa de a requerer⁷⁴⁵) e que uma recusa ilegal – seja por vícios materiais, como o desvio de poder (a lei proíbe, por exemplo, que a recusa de saída funcione como medida disciplinar – artigo 77.º, n.º 3, do CEP), o erro sobre os pressupostos de facto ou a violação de princípios constitucionais, seja por vícios formais, como a falta ou deficiência de fundamentação – é lesiva desse interesse, pelo que o recluso deve poder aceder a um tribunal para obter tutela⁷⁴⁶. Existe, aliás, jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que aponta no sentido da exigência da possibilidade de impugnar uma decisão que negue um pedido de saída, quando este estiver relacionado com o exercício de algum direito da Convenção⁷⁴⁷.

⁷⁴⁵ Cf. art. 189.º, n.º 1, do CEP – aspecto para que chama a atenção o Cons. Pedro Machete, na mencionada declaração de voto.

⁷⁴⁶ Assim, a referida declaração de voto do Cons. Pedro Machete, cuja argumentação é aprofundada em Pedro MACHETE, «A irrecorribilidade pelo recluso da recusa de licença jurisdicional», pp. 331 ss. No mesmo sentido, concluindo que a tutela jurisdicional efectiva do interesse legalmente protegido de concessão de licença de saída implicaria conceder ao próprio interessado – o recluso – o direito de desencadear essa tutela em segunda instância, Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 123; também crítico do Acórdão, e considerando exigível duplo grau de jurisdição, J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, p. 281.

⁷⁴⁷ Cf. o Ac. de 18-10-2005, *Schemkamper c. França*. No caso em espécie, o recluso alegava que a recusa, pelo juiz de execução das penas, do seu pedido de licença de saída baseado em circunstâncias familiares graves afectara os seus direitos garantidos pelo art. 8.º da Convenção (direito à vida privada e familiar) e queixava-se de não ter podido dispor de um “recurso efectivo” (na acepção do art. 13.º, que garante o direito a um recurso efectivo em caso de violação de direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção) para sindicar a recusa, já que a decisão do juiz não era susceptível de recurso. O Tribunal, embora tenha considerado que a recusa da saída constituía uma ingerência no direito à protecção da vida familiar, entendeu-a justificada, nos termos do §2 do art. 8.º; porém, considerou que a impossibilidade de

3.2.6. Decisões de não homologação de planos ou de regime aberto

A linha jurisprudencial seguida pelo TC leva-nos ainda a ponderar a exigência constitucional de recorribilidade de decisões dos tribunais de execução das penas que não homologuem decisões dos serviços prisionais favoráveis ao recluso.

A sentença do TEP que não homologue a decisão do Director-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais de colocar o recluso em regime aberto no exterior⁷⁴⁸ afecta, pelo menos, um interesse legalmente protegido do condenado, uma vez que tal regime, ao permitir o desenvolvimento de actividades de ensino, formação profissional, trabalho ou programas em meio livre, sem vigilância directa, constitui uma aproximação à vida em liberdade e promove a sua reintegração na sociedade, além de assegurar, de forma mais plena que o possível *intra muros*, o direito à educação e ao trabalho. Contudo, o facto de este regime consubstanciar ainda um “modo de cumprimento da pena privativa de liberdade ínsita na decisão condenatória”, sem comportar alteração substancial do estatuto jurídico do condenado, que continua a ser o de recluso, permanecendo a vinculação ao estabelecimento prisional, conduzirá a que, aplicando-se o mesmo critério jurisprudencial adoptado para a recorribilidade das decisões de concessão das licenças de saída e da adaptação à liberdade condicional, não se considere constitucionalmente exigida a recorribilidade.

O mesmo se diga quanto à decisão judicial de não homologação do plano individual de readaptação aprovado pela administração prisional⁷⁴⁹.

recorrer da decisão do juiz violara o art. 13.º. Assim, de acordo com esta jurisprudência, do art. 13.º, em conjugação com o art. 8.º, ambos da CEDH, decorrerá uma exigência de que os reclusos possam impugnar a recusa de saídas relacionadas com a vida familiar. Mais recentemente, contudo, em *Boulois c. Luxemburgo*, Ac. de 3-4-2012, o Pleno do Tribunal, revertendo a posição do acórdão da Secção, no caso de um recluso que pretendia reagir judicialmente contra decisões administrativas (da “comissão penitenciária”) de recusa de autorizações de saída (para tratar de assuntos pessoais e profissionais ligados à sua futura reinserção), não considerou convocável o art. 6.º, na sua vertente civil, por ter entendido não estar em causa um “direito” (decisão objecto de forte discordância no voto de vencido apostado por dois membros do Tribunal, que entendem estar-se perante um direito de carácter civil, com implicações familiares e profissionais, e ligado ao processo de reinserção; ainda que se admita que a decisão seja discricionária, tem de ser susceptível de controlo, sob pena de ser arbitrária).

Refira-se que o recorrente do processo em que foi proferido o Ac. do TC n.º 560/2014, que acabamos de analisar, levou a questão ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, invocando violação dos arts. 6.º e 13.º da Convenção (Queixa n.º 3145/15, *Fischer Rodrigues Cruz da Costa c. Portugal*, apresentada em 5-12-2014), aguardando-se ainda decisão.

⁷⁴⁸ Cf. arts. 14.º, n.º 8, e 172.º-A do CEP.

⁷⁴⁹ Nos termos do n.º 3 do art. 21.º do CEP, “o plano individual de readaptação visa a preparação para a liberdade, estabelecendo as medidas e actividades adequadas ao tratamento prisional do recluso, bem como a sua duração e faseamento, nomeadamente nas áreas de ensino, formação, trabalho, saúde, actividades socioculturais e contactos com o exterior”. O plano e suas alterações são aprovados pelo director do estabelecimento e homologados pelo tribunal de execução das penas (arts. 21.º, n.º 7, e 172.º).

3.2.7. Decisões proferidas em sede de impugnação de actos da administração prisional

No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 848/2013, não foi julgada inconstitucional a não previsão do direito de recorrer da decisão do tribunal de execução das penas que julgue improcedente a impugnação da decisão da administração prisional de manutenção em regime de segurança de recluso em prisão preventiva. A constitucionalidade de tal solução foi apreciada, como já referimos, sob o ângulo do artigo 32.º, n.º 1, da CRP, uma vez que se tratava de arguido em processo penal. A razão do juízo de não inconstitucionalidade residiu em ter-se considerado que a norma em causa não afecta o núcleo essencial do direito ao recurso (pois não se está perante nenhuma das situações que a jurisprudência constitucional tem vindo a identificar como exigindo um segundo grau de jurisdição: nem se trata de decisão condenatória nem de decisão que opere directamente a afectação de um direito fundamental, designadamente os seus direitos de defesa; além disso, a eventual afectação desses direitos resultaria da decisão administrativa de manutenção do regime de segurança, não da decisão judicial, que se limitou a verificar a correcção daquela) nem opera uma restrição desproporcionada daquele direito (há uma restrição, motivada pela exigência de racionalização do acesso aos tribunais superiores, que se revela proporcionada, pois, estando em causa uma afectação dos direitos dos reclusos que não se repercute especificamente nos direitos de defesa, a garantia de controlo jurisdicional da decisão administrativa, já assegurado através do mecanismo de impugnação, “apresenta-se como suficiente para assegurar minimamente a tutela das garantias de defesa”).

A nosso ver, e apreciando a questão à luz dos artigos 20.º e 268.º, n.º 4 (em lugar do artigo 32.º, cuja convocabilidade como parâmetro nos parece aqui discutível, como já se justificou), afigura-se-nos bastante, em regra, para garantir a conformidade com a Constituição, o acesso ao tribunal já assegurado pelo direito de impugnar a decisão administrativa perante o tribunal de execução das penas. Com efeito, mesmo aplicando a jurisprudência constitucional segundo a qual é garantido o direito ao recurso de decisões dos tribunais que constituam a causa primeira e directa da afectação dos direitos dos cidadãos, a mesma jurisprudência estabelece que, quando a afectação do direito fundamental do cidadão tem origem numa decisão administrativa e esta já foi objecto de controlo jurisdicional, não é sempre constitucionalmente imposta uma reapreciação judicial dessa decisão (Acórdão n.º 40/2008)⁷⁵⁰.

⁷⁵⁰ É também o que resulta da Exposição de Motivos do CEP: “não são passíveis de recurso ordinário as decisões do Tribunal de Execução das Penas proferidas no processo de impugnação de decisões da

3.3. Requisitos da conformação legal do recurso

Como já se deixou claro, a conformação legal do recurso fica sujeita às exigências constitucionais de igualdade, proporcionalidade, preservação do conteúdo essencial do direito e garantia de um processo equitativo.

A questão da igualdade foi já objecto de tratamento específico na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Em causa estava a eventual violação do princípio da igualdade, bem como da vertente da igualdade de armas do princípio do processo equitativo, garantido pelo artigo 20.º, n.º 4, da Constituição, por parte da solução normativa que confere ao Ministério Público a faculdade de recorrer das decisões que concedam, neguem ou revoguem licença de saída jurisdicional, quando ao recluso só é facultado recorrer das decisões de revogação.

No seu Acórdão n.º 560/2014, o Tribunal não reputou a diferenciação violadora daqueles princípios, atendendo à posição jurídica do Ministério Público no sistema de execução das penas. O CEP atribuiu-lhe a função de acompanhar e verificar a legalidade da execução, conferindo-lhe para tanto um conjunto de competências, incluindo a de recorrer de decisões dos tribunais de execução das penas. Contextualizando a questão no sistema de recursos vigente no domínio da execução, em que a opção do legislador foi cingir a faculdade de recorrer às decisões que, pelo seu grau de afectação, considerou merecedoras de reapreciação, de forma a racionalizar o âmbito de intervenção dos tribunais de recurso, o Tribunal considerou aceitável a opção legislativa de, “entre a radical proibição do recurso das decisões judiciais que neguem ao recluso a pretensão de saída e a irrestrita possibilidade de impugnação por parte dos sujeitos da relação processual de execução quanto a tais decisões”, adoptar “uma via intermédia, reputada capaz de assegurar a reponderação das decisões negativas por tribunal distinto e superior nos casos em que tal se justifique: confiou essa iniciativa a órgão de justiça dotado de autonomia, constitucionalmente vinculado pelo princípio da legalidade (artigo 219.º, n.º 1, da Constituição), designadamente, face ao artigo 2.º do CEP, a

administração prisional, pois já está assegurada uma dupla instância de apreciação: administrativa e judicial” (ponto 24). No mesmo sentido, COMISSÃO PARA A REFORMA DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE PENAS E MEDIDAS, *A execução das medidas privativas da liberdade*, p. 176 – recorribilidade das decisões nos casos em que o tribunal funcione como primeira instância de apreciação, obedecendo assim à imposição constitucional de uma dupla instância de apreciação das decisões que afectem direitos fundamentais. Seriam, assim, recorríveis, nomeadamente, as decisões que concedam, neguem e revoguem a liberdade condicional, mas não as decisões em que o TEP já funciona como tribunal de “recurso” de decisões da administração: nestes casos, “a apreciação do caso por duas autoridades (a administrativa e a judicial) garante já a dupla instância de apreciação”.

promover a socialização do recluso durante a execução das penas privativas da liberdade”.

Declarando-se vencido também quanto a este ponto, o Conselheiro Pedro Machete expressou o entendimento de que, a partir do momento em que a lei prevê a possibilidade de recurso da decisão – o que, só por si, evidencia a importância de tal decisão para os interesses legalmente tutelados, bem como a insuficiência e inadequação da tutela jurisdicional conferida pela mesma decisão aos interesses em causa –, não é constitucionalmente admissível, do ponto de vista do direito a um processo equitativo, “impedir o principal interessado de recorrer”; tal configura “uma denegação do direito de tutela jurisdicional adequada dos seus interesses legalmente protegidos” e constitui “uma menorização” do recluso “incompatível com a sua dignidade, enquanto sujeito de direitos fundamentais, que, por outro lado, não encontra justificação nas limitações próprias do respectivo estatuto”. Com efeito, “o princípio da dignidade da pessoa humana consignado no artigo 1.º da Constituição impõe o reconhecimento de todos como *sujeitos* e a consequente possibilidade de cada um, autonomamente, exigir o respeito das leis que directamente visem (também) tutelar os respectivos interesses”⁷⁵¹.

Em nosso entender, em matéria de licenças de saída, atribuiu-se ao recluso a faculdade de recorrer das decisões que mais fortemente contendem com a sua esfera jurídica – as decisões de revogação, que implicam uma alteração do cômputo da pena. Relativamente às decisões de concessão ou não concessão, embora não se tenha previsto aquela faculdade, por razões de racionalização do acesso aos tribunais superiores⁷⁵², estabeleceu-se um mecanismo de controlo, consistente na atribuição ao Ministério Público da faculdade de recorrer da concessão e da não concessão, neste caso em benefício do recluso e, em qualquer dos casos, em defesa da legalidade. Atento o papel

⁷⁵¹ Posição que o Juiz Conselheiro reitera e aprofunda em Pedro MACHETE, «A irrecorribilidade pelo recluso da recusa de licença jurisdicional», pp. 331 ss. Criticando também esta jurisprudência, Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», pp. 123 s., entendendo que “a tutela jurisdicional efectiva do interesse legalmente protegido de concessão de licença de saída que a pretensão manifestada configura implicaria conceder ao próprio interessado – o recluso – o direito de desencadear essa tutela em segunda instância e não apenas ao Ministério Público” e que “nem a previsão legal de que o Ministério Público pode recorrer da decisão funciona como uma garantia substitutiva do direito paralelo que assista ao próprio recluso”; e J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, p. 282, reputando violado o princípio da igualdade.

⁷⁵² Recusando este argumento como base para a limitação da faculdade de recorrer, Pedro MACHETE, «A irrecorribilidade pelo recluso da recusa de licença jurisdicional», p. 341: “não parece ser de acolher a preocupação de prevenir uma sobrecarga das relações com recursos interpostos pelos próprios reclusos-requerentes, já que tal argumento, além de carecido de qualquer sustentação empírica, não pondera devidamente a importância dos interesses que aqueles visam defender por tal via. Ou seja, a exclusão da legitimidade recursória dos requerentes sempre se revelaria desproporcionada em vista de um tal fim”.

do Ministério Público na execução, um papel que se pretendeu de controlo da legalidade desta, parece-nos que, se a solução da irrecurribilidade pelo recluso da não concessão da saída é, conforme já deixámos expresso, questionável, é-o do ponto de vista do acesso aos tribunais e da tutela jurisdicional efectiva e não tanto da perspectiva da dimensão da igualdade de armas do processo equitativo.

O recorte que se procurou efectuar das situações de recorribilidade imposta pela Constituição não invalida que o legislador possa prever o direito ao recurso para além do que é constitucionalmente exigido, em nome de uma tutela mais intensa dos direitos dos reclusos, tendo em conta a especial vulnerabilidade destes e a particular sensibilidade para os direitos fundamentais da matéria penitenciária.

Importa é que a conformação legal do regime dos recursos procure harmonizar o desígnio de reforço da tutela com a necessidade de assegurar que não é posto em risco o bom funcionamento da execução, nomeadamente tendo em conta a conveniência em que as decisões se consolidem na ordem jurídica sem delongas excessivas.

Refira-se ainda que o direito ao recurso assegurado pelo artigo 20.º estará sujeito a limitações por força do disposto no n.º 5 do artigo 30.º nos mesmos termos que vimos poder suceder para o direito à tutela jurisdicional efectiva. Ou seja, as “exigências próprias da execução” não poderão justificar uma eliminação do direito ao recurso nos casos em que ele resulte exigido pelo artigo 20.º, com o alcance que lhe foi atribuído; poderão, somente, justificar uma conformação legal do exercício do direito, dos prazos de interposição e de decisão, dos efeitos da interposição do recurso e da tramitação que se afigure funcionalmente adequada à salvaguarda daquelas exigências.

Finalmente, quanto à questão de um eventual direito a um segundo grau de recurso, refira-se que a Constituição não reconhece, em geral, o direito a um duplo grau de recurso⁷⁵³, cabendo, portanto, na margem de conformação do legislador a sua eventual consagração para as decisões que considere justificarem essa tutela acrescida.

⁷⁵³ Cf. o Ac. do STJ de 26-10-2016, rejeitando, por não admissível, recurso de decisão do TRP, que, por sua vez, negara provimento ao recurso interposto pelo condenado, confirmando a decisão do Tribunal de Execução das Penas de não conceder ao recluso a liberdade condicional. Afirma o STJ que “o direito ao recurso, como garantia constitucional, postula apenas o duplo grau de jurisdição que não se confunde com o duplo grau de recurso. Salvaguardados estes limites, o legislador ordinário goza de larga margem de manobra na configuração do modelo de recursos, quanto aos respectivos pressupostos, condições e respectivos graus, desde que não suprima a própria faculdade de recorrer. No caso *sub judice*, está em discussão uma decisão que obviamente afecta a liberdade do condenado. Mas o direito ao recurso, ao duplo grau de jurisdição, estava, está, assegurado, tanto assim que foi efectivamente exercido. Por isso que não se verifica qualquer violação do referido preceito constitucional”.

CAP. V – AS VINCULAÇÕES DE DIREITO INTERNACIONAL

Estudaram-se já as vinculações que para o Estado português derivam do direito internacional em matéria de tutela jurisdicional dos cidadãos, em geral⁷⁵⁴. Vejamos agora se dele decorrem exigências *específicas* para a tutela a conferir às pessoas privadas da liberdade.

1. Instrumentos internacionais de direitos humanos e pessoas privadas da liberdade

Além dos instrumentos internacionais de direitos humanos de carácter genérico, já analisados, existem instrumentos especificamente dedicados aos direitos das pessoas privadas da liberdade que contêm igualmente preceitos relativos ao acesso a um tribunal.

As *Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos*, das Nações Unidas, recentemente baptizadas como *Regras de Nelson Mandela*⁷⁵⁵, prevêm o direito dos reclusos de apresentarem pedidos ou reclamações sobre o seu tratamento, sem sujeição a censura, à administração prisional central e à autoridade judicial ou a outras autoridades competentes, incluindo as que se revistam de poderes de revisão e de reparação (Regra 56, n.º 3). Prevêm ainda que qualquer pedido ou reclamação deve ser prontamente apreciado e respondido sem demora; em caso de rejeição ou de atraso injustificado, o requerente deve ter o direito de apresentá-lo à autoridade judicial ou a outra autoridade (Regra 57, n.º 1). No que se refere ao procedimento disciplinar, estabelecem que os reclusos devem ter a oportunidade de recorrer da aplicação de sanções disciplinares para um tribunal (Regra 41, n.º 4).

A preocupação com a tutela do recluso em matéria disciplinar transparece igualmente nas *Regras Penitenciárias Europeias*⁷⁵⁶, que estabelecem que um recluso declarado culpado da prática de infracção disciplinar deve poder interpor recurso para

⁷⁵⁴ *Supra*, Parte I, Cap. VII, 3.

⁷⁵⁵ Adoptadas 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 31-7-1957, e 2076 (LXII), de 13-5-1977; revistas em 2015, por Resolução da Assembleia Geral de 17-12-2015 (A/RES/70/175).

⁷⁵⁶ Recomendação (87)3 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, entretanto actualizada pela Recomendação (2006)2; esta última foi revista recentemente, em 1-7-2020, na 1380.ª reunião do Comité de Ministros (Rec(2006)2-rev).

uma instância superior competente e independente (Regra 61), embora aqui, ao contrário das *Regras Mandela*, não se exija que tal “recurso” seja para uma instância de carácter judicial⁷⁵⁷.

As *Regras* europeias estabelecem ainda o direito genérico de apresentar pedidos e queixas ao director da prisão ou a outra autoridade do sistema prisional, bem como a uma autoridade judicial ou outra autoridade independente dotada de poderes de revisão e de remédio (Regra 70.1)⁷⁵⁸. Todos os reclusos devem receber informação prática sobre os procedimentos aplicáveis (Regra 70.4), assegurando-se condições para que possam exercer este direito em confidencialidade (Regra 70.8). Todos os pedidos e queixas devem ser tratados tão brevemente quanto possível e mediante um processo que assegure, tanto quanto possível, a participação efectiva do recluso (Regra 70.6). Em caso de rejeição do pedido ou da queixa, a fundamentação deve ser fornecida ao recluso sem demora e, tratando-se de decisão por parte de autoridade do sistema prisional, o recluso deve ter o direito de recorrer para uma autoridade judicial ou para outra autoridade independente dotada de poderes de revisão e de remédio (Regra 70.7)⁷⁵⁹.

Como se verifica, apesar de não se exigir que a autoridade destinatária do pedido ou queixa ou do recurso seja um órgão judicial, prevê-se que o direito a dirigir pedidos, queixas ou recursos possa ser exercido perante uma autoridade que, judicial ou não, seja

⁷⁵⁷ No comentário à Regra 61, apenas se refere que as normas reguladoras do procedimento disciplinar devem identificar a autoridade competente e indicar como deve o recurso ser apresentado, devendo ainda assegurar uma conclusão célere do processo de recurso («Commentary on Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules», p. 80).

⁷⁵⁸ A Regra 70.1 foi uma das modificadas na revisão de 2020: até então, este direito de pedido e de queixa referia-se ao director da prisão ou a *qualquer outra* autoridade competente. No respectivo comentário, na redacção anterior à revisão, explicava-se que a regra em causa não pretendia prescrever um modelo exclusivo de procedimento de queixa, mas sim estabelecer os requisitos básicos a que estes devem conformar-se para que possam considerar-se “remédios efectivos” para efeitos do art. 13.º da CEDH; assim, os Estados teriam margem de liberdade para designar a autoridade independente, que poderia ser um juiz, um provedor, um procurador ou mesmo um defensor público (cf. «Commentary on Recommendation Rec(2006)2...», p. 85). Sobre este ponto, também anteriormente à revisão de 2020, VAN ZYL SMIT/Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy*, pp. 308 ss., consideravam que a razão para a ausência de especificação pelas Regras Europeias do tipo de mecanismo de “recurso” a disponibilizar se devia à diversidade de mecanismos de supervisão existente na Europa: desde comissões externas independentes, passando por provedores (especializados ou não na questão prisional), até tribunais (especializados ou não), com grandes disparidades quanto aos poderes de intervenção e à efectividade da protecção conferida. Com a revisão, a regra passou a referir expressamente também o direito de petição e queixa perante uma autoridade judicial ou outra autoridade independente, dotada de poderes de rever e remediar (na versão em inglês, *to a judicial or other independent authority with reviewing and remedial power*; na versão em francês, *une autorité judiciaire ou une autre autorité indépendante de contrôle et de recours*). Sobre as razões e implicações da nova redacção, *infra*, n. 760.

⁷⁵⁹ Antes da revisão de 2020, previa-se apenas “o direito a recorrer para uma autoridade independente” (então Regra 70.3). Sobre o sentido da modificação, *vide* nota seguinte.

independente da administração prisional e dotada de poderes para, de modo vinculativo, rever a situação e conceder-lhe remédio adequado⁷⁶⁰.

Relativamente à assistência por advogado, as Regras Europeias prevêem o direito ao aconselhamento jurídico, cabendo às autoridades penitenciárias assegurar condições razoáveis de acesso a tal assistência, e prevêem também o direito de consultar, a expensas suas e sobre qualquer assunto jurídico, advogado da sua escolha; não se prevê o dever de assegurar apoio gratuito, estabelecendo-se apenas que, existindo um sistema de apoio jurídico gratuito, as autoridades devem dar disso conhecimento a todos os reclusos; é assegurada a confidencialidade das comunicações entre recluso e advogado (Regra 23). Prevêem ainda o direito de solicitar aconselhamento jurídico sobre os procedimentos de queixa e de recurso, bem como de solicitar assistência jurídica sempre que o interesse da justiça o exija (Regra 70.10). Também as Regras *Mandela*, além do direito a comunicar com o advogado em condições de confidencialidade, estabelecem que os reclusos devem ter acesso a um apoio judiciário efectivo (Regra 61.3).

Os instrumentos em referência, sendo embora de *soft law*, portanto não vinculativos, vêm assumindo uma influência cada vez mais importante no desenvolvimento do direito europeu em matéria penitenciária⁷⁶¹ e o ordenamento jurídico português tem sempre procurado ser-lhes conforme.

⁷⁶⁰ A nova redacção da Regra 70 pretendeu actualizá-la de acordo com a evolução da jurisprudência do TEDH e dos *standards* do CPT. Em particular, deixa-se agora claro que o acesso a mecanismos de queixa externos não deve estar dependente da prévia exaustão de meios de queixa internos. Além disso, embora continue a admitir-se que a autoridade externa competente para apreciar a queixa ou o recurso não seja um tribunal, estabelece-se que, se o não for, terá de preencher determinados requisitos, nomeadamente, independência relativamente à administração prisional, disponibilidade de remédios jurídicos para solucionar os problemas subjacentes às queixas e poder para emitir decisões vinculativas – *vide* o Comentário às *Regras* revistas, elaborado pelo Comité Europeu para os Problemas Criminais (CDPC), ref. CM(2020)17-add2, 1-7-2020.

⁷⁶¹ Essa influência crescente deve-se ao facto de, cada vez mais, o TEDH, na fundamentação dos seus acórdãos, recorrer às Recomendações do Conselho da Europa, em especial às Regras Penitenciárias Europeias, bem como aos relatórios do CPT, que, por sua vez, vêm incorporando aquelas Recomendações. Chamam a atenção para este ponto, com vários exemplos: VAN ZYL SMIT/Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy*, pp. 375 s. (falando a este propósito de “recíproco reforço” entre as Recomendações, o trabalho do CPT e a jurisprudência do TEDH, que faz com que o valor do todo “se tenha tornado maior que o da soma das partes”); J. M. LARRALDE, «Les règles pénitentiaires européennes, instrument d’humanisation et de modernisation des politiques carcérales», pp. 1009 ss. (referindo-se a um “movimento de enriquecimento mútuo” entre os três tipos de instrumentos, que potencia a eficácia das Regras); P. PONCELA, «L’harmonisation des normes pénitentiaires européennes», pp. 126 ss. (referindo-se às “interacções” entre os papéis das Recomendações, do TEDH e do CPT); Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE, «Las prisiones en un mundo global: estándares europeos de derecho penitenciario», pp. 594 ss. (debruçando-se sobre a progressiva interacção entre os *standards* formulados pelo Comité de Ministros, pelo CPT e pelo TEDH, que os tem consolidado e enriquecido mutuamente); Elisabeth Lambert ABDELGAWAD, «L’exécution des arrêts pilote de la Cour européenne des droits de l’homme relatifs aux prisons...», p. 53 (abordando também a adesão do TEDH às conclusões e recomendações do CPT); já em 1996, MORGAN/Evans «A European committee for the prevention of

Relativamente a instrumentos vinculativos, na ausência de convenções internacionais que se ocupem especificamente da matéria penitenciária⁷⁶², é no sistema da Convenção Europeia dos Direitos do Homem que, na sequência das queixas apreciadas pelo Tribunal Europeu, o tema da tutela jurisdicional em reclusão mais tem sido desenvolvido, orientando-se a jurisprudência do Tribunal, cada vez mais, no sentido de um aprofundamento da tutela a assegurar aos direitos das pessoas privadas da liberdade.

2. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Não obstante a Convenção Europeia dos Direitos do Homem não conter disposições específicas relativas à execução da pena de prisão (além do artigo 3.º, que proíbe a tortura e as penas ou tratamentos desumanos ou degradantes), o Tribunal, com a sua jurisprudência, e socorrendo-se frequentemente das normas de *soft law* do Conselho da Europa e dos relatórios e *standards* do Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, tem assumido um relevante papel impulsionador da protecção efectiva dos direitos dos reclusos⁷⁶³.

O primeiro passo de grande significado foi a afirmação de que os direitos garantidos pela Convenção *não ficam inerentemente limitados pela situação de reclusão*. Com efeito, logo em 1975, no caso *Golder*, o TEDH não considerou os direitos em causa (o direito de acesso aos tribunais e o direito ao respeito pela correspondência) automaticamente limitados pelo mero facto da privação da

torture», p. 85, preconizavam, a propósito das possíveis divergências entre os *standards* adoptados pelo CPT e a interpretação e aplicação do art. 3.º da CEDH por parte do TEDH, que *the full impact of the work of the CPT upon the Commission and Court remains to be seen*.

⁷⁶² Refira-se que a Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, das Nações Unidas, de 1984, ratificada por Portugal em 1988, obriga os Estados Partes a garantir às pessoas que aleguem ter sido submetidas a tortura o direito de apresentar queixa perante as autoridades competentes desses Estados, que devem proceder de imediato ao exame rigoroso do caso (art. 13.º), e obriga-os ainda a providenciar para que o seu sistema jurídico garanta à vítima de um acto de tortura o direito de obter uma reparação e de ser indemnizada em termos adequados, incluindo os meios necessários à sua completa reabilitação (art. 14.º). Estas normas referem-se, contudo, especificamente a actos considerados “tortura”, termo que, para os fins da Convenção, “não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados” (art. 1.º), pelo que a matéria já cai fora do âmbito da presente dissertação.

⁷⁶³ Tenha-se em mente que os preceitos de direito internacional valem com o sentido que lhes é atribuído pelas instâncias internacionais competentes, designadamente pelos Tribunais instituídos, quando a jurisdição seja obrigatória ou reconhecida pelo Estado. Sobre o ponto, Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 40.

liberdade⁷⁶⁴. Esta posição manteve-se e, na abordagem actual do TEDH à questão, os reclusos continuam a gozar, em geral, de todos os direitos e liberdades fundamentais garantidos pela Convenção, com excepção do direito à liberdade, nos termos do artigo 5.º da CEDH, pelo que quaisquer restrições aos demais direitos têm de ser justificadas, podendo a justificação residir em considerações de segurança, em especial de prevenção do crime e da desordem, que inevitavelmente emergem da prisão⁷⁶⁵. Não pode servir de argumento justificador para uma restrição a mera consideração de que o exercício do direito por um recluso pode ofender a opinião pública⁷⁶⁶.

A afirmação da não perda do gozo dos direitos por parte dos reclusos foi mais recentemente enriquecida com a de que a situação de reclusão pode mesmo, em certos casos, exigir uma *protecção acrescida*, em razão da vulnerabilidade emergente dessa situação e do facto de os reclusos se encontrarem inteiramente sob a responsabilidade do Estado⁷⁶⁷.

Além desta clarificação do estatuto jurídico-convencional dos reclusos, o TEDH procedeu a uma densificação do conteúdo de vários direitos da Convenção no contexto específico da reclusão.

Fê-lo, nomeadamente, em relação ao direito à vida e à integridade física, ao direito ao respeito pela vida privada e familiar, ao direito ao respeito pela correspondência, à liberdade de expressão na dimensão de liberdade de receber informações, à protecção contra penas ou tratamentos desumanos ou degradantes e ao

⁷⁶⁴ *Ac. Golder c. Reino Unido*, de 21-2-1975 (cf., respectivamente, §§ 39-40, 43-45). No caso do direito ao respeito pela correspondência, assegurado pelo art. 8.º da CEDH, são aceitáveis somente as ingerências admitidas pelo n.º 2 do artigo, tal como para os demais cidadãos, sendo que as exigências normais e razoáveis da execução da prisão (tais como a prevenção da desordem e da prática de crimes) serão pertinentes para avaliar a justificação de uma ingerência (em especial, o requisito da “necessidade”) ao abrigo das excepções autorizadas pelo n.º 2 (cf. § 45). Sobre este ponto, Pinheiro FARINHA, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e os reclusos*, p. 14: “o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, daí a proibição de qualquer distinção de tratamento sem uma justificação objectiva e razoável. Só quando a situação do recluso o imponha, razoável e objectivamente, o gozo dos direitos consagrados na Convenção pode sofrer restrições”.

⁷⁶⁵ *Hirst c. Reino Unido (n.º 2)*, Ac. do Pleno de 6-10-2005, § 69, concluindo, no § 70: *There is no question, therefore, that a prisoner forfeits his Convention rights merely because of his status as a person detained following conviction*. No caso concreto, tratava-se de uma restrição legislativa ao direito de voto. Igualmente, *Dickson c. Reino Unido*, Ac. do Pleno de 4-12-2007, § 68. Estava em causa uma restrição ao direito ao respeito pela vida privada e familiar (art. 8.º), *in casu* a recusa de acesso, por parte de um recluso e da sua mulher, a serviços de inseminação artificial.

⁷⁶⁶ Cf. *Hirst*, § 70, e *Dickson*, § 68.

⁷⁶⁷ *Torreggiani e outros c. Itália*, Ac. de 8-1-2013, § 65.

direito a um processo equitativo⁷⁶⁸, a ponto de poder afirmar-se que a sua jurisprudência construiu progressivamente um verdadeiro “direito comum europeu sobre a prisão”⁷⁶⁹.

2.1. Os direitos procedimentais. Direito de acesso a um tribunal e direito a um “recurso efectivo”

No que diz respeito aos *direitos procedimentais* – condição de aplicação efectiva dos direitos materiais –, e no que mais releva para o presente trabalho, o Tribunal vem assumindo um papel de enorme importância na afirmação do *direito dos reclusos ao acesso aos tribunais e a uma tutela efectiva contra violações dos seus direitos e liberdades convencionais*. É sobre este percurso jurisprudencial que nos debruçaremos de seguida.

O TEDH tem considerado que as questões relativas à execução da pena (“contencioso penitenciário”) são abrangidas pela protecção do § 1 do artigo 6.º da Convenção (direito a um processo equitativo), no seu *volet civil* (“determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil”)⁷⁷⁰. Com efeito, nos casos *Ganci*, *Musumeci* e *Enea*, todos contra a República Italiana, o Tribunal concluiu que as restrições impostas aos requerentes, sobretudo em matéria de contactos com a família e de carácter patrimonial, em virtude do regime prisional que lhes fora aplicado, relevavam seguramente dos direitos de personalidade e, portanto, revestiam “carácter civil” para efeitos do § 1 do artigo 6.^{o771}; entendimento reiterado no caso *Stegarescu e Bahrin c. Portugal*, onde se teve em conta que o regime prisional aplicado aos requerentes, por se

⁷⁶⁸ Sobre a jurisprudência do TEDH em matéria de direitos dos reclusos, *vide*, nomeadamente: P. P. ALBUQUERQUE, «A prisão à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», pp. 369 ss., e *idem*, *Direito Prisional Português e Europeu*, pp. 362 ss.; Ana F. NEVES, «Os direitos do recluso à luz do Direito Internacional e do Direito Europeu», pp. 39 ss.; VAN ZYL SMIT/Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy*, pp. 365 ss.; Béatrice BELDA, «L’innovante protection des droits du détenu par le juge européen des droits de l’homme», pp. 406 ss.; T. SILLASTE, «Recent developments in the case-law of the European Court of Human Rights relating to the European Prison Rules of 2006», *passim*; A. CONFALONIERI, «L’esecuzione della pena al cospetto della Corte europea dei diritti dell’uomo», pp. 147 ss.; Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE, «Las prisiones en un mundo global: estándares europeos de derecho penitenciario», pp. 566 ss.

⁷⁶⁹ Falando, a este propósito, de um *véritable droit commun européen de la détention*, construído progressivamente pelo TEDH, Béatrice BELDA, «L’innovante protection des droits du détenu...», p. 406. Considerando que a jurisprudência do TEDH se tornou uma *major source of European prison law*, VAN ZYL SMIT/Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy*, p. 365.

⁷⁷⁰ Sobre a evolução da jurisprudência do TEDH quanto às situações que cabem no *volet civil* do art. 6.º, Ireneu Cabral BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*, anotação ao art. 6.º, pp. 172 ss., e J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, pp. 206 ss., com referências doutrinárias e jurisprudenciais.

⁷⁷¹ *Ganci c. Itália*, Ac. de 30-10-2003, §§ 25-26; *Musumeci c. Itália*, Ac. de 11-1-2005, § 36; *Enea c. Itália*, Ac. de 17-9-2009 (Pleno), §§ 103-107.

repercutir sobre as visitas, o tempo de permanência ao ar livre e os estudos, afectava os seus “direitos de carácter civil”⁷⁷². Também no caso *Gülmez c. Turquia*, em que um recluso se vira proibido de receber visitas durante vários meses, em resultado de sanções disciplinares, o TEDH considerou convocável o artigo 6.º, no seu *volet civil*⁷⁷³.

Note-se, porém, que nem sempre as questões relacionadas com o regime disciplinar recaem na vertente civil do artigo 6.º: com efeito, o TEDH não deixa de fazer aplicar a sua “noção autónoma” de “matéria penal”⁷⁷⁴ para fazer recair na vertente penal do artigo 6.º – e convocar assim as garantias próprias desta –, as situações em que as sanções disciplinares aplicadas consistem, nomeadamente, em dias adicionais de privação da liberdade⁷⁷⁵.

Examinemos a específica dimensão do *direito de acesso a um tribunal*, ínsita no artigo 6.º⁷⁷⁶, no que respeita aos cidadãos reclusos.

⁷⁷² *Stegarescu e Bahrin c. Portugal*, Ac. de 6-4-2010, §§ 34-39. Cf., porém, o caso *Boulois c. Luxemburgo*, Ac. de 3-4-2012, §§ 82 ss., em que o Pleno, ao contrário do que havia concluído a Secção, considerou não ser convocável a vertente civil do art. 6.º no caso de um recluso que pretendia reagir judicialmente contra decisões administrativas de recusa de autorizações de saída (para estar com a família e para tratar de assuntos pessoais e profissionais ligados à sua futura reinserção), por ter entendido não estar em causa um “direito” – decisão aliás objecto de forte discordância na declaração de voto de vencido que lhe foi aposta.

⁷⁷³ *Gülmez c. Turquia*, Ac. de 20-5-2008, §§ 26-31.

⁷⁷⁴ Ao decidir, a propósito de uma situação concreta, se está em causa “matéria penal” – caso em que se aplicarão as garantias de um processo equitativo previstas no art. 6.º da CEDH –, ou se se está perante uma “pena” – nomeadamente, para efeito da proibição das penas desumanas ou degradantes ou da aplicação do princípio da legalidade das penas –, o Tribunal não atende somente à qualificação atribuída pelo Estado, antes desenvolveu os seus próprios critérios de aferição. Assim, o Tribunal terá também em conta a ligação com uma infracção, a natureza dessa infracção, a natureza, gravidade e finalidade – punitiva ou não – da medida a aplicar e o processo de aplicação e execução. Logo, a “etiqueta” atribuída por cada país a uma situação não servirá para a subtrair às garantias previstas na CEDH. Foi assim que o Tribunal fez aplicar frequentemente as garantias da CEDH em matérias penais a processos e medidas de carácter disciplinar ou administrativo – cf. os exemplos citados na n. seguinte. Sobre a questão, Ireneu Cabral BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*, anotação ao art. 6.º, pp. 183 s., e também, pormenorizadamente (embora a propósito da consideração como “matéria penal” do direito contra-ordenacional), Nuno BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações*, pp. 234 ss.

⁷⁷⁵ São exemplos de casos em que o TEDH, atenta a natureza e a severidade das sanções disciplinares em causa, considerou caberem no conceito de “matéria penal”: *Campbell e Fell c. Reino Unido*, Ac. de 28-6-1984, §§ 67 ss. (sanção de perda de 570 dias de remissão de pena); *Ezeh e Connors c. Reino Unido*, Ac. de 9-10-2003 (Pleno), §§ 120 ss., para o qual remetem os Acs. *Young c. Reino Unido*, §§ 31 ss., e *Black c. Reino Unido*, § 18, ambos de 16-1-2007 (nos três casos, sanção de dias suplementares de detenção). Sobre esta questão, VAN ZYL SMIT/Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy*, p. 348.

⁷⁷⁶ No mesmo caso *Golder*, o Tribunal, observando que o art. 6.º, § 1, não estabelece explicitamente o direito de acesso aos tribunais (§ 28), procedeu exaustivamente à interpretação do preceito, concluindo que seria inconcebível que este prevísse minuciosamente as garantias processuais das partes num processo já instaurado sem que protegesse primeiro aquilo que permite beneficiar de tais garantias: o acesso aos tribunais (§ 35). Assim, o TEDH estabeleceu que o direito de acesso é um elemento inerente ao direito estabelecido pelo art. 6.º (§ 36 do acórdão). Como anota Béatrice BELDA, «L’innovante protection des droits du détenu...», pp. 409 s., o juiz europeu descobriu no âmbito do art. 6.º um “direito de acesso a um tribunal” em favor do recluso, condição prévia e essencial do “direito a um tribunal”: o art. 6.º impõe, assim, em primeiro lugar, que o detido possa aceder ao juiz sem entraves jurídicos ou factuais, depois,

Como já foi referido, logo no caso *Golder*, o TEDH não considerou o direito de acesso inerentemente restringido pela mera situação de reclusão⁷⁷⁷. E tem sucessivamente afirmado que *a justiça não pode ficar à porta da prisão e que nada permite privar os reclusos das garantias do artigo 6.º*⁷⁷⁸. Assim, estabeleceu que “qualquer restrição que afecte os direitos de carácter civil do indivíduo deve poder ser contestada no quadro de um processo judicial, seja em razão da natureza das limitações seja das repercussões que estas podem causar”⁷⁷⁹.

Com efeito, “a existência de um processo judicial que permita impugnar actos que tenham repercussões importantes sobre os direitos civis dos detidos é necessária para obter o justo equilíbrio entre, por um lado, a consideração pelos constrangimentos do mundo prisional a que o Estado deve fazer face e, por outro lado, a protecção dos direitos do detido”⁷⁸⁰.

A “efectividade do direito de acesso” exige que os cidadãos disponham de uma “possibilidade clara e concreta” de impugnar um acto que constitua uma ingerência nos seus direitos⁷⁸¹.

Contudo, também já se viu, o direito de acesso a um tribunal previsto na Convenção não é considerado absoluto, admitindo a jurisprudência do TEDH uma margem de apreciação dentro da qual os Estados podem regulamentar o direito e estabelecer condicionamentos ou limites, *desde que* tal regulamentação não restrinja o acesso individual de uma maneira ou a tal ponto que o direito de acesso seja atingido na sua substância nem conflitue com outros direitos da Convenção⁷⁸² e *desde que* as restrições sejam justificadas por um fim legítimo e proporcionais a esse fim⁷⁸³.

Relativamente à assistência jurídica, o TEDH considera o direito de acesso a advogado radicado no direito de acesso aos tribunais ínsito no artigo 6.º da CEDH e já se debruçou sobre esse direito na fase da execução da pena⁷⁸⁴.

que disponha de um recurso efectivo e eficaz perante o juiz e, ainda, a penetração na prisão de um conjunto de garantias processuais.

⁷⁷⁷ *Golder c. Reino Unido*, §§39-40.

⁷⁷⁸ *Campbell e Fell c. Reino Unido*, §69, reiterado inúmeras vezes, por exemplo em *Enea c. Itália*, §105.

⁷⁷⁹ *Enea c. Itália*, §106.

⁷⁸⁰ *Enea c. Itália*, §106, reiterado nomeadamente em *Stegarescu e Bahrin c. Portugal*, §50.

⁷⁸¹ *Bellet c. França*, §36, reiterado em *Stegarescu e Bahrin c. Portugal*, §46.

⁷⁸² Assim, *Golder c. Reino Unido*, §38.

⁷⁸³ Cf. *Ashingdane c. Reino Unido*, Ac. de 28-5-1985, §57, e *Stegarescu e Bahrin c. Portugal*, §46, ambos casos em que os requerentes, pessoas privadas da liberdade, tinham visto limitado ou vedado o acesso a um tribunal.

⁷⁸⁴ Assim, logo no acórdão *Golder c. Reino Unido*, em que o impedimento de contacto do recluso com advogado com vista a eventual acção judicial foi considerado violador do direito de acesso aos tribunais (art. 6.º) e uma interferência inadmissível no direito ao respeito pela correspondência (art. 8.º). No caso

Também por outra via tem o TEDH vindo a assumir uma influência muito relevante na efectividade da tutela jurisdicional a conferir pelos Estados às pessoas privadas da liberdade: através do artigo 13.º da Convenção (direito a um recurso efectivo), segundo o qual *qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso*⁷⁸⁵ *perante uma instância nacional.*

Este preceito constitui um corolário da subsidiariedade que caracteriza a intervenção do Tribunal Europeu: é aos Estados que incumbe, em primeira linha, assegurar o respeito pelos direitos da Convenção⁷⁸⁶, pelo que cabe a estes prever, nos seus sistemas internos, remédios efectivos para as violações dos direitos.

Da jurisprudência do Tribunal podem extrair-se os seguintes requisitos de conformidade com o artigo 13.º da Convenção.

Ezeh e Connors c. Reino Unido, o TEDH considerou violado o direito dos reclusos a serem representados por advogado no processo disciplinar perante o director (art. 6.º, § 3, c), da CEDH); recorde-se que, no caso, por se tratar de sanções disciplinares que implicavam aumento do tempo de pena, a matéria foi qualificada como “de carácter penal” para efeitos de convocação das garantias do § 3 do art. 6.º. Veja-se ainda o caso *Magalhães Pereira c. Portugal*, Ac. de 26-2-2002, no qual, estando em causa um processo relativo à apreciação da privação da liberdade (art. 5.º, § 4, da CEDH), o TEDH estabeleceu o dever do Estado de assegurar a nomeação de um defensor ao queixoso (inimputável em cumprimento de medida de segurança de internamento) para o assistir no processo relativo à revisão periódica da sua situação, considerando o valor em jogo – a sua liberdade – e a sua especial condição de doente mental (§§ 57, 59). O TEDH afirmou ainda que não basta a nomeação formal de um advogado, sendo exigível uma assistência efectiva (§§ 60, 61). Sobre a jurisprudência do TEDH relacionada com a relação dos reclusos com o advogado, VAN ZYL SMIT/Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy*, pp. 247 s.

⁷⁸⁵ Na tradução portuguesa oficial (*DR*, I Série, n.º 236, de 13-10-1978, p. 2122), optou-se pelo termo *recurso*, ao passo que, nas línguas oficiais do Conselho da Europa, encontramos as expressões *recours effectif/effective remedy*. Assim, e como resultará da exposição que se seguirá no texto, “recurso” não significa aqui estritamente a impugnação de uma decisão judicial para um tribunal superior mas sim uma via de tutela. Assim também Patrícia Fragoso MARTINS, «Recurso efectivo a nível interno», p. 2563: dado que o art. 13.º se estende “a um conjunto vasto e variado de meios de tutela e garantia, que tanto podem revestir natureza substantiva como processual, como assumir carácter judicial ou extrajudicial”, o termo inglês *remedies* “facilita a compreensão do conteúdo e alcance” do preceito, ainda que, em português, o termo *remédios* “não encontre eco significativo”.

⁷⁸⁶ Com efeito, o sistema da Convenção baseia-se num princípio de subsidiariedade: é aos Estados Partes que compete em primeira linha assegurar o respeito pelos direitos humanos, como se infere do art. 1.º da CEDH. Este princípio tem consequências em três planos: nos requisitos de admissibilidade da intervenção do Tribunal; na apreciação do caso realizada pelo Tribunal, nos casos em que intervenha; e na execução dos acórdãos, quando o Tribunal tenha concluído pela violação da Convenção por parte de um Estado. Assim, quanto ao primeiro plano, o Tribunal só pode apreciar uma situação concreta uma vez esgotadas as vias disponíveis no sistema nacional para fazer respeitar o direito em causa (art. 35.º da CEDH). Quanto ao plano da decisão sobre a violação da Convenção, a jurisprudência do Tribunal tem feito decorrer do princípio da subsidiariedade a existência de uma “margem nacional de apreciação” (sobretudo quando estejam em causa direitos que admitem derrogações). Quanto ao último plano, também em coerência com o princípio da subsidiariedade, quando o Tribunal emite uma decisão em que verifica uma violação da Convenção, nem ele nem o Comité de Ministros – órgão encarregado da supervisão da execução – impõem ao Estado um concreto remédio para conformar o seu sistema interno às exigências da Convenção. Os Estados dispõem de uma ampla margem de manobra quanto à forma de assegurar o respeito pelos direitos convencionais. Ao sistema convencional competirá apenas verificar se a solução nacional encontrada permite evitar a violação da Convenção.

Em primeiro lugar, o direito interno deve assegurar a disponibilidade de um “recurso” (no sentido de um mecanismo de tutela) a todas as pessoas que aleguem fundamentamente⁷⁸⁷ uma violação dos direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção⁷⁸⁸.

Em segundo lugar, esse mecanismo tem de ser “efectivo”, no sentido de conduzir a uma decisão sobre o mérito da pretensão, bem como a um “remédio”⁷⁸⁹ adequado das violações verificadas, apto a prevenir ou a fazer cessar a violação ou a providenciar reparação para violações já ocorridas⁷⁹⁰. Sublinha-se que a efectividade não pode ser meramente teórica: além da previsão legal do mecanismo, tem de resultar comprovada a sua efectividade na prática⁷⁹¹. O que não significa, naturalmente, a garantia de uma decisão favorável à pretensão do requerente⁷⁹².

Aos Estados é deixada uma margem de apreciação quanto à configuração concreta do “remédio”, desde que cumpra os requisitos estabelecidos⁷⁹³. Aliás, o

⁷⁸⁷ O TEDH usa a expressão *arguable claim/grief défendable*, que nos parece poder ser traduzida por “pretensão fundada”. O Tribunal não define explicitamente o conceito, mas já exprimiu o entendimento de que, para efeitos do art. 13.º da Convenção, nem se exige que tenha havido uma efectiva violação da Convenção (como o teor literal do artigo poderia fazer supor) nem é razoável que se interprete o preceito no sentido de exigir a disponibilidade de um “recurso” no ordenamento interno para qualquer suposta alegação baseada na Convenção que um cidadão possa apresentar, por mais desprovida de mérito que se afigure. Assim em *Boyle e Rice c. Reino Unido*, Ac. de 27-4-1988, § 52. Sobre este ponto, VAN ZYL SMIT/Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy*, p. 311; Ireneu Cabral BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*, anotação ao art. 13.º, p. 344, falando em “carácter sustentável” da pretensão, a apreciar em função dos factos em causa e da natureza dos problemas jurídicos em jogo; Patrícia Fragoço MARTINS, «Recurso efectivo a nível interno», p. 2565, falando em “natureza defensável da violação”.

⁷⁸⁸ Assim, *Kudla c. Polónia*, Ac. do Pleno de 26-10-2000, § 157; *Schemkamper c. França*, Ac. de 18-10-2005, § 39 (no caso, a não previsão legal de recurso contra decisão do juiz de execução das penas que constituía uma ingerência no direito à protecção da vida familiar – concretamente, a recusa de uma licença de saída solicitada pelo recluso por motivos familiares – constituiu uma violação do art. 13.º, embora o TEDH tenha considerado a ingerência concretamente justificada, nos termos do § 2 do art. 8.º); *Ramírez Sánchez c. França*, Ac. do Pleno de 4-7-2006, § 157 (no caso, o recluso queixava-se de violação do art. 3.º da CEDH em virtude do regime de isolamento a que estivera sujeito; o TEDH, embora não tenha declarado violado o art. 3.º, considerou violado o art. 13.º por não ter sido assegurado ao recluso, no plano nacional, o direito de impugnar as decisões de prorrogação do regime); *Khider c. França*, Ac. de 9-7-2009, § 138 (no caso, foi declarada a violação do art. 13.º, conjugado com o art. 3.º, por o recluso, colocado em regime de alta segurança, não ter tido a possibilidade de impugnar nem as sucessivas transferências de prisão nem a sujeição frequente a revistas corporais completas).

⁷⁸⁹ *Remédio* assume aqui o significado de *reparação*; nas línguas oficiais do Conselho da Europa, *redressement approprié/remède approprié/appropriate relief*.

⁷⁹⁰ *Silver e outros c. Reino Unido*, Ac. de 25-3-1983, § 113, *Kudla c. Polónia*, §§ 157-158, *Messina c. Itália* (n.º 2), Ac. de 28-9-2000, § 89, *Schemkamper c. França*, § 39, *Ramírez Sánchez c. França*, § 157.

⁷⁹¹ *Kudla c. Polónia*, § 157, *Schemkamper c. França*, § 40, *Ramírez Sánchez c. França*, § 158.

⁷⁹² *Kudla c. Polónia*, § 157, *Schemkamper c. França*, § 41, *Ramírez Sánchez c. França*, § 159.

⁷⁹³ *Silver e outros c. Reino Unido*, § 113, *Kudla c. Polónia*, § 154, *Csüllög c. Hungria*, Ac. de 7-6-2011, § 47.

alcance da obrigação que o artigo 13.º faz impender sobre os Estados varia em função da natureza da questão suscitada por quem alega a violação⁷⁹⁴.

Repare-se que, segundo o Tribunal, a Convenção não exige que a “instância” de tutela seja um tribunal. Contudo, caso não o seja, os poderes de que esteja revestida e as garantias que ofereça relevam para a aferição do cumprimento do requisito da efectividade do recurso⁷⁹⁵. Para tal aferição podem mesmo ser convocados os requisitos do artigo 6.º, avaliando-se as garantias de um processo equitativo, de igualdade de armas e de independência da instância decisora⁷⁹⁶, bem como exigências mínimas de celeridade, que assegurem uma decisão em tempo útil⁷⁹⁷.

Além disso, ainda que o ordenamento nacional não disponha de um remédio que, por si só, satisfaça inteiramente todos os requisitos do artigo 13.º, o conjunto das vias de tutela disponibilizadas, globalmente apreciado, pode dar-lhes cumprimento satisfatório⁷⁹⁸.

Perante as carências verificadas em vários Estados Partes relativamente à disponibilidade ou à efectividade de vias de tutela internas, o Comité de Ministros do Conselho da Europa emitiu uma recomendação exortando os Estados a assegurarem-se, por meio de um acompanhamento permanente, da disponibilidade, no plano interno, de

⁷⁹⁴ *Kudla c. Polónia*, §157, *Schemkamper c. França*, §40, *Ramírez Sánchez c. França*, §158.

⁷⁹⁵ *Silver e outros c. Reino Unido*, §113, *Kudla c. Polónia*, §157, *Schemkamper c. França*, §41, *Ramírez Sánchez c. França*, §159. Por exemplo, em *Csüllög c. Hungria*, o recluso, colocado num regime de elevado grau de segurança, reclamou das sucessivas decisões administrativas de prorrogação desse regime (não fundamentadas) junto do Ministério Público; porém, o TEDH verificou que este carecia de um genuíno poder de revogar ou alterar a decisão administrativa, pelo que não constituía um “recurso efectivo” na acepção do art. 13.º (cf. §50).

⁷⁹⁶ *Csüllög c. Hungria*, §46. A este propósito, C. MADELAINE, «Perspectives européennes: portée et fonctions de l'accès des personnes détenues à un recours effectif...», p. 27, observa que estas garantias processuais estão tradicionalmente ligadas à função jurisdicional, pelo que o TEDH, embora não explicitamente, acaba por impor que o órgão seja um “quase-tribunal”.

⁷⁹⁷ Em *Messina c. Itália* (n.º 2), embora o recluso tivesse podido impugnar judicialmente as decisões semestrais de prorrogação do regime especial de segurança em que estava colocado (sem efeito suspensivo), as consequentes decisões judiciais não puderam surtir efeito útil, dado que, por os tribunais, sistematicamente, terem incumprido largamente o prazo legal de dez dias para a decisão, quando as decisões judiciais eram proferidas já a administração tinha procedido a nova prorrogação; o TEDH considerou (§96) que o atraso sistemático da apreciação judicial reduziu consideravelmente, a ponto de praticamente anular, o impacto da revisão judicial das decisões administrativas, pelo que o remédio disponível não era “efectivo”, em violação do art. 13.º da CEDH. Em *Payet c. França*, Ac. de 20-1-2011, o TEDH considerou que não tinha sido assegurado o direito a um recurso efectivo no caso de um recluso que, tendo buscado junto dos tribunais administrativos tutela para as condições em que se encontrava detido em cela disciplinar (condições reputadas pelo TEDH violadoras do art. 3.º), apenas viu a questão apreciada depois de cessada a situação de detenção (uma vez que o recurso não tinha efeito suspensivo e que, como condição prévia à interposição do recurso, cabia reclamação para o director inter-regional, que tinha o prazo de um mês para decidir). O TEDH reafirmou aqui que *un recours inapte à prospérer en temps utile n'est ni adéquat ni effectif* (§133).

⁷⁹⁸ *Silver e outros c. Reino Unido*, §113; *Kudla c. Polónia*, §157, *Schemkamper c. França*, §41, *Ramírez Sánchez c. França*, §159.

recursos efectivos, no sentido dado pela jurisprudência do Tribunal, a todos aqueles que invoquem fundadamente uma violação da Convenção, bem como a reexaminarem, na sequência de acórdãos do Tribunal que revelem problemas estruturais ou generalizados no plano nacional, a efectividade das vias de tutela existentes e, se necessário, criarem meios de tutela adequados e suficientes⁷⁹⁹.

2.2. O artigo 13.º e o problema das condições de detenção

Nos anos mais recentes, o problema crónico da sobrelotação das prisões em numerosos países da Europa, que ameaça a execução das sanções penais em condições humanamente condignas, em modo susceptível de configurar violação do artigo 3.º (proibição das penas ou tratamentos desumanos ou degradantes), passou a receber particular atenção por parte do TEDH.

Perante a recepção de inúmeras queixas de cidadãos privados da liberdade em prisões sobrelotadas, contra vários Estados Partes, o Tribunal, salientando o princípio de subsidiariedade por que se deve pautar a sua intervenção, tem vindo a exigir aos Estados que adoptem, no plano interno, remédios efectivos para as violações do artigo 3.º ou de outros preceitos cuja violação decorra da situação de sobrelotação, sob pena de incumprimento do artigo 13.º da CEDH.

Analisaremos de seguida a jurisprudência pertinente, com o objectivo de identificar os critérios estabelecidos pelo Tribunal para aferição da conformidade com o artigo 13.º das vias de tutela oferecidas pelos Estados aos cidadãos sujeitos a condições de detenção contrárias à Convenção.

Para qualificar determinadas condições de detenção como configurando uma violação da proibição de penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, o TEDH exige que aquelas atinjam um certo patamar de gravosidade, que permita afirmar que o indivíduo foi submetido a um tratamento que excedeu o nível de sofrimento inevitavelmente inerente a uma situação de prisão⁸⁰⁰.

⁷⁹⁹ Recomendação do Comité de Ministros relativa ao aperfeiçoamento dos recursos internos (Rec(2004)6, de 12-5-2004), revelando uma preocupação com o excesso de carga processual perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e procurando evitar que os chamados “casos repetitivos” continuem a ser levados à apreciação do TEDH por falta de solução no plano nacional.

⁸⁰⁰ Cf., entre muitos outros, *Varga e outros c. Hungria*, Ac. de 10-3-2015, § 92. Em *Muršić c. Croácia*, Ac. do Pleno de 20-10-2016, § 99, o TEDH sumariza a sua posição de que, para recair no âmbito do art. 3.º, o sofrimento e a humilhação infligidos devem ter excedido aqueles que a privação da liberdade inevitavelmente comporta. O Estado deve assegurar que as pessoas estão presas em condições compatíveis com o respeito pela dignidade humana, que as modalidades de execução não as sujeitam a sofrimentos ou privações de intensidade superior ao nível inevitável de sofrimento inerente à detenção e que, considerando as exigências práticas da prisão, a sua saúde e bem-estar estão adequadamente

O problema do alojamento dos reclusos em espaços sobrelotados foi ganhando cada vez mais expressão na jurisprudência do Tribunal relativa ao artigo 3.º. De acordo com esta, a insuficiência do espaço disponível por indivíduo pode configurar uma violação do artigo 3.º, por si só (especialmente se o espaço disponível for inferior a 3 m²)⁸⁰¹ ou combinada com outros factores (sendo de ponderar a possibilidade de utilizar as instalações sanitárias em condições de privacidade, a ventilação, a luminosidade natural, o acesso ao ar livre, a climatização e as condições de higiene e salubridade)⁸⁰². Os critérios para a qualificação de situações de sobrelotação como violações do artigo 3.º foram progressivamente desenvolvidos pelo TEDH em jurisprudência já abundante⁸⁰³, tendo recentemente sido revistos e sintetizados no acórdão *Muršić c. Croácia*, proferido em formação de tribunal pleno⁸⁰⁴.

assegurados. Sublinhe-se ainda que o TEDH, na apreciação de uma violação do art. 3.º, leva em conta o efeito cumulativo das condições da prisão, bem como a duração do período durante o qual o cidadão esteve preso nessas condições (entre muitos outros, *Kalashnikov c. Rússia*, Ac. de 15-7-2002, § 95, *Torreggiani e outros c. Itália*, § 66, *Ananyev e outros c. Rússia*, Ac. de 10-1-2012, § 142, *Muršić c. Croácia*, § 101).

⁸⁰¹ Cf. critérios e jurisprudência referenciados em *Torreggiani e outros c. Itália*, §§ 67-68.

⁸⁰² Vide síntese destes critérios, com exemplos jurisprudenciais, em *Torreggiani*, § 69.

⁸⁰³ Sobre os primeiros acórdãos que declararam violações do art. 3.º em situações de sobrelotação grave, nomeadamente *Peers c. Grécia*, Ac. de 19-4-2001, e *Kalashnikov c. Rússia*, Ac. de 15-7-2002, VAN ZYL SMIT/Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy*, p. 32.

⁸⁰⁴ *Muršić c. Croácia*, Ac. do Pleno do Tribunal, de 20-10-2016. Nesse acórdão, depois de compilar (§§ 46 ss.) os *standards* relativos às condições de detenção resultantes do direito internacional (especialmente as *Regras Mínimas* da ONU e os critérios do Comité Internacional da Cruz Vermelha) e europeu (em particular as Regras Penitenciárias Europeias e outras normas de *soft law* emanadas dos órgãos do Conselho da Europa, com especial ênfase para os *standards* desenvolvidos pelo CPT, bem como a própria jurisprudência anterior do TEDH), o Tribunal considerou oportuno “clarificar” os seus critérios para avaliar o espaço mínimo disponível por recluso em celas colectivas para efeitos do art. 3.º da CEDH (§ 91). Assim, adoptando como *standard* mínimo o requisito de 3 m² de superfície da cela por recluso, no caso de alojamento colectivo, e reiterando que a apreciação dependerá sempre da avaliação do conjunto de circunstâncias do caso concreto, o TEDH assumiu os seguintes critérios: os maus-tratos, para integrarem o âmbito do art. 3.º da CEDH, devem atingir um nível mínimo de gravidade, que depende do conjunto dos factores do caso, designadamente da duração da situação e dos seus efeitos físicos ou psíquicos, assim como, por vezes, do sexo, da idade e do estado de saúde do sujeito; dada a importância atribuída ao factor espacial na apreciação global das condições de detenção, o facto de a área pessoal de que dispõe o detido ser inferior a 3 m² numa cela colectiva dá origem a uma forte presunção de violação do art. 3.º; essa forte presunção só pode, regra geral, ser ilidida se, cumulativamente, a redução do espaço pessoal relativamente ao mínimo de 3 m² for de curta duração, ocasional e insignificante, estiver associada a uma liberdade de circulação suficiente fora da cela e a actividades adequadas também no exterior da cela e se o estabelecimento oferecer de um modo geral condições de detenção decentes e a pessoa em causa não for submetida a outros elementos considerados agravantes de más condições de detenção. Já para os casos em que o espaço disponível por recluso se situa entre 3 e 4 m², o factor espacial continua a ser relevante; contudo, nesses casos, será considerado infringido o art. 3.º quando aquele factor for associado a outras condições físicas inadequadas, nomeadamente no que respeita ao acesso a exercício ao ar livre, luminosidade e arejamento, conforto térmico, possibilidade de utilização da casa de banho em condições de privacidade e cumprimento dos requisitos básicos de higiene. Finalmente, mesmo nos casos em que um preso dispõe de mais de 4 m², e portanto quando não se põe um problema de espaço pessoal, as demais condições físicas relevam para a apreciação da adequação das condições de detenção para efeitos do art. 3.º (cf. síntese dos critérios adoptados nos §§ 136-140). Este acórdão teve vários votos

O Tribunal observou que, em numerosos países membros do Conselho da Europa, a sobrelotação não é um problema isolado ou pontual, mas generalizado ou mesmo estrutural⁸⁰⁵.

Por conseguinte, e sem prejuízo do dever dos Estados de organizarem os seus sistemas prisionais de forma respeitadora da dignidade das pessoas privadas da liberdade, independentemente das dificuldades logísticas e financeiras implicadas⁸⁰⁶, cumpre-lhes também assegurar mecanismos de tutela internos para as situações em que das condições de detenção oferecidas resultem violações dos direitos da Convenção. O Tribunal tem explicitado os requisitos a que devem conformar-se as vias de tutela a disponibilizar.

Assim, os mecanismos devem assegurar, complementarmente, tutela *preventiva* e tutela *compensatória*, ou seja, devem ser aptos a permitir uma *rápida cessação* da violação e, quanto a violações já ocorridas, uma *reparação adequada*⁸⁰⁷.

Além disso, as vias de tutela devem ser *efectivas*, tanto no plano teórico como na prática. Com efeito, nos casos apreciados pelo TEDH, sucede com frequência os Estados alegarem, na sua defesa perante o Tribunal, a existência no ordenamento nacional de vias de tutela que os queixosos teriam ao dispor, verificando, porém, o Tribunal que os indivíduos que procuraram tutela por tais vias não lograram obtê-la, ou não era claro que pudessem obtê-la, pelo que aquelas não eram de considerar

parcialmente divergentes (incluindo do juiz português, Paulo Pinto de Albuquerque, veementemente crítico), por se considerar que a posição que fez vencimento desconsiderou as normas de *soft law* do próprio Conselho da Europa, nomeadamente as Regras Penitenciárias Europeias e os *standards* do CPT, consistindo este acórdão num retrocesso na protecção dos direitos humanos. Em sentido semelhante, na doutrina, por exemplo P. BERNARDONI, «Dalla Corte di Strasburgo nuovi criteri in materia di condizioni detentive ed art. 3 CEDU?», pp. 345 ss., considerando também que, apesar de ser positiva a clarificação de critérios, o TEDH nivelou aqui a protecção por baixo; criticamente também A. DELLA BELLA, «Il divieto (relativamente) assoluto di trattamenti inumani e degradanti», pp. 812 ss.

⁸⁰⁵ Foi relativamente às prisões polacas que o TEDH pela primeira vez afirmou a natureza estrutural do problema e a consequente necessidade de o resolver de modo geral (Acs. de 22-10-2009, *Orchowski c. Polónia*, § 147, e *Norbert Sikorski c. Polónia*, §§ 121, 152). Posteriormente, fê-lo também em relação às cadeias russas para presos preventivos (*Ananyev e outros c. Rússia*, Ac. de 10-1-2012, §§ 184 ss.) e às prisões italianas (*Torreggiani e outros c. Itália*, Ac. de 8-1-2013, §§ 87-89), belgas (*Vasilescu c. Bélgica*, Ac. de 25-11-2014, §§ 73, 127), búlgaras (*Neshkov e outros c. Bulgária*, Ac. de 27-1-2015, §§ 268 ss.), húngaras (*Varga e outros c. Hungria*, Ac. de 10-3-2015, §§ 98 ss.), lituanas (*Mironovas e outros c. Lituânia*, Ac. de 8-12-2015, § 104) e romenas (cf. *Rezmiveş e outros c. Roménia*, Ac. de 25-4-2017, onde, nos §§ 102 ss., se referenciam acórdãos anteriores em que o TEDH já considerara as condições nas prisões romenas violadoras do art. 3.º – celas sobrelotadas, alimentação deficiente, carências de climatização, condições insalubres, falta de água quente para tomar banho, etc.).

⁸⁰⁶ *Varga e outros c. Hungria*, § 103, e *Muršić c. Croácia*, § 100, com citação de outra jurisprudência. Trata-se de uma “obrigação positiva” por parte dos Estados (*Torreggiani e outros c. Itália*, § 65).

⁸⁰⁷ *Ananyev e outros c. Rússia*, §§ 97-98, 221, *Torreggiani e outros c. Itália*, §§ 50, 96, *Varga e outros c. Hungria*, §§ 47-49.

“efectivas” para efeitos do artigo 13.^o⁸⁰⁸. Para que satisfaça este requisito, o remédio tem de estar, com suficiente certeza, disponível, no sentido de ser *claramente acessível*, ser *capaz de conferir tutela* às queixas dos requerentes e oferecer *razoáveis perspectivas de sucesso*; para essa avaliação, não basta ter em conta a existência formal dos mecanismos, mas também o contexto geral jurídico e político em que funcionam, bem como as circunstâncias pessoais dos requerentes⁸⁰⁹.

No caso dos *mecanismos preventivos*, ainda que a autoridade competente seja de cariz administrativo, esta deve ser independente da administração penitenciária, tramitar as queixas de modo célere e diligente, assegurar a participação efectiva dos reclusos no procedimento, dispor de uma vasta panóplia de medidas para a erradicação dos problemas subjacentes e ter poderes para adoptar decisões vinculativas e susceptíveis de execução⁸¹⁰.

Quanto aos *mecanismos compensatórios*, sejam de cariz judicial ou administrativo, requer-se que o ónus da prova que recaia sobre o requerente não seja excessivo e que a tramitação do pedido obedeça aos princípios do processo equitativo ínsitos no artigo 6.^o, § 1, da Convenção, incluindo a decisão em prazo razoável. Para a atribuição da compensação requerida, não deve ser exigido aos peticionários que aleguem e provem a conduta ilícita de agentes concretos, até porque condições de detenção deficientes não se devem necessariamente a condutas ilícitas de concretos agentes, mas frequentemente são resultado de factores mais abrangentes⁸¹¹. A prova de que as condições de detenção foram contrárias ao artigo 3.^o da CEDH deve originar uma forte presunção de que aquelas causaram danos morais ao recluso⁸¹². O montante da indemnização a conceder por danos não patrimoniais não deve ser desrazoável em comparação com as compensações atribuídas pelo TEDH em casos similares⁸¹³.

⁸⁰⁸ Em *Muršić c. Croácia*, o TEDH considerou “efectivos” os “remédios” disponibilizados pelo ordenamento croata para as situações de condições de detenção indignas (queixa junto da autoridade judiciária competente ou da administração prisional com potencialidade para conduzir à cessação da situação, com possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional, que tem poder para ordenar a libertação ou remoção do recluso) – cf. § 71, com citação de jurisprudência anterior no mesmo sentido. Pelo contrário, em *Vasilescu c. Bélgica*, §§ 69 ss., o Tribunal não considerou demonstrado que os mecanismos internos à disposição do queixoso (nomeadamente a *action en référé*, o pedido de indemnização por responsabilidade civil e a queixa junto da *commission de surveillance*) fossem aptos a oferecer remédio para as condições materiais de detenção contrárias ao art. 3.^o a que tinha sido sujeito.

⁸⁰⁹ *Varga e outros c. Hungria*, §§ 45-46.

⁸¹⁰ *Ananyev e outros c. Rússia*, §§ 214-216, requisitos reiterados, nomeadamente, em *Neshkov e outros c. Bulgária*, § 183.

⁸¹¹ *Ananyev e outros c. Rússia*, §§ 228-230, exigências reiteradas em *Neshkov e outros c. Bulgária*, § 184.

⁸¹² *Ananyev*, § 229; *Neshkov*, § 190.

⁸¹³ *Ananyev*, § 230; *Neshkov*, § 288.

Finalmente, as custas ou taxas aplicáveis não devem representar um obstáculo excessivo à obtenção da tutela.

O elevado número de casos que se via obrigado a julgar relacionados com a sobrelotação prisional levou o TEDH a recorrer à figura dos “acórdãos-piloto”⁸¹⁴, como forma de lidar com a sobrecarga de “casos repetitivos” relativos a um mesmo Estado e de fazer cumprir o princípio da subsidiariedade. Fê-lo, nomeadamente, nos casos *Torreggiani e outros c. Itália* (2013) e *Varga e outros c. Hungria* (2015), onde estabeleceu os requisitos a que devem conformar-se as vias de tutela a disponibilizar a nível nacional para que os reclusos possam reagir contra as más condições de detenção decorrentes da sobrelotação do sistema prisional nacional.

No caso *Torreggiani*, em que as condições de detenção a que os queixosos tinham estado sujeitos em prisões italianas foram julgadas violadoras do artigo 3.^o⁸¹⁵, o

⁸¹⁴ Trata-se de um procedimento a que o TEDH tem recorrido para lidar com queixas relativas a um mesmo Estado que, pelo seu número e por incidirem sobre uma mesma situação causadora de violações a direitos da Convenção, revelam a existência de um problema estrutural no Estado Parte. Tem sido adoptado quando o TEDH verifica a natureza recorrente e persistente do problema, um número elevado de pessoas que ele afecta ou é susceptível de afectar e a necessidade urgente de proporcionar, no quadro nacional, uma reparação célere e adequada (*Varga c. Hungria*, §100). Quando adopta este procedimento, o TEDH profere o acórdão-piloto relativamente a um caso ou conjunto de casos, onde expõe claramente a existência do problema sistémico na origem das violações e indica as medidas que o Estado deverá tomar para o remediar (cujo acompanhamento e avaliação competirão ao Comité de Ministros, nos termos do art. 46, §2, da CEDH). Além disso, incita-se o Estado em causa a criar, no plano interno, uma solução para as numerosas queixas individuais originadas por aquele problema. Assim se evita a prolação pelo TEDH de um número elevado de acórdãos idênticos e se procura dar cumprimento ao princípio da subsidiariedade, na base do sistema convencional. Sobre os acórdãos-piloto, *vide Torreggiani e outros c. Itália*, §§83 ss., e *Varga e outros c. Hungria*, §§94 ss., com referências jurisprudenciais.

O TEDH já proferiu acórdãos-piloto sobre a questão da sobrelotação prisional relativamente aos seguintes Estados Partes: Polónia (*Orchowski c. Polónia* e *Norbert Sikorski c. Polónia*, Ac. de 22-10-2009, estes não expressamente qualificados pelo TEDH como “piloto”, sendo comumente designados pela doutrina como “quase-piloto”), Rússia (*Ananyev e outros c. Rússia*, Ac. de 10-1-2012), Itália (*Torreggiani e outros c. Itália*, Ac. de 8-1-2013; cf. ponto 7 da parte decisória, onde o TEDH determina que o Estado Parte apresente, no prazo de seis meses, uma calendarização de medidas tendentes à adopção de “recursos efectivos”, preventivos e compensatórios; e §§214-231, onde o TEDH, com vista a apoiar as autoridades nacionais na busca de soluções, descreve várias possibilidades para a configuração de tais mecanismos), Bulgária (*Neshkov e outros c. Bulgária*, Ac. de 27-1-2015, onde o TEDH, tendo verificado a violação dos arts. 3.^o e 13.^o da CEDH, determinou que o Estado implementasse, no prazo de dezoito meses, um conjunto de mecanismos preventivos e compensatórios que constituam recurso efectivo para situações de condições de detenção contrárias ao art. 3.^o – cf. ponto 7 da decisão), Hungria (*Varga e outros c. Hungria*, Ac. de 10-3-2015; cf. ponto 9 da parte decisória, onde o TEDH determina que o Estado apresente, no prazo de seis meses, uma calendarização de medidas que assegurem a implementação de mecanismos preventivos e compensatórios para as situações em que seja alegada violação do art. 3.^o da CEDH em razão de condições de detenção desumanas e degradantes), Roménia (*Rezmiveş e outros c. Roménia*, Ac. de 25-4-2017, onde se decidiu que o Governo respectivo deveria apresentar, no prazo de seis meses, um plano de medidas de carácter geral para remediar o problema da sobrelotação e das más condições de detenção).

⁸¹⁵ Os requerentes queixavam-se de ter estado alojados em celas de 9 m² onde estavam três reclusos, portanto com um espaço individual de 3 m², o que, em alguns dos casos, era acrescido de restrições no acesso a duche por insuficiência de água quente e falta de arejamento e de luminosidade. O Tribunal concluiu que tais condições de detenção, considerando também a duração da reclusão nessas

Tribunal considerou que as vias de recurso internas à disposição dos reclusos não constituíam “recurso efectivo” para efeitos do artigo 13.º. Embora o Governo italiano invocasse, na sua defesa, o não esgotamento das vias internas, uma vez que alguns dos queixosos (tratava-se de várias queixas, que o TEDH decidiu apensar) não haviam feito uso dos mecanismos previstos nos artigos 35.º e 69.º do *Ordinamento Penitenziario* italiano, que, à época, previam uma via de reclamação para o juiz de vigilância penitenciária, o Tribunal não aceitou a invocação, uma vez que se verificou que, no caso dos queixosos que tinham esgotado previamente essa via, e apesar de o juiz de vigilância ter recebido as reclamações, dado razão aos reclamantes quanto à alegação de que as condições de detenção configuravam tratamentos desumanos e transmitido a questão à administração penitenciária com vista à adopção urgente de medidas adequadas, a decisão ficou longo tempo sem ser executada e apenas um dos queixosos logrou obter remédio, muito tempo mais tarde, sob a forma de transferência para uma cela não sobrelotada. O Tribunal entendeu, assim, que os remédios disponíveis não constituíam, na prática, recurso efectivo, considerando a falta de clareza quanto à força obrigatória das decisões do juiz de vigilância, bem como o facto de a natureza estrutural da sobrelotação das prisões italianas fazer depreender que a administração penitenciária não estaria em condições de as fazer executar nem de garantir aos reclusos condições de detenção conformes à Convenção; verificou ainda a inexistência de mecanismos de carácter compensatório⁸¹⁶.

No caso *Varga e outros c. Hungria*, o Tribunal concluiu que as condições de detenção desumanas e degradantes observadas (reduzido espaço individual disponível, agravado por outras condições de detenção adversas) resultavam de um mau funcionamento estrutural do sistema penitenciário húngaro, que exigia a disponibilidade de vias de tutela internas para os cidadãos a elas sujeitos. Também aqui o Governo húngaro invocou a falta de esgotamento das vias de tutela internas, argumento que o Tribunal rejeitou, por verificar que, apesar da sua disponibilidade teórica, tais mecanismos não ofereciam, na prática, perspectivas realistas de sucesso. O TEDH deu assim relevância, não apenas aos mecanismos teoricamente assegurados, mas ao ordenamento jurídico no seu conjunto, tal como interpretado e aplicado pelos tribunais nacionais⁸¹⁷. Declarou, por conseguinte, violados os artigos 3.º e 13.º da Convenção.

circunstâncias, sujeitaram os queixosos a uma provação de intensidade superior ao nível inevitável de sofrimento inerente à prisão (§78).

⁸¹⁶ Cf. *Torreggiani*, §§52 ss. e 97.

⁸¹⁷ Cf. § 59. Concretamente, em relação à acção de indemnização por responsabilidade civil, o TEDH considerou que a jurisprudência dos tribunais húngaros não permitia confirmar que essa via oferecesse

Nestes acórdãos-piloto, o Tribunal estabeleceu um prazo dentro do qual aos Estados visados cumpriria implementar no âmbito interno um mecanismo, ou conjunto de mecanismos (seja através do aperfeiçoamento dos existentes, seja da criação de novos), aptos a conferir às situações de sobrelotação prisional uma tutela conforme aos requisitos estabelecidos na sua jurisprudência⁸¹⁸.

Na sequência dos acórdãos-piloto, os Estados visados modificaram os seus ordenamentos internos por forma a procurar assegurar “remédios efectivos” conformes com o artigo 13.^o⁸¹⁹. Em Itália, além de medidas legislativas visando a redução da população prisional, de medidas organizatórias destinadas a melhorar as condições de vida nas prisões e a conferir aos reclusos maior liberdade de circulação no interior destas e da construção de novos estabelecimentos, foram introduzidas novas vias de tutela, de tipo preventivo e compensatório. Na Hungria, em paralelo com um programa de aumento da capacidade do sistema prisional, foram criados mecanismos preventivos e indemnizatórios ao dispor dos reclusos que sofram condições de detenção inadequadas. Na Bulgária, empreendeu-se uma ampla reforma da legislação sobre a execução das penas, visando dar solução às questões suscitadas no acórdão-piloto e conformar o ordenamento búlgaro às normas do Conselho da Europa: reforçou-se o acesso dos reclusos aos tribunais, através do alargamento dos pressupostos de impugnação de decisões da administração prisional e criaram-se remédios de tipo preventivo e compensatório para as situações de privação da liberdade contrárias ao artigo 3.^o da CEDH, além de outras medidas destinadas a reduzir a população prisional

alguma perspectiva de sucesso neste tipo de casos; quanto aos mecanismos de queixa perante a administração penitenciária e perante o Ministério Público (este último, no sistema húngaro, encarregado de fiscalizar a legalidade da execução da prisão, com poder para dirigir injunções às autoridades prisionais para a correcção de situações ilegais), considerou o Tribunal que, mesmo que os queixosos lograssem obter uma injunção do Ministério Público, a administração prisional não estaria, devido ao carácter estrutural e generalizado do problema, em condições de dar cumprimento a um elevado número de pedidos, pelo que ficou por demonstrar o requisito de que o mecanismo em causa fosse capaz de produzir um efeito preventivo na prática (§§63-64).

⁸¹⁸ *Torreggiani e outros c. Itália*, §99 e ponto 4 da decisão; o Tribunal não deixou também de encorajar o Estado italiano a dar continuidade às medidas já empreendidas a nível nacional para resolver o problema sistémico da sobrelotação, bem como, considerando a demora natural de algumas das medidas em curso (como a construção de novos estabelecimentos prisionais), a adoptar entretanto medidas aptas a reduzir o número de pessoas privadas da liberdade, nomeadamente favorecendo a aplicação de penas não privativas da liberdade e a redução da aplicação da prisão preventiva (§§92, 94). *Varga e outros c. Hungria*, §§110, 113 e ponto 9 da decisão.

⁸¹⁹ As modificações legislativas a que a seguir se alude no texto serão objecto de tratamento na Parte IV, Cap. I (direito italiano) e Cap. V (os demais).

e a minorar os problemas associados à sobrelotação. O TEDH tem, por ora, considerado que estas são vias de recurso internas a esgotar, nos termos do artigo 35.º da CEDH⁸²⁰.

Tendo em conta a evolução da jurisprudência do TEDH descrita e o seu impacto nos sistemas de tutela nacionais, pode afirmar-se, recorrendo à terminologia francófona, que o Tribunal Europeu reconheceu ao recluso a qualidade de *justiciable*⁸²¹.

2.3. Portugal e a conformidade com o artigo 13.º da Convenção

No que diz respeito a Portugal, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não declarou, até ao presente, a violação, pelo Estado Português, do artigo 13.º, conjugado com o artigo 3.º, por inexistência de um mecanismo efectivo de tutela em matéria de condições de privação da liberdade; contudo, como iremos ver, na apreciação de queixas relacionadas com o artigo 3.º, considerou, para efeitos de verificação do requisito do esgotamento prévio das vias de tutela internas, que o direito português não oferece um recurso de carácter preventivo suficientemente acessível e efectivo em matéria de condições de detenção.

No caso *Wahed Assad c. Portugal*, decidido em 5-3-2019, o queixoso alegava ter sido sujeito a condições materiais de privação da liberdade desumanas e degradantes,

⁸²⁰ Com efeito, nas decisões proferidas em *Stella e outros c. Itália* e em *Rexhepi e outros c. Itália*, ambas de 16-9-2014, o Tribunal, tendo em conta a própria modificação do contexto de actuação das autoridades italianas – trabalhando em medidas gerais de melhoria da situação das prisões –, considerou satisfatórios os novos recursos preventivos e compensatórios, reservando-se, porém, a possibilidade de reexaminar a sua efectividade à luz do seu funcionamento prático e da jurisprudência nacional que os aplicar (§§ 55 ss.). Da mesma forma, na decisão proferida em *Domján c. Hungria*, em 14-11-2017, o Tribunal analisou os novos mecanismos introduzidos no ordenamento húngaro, na sequência do acórdão-piloto *Varga*, e concluiu que estes garantem, em princípio, uma combinação de vias preventivas e compensatórias aptas a assegurar a reparação das violações dos direitos da Convenção em casos de sobrelotação e más condições de detenção, pelo que passa a ser exigida a sua prévia exaustão; o Tribunal reservou-se, também aqui, a possibilidade de modificar essa posição caso a aplicação prática destes mecanismos venha a demonstrar que os reclusos não logram obter reparação da sua situação por razões formalistas, que o processo é excessivamente moroso ou que a jurisprudência nacional não se coaduna com os requisitos emergentes da Convenção (§§ 30, 38). Igualmente, na decisão de inadmissibilidade proferida em *Atanasov e Apostolov c. Bulgária*, a 27-6-2017, §§ 67-70, o TEDH considerou que os novos remédios preventivos e compensatórios introduzidos no ordenamento jurídico búlgaro após o acórdão-piloto *Neshkov* constituíam vias internas efectivas, a esgotar previamente. Também em relação às medidas adoptadas pela Polónia (mecanismo de compensação e nova norma do Código de Execução das Penas a estabelecer requisitos e limites temporais para o alojamento em espaços de reduzida dimensão, bem como possibilidade de queixa a apreciar por juiz), o TEDH decidiu que estas vias internas deveriam, em princípio, passar a ser esgotadas (cf. decisões proferidas em 12-10-2010 nos casos *Latak c. Polónia* e *Lomiński c. Polónia*).

Criticamente quanto a estas decisões, considerando que a apreciação pelo TEDH dos remédios adoptados terá sido precipitada e pouco exigente, fazendo prevalecer o princípio da subsidiariedade sobre o da efectividade, na ânsia de se desembaraçar de centenas de queixas pendentes, C. MADELAINE, «Perspectives européennes...», pp. 34 ss.

⁸²¹ Assim, Béatrice BELDA, «L'innovante protection des droits du détenu...», p. 407.

susceptíveis de violarem o artigo 3.º da Convenção, durante o período de cerca de um ano e meio de reclusão no Estabelecimento Prisional de Lisboa (concretamente, sobrelotação, más condições sanitárias e de higiene, inexistência de sistema de aquecimento, má qualidade da alimentação e da roupa de cama). Invocava ainda a violação, por parte do Estado Português, do artigo 13.º da Convenção, com base na alegada inexistência, no plano nacional, de uma via de tutela em matéria de condições de detenção, queixando-se de não ter podido dispor de nenhum mecanismo interno efectivo para fazer valer a sua pretensão baseada na violação do artigo 3.º da CEDH. O processo veio a terminar por resolução amigável, pelo que o Tribunal não chegou a pronunciar-se sobre as violações alegadas.

Várias outras queixas apresentadas junto do TEDH relativas a condições materiais de detenção em estabelecimentos prisionais portugueses vêm sendo igualmente resolvidas por acordo, com a aceitação pelo TEDH e consequente arquivamento⁸²².

Contudo, o final de 2019 parece ter trazido o ponto de viragem, com o acórdão proferido no caso *Petrescu c. Portugal*, em 3-12-2019.

Numa queixa semelhante às acabadas de referenciar, um cidadão romeno, que cumprira pena de prisão em Portugal durante cerca de quatro anos, reputava ofensivas do artigo 3.º da Convenção as condições a que fora sujeito em dois estabelecimentos prisionais.

Embora também neste caso se tivesse alcançado um acordo de resolução amigável entre o queixoso e o Estado visado, desta vez o Tribunal decidiu não arquivar o processo, com base nas normas que lhe permitem prosseguir o exame da causa “se o respeito pelos direitos do homem garantidos na Convenção assim o exigir”⁸²³.

⁸²² Assim sucedeu, nomeadamente, nos seguintes casos, apreciados pelo TEDH em 2017 e 2018: *Bokor c. Portugal* (o requerente queixava-se, ao abrigo do art. 3.º da CEDH, das condições materiais de detenção no Estabelecimento Prisional de Lisboa, bem como de falta de acesso a médico durante um período de isolamento); *Butuc c. Portugal* (o requerente queixava-se, ao abrigo do art. 3.º da CEDH, das condições materiais de detenção no Estabelecimento Prisional anexo à Polícia Judiciária de Lisboa, alegando ainda falta de assistência médica adequada); *Patenaude c. Portugal* (o requerente queixava-se, ao abrigo do art. 3.º da CEDH, das condições materiais de detenção no Estabelecimento Prisional anexo à Polícia Judiciária de Lisboa e no Estabelecimento Prisional de Silves, alegando ainda falta de assistência médica adequada); *Dragan c. Portugal* e *Dumitru c. Portugal* (em ambos os casos, os requerentes queixavam-se, ao abrigo do art. 3.º da CEDH, das condições materiais de detenção no Estabelecimento Prisional anexo à Polícia Judiciária de Lisboa); *Annear c. Portugal* e *Popa c. Portugal* (em ambas as queixas estava em causa a alegada violação do art. 3.º da CEDH em virtude das condições de detenção em vários estabelecimentos prisionais portugueses). As decisões de arquivamento foram proferidas ao abrigo do §3 do art. 39.º da CEDH, que prevê que, *em caso de resolução amigável, o Tribunal arquivará o assunto, proferindo, para o efeito, uma decisão que conterà uma breve exposição dos factos e da solução adoptada.*

⁸²³ Nos termos das disposições conjugadas dos arts. 37.º e 39.º da CEDH.

Com efeito, o Tribunal, recordando que as recentes queixas relativas às condições materiais de detenção em Portugal haviam todas terminado por resolução amigável, considerou agora que, embora tal solução pudesse dar resposta à situação individual do requerente, estavam implicadas importantes questões que ultrapassavam essa situação individual: por um lado, a questão das vias de tutela disponíveis no plano nacional no que respeita às condições de detenção e, por outro lado, a existência verificada de um problema estrutural de sobrelotação em parte significativa dos estabelecimentos prisionais portugueses⁸²⁴.

Foi, pois, neste contexto que o Tribunal se debruçou, pela primeira vez, sobre a compatibilidade das condições materiais de vida nas prisões portuguesas com o artigo 3.º da Convenção e sobre a disponibilidade, para os reclusos que as sofram, de vias de tutela conformes às exigências do artigo 13.º.

Relativamente às condições de detenção sofridas pelo requerente no Estabelecimento Prisional anexo à Polícia Judiciária de Lisboa e, posteriormente, no Estabelecimento Prisional de Pinheiro da Cruz, o Tribunal, aplicando os critérios que estabelecera nos já analisados acórdãos *Muršić c. Croácia e Rezmiveš e outros c. Roménia*, deu razão ao requerente, considerando que a exiguidade do espaço individual nas celas onde este estivera alojado, a inexistência de sistema de aquecimento e a falta de privacidade decorrente da separação insuficiente das instalações sanitárias em relação ao restante espaço de alojamento, no caso de celas partilhadas, haviam constituído tratamentos desumanos e degradantes, proibidos pelo artigo 3.º da Convenção⁸²⁵.

No que respeita às vias de tutela internas, observe-se, em primeiro lugar, que o requerente não suscitava a violação do artigo 13.º; todavia, a questão acabou por ser tratada no contexto da verificação do cumprimento pelo queixoso do requisito do prévio esgotamento das vias de recurso internas. Com efeito, o requerente não havia procurado queixar-se das condições materiais de detenção a nível nacional, nem por vias administrativas, nem por vias judiciais, pelo que o Governo português invocou a falta de esgotamento das vias internas, impeditiva do conhecimento da questão pelo TEDH. O Tribunal, contudo, não considerou procedente a exceção, por entender que nenhum dos mecanismos invocados satisfazia as exigências convencionais, concluindo que o direito interno português não oferecia ao requerente um recurso de carácter preventivo

⁸²⁴ Cf. §§ 63-68 do Acórdão.

⁸²⁵ Cf. §§ 102 ss.

suficientemente acessível e efectivo para impedir a continuação da violação alegada ou para obter uma melhoria das suas condições de detenção⁸²⁶.

Assim, embora a decisão, tomada por unanimidade, se tenha limitado à declaração da violação do artigo 3.º no caso concreto e ao arbitramento ao requerente de uma quantia a título de compensação por danos não patrimoniais, o Tribunal não deixou de *recomendar*, no texto do acórdão, ao Estado português que pondere a adopção de medidas gerais, tendentes, por um lado, a garantir aos reclusos condições de detenção conformes ao artigo 3.º e, por outro lado, a oferecer-lhes um recurso que permita impedir a continuação de violações alegadas ou obter uma melhoria das suas condições de detenção⁸²⁷.

Mais recentemente, em 20-10-2020, no Acórdão *Bădulescu c. Portugal*, o Tribunal voltou a condenar o Estado português por violação do artigo 3.º, devido às más condições de detenção em que o queixoso cumpriu pena de prisão no Estabelecimento Prisional do Porto, tendo remetido para o exposto em *Petrescu* para considerar que não era possível concluir com grau de certeza suficiente que o direito português oferecesse ao interessado um recurso preventivo e/ou indemnizatório para as suas condições de detenção (§ 23).

Encontram-se em apreciação no Tribunal Europeu várias outras queixas de violação do artigo 3.º, relativas a más condições nos estabelecimentos prisionais portugueses (relacionadas, designadamente, com sobrelotação, condições de higiene e de saúde, alimentação, luminosidade, arejamento, aquecimento, comunicações com o exterior e transporte entre estabelecimentos), tendo o Governo português sido convidado a carrear informação acerca de tais condições e da disponibilidade, no plano interno, de um “recurso efectivo”, seja de cariz preventivo, seja de cariz compensatório, que permitisse aos requerentes queixarem-se de tais condições⁸²⁸.

Na Parte III, iremos analisar o quadro legal português com o objectivo de apurar se este dá cumprimento satisfatório ao artigo 13.º da Convenção, tal como vem sendo interpretado e aplicado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no que diz respeito à tutela de cidadãos sujeitos a privação da liberdade em condições susceptíveis de violar o artigo 3.º.

⁸²⁶ §84. Para uma análise de cada um dos mecanismos em causa, *vide infra*, Parte III, Cap. II, 3.4.

⁸²⁷ Cf. §117 do Acórdão.

⁸²⁸ Cf. *Cucicea c. Portugal*, Queixa n.º 41636/18, e 13 outras queixas, comunicadas em 29-8-2019.

Poder-se-á, contudo, entrever desde já que, se a CRP foi, como vimos, o motor da evolução do contencioso administrativo no sentido de uma tutela jurisdicional efectiva dos cidadãos, o TEDH, por seu turno, com base na jurisprudência que se acabou de descrever, poderá vir a constituir-se no motor de uma idêntica evolução para os cidadãos em situação de privação da liberdade.

3. União Europeia – um novo actor relevante em matéria de execução de penas?

Importa ainda considerar as eventuais implicações da integração na União Europeia, enquanto Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça – nomeadamente por via dos instrumentos de harmonização penal e de reconhecimento mútuo de decisões em matéria penal –, no desenvolvimento e na aproximação dos direitos penitenciários europeus.

É certo que a União Europeia não tem competências atribuídas em matéria penitenciária.

Contudo, a Carta dos Direitos Fundamentais da União – que, com o Tratado de Lisboa, passou a ter o mesmo valor jurídico que os Tratados⁸²⁹ – reconhece vários direitos relevantes em matéria de punição. A dignidade do ser humano é inviolável, devendo ser respeitada e protegida (artigo 1.º). Proíbe-se a pena de morte: ninguém pode ser condenado à pena de morte nem executado (artigo 2.º, n.º 2). Assegura-se o respeito pela integridade física e mental do ser humano (artigo 3.º). Proíbem-se a tortura e as penas ou tratamentos desumanos ou degradantes (artigo 4.º), estabelecendo-se ainda que ninguém pode ser extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito, em especial, a tratos desumanos ou degradantes (artigo 19.º, n.º 2). Ninguém pode ser constrangido a realizar trabalho forçado ou obrigatório (artigo 5.º). Protege-se o direito à liberdade e à segurança (artigo 6.º) e ao respeito pela vida privada e familiar (artigos 7.º e 9.º). Garante-se a igualdade perante a lei e proíbe-se a discriminação (artigos 20.º e 21.º). Prevê-se o princípio da legalidade das penas, que abrange a proibição da retroactividade e a aplicação de lei posterior mais favorável (artigo 49.º, n.º 1), bem como o princípio da proporcionalidade das penas em relação à infracção (artigo 49.º, n.º 3)⁸³⁰. Além disso, nos termos do artigo 47.º, toda a pessoa cujos direitos

⁸²⁹ Art. 6.º, n.º 1, do TUE.

⁸³⁰ V. também José Manuel VILALONGA, «A Carta dos Direitos Fundamentais e Direito Penal», pp. 755 ss., onde o Autor analisa os arts. 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 20.º, 47.º, 48.º, 49.º e 50.º da Carta, comparando-os com os correspondentes artigos da Constituição da República Portuguesa.

e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal, com respeito pelos princípios do processo equitativo. Qualquer restrição ao exercício destes direitos está sujeita aos princípios da legalidade e da proporcionalidade (artigo 52.º, n.º 1).

É notória a correspondência de vários dos direitos citados com direitos reconhecidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Saliente-se que, nos termos do artigo 52.º, n.º 3, da Carta, na medida em que esta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela CEDH, *o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção*, sem que tal obste a que o direito da União confira uma protecção mais ampla.

Repare-se, em especial, na correspondência entre o artigo 47.º da Carta e o artigo 13.º da Convenção (direito a um recurso efectivo), com a diferença relevante de, no caso da Carta, se prever expressamente que o mecanismo de tutela a disponibilizar aos cidadãos em caso de violação dos seus direitos deve ser de carácter judicial⁸³¹.

Ora, este conjunto de direitos vincula não só as instituições, órgãos e organismos da União mas também os Estados-Membros, quando apliquem o direito da União (artigo 51.º, n.º 1). E do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros (artigo 6.º, n.º 3, do TUE). Resulta assim clara a relevância da aferição do respeito por aqueles direitos fundamentais por parte dos Estados-Membros, nomeadamente no quadro do funcionamento dos mecanismos europeus de cooperação judiciária em matéria penal.

De facto, a constituição da União Europeia como um “espaço de liberdade, segurança e justiça”, iniciada com o Tratado de Amesterdão e aprofundada no Tratado de Lisboa⁸³², tem privilegiado o reconhecimento mútuo de decisões judiciais como base da cooperação em matéria penal⁸³³. Exemplos de mecanismos baseados no

⁸³¹ Mais aprofundadamente sobre as semelhanças e diferenças entre o art. 47.º da Carta e o art. 13.º da Convenção, Patrícia Fragoso MARTINS, «Recurso efectivo a nível interno», pp. 2581 ss.

⁸³² Cf. art. 3.º, n.º 2, do TUE e 67.º ss. do TFUE.

⁸³³ Cf. art. 82.º, n.º 1, do TFUE. Através dos mecanismos de reconhecimento mútuo, os Estados reconhecem reciprocamente a validade de actos (*maxime*, decisões judiciais) praticados por outro Estado, executando-os se necessário. Em princípio, este reconhecimento deverá ser automático ou quase automático, implicar poucas formalidades e produzir efeitos equivalentes aos que teria uma decisão judicial nacional. Foi o Conselho Europeu de Tampere, realizado em 1999, que “transformou” o reconhecimento mútuo na futura “pedra angular” da cooperação penal europeia. O que se visava era substituir progressivamente a cooperação judiciária clássica por mecanismos que permitissem que as decisões proferidas num Estado-Membro fossem reconhecidas e executadas em qualquer dos outros Estados-Membros, o mais automaticamente possível. Uma decisão tomada num Estado-Membro teria,

reconhecimento mútuo são, para o que neste trabalho mais releva, o mandado de detenção europeu⁸³⁴ e o reconhecimento e a execução de sentenças em matéria penal que imponham penas ou outras medidas privativas de liberdade⁸³⁵.

A ideia do reconhecimento mútuo tem como pressuposto a confiança mútua nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros; sem uma confiança recíproca, sustentada no reconhecimento de que cada um dos outros Estados-Membros se rege por princípios e *standards* comuns, dificilmente os Estados estarão dispostos a dar cumprimento às decisões dos demais.

Ora, não estando a matéria da execução das penas abrangida pelas competências de harmonização da União Europeia⁸³⁶, nem tendo sido objecto, por alguma outra via, nomeadamente convencional, da adopção de normas mínimas comuns vinculativas, falta uma base jurídica comum sobre a qual se possa construir essa confiança. Pelo contrário, o conhecimento de graves problemas nos sistemas prisionais de numerosos Estados-Membros – nomeadamente, mas não só, de sobrelotação e de condições de detenção passíveis de serem consideradas desumanas ou degradantes – inviabiliza mesmo, em muitos casos, tal confiança.

Corre-se, pois, o risco (que, como veremos, já se tem materializado) de que os Estados-Membros se mostrem relutantes em executar um mandado de detenção ou um pedido de transmissão de sentença penal, sabendo que, no Estado-Membro de emissão, a execução das penas ou medidas privativas da liberdade não respeita os padrões mínimos estabelecidos pelas Regras Penitenciárias Europeias. Ou de que os cidadãos objecto de tais pedidos invoquem, perante os tribunais do Estado-Membro de execução, que existe um risco de serem sujeitos a tratamentos desumanos ou degradantes caso sejam entregues ou transferidos para o Estado-Membro de emissão.

O receio de que as deficiências no respeito pelos direitos fundamentais das pessoas privadas da liberdade constituam um entrave ao funcionamento da União como

idealmente, um efeito pleno e directo em toda a União (falando-se mesmo em “livre circulação de decisões judiciais”). A ideia fundamental na base deste mecanismo é que, ainda que um Estado possa não tratar uma determinada questão de forma igual ou análoga à forma como é tratada em outro Estado, os resultados devem ser considerados equivalentes. É, portanto, uma ideia de confiança mútua que lhe subjaz.

⁸³⁴ Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13-6-2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros (JO L 190, de 18-7-2002, pp. 1 ss.), alterada pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26-2-2009 (JO L 81, de 27-3-2009, pp. 24 ss.).

⁸³⁵ Decisão-Quadro 2008/909/JAI do Conselho, de 27-11-2008, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sentenças em matéria penal que imponham penas ou outras medidas privativas de liberdade para efeitos da execução dessas sentenças na União Europeia (JO L 327, de 5-12-2008, pp. 27 ss.), alterada pela referida Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26-2-2009.

⁸³⁶ Cf. arts. 82.º, n.º 2, e 83.º do TFUE.

“espaço de liberdade, segurança e justiça” é de há muito evidenciado em documentos das instituições europeias.

O Parlamento Europeu aprovou sucessivas recomendações e resoluções sobre as condições de detenção na União Europeia. Nelas, tem considerado muito preocupante a situação dos estabelecimentos prisionais na Europa e exortado os Estados-Membros à tomada de medidas urgentes para a melhoria das condições de privação da liberdade e para assegurar o cumprimento generalizado das Regras Penitenciárias Europeias⁸³⁷. Tem também apelado à adopção de normas mínimas em matéria penitenciária no quadro da União, referindo-se inicialmente à adopção de uma decisão-quadro e mais tarde à apresentação de uma proposta legislativa⁸³⁸. Chegou mesmo a recomendar ao Conselho que apoiasse, com base numa contribuição comum dos Estados-Membros da UE, a iniciativa, então lançada na Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, de

⁸³⁷ Exemplificativamente, *Resolução sobre o respeito pelos Direitos do Homem na União Europeia* (1995), JO C 132, 28-4-1997, pp. 31 ss., pontos 67, 68; *Resolução sobre as más condições de detenção nas prisões da União Europeia*, JO C 32, 5-2-1996, pp. 102 ss., ponto 1; *Resolução sobre o respeito pelos Direitos do Homem na União Europeia* (1997), JO C 98, 9-4-1999, pp. 279 ss., ponto 80; *Resolução do Parlamento Europeu, de 13-3-2008, sobre a situação particular das mulheres na prisão e o impacto da detenção dos pais para a vida social e familiar*, JO C 66E, 20-3-2009, pp. 49 ss., ponto 2; *Resolução do Parlamento Europeu, de 15-12-2011, sobre as condições de detenção na UE*, JO C 168E, 14-6-2013, pp. 82 ss., ponto 1; *Resolução do Parlamento Europeu, de 2-4-2014, sobre a revisão intercalar do Programa de Estocolmo*, JO C 408, 30-11-2017, pp. 8 ss., ponto 49. Na *Resolução do Parlamento Europeu, de 5-10-2017, sobre os sistemas e condições prisionais*, JO C 346, 27-9-2018, pp. 94 ss., este volta a considerar que, “embora as condições de detenção e a gestão das prisões sejam da responsabilidade dos Estados-Membros, a UE também desempenha um papel necessário na salvaguarda dos direitos fundamentais dos detidos e na criação do espaço europeu de liberdade, de segurança e de justiça” (considerando B), insta os Estados-Membros a darem cumprimento aos instrumentos internacionais sobre a matéria e dirige-lhes numerosas recomendações concretas com vista à melhoria dos seus sistemas penitenciários.

⁸³⁸ Entre outras iniciativas, *Resolução do Parlamento Europeu sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia* (2002), JO C 76E, 25-3-2004, pp. 412 ss., ponto 22 (“o Parlamento Europeu [...] considera, de um modo geral, que num espaço europeu de liberdade, de segurança e de justiça é necessário mobilizar igualmente as capacidades europeias para melhorar o funcionamento do sistema policial e prisional, por exemplo: [...] publicando uma decisão-quadro sobre as normas mínimas de protecção dos direitos dos detidos na União Europeia”); *Resolução do Parlamento Europeu, de 13-3-2008, sobre a situação particular das mulheres na prisão e o impacto da detenção dos pais para a vida social e familiar*, JO C 66E, 20-3-2009, pp. 49 ss., ponto 2; *Resolução do Parlamento Europeu, de 15-12-2011, sobre as condições de detenção na UE*, JO C 168E, 14-6-2013, pp. 82 ss., ponto 4 (o Parlamento “exorta a Comissão e as instituições da UE a apresentarem uma proposta legislativa sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade, inclusive as identificadas pelo PE nas suas resoluções e recomendações, a desenvolverem e a implementarem normas mínimas para as condições de prisão e detenção, bem como normas uniformes de indemnização para as pessoas injustamente detidas ou condenadas; insta a Comissão e os Estados-Membros a darem prioridade a esta questão na sua agenda política e a atribuírem recursos humanos e financeiros adequados para corrigir a situação”); *Resolução do Parlamento Europeu, de 12-12-2012, sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia (2010-2011)*, JO C 434, 23-12-2015, pp. 64 ss., ponto 188 (“solicita a implementação dos pedidos incluídos na sua resolução de 15 de Dezembro de 2011 sobre as condições de detenção na UE e, nomeadamente, a adopção de uma iniciativa legislativa sobre normas mínimas de detenção comuns na União Europeia, bem como mecanismos de controlo adequado”).

elaboração de uma Carta Penitenciária Europeia⁸³⁹; e que, caso essa iniciativa não desse frutos, desencadeasse a elaboração, no quadro da União, de uma Carta dos direitos das pessoas privadas de liberdade, vinculativa para os Estados-Membros e susceptível de invocação perante o Tribunal de Justiça⁸⁴⁰.

O Conselho Europeu, no “Programa de Estocolmo”, que aprovou em 2009 tendo em vista a entrada em vigor do Tratado de Lisboa⁸⁴¹, demonstrou empenho em que as vantagens da construção e do aprofundamento do Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça sejam “tangíveis”. Os principais objectivos enunciados são a protecção dos direitos fundamentais, o acesso à justiça, a eliminação de obstáculos ao reconhecimento de decisões em outros Estados-Membros e a garantia da segurança dos cidadãos contra a criminalidade. Na linha do Conselho Europeu de Tampere, a via a seguir é a do reconhecimento mútuo, devendo a União “continuar a reforçar a confiança mútua nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, estabelecendo direitos mínimos como condição necessária para o desenvolvimento do princípio do reconhecimento mútuo e estabelecendo regras mínimas relativas à definição de infracções penais e sanções, tal como definido no Tratado. O espaço judiciário europeu deve também permitir aos cidadãos fazer valer os seus direitos em toda a União, aumentando de forma

⁸³⁹ Na sua Recomendação 1656 (2004), relativa à situação das prisões e centros de detenção europeus, a Assembleia Parlamentar recomendou ao Comité de Ministros a elaboração, em conjugação com a União Europeia, de uma Carta Penitenciária Europeia, contendo normas vinculativas para os Estados Partes. O Comité de Ministros, contudo, não aceitou o repto, tendo optado por reenviar para os trabalhos em curso de actualização das Regras Penitenciárias Europeias (Resposta do Comité de Ministros, Doc. 10210, 16-6-2004). Aprovadas as *Regras* revistas, a Assembleia Parlamentar adoptou nova Recomendação, 1747(2006), reafirmando a necessidade de uma carta vinculativa e dotada de um mecanismo de controlo eficaz, considerando a situação preocupante das prisões em vários países europeus e dado o carácter não vinculativo das *Regras*. Recomendou, pois, ao Comité de Ministros a elaboração de uma convenção relativa ao tratamento dos reclusos, em colaboração com a UE, baseada no texto do projecto de *Carta Penitenciária Europeia* entretanto preparado (Doc. n.º 10922, adoptado em 13-4-2006). O Comité de Ministros, porém, mais uma vez, rejeitou a ideia, considerando-a irrealista, uma vez que seria difícil os Estados Partes alcançarem consenso em relação a muitas das normas, com o risco de o instrumento ficar reduzido a um número muito limitado de regras vinculativas (Doc. n.º 11041, 2-10-2006). Os documentos citados estão disponíveis em www.assembly.coe.int, últ. acesso 7-10-2019.

⁸⁴⁰ *Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho sobre os direitos dos reclusos na União Europeia*, JO C 102E, 28-4-2004, pp. 154 ss., ponto 1, b) e d). Nos respectivos considerandos, observa-se que “a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo das decisões em matéria penal e a entrada em vigor do mandado de detenção europeu exigem medidas complementares urgentes nos domínios da protecção efectiva dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais” (considerando B) e recorda-se “os repetidos pedidos apresentados à Comissão e ao Conselho para que proponham uma decisão-quadro relativa aos direitos dos reclusos” (travessão 8.º prévio aos considerandos). É interessante notar a articulação que o Parlamento faz das suas recomendações com os instrumentos internacionais pertinentes: nos considerandos desta e de outras Recomendações, invoca os textos da União Europeia relativos à protecção dos direitos humanos (nomeadamente os arts. 6.º e 7.º do TUE e a Carta dos Direitos Fundamentais, em especial o art. 4.º), os instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos e à proibição da tortura e das penas ou tratamentos desumanos ou degradantes e ainda numerosos instrumentos de *soft law* da União Europeia, do Conselho da Europa e das Nações Unidas.

⁸⁴¹ «Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos», JO C 115, de 4-5-2010, pp. 1 ss.

significativa o conhecimento dos direitos e facilitando o acesso à justiça” (ponto 3). A aproximação das legislações penais parece, pois, ser encarada sobretudo como instrumental do funcionamento eficaz do reconhecimento mútuo.

Um aspecto a salientar no Programa é a preocupação manifestada com as condições de detenção e com a promoção de alternativas à privação da liberdade: o reforço da confiança mútua e do funcionamento do reconhecimento mútuo deve incidir também sobre a prisão, devendo promover-se a aplicação das Regras Penitenciárias Europeias do Conselho da Europa e o intercâmbio de boas práticas de gestão penitenciária (3.2.6). A Comissão é convidada a reflectir sobre a detenção e questões conexas no âmbito das possibilidades oferecidas pelo Tratado de Lisboa.

Na sequência da aprovação do Programa de Estocolmo, o Parlamento Europeu voltou a insistir no apelo à adopção de normas mínimas sobre as condições de detenção e de um conjunto de direitos comuns dos detidos na União, como base para a construção de um espaço comum de justiça penal⁸⁴².

A Comissão Europeia dedicou então um *Livro Verde* ao problema, visando examinar até que ponto as questões ligadas à privação da liberdade têm impacto na confiança mútua e, por conseguinte, no reconhecimento mútuo e na cooperação judiciária em geral na União Europeia⁸⁴³. Reconhecendo que as condições de detenção e a gestão das prisões são matéria da responsabilidade dos Estados-Membros, a Comissão justifica o interesse nessa questão com a “importância crucial do princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais para o espaço de liberdade, segurança e

⁸⁴² *Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de Novembro de 2009, sobre a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – Um espaço de liberdade, de segurança e de justiça ao serviço dos cidadãos – Programa de Estocolmo*, JO C 285E, 21-10-2010, pp. 12 ss., ponto 112, onde o Parlamento “solicita a construção de um espaço europeu da Justiça penal baseado no respeito dos direitos fundamentais, no princípio do reconhecimento mútuo e na necessidade de manter a coerência dos sistemas nacionais de direito, e que deve ser desenvolvido através de: [...] normas mínimas em matéria de condições de prisão e detenção e um conjunto comum de direitos dos reclusos na UE, incluindo normas adequadas em matéria de compensação para pessoas que tenham sido detidas ou condenadas sem justa causa, promovido pela celebração de acordos entre a UE e países terceiros em matéria de regresso dos seus nacionais condenados, a plena aplicação da Decisão-Quadro 2008/909/JAI do Conselho, de 27 de Novembro de 2008, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sentenças em matéria penal que imponham penas ou outras medidas privativas de liberdade para efeitos da execução dessas sentenças na União Europeia, e a concessão de financiamento da UE suficiente para efeitos de construção, no contexto de planos de segurança regionais, de novos centros de detenção nos Estados-Membros afectados por sobrepopulação penitenciária, bem como a implementação de programas de reinserção social”.

⁸⁴³ «Reforçar a confiança mútua no espaço judiciário europeu – Livro Verde sobre a aplicação da legislação penal da UE no domínio da detenção», de 14-6-2011, COM(2011) 327 final, n.º CELEX 52011DC0327. Para efeitos deste documento, considera-se «detenção» a medida ordenada em conformidade com o art. 5.º, n.º 1, a), b) e c), da CEDH na sequência de uma infracção penal, ou seja, abrange-se a detenção, a prisão preventiva e a pena de prisão. Os excertos citados de seguida no texto pertencem às pp. 2-4.

justiça”, admitindo que “uma série de instrumentos de reconhecimento mútuo são potencialmente afectados pela questão das condições de detenção”. Na perspectiva da Comissão, “as questões ligadas à detenção enquadram-se nas competências da União Europeia, dado que, por um lado, representam um aspecto relevante dos direitos que devem ser assegurados para promover a confiança mútua e garantir o bom funcionamento dos instrumentos de reconhecimento mútuo e, por outro, a União Europeia tem determinados valores a respeitar”.

Os aludidos riscos de que as deficiências nos sistemas prisionais dos Estados-Membros pudessem constituir um entrave à cooperação baseada no reconhecimento mútuo vieram efectivamente a materializar-se, tendo-se verificado situações de relutância das autoridades judiciais de Estados-Membros em reconhecerem e executarem decisões de outros Estados-Membros por falta de confiança no respeito pelos direitos fundamentais das pessoas visadas nessas decisões. Tais situações conduziram, por via do mecanismo do reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União, a desenvolvimentos jurisprudenciais com muita relevância.

3.1. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Na origem do acórdão proferido nos casos apensos *Aranyosi e Căldăraru* estiveram dois pedidos de decisão prejudicial apresentados por um tribunal alemão, em sede de procedimento de execução de dois mandados de detenção europeus, emitidos, respectivamente, pela Hungria e pela Roménia. O tribunal tinha dúvidas quanto à licitude da entrega, atentos os indícios probatórios de que os cidadãos em causa correriam o risco de ser sujeitos a condições de detenção que violariam o artigo 3.º da CEDH e os direitos fundamentais reconhecidos no artigo 6.º do TUE. Tais indícios residiam nos acórdãos do TEDH, já analisados, que consideraram que os sistemas prisionais de ambos os Estados-Membros enfermavam de problemas sistémicos, potenciadores de violações do artigo 3.º da CEDH, bem como nos relatórios do CPT relativos a ambos os países.

O TJUE, no seu acórdão proferido em 5 de Abril de 2016⁸⁴⁴, reconheceu que a execução de um mandado de detenção europeu “não pode conduzir a um trato desumano ou degradante” da pessoa a entregar (§ 88). Entendeu, todavia, que a verificação da existência de um risco real de trato desumano ou degradante em razão das condições *gerais* de detenção no Estado-Membro de emissão não pode conduzir,

⁸⁴⁴Proc. apensos C-404/15 e C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru*.

enquanto tal, à recusa da execução de um mandado de detenção europeu, sendo necessário, num segundo momento, apurar se, concretamente, existem motivos sérios e comprovados para considerar que a pessoa em causa correrá esse risco em razão das condições de detenção que se prevê aplicar-lhe no Estado-Membro de emissão (§§ 91, 92).

Determinou, assim, que a decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu deve ser interpretada “no sentido de que, perante elementos objectivos, fiáveis, precisos e devidamente actualizados que confirmem a existência de deficiências, quer sejam sistémicas ou generalizadas, quer afectem determinados grupos de pessoas ou ainda determinados centros de detenção, no que respeita 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 comprovados para considerar que a pessoa objecto de um mandado de detenção europeu, emitido para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de uma pena privativa de liberdade, correrá, em razão das condições da sua detenção nesse Estado-Membro, um risco real de trato desumano ou degradante, na acepção do artigo 4.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em caso de entrega ao referido Estado-Membro. Para o efeito, deve pedir o fornecimento de informações complementares à autoridade judiciária de emissão, que [...] deve comunicar essas informações no prazo fixado nesse pedido. A autoridade judiciária de execução deve adiar a sua decisão quanto à entrega da pessoa em causa até obter as informações complementares que lhe permitam afastar a existência de tal risco. Se a existência desse risco não puder ser afastada num prazo razoável, esta autoridade deve decidir se há que pôr termo ao processo de entrega”.

Ao assim decidir em *Aranyosi e Căldăraru* – e pese embora a formulação algo ambígua da parte final da decisão, geradora de incerteza quanto ao desfecho do processo de entrega nos casos em que a existência do risco não é afastada⁸⁴⁵ –, o TJUE admitiu que, em circunstâncias excepcionais, o princípio do reconhecimento mútuo pode ser limitado. Fica assim claro que o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça não pode funcionar com base num sistema de reconhecimento mútuo automático, fundado numa confiança “cega” entre os Estados-Membros⁸⁴⁶.

⁸⁴⁵ Sobre este ponto e para uma síntese das demais dúvidas, de cariz operacional e pragmático, quanto às consequências da aplicação do procedimento instituído pelo TJUE, P. CAEIRO/S. Fidalgo/J. Prata Rodrigues, «The evolving notion of mutual recognition in the CJEU’s case law on detention», p. 12.

⁸⁴⁶ Como nota V. MITSILEGAS, «European Criminal Law After Brexit», p. 232, o importante significado deste acórdão reside “não só na afirmação, pela primeira vez, de que a execução de um mandado pode ser recusada em certas circunstâncias, mas também na recusa de um sistema de reconhecimento mútuo baseada na automaticidade e na confiança cega: o respeito pelos direitos humanos deve ser aferido no

Esta jurisprudência foi saudada na doutrina como um passo muito relevante no sentido da prevalência dos direitos fundamentais sobre o funcionamento eficaz da cooperação baseada no reconhecimento mútuo⁸⁴⁷. Apesar das cautelas que o TJUE não deixou de adoptar (ao não consagrar um motivo geral de recusa; ao afirmar que não basta a verificação da existência de um problema geral, antes devendo confirmar-se a existência de um risco concreto; ao determinar um procedimento de diálogo e eventual adiamento da decisão de execução e não uma recusa liminar⁸⁴⁸), o Tribunal reconheceu que a confiança mútua em que se baseia a cooperação não pode ser meramente formal, desligada do real conhecimento da situação vigente nos Estados envolvidos⁸⁴⁹.

Pedro Caeiro/Sónia Fidalgo/João Prata Rodrigues salientam, como importantes conclusões a retirar desta jurisprudência, que a protecção dos direitos individuais pode constituir um obstáculo real à entrega no quadro do mandado de detenção europeu; que a presunção em que se sustenta a confiança mútua (e portanto o reconhecimento mútuo) pode ser ilidida; e que a confiança não se refere aos ordenamentos jurídicos nacionais, mas à *prática* das respectivas autoridades⁸⁵⁰.

Observam, além disso, que este acórdão apartou o reconhecimento mútuo da exclusiva protecção do Estado de emissão, tornando-o um princípio neutro (“*neutral governance principle*”), que abrange a protecção de outras matérias relevantes para a União, como os direitos individuais, e que vincula os Estados-Membros ao reconhecimento dos interesses dos demais num quadro comum de valores, independentemente de isso conduzir ou não à efectiva execução das decisões do Estado emitente. Na perspectiva dos Autores, “reconhecimento” não significa “execução cega” em troca de uma garantia implícita de reciprocidade, antes representa a assunção de um

terreno e com base em provas concretas”. Este acórdão contrasta com as anteriores tomadas de posição do TJUE, nas quais, numa descrição do mesmo Autor, uma apreciação casuística e individualizada das implicações da execução de um instrumento de reconhecimento mútuo para os direitos humanos era sacrificada em nome de uma confiança mútua acrítica e presumida – o que afrontava claramente a protecção efectiva dos direitos fundamentais na União Europeia e corria o risco de resultar numa protecção de direitos fundamentais mais baixa nos sistemas de cooperação no seio da UE em comparação com o nível de protecção oferecido pelo TEDH (*idem*, «The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe’s Area of Criminal Justice», pp. 465 ss.).

⁸⁴⁷ Exemplificativamente, P. CAEIRO/S. Fidalgo/J. Prata Rodrigues, «The evolving notion of mutual recognition in the CJEU’s case law on detention», pp. 11 ss.; WILLEMS, «Improving detention conditions in the EU – Aranyosi’s Contribution», pp. 5 ss.

⁸⁴⁸ Salientando estas manifestações da preocupação do TJUE em alcançar um compromisso entre a preservação da eficácia do reconhecimento mútuo e a recusa de uma confiança cega, WILLEMS, «Improving detention conditions in the EU – Aranyosi’s Contribution», p. 10.

⁸⁴⁹ WILLEMS, «Improving detention conditions in the EU – Aranyosi’s Contribution», p. 10; P. CAEIRO/S. Fidalgo/J. Prata Rodrigues, «The evolving notion of mutual recognition in the CJEU’s case law on detention», p. 13.

⁸⁵⁰ *Ibidem*, p. 13.

especial dever de cooperar *porque* a autoridade de execução pertence a um ambiente jurídico-político integrado, ligado por normas e políticas comuns, cujo cumprimento é assegurado por uma autoridade dotada de primazia, a UE⁸⁵¹.

Dando mais um passo no sentido desta concepção, o Tribunal de Justiça afirmou claramente, no recente Acórdão *Dorobantu*, de 15-10-2019, que o carácter absoluto da proibição de tratamentos desumanos ou degradantes obsta a que possam sobrepor-se-lhe considerações relativas à eficácia da cooperação judiciária em matéria penal e aos princípios da confiança e do reconhecimento mútuos, pelo que a necessidade de garantir que a pessoa em causa não será sujeita a tais tratamentos justifica, excepcionalmente, uma limitação dos princípios da confiança e do reconhecimento mútuos⁸⁵².

Com interesse para a presente investigação, importa questionar até que ponto a jurisprudência *Aranyosi e Căldăraru* será extensível a situações em que, no Estado-Membro para onde a pessoa em causa deve ser transferida, existe um risco real de violação de *outros direitos fundamentais* para além do direito a não ser submetido a tratamentos ou penas desumanos ou degradantes, em particular *o direito de acesso a um tribunal* para obter tutela em caso de violação de direitos e liberdades garantidos pelo direito da União.

Cabe também indagar em que medida a existência, no plano nacional, de meios efectivos de tutela dos direitos das pessoas privadas da liberdade pode relevar para o funcionamento dos mecanismos de reconhecimento mútuo, baseados na confiança mútua.

Jurisprudência posterior do Tribunal de Justiça veio contribuir para a resposta a estas questões.

Quanto à primeira questão que formulámos, no acórdão *LM/Minister for Justice and Equality*, de 25-7-2018⁸⁵³, o Tribunal aplicou, por analogia⁸⁵⁴, a jurisprudência *Aranyosi e Căldăraru* aos casos de existência de um risco real de que a pessoa a entregar sofra uma violação do *direito fundamental a um processo equitativo*, reconhecido no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais.

O acórdão foi proferido em resposta a um pedido de decisão prejudicial formulado por um tribunal superior irlandês, no âmbito da execução, na Irlanda, de mandados de detenção emitidos pelas autoridades judiciárias polacas com vista à

⁸⁵¹ *Ibidem*, p. 14.

⁸⁵² §§82-84 do Acórdão.

⁸⁵³ Proc. C-216/18 PPU, *LM/Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*.

⁸⁵⁴ Cf. §§60, 62 e 68.

entrega de um cidadão para procedimento criminal. Opondo-se à entrega, o cidadão alegou que tal o exporia a um risco real de denegação de justiça, tendo em conta a situação vigente na Polónia (designadamente, a inexistência de fiscalização constitucional independente e legítima e os atentados à independência dos órgãos jurisdicionais comuns). O tribunal de reenvio questionava se, tendo a autoridade de execução concluído existirem provas sólidas de que as condições no Estado-Membro de emissão são incompatíveis com o direito fundamental a um processo equitativo, porque o próprio sistema judicial do Estado-Membro de emissão já não funciona em conformidade com o princípio do Estado de direito, seria ainda necessário apreciar, na linha do teste de duas fases estabelecido em *Aranyosi*, de forma concreta e precisa, se a pessoa em causa estava sujeita a um risco real de um processo não equitativo.

O Tribunal reiterou que, como afirmara em *Aranyosi e Căldăraru*, é de admitir a possibilidade de limitar os princípios do reconhecimento e da confiança mútuos entre Estados-Membros “em circunstâncias excepcionais” (§ 43). Afirmou que “o elevado grau de confiança entre os Estados-Membros, no qual se baseia o mecanismo do mandado de detenção europeu [se funda] na premissa segundo a qual os órgãos jurisdicionais penais dos restantes Estados-Membros [...] satisfazem as exigências de uma protecção jurisdicional efectiva, entre as quais figuram, designadamente, a independência e a imparcialidade dos referidos órgãos jurisdicionais. Deve, por conseguinte, considerar-se que a existência de um risco real de que a pessoa contra quem foi emitido um mandado de detenção europeu sofra, em caso de entrega à autoridade judiciária de emissão, uma violação do seu direito fundamental a um tribunal independente e, portanto, do conteúdo essencial do seu direito fundamental a um processo equitativo, garantido pelo artigo 47.º, segundo parágrafo, da Carta, é susceptível de permitir à autoridade judiciária de execução não dar, a título excepcional, seguimento a esse mandado de detenção europeu”⁸⁵⁵.

O Tribunal decidiu, por conseguinte, que as disposições da decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu devem ser interpretadas no sentido de que, quando a autoridade judiciária de execução dispõe de elementos objectivos, fiáveis, precisos e devidamente actualizados sobre o funcionamento do sistema judicial no Estado-Membro de emissão (podendo tais elementos consistir numa proposta fundamentada da Comissão ao Conselho adoptada em aplicação do artigo 7.º, n.º 1, do TUE), que parecem demonstrar a existência de um risco real de violação do direito fundamental a um processo equitativo garantido pelo artigo 47.º, n.º 2, da Carta dos

⁸⁵⁵ §§58-59.

Direitos Fundamentais, em razão de falhas sistémicas ou generalizadas no que respeita à independência do poder judicial do Estado-Membro de emissão, a referida autoridade deve verificar, de maneira concreta e precisa, tendo em conta a situação pessoal do indivíduo, a natureza da infracção pela qual é solicitada a entrega e o contexto factual que estão na base do mandado de detenção europeu, e tendo em conta as informações prestadas pelo Estado-Membro de emissão, se existem motivos sérios e comprovados para acreditar que a referida pessoa correrá esse risco em caso de entrega⁸⁵⁶. Na hipótese de as informações prestadas pela autoridade judiciária de emissão não levarem esta última a afastar a existência de um risco real de que a pessoa em causa sofra, no referido Estado-Membro, uma violação do seu direito fundamental a um tribunal independente e, portanto, do conteúdo essencial do seu direito fundamental a um processo equitativo, a autoridade judiciária de execução não deve dar seguimento ao mandado de detenção europeu⁸⁵⁷. Como comenta Valsamis Mitsilegas, este acórdão assume um significado de longo alcance, abrindo caminho para um escrutínio sobre o Estado de direito e os direitos fundamentais nos Estados-Membros, deixando claro que tal escrutínio não se limita à proibição de penas e tratamentos desumanos e degradantes, estendendo-se a outros direitos, como o acesso a um tribunal e o direito a um processo equitativo⁸⁵⁸.

Relativamente à segunda questão acima formulada – da relevância para o funcionamento do reconhecimento mútuo da existência, no Estado de emissão, de meios efectivos de tutela dos direitos das pessoas privadas da liberdade –, foi afluída no acórdão *Aranyosi*, onde ficou dito que, “caso as informações recebidas [...] da autoridade judiciária de emissão conduzirem ao afastamento da existência de um risco real de que a pessoa em causa seja objecto de um trato desumano ou degradante no Estado-Membro de emissão, a autoridade judiciária de execução deve adoptar, nos prazos previstos pela decisão-quadro, a sua decisão sobre a execução do mandado de detenção europeu, sem prejuízo da possibilidade de a pessoa em causa, uma vez entregue, explorar, na ordem jurídica do Estado-Membro de emissão, as vias de recurso que lhe permitem contestar, se for caso disso, a legalidade das condições da sua detenção num estabelecimento penitenciário desse Estado-Membro” (§ 103).

⁸⁵⁶ §§60 ss.

⁸⁵⁷ §78.

⁸⁵⁸ V. MITSILEGAS, «Resetting the Parameters of Mutual Trust: From *Aranyosi* to *LM*», p. 435.

Posteriormente, no caso *ML/Generalstaatsanwaltschaft*⁸⁵⁹, o órgão de reenvio questionou especificamente o Tribunal de Justiça sobre se a existência de uma via de recurso interna que permite aos reclusos contestar a legalidade das suas condições de detenção é apta a excluir o risco de tratamento desumano ou degradante.

Estava em causa a execução, na Alemanha, de um mandado de detenção europeu emitido por um tribunal da Hungria com vista à entrega de um cidadão para cumprimento de pena de prisão neste país. Na sua resposta ao pedido de informações complementares, as autoridades húngaras haviam informado o tribunal alemão das medidas adoptadas no seguimento do acórdão-piloto *Varga e outros c. Hungria*⁸⁶⁰, nomeadamente a alteração legislativa que introduzira mecanismos de cariz preventivo e compensatório de reacção contra condições de detenção deficientes. Perante esta informação, o tribunal de reenvio questionou o TJUE sobre a relevância daqueles meios internos de tutela (meios considerados pelo TEDH, em princípio, satisfatórios⁸⁶¹), nomeadamente se a sua disponibilidade é apta a excluir a existência de risco real de tratamento desumano ou degradante.

No acórdão, proferido em 25 de Julho de 2018, o Tribunal de Justiça, reiterando a sua jurisprudência do caso *Aranyosi* – nomeadamente, a exigência do duplo teste que assegure a verificação não só dos riscos decorrentes das condições gerais de detenção no Estado-Membro de emissão mas também dos riscos no caso concreto, tendo em conta as condições de detenção que se prevê aplicar à pessoa em causa –, afirmou que “essa via de recurso, embora possa constituir uma acção perante um tribunal, na acepção do artigo 47.º da Carta, não basta, por si só, para excluir a existência de um risco real de a pessoa em causa ser objecto de um tratamento desumano ou degradante no Estado-Membro de emissão, na acepção do artigo 4.º da Carta. Com efeito, embora essa fiscalização jurisdicional *a posteriori* das condições de detenção no Estado-Membro de emissão constitua uma evolução importante passível de contribuir para incentivar as autoridades desse Estado-Membro a melhorar essas condições e que, portanto, pode ser tida em conta pelas autoridades judiciárias de execução quando da avaliação global das condições de detenção da pessoa sobre a qual recai um mandado de detenção europeu para decidir da sua entrega, não é, por si só, susceptível de excluir o risco de essa pessoa ser, na sequência da sua entrega, sujeita a um tratamento incompatível com o artigo 4.º da Carta devido às condições da sua detenção. Por

⁸⁵⁹ Ac. de 25-7-2018, Proc. C-220/18 PPU, *ML/Generalstaatsanwaltschaft (Conditions de détention en Hongrie)*.

⁸⁶⁰ Já tratado *supra*, 2.2., sendo as medidas adoptadas pela Hungria descritas *infra*, Parte IV, Cap. V, 2.

⁸⁶¹ O tribunal de reenvio refere-se à Dec. *Domján c. Hungria*, do TEDH, já aludida (n. 820).

consequente, mesmo que o Estado-Membro de emissão preveja vias de recurso que permitam fiscalizar a legalidade das condições de detenção à luz dos direitos fundamentais, as autoridades judiciárias de execução continuam a ter de proceder a um exame individual da situação de cada pessoa em causa, a fim de se certificarem de que a decisão relativa à entrega dessa pessoa não a fará correr o risco real, devido às referidas condições, de sofrer um tratamento desumano ou degradante, na acepção dessa disposição⁸⁶².

O Tribunal não deixou, porém, de vincar a existência de limites ao escrutínio a realizar pela autoridade de execução aquando da avaliação do risco concreto⁸⁶³,

⁸⁶² §§ 73-75. Esta posição foi reiterada no Ac. *Dorobantu*, de 15-10-2019, Proc. C-128/18, no qual, decidindo um reenvio prejudicial efectuado por um tribunal alemão no contexto da execução de um mandado de detenção europeu emitido pela Roménia, o Tribunal decidiu que a existência de medidas legislativas ou estruturais destinadas a reforçar o controlo das condições de detenção (tais como a instauração de um sistema de mediação ou a criação de tribunais de execução das penas) não afasta, só por si, a existência de um risco real de tratamento desumano ou degradante (§§ 80 s.).

⁸⁶³ O grau de escrutínio, por parte da autoridade de execução, do risco de violação dos direitos fundamentais no Estado-Membro de emissão esteve em vias de ser aprofundado na sequência de um segundo reenvio prejudicial efectuado pelo tribunal alemão no processo de entrega do cidadão *Aranyosi*. Não considerando satisfatórias as informações recebidas das autoridades da Hungria, questionou o Tribunal de Justiça sobre se os preceitos da decisão-quadro deveriam ser interpretados no sentido de ser bastante que se exclua o risco real de tratamento desumano e degradante no primeiro estabelecimento onde o cidadão seria detido após a entrega ou no sentido de ser também necessário que se exclua aquele risco relativamente ao estabelecimento onde previsivelmente seria cumprida a pena em caso de condenação, ou mesmo ainda no caso de posteriores transferências para outros estabelecimentos. Contudo, a questão não chegou a ser respondida pelo Tribunal de Justiça, por terem entretanto os mandados de detenção sido anulados pelas autoridades da Hungria (cf. Despacho de 15-11-2017, Proc. C-496/16, *Pál Aranyosi*). A questão veio, porém, a ser tratada no Acórdão *Generalstaatsanwaltschaft*, de 25-7-2018, Proc. C-220/18 PPU (que será objecto de análise mais aprofundada *infra*), no qual, em resposta às questões prejudiciais apresentadas pelo mesmo tribunal alemão, igualmente no contexto da execução de um mandado de detenção emitido pela Hungria, o TJUE estabeleceu que: a autoridade judiciária de execução apenas é obrigada a apreciar as condições de detenção existentes nos estabelecimentos prisionais onde provavelmente, de acordo com as informações de que dispõe, a referida pessoa ficará detida, ainda que a título temporário ou transitório; apenas deve verificar, para esse efeito, as condições de detenção, concretas e precisas, da pessoa em causa que sejam pertinentes para determinar se corre um risco real de sofrer tratamentos desumanos ou degradantes, na acepção do art. 4.º da Carta; a avaliação deve ser feita em concreto relativamente à pessoa a que se reporta a execução da decisão, considerando os estabelecimentos prisionais onde provavelmente ficará privada de liberdade. No mesmo sentido, o Tribunal estabeleceu, no Ac. *Dorobantu*, de 15-10-2019, Proc. C-128/18, relativamente à intensidade e ao alcance do escrutínio a levar a cabo pela autoridade de execução, que esta deve ter em conta todos os aspectos materiais relevantes das condições de detenção no estabelecimento prisional onde se prevê que a pessoa venha concretamente a ser detida. Atendendo ao carácter absoluto da proibição de tratamentos desumanos ou degradantes, esse controlo não deve ficar limitado às insuficiências manifestas (§ 62). Por outro lado, atento o carácter concreto deste escrutínio, e considerando os prazos que regem a execução dos mandados, o Tribunal estabeleceu também que a autoridade de execução não pode proceder a uma apreciação das condições existentes no conjunto dos estabelecimentos prisionais do Estado de emissão onde a pessoa poderá vir a ser detida, apenas devendo controlar, portanto, as condições existentes no(s) concreto(s) estabelecimento(s) em que se prevê efectivar-se a privação da liberdade (§§ 64-66). Para o efeito, a autoridade de execução pode solicitar à de emissão as informações que considere necessárias, devendo confiar nas garantias prestadas, pelo menos na falta de elementos precisos em contrário (§§ 67-69).

afirmando que não deve resultar daí uma paralisação do funcionamento do mecanismo do mandado de detenção europeu⁸⁶⁴.

Como seria de esperar, a recente jurisprudência do TJUE – e as situações de relutância no reconhecimento de decisões que estiveram na sua génese – vieram acentuar a preocupação das instituições europeias com a possibilidade de as deficiências nas condições de execução da prisão e nas garantias dos direitos das pessoas privadas da liberdade no território da União constituírem um sério entrave ao reconhecimento de decisões judiciais dos Estados-Membros pelos demais⁸⁶⁵.

⁸⁶⁴ Referindo-se a uma lista de 78 questões enviadas pelo tribunal alemão às autoridades húngaras, relativas às condições de detenção no estabelecimento onde a pessoa a entregar ficaria detida nas primeiras semanas posteriores à entrega, bem como noutros centros de detenção para onde ela pudesse vir a ser transferida, o TJUE considerou que “um pedido desta natureza, que conduz à paralisação do funcionamento do mandado de detenção europeu, não é compatível com a obrigação de cooperação leal, inscrita no art. 4.º, n.º 3, primeiro parágrafo, TUE, que deve presidir ao diálogo entre as autoridades judiciais de execução e as autoridades judiciais de emissão, no quadro, nomeadamente, da transmissão de informações ao abrigo do artigo 15.º, n.ºs 2 e 3, da decisão-quadro” (§ 104 do Ac. *Generalstaatsanwaltschaft*). O Tribunal afirmou que “as referidas questões, devido ao seu número, ao seu âmbito, que abrange qualquer estabelecimento prisional em que a pessoa em causa possa ser encarcerada, e ao seu conteúdo, que inclui aspectos da detenção sem pertinência evidente para efeitos da referida apreciação, como, designadamente, a prática de um culto, a possibilidade de fumar, as regras da lavagem da roupa e a instalação de grades ou treliças nas janelas das celas, tornavam, na prática, impossível qualquer resposta útil por parte das autoridades do Estado-Membro de emissão, atentos, em especial, os curtos prazos definidos no artigo 17.º da decisão-quadro para a execução de um mandado de detenção europeu” (§ 103 do mesmo acórdão). Foi apurado no processo que o tribunal alemão em causa enviava sistematicamente este tipo de pedidos de informação às autoridades de três Estados-Membros de emissão, entre os quais a Hungria, que não eram respondidos, o que conduzia a que, não existindo decisão desse órgão jurisdicional de aprovação da entrega, nenhum mandado de detenção europeu emitido por um órgão jurisdicional de um desses três Estados-Membros fosse executado nessa jurisdição (§ 105 do mesmo acórdão).

⁸⁶⁵ Vários documentos produzidos pelas instituições posteriormente àqueles acórdãos são ilustrativos dessa preocupação. Nomeadamente, nas suas Conclusões sobre o reconhecimento mútuo em matéria penal, «Promover o reconhecimento mútuo reforçando a confiança mútua», JO C 449, de 13-12-2018, pp. 6 ss., o Conselho recorda aos Estados-Membros “que, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, a recusa de executar uma decisão ou julgamento emitido com base num instrumento de reconhecimento mútuo só poderá ser justificada em circunstâncias excepcionais e tendo em conta que, em virtude do princípio da primazia do direito da UE, os Estados-Membros não podem exigir a outro Estado-Membro um nível de protecção nacional mais elevado dos direitos fundamentais do que o previsto no direito da UE. Por conseguinte, qualquer não execução com base numa violação dos direitos fundamentais deverá ser aplicada de modo restritivo, seguindo a abordagem desenvolvida pelo TJUE na sua jurisprudência” (conclusão 4.^a); incentiva os Estados-Membros a assegurar a existência de legislação que permita, se for caso disso, o recurso a medidas alternativas à detenção a fim de reduzir a população nos respectivos estabelecimentos prisionais, promovendo assim o objectivo da reabilitação social e atendendo igualmente ao facto de que a confiança mútua frequentemente é minada devido a deficientes condições de detenção e ao problema da sobrelotação nas prisões (conclusão 5.^a); convida a Comissão a dar orientações práticas sobre a jurisprudência recente do TJUE, nomeadamente no processo *Aranyosi*, bem como indicações para que os profissionais possam encontrar fontes pertinentes com informações objectivas, fiáveis e devidamente actualizadas sobre estabelecimentos penitenciários e condições nas prisões nos Estados-Membros (conclusão 19.^a).

Também no documento da EUROJUST «The EAW and Prison Conditions», de 16-5-2017, resultante de uma discussão entre os Estados-Membros sobre as consequências da recente jurisprudência do TJUE,

Autores como Pedro Caeiro/Sónia Fidalgo/João Prata Rodrigues sustentam que a jurisprudência *Aranyosi* será geradora de uma pressão sobre os Estados-Membros para que conformem (ou mantenham conformes) os seus sistemas punitivos, *na prática*, com as exigências dos direitos fundamentais (em matéria de condições de detenção, de processo equitativo e outros *standards* de direitos fundamentais), sob pena de verem os seus pedidos de cooperação sistematicamente recusados no espaço da União. Como notam os Autores, a longo prazo, por paradoxal que possa parecer, nada é mais apto a reforçar a confiança mútua que a decisão de que a confiança não é uma mera assunção normativa: tem de ser conquistada e merecida⁸⁶⁶.

Além disso, a assunção desta perspectiva por parte da UE poderá conduzir, ainda, a eventuais medidas de harmonização, no plano europeu, em matéria de condições de execução das penas e de direitos das pessoas privadas da liberdade⁸⁶⁷, incluindo, possivelmente, em matéria de tutela efectiva destes direitos. Com efeito, como já antes desta jurisprudência alertava Anabela Miranda Rodrigues, “o reconhecimento mútuo não é (não deve ser) realizável sem harmonização. A confiança mútua não se decreta. Será irrealista pensar que as autoridades judiciais darão execução ao princípio do reconhecimento mútuo sem que se verifique, ao mesmo tempo, uma redução das divergências entre legislações penais”; “a via do reconhecimento mútuo na construção do espaço penal europeu não pode, pois, prescindir da via da harmonização”⁸⁶⁸.

A harmonização de alguns aspectos ligados à execução da pena⁸⁶⁹, nomeadamente os relacionados com os direitos fundamentais dos reclusos e a tutela

se relatam diversas preocupações, por exemplo: alguns participantes expressaram a humilhação sentida pelas respectivas autoridades nacionais quando lhes é requerido que “garantam” que as suas prisões cumprem os *standards* mínimos europeus, preferindo o emprego de expressões mais neutras, como “pedido de informações complementares”; foi também expressa a preocupação com o risco de polarização, no sentido de a Europa se dividir em dois “tipos” de Estados-Membros, os que têm “boas prisões” e os que têm “más prisões”, o que pode conduzir a um fenómeno de “*prison shopping*”.

O Parlamento Europeu, na já referida *Resolução sobre os sistemas e condições prisionais*, de 5-10-2017, onde exorta os Estados-Membros a darem cumprimento aos instrumentos internacionais sobre a matéria e formula numerosas recomendações tendentes à melhoria dos seus sistemas penitenciários, não deixa de invocar, nos considerandos, o acórdão *Aranyosi e Căldăraru*.

⁸⁶⁶ P. CAEIRO/S. Fidalgo/J. Prata Rodrigues, «The evolving notion of mutual recognition in the CJEU’s case law on detention», p. 13.

⁸⁶⁷ WILLEMS, «Improving detention conditions in the EU – Aranyosi’s Contribution», p. 10, considera que a jurisprudência do TJUE criou um contexto favorável que deve ser aproveitado pela UE para impulsionar um plano legislativo em matéria de privação da liberdade.

⁸⁶⁸ Anabela Miranda RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu Emergente*, p. 73. A Autora não se referia aqui especificamente à matéria penitenciária, mas à harmonização da legislação penal em geral.

⁸⁶⁹ Haveria, naturalmente, que averiguar se existe base jurídica para adopção de um instrumento vinculativo como a directiva. A competência da União para a adopção de directivas em matéria de execução das penas é duvidosa: é certo que o TFUE prevê o estabelecimento de “regras mínimas relativas

jurisdicional efectiva, contribuiria não apenas para o funcionamento da cooperação baseada no reconhecimento mútuo, mas também para uma maior igualdade entre cidadãos europeus, um nível elevado de protecção dos direitos fundamentais no espaço da União e um sentimento comum de justiça⁸⁷⁰.

Desde modo, a União Europeia, no seu caminho de consolidação enquanto Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, poderá tornar-se também um motor do reforço dos direitos fundamentais dos cidadãos privados da liberdade e da sua tutela efectiva⁸⁷¹.

à definição das infracções penais e das sanções”, tanto “em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infracções, ou ainda da especial necessidade de as combater” como quando “se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objecto de medidas de harmonização” (n.ºs 1 e 2 do art. 83.º), mas é duvidoso que a “definição das sanções” abranja aspectos da execução; o Tratado prevê também a adopção de “regras mínimas” sobre “elementos específicos do processo penal”, “na medida em que tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça” (n.º 2 do art. 82.º), mas é também questionável que tal abranja o domínio da execução das penas. Abordando a questão da base jurídica para a harmonização de aspectos da execução, nos sucessivos Tratados, Inês Horta PINTO, *A harmonização dos sistemas de sanções penais na Europa*, pp. 227 ss., 290.

⁸⁷⁰ Para uma ponderação das finalidades atribuíveis à harmonização no domínio dos sistemas de sanções penais, Inês Horta PINTO, *A harmonização dos sistemas de sanções penais na Europa*, pp. 94 ss. Para uma visão geral das diferenças entre os sistemas punitivos dos Estados-Membros, *ibidem*, pp. 125 ss.

⁸⁷¹ Sobre o papel da UE no desenvolvimento do direito penitenciário e das políticas penitenciárias na Europa, VAN ZYL SMIT/Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy*, pp. 27 ss., 379; abordando também o reflexo do princípio do reconhecimento mútuo na promoção dos direitos dos reclusos na União Europeia, Ana Fernanda NEVES, «Os direitos do recluso à luz do Direito Internacional e do Direito Europeu», pp. 45 ss.; defendendo que, no momento actual, o verdadeiro impulso para o direito penitenciário europeu pode e deve vir pela mão da União Europeia, seja por razões estruturais (a maior homogeneidade social e jurídica dos seus membros, em comparação com a que se encontra no mais amplo Conselho da Europa), seja por via do carácter imperativo dos seus instrumentos de harmonização (por oposição ao carácter de *soft law* dos instrumentos do Conselho da Europa), Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE, «Las prisiones en un mundo global: estándares europeos de derecho penitenciario», p. 600.

PARTE III

A REPARTIÇÃO DE FUNÇÕES ENTRE ADMINISTRAÇÃO E TRIBUNAIS NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS – EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ANÁLISE CRÍTICA

Na presente Parte, pretende-se descrever o sistema português de execução da pena de prisão, na vertente da distribuição das competências entre Administração e Juiz.

Percorre-se a história da intervenção judicial na execução da pena, começando por averiguar o contexto que conduziu à criação dos tribunais de execução das penas em Portugal e acompanhando a evolução do seu papel e das suas competências.

Serão analisadas as competências atribuídas à administração prisional e aos tribunais de execução das penas, com vista à compreensão das razões que, em cada caso, justificam a atribuição. Será igualmente analisado o contributo da jurisprudência para a compreensão dos temas em estudo.

Concluir-se-á com uma apreciação crítica do sistema vigente, sob o prisma da sua conformidade com os parâmetros constitucionais e de direito internacional identificados nas Partes I e II.

CAP. I – EVOLUÇÃO LEGISLATIVA, DOUTRINAL E JURISPRUDENCIAL

1. História da intervenção judicial na execução da pena. A criação dos tribunais de execução das penas em Portugal e a evolução do seu papel e competências

A evolução da legislação penitenciária tem sido no sentido de uma maior intervenção jurisdicional para controlo da legalidade da execução, em especial para garantia do estatuto jurídico do recluso. Em Portugal, esse caminho iniciou-se com a criação dos tribunais de execução das penas, em 1944, embora à época num modelo em que tais tribunais “não fiscalizam nem, por outra forma, interferem na aplicação do regime penitenciário, nem em matéria disciplinar, nem em conflitos de qualquer espécie entre os reclusos e os funcionários da prisão” e em que se considerava que a “ingerência de um tribunal [...] poderia diminuir a autoridade, o prestígio e a iniciativa da direcção do estabelecimento prisional”⁸⁷². Em 1976, as competências dos tribunais de execução das penas foram alargadas e o âmbito da sua intervenção na vida dos estabelecimentos prisionais expandiu-se. Hoje, a estes tribunais é atribuído o papel de garante dos direitos dos reclusos durante a execução da pena e de instância de controlo da legalidade das decisões da administração prisional.

1.1. Contexto internacional do movimento de jurisdicionalização

A intervenção da magistratura judicial na fase de execução das penas e medidas privativas da liberdade começou a ser discutida, no âmbito de congressos internacionais, a partir dos anos trinta do século passado.

Com efeito, o velho princípio *iurisdictio in sola cognitione consistit*, à luz do qual fazia sentido que, uma vez proferida a condenação, o juiz se desinteressasse da sorte do delinquente, sendo a execução assunto exclusivo da administração, começava a ser abandonado. Até então, os magistrados deviam preocupar-se com a execução *da sentença*, mas não com a execução *da pena*. Esta era meramente material, sem elementos jurídicos (salvo eventuais incidentes da execução, no sentido de dúvidas ou conflitos sobre a própria interpretação da sentença). Com efeito, estando a pena pré-fixada, em todos os seus elementos, na sentença de condenação, competia meramente

⁸⁷² Beleza dos SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», p. 291.

às autoridades penitenciárias manter o condenado privado da liberdade pelo período temporal determinado⁸⁷³.

Diversas razões estiveram na origem da ideia da intervenção judicial na fase da execução da sanção.

Entre elas avulta a evolução de uma justiça penal do “facto criminoso” para uma justiça focada no “homem criminoso”, concepção para a qual uma pena rigidamente fixada na sentença deixava de ser adequada às necessidades de “individualização” da sanção. Surgiram as sentenças indeterminadas, tributárias das correntes correcionalistas, e as medidas de segurança, concretizadoras da ideia de defesa social perante indivíduos perigosos. As decisões de modificação, substituição, prorrogação ou extinção das sanções criminais, mediante as quais estas iriam sendo concretamente determinadas ao longo da execução, exigiam a intervenção de uma autoridade dotada, por um lado, das mesmas garantias de imparcialidade que a autoridade de condenação e, por outro lado, de um conhecimento profundo das ciências penológicas e penitenciárias e das concretas condições dos estabelecimentos, bem como dos próprios condenados, o que só poderia conseguir-se mediante uma entidade especialmente dedicada à matéria. Assegurar-se-ia, assim, a “continuidade da jurisdição”, com a jurisdição da execução a prosseguir a obra da jurisdição do julgamento⁸⁷⁴.

Mas outros factores concorreram também para esta orientação: a evolução da concepção do indivíduo de objecto para sujeito do processo penal e da execução, titular de deveres mas também de direitos, mercedores de tutela jurisdicional⁸⁷⁵; a penetração do princípio da legalidade na execução⁸⁷⁶; o princípio da humanidade das sanções penais⁸⁷⁷. A teoria de Freudenthal, segundo a qual a execução da pena consiste numa relação jurídica, baseada na lei, entre o condenado e o Estado⁸⁷⁸, estabeleceu a ligação

⁸⁷³ A este propósito comenta SLIWOWSKI, *Les pouvoirs du juge...*, p. 39: “executava-se a sentença de privação da liberdade aproximadamente como se executava a condenação à morte”.

⁸⁷⁴ Neste sentido fala SLIWOWSKI, *ibidem*, p. 56, de uma “justiça penal integral”, em que o juiz deve ser o único “*dominus pænæ*”, cabendo-lhe a “dominação perfeita do destino do homem por si julgado”. Neste sentido também FALCHI, *Diritto Penale Esecutivo I*, pp. 24 ss. e 239 ss.

⁸⁷⁵ NOVELLI, «L’intervento del giudice nell’esecuzione penale», p. 1068, identifica direitos subjectivos em aspectos da execução como a segregação celular, a afectação a estabelecimento especializado, a suspensão da execução em caso de doença psíquica superveniente e a remuneração pelo trabalho.

⁸⁷⁶ *Ibidem*, p. 1074.

⁸⁷⁷ Para uma síntese dos factores que conduziram à defesa da intervenção do juiz veja-se o relatório de Ugo Conti ao Congresso de Berlim, sobre a questão da competência do juiz penal na execução, in COMMISSION INTERNATIONALE PÉNALE ET PÉNITENTIAIRE, *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin*, vol. II, pp. 2 s.

⁸⁷⁸ Nomeadamente, em FREUDENTHAL, «Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis des öffentlichen Recht», pp. 222 ss.

entre a penetração do domínio penitenciário pelo direito e a necessidade de intervenção judiciária, enquanto garante do estatuto jurídico do condenado.

A propósito desta confluência de factores, Hugueney observa, de forma particularmente expressiva, que a atribuição ao juiz de um papel relevante na execução é uma ideia que seduz positivistas, clássicos e humanistas:

*Elle devait venir naturellement à l'esprit des positivistes pour qui le criminel se rapproche du malade et le juge du médecin: le médecin, quand il a délivré son ordonnance, n'abandonne pas son malade; il suit l'effet du traitement qu'il a cru opportun de prescrire. Elle a séduit les classiques soucieux de protéger les droits de l'homme même en la personne du malfaiteur définitivement condamné: il leur a semblé que l'intervention du magistrat dans l'exécution des peines mettrait le prisonnier à l'abri des fantaisies politiques qu'ils redoutent et de l'arbitraire administratif qu'ils détestent. Elle ne pouvait que plaire aux humanistes aux yeux de qui l'important n'est pas de frapper, mais de relever: quel plus beau rôle pour le juge pénal que de relever celui qu'il a lui-même frappé?*⁸⁷⁹

Neste contexto, regista-se uma opinião muito favorável da doutrina à intervenção do juiz na execução⁸⁸⁰, embora, naturalmente, com variações quanto à forma de intervenção, à composição do órgão ou às concretas atribuições a conferir-lhe.

Nomeadamente, quanto à composição, muitos autores advogavam que as decisões fossem tomadas por comissões mistas, que integrassem juízes e outros membros, como o representante do Ministério Público, o director do estabelecimento, funcionários penitenciários, peritos em criminologia, advogados e até cidadãos⁸⁸¹. Para permitir um conhecimento profundo dos condenados e da realidade penitenciária por parte do juiz, chegou-se a propor que os juízes fossem simultaneamente directores das

⁸⁷⁹ No seu relatório sobre a questão da competência do juiz penal na execução, in COMMISSION INTERNATIONALE PÉNALE ET PÉNITENTIAIRE, *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin*, vol. II, p. 32.

⁸⁸⁰ Entre os partidários dessa intervenção, sobretudo em relação com as sentenças indeterminadas e as medidas de segurança, enumeram-se, apenas exemplificativamente, NOVELLI, «L'intervento del giudice nell'esecuzione penale», p. 1073 (defendendo a extensão da competência do juiz a todo o domínio da execução penal), FALCHI, *Diritto Penale Esecutivo*, I, pp. 224 ss., SLIWOWSKI, *Les pouvoirs du juge...*, p. 5, e ainda Röder, Von Liszt, Ferri, Saleilles, Freudenthal, Conti, Exner (todos referidos por SLIWOWSKI, *Les pouvoirs du juge...*, pp. 424 ss.).

⁸⁸¹ Era o caso de Von Liszt, Ferri e Conti, citados por SLIWOWSKI, *Les pouvoirs du juge...*, pp. 424 ss.

prisões⁸⁸² ou que o pessoal penitenciário integrasse a ordem judiciária, considerando-se as suas funções como judiciárias, uma espécie de serviço anexo ao tribunal⁸⁸³.

Manifestaram-se também opiniões contrárias à jurisdicionalização – mais por dificuldades práticas, diga-se, que por razões de princípio: revelava-se cepticismo quanto à efectiva possibilidade de um conhecimento aprofundado do condenado por parte do juiz ou da comissão, temia-se o risco de que o juiz ou comissão acabassem por limitar-se a seguir a visão do director do estabelecimento, ou que, pelo contrário, se verificassem conflitos com a autoridade administrativa encarregada da execução, senão mesmo usurpação das funções desta, com prejuízo para o funcionamento regular do estabelecimento e para a autoridade dos dirigentes⁸⁸⁴. Para obviar aos possíveis inconvenientes, os defensores da intervenção do juiz entendiam necessário que a lei definisse claramente o conteúdo e os limites dessa intervenção e que se assegurasse uma coordenação racional das duas actividades⁸⁸⁵.

Quanto às atribuições a conferir ao juiz, se era consensual deverem competir-lhe as decisões que implicassem modificação, substituição e cessação das penas e medidas de segurança, já o alargamento a competências de administração e de vigilância era discutido. Rejeitou-se a solução de confiar a própria execução ao juiz, considerando que o magistrado não está preparado e formado para tais funções, pois as tarefas de reeducação dos delinquentes, de cura de psicopatas, de reclassificação dos presos, etc., exigem uma preparação nos planos penitenciário, pedagógico e terapêutico que diferem da formação jurídica⁸⁸⁶. Já as funções de *vigilância*, no sentido de controlo do cumprimento da lei por parte das autoridades penitenciárias, defendidas por alguns autores⁸⁸⁷, foram vistas com renitência por muitos, seja por não ser o juiz talhado para

⁸⁸² Para uma indicação dos partidários desta proposta, SLIWOWSKI, «Caractère judiciaire ou administratif de l'exécution de la peine», pp. 83 ss., Autor que critica a ideia, entendendo que, em tal caso, o juiz deixaria de o ser.

⁸⁸³ Cf. o relatório de Jonescu-Dolj, in *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin*, II, p. 56.

⁸⁸⁴ Obstáculos levantados, nomeadamente, por Gautier, Lévy, Franchi, Tarde e outros, referidos por SLIWOWSKI, *Les pouvoirs du juge...*, pp. 424 ss.

⁸⁸⁵ Sobre este ponto, o relatório de Conti ao Congresso de Berlim, in COMMISSION INTERNATIONALE PÉNALE ET PÉNITENTIAIRE, *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin*, vol. II, p. 5, e SLIWOWSKI, *Les pouvoirs du juge...*, p. 533.

⁸⁸⁶ SLIWOWSKI, *Les pouvoirs du juge...*, p. 7; relatório de Paul Cornil, in *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin*, II, p. 14; relatório de Louis Huguency, in *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin*, II, p. 36, afirmando que *un juge excellent ferait souvent un administrateur déplorable, et l'on ne voit pas comment deux fonctions aussi disparates que celles de juge et de directeur de prison pourraient être cumulées*.

⁸⁸⁷ Nomeadamente Huguency, no seu relatório constante das citadas *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin*, II, p. 36; NOVELLI, «L'intervento del giudice nell'esecuzione penale», p. 1096 (considerando porém admissível que as funções de vigilância sejam desempenhadas por magistrado do Ministério Público, embora mostre preferência pela solução do juiz); Jiménez de Asúa, no

tal (razões de inadequação), seja porque tal poderia pôr em causa a separação de poderes⁸⁸⁸. A realização de visitas aos estabelecimentos era, porém, vista favoravelmente, dada a importância de que o juiz conhecesse como são executadas as penas⁸⁸⁹.

A criação, entretanto, da figura do *giudice di sorveglianza* em Itália tornou ainda mais premente o debate internacional da questão.

Com efeito, a Itália foi o primeiro país europeu a criar um juiz especializado para intervir na fase da execução, em 1930⁸⁹⁰. Este juiz reunia funções deliberativas, consultivas e de “vigilância” sobre a execução, o que foi considerado “uma inovação notável, auspiciando uma mais viva inserção do trabalho judicial na execução da pena”⁸⁹¹. As competências deliberativas incluíam as decisões sobre a afectação a secção ou estabelecimento especial, sobre a colocação em trabalho no exterior e sobre reclamações dos reclusos relativas à determinação da remuneração; as competências consultivas consistiam em dar parecer sobre a concessão da liberdade condicional (cuja decisão competia então ao Ministro da Justiça) e do indulto; as competências de “vigilância” sobre a execução implicavam a visita regular aos estabelecimentos para verificar o cumprimento das disposições legais e regulamentares, reportando as observações ao Ministério da Justiça. Com as funções de “vigilância”, pretendia-se que o juiz conhecesse pessoalmente os condenados e as condições da execução, com vista a assegurar o respeito pelos princípios da legalidade e da individualização da execução, sem que o juiz se substituísse à administração prisional⁸⁹². O juiz tinha ainda competências em matéria de medidas de segurança, nomeadamente de substituição, modificação e revogação da medida e de reexame do estado de perigosidade do internado.

Assim, como salienta Beleza dos Santos, é “indiscutível que [...] se devem à ciência e legislação de Itália, não só os primeiros passos, mas uma poderosa sugestão no

relatório constante das *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin*, II, p. 44; FALCHI, *Diritto Penale Esecutivo*, I, p. 230, II-2, p. 299.

⁸⁸⁸ Nomeadamente, SLIWOWSKI, *Les pouvoirs du juge...*, pp. 74 e 536, afirmando que o juiz deve permanecer como jurista, não devendo transformar-se em inspector das prisões.

⁸⁸⁹ Cf. relatório de Huguency, in *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin*, II, p. 36.

⁸⁹⁰ Sobre a criação e evolução da figura do juiz de vigilância em Itália, vide, pormenorizadamente, *infra*, Parte IV, Cap. I.

⁸⁹¹ Assim, FALCHI, *Diritto Penale Esecutivo*, II-2, p. 77.

⁸⁹² NOVELLI, «L'intervento del giudice nell'esecuzione penale», p. 1083.

sentido da jurisdicionalização de certas matérias respeitantes à *execução das penas* e à aplicação e execução das *medidas de segurança*”⁸⁹³.

Também no Brasil se davam passos no sentido da jurisdicionalização e da vigilância da execução, com a criação dos conselhos penitenciários e a atribuição ao juiz de competência para a concessão e revogação da liberdade condicional, nos anos vinte do século passado⁸⁹⁴. Os conselhos penitenciários, compostos pelo procurador da República, por um representante do Ministério Público local e por cinco “pessoas gradadas”, nomeadas preferencialmente de entre professores de direito ou juristas em actividade forense e professores de medicina ou médicos, tinham como atribuições pronunciar-se sobre a concessão da liberdade condicional e do indulto, verificar a regularidade da execução das condições impostas aos libertados condicionalmente e ainda suscitar a revogação da liberdade condicional, que era concedida e revogada por juiz (pelo tribunal de julgamento “ou pelo juiz das execuções criminais, onde houver”). Aos conselhos penitenciários competia ainda “visitar, pelo menos uma vez por mês, os estabelecimentos penais da zona da sua jurisdição, verificando a boa execução do regime penitenciário legal e representando ao Governo respectivo, sempre que entender conveniente qualquer providência”. Este “sistema misto”, em que o controlo da execução se reparte entre um órgão não judicial, mas independente, e um juiz, mantém-se até hoje no Brasil.

Num tal contexto internacional, tornava-se natural que o tema da intervenção judicial na fase de execução fosse inscrito nos mais importantes congressos de direito penal e penitenciário⁸⁹⁵. Também aí a maioria dos participantes se mostrava favorável àquela intervenção, naturalmente com cambiantes no que respeita à configuração do órgão e às suas concretas funções.

No XI Congresso da Comissão Internacional Penal e Penitenciária, de 1935, que teve lugar em Berlim, a ideia de que o juiz não deve desinteressar-se da execução da pena ou medida de segurança aplicada mereceu adesão praticamente unânime⁸⁹⁶, tanto

⁸⁹³ Beleza dos SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», p. 289, n. 1.

⁸⁹⁴ Sobre o sistema de controlo da execução penal no Brasil, *vide infra*, Parte IV, Cap. VII.

⁸⁹⁵ Além daqueles que, pela sua maior relevância, se referirão seguidamente no texto, também se abordou a questão nos seguintes convénios: 8.º e 9.º Congressos da Comissão Internacional Penal e Penitenciária, respectivamente Washington, 1910, e Londres, 1925 (nestes, a questão foi aflorada incidentalmente, a propósito da discussão sobre as sentenças indeterminadas), Sessões da Sociedade Geral das Prisões, Paris, 1931 e 1932, Congresso de Criminologia de Roma, 1938, Jornadas Franco-Belgo-Luxemburguesas de Direito Penal, 1951. As discussões e resoluções tomadas em vários destes encontros foram tidas em conta nos trabalhos preparatórios da lei que veio a introduzir os tribunais de execução das penas em Portugal, como nos dá nota Beleza dos SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», p. 320.

⁸⁹⁶ Como relata Pierre BOUZAT, «Le XI^e Congrès International Pénal et Pénitentiaire de Berlin», p. 13, a relutância a esta ideia reduziu-se praticamente aos juristas da Alemanha, que resistiam a ver subtrair ao

que a questão constante da ordem de trabalhos era já a das concretas competências a atribuir-lhe. Considerou-se desejável que o juiz exercesse um certo controlo sobre a execução – mantendo-se esta confiada à Administração –, funcionando como mecanismo de garantia da legalidade, e entendeu-se que o conhecimento dos problemas da execução propiciaria ao juiz uma melhor percepção dos princípios que devem orientar a boa aplicação da justiça penal. Concordou-se em que o juiz deveria ter um verdadeiro poder de decisão, e não um simples direito de vigilância, sendo contudo necessário estabelecer os limites das suas atribuições através de disposições legais claras e sem lacunas, por forma a evitar diferendos com a administração penitenciária e a não criar entraves ao decurso pronto e eficaz da execução. Discutiu-se ainda a composição do órgão, tendo a ideia das comissões mistas, presididas pelo juiz e integrando peritos e membros das sociedades de patronato, merecido o entusiasmo de boa parte dos participantes. A resolução votada pelo Congresso adoptou, porém, uma formulação relativamente vaga⁸⁹⁷, no sentido de *confiar sem reserva as decisões importantes, indicadas pela lei, respeitantes à execução das penas privativas da liberdade, quer aos juizes, quer aos procuradores do Ministério Público, quer a comissões mistas, presididas por um magistrado*. Os congressistas enfatizaram também a importância da especialização do juiz penal nas matérias criminológicas e penitenciárias, propondo-se para tanto a previsão do direito de visita aos estabelecimentos prisionais, bem como a inclusão na formação dos juizes de um período de estudos a decorrer num estabelecimento⁸⁹⁸.

A afirmação do papel do juiz na execução consolidou-se no IV Congresso Internacional de Direito Penal, de 1937, em Paris. Uma das questões em agenda era a do “controlo judiciário na execução das penas e medidas de segurança”, tendo-se considerado a intervenção da autoridade judiciária uma exigência da garantia da liberdade individual e do princípio da legalidade – que deve presidir ao direito penitenciário tal como preside ao direito criminal em geral –, sem prejuízo da conservação da autonomia e independência da administração penitenciária, “encarregada da execução” (resolução 1.^a). As atribuições do juiz deveriam incluir

poder executivo o controlo exclusivo sobre os condenados, o que deve, naturalmente, ser compreendido à luz do contexto político alemão da época.

⁸⁹⁷ Mais uma vez devido à pressão dos alemães, receosos da abertura à intervenção de entidades externas ao poder central, como informa Pierre BOUZAT, *ibidem*, p. 15.

⁸⁹⁸ Sobre os trabalhos do Congresso, cf. as respectivas actas, publicadas pela COMMISSION INTERNATIONALE PÉNALE ET PÉNITENTIAIRE, *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin, août 1935*, bem como o relato de Pierre BOUZAT, «Le XI^e Congrès International Pénal et Pénitentiaire de Berlin», pp. 38 ss.

funções de vigilância e um certo poder de decisão. As funções de controlo, a regular pelo direito nacional, poderiam abranger o controlo da correcta aplicação das leis e regulamentos nas prisões, especialmente com vista à realização das finalidades das penas e medidas. Esta função de supervisão poderia ser exercida quer por uma comissão de vigilância, a funcionar junto de cada estabelecimento, presidida por magistrado e integrando pessoas qualificadas, quer por um juiz especializado (resolução 3.^a). À autoridade judiciária (fosse juiz ou comissão mista) caberia ainda a decisão sobre modificações do termo prefixo das penas ou das modalidades essenciais do respectivo regime, bem como sobre suspensão, adiamento, modificação, substituição ou extinção das medidas de segurança e sobre prorrogação do internamento ou libertação de pessoas condenadas em sentenças indeterminadas (resolução 4.^a)⁸⁹⁹.

O VII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Atenas, em 1957, reiterou a importância da especialização do juiz penal, através da abordagem dos problemas da criminologia e da execução da pena, defendeu a consagração do “*dossier da personalidade*”, destinado a dar a conhecer ao juiz a pessoa do condenado e a sua vida familiar e social, e advogou a participação decisiva do juiz nas deliberações a tomar durante a fase da execução, respeitantes à continuação ou suspensão das medidas privativas da liberdade⁹⁰⁰.

No X Congresso Internacional de Direito Penal, reunido em Roma, em 1969, adoptaram-se as seguintes conclusões sobre o papel do juiz na determinação e execução das sanções: as modalidades de execução da pena e da medida de segurança devem ser reguladas pela lei; o juiz deve ter entre as suas atribuições a execução da pena e da medida de segurança; as modificações das modalidades de execução da pena e da medida de segurança que afectem a decisão judicial devem ser determinadas ou revistas pelo juiz ou por outra autoridade judiciária encarregada de zelar pela execução da sanção⁹⁰¹.

As discussões e posições adoptadas nos referidos Congressos internacionais, bem como as experiências dos ordenamentos jurídicos que primeiramente criaram jurisdições especializadas, influenciaram decisivamente o percurso de jurisdicionalização da execução em Portugal.

⁸⁹⁹ Cf. as Actas do Congresso, «IV^e Congrès de l'Association Internationale de Droit Pénal (Paris 1937)», pp. 541 ss.

⁹⁰⁰ Cf. as Actas do Congresso, «Rapports présentés au VII^e Congrès International de Droit Pénal (Athènes, 26 septembre – 2 octobre 1957)», pp. 189 ss., 545 ss.

⁹⁰¹ «Conclusions du X^e Congrès international de droit pénal, Rome, 29 septembre - 5 octobre 1969», p. 12 (questão III, conclusões 3, 4 e 5).

1.2. A criação dos tribunais de execução das penas em Portugal

1.2.1. Antecedentes

Como acentua Anabela Miranda Rodrigues, “o tratamento legislativo e doutrinal da execução da pena de prisão goza, [...] no nosso país, de uma tradição ímpar. Portugal é rico na tradição e nos avoengos penitenciariastas e, em certas ocasiões históricas, esteve mesmo na vanguarda de projectos, sistemas e realizações”⁹⁰².

A instituição dos tribunais de execução das penas constitui disso exemplo⁹⁰³.

Embora a sua criação date de 1944, é possível encontrar na evolução legislativa anterior antecedentes relevantes.

Ao longo do século XIX, começou a ganhar força a orientação do direito penal português no sentido da “correção” e “recuperação” do delinquentes como finalidade da pena de prisão, que se manteve até aos nossos dias.

Os ideais humanistas, conjugados com essa orientação correcionalista, originaram uma preocupação com as condições de vida nas cadeias e trouxeram a necessidade de controlo da execução.

Já nas Ordenações Filipinas se estipulava que, *quando os presos se sentirem agravados dos Oficiais da cadeia, poder-se-ão agravar ao Corregedor, que os ouvirá, e proverá com justiça*⁹⁰⁴.

A Constituição de 1822 continha vários preceitos relativos ao sistema prisional, revelando preocupação com as condições das cadeias, que se queriam “seguras, limpas e bem arejadas, de sorte que sirvam para segurança, e não para tormento dos presos”, devendo garantir-se a separação destes de acordo com as suas características pessoais, natureza dos crimes e situação jurídica (artigo 208.º). As prisões deveriam ser “impreterivelmente visitadas nos tempos determinados pelas leis” e “nenhum preso deixar[ia] de ser apresentado nestas visitas” (artigo 209.º). O juiz e o carcereiro que infringissem as disposições constitucionais relativas à prisão dos delinquentes seriam castigados “com as penas que as leis declararem” (artigo 210.º).

⁹⁰² Anabela Miranda RODRIGUES, *Relatório Direito Penitenciário*, p. 7.

⁹⁰³ Sobre a criação dos tribunais de execução das penas em Portugal e a evolução da jurisdicinalização da execução, veja-se, fundamentalmente, Beza dos SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», *passim*; Jacinto DUARTE, «Os Tribunais de Execução das Penas», *passim*; Anabela Miranda RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, pp. 129 ss., e *idem*, «Da ‘afirmação de direitos’ à ‘protecção de direitos’ dos reclusos...», pp. 185 ss.; Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Direito Prisional Português e Europeu*, pp. 194 ss.

⁹⁰⁴ *Ordenações Filipinas*, Livro I, Título XXXIII (*Do Carcereiro da Corte*), §6.

Em 1826, foram criadas, em cada comarca, comissões compostas por “pessoas de conhecida probidade” encarregadas de visitar todas as cadeias, examinando as suas condições de salubridade e segurança e averiguando da eventual prática de abusos contra os presos (como o aluguer dos quartos, a extorsão de dinheiro ou procedimentos arbitrários), cujos relatórios e participações seriam remetidos a uma comissão central, à qual incumbiria formar um relatório geral e propor as providências necessárias⁹⁰⁵. Estipulava-se, com vista a evitar abusos por parte dos carcereiros, que só ao juiz ou à autoridade que tivesse ordenado a prisão competiria designar a casa onde esta deveria ser cumprida⁹⁰⁶.

No relatório de Mouzinho da Silveira que precedia os decretos que operaram a separação entre Administração e Justiça, já analisados na Parte I, afirmava-se que “os presos, ou detidos estão debaixo da protecção das leis, e devem ser tratados com humanidade; a superintendência que exercita nelas a Autoridade administrativa é a da Autoridade tutelar, e não a de um inspector severo, e ainda menos o de um déspota. A detenção não traz consigo mais do que a privação da liberdade [...]. Sendo as casas de detenção, e as prisões lugares de correcção, devem ter por objecto tornar melhor os detidos, e os presos”; “a administração, o regímen, e a polícia” das casas de detenção e das prisões são confiadas a cidadãos nomeados de três em três meses pelas Câmaras e superintendidas pela autoridade administrativa local, competindo-lhes dar as ordens necessárias relativamente a alimentação, habitação, salubridade, segurança, etc., bem como visitar as prisões e ouvir as queixas dos presos e julgá-las⁹⁰⁷.

As *Breves Considerações sobre a necessidade e meios de melhorar as prisões de Portugal*, da autoria de Francisco d’Almeida, incluíram umas *Bases de um projecto de regulamento para as prisões*, documento marcado pela preocupação com as condições degradantes das prisões portuguesas da época e pela orientação para a regeneração dos criminosos (e onde se propunha a adopção do sistema de Auburn nos cárceres para condenados). O Autor preconizava a criação de um “conselho de inspecção das prisões” em cada província, cujos inspectores deveriam visitar mensalmente os estabelecimentos, examinando as condições das instalações, o cumprimento dos deveres pelos funcionários e a contabilidade, devendo ainda interrogar “cada um dos presos, sem a assistência do director, nem de outro algum empregado,

⁹⁰⁵ Decreto n.º 18, de 6-9-1826, publicado em *Collecção de todas as Leis, Alvarás, Decretos, etc.*, 2.º semestre de 1826, Parte I, Lisboa: Imprensa Régia, 1826, p. 29, disponibilizada em <http://legislacaoregia.parlamento.pt>.

⁹⁰⁶ Decreto n.º 19, de 6-9-1826, *ibidem*, p. 31.

⁹⁰⁷ Relatório cit. (n. 151), p. 68.

para depois poderem examinar se algum excesso foi cometido contra os presos”; cada conselho remeteria um relatório ao “conselho principal”, de âmbito nacional, ao qual competiria “a publicação anual do estado das prisões” e a propositura das medidas convenientes “para o melhoramento das prisões e a correcção dos criminosos”⁹⁰⁸.

Em 1839, o Governo aprovou normas tendentes a assegurar a fiscalização das cadeias: considerando o estado destas e reconhecendo a necessidade de “uma Autoridade a quem pertença a inspecção geral das mesmas”, encarregada de as visitar e de “reprimir os abusos e excessos dos carcereiros”, determinou que os presidentes das Relações (ou, fora das sedes destas, os juizes de direito e, noutros casos, os magistrados do Ministério Público) visitassem periodicamente as cadeias, para as inspeccionar, ouvir as queixas dos presos, confidencialmente, e verificar se os carcereiros cumprem os seus deveres na guarda e tratamento dos presos⁹⁰⁹.

Com a aprovação do *Regulamento Provisório da Polícia das Cadeias*⁹¹⁰, o sistema dotou-se de um diploma regulador, de forma mais sistemática, das matérias com relevância para o funcionamento das prisões. Estabeleceram-se as competências de “inspecção e superintendência” sobre os estabelecimentos prisionais por parte dos magistrados judiciais e do Ministério Público, mantendo-se em vigor as disposições de 1839. De acordo com o artigo 47.º, o magistrado era competente para “advertir, censurar, ou repreender no acto da visita assim o Carcereiro como qualquer Empregado da Cadeia, pelas faltas, abusos, ou excessos que neste acto se descobrirem; para prover desde logo sobre o caso segundo for de suas atribuições; e para propor quando as exceda, a medida que depender de autorização do Governo”.

Como ajuíza Guardado Lopes, “as providências legais tomadas no início do regime liberal sobre a boa ordem e disciplina nas cadeias não foram muitas nem muito extensas. Limitaram-se a determinar a subordinação hierárquica dos serviços e a regulamentar as competências das diferentes entidades para ‘visitar’ – leia-se inspeccionar – os estabelecimentos”⁹¹¹.

A aprovação do Código Penal de 1852, que substituiu as Ordenações, apesar da reforma do sistema das penas e da previsão da separação dos presos, não adiantou

⁹⁰⁸ Francisco d’ALMEIDA, *Breves Considerações...*, pp. 48 s.

⁹⁰⁹ Decretos do Ministro da Justiça de 20-11-1839 e de 20-12-1839, in *Colecção de Leis e outros Documentos Oficiais*, IX Série, Lisboa: Imprensa Nacional, 1839, respectivamente pp. 515 s. e pp. 559 s., disponibilizada em <http://legislacaoeregia.parlamento.pt>.

⁹¹⁰ Decreto de 16-1-1843, in *Colecção Oficial da Legislação Portuguesa*, Lisboa: Imprensa Nacional, 1843, pp. 6 ss., disponibilizada em <http://legislacaoeregia.parlamento.pt> (denominado “provisório” porque destinado a vigorar enquanto não estivesse em funcionamento o almejado regime penitenciário).

⁹¹¹ Guardado LOPES, «Acheegas para a história do direito penitenciário português», p. 49.

quanto ao sistema penitenciário⁹¹². Em 1860, uma proposta de lei orgânica das prisões apresentada pelo Ministro da Justiça Martens Ferrão, pretendendo constituir uma regulamentação global de todas as prisões civis, não chegou a ser aprovada.

É no Projecto de Código Penal de Levy Maria Jordão, de 1861, republicado com modificações em 1864, que encontramos a “primeira organização racional e complexiva da execução da pena de prisão”⁹¹³, bem como um embrião da jurisdicionalização da execução. Com efeito, o projecto incluía a previsão dos institutos da “liberdade preparatória” e da “detenção suplementar”, de orientação correcionalista⁹¹⁴, cuja consagração vinha já sendo defendida, nomeadamente por Ayres de Gouveia⁹¹⁵, e que conjugavam as ideias de readaptação dos criminosos e de defesa social contra delinquentes perigosos⁹¹⁶. A liberdade preparatória, ou condicional, consistia em “abrir as portas da cadeia ao delinvente corrigido antes do tempo marcado na sentença”⁹¹⁷ e o seu reverso, a detenção suplementar, traduzia-se na prorrogação do tratamento penitenciário para os presos não corrigidos, sempre com um limite temporal. O projecto confiava ao juízo de primeira instância da localidade do estabelecimento prisional a aplicação da detenção suplementar aos condenados que, findo o tempo de pena fixado na sentença, não mostrassem melhoramento⁹¹⁸.

O Projecto não chegou a converter-se em lei, mas várias das ideias nele propostas vieram a realizar-se posteriormente. A liberdade condicional seria introduzida por lei em 1893⁹¹⁹, competindo a sua concessão e revogação ao Ministro da Justiça, sob proposta do director do estabelecimento prisional ou a requerimento do condenado, com prévio parecer dos funcionários superiores da cadeia penitenciária, do conselho geral penitenciário e do Ministério Público, e com o consentimento do condenado, designadamente quanto às condições impostas. A detenção suplementar obteria tradução legal na organização prisional de 1936. A reforma da pena de prisão e do sistema prisional viria a ganhar corpo com a reforma de 1867.

⁹¹² Como assinala Eduardo CORREIA, *Professor Doutor José Beleza dos Santos* (1956), p. 10, o Código Penal de 1852 construiu o seu sistema repressivo sobre a pena de prisão e a de degredo, mas não contém qualquer disposição sobre o regime de execução.

⁹¹³ Anabela Miranda RODRIGUES, *Relatório Direito Penitenciário*, p. 8.

⁹¹⁴ Cf. *Código Penal Portuguez*, tomo I (*Relatório*), 1864, pp. 99 ss.

⁹¹⁵ Ayres de GOUVEIA, *A reforma das cadeias em Portugal*, pp. 158 ss.

⁹¹⁶ Sobre a natureza jurídica destes institutos, Beleza dos SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», pp. 298 ss.

⁹¹⁷ Ayres de GOUVEIA, *A reforma das cadeias em Portugal*, p. 158.

⁹¹⁸ *Código Penal Portuguez*, tomo II (*Projecto*), 1864, art. 155.º.

⁹¹⁹ Lei de 6-7-1893, regulamentada pelo Decreto de 16-11-1893, in *Colecção Oficial da Legislação Portuguesa*, Lisboa: Imprensa Nacional, 1894, resp. p. 427 e pp. 842 s., disponibilizada em <http://legislacaoregia.parlamento.pt>.

A Reforma Penal e de Prisões, da responsabilidade de Barjona de Freitas, aprovada pela Lei de 1 de Julho de 1867 – mais célebre por ter procedido à abolição da pena de morte para os crimes civis –, estabeleceu “pela primeira vez um sistema coerente de organização prisional”⁹²⁰. Adoptou o regime celular penitenciário para todas as formas de prisão, inspirado no sistema de Filadélfia, com isolamento contínuo do condenado, diurno e nocturno, com trabalho obrigatório na cela e sem qualquer comunicação entre os presos, visando simultaneamente a intimidação e a correcção moral dos criminosos. O severo regime de isolamento nunca chegou a ter aplicação plena, fosse por não terem sido construídas todas as estruturas penitenciárias necessárias, fosse pelas críticas aos inconvenientes do isolamento contínuo, que levaram a que o regime viesse a ser substituído, através de medidas de carácter administrativo, pelo regime de isolamento nocturno e trabalho em comum durante o dia, em silêncio, de inspiração auburniana⁹²¹.

A Reforma atribuiu ao Ministério da Justiça a inspecção e governo das cadeias, incumbindo-o de aprovar os planos de edificação e adaptação dos estabelecimentos prisionais ao sistema penitenciário preconizado e publicar os regulamentos necessários (artigo 60.º). O regime de superintendência das cadeias foi desenvolvido pelo novo Regulamento Provisório das Cadeias Civis do Continente do Reino e Ilhas Adjacentes, de 1872⁹²², também da responsabilidade de Barjona de Freitas, estabelecendo-se que aquela competência do Ministério da Justiça seria exercida especialmente pelos procuradores régios e seus delegados, no que respeita à administração, inspecção e polícia, sem prejuízo das atribuições legais do poder judicial (artigo 1.º). Observa-se, assim, um significativo reforço das competências do Ministério Público nesta matéria, incumbindo-se os procuradores de visitar as cadeias semanalmente, com vista a vigiar o exacto cumprimento das leis, regulamentos e instruções, verificar as condições de segurança e salubridade, promover contra qualquer crime, ouvir os presos quanto ao

⁹²⁰ Guardado LOPES, «Acheias para a história do direito penitenciário português», p. 53.

⁹²¹ Como se relata no ponto 6 do preâmbulo da Reforma Prisional de 1936 (Decreto-Lei n.º 26643). Efectivamente, com a Lei de 29-1-1913, o Ministro da Justiça ficou autorizado a dispensar o cumprimento de disposição legal ou regulamentar em matéria de regime penitenciário ou prisional, bem como estatuir preceitos que facilitassem a experiência das modificações a introduzir no mesmo regime (art. 4.º).

A propósito do atraso com que em Portugal, nesta época, se acompanharam as tendências internacionais em matéria penitenciária, Eduardo CORREIA, *Professor Doutor José Beleza dos Santos* (1956), p. 10, salienta que, quando entre nós foi consagrado o sistema de isolamento contínuo, “já em todo o mundo ele se repudiava” e, quando em 1913 este foi postergado em favor do sistema de Auburn, se esqueceram as vantagens do sistema progressivo, “já utilizado em muitos lados”.

⁹²² Decreto de 12-12-1872, in *Colecção Oficial da Legislação Portuguesa*, ano de 1872, pp. 345 ss., disponibilizada em <http://legislacaoeregia.parlamento.pt>.

cumprimento da pena e quanto às suas queixas e reclamações contra qualquer abuso e tomar providências imediatas nos casos urgentes (artigo 2.º). A magistratura judicial mantinha, porém, o direito de inspecção dentro de determinados limites: os presidentes das relações e os juizes de primeira instância podiam visitar, quando o julgassem conveniente, as respectivas cadeias, “observando o estado de segurança e salubridade”, pedindo ao governo as reformas que se mostrassem necessárias; “admoestando os carcereiros” quando cometessem abusos ou excessos; e ouvindo as queixas ou reclamações dos presos relativas ao andamento dos seus processos (artigo 3.º). O novo Regulamento, de 1901⁹²³, que vigorou, pelo menos, até à Reforma Prisional de 1936, manteve este regime de “superintendência” exercida pelos procuradores régios, cuja experiência se havia mostrado vantajosa, sem prejuízo das atribuições pertencentes por lei ao poder judicial, nomeadamente quanto aos incidentes que se suscitassem na execução da pena.

Refira-se ainda, com interesse, a criação do Conselho Geral Penitenciário, em 1884⁹²⁴, órgão presidido pelo Ministro da Justiça com competências para recomendar o “perdão ou diminuição das penas cominadas aos condenados que, tendo cumprido as duas terças partes do tempo da prisão celular, houverem dado provas de completa regeneração”⁹²⁵ e ainda para propor ao governo alterações ao sistema penitenciário e dar parecer sobre todos os assuntos com este relacionados. Este conselho foi sucessivamente reconfigurado, sendo substituído pela Comissão da Reforma Penal e Prisional, em 1913⁹²⁶, que, além daquelas competências, recebeu também a de inspecionar os estabelecimentos prisionais; pelo Conselho Penal e Prisional, em 1919, configurado como comissão superior consultiva de reforma e assistência penal e prisional⁹²⁷; e, a partir de 1933, pelo Conselho Superior dos Serviços Criminais⁹²⁸,

⁹²³ Regulamento das Cadeias Civas do Continente do Reino e Ilhas Adjacentes, aprovado por Decreto de 21-9-1901, in *Colecção Oficial da Legislação Portuguesa*, ano de 1901, Lisboa: Imprensa Nacional, 1902, pp. 1901 ss., disponibilizada em <http://legislacaoregia.parlamento.pt>.

⁹²⁴ Pelo Decreto de 20-11-1884, in *Colecção Oficial da Legislação Portuguesa*, ano de 1884, Lisboa: Imprensa Nacional, 1885, pp. 488 ss., disponibilizada em <http://legislacaoregia.parlamento.pt>.

⁹²⁵ Note-se que a criação do Conselho data de momento anterior à aprovação da lei que veio introduzir a liberdade condicional.

⁹²⁶ Lei de 29-1-1913, com alterações de composição operadas pelos Decretos de 31-3-1919 e 22-4-1919.

⁹²⁷ Criado pelo Decreto n.º 5609, de 10-5-1919.

⁹²⁸ Arts. 1.º e 17.º do Decreto-Lei n.º 22708, de 20-6-1933, que reorganizou os serviços do Ministério da Justiça e dos Cultos; arts. 430.º, 431.º e 465.º do Decreto-Lei n.º 26643 (Organização Prisional de 1936); remodelado pelos Decretos-Leis n.ºs 38386, de 8-8-1951, e 40876, de 24-11-1956. Tendo o Conselho perdido relevância, a partir de 1944, com a criação dos tribunais de execução das penas – como iremos ver de seguida – e com a concentração das competências administrativas na Direcção-Geral dos Serviços Prisionais, veio a ser extinto pelo Decreto-Lei n.º 523/72, de 24-11 (orgânica do Ministério da Justiça), o que é justificado do seguinte modo no respectivo preâmbulo: “desaparece o Conselho Superior dos

órgão presidido pelo Ministro da Justiça que, além das competências consultivas em matéria de direito penal e de reforma dos serviços prisionais, tinha competência para emitir parecer sobre a concessão de perdões, indultos, comutações de penas, concessão de liberdade aos vadios e equiparados, selecção dos condenados segundo as lotações dos estabelecimentos, natureza ou gravidade dos crimes e idade, ou outras condições, para além de competências inspectivas. Este Conselho, como iremos ver, foi, de certa forma, um antecessor (naturalmente, não jurisdicional) dos tribunais de execução das penas.

Foram também constituídos os órgãos de administração do sistema prisional. Em 1919, foi criada, no seio do Ministério da Justiça, a Administração e Inspecção Geral do Serviço das Prisões, posteriormente convertida em Direcção-Geral dos Serviços Prisionais⁹²⁹. A complexidade e a especialização crescente dos serviços, a necessidade de unificar as práticas e a criação de novos estabelecimentos exigiam um órgão central privativo que respondesse às solicitações e orientasse as actividades⁹³⁰. Neste órgão vem a concentrar-se “tudo o que diz respeito à vida dos estabelecimentos prisionais e das suas populações”⁹³¹, incluindo competências até então a cargo de outras entidades, designadamente dos procuradores da República. É-lhe cometida a responsabilidade de prosseguir as finalidades da execução, de acordo com a orientação correcionalista adoptada pela organização prisional de 1936. Com efeito, lê-se no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 38386, de 8-8-1951: “a administração penitenciária, assim, não pode ser o guardião de reclusos segregados da vida social. É antes o organismo do Estado directamente responsável pela sua redenção, no verdadeiro significado da palavra”; “por cada delinvente condenado que lhe é entregue, a administração penitenciária deve esforçar-se por fazer reingressar na sociedade um homem honesto, um cidadão útil. Pouco importa que nem sempre esse esforço seja coroado de êxito. O insucesso parcial não justifica a renúncia do Estado à realização desse objectivo último; impõe-lhe, pelo contrário, novos deveres, que se traduzem na criação dos meios adequados para mais longamente, mais pacientemente, alcançar integralmente ou em limitada medida a regeneração dos delinquentes. Nesta ordem de ideias, as penas privativas de liberdade

Serviços Criminais, cujas atribuições, reduzidas por sucessivos diplomas, não justificam a existência e funcionamento de um órgão permanente”.

⁹²⁹ Art. 5.º do Decreto-Lei n.º 22708, de 20-6-1933.

⁹³⁰ Assim, Guardado LOPES, «Acheias para a história do direito penitenciário português», p. 73.

⁹³¹ Decreto n.º 25016, de 7-2-1935. Só em 1956, com a publicação do Decreto-Lei n.º 40876 e do Decreto Regulamentar n.º 40877, ambos de 24-11-1956, veio a Direcção-Geral a ser dotada de uma organização eficiente visando permitir-lhe uma actuação eficaz nos seus domínios de competência.

não podem executar-se formalmente. Têm um sentido que as ultrapassa e ao qual toda a execução deve subordinar-se”.

1.2.2. Reforma prisional de 1936

Uma reforma geral da matéria da execução penal edificou-se com a Organização Prisional de 1936, diploma da responsabilidade científica de Bezeza dos Santos. Caracterizou-a Eduardo Correia como “a mais acabada articulação legal da ciência penitenciária da época”⁹³².

Importa analisar atentamente alguns aspectos do seu regime, na medida em que certos institutos por ela introduzidos ou regulados vieram a estar directamente na origem da necessidade de jurisdicionalização da execução⁹³³.

A reforma visou superar a situação de desactualização, dispersão e mesmo incoerência das normas regulamentadoras da execução, bem como as deploráveis condições das instalações prisionais. Introduziu “novos processos e modalidades de execução da pena, que a prática de outros países e a ciência penitenciária aconselha[va]m”, e organizou os serviços e estabelecimentos destinados à execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade⁹³⁴.

O sistema instituído pela reforma de 1936 tinha no seu cerne o ideário de recuperação do delinquentes que se vinha impondo desde o século anterior. Bezeza dos Santos esclarece, porém, que a execução das penas obedece a uma pluralidade de fins, conjugando as finalidades de emenda do criminoso, de reprovação e de intimidação especial e geral. Estes três fins não têm sempre, contudo, o mesmo valor relativo, nem se realizam sempre da mesma maneira na execução penal, penas havendo em que um dos fins se sobrepõe, sem eliminar os outros, ou porque é de realização mais segura e proveitosa, ou porque os outros ou algum deles são de menos provável e segura

⁹³² Eduardo CORREIA, *Prof. Dr. José Bezeza dos Santos* (1973), p. 13. Neste texto, proferido por Eduardo Correia na sessão de homenagem à memória de Bezeza dos Santos, credita-o como “o mais destacado penologista na história do nosso País, colocando-se ao lado dos maiores reformadores do mundo em direito prisional”, acrescentando que a sua obra “tornou possível que Portugal tenha sido apontado por muitos especialistas estrangeiros como um dos países mais progressivos em matéria de direito e realizações penitenciárias” (*ibidem*, p. 15). Em outra intervenção, aquando da jubilação do Professor, afirmara que, no que toca ao cumprimento das penas privativas da liberdade, “a sua actuação e influência se revelam singularíssimas no domínio da ciência e do direito penitenciários” – Eduardo CORREIA, *Professor Doutor José Bezeza dos Santos* (1956), p. 14.

⁹³³ Pormenorizadamente sobre o regime instituído pela reforma de 1936, Bezeza dos SANTOS, «Nova organização prisional portuguesa», *passim*, Eduardo CORREIA/Anabela M. Rodrigues/Almeida Costa, *Direito Criminal III*, pp. 85 ss., e Miguel ROMÃO, *Prisão e Ciência Penitenciária em Portugal*, pp. 593 ss.

⁹³⁴ Cf. o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 26643, de 28-5-1936, que aprovou a nova Organização Prisional.

efectivação, ou pela duração e natureza da pena, ou pela qualidade do delincente – o que justifica as diferenças no regime de execução das penas⁹³⁵.

A finalidade de prevenção especial, isto é, a de actuação sobre o delincente para que não reincida, exige diversidade de penas e até diversidade no modo como a pena deve ser executada; daí a necessidade de *individualização* da pena, também na fase da execução, sendo aliás esta a fase em que aquela pode fazer-se “com elementos mais seguros porque melhor se pode observar o criminoso e ver os efeitos que a pena vai produzindo sobre ele”⁹³⁶.

Mantém-se a estrutura celular da prisão, opção que se relaciona com as finalidades preventivo-especiais, tanto na vertente de evitar, tanto quanto possível, as más influências na prisão (pois “a vida em comum, o contacto forçado e permanente entre os presos, favorece indiscutivelmente a sua corrupção”) como na de intensificação da acção reeducativa (pois as prisões celulares permitem um melhor conhecimento da personalidade e, por isso, uma selecção e agrupamento melhores)⁹³⁷. Atenuam-se, porém, os inconvenientes do isolamento através da possibilidade de vida em comum em certa parte do dia ou em certo período da pena.

Para as penas curtas, preconiza-se o cumprimento da pena em regime de isolamento, dada a sua finalidade unicamente intimidatória; para as penas longas, institui-se um sistema progressivo, em que do isolamento se passa gradualmente para a vida em comum, num processo de confiança e responsabilização crescente do condenado.

O sistema progressivo – que se pretendeu mais flexível que o precedente, instituído pela lei de 1927⁹³⁸ – previa quatro períodos: um primeiro, de duração curta, em regime de isolamento contínuo, destinado à observação do preso e a fazer-lhe sentir

⁹³⁵ Beleza dos SANTOS, «Nova organização prisional portuguesa», p. 12.

⁹³⁶ Preâmbulo da Organização Prisional de 1936.

⁹³⁷ Cf. preâmbulo do diploma em análise.

⁹³⁸ O sistema progressivo havia sido instituído pelo Decreto n.º 14 549, de 10-11-1927, que determinou que o cumprimento da prisão maior celular fosse dividido em três períodos iguais: o primeiro, com a duração mínima de um ano, regia-se pela absoluta e completa separação de dia e de noite entre os condenados, sem comunicação de espécie alguma entre eles, e com trabalho obrigatório na cela; o segundo mantinha o isolamento celular de dia e de noite, exceptuando nas horas de trabalho, que decorriam em oficinas mas em rigoroso silêncio; no terceiro, os presos podiam comunicar entre si no trabalho e recreios. O Conselho Penal e Prisional, sob proposta do director, podia fazer os condenados regressar para o período anterior ou antecipar a passagem ao seguinte. Aos presos que se encontrassem no primeiro período não podia ser concedido indulto e, aos que se encontrassem no segundo, o indulto nunca poderia exceder metade da pena desse período. Guardado LOPES, «Acheegas para a história do direito penitenciário português», p. 77, caracteriza este sistema como “extremamente duro”, consequência de uma exigência da opinião pública (e do novo regime político) de maior severidade no cumprimento das penas. O Decreto n.º 20 877, de 13-2-1932, atenuou a rigidez do regime, permitindo a redução, sem limite, do primeiro período, o “do silêncio”, mediante proposta do Conselho Penal e Prisional.

mais fortemente o efeito intimidativo da pena; um segundo período, de isolamento celular nocturno e diurno mas com frequência da escola, trabalho e actos de culto em comum, embora em silêncio; um terceiro período, uma vez cumprido, no mínimo, um terço da pena, em que também as horas de refeição e descanso decorriam em comum, mas não com todos os presos, sendo feito um agrupamento em classes, “segundo o desenvolvimento da sua educação moral e da sua regeneração”; e um quarto período, cumprida pelo menos metade da pena, em que o preso que tivesse tido boa conduta e dado provas seguras de “vontade e capacidade para a vida honesta” podia desempenhar cargos de confiança atribuídos pelo director ou beneficiar de certas concessões.

A passagem de período era determinada pelo director, ouvido o conselho técnico do estabelecimento. A progressão não se pretendia mecânica: além da necessidade de cumprimento de um determinado lapso de tempo em cada fase e de um certo *quantum* da pena, a progressão dependia da avaliação da capacidade e vontade do delinquente de se afastar do mundo do crime. Assim, de acordo com o princípio da individualização, tanto se admitia a progressão como a regressão de regime.

A liberdade condicional *facultativa* só podia ser concedida ao condenado que estivesse no último período da pena (ou, não estando a execução da pena sujeita a períodos, ao condenado que tivesse cumprido metade da pena). A concessão competia ao Ministro da Justiça, mediante parecer favorável do Conselho Superior dos Serviços Criminais. A sua duração podia ser de entre dois e cinco anos, com possibilidade de prorrogação para lá do prazo fixado, por períodos sucessivos de dois anos, até um máximo de dez anos, caso o libertado “não merecesse confiança”.

Para os delinquentes “de difícil correcção” (pois, na filosofia do diploma, não se considera nenhum delinquente “incurável”, devendo a regeneração ser sempre tentada), prevê-se um regime diferenciado: o internamento decorre em estabelecimento especial para presos de difícil correcção, de modo a evitar o seu efeito nocivo sobre os outros reclusos, com um regime de execução mais severo (nomeadamente, um período inicial de isolamento mais longo); admite-se a prorrogação da pena, findo o seu cumprimento, por períodos sucessivos, sem limite temporal máximo, com base na perigosidade, até que o preso mostre idoneidade para seguir vida honesta⁹³⁹; e a liberdade definitiva é obrigatoriamente precedida de um período de liberdade condicional, com a duração mínima de três anos, que, em regra, só poderá ser concedida

⁹³⁹ Crítico desta solução, JESCHECK, «Principes et solutions de la politique criminelle dans la réforme pénale allemande et portugaise», p. 455.

após o cumprimento de toda a pena (excepcionalmente, no caso de presos de boa conduta, após o cumprimento de dois terços).

O legislador pretendeu assim intensificar a defesa social contra os delinquentes perigosos, preocupação que se revela também no regime das medidas de segurança, baseadas na perigosidade do indivíduo e caracterizadas pela sua indeterminação, devendo durar o tempo necessário para reeducar ou, pelo menos, tornar inofensivo o delincente.

Importa atentar no papel atribuído ao Conselho Superior dos Serviços Criminais. Além das suas competências consultivas (nos termos do artigo 430.º, compete-lhe dar parecer sobre todos os assuntos relativos aos serviços prisionais que lhe forem submetidos pelo Ministro da Justiça ou pelo Director-Geral) e inspectivas (pode determinar a realização de inspecções aos estabelecimentos sempre que o julgar conveniente, de acordo com o artigo 431.º), tem competências com implicações directas na execução das penas e medidas de segurança. O preâmbulo do diploma justifica essa intervenção do seguinte modo: “a individualização da pena, no decurso do seu cumprimento, importa deliberações, que podem atingir a liberdade dos indivíduos, necessárias à defesa da sociedade, sem dúvida, mas graves. Entendeu-se que estas deliberações só deviam ser tomadas depois da consulta de entidades diferentes das dos quadros burocráticos e essa consulta foi entregue àquele Conselho”.

Exemplos concretizadores desse papel são a competência para declarar indisciplinados os presos para efeitos de internamento em prisões para criminosos de difícil correcção, com as consequentes implicações ao nível do regime (artigos 54.º, 73.º e 111.º), para deliberar sobre a libertação dos delinquentes de difícil correcção a quem tenha sido prorrogada a pena (artigo 117.º), para dar parecer sobre a concessão de liberdade condicional (artigo 393.º), para revogar a liberdade condicional, quando a revogação não for de direito (artigo 399.º), para dar parecer prévio à decisão do Ministro da Justiça de fazer extinguir a pena ou cessar a medida de segurança decorrido o período de liberdade condicional, verificada a boa conduta do libertado (artigo 401.º), ou para apreciar os pedidos de indulto e propor a sua concessão aos reclusos que julgue merecedores dessa forma de perdão (artigo 407.º).

1.2.3. A Lei 2000, de 1944

O passo decisivo no caminho da jurisdicionalização da execução foi dado com a aprovação da Lei n.º 2000, de 16 de Maio de 1944 – também indissociável do nome do

Prof. Doutor Beleza dos Santos –, que criou os tribunais de execução das penas e definiu a sua competência.

Dos trabalhos preparatórios do diploma avulta a influência de iniciativas legislativas de outros ordenamentos jurídicos (em especial a legislação italiana que instituiu o juiz de vigilância, mas também a legislação brasileira, a lei belga de defesa social de 1930 e os projectos franceses no sentido de confiar a concessão da liberdade condicional aos tribunais), bem como das discussões dos congressos internacionais, onde se firmou o princípio fundamental da intervenção judicial na execução.

As funções cometidas a estes tribunais espelham o contexto e as razões da sua criação. No quadro de um *direito penal do agente*, de cunho marcadamente preventivo-especial, preocupado com a readaptação do condenado e, simultaneamente, com a defesa da sociedade perante agentes considerados perigosos, decisões que operassem modificação, prorrogação ou substituição das penas e das medidas de segurança reclamavam as garantias próprias de um órgão jurisdicional.

Do relatório que acompanhou a proposta de lei resultam claros os motivos da decisão de “jurisdicionalização do cumprimento das penas e das medidas de segurança”, ou seja, “da intervenção do juiz no seu decurso”⁹⁴⁰. A adopção do princípio da individualização das penas, tributário do enfoque preventivo-especial do direito da época, trouxe consigo a possibilidade (*rectius*, a necessidade) de sujeitar as penas a modificações significativas, já no decurso da sua execução, com vista à sua adequação às características e evolução da personalidade do criminoso. É o caso da concessão da liberdade condicional, da prorrogação da pena ou da transferência do recluso de um estabelecimento normal para um especial. Tais modificações “podem praticamente traduzir-se na aplicação de novas penas”, “que se vão substituindo” à pena inicialmente imposta. Ora, se a aplicação de penas somente aos tribunais compete, impunha-se fazer intervir o poder judicial na tomada daquelas decisões.

À mesma imposição conduzia a previsão de medidas de segurança – igualmente fundada em razões de prevenção especial. Sendo aquelas, por natureza, relativamente indeterminadas, só no decurso da execução vão sendo adequadas à evolução do “estado perigoso” do agente.

As modificações operadas ao longo da execução, assim como a determinação das condições da concessão da liberdade condicional, são susceptíveis de pôr em conflito os direitos individuais com o interesse da segurança da sociedade, exigindo,

⁹⁴⁰ «Proposta de lei acerca da reabilitação dos delinquentes e jurisdicionalização do cumprimento das penas e das medidas de segurança», *Diário das Sessões* da Assembleia Nacional, n.º 49, 26-2-1944, p. 129.

portanto, “garantias análogas” às do julgamento, isto é, uma sentença proferida por um tribunal, mediante um processo de carácter judiciário⁹⁴¹.

Atribuir a sua decisão aos tribunais não significa, pois, “expropriar indevidamente”⁹⁴² a administração prisional: é de funções jurisdicionais que se trata, embora “de índole diversa” das que desempenham os juízes que decidem sobre os factos e a aplicação da pena⁹⁴³.

Acresce que a intervenção de um juiz no cumprimento das penas e medidas oferece “mais sólidas garantias” à sociedade e aos condenados, “visto, por um lado, a actividade dos órgãos judiciais se achar pautada na lei com maior minúcia que a dos órgãos administrativos e por outro, estar sujeita a uma disciplina mais rigorosa”⁹⁴⁴.

Além disso, os juízos de prognose implicados em decisões como a prorrogação ou a cessação das penas e medidas, a concessão da liberdade condicional ou a reabilitação exigem não só um conjunto de elementos de observação (informações, exames, inquéritos) e um conhecimento da personalidade e das circunstâncias de vida do delincente, mas também “pessoas com a preparação, experiência e tacto necessários para valorar devidamente” esses elementos⁹⁴⁵.

Quanto à configuração do órgão ao qual seriam atribuídas estas funções, optou-se: por *um tribunal* e não por uma comissão de especialistas, dado ser necessário assegurar a independência, a objectividade, a audição dos representantes dos interesses em conflito e as demais garantias inerentes aos órgãos judiciários; por *um tribunal especializado* e não pelo tribunal da condenação, pois, apesar de, à partida, ser este o que dispõe de conhecimento mais completo das circunstâncias do crime e do agente, as funções em causa exigem um contacto directo e frequente com o condenado e com o estabelecimento prisional, que o tribunal da condenação dificilmente poderia assegurar, ao que acresce a já referida “índole diversa” destas funções jurisdicionais; e por *um tribunal singular*, em detrimento de um tribunal colectivo ou misto, por razões de maior praticabilidade e ainda por ser a solução mais apta a permitir o contacto directo com o preso e com os demais elementos de informação, bem como a assegurar unidade de critério e continuidade de acção⁹⁴⁶. Compensando a não integração de peritos na

⁹⁴¹ Beleza dos SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», p. 318.

⁹⁴² Ainda o Relatório da proposta de lei, cit., p. 129.

⁹⁴³ Assim, Beleza dos SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», p. 321.

⁹⁴⁴ Relatório da proposta de lei, cit., p. 129.

⁹⁴⁵ Assim, Beleza dos SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», p. 314.

⁹⁴⁶ Relatório da proposta de lei, cit., pp. 131 s., e Beleza dos SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», p. 324. A solução mereceu, em sede de processo legislativo, a discordância da Câmara Corporativa, que entendia que os tribunais de execução das penas deveriam ser tribunais

composição do tribunal, estabelece-se que o juiz deve colher informação junto dos serviços técnicos prisionais, dos institutos de criminologia, dos assistentes sociais e de outros especialistas⁹⁴⁷; e que o tribunal de recurso seria um tribunal colectivo⁹⁴⁸.

Aos novos tribunais atribuiu-se a competência para “as decisões destinadas a modificar ou substituir as penas ou as medidas de segurança, no decurso do seu cumprimento, tanto na duração como no regime prisional”⁹⁴⁹.

A tarefa de selecção das atribuições que passariam a ser da competência dos tribunais de execução das penas mostrou-se facilitada pelo facto de a generalidade daquelas já se encontrar demarcada, dentro da esfera dos órgãos administrativos, pela repartição de competências entre os órgãos directivos dos estabelecimentos prisionais, por um lado, e o Conselho Superior dos Serviços Criminais e o Ministro da Justiça, por outro. Com efeito, como vimos, a Reforma Prisional de 1936 já tinha confiado a estes últimos as medidas modificadoras mais susceptíveis de afectar a segurança da comunidade e o interesse dos condenados, nomeadamente a prorrogação de penas

colectivos, “com uma composição tal que dêem garantia, ao mesmo tempo, da *especialização* necessária à resolução das questões submetidas à sua apreciação e da *informação* quanto possível completa de todas as circunstâncias que podem influir nas suas decisões”, tendo proposto que fossem integrados por cinco membros: um juiz de um tribunal superior, que presidiria (e “imprimir[ia] às decisões do tribunal o cunho da autoridade própria das decisões de justiça”); dois licenciados em direito, especializados em ciências penais, que seriam juizes adjuntos e participariam nas decisões de direito; um médico criminalista e um director de estabelecimento prisional com um mínimo de cinco anos de experiência, que seriam juizes assessores, com a função de prestar ao tribunal as informações de ordem técnica, com voto sobre as questões de facto (cf. Parecer da Câmara Corporativa relativo à proposta de lei em apreciação, publicado no *Diário das Sessões* da Assembleia Nacional, n.º 49, 26-2-1944, p. 142).

⁹⁴⁷ Cf. n.º 2 da Base II da Lei n.º 2000, de 16-5-1944, bem como o Relatório da proposta de lei, cit., p. 132, e Beleza dos SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», p. 325. Cf. ainda art. 10.º do Decreto n.º 34553, de 30-4-1945, que previa que “junto do tribunal prestarão serviço dois assistentes sociais, aos quais compete a realização dos inquéritos ou averiguações que o juiz julgue conveniente mandar fazer”.

⁹⁴⁸ Cf. n.º 2 da Base III da Lei n.º 2000. O parecer da Câmara Corporativa (cit., p. 142) defendeu a criação de um tribunal colectivo com sede em Lisboa e composto por dois juizes do Supremo Tribunal de Justiça, um professor de direito penal, um professor de medicina legal e pelo director-geral dos serviços criminais. O Decreto n.º 34553, de 30-4-1945, que regulou a competência e organização dos tribunais de execução das penas, veio a estabelecer diferentemente a composição do tribunal colectivo, fazendo-o integrar um juiz presidente, a nomear pelo Ministro da Justiça de entre os juizes da Relação ou do Supremo Tribunal, e dois assessores, a nomear de entre os funcionários superiores dos serviços criminais que se tivessem distinguido no exercício das suas funções, ou de entre pessoas de reconhecido mérito e demonstrada competência em matéria de criminologia (art. 16.º). Este tribunal, a sediar em Lisboa, só seria criado “quando o movimento de processos o justifi[casse]”, sendo os recursos, até essa criação, a interpor para o Tribunal da Relação de Lisboa (art. 15.º do mesmo Decreto). Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 38386, de 8-8-1951, estabeleceu que o tribunal de recurso seria presidido pelo desembargador presidente do Tribunal Criminal de Lisboa e composto ainda pelos dois juizes mais antigos do tribunal de execução das penas de Lisboa e abriu um segundo grau de recurso, restrito a matéria de direito, para o Supremo Tribunal de Justiça, no caso de processos de segurança (art. 15.º). Mais tarde, o Estatuto Judiciário veio a estabelecer que das decisões finais proferidas pelos tribunais de execução das penas caberia recurso para a Relação do distrito da sua sede (art. 95.º do Decreto-Lei n.º 44278, de 14-4-1962).

⁹⁴⁹ Base I da Lei n.º 2000, de 1944.

aplicadas a criminosos de difícil correção, a concessão e a revogação da liberdade condicional e os indultos. Estas matérias já se achavam, pois, “de certo modo desintegradas do âmbito específico da administração prisional”, o que levou o legislador a afirmar que a jurisdicionalização operada pela Lei n.º 2000 já se encontrava anunciada no ordenamento jurídico português, não constituindo, por conseguinte, “uma completa inovação, mas um natural complemento da Reforma Prisional e que esta deixava já antever”⁹⁵⁰.

Assim, o critério de repartição de competências entre o tribunal e a administração prisional adoptado pela legislação em análise pode formular-se do seguinte modo: aos tribunais compete estabelecer, seja inicialmente na sentença condenatória, seja em modificações posteriores, a *espécie e duração* do regime penal a aplicar ao condenado; à administração cabe *executar* esse regime, nos termos da lei, dispondo, dentro dos respectivos limites, de ampla discricionariedade para levar a cabo a readaptação social do delincente, *propondo* ao tribunal as modificações ou substituições, quer de regime, quer de duração, que entender necessárias. “De tal maneira, a judicatura e a administração estarão sempre no seu lugar”⁹⁵¹.

Com efeito, não pretendeu o legislador entregar aos tribunais as funções respeitantes à organização e gestão prisionais. Considerando um problema “de grande delicadeza” a demarcação das funções da administração e do tribunal, deixou claro que com a jurisdicionalização não se tratava de abranger todos os actos respeitantes à execução das penas e medidas de segurança. Tal implicaria cair no “excesso oposto, não menos condenável, de invadir a esfera normal dos órgãos administrativos, com prejuízo do seu bom funcionamento e do seu prestígio”. Nem para tais funções, aliás, estariam os juízes vocacionados⁹⁵².

É neste ponto que o juiz de execução das penas português se distingue nitidamente do juiz de vigilância italiano. Quis-se evitar, como esclarece Beleza dos

⁹⁵⁰ Relatório da proposta de lei, cit., p. 130. Aliás, de tal modo o legislador considerou “extraordinariamente facilitada” a definição dos actos a abranger pela jurisdicionalização que, na proposta de lei apresentada à Assembleia Nacional, definiu as atribuições dos tribunais de execução das penas através desta singela fórmula: “Base I: As atribuições que por lei pertencem ao Conselho Superior dos Serviços Criminais e ao Ministro da Justiça em matéria de execução de penas ou medidas de segurança e de reabilitação serão exercidas pelos juízes de execução das penas”. Desta maneira, entendia o legislador, “tudo ficará definitivamente arrumado com uma pura transferência de funções” do Conselho e do Ministro para o órgão judicial (Relatório citado, p. 131). Foi na sequência do parecer da Câmara Corporativa – que, concordando com o princípio subjacente, mas apontando à proposta a crítica de não precisar um *critério jurídico*, “contentando-se com seguir o *critério prático* que resulta dos preceitos da reforma prisional de 1936” (Parecer cit., pp. 141 s.) – que a Base I veio a ter a redacção indicada no texto, baseada num critério material.

⁹⁵¹ Parecer da Câmara Corporativa, cit., p. 142.

⁹⁵² Relatório da proposta de lei, cit., p. 130.

Santos, “uma interferência de carácter judiciário na vida interna das prisões”, não atribuindo aos novos tribunais funções de inspecção ou de vigilância nos estabelecimentos prisionais, nem qualquer intervenção nas relações entre os reclusos e a direcção, nem na resolução de conflitos relacionados com o trabalho, salários, visitas, correspondência, regalias ou desfavores decorrentes do regime prisional, nem sequer na imposição de penas disciplinares, nem ainda no progresso ou retrocesso dos presos no sistema progressivo⁹⁵³. Tais decisões são reservadas à administração penitenciária, entendendo-se que “a ingerência de um tribunal nestas matérias poderia diminuir a autoridade, o prestígio e a iniciativa da direcção do estabelecimento prisional”, fomentando e multiplicando conflitos ao invés de os apaziguar⁹⁵⁴.

Assim, e apesar de a sua designação como “tribunais de execução das penas” inculcar a ideia de que a sua actividade judiciária consistiria em “*promover* a efectivação das sanções impostas numa sentença condenatória, ou para determinar a forma como se hão-de cumprir, ou para fiscalizar a observância da lei e da sentença condenatória no cumprimento delas”⁹⁵⁵, a sua função, em Portugal, não foi, originariamente, essa – estes tribunais não deviam interferir na vida interna das prisões; e os incidentes da execução eram decididos pelo tribunal da condenação, perante o qual corriam os termos da *execução judiciária* propriamente dita. A intervenção dos tribunais de execução das penas materializava-se na tomada de novas decisões, cuja

⁹⁵³ Beleza dos SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», p. 290.

⁹⁵⁴ *Ibidem*, p. 291.

⁹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 289 ss. Aí se considera a denominação atribuída a estes tribunais inadequada para exprimir as funções que lhes cabe exercer. Com efeito, para o Autor, ela “peca por defeito e por excesso”, pois estes tribunais são “*mais e menos*” que um simples juízo de execução, “ou antes, coisa diversa”. Por um lado, não se limitam a executar decisões de outros tribunais, podendo mesmo actuar em processo declaratório (como no caso da declaração de perigosidade de delinquentes, quando tal não tenha lugar em processo penal); mesmo na fase executiva, a actuação destes tribunais pode traduzir-se em decisões complementares, mas de *índole diversa* das tomadas pelos tribunais criminais, e em qualquer caso diferentes das providências judiciais meramente executórias. Por outro lado, não lhes compete a resolução dos *incidentes da execução*, que continuam a ser decididos pelo tribunal que proferiu a sentença de condenação, perante o qual correm os termos da execução judiciária propriamente dita. Como justificação para a designação adoptada, Beleza dos Santos aponta o facto de grande parte da actuação destes tribunais ocorrer após a prolação de uma sentença condenatória e versar sobre factos que ocorrem ou que são verificáveis durante a execução daquela. À denominação dos tribunais aponta-se ainda a exclusão da importante matéria das medidas de segurança; o Autor entende, contudo, que a opção pelo nome *juízo de segurança* (expressão a que no Relatório da Lei n.º 2000 se recorre para caracterizar a competência destes tribunais) também não seria adequada, não só por deixar também ela de fora matérias essenciais, como também por poder sugerir uma finalidade unilateral (de prevenção especial) das suas atribuições. O Autor pondera ainda a designação *juízos complementares*, reputando-a também incompleta e meramente formal, embora acabe por considerá-la a opção “menos má”, já que estes tribunais *completam* a actividade judiciária dos tribunais criminais. Por seu turno, Jacinto DUARTE, «Os Tribunais de Execução das Penas», p. 238, propõe a designação *tribunais criminais da personalidade*, em homenagem à deslocação do centro de gravidade do direito penal “do facto criminoso para o respectivo sujeito ou antes para a sua personalidade”.

necessidade fosse determinada pela verificação, durante o cumprimento da pena, de factos respeitantes à personalidade e à conduta do delinquente⁹⁵⁶.

Concretamente, cabiam aos novos tribunais as competências para: declarar perigosos os delinquentes que por esse motivo devessem ser sujeitos a penas ou medidas de segurança, quando tal declaração não tivesse tido lugar em processo penal; decidir sobre as alterações do estado de perigosidade criminal, anteriormente declarado, que devessem ter por efeito a substituição das penas ou medidas de segurança; decidir sobre a manutenção do estado de perigosidade que devesse ser motivo de prorrogação das penas ou medidas de segurança; decidir sobre a cessação do estado de perigosidade criminal; confirmar o internamento de anormais perigosos ou anti-sociais nos asilos a eles destinados; conceder a liberdade condicional e decidir a sua prorrogação ou revogação; conceder e revogar a reabilitação dos condenados; exercer funções consultivas em matéria de indultos⁹⁵⁷.

Em comum têm estas atribuições a orientação para a realização dos fins da prevenção especial, visando “combater os factores da provável delinquência futura, radicados no próprio delinquente, que o transformam num gerador potencial de crimes, sempre prestes a entrar em actuação”, de tal modo que podia afirmar-se que “o novo tribunal é, propriamente, um juízo de segurança”. Quanto às competências em matéria de liberdade condicional e de indultos, considera-se manifesta a sua conexão com a função essencial destes tribunais, uma vez que “em qualquer delas importa menos verificar factos do que averiguar acerca de pessoas”, sendo necessário, para decidir, conhecer as características pessoais dos sujeitos, e sendo “natural supor que o tribunal de execução das penas esteja melhor apetrechado para resolver com segurança nesta matéria”⁹⁵⁸.

Em síntese, os tribunais de execução das penas intervêm “sempre que, no decurso da execução de uma *pena* ou de uma *medida de segurança* privativas de liberdade se dão circunstâncias que obrigam a *prolongá-las*, a *substituí-las*, a *extingui-las*, ou a pôr termo aos *seus efeitos*”⁹⁵⁹.

⁹⁵⁶ Beleza dos SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», p. 292.

⁹⁵⁷ As competências são elencadas no art. 3.º do Decreto n.º 34553, de 30-4-1945, que regulou a competência e organização dos tribunais de execução das penas. O Decreto-Lei n.º 35042, de 20-10-1945, prevê também a competência dos TEP para aplicar medidas de segurança a vadios, mendigos, rufiões, homossexuais, prostitutas, reincidentes, membros de associações de malfeitores, etc. (arts. 22.º e 23.º). Mais tarde, o Estatuto Judiciário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44278, de 14-4-1962, elenca, nos arts. 91.º a 94.º, as competências dos TEP, em termos semelhantes.

⁹⁵⁸ Assim o preâmbulo do referido Decreto n.º 34553.

⁹⁵⁹ Beleza dos SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», p. 298.

São instituídas formas processuais específicas, uma “diferenciação necessária” das do processo penal dado o seu diferente objecto, que incide predominantemente sobre a personalidade, as condições de vida e o percurso prisional dos condenados e que exige conhecimentos técnicos apreciáveis. Assim, além do processo de segurança (para a verificação do estado de perigosidade e decretamento das medidas que lhe correspondam), são regulados o processo complementar (para as decisões relativas à manutenção, alteração ou cessação daquele estado, que, no fundo, constituem “apreciação renovada do mesmo objecto”, sendo, portanto, estes processos como que incidentes do processo que teve por objecto a declaração de perigosidade) e os processos graciosos de liberdade condicional, de reabilitação e de indulto. Nos processos de segurança e complementares, o arguido é assistido por defensor, que deve ser “convenientemente instruído em assuntos de criminologia”⁹⁶⁰. As decisões dos tribunais de execução das penas são modificáveis por novas decisões proferidas sobre o mesmo agente, sempre que surjam novos elementos de apreciação⁹⁶¹.

Ao Ministério Público, além das suas funções no tribunal, cabe a inspecção aos serviços de assistência social nos estabelecimentos prisionais, bem como a fiscalização do exercício da vigilância dos libertados condicionalmente⁹⁶².

Estabeleceu-se a faculdade de recorrer das decisões dos tribunais de execução das penas que ordenassem a prorrogação das penas ou medidas de segurança, bem como a revogação da liberdade condicional, vindo mais tarde a generalizar-se a recorribilidade das decisões proferidas por estes tribunais, em matéria de facto e de direito, com recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, restrito a matéria de direito⁹⁶³.

1.2.4. Evolução posterior

O sistema instituído com a Organização Prisional de 1936 teve longa vigência, sofrendo embora múltiplas modificações, tanto de carácter legislativo como administrativo.

⁹⁶⁰ Art. 30.º do referido Decreto n.º 34553.

⁹⁶¹ Art. 23.º do mesmo Decreto.

⁹⁶² Art. 9.º do Decreto em referência.

⁹⁶³ Cf. Base III da Lei n.º 2000, de 1944, prevendo apenas a recorribilidade das decisões de prorrogação das penas ou medidas de segurança e de revogação da liberdade condicional; art. 15.º do Decreto-Lei n.º 38386, de 8-8-1951, que estabeleceu o recurso das decisões finais em processos de segurança e complementares, com posterior recurso para o Supremo Tribunal, nos processos de segurança, restrito a matéria de direito; art. 10.º do Decreto-Lei n.º 40550, de 12-3-1956, que previu recurso das decisões finais proferidas pelos TEP para o tribunal colectivo de recurso, que julga em matéria de facto e de direito, com recurso para a secção criminal do STJ em matéria de direito; finalmente, o Estatuto Judiciário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44278, de 14-4-1962, adoptou como solução o recurso para o Tribunal da Relação do distrito da sede do tribunal (art. 95.º).

A reforma de 1954 do Código Penal⁹⁶⁴ incidiu sobre o sistema de penas, na parte geral, com o objectivo de pôr termo às dificuldades de interpretação e aplicação decorrentes da desactualização do sistema de penas positivado no Código, provocada, sobretudo, pelas profundas alterações operadas pela Reforma Prisional de 1936, originando contradição entre o sistema das penas no Código Penal e a realidade da sua execução. A reforma visou também incluir no Código Penal o conjunto de institutos que tinham vindo a modificar ou completar o sistema penal através de legislação complementar (como era o caso da condenação condicional, da liberdade condicional e das medidas relacionadas com a perigosidade dos delinquentes). Nos termos do artigo 73.º resultante da reforma, as decisões destinadas a modificar ou substituir as penas ou as medidas de segurança no decurso do seu cumprimento, tanto na duração como no regime prisional, constituíam competência dos tribunais de execução das penas, se por lei não pertencessem a qualquer outro.

Como perspectiva de evolução futura dos tribunais de execução das penas, Beleza dos Santos encarava um sistema em que o tribunal que decide sobre os factos e sobre a pena fixaria unicamente os limites mínimo e máximo desta, pois os fins de reprobção e de prevenção geral não exigem uma certa quantidade pré-fixada, apenas um limite aquém do qual será insuficiente e outro limite além do qual se tornará excessiva, sendo a prevenção especial que deve determinar o seu *quantum* exacto; seria um segundo tribunal, após o cumprimento daquele mínimo, a decidir da colocação em liberdade ou da continuação da pena pelo tempo necessário, sem exceder aquele limite máximo. Só por esta forma, defendia, se poderia adequar a pena ou medida ao fim de prevenção especial. Este segundo tribunal seria exclusivamente competente em matéria de medidas de segurança, bem como de liberdade condicional e de reabilitação. O carácter judiciário do órgão e do respectivo processo “dariam garantias suficientes à liberdade individual”. Assim, caberia aos tribunais de execução das penas ocupar-se daqueles “casos em que, para decidir, é necessário conhecer a *personalidade do delincente*, ter com ele um *contacto directo*, *seguir de perto a sua conduta prisional ou post-prisional*”⁹⁶⁵.

⁹⁶⁴ Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 39 688, de 5-6-1954.

⁹⁶⁵ Beleza dos SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», pp. 332 ss. Em sentido próximo, Jacinto DUARTE, «Os Tribunais de Execução das Penas», pp. 238 ss., propunha, *de lege ferenda*, a cisão do processo penal em duas fases: a primeira, a cargo dos tribunais comuns, ocupar-se-ia apenas do facto; a segunda, a atribuir aos “tribunais da personalidade”, trataria da determinação das medidas repressivas ou preventivas adequadas a cada delincente e decidiria a respectiva prorrogação ou cessação antecipada, consoante a readaptação social do sujeito, ou ainda a substituição por outras medidas, em vista da individualização do tratamento penal e da sua eficácia repressiva e preventiva. Após a prolação da sentença condenatória, competiria aos tribunais da personalidade tomar todas as decisões jurisdicionais

1.2.5. *Apreciação*

Nesta primeira fase de funcionamento dos tribunais de execução das penas, o relacionamento estabelecido entre estes e a administração penitenciária é descrito como tendo sido de “entendimento recíproco” e de “compreensiva cooperação”, falando-se mesmo em “sugestões” dadas pelos tribunais às direcções dos estabelecimentos, a que estas davam “todo o valor”⁹⁶⁶. Tal avaliação é bem expressiva da ausência de sobreposição das competências de uns e outra.

Com efeito, aos tribunais estavam cometidas as decisões que implicassem modificação, substituição, prorrogação ou extinção das penas, das medidas de segurança ou dos respectivos efeitos, com vista à sua adequação às características e evolução do delinvente. À jurisdicionalização dessas decisões parece ter presidido uma ideia de *reserva de função judicial*, na medida em que, embora uma tal reserva não resultasse como uma exigência constitucional explícita⁹⁶⁷, se teve em conta que a modificação das sanções no decurso da execução comungava, afinal, da mesma natureza da decisão que originariamente as impusera, pelo que, se a aplicação das penas era reservada aos tribunais, também o deveriam ser aquelas decisões posteriores, que lhe eram consubstanciais.

Podem ainda detectar-se, na base desta opção, considerações de *adequação funcional*: por se tratar de decisões susceptíveis de afectar seriamente a liberdade individual, e que têm subjacente um conflito entre os direitos individuais e a defesa da sociedade, considerou-se que deveriam ser tomadas por um órgão dotado de independência e objectividade e mediante um processo rodeado de especiais garantias, nomeadamente de contraditório; além disso, os delicados juízos de prognose implicados, bem como o impacto das decisões para a liberdade individual e para a defesa social, exigiam a sua atribuição a uma entidade com uma preparação especializada, colocada numa posição que lhe permitisse um conhecimento profundo da personalidade e das circunstâncias do condenado, da sua reacção à pena e da sua

subsequentes. Estes tribunais deveriam sediar-se nos estabelecimentos prisionais, permitindo ao juiz seguir de perto os condenados e verificar a sua reacção ao tratamento prisional, com a coadjuvação de psicólogos, médicos, assistentes sociais e sacerdotes.

⁹⁶⁶ Beleza dos SANTOS, *ibidem*, p. 291. Interessantemente, idêntica apreciação é feita da experiência italiana, apesar das competências de “vigilância” que o legislador português se preocupou em evitar: segundo NOVELLI, «L'intervento del giudice nell'esecuzione penale», p. 1082, apesar dos receios, suscitados aquando da introdução da figura em Itália, de que o juiz se sobrepusesse à autoridade do director e de que se gerassem atritos perturbadores do normal funcionamento das prisões, a precisa delimitação das competências do juiz evitou a concretização desse perigo, não se tendo verificado nem tal sobreposição, nem um também indesejável mero seguidismo do juiz perante a opinião do director.

⁹⁶⁷ Já que, como vimos (*supra*, Parte I, Cap. IV, 1.), a Constituição de 1933 não continha uma definição material da função jurisdicional, adoptando um critério orgânico-formal.

evolução ao longo da execução, e dotada da capacidade para reunir e valorar os elementos de observação necessários e para ponderar os interesses em conflito⁹⁶⁸.

Assim, a repartição de funções entre os tribunais de execução das penas e a administração prisional era simples: àqueles competiam as funções ligadas à determinação, quer inicial, quer posterior, do regime penal a aplicar ao condenado, na sua espécie e duração. Não lhes cabiam funções de inspecção ou superintendência sobre as cadeias (abandonando-se as competências, previstas nos regulamentos de Oitocentos, para visitar as cadeias, ouvir as reclamações dos presos, verificar o cumprimento das leis e dos regulamentos e tomar ou promover as providências necessárias), menos ainda lhes cabiam funções de organização e gestão dos estabelecimentos, para as quais não estavam vocacionados (aqui se divisando, de novo, considerações de adequação funcional – no caso, no sentido da inadequação). Estas estavam reservadas aos serviços prisionais, a quem cabia a responsabilidade de executar o regime penal determinado pelos tribunais, nos termos da lei, com margem de discricionariedade para prosseguirem as finalidades da execução de acordo com a orientação correcionalista vigente, levando a cabo a readaptação social dos condenados e propondo aos tribunais as modificações necessárias.

1.3. A reforma prisional dos anos setenta

Portugal não ficou de fora do movimento internacional de reforma penitenciária dos anos setenta do século XX.

A consciencialização do problema prisional e a evolução da concepção de Estado, na generalidade dos países e nos *fora* internacionais, conduziram à aprovação de instrumentos de direito internacional de enorme relevância para a matéria penitenciária, bem como de importantes reformas legislativas em vários países.

No plano internacional, salientam-se as *Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos*, aprovadas no seio das Nações Unidas, e as numerosas recomendações do Conselho da Europa⁹⁶⁹, sem esquecer os instrumentos internacionais de protecção dos

⁹⁶⁸ Parte destes argumentos de adequação funcional parecer-nos-iam, nos dias de hoje, apontar mais para a administração penitenciária que para um órgão judicial (que dificilmente, dadas as suas características orgânicas e funcionais, consegue alcançar o conhecimento directo do condenado e da sua evolução da forma como, optimistamente, se idealizou à época, como o futuro viria a demonstrar). Trataremos este ponto com mais desenvolvimento mais adiante.

⁹⁶⁹ Além das *Regras Penitenciárias Europeias*, que já analisámos, numerosas outras recomendações oriundas do Conselho da Europa tiveram influência no movimento de reforma, como as Resoluções da Assembleia Parlamentar 195(1959) sobre reforma penal, 914(1981) sobre a situação social dos reclusos e 1080(1988) sobre uma política de saúde europeia coordenada para prevenir a propagação da sida nas

direitos humanos, como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Em ordenamentos próximos do nosso, preparavam-se reformas legislativas de grande relevo, que culminaram na adopção de leis reguladoras da execução das penas e medidas privativas da liberdade em Itália (1975), na Alemanha (1976) e em Espanha (1979).

Em Portugal, a nova Constituição de 1976 trouxe um enquadramento favorável à consolidação do estatuto jurídico do recluso e ao reforço da tutela dos seus direitos fundamentais, bem como ao aprofundamento do ideário ressocializador.

Com efeito, a consagração de um Estado de direito democrático e social, baseado na dignidade da pessoa humana, permite extrair do texto constitucional um *princípio de socialização* (ou *de socialidade*) que deve presidir à execução⁹⁷⁰. Nas palavras de Figueiredo Dias, “dentro dos pressupostos jurídico-constitucionais próprios do Estado de Direito material, de intenção social, não há alternativa para o dever de ajuda e de solidariedade em que se traduz o mandamento político-criminal da socialização do delinquente”, que consiste em “*oferecer* ao delinquente o máximo de condições favoráveis ao prosseguimento de uma vida sem praticar crimes, ao seu ingresso numa vida fiel ou conformada com o dever-ser jurídico-penal – visando a prevenção da reincidência através da colaboração voluntária e activa daquele”; “só assim se pode esperar a realização do princípio *social* ínsito no Estado de Direito material, e segundo o qual as prestações estaduais são particularmente devidas aos membros da comunidade que se encontrem num especial estado de necessidade”⁹⁷¹. O princípio da socialidade “assumirá dignidade jurídico-constitucional em toda a parte onde vigore a cláusula do Estado de Direito social”⁹⁷².

prisões, e as Recomendações do Comité de Ministros (1962)² sobre os direitos eleitorais, civis e sociais dos reclusos, (1966)²⁶, (1968)²⁴ e (1997)¹² sobre recrutamento, formação, condições de trabalho e deontologia profissional dos recursos humanos encarregados da execução das penas, (1975)²⁵ sobre trabalho prisional, (1976)² sobre o tratamento de condenados em penas longas de prisão, (1982)¹⁶ sobre licenças de saída da prisão, (1982)¹⁷ sobre o tratamento de reclusos perigosos, (1984)¹² respeitante a reclusos estrangeiros, (1989)¹² sobre educação nas prisões.

⁹⁷⁰ Princípio que tanto a doutrina como a jurisprudência do Tribunal Constitucional vêm extraindo dos arts. 1.º, 2.º, 9.º, *d*), 18.º e 25.º, n.º 1, da CRP. Cf. Figueiredo DIAS, «Os novos rumos da política criminal...», p. 30; *idem*, *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*, p. 83; Anabela Miranda RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, pp. 53 s.; Maria João ANTUNES, *Penas e Medidas de Segurança*, pp. 86 s.; Almeida COSTA, *Passado, presente e futuro da liberdade condicional*, p. 54; Acs. do TC n.ºs 474/95, 1/2001, 336/2008 e 427/2009.

⁹⁷¹ Figueiredo DIAS, «Os novos rumos da política criminal...», p. 30.

⁹⁷² Figueiredo DIAS, *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*, p. 74. Cf. ainda p. 424, onde o Autor faz valer o princípio também no âmbito da aplicação e execução das medidas de segurança criminais.

O princípio recebeu concretização legislativa no artigo 42.º do Código Penal, bem como no artigo 2.º e ao longo do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1-8, diploma que regulou substantivamente o direito penitenciário.

O aditamento do n.º 5 ao artigo 30.º da CRP, pela revisão de 1989, estipulando que “os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução”⁹⁷³, trouxe consigo implicações de enorme relevância para o estatuto jurídico do recluso e para a superação do conceito das *relações especiais de poder*, conferindo ao recluso uma posição jurídica subjectiva perante o Estado.

1.3.1. A lei de execução das penas de 1979

Neste contexto, no nosso país é aprovada, em 1979, uma lei reguladora da execução das penas e medidas privativas da liberdade⁹⁷⁴, da responsabilidade de Eduardo Correia, que constitui “uma espécie de lei fundamental em tema de execução das reacções criminais detentivas – penas e medidas de segurança privativas de liberdade”⁹⁷⁵.

O diploma ocupa-se de uma multiplicidade de matérias que cobrem praticamente todos os aspectos da execução, desde as suas finalidades até à organização dos serviços prisionais, passando pela posição jurídica do recluso, o planeamento individual do tratamento, o alojamento, vestuário e alimentação, as visitas e a correspondência, a saúde, o trabalho, o ensino e a ocupação dos tempos livres, a assistência espiritual, as licenças de saída, a modelação da execução, os meios de ordem, segurança e disciplina e os meios de tutela dos direitos.

Mantém-se o propósito ressocializador da prisão⁹⁷⁶, partindo, como se dá nota no preâmbulo do diploma, “da ideia da corrigibilidade de todos os condenados, [que] corresponde a uma nobre tradição do nosso direito, sem afectar as ideias de prevenção impostas pela defesa social”. Concretizações desta orientação – que, como vimos, deve considerar-se um imperativo constitucional – são o sistema de planificação

⁹⁷³ Redacção que seguiu de perto preceito já constante do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1-8 (cf. art. 4.º, n.º 1).

⁹⁷⁴ Decreto-Lei n.º 265/79, de 1-8, que “reestrutura os serviços que têm a seu cargo as medidas privativas de liberdade”, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 49/80, de 22-3, e 414/85, de 18-10.

⁹⁷⁵ Figueiredo DIAS, *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*, p. 108.

⁹⁷⁶ O que é tanto mais de salientar quanto em outros países a ideia de ressocialização fora questionada ou sofrera inflexões ou perversões, como observa Anabela Miranda RODRIGUES, *Relatório Direito Penitenciário*, p. 10, exemplificando com o enfoque na prevenção especial de inocuidade em França, a “reabilitação” ideológica nas ditaduras alemã e do leste europeu e o modelo médico nos países nórdicos, bem como o sistema, puramente securitário, dos *just deserts* nos Estados Unidos da América.

individualizada da execução, o estímulo à participação do recluso, a abertura à interacção com a comunidade e a previsão de medidas de flexibilização da execução. A criação, pouco tempo depois, do Instituto de Reinserção Social⁹⁷⁷ reforçou o empenho nesta intencionalidade.

Isso mesmo resulta da explicitação das finalidades da execução, no artigo 2.º, que proclama que “a execução das medidas privativas de liberdade deve orientar-se de forma a reintegrar o recluso na sociedade, preparando-o para, no futuro, conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem que pratique crimes”, acrescentando que “a execução das medidas privativas de liberdade serve também a defesa da sociedade, prevenindo a prática de outros factos criminosos”. Daqui se infere, como bem concluem Figueiredo Dias e Anabela Miranda Rodrigues, que a *finalidade primordial* da execução é a prevenção especial positiva ou de socialização (ressalvados os eventuais casos em que esta se revele de todo inútil ou impossível), não num sentido de procurar a emenda moral do condenado mas no de lhe oferecer as condições para conduzir a sua vida de modo conforme ao direito, funcionando a “defesa da sociedade”, no sentido de limiar mínimo de prevenção geral positiva ou de integração, como *limite* à consecução da finalidade ressocializadora⁹⁷⁸. Esta orientação conjuga-se com o Código Penal, que veio a ser finalmente aprovado em 1982, e reformado em 1995, cujos pilares fundamentais consistem nas finalidades de prevenção, geral e individual, da punição, sempre limitadas pela culpa, e na ideia de *ultima ratio* da privação da liberdade. Aliás, a orientação relativa às finalidades da execução veio a ser vertida no próprio Código Penal, na reforma de 1995 (artigo 43.º, n.º 1), de forma consonante com o referido artigo 2.º do diploma penitenciário.

A posição jurídica do recluso é fortalecida, consolidando-se a consideração deste como sujeito e não objecto da execução⁹⁷⁹, o que se explicita em preceitos como o artigo 3.º (*a execução deve ser orientada de modo a respeitar a personalidade do recluso e os seus direitos e interesses jurídicos não afectados pela condenação*) e

⁹⁷⁷ Pelo Decreto-Lei n.º 319/82, de 11-8, que criou este organismo especificamente dedicado à promoção da reinserção social dos condenados, com competência para “desenvolver as actividades de serviço social prisional e pós-prisional, bem como implementar as medidas penais não institucionais existentes ou que venham a ser consagradas na lei, relativamente a delinquentes imputáveis e inimputáveis” (art. 2.º).

⁹⁷⁸ Figueiredo DIAS, *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*, pp. 110 s.; Anabela Miranda RODRIGUES, *A posição jurídica do recluso...*, pp. 154 ss., e *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, pp. 62 s.; Eduardo CORREIA/Anabela Miranda Rodrigues/Almeida Costa, *Direito Criminal III*, pp. 117 ss.

⁹⁷⁹ Sobre este ponto, Figueiredo DIAS, *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*, p. 111; Eduardo CORREIA/Anabela Miranda Rodrigues/Almeida Costa, *Direito Criminal III*, pp. 123 ss.; Anabela Miranda RODRIGUES, *A posição jurídica do recluso...*, pp. 58 ss., e *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, pp. 65 ss.

sobretudo o artigo 4.º, epígrafado precisamente “posição do recluso”, que estabelece que *o recluso mantém a titularidade dos direitos fundamentais do homem, salvo as limitações resultantes do sentido da sentença condenatória, bem como as impostas em nome da ordem e segurança do estabelecimento*, princípio que, como vimos, viria a ser constitucionalizado na revisão de 1989.

Apesar de o diploma não se ocupar do processo perante os tribunais de execução das penas (já regulado em 1976, como veremos seguidamente com mais precisão), não deixa de prever um conjunto de normas de tutela dos direitos (a que chama, no preâmbulo, “sistema semijurisdicional”), nomeadamente o direito de exposição e queixa ao director do estabelecimento e às autoridades de inspecção, o direito de exposição ao juiz de execução das penas e o de recurso para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

O direito de exposição ao juiz do tribunal de execução das penas, que aqui particularmente nos interessa, concretizava-se na possibilidade de os reclusos se inscreverem em livro próprio para apresentarem as suas pretensões ao juiz, aquando das visitas deste, competindo-lhe “tentar resolver as pretensões de acordo com os directores” (artigo 139.º), sendo o assunto levado ao conselho técnico quando não se lograsse “acordo” entre juiz e director. Estabelecia-se ainda o direito de “recurso” para o juiz do tribunal de execução das penas das decisões disciplinares que aplicassem a medida de internamento em cela disciplinar por tempo superior a oito dias (artigo 143.º).

1.3.2. Aprofundamento da jurisdicionalização – a Lei Orgânica dos Tribunais de Execução das Penas de 1976

Como observa Anabela Miranda Rodrigues, “fortalecido, entre nós, o movimento de afirmação dos direitos do recluso, a sua consolidação impunha uma protecção jurisdicional e um controlo da actividade da administração prisional de elevado perfil”⁹⁸⁰. A garantia de efectividade dos direitos fundamentais reclamava uma maior intervenção do poder jurisdicional na fase da execução das penas.

Um aprofundamento significativo da jurisdicionalização da execução aconteceu, justamente, em 1976, com a aprovação de uma nova lei orgânica dos tribunais de execução das penas⁹⁸¹.

⁹⁸⁰ Anabela Miranda RODRIGUES, «Da ‘afirmação de direitos’ à ‘protecção de direitos’ dos reclusos...», p. 189.

⁹⁸¹ Decreto-Lei n.º 783/76, de 29 de Outubro, posteriormente modificado pelo Decreto-Lei n.º 222/77, de 30-5 (que visou corrigir algumas deficiências do diploma de 1976, atribuíveis ao seu “carácter inovador” e à “urgência” da sua aprovação, aproveitando ainda para introduzir “pequenas inovações que entretanto

Afastando-se da ideia, na base da lei de 1944, de que a interferência de um tribunal na vida das prisões seria perniciososa, o novo diploma “consagra, pela primeira vez entre nós, a intervenção directa de uma magistratura especializada no cumprimento das penas e medidas de segurança privativas da liberdade e na reintegração social dos condenados”, como se assume no respectivo preâmbulo. O juiz, justifica o legislador, “prolonga a acção do poder judicial na fase do tratamento penitenciário, atenuando a descontinuidade que tradicionalmente tem existido entre julgamento e condenação, por um lado, e actuação penitenciária dirigida à reintegração social do recluso, pelo outro”. Considerou o legislador que garantir o acesso dos reclusos a uma entidade independente “beneficiaria o clima dos estabelecimentos” e “estimularia a adesão dos presos ao processo da sua reintegração social” e estimou que “a autoridade da administração penitenciária não sair[ia] diminuída com a colaboração do poder judicial”.

Com os propósitos identificados, não só se alargou o âmbito da jurisdicionalização (é dizer, da intervenção judicial na execução) mas também se conferiu ao juiz de execução das penas funções de *vigilância penitenciária*.

As funções de *vigilância* concretizavam-se nas competências para *visitar*, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos prisionais, a fim de tomar conhecimento da forma como se executavam as condenações; *ouvir*, na altura da visita, as pretensões dos reclusos, que para o efeito se inscreveriam em livro próprio, e *resolver essas pretensões de acordo com o director do estabelecimento*. Ao juiz competia igualmente *decidir recursos* interpostos pelos reclusos relativos a sanção disciplinar de internamento em cela disciplinar por tempo superior a oito dias, podendo manter, reduzir ou anular a medida recorrida; conceder e revogar a medida inovadora das *saiidas* precárias prolongadas; convocar o conselho técnico dos estabelecimentos sempre que o entendesse necessário ou a lei o determinasse, cabendo-lhe presidir⁹⁸².

“Desaparece a barreira tradicional levantada entre o poder judicial e a administração prisional”, afirmou, à época, um magistrado, em comentário a este normativo, ressaltando porém que, “muito embora a lei não o diga expressamente, o juiz não deve intrometer-se em assuntos que respeitem à organização e funcionamento do estabelecimento prisional”⁹⁸³.

se revelaram aconselháveis”), pelo Decreto-Lei n.º 204/78, de 24-7 (que regulou a presidência do tribunal e fez ajustamentos ao processo de segurança), e pela Lei n.º 59/98, de 25-8 (que revogou o art. 97.º, assim eliminando o reexame anual da possibilidade de concessão da liberdade condicional, que só viria a ser repostado pelo art. 180.º do actual Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade).

⁹⁸² Art. 23.º do Decreto-Lei em apreço.

⁹⁸³ Ianquel Silbarcant MILHANO, *O Tribunal de Execução das Penas*, p. 23 (anotação ao art. 23.º). Luís de Miranda PEREIRA relata, em «Os tempos e o tempo da reforma», p. 177, “a reacção cautelosa e

Para efectivação de tais competências, dispunha o novo diploma que, nas visitas aos estabelecimentos prisionais, o juiz podia deslocar-se livremente e interpelar qualquer funcionário ou recluso⁹⁸⁴. Note-se que não era concedida ao juiz competência deliberativa quanto às pretensões que lhe fossem expostas pelos reclusos: certamente ainda devido à preocupação de não afectar a autoridade da administração penitenciária e de evitar atritos com esta, estabeleceu-se que, finda a visita, o juiz reunir-se-ia com o director, “transmitindo-lhe as impressões colhidas, resolvendo ambos as pretensões dos reclusos”⁹⁸⁵. Nem em caso de dissenso prevaleceria a decisão do juiz: sempre que não se alcançasse “acordo entre o juiz e o director do estabelecimento”, caberia ao conselho técnico deliberar, tendo nesse caso o juiz voto meramente paritário; da deliberação podia qualquer dos membros do conselho interpor recurso, com efeito suspensivo, para o Ministro da Justiça⁹⁸⁶.

Reforçando estas funções de vigilância, a lei penitenciária de 1979 atribuiu aos reclusos, como vimos, o direito de exposição ao juiz do tribunal de execução das penas, estabelecendo que, durante as visitas dos juizes aos estabelecimentos, “os reclusos preventivos e condenados que para o efeito se inscrev[esse]m em livro próprio pode[ria]m apresentar àqueles magistrados as suas pretensões”, mantendo-se porém o regime em que os juizes deviam tentar resolver tais pretensões de acordo com os directores dos estabelecimentos, competindo ao conselho técnico resolvê-las quando não se verificasse acordo⁹⁸⁷. Repare-se, contudo, numa tendência para a moderação deste regime em posteriores preceitos reguladores da competência dos tribunais de execução das penas: com efeito, na Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais, de 1987, em lugar de *ouvir, na altura da visita, as pretensões dos reclusos, preventivos e condenados, que para o efeito se inscrevam em livro próprio, e resolver essas pretensões de acordo com o director do estabelecimento*, preceituou-se a competência do juiz para *apreciar, por ocasião da visita, as pretensões dos reclusos que para o efeito se inscrevam em livro próprio, ouvindo o director do estabelecimento*⁹⁸⁸. Parece,

desconfiada com que os directores encararam a entrada dos juizes em campos onde, até aí, o poder dos directores não era questionado”, e recorda, em «Tribunal de Execução das Penas», p. 76, que, na perspectiva dos directores à época, “a ingerência parecia insuportável, os riscos da intervenção de alguém desconhecedor dos meandros prisionais, perturbador do equilíbrio dificilmente conquistado”.

⁹⁸⁴ Art. 28.º.

⁹⁸⁵ Art. 31.º.

⁹⁸⁶ Art. 24.º.

⁹⁸⁷ Art. 139.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1-8, já mencionado.

⁹⁸⁸ Art. 69.º, b), da Lei n.º 38/87, de 23-12. Esta redacção foi mantida pela Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (Lei n.º 3/99, de 13-1, art. 92.º, b)) e pela Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais que lhe sucedeu (Lei n.º 52/2008, de 28-8, art. 125.º, b)).

pois, que se pretendeu superar a ideia de uma decisão por consenso entre o juiz e o director, instituindo um sistema em que o juiz “aprecia” (decide?), consultando o director (sem que, porém, tenham sido revogadas as normas que instituíam o regime de resolução das pretensões acima descrito).

De resto, continuava a competir aos tribunais de execução das penas decidir sobre a modificação ou a substituição das penas e medidas de segurança no decurso da sua execução, nomeadamente⁹⁸⁹: decidir sobre as alterações do estado de perigosidade criminal, anteriormente declarado, que devessem ter por efeito a substituição das penas ou medidas de segurança; decidir sobre a prorrogação das penas aplicadas a delinquentes de difícil correcção e aos delinquentes anormais perigosos; decidir sobre a cessação do estado de perigosidade criminal; decidir sobre a substituição por liberdade vigiada ou caução da prorrogação das penas ou medidas de segurança aplicadas a delinquentes de difícil correcção ou delinquentes anormais perigosos; decidir sobre a substituição de medidas de segurança mais graves por outras menos graves que se mostrassem adequadas; declarar perigosos os delinquentes que por esse motivo devessem ser sujeitos a penas ou medidas de segurança, quando tal declaração não se fizesse em processo penal; julgar os vadios ou equiparados; conceder a liberdade condicional e decidir sobre a sua revogação; conceder e revogar a reabilitação dos condenados; decidir sobre o incidente de alienação mental sobrevinda ou conhecida no decurso da execução das penas ou medidas de segurança. Mantinha-se a competência consultiva em matéria de indultos.

O diploma regulou também o processo, mantendo as formas processuais de segurança, complementar e gracioso (este último para a concessão de saída precária prolongada, de liberdade condicional, de reabilitação e de indulto) e criando a de recurso de decisão disciplinar, bem como uma forma de processo supletivo para os casos em que fosse necessário instaurar processo não previsto naquele diploma⁹⁹⁰. Das decisões dos tribunais de execução das penas cabia recurso para a Relação, excluindo-se a recorribilidade das decisões de concessão ou negação da liberdade condicional, da saída precária e sua revogação, assim como das decisões de recurso de sanções disciplinares⁹⁹¹.

⁹⁸⁹ Cf. art. 22.º do diploma em análise, na redacção do Decreto-Lei n.º 222/77, de 30-5. A Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais (Lei n.º 38/87, de 23-12) regulou em termos semelhantes, nos arts. 68.º e 69.º, as competências dos tribunais de execução das penas e dos respectivos juízes.

⁹⁹⁰ Cf. arts. 39.º ss. do diploma em apreciação.

⁹⁹¹ Arts. 125.º e 127.º. O art. 127.º veio a ser julgado inconstitucional, no segmento em que não admitia a recorribilidade da decisão denegatória da liberdade condicional, pelo Ac. do TC n.º 638/2006.

As competências dos tribunais de execução das penas sofreram ligeiras modificações ao longo das décadas seguintes, sobretudo em consequência de alterações à lei penal substantiva (operadas pela aprovação do Código Penal de 1982 e subsequentes revisões, em especial a de 1995⁹⁹²) e à lei processual penal, mas também na sequência de algumas modificações legislativas ao regime da execução das penas e medidas de segurança.

Assim, designadamente, acresceram às competências daqueles tribunais as seguintes: exercer jurisdição em matéria de execução de pena relativamente indeterminada⁹⁹³; decidir da modificação da execução da pena de prisão de condenados com doença grave e irreversível em fase terminal⁹⁹⁴; proferir o despacho de declaração de contumácia e o decretamento do arresto relativamente a condenado que dolosamente se tiver eximido parcialmente à execução de uma pena de prisão, pena relativamente indeterminada ou medida de segurança de internamento⁹⁹⁵; ordenar a execução da pena acessória de expulsão, declarando extinta a pena de prisão, e determinar a execução antecipada da pena acessória de expulsão⁹⁹⁶; informar o ofendido da fuga ou libertação do recluso, nos casos de perigo previstos no Código de Processo Penal⁹⁹⁷.

Também a formulação genérica da competência destes tribunais foi modificada, passando a ser: *exercer jurisdição em matéria de execução de pena de prisão, de pena relativamente indeterminada e de medida de segurança de internamento de*

⁹⁹² As alterações ao regime sancionatório, em especial em matéria de medidas de segurança de internamento de inimputáveis e de pena relativamente indeterminada, implicaram ajustamentos às competências dos TEP, nomeadamente as seguintes: decidir o internamento ou a suspensão da execução da pena de prisão de imputáveis portadores de anomalia psíquica sobrevinda durante a execução da pena de prisão, bem como a respectiva revisão; rever, prorrogar e reexaminar a medida de segurança de internamento de inimputáveis; conceder a liberdade para prova e decidir sobre a sua revogação; homologar o plano individual de readaptação do condenado em pena relativamente indeterminada e respectivas modificações; declarar a extinção da execução da pena de prisão, da pena relativamente indeterminada e da medida de segurança de internamento; decidir sobre a prestação de trabalho a favor da comunidade ou sobre a sua revogação no caso de execução sucessiva de medida de segurança e pena privativas da liberdade (cf. art. 91.º, n.º 2, als. *b), d), e), f), h) e i)*, da Lei n.º 3/99, de 13-1).

⁹⁹³ Art. 68.º, *a)*, da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais (Lei n.º 38/87, de 23-12).

⁹⁹⁴ Lei n.º 36/96, de 29-8, com a correspondente previsão nas leis de organização judiciária (arts. 91.º, n.º 2, *c)*, da Lei n.º 3/99, de 13-1, e 124.º, n.º 2, *c)*, da Lei n.º 52/2008, de 28-8).

⁹⁹⁵ Art. 91.º, n.º 2, *g)*, da Lei n.º 3/99, de 13-1.

⁹⁹⁶ Art. 125.º, *f)*, da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (Lei n.º 52/2008, de 28-8), em conformidade com a previsão, nos n.ºs 4 e 5 do art. 151.º da Lei n.º 23/2007, de 4-7 (regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional), de que, “sendo decretada a pena acessória de expulsão, o juiz de execução de penas ordena a sua execução logo que estejam cumpridos dois terços da pena de prisão” e “pode decidir a antecipação da execução da pena acessória de expulsão, em substituição da concessão de liberdade condicional, logo que julgue preenchidos os pressupostos desta e desde que esteja cumprida metade da pena de prisão”.

⁹⁹⁷ Art. 124.º, *m)*, da Lei n.º 52/2008, de 28-8. Cf. arts. 480.º, n.º 3, 482.º, n.º 2, e 506.º do CPP, nas redacções introduzidas pela revisão de 2007.

*inimputáveis*⁹⁹⁸. Optou-se, pois, por uma formulação mais abrangente, que compreendesse não só as competências para “decidir sobre a modificação ou substituição das penas ou medidas de segurança no decurso da execução” como também as demais competências que lhes foram sendo atribuídas.

1.3.3. *Apreciação*

Registou-se, portanto, uma evolução significativa no papel dos tribunais de execução das penas.

Às suas atribuições originárias, ligadas à “determinação” concreta da sanção (modificação, substituição, prorrogação, extinção, liberdade condicional⁹⁹⁹) no decurso da sua execução – funções de algum modo ainda assimiláveis às funções jurisdicionais da fase declarativa e cuja atribuição a órgãos judiciais se explica, como já vimos, por uma exigência de *garantia* dos direitos individuais perante o poder punitivo estadual –, veio acrescer a de *garantia da posição jurídica do recluso*, na sua relação com o Estado-Administração prisional, ao longo do cumprimento da pena privativa da liberdade¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁸ Art. 91.º, n.º 1, da Lei n.º 3/99, de 13-1.

⁹⁹⁹ Exprimindo dúvidas, em via de princípio, quanto à correção e conveniência político-criminais da atribuição aos TEP da competência para a liberdade condicional, Figueiredo DIAS, *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*, p. 552, bem como Maria João ANTUNES, *Penas e medidas de segurança*, p. 105, atendendo, nomeadamente, à consideração de exigências de prevenção geral positiva implicada na decisão de concessão a meio da pena. Contestando essa atribuição, Anabela Miranda RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 136: numa repartição de funções entre o tribunal da condenação (que, note-se, era, então o “competente para a execução”, nos termos do art. 470.º do CPP) e o tribunal de execução das penas consentânea com um *direito penal do facto*, ao primeiro caberia pronunciar-se sobre todas as questões que, mesmo se relacionadas com a sanção, tivessem ainda que ver com o facto, o que seria o caso da pena e da liberdade condicional; ao segundo caberiam as questões ligadas ao agente e à sua perigosidade, em especial no âmbito das medidas de segurança, sua substituição e termo. Ora, tendo a liberdade condicional deixado de ser uma medida de segurança para retomar a sua natureza de incidente (ou medida) de execução da pena, a atribuição da respectiva competência ao TEP “deixa de ter sentido, se não totalmente, pelo menos em grande parte”. A Autora admite, porém, que possa ser preferível “sacrificar o rigor formal do sistema judiciário a um presumível melhor funcionamento, dado que existe entre nós uma ‘tradição’ do tribunal de execução das penas se ocupar das questões atinentes à liberdade condicional, sendo, porventura, inconveniente desaproveitar a experiência acumulada”; além disso, uma transferência da competência para os tribunais criminais só teria relevo material positivo se o tribunal, ao decidir sobre a liberdade condicional, fosse composto pelos mesmos membros que houvessem intervindo no julgamento, o que só por mero acaso sucederia.

¹⁰⁰⁰ Na descrição feita pela COMISSÃO PARA A REFORMA DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE PENAS E MEDIDAS, *A execução das medidas privativas da liberdade*, p. 169, a execução da pena de prisão encontrava-se então “institucionalmente entregue à administração (DGSP e IRS) e aos tribunais de execução de penas. A traço grosso, pode dizer-se que à primeira compete a execução material das tarefas tendentes ao conseguimento dos fins da execução da pena, enquanto que aos segundos compete, genericamente, a garantia jurisdicional dos direitos dos reclusos e a decisão sobre alguns incidentes da execução da pena que mais directamente contendem com a sua posição jurídica”.

As competências que, no quadro dessa nova atribuição, lhes são conferidas enquadram-se na função jurisdicional, já que se traduzem em “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos” dos reclusos, “reprimir a violação da legalidade democrática” na execução das sanções e “dirimir conflitos de interesses públicos e privados” (recorde-se o preceituado nos artigos 20.º, 202.º e 268.º, n.º 4, da CRP), ainda que os concretos poderes concedidos para as exercer sejam, em alguns casos, pouco consentâneos com o *modus* de actuação típico dos órgãos jurisdicionais: visitar os estabelecimentos, falar com os reclusos e os funcionários, tomar conhecimento da forma como se executam as condenações, presidir ao conselho técnico. Estes poderes só podem compreender-se como *instrumentais* do papel de garantia da posição jurídica dos reclusos, na medida em que permitem ao juiz um melhor conhecimento destes, dos estabelecimentos e da aplicação prática do regime de execução das sanções e facilitam aos reclusos o acesso a uma instância independente de tutela dos seus direitos¹⁰⁰¹.

As competências para decidir recursos das sanções disciplinares mais gravosas e para resolver as pretensões apresentadas pelos reclusos são próprias da função jurisdicional (embora a configuração concreta da segunda, pelo menos no seu desenho inicial – em que, relembre-se, o juiz resolveria as pretensões conjuntamente com o director, cabendo a decisão, em caso de não acordo, ao conselho técnico, com recurso para o Ministro da Justiça –, a descaracterizasse em absoluto como forma de exercício da função judicial). São estas as competências decisórias mais propriamente integrantes da função de tutela dos direitos dos reclusos que se pretendeu cometer aos tribunais de execução das penas. Não se pode, porém, deixar de observar a sua abrangência pouco ambiciosa: por um lado, a susceptibilidade de impugnação de decisões dos serviços prisionais resume-se a um tipo de decisão (aplicação de sanção disciplinar de internamento em cela disciplinar, e apenas quando superior a oito dias) e, por outro

¹⁰⁰¹ Considerando que a intervenção do juiz de execução das penas prevista no art. 23.º do Decreto-Lei n.º 783/76 “não tem um cariz essencialmente jurisdicional”, António LATAS, «Intervenção jurisdicional na execução...», p. 209; para o então juiz do tribunal de execução das penas de Évora, aquela actividade “não tem por objectivo dirimir conflitos de interesses, na posição que lhe é própria de *terceiro independente*, entre os reclusos e a administração prisional, mas antes contribuir para a prevenção ou atenuação desses mesmos conflitos, uma intervenção mais própria de uma *magistratura de influência*, que de um poder jurisdicional independente”. Também Anabela Miranda RODRIGUES entende que a intervenção preconizada no regime de 1976 “nem sempre se coaduna, em todas as suas formas, com a função jurisdicional dos tribunais, [que se traduz] tipicamente na decisão de um conflito, relativamente ao qual o julgador se encontra numa posição *supra-partes*” (*Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 138); as propostas da Autora no sentido da superação desse modelo serão expostas *infra*, 1.4.1, a propósito do processo de reforma legislativa iniciado em finais dos anos 90.

lado, são pouco claros os efectivos poderes decisórios do juiz no âmbito da sua competência para “resolver pretensões dos reclusos”¹⁰⁰².

Relativamente à competência para a concessão das “saídas precárias prolongadas”, a opção do legislador por uma concessão judicial pode compreender-se se tiver em conta o carácter inovador da medida, o facto de a sua decisão implicar a ponderação de interesses potencialmente conflitantes – o favorecimento da reinserção social do recluso e as exigências de defesa da sociedade –¹⁰⁰³ e, ainda, se se configurar estas saídas como “uma alteração do conteúdo da sentença condenatória”, mesmo que por um curto período de tempo¹⁰⁰⁴.

Registam-se ainda, marginalmente, competências totalmente atípicas para um órgão jurisdicional, como as de dar parecer em processo de indulto (o que se pode justificar pelo carácter também excepcional das medidas de clemência) e de informar a vítima da libertação ou evasão do recluso em caso de perigo (o que pode explicar-se pela necessidade de ponderação dos valores e interesses em presença).

Como considera Anabela Miranda Rodrigues, os passos dados com este regime foram, é certo, “tímidos”, o que é “reflexo da tensão que inevitavelmente se suscita quando se trata, como é o caso, de estabelecer uma linha divisória entre competências do juiz de execução das penas e da administração prisional. Se cabe a esta a organização e a inspecção das instituições prisionais, o objectivo de assegurar a defesa dos direitos dos reclusos cometido ao juiz poderá, em muitos casos, contender com aquelas tarefas”¹⁰⁰⁵. Porém, ficou aberto o caminho para a “extensão do controlo jurisdicional a qualquer questão relativa à modelação da execução que possa contender com os direitos do recluso”, nomeadamente através do “direito de recurso para o tribunal de execução

¹⁰⁰² Perante o “sistema semijurisdicional” descrito, Anabela Miranda RODRIGUES, *A posição jurídica do recluso...*, p. 190, n. 505, considerava, à época, que uma interpretação conforme à Constituição do estatuto jurídico do recluso obrigaria pelo menos à consideração da hipótese da protecção jurídico-constitucional dos direitos do recluso. Este, considerando-se ofendido nos seus direitos, além de poder recorrer aos órgãos de soberania em geral e ao Provedor de Justiça, teria o direito de recurso para os tribunais – hipótese que, contudo, não se encontrava positivada. A Autora acrescentava ainda que a ideia de um regime especial de protecção dos direitos dos reclusos, não sendo fundamentada em qualquer limitação derivada do conceito de relação especial de poder, não afastava a garantia jurisdicional comum.

¹⁰⁰³ Neste sentido – embora pronunciando-se sobre a competência do *juge d’application des peines* francês para conceder saídas e para tomar outras decisões de flexibilização da execução e não sobre a do juiz português, pois, à época (1963), não tinha ainda sido criada a figura da “saída precária prolongada” –, Jacinto DUARTE, «Os Tribunais de Execução das Penas», p. 222: para o Autor, afigura-se que tais decisões são jurisdicionais, porquanto há sempre que apreciar interesses opostos – o dos condenados em obter a liberdade ou certo grau da mesma e o interesse da sociedade em assegurar a sua defesa.

¹⁰⁰⁴ Atribuindo-lhes esta natureza, o Ac. do TC n.º 427/2009 e Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 107.

¹⁰⁰⁵ Anabela Miranda RODRIGUES, «Da ‘afirmação de direitos’ à ‘protecção de direitos’ dos reclusos...», p. 190.

das penas em casos expressamente previstos em lei”¹⁰⁰⁶. O progresso do direito penitenciário medir-se-á, doravante, “incontestavelmente, pelo grau de aprofundamento conseguido ao nível da intervenção jurisdicional”¹⁰⁰⁷.

1.3.4. *Jurisprudência proferida ao abrigo deste quadro legislativo*

Na vigência do modelo em análise, foi muito escassa a jurisprudência nacional que se ocupou dos novos poderes dos tribunais de execução das penas e da sua conjugação com os poderes da Administração.

Tal facto não pode deixar de causar estranheza. Na verdade, com a introdução de um sistema em que um juiz passou a ter intervenção directa no modo como são executadas as penas, exercendo poderes de “vigilância”, resolvendo pretensões dos reclusos e decidindo recursos de decisões dos directores dos estabelecimentos, seria expectável a suscitação de questões de delimitação de competências entre o tribunal e a Administração, nomeadamente questões de reserva de administração e de reserva de juiz, que conduzissem à produção de jurisprudência clarificadora dos limites da intervenção judicial na execução. Da mesma forma, com a atribuição ao juiz de um novo papel de garantia da posição jurídica do recluso – e num também novo contexto jurídico-constitucional generoso no que respeita à titularidade de direitos fundamentais e à tutela jurisdicional –, seria de prever litigância sobre a suficiência da tutela jurisdicional assegurada.

Foram, de facto, poucos os acórdãos proferidos pelo Tribunal Constitucional em matéria de execução das penas, no período de vigência da legislação penitenciária dos anos setenta¹⁰⁰⁸. Além de decisões em matéria de capacidade eleitoral activa, direito disciplinar, liberdade condicional e modificação da execução em caso de doença grave, com relevância para o tema que nos ocupa encontram-se somente os arestos relativos à questão da recorribilidade das decisões denegatórias da liberdade condicional¹⁰⁰⁹. Sobre essa questão, e perante o teor do artigo 127.º do Decreto-Lei n.º 783/76, que excluía a

¹⁰⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁰⁷ *Ibidem*, p. 191.

¹⁰⁰⁸ Em contraste com o que se verificou, por exemplo, na vizinha Espanha, que pela mesma altura introduziu a figura do juiz de vigilância penitenciária: aí, como daremos nota *infra*, Parte IV, Cap. II, registam-se numerosas decisões do órgão de resolução de conflitos, dirimindo conflitos de competência entre Administração e juiz de vigilância, bem como decisões do Tribunal Constitucional em sede de recurso de amparo que clarificaram o papel deste juiz.

¹⁰⁰⁹ Sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria de execução da pena de prisão, Maria João ANTUNES, «Direito penal, direito processual penal e direito da execução das sanções privativas da liberdade e jurisprudência constitucional», pp. 116 s., e Inês Horta PINTO, «A jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria de execução da pena de prisão e a sua influência na tutela dos direitos das pessoas privadas da liberdade», pp. 83 ss.

recorribilidade de determinadas decisões dos tribunais de execução das penas (concretamente, as de concessão ou negação da liberdade condicional, da saída precária e sua revogação, bem como das decisões de recurso de sanções disciplinares), o Tribunal Constitucional, tendo, num primeiro pronunciamento (Acórdão n.º 321/93), decidido não julgar inconstitucional aquela norma, na parte em que excluía o recurso das decisões de recusa da liberdade condicional, veio posteriormente a julgá-la inconstitucional, por violação do princípio do Estado de direito, do direito à liberdade, do direito de acesso ao direito e aos tribunais e ainda das garantias de defesa em processo criminal (Acórdão n.º 638/2006)¹⁰¹⁰, o que levou o legislador a introduzir a faculdade de recorrer, primeiramente em sede de revisão do Código de Processo Penal, em 2007, e posteriormente no Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, em 2009.

Registam-se ainda nesse período, com interesse, dois acórdãos do Tribunal dos Conflitos que se debruçaram sobre a questão da jurisdição competente para a impugnação de decisões da administração prisional que afectassem direitos dos reclusos. Tratava-se, num dos casos em apreço, de decisão do Director-Geral de transferência de um recluso por razões especiais de segurança e, no outro, de uma norma interna aprovada pelo director de um estabelecimento restringindo os contactos telefónicos dos reclusos com o exterior. Considerando tratar-se de litígios emergentes de relação jurídica administrativa e atendendo ao facto de os tribunais de execução das penas terem uma competência “especializada e muito restrita, abrangendo apenas as matérias expressamente previstas na respectiva legislação”, o Tribunal dos Conflitos declarou competente a jurisdição administrativa¹⁰¹¹. Estes dois casos espelham bem os problemas de efectividade da tutela jurisdicional e de falta de clareza das competências dos tribunais na tutela dos direitos dos reclusos.

Contudo, a questão da tutela jurisdicional efectiva da posição jurídica do recluso perante a administração prisional foi apreciada somente pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. No seu relevante acórdão *Stegarescu e Bahrin c. Portugal*, de 6-4-2010, declarou violado, por parte do Estado português, o direito a um processo equitativo, na sua vertente civil (artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos

¹⁰¹⁰ Jurisprudência que já foi objecto de análise mais aprofundada *supra*, Parte II, Cap. IV, 3, a propósito do direito ao recurso na fase da execução da pena.

¹⁰¹¹ Acórdãos do Tribunal dos Conflitos de 29-3-2007 e de 10-7-2007, pertencendo a este último a citação do texto. Estes arestos e a respectiva fundamentação serão analisados mais detidamente *infra*, Cap. II, 3.3, a propósito da repartição de competência entre os tribunais de execução das penas e os tribunais administrativos.

do Homem), por não ter sido assegurado aos queixosos o direito de acesso a um tribunal.

Tratava-se de dois cidadãos estrangeiros, a cumprir pena de prisão em Portugal, que foram objecto de uma decisão de transferência para uma secção de segurança, onde permaneceram em regime de isolamento durante sete meses, ao abrigo do artigo 115.º do Decreto-Lei n.º 265/79, decisão que foi fundamentada em indícios de preparação de uma evasão do Estabelecimento Prisional de Coimbra. Queixavam-se de não terem tido acesso à fundamentação das decisões de aplicação e de posterior manutenção da medida e de terem sido privados da possibilidade de as sindicarem. Com efeito, tendo exercido o direito de exposição perante as autoridades penitenciárias e perante o tribunal de execução das penas, invocando a ilegalidade da medida, não obtiveram pronúncia por parte de qualquer deles.

O TEDH entendeu estarem em causa restrições “que afectam os direitos de carácter civil do indivíduo”, pois a medida que lhes foi aplicada implicou, além do isolamento, a restrição das visitas e do tempo passado ao ar livre e ainda a impossibilidade de prosseguirem os seus estudos (§§ 37, 38).

Concedeu que o “direito a um tribunal” não é um direito absoluto e que os Estados gozam de uma certa margem de apreciação na estipulação de limitações ao acesso aos tribunais, desde que as restrições cumpram as exigências da Convenção, ou seja, sejam justificadas por um objectivo legítimo e proporcionais a este e não limitem o acesso a ponto de porem em causa a substância do próprio direito. Em aplicação desse critério, e apoiando-se em jurisprudência anterior, concluiu que a existência de um processo judicial que permita ao recluso impugnar os actos que tenham repercussões importantes sobre os seus direitos de carácter civil é necessária ao “justo equilíbrio entre, por um lado, a consideração pelos constrangimentos do mundo prisional a que o Estado deve fazer face e, por outro lado, a protecção dos direitos do detido” (§§ 46, 50).

Apesar de o Estado português ter invocado os acórdãos do Tribunal de Conflitos que referenciámos acima, em abono da sua tese de que o sistema português dispunha de vias de recurso eficazes que permitiriam aos requerentes contestar a medida em causa e obter eventual reparação, não tendo portanto sido violado o direito de acesso a um tribunal (§§ 43-45), o TEDH notou que esses acórdãos, sendo embora aptos a clarificar o direito de acesso aos tribunais administrativos, tinham sido proferidos posteriormente aos factos em causa, pelo que não era certo que, à data em que os queixosos se viram confrontados com a decisão, a competência dos tribunais administrativos fosse já

reconhecida pela jurisprudência, concluindo assim que eles não tinham ao seu dispor, naquela data, “possibilidades claras e concretas de contestar as medidas” (§ 49)¹⁰¹².

1.4. O processo de revisão da legislação penitenciária

Vinte anos passados sobre as reformas prisionais dos anos setenta, fazia-se sentir a necessidade da sua revisão e actualização.

Ao longo dessas duas décadas de vigência, verificara-se um intenso labor de regulamentação por parte da administração penitenciária, que permitiu, sempre que necessário, adoptar directrizes concretizadoras do programa legal e constitucional, aperfeiçoar soluções e proceder a actualizações ajustadas à evolução da realidade social, assim possibilitando o desenvolvimento do sistema prisional, mesmo *praeter legem*¹⁰¹³.

Todavia, a realidade penitenciária ficou muito aquém das intenções do legislador. Vários factores são apontados pelas comissões que se dedicaram à reflexão sobre a reforma do sistema penitenciário como explicações para o fosso, que tem parecido inescapável, entre a *law in books* e a *law in action*: investimento público, tanto financeiro como humano, não correspondente ao discurso político-jurídico; carência de técnicos vocacionados para a área da socialização; défices de organização e de gestão; aumento galopante da população prisional nos anos oitenta e noventa e conseqüente sobrelotação das prisões; comunicação deficiente e burocratizada entre estabelecimentos prisionais e tribunais de execução das penas; ausência de um comprometimento real da sociedade; falta de uma visão global da estratégia adequada à execução das leis elaboradas¹⁰¹⁴.

Assumida a necessidade de reforma do sistema de execução, iniciou-se, nos anos noventa, um processo de revisão que, todavia, devido sobretudo a vicissitudes políticas,

¹⁰¹² Atendendo à data em que foi proferido, este acórdão do TEDH não pôde influenciar as opções legislativas do novo Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, então já publicado e prestes a entrar em vigor.

¹⁰¹³ Foi o caso, exemplificativamente, das circulares reguladoras do regime aberto virado para o interior e do regime aberto virado para o exterior, das visitas íntimas, etc.

¹⁰¹⁴ Para este diagnóstico, cf., nomeadamente, COMISSÃO PARA A REFORMA DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE PENAS E MEDIDAS, *A execução das medidas privativas da liberdade*, p. 26; COMISSÃO DE ESTUDO E DEBATE DA REFORMA DO SISTEMA PRISIONAL, *Relatório Final*, p. 25; PROVIDOR DE JUSTIÇA, *As nossas prisões. III Relatório*, p. 433. Também António Pedro DORES, «Anomia em Durkheim...», p. 109, alude à “tradição portuguesa de aliar leis de grande qualidade programática e a pouca eficácia prática das decisões governamentais e judiciais que provoquem a sua materialização”, sendo comum os exercícios reformadores terem de “enfrentar as tradicionais e inevitáveis resistências dos poderes fácticos à sua realização”. De “leis sempre em busca de plena realização” fala, a este propósito, Luís de Miranda PEREIRA, «Os tempos e o tempo da reforma», p. 184.

foi sofrendo avanços e recuos e haveria de demorar mais de uma década a concretizar-se num novo quadro normativo¹⁰¹⁵.

1.4.1. Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas

Em 1996, foi instituída pelo Ministro da Justiça a Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, presidida pela Prof. Doutora Anabela Miranda Rodrigues, com a missão de proceder a uma análise da situação do sistema de execução de penas e medidas e formular propostas de natureza legislativa e institucional visando a eficácia do referido sistema¹⁰¹⁶.

O Relatório da Comissão, apresentado no ano seguinte, continha propostas que visavam: o aperfeiçoamento e desenvolvimento do sistema, sem se desviar das linhas gerais que o vinham enformando; a regulamentação jurídica do estatuto do recluso, a partir dos direitos e deveres fundamentais; a regulação de questões “novas” ou cuja solução se tornara premente pela evolução da realidade social e pelo desenvolvimento do direito constitucional (por exemplo, as relações com a comunicação social; os tratamentos médicos ou alimentação coactivos; as visitas íntimas); e uma reponderação da divisão de competências entre os vários intervenientes na execução, com vista a uma melhor concertação de esforços no conseguimento da sua finalidade comum¹⁰¹⁷.

Designadamente, propunha-se renovar e aprofundar o princípio da socialização¹⁰¹⁸, acentuando o objectivo de não dessocialização, através da garantia da cidadania e da preservação dos direitos fundamentais do recluso, mediante uma reconformação da instituição penitenciária no sentido da normalização possível da vida prisional, bem como uma discriminação positiva dos reclusos, sempre que necessário, através de prestações do Estado.

A não dessocialização do recluso, sobretudo onde exige a garantia dos direitos fundamentais, reclamava uma intervenção mais activa do poder judicial na execução da pena¹⁰¹⁹, a desenvolver ao abrigo de duas ordens de atribuições: de um lado, a incumbência de “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos” e “reprimir a violação da legalidade democrática”, constitucionalmente

¹⁰¹⁵ Para uma análise, de um ponto de vista político e sociológico, do processo de reforma, entre 1996 e 2004, António Pedro DORES, «Anomia em Durkheim...», pp. 104 ss.

¹⁰¹⁶ Despacho n.º 20/MJ/96, II Série, de 10-2-1996. O relatório produzido pela Comissão encontra-se no documento COMISSÃO PARA A REFORMA DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE PENAS E MEDIDAS, *A execução das medidas privativas da liberdade*, Lisboa, 1997.

¹⁰¹⁷ Relatório citado, p. 31.

¹⁰¹⁸ Relatório, pp. 35 ss.

¹⁰¹⁹ Relatório, p. 35.

atribuída aos tribunais; de outro, a competência para “exercer a acção penal, defender a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar”, constitucionalmente atribuída ao Ministério Público.

Assim, ao invés do simples acréscimo de competências dos tribunais de execução das penas, a Comissão propôs atribuir certas intervenções “judiciais” na execução ao Ministério Público. A esta opção subjazia o entendimento de que “a intervenção directa de um magistrado no processo de execução da pena e a garantia dos direitos do recluso nem sempre se coadunam, em todas as suas formas, com a função jurisdicional dos tribunais e, em particular, do juiz de execução das penas. Com efeito, a função jurisdicional traduz-se tipicamente na decisão de um conflito, relativamente ao qual o julgador se encontra numa posição supra partes, e a intervenção judicial que se preconiza não supõe sempre uma situação conflitual”¹⁰²⁰.

A intervenção do Ministério Público justifica-se seja pelas atribuições típicas desta magistratura (a defesa da legalidade democrática, bem como o exercício da acção penal, em sentido lato), seja pela sua estrutura, a permitir uma maior proximidade física dos magistrados com o meio prisional, e “não significa uma menor garantia dos direitos dos reclusos”, deixando “intocado o espaço de conflito em que compete ao tribunal proferir decisão jurisdicional”¹⁰²¹. Assim, propugnava-se a “atribuição do domínio genérico da execução da pena ao MP”, o que levaria a uma “reconformação das competências do juiz do TEP, que assim se torna em verdadeira instância jurisdicional”¹⁰²². Concretamente, passaria a competir ao Ministério Público, já não ao juiz, visitar regularmente os estabelecimentos prisionais para audição dos reclusos; tomar decisões relacionadas com o processo de socialização, tais como a aprovação do plano individual de readaptação ou a concessão e revogação de licenças de saída e de regime aberto voltado para o exterior, e convocar e presidir ao conselho de socialização; e apreciar a legalidade de certas decisões da administração, que para esse efeito lhe seriam obrigatoriamente comunicadas, promovendo junto do juiz a sua revogação quando as considerasse feridas de ilegalidade¹⁰²³.

¹⁰²⁰ Relatório, p. 169.

¹⁰²¹ Relatório, p. 170.

¹⁰²² Relatório, p. 173.

¹⁰²³ Relatório, pp. 170 s. Mais pormenorizadamente, a Comissão propôs que determinadas decisões da administração prisional (tais como leitura e retenção da correspondência, aplicação de medidas especiais de segurança) fossem comunicadas ao Ministério Público para apreciação da sua legalidade, promovendo este junto do juiz do TEP a sua revogação sempre que as considerasse ilegais; e que algumas decisões fossem tomadas pelo próprio MP, tais como as de concessão e revogação de licenças de saída, a concessão de regime aberto voltado para o exterior ou o destino a dar à correspondência retida. Propôs ainda algumas soluções de entrosamento entre os papéis decisórios da administração, do Ministério

Ao juiz eram cometidos dois núcleos de competências: a intervenção na execução da pena propriamente dita e a tutela dos direitos dos reclusos¹⁰²⁴. No primeiro núcleo caberiam as decisões relativas à liberdade condicional, no segundo compreender-se-iam a apreciação e a decisão dos requerimentos apresentados pelo Ministério Público (nomeadamente no domínio da aplicação de medidas especiais de segurança), dos requerimentos e exposições dirigidos pelos reclusos e ainda dos “recursos” das decisões da administração prisional, nos casos definidos por lei. Propunha-se eliminar a competência para emitir parecer em processo de indulto, passando a caber-lhe apenas a respectiva instrução.

Quanto ao recurso das decisões do TEP, a Comissão seguiu como critério geral a recorribilidade das decisões nos casos em que o tribunal funcione como primeira instância de apreciação, obedecendo à imposição constitucional de uma dupla instância de apreciação das decisões que afectem direitos fundamentais. Seriam, assim, recorríveis, nomeadamente, as decisões de concessão, não concessão e revogação da liberdade condicional, mas já não as decisões em que o TEP já actuara como tribunal de “recurso” de decisões da administração, pois, nestes casos, “a apreciação do caso por duas autoridades (a administrativa e a judicial), garante já a dupla instância de apreciação”¹⁰²⁵.

Público e do juiz: por exemplo, a lista de pessoas com quem o recluso pretende manter contacto telefónico regular seria aprovada pelo director do estabelecimento e pelo MP (Relatório, p. 139); no caso das sanções disciplinares, a aplicação, pela direcção do estabelecimento, de sanção de internamento superior a quinze dias, quando tivesse expirado o prazo para interposição de recurso ou este tivesse ficado deserto, seria comunicada oficiosamente ao MP para confirmação da sua duração, no prazo de cinco dias, sem prejuízo do início imediato da execução da sanção; o MP, entendendo excessiva a duração da medida, promoveria junto do juiz a sua redução (Relatório, p. 119); também a decisão de revogação ou redução das sanções durante a sua execução, que podia ser tomada pelo director em certos casos, deveria ser comunicada ao MP, dependendo contudo de prévia autorização do juiz sempre que este tivesse intervindo na sua aplicação em via de recurso (Relatório, p. 120); a competência para a concessão do regime aberto virado para o interior caberia aos órgãos do estabelecimento prisional (decisão não recorrível, mas susceptível de reclamação para o Director-Geral), ao passo que a decisão de concessão do regime aberto virado para o exterior era atribuída ao Ministério Público, com possibilidade de reclamação para a hierarquia do MP (Relatório, p. 128); a autorização da utilização de determinados meios de comunicação à distância pelo recluso ficava dependente de apreciação do director do estabelecimento, no sentido de tal uso não representar perigo para a segurança e ordem do estabelecimento, e do MP, no sentido de não ser contraproducente para a socialização do recluso – parecendo aqui desenhar-se duas esferas de apreciação, a que se afigura subjazer uma atribuição ao director da avaliação de segurança e ao MP da avaliação da socialização (Relatório, p. 139). Aliás, em matéria de socialização, ao magistrado do MP competiria ainda presidir ao Conselho de Socialização (órgão do estabelecimento prisional competente para certas decisões da área do tratamento penitenciário), aprovar o plano individual de readaptação e “praticar outros actos relevantes para a prossecução dos objectivos de socialização que a lei determinar” (pp. 163 e 170 s.).

¹⁰²⁴ Relatório, pp. 174 s.

¹⁰²⁵ Relatório, p. 176.

Na sequência do trabalho da Comissão, foi apresentado ao Ministro da Justiça, em 2001, um «Projecto de Proposta de Lei de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade», da responsabilidade de Anabela Miranda Rodrigues¹⁰²⁶.

O Projecto estrutura-se em torno do enunciado dos direitos e deveres dos reclusos e dos princípios relativos à modelação da execução da pena, cuja concretização, nos seus multifacetados aspectos, haveria de competir a um “regulamento geral”, que lhe asseguraria uniformidade.

Rejeitando a via da pura resposta securitária, apesar dos “ventos” da “nova penologia”, o Projecto mantém o propósito de socialização como função precípua da execução, apenas *limitada* pelas exigências de defesa da sociedade que a prisão tem de satisfazer. A socialização radica, note-se, no dever que ao Estado social incumbe de ajuda e solidariedade para com os membros da comunidade que se encontrem em especial estado de necessidade, e traduz-se em oferecer ao recluso condições para prosseguir a sua vida sem voltar a praticar crimes; rejeita-se, pois, qualquer imposição coactiva de tratamento, assentando-se antes na ideia de participação voluntária no processo de socialização. Acentua-se, contudo, que antes de ser *socializadora*, a prisão tem de ser *não dessocializadora*, procurando-se combater os efeitos nocivos da privação da liberdade e promover a efectiva realização dos direitos fundamentais das pessoas privadas da liberdade.

O projecto regula o estatuto jurídico do recluso, procedendo a uma proclamação enfática dos seus direitos (artigo 5.º) – considerada necessária para não permitir “distracções” quanto à titularidade por parte daqueles dos direitos fundamentais – e a uma clarificação dos seus deveres especiais (artigo 6.º).

Não se deixa esquecido o aspecto organizatório da execução, propondo-se um modelo desconcentrado, assente no estabelecimento prisional como núcleo básico da execução, gizando-se no seu seio uma composição orgânica inovadora, com uma correspondente repartição de funções (artigos 127.º e ss.).

No que mais directamente releva para a presente investigação, salienta-se que o Projecto não se fica pela mera “afirmação de direitos”, passando para a “protecção de direitos”, com base na convicção de que “o progresso do direito penitenciário mede-se hoje, incontestavelmente, pelo grau de aprofundamento conseguido ao nível da intervenção jurisdicional”¹⁰²⁷.

¹⁰²⁶ Dado à estampa em Anabela Miranda RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, pp. 179 ss.

¹⁰²⁷ Anabela Miranda RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 182.

Como já havia sido salientado pela Autora do Projecto, o “itinerário” aberto com a criação dos tribunais de execução das penas e a posterior evolução das suas atribuições tornava “natural a extensão do controle jurisdicional a qualquer questão relativa à modelação da execução que possa contender com os direitos do recluso”; do que se tratava era de “converter a intervenção jurisdicional em garante da execução das penas e medidas de segurança privativas de liberdade, na medida em que a sua modelação afect[ass]e directamente os direitos dos reclusos”¹⁰²⁸.

O reforço da intervenção jurisdicional não deveria, porém, passar pela intervenção directa do juiz em todas as questões relativas à execução, devendo reservar-se para este as funções especificamente jurisdicionais, traduzidas tipicamente na decisão de conflitos. Assim, na senda do que havia sido proposto no Relatório da Comissão, procede-se a uma nova repartição de competências entre Ministério Público e juiz, atribuindo àquela magistratura as competências não propriamente jurisdicionais.

Em consonância com esta linha orientadora, o Projecto prevê o direito de petição perante o Ministério Público e o juiz do Tribunal de Execução das Penas, podendo os reclusos apresentar-lhes petições, representações, reclamações ou queixas relativas à execução da pena ou medida privativa de liberdade para defesa dos seus direitos (artigo 107.º), bem como o direito ao recurso perante o Tribunal de Execução das Penas, nos casos previstos na lei (artigo 108.º). Este direito abrange, concretamente, as seguintes decisões da administração prisional: internamento em estabelecimento de segurança máxima (artigo 10.º, n.º 10), internamento em estabelecimento prisional ou secção fechados (artigo 15.º, n.º 3), não autorização do internamento em estabelecimento prisional ou secção abertos (artigo 15.º, n.º 3), não concessão de licença de saída (artigo 48.º, n.º 11), revogação de licença de saída (artigo 49.º, n.º 5) e aplicação de medidas disciplinares mais graves que a repreensão (artigo 100.º).

Algumas decisões são sujeitas a autorização do Ministério Público, nomeadamente a concessão de licenças de saída a reclusos internados em estabelecimento ou secção fechados (artigo 48.º, n.º 4) e a aplicação de medida disciplinar de internamento em quarto disciplinar por tempo superior a metade do máximo legal (artigo 98.º, n.º 3).

Outras decisões da administração prisional ficam sujeitas a comunicação ao Ministério Público: o plano individual de readaptação e as suas modificações (artigo 10.º, n.º 9), a transferência de estabelecimento (artigo 15.º, n.º 2), a proibição de visitas (artigo 34.º, n.º 3), a proibição de dar entrevistas ou de participar em programa de

¹⁰²⁸ Anabela Miranda RODRIGUES, *Relatório Direito Penitenciário*, p. 119.

carácter informativo nos meios de comunicação social (artigo 35.º, n.º 2), a leitura de correspondência (artigo 41.º, n.º 2), a suspensão da expedição ou entrega de correspondência (artigo 42.º, n.º 3), a autorização ou não autorização de saídas (artigo 48.º, n.º 9), a revogação de licenças de saída (artigo 49.º, n.º 3), a decisão de limitação da posse de objectos (artigos 60.º, n.º 2, 66.º, n.º 3, e 68.º, n.º 3), as intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos ou alimentação coactivos (artigo 77.º, n.º 5), a aplicação e a cessação da utilização de meios e instrumentos coercivos (artigo 91.º, n.º 3), a aplicação de medidas disciplinares (artigo 98.º, n.º 3) e ainda a aplicação e cessação de medidas especiais de segurança (artigo 85.º, n.º 5). Neste último caso, refira-se que o recluso podia requerer ao Ministério Público a cessação da medida de internamento em quarto de segurança, a partir do oitavo dia de cumprimento (artigo 85.º, n.º 6)¹⁰²⁹.

Reportando-se o projecto de proposta de lei ao direito penitenciário substantivo, a Autora alertava para a necessidade de que a reforma fosse completada por outra que incidisse sobre a jurisdicionalização¹⁰³⁰.

1.4.2. Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional

Na legislatura seguinte, foi criada, no âmbito do Ministério da Justiça, a Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional, presidida pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral, com a missão de “definir o modelo de organização e gestão de um sistema prisional mais adequado a um país da dimensão e características do nosso” e formular as “linhas gerais da reforma do sistema prisional português, incluindo, se for caso disso, a recomendação das alterações de alguns dos seus pressupostos legais, que se mostrem indicadas”, bem como uma “proposta de lei-quadro de reforma do sistema prisional português”¹⁰³¹.

As recomendações formuladas pela Comissão visaram a revisão da legislação relativa à execução das penas (substantiva, processual e orgânica) e ainda modificações pontuais na legislação penal substantiva, processual penal e legislação avulsa, tendentes sobretudo à redução do recurso à prisão¹⁰³².

A Comissão elaborou um projecto de Lei-Quadro do Sistema Prisional, onde se calendarizava um programa a longo prazo (doze anos) de reforma do sistema prisional português, que incluía orientações a respeito da legislação a aprovar, da renovação do

¹⁰²⁹ Note-se que, no Relatório da Comissão, p. 71, se propunha que o recluso pudesse recorrer perante o TEP das decisões de aplicação, alteração ou prorrogação das medidas.

¹⁰³⁰ Anabela Miranda RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 182.

¹⁰³¹ Portaria n.º 183/2003, de 21-2.

¹⁰³² COMISSÃO DE ESTUDO E DEBATE DA REFORMA DO SISTEMA PRISIONAL, *Relatório Final*, pp. 89 ss.

parque penitenciário e do modelo de organização, gestão e suporte financeiro do sistema.

Na matéria que releva para a presente investigação, afirma-se o propósito de “reforço da intervenção dos tribunais de execução das penas”, estabelecendo como princípios gerais o de que “a execução das penas e medidas privativas de liberdade realiza-se com intervenção dos tribunais, nos termos da lei” (artigo 4.º, n.º 2), e o de que “a repartição de competências entre a administração penitenciária e os tribunais de execução das penas deve observar o princípio constitucional da separação e interdependência dos poderes” (artigo 18.º, n.º 1)¹⁰³³.

O afirmado propósito recebeu concretização em preceitos que estabeleçam diretrizes para a revisão da lei dos tribunais de execução das penas, determinando o reforço e extensão das competências desses tribunais, incluindo do Ministério Público, o alargamento da respectiva rede territorial e a exigência de formação adequada e regular dos magistrados que neles exerçam funções.

A extensão das competências dos tribunais de execução das penas deveria, nos termos do artigo 20.º, ser tal que aquelas viessem a incluir: *a)* a garantia dos direitos dos reclusos, incluindo o direito de ser ouvido pelo juiz e o de impugnação da legalidade de decisões da administração penitenciária, nos termos previstos na lei, em especial as relativas a medidas disciplinares e de flexibilização da execução da pena de prisão; *b)* a homologação do plano individual de readaptação social de cada recluso; *c)* a concessão e revogação de saídas jurisdicionais, da liberdade condicional, da liberdade para prova e de outras modificações da execução da pena de prisão previstas na lei; *d)* a intervenção na concessão e na revogação do regime aberto no exterior e na colocação e manutenção em regime de segurança; *e)* o conhecimento das impugnações interpostas pelo Ministério Público ou pelo recluso, nos casos previstos na lei.

As decisões tomadas pelos tribunais de execução das penas em primeira instância, nomeadamente em matéria de modificação da execução da pena de prisão e de concessão, recusa ou revogação da liberdade condicional, deveriam ser susceptíveis

¹⁰³³ Advogando também, à época, uma reforma que, no que respeita à repartição de competências, assentasse nos princípios “da especialização de competências”, “da separação rigorosa de poderes entre a entidade que promove o tratamento penitenciário e as entidades que fiscalizam esse tratamento” e o “da constitucionalização da jurisdição penitenciária”, P. P. ALBUQUERQUE, «O futuro dos estudos penitenciários», pp. 322 s. No modelo proposto, ao serviço de reinserção social, “como primeiro responsável pela tarefa do Estado de ressocializar o recluso”, caberia o tratamento penitenciário e as relações do recluso com o exterior; ao director do estabelecimento competiriam as questões relativas à gestão, disciplina e segurança do estabelecimento; ao Ministério Público, protagonista na realização do fim preventivo-geral da pena, seriam atribuídas as decisões em matéria de medidas de flexibilização da execução; e ao juiz caberia a decisão de conflitos, sindicando o exercício daqueles poderes pelas referidas entidades quando as decisões fossem objecto de litígio.

de recurso ordinário (artigo 22.º), devendo ainda ser criada uma forma de recurso para uniformização de jurisprudência (artigo 23.º).

A intervenção do Ministério Público deveria abranger os casos seguintes: *a)* impugnação das decisões da administração penitenciária; *b)* recurso das decisões do tribunal de execução das penas para a respectiva segunda instância, nos termos da lei; *c)* interposição de recurso de uniformização da jurisprudência, nos casos admitidos por lei; *d)* participação nos conselhos técnicos presididos pelo juiz de execução das penas. Para o efeito, os respectivos magistrados poderiam, sempre que necessário ou conveniente, visitar os estabelecimentos prisionais da área de jurisdição e ouvir qualquer recluso (artigo 21.º).

A Lei-Quadro do Sistema Prisional não chegou a ser aprovada pela Assembleia da República¹⁰³⁴, muito embora parte significativa das medidas nela preconizadas, em particular as de carácter legislativo, tenham sido levadas a cabo ao longo das legislaturas seguintes¹⁰³⁵.

¹⁰³⁴ O projecto elaborado pela Comissão deu origem à Proposta de Lei n.º 153/IX, apresentada pelo Governo à Assembleia da República, que veio a caducar; na legislatura seguinte, a iniciativa foi renovada, através do Projecto de Lei n.º 238 /X, do PSD, que foi rejeitado.

¹⁰³⁵ No que respeita à actividade legislativa, os diplomas previstos no art. 42.º da proposta de Lei-Quadro vieram a ser aprovados pelos seguintes actos normativos: Lei n.º 115/2009, de 12-10, que aprovou o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (incorporou a lei de execução das penas e medidas privativas da liberdade, a lei dos tribunais de execução das penas e a lei da modificação da execução para portadores de doenças graves e irreversíveis); Decreto-Lei n.º 51/2011, de 11-4, que aprovou o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais; Lei n.º 33/2010, de 2-9, que aprovou o novo regime jurídico da vigilância electrónica; Decretos-Leis n.ºs 125/2007 e 126/2007, de 27-4, que aprovaram as leis orgânicas da Direcção-Geral dos Serviços Prisionais e da Direcção-Geral de Reinserção Social, respectivamente, organismos que viriam a ser fundidos na Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais pelo Decreto-Lei n.º 215/2012, de 28-9.

CAP II – O QUADRO JURÍDICO VIGENTE

1. O novo quadro legislativo – o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade

Na legislatura seguinte, a reforma do sistema prisional manteve-se no programa político. Foram, finalmente, concluídos os trabalhos de elaboração legislativa, com a aprovação, através da Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, que entrou em vigor em Abril de 2010¹⁰³⁶.

Na exposição de motivos da proposta de lei que lhe deu origem¹⁰³⁷, reconhece-se a necessidade, há muito sentida, de actualização da legislação penitenciária, que, contando já com trinta anos de vigência, permanecia praticamente por rever. A necessidade de revisão não se prendia com o demérito da legislação de 1979, antes com a premência de uma actualização perante as mudanças na realidade social, com novos fenómenos sociais e criminológicos, a alteração do perfil da população reclusa e a evolução das práticas penitenciárias, bem como exigências de conformidade ao direito constitucional e a instrumentos de direito internacional – tudo a trazer novos desafios ao direito e à intervenção penitenciária. O diploma colheu os contributos dos trabalhos das duas Comissões antecedentes, como se deixou expresso na exposição de motivos.

O Código veio reunir num único diploma legal o direito substantivo e o direito processual da execução das penas e medidas privativas da liberdade. Assim, substituiu quer o Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, que até então regulava a execução das medidas privativas de liberdade, quer o Decreto-Lei n.º 783/76, de 29 de Outubro, que estabelecia a orgânica, a competência e o processo nos tribunais de execução das penas. Num plano simbólico, a transformação em Código contribui para a afirmação da dignidade da matéria – prolongamento lógico do direito penal e do direito processual penal, já que a reacção do Estado à prática de um facto criminoso não termina no momento da aplicação da pena pelo tribunal de condenação. A execução, que se lhe segue, é primordial para a satisfação das finalidades do sistema penal, pelo que a sua

¹⁰³⁶ Entretanto alterado pelas Leis n.ºs 40/2010, de 3-9, 21/2013, de 21-2, 94/2017, de 23-8, e 27/2019, de 28-3.

¹⁰³⁷ Proposta de Lei n.º 252/X, *Diário da Assembleia da República*, II Série A, n.º 79/X/4, de 5-3-2009, pp. 14-95.

juridificação – o facto de ser matéria que o direito não deixa de fora – deve ser destacada¹⁰³⁸.

Esta inovação formal permitiu também a aglutinação de normas até então dispersas por vários diplomas legais e passou a oferecer, num único documento, uma perspectiva integrada do quadro normativo vigente em matéria de execução das penas e medidas privativas da liberdade.

A aprovação do Código foi completada pela aprovação, em 2011, através do Decreto-Lei n.º 51/2011, de 11 de Abril, do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais – solução que visou conferir maior flexibilidade na regulamentação de matérias de pormenor do que se essa regulamentação ficasse cristalizada no Código. Ou seja, em relação a numerosos aspectos da vida de um estabelecimento prisional, o Código estabeleceu o enquadramento fundamental, remetendo para o Regulamento Geral a sua regulamentação. O RGEP reuniu num único Regulamento matéria até então tratada por numerosas circulares, regulamentos internos e despachos, contribuindo para a publicidade e cognoscibilidade das regras vigentes e, sobretudo, para uma maior uniformidade de procedimentos nos vários estabelecimentos prisionais e, consequentemente, para a igualdade de tratamento dos reclusos.

O regime resultante do novo Código manteve fidelidade à ideia de *ressocialização* como finalidade da execução. Conforme se dizia já no preâmbulo da lei de 1979, que o Código veio substituir, tal é uma “nobre tradição do nosso direito”. Manifestações do ideário ressocializador no novo Código são, em particular, o reforço da individualização e do planeamento da execução, da participação e co-responsabilização do recluso, da abertura à sociedade e do incentivo à cooperação por parte da comunidade.

¹⁰³⁸ A elaboração de legislação autónoma, desejavelmente um Código, para a matéria da execução, era desde há muito defendida internacionalmente. Veja-se, já nos anos 1930, o relatório de Ugo Conti ao Congresso de Berlim, in COMMISSION INTERNATIONALE PÉNALE ET PÉNITENTIAIRE, *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin*, vol. II, p. 9: *on favorise de plus en plus la tendance actuelle, doctrinale et législative, à constituer un corps autonome de lois concernant l'exécution pénale, sinon un Code, qui recueille et discipline en les harmonisant les règles éparses dans le Code pénal, dans le Code de procédure pénale et dans le règlement pénitentiaire, en laissant aux règlements internes les dispositions de caractère secondaire et complémentaire de nature nettement administrative*. A posição é corroborada por Finkey (*ibidem*, p. 18): *aujourd'hui nous savons que le succès du Code pénal et du Code de procédure criminelle dépend de la bonne exécution. Il faut donc comprendre les règles les plus importantes, les principes et le système de l'exécution dans un (troisième) Code pénal spécial. Il est à espérer que, par suite de l'établissement, en 1929, par la Commission internationale pénale et pénitentiaire, de «L'Ensemble de Règles pour le traitement des prisonniers», ce souhait se réalisera dans tous les Etats civilisés*. Também FALCHI, *Diritto Penale Esecutivo* I, p. 252, defendia a codificação autónoma do direito da execução, como reflexo da sua autonomia qualitativa.

Quanto ao estatuto jurídico do recluso, além da previsão, em artigos próprios, do elenco dos seus direitos e deveres especiais, reforçam-se as suas garantias na relação com a administração penitenciária. Disso são exemplos um maior grau de exigência na fundamentação das decisões que o afectam e na notificação de actos que lhe digam respeito; uma redefinição do procedimento disciplinar, tornando-o mais conforme ao ordenamento constitucional, enquanto direito sancionatório que é; uma mais clara distinção entre medidas disciplinares e meios especiais de segurança; e o aprofundamento da jurisdicionalização.

O Código ocupa-se ainda de numerosos outros aspectos atinentes à execução das penas e à vida nos estabelecimentos prisionais, procedendo a actualizações e aperfeiçoamentos justificados por novas exigências: regimes de execução, saúde, higiene, vestuário, alimentação, apoio social, assistência religiosa, ensino, formação, trabalho, frequência de programas e actividades, contactos com o exterior, relações com a comunicação social, ordem e segurança, regime disciplinar, salvaguarda de direitos e meios de tutela.

1.1. O modelo de repartição de competências

Um dos propósitos assumidos pela reforma (e comum às propostas das comissões de reforma antecedentes) foi aprofundar o controlo judiciário da legalidade da execução e do respeito pelos direitos e garantias dos reclusos.

Na prossecução desse objectivo, o novo Código reforçou – e, ao mesmo tempo, reconfigurou – o papel dos Tribunais e do Ministério Público na execução das penas e medidas privativas da liberdade.

O novo modelo de judicialização pode caracterizar-se pelas seguintes opções: uma divisão mais clara entre as competências do tribunal da condenação e as do tribunal de execução das penas; uma separação mais definida entre competências executivas, da administração prisional, e competências jurisdicionais, do tribunal; um alargamento das competências dos tribunais de execução das penas; e uma redistribuição de papéis entre Ministério Público e juiz.

A delimitação de competências entre tribunal da condenação e tribunal de execução das penas passou a assentar no critério segundo o qual, após o trânsito em julgado da sentença que tiver aplicado a pena ou medida privativa da liberdade, cessa a intervenção do tribunal da condenação e, daí em diante, pertence ao tribunal de execução das penas a competência para *acompanhar e fiscalizar* a sua execução e

*decidir da sua modificação, substituição e extinção*¹⁰³⁹. De acordo com a exposição de motivos da proposta de lei, visou-se adoptar “um critério simples, inequívoco e operativo de delimitação de competências, que põe termo ao panorama, actualmente existente, de incerteza quanto à repartição de funções entre os dois tribunais e, até, de sobreposição prática das mesmas”¹⁰⁴⁰. Seguiu-se, portanto, um critério mais *diacrónico-processual* que *formal-dogmático*¹⁰⁴¹.

É ainda de referir a atribuição expressa de competência ao tribunal de execução das penas para acompanhar e fiscalizar a execução da prisão preventiva e do internamento preventivo, devendo as suas decisões ser comunicadas ao tribunal à ordem do qual é cumprida a medida de coacção e, em alguns casos, sujeitas à concordância deste tribunal¹⁰⁴². Esta opção, ainda de acordo com a exposição de motivos, “escora-se fundamentalmente em três razões. Primeira: o tribunal que ordenou a prisão preventiva

¹⁰³⁹ Cf. art. 138.º, n.º 2, do CEP; foi correspondentemente alterado o n.º 1 do art. 470.º do CPP.

¹⁰⁴⁰ Cf. ponto 15. Apesar dessa clarificação, não deixaram de se suscitar algumas questões. Cf. os exemplos jurisprudenciais elencados em anotação ao art. 140.º do CEP, in M. J. ANTUNES/Inês Horta Pinto, *Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade anotado*, p. 105; J. BOAVIDA, «Alguns nós górdios da jurisdição de execução das penas», pp. 235 ss., trata de algumas questões de competência entre os tribunais de condenação e os de execução, surgidas após a entrada em vigor do CEP. Com interesse, relativamente ao sistema espanhol, BACHS I ESTANY, «El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural», pp. 158 s., dá nota de algumas dificuldades geradas pela repartição de funções entre *tribunal sentenciador* e *juez de vigilancia*: nomeadamente, critica o critério adoptado pelo art. 17.º, n.º 3, da *Ley Orgánica General Penitenciaria*, que atribui ao tribunal de condenação a competência para aprovar a libertação definitiva dos condenados, considerando-o desprovido de sentido, fonte de atrasos e ineficiências, sem acrescentar qualquer garantia, e defende que a competência passe a ser conferida ao juiz de vigilância, que tem o conhecimento mais próximo do processo. Alertando também para certas disfunções que podem originar-se pela intervenção de ambos os tribunais, ROBLES FERNÁNDEZ, «La ejecución de las penas privativas de libertad. Tramitación...», p. 223.

¹⁰⁴¹ Na expressão utilizada pela COMISSÃO PARA A REFORMA DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE PENAS E MEDIDAS, *A execução das medidas privativas da liberdade*, p. 173. Aludia-se aí a uma tradição do nosso sistema no sentido de o TEP se ocupar das questões que se suscitem na execução, sendo exemplo o facto de se ter sempre atribuído aos TEP a competência em matéria de liberdade condicional, ainda que esta possa considerar-se matéria ainda relacionada com o facto. A Comissão defendia que, com a superação da concepção do *direito penal do agente* – implicada pelos pressupostos do Estado de direito democrático e pelo respeito pelos direitos fundamentais – e a sua evolução para um *direito penal do facto*, em que a personalidade do agente releva enquanto se *manifesta no facto*, o sistema judiciário deveria tender para uma repartição de funções entre o tribunal da condenação e o tribunal de execução das penas, em que o primeiro seria o “tribunal competente para a execução da pena”, cabendo-lhe pronunciar-se, mesmo no decurso da execução, sobre todas as questões relacionadas com o facto, e o segundo trataria das questões que se prendessem exclusivamente com a sanção. Assim, o TEP seria um tribunal de garantia da posição jurídica do recluso e também o tribunal competente para a execução das medidas de segurança privativas da liberdade. A liberdade condicional deveria, se se devesse fazer uma rigorosa adaptação da organização judiciária à referida evolução, ser transferida para o tribunal da condenação; porém, a Comissão entendeu não ser de operar tal modificação, não só por ser já tradicional no nosso sistema a competência do TEP para se ocupar de todas as questões suscitadas na execução (ao abrigo do referido critério diacrónico-processual), com a conseqüente especialização acumulada e melhor posicionamento para decidir adequadamente da sua concessão, mas também porque daí não adviria um melhor funcionamento do sistema, até porque só por mero acaso o tribunal da condenação teria ainda a mesma composição que tinha ao tempo da condenação.

¹⁰⁴² Art. 138.º, n.º 3, do CEP.

não está sensibilizado para questões de regime de execução e de exercício da actividade penitenciária, por isso tende a não acompanhar efectivamente o modo como é executada a medida de coacção, o que pode redundar num tratamento mais desfavorável do preso preventivo, absolutamente contrário à presunção jurídico-constitucional de inocência de que é beneficiário. Com o que se chega à segunda razão da solução proposta: a igualdade de tratamento de todos os indivíduos privados da liberdade por ordem judicial. Terceira: prevendo-se um recurso especial para uniformização da jurisprudência dos Tribunais de Execução das Penas, convém concentrar neste tipo de tribunais tudo quanto respeita à execução de medidas privativas da liberdade” (ponto 16).

Procedeu-se também a uma mais clara divisão entre as atribuições da administração penitenciária e as do tribunal de execução das penas. Ao tribunal cabe a função jurisdicional de dirimir conflitos, tutelar os direitos individuais e pronunciar-se sobre a legalidade de decisões, mas não se substitui à administração penitenciária como entidade a quem compete a execução das medidas privativas da liberdade. Em conformidade, o artigo 133.º, sob a epígrafe “jurisdicionalização da execução”, estabelece: *compete aos tribunais judiciais administrar a justiça penal em matéria de execução das penas e medidas privativas da liberdade, nos termos da lei;* e o artigo 135.º estipula que *os serviços prisionais garantem, nos termos da lei: a) a execução das penas e medidas privativas da liberdade, de acordo com as respectivas finalidades; e b) a ordem, segurança e disciplina nos estabelecimentos prisionais.*

As atribuições dos tribunais de execução das penas foram simultaneamente ampliadas e reconfiguradas.

Por um lado, verificou-se uma ampliação significativa – ainda que moderada – das suas competências, em termos consentâneos com a sua função de controlo da legalidade da execução e de garantia do estatuto jurídico do recluso. Prosseguiu-se, assim, o caminho da intervenção jurisdicional na execução, iniciado com a criação dos TEP, em 1944 (embora à época, como vimos, num modelo em que estes tribunais “não fiscalizavam nem interferiam na aplicação do regime penitenciário”), e aprofundado em 1976, quando as competências dos TEP foram alargadas e o âmbito da sua intervenção na vida dos estabelecimentos prisionais se expandiu.

Assim, em primeiro lugar, o Código alargou o leque de decisões da administração prisional que o recluso pode impugnar perante o tribunal de execução das penas. Até então, o único tipo de actos da administração prisional cuja impugnação para o TEP a lei previa, como vimos, era a aplicação da sanção disciplinar mais gravosa – a

de internamento em cela disciplinar – e apenas quando fosse aplicada por tempo superior a oito dias (artigo 143.º do Decreto-Lei n.º 265/79)¹⁰⁴³.

Passaram, assim, a ser susceptíveis de impugnação, por iniciativa do recluso, decisões de carácter punitivo (as de aplicação de sanções disciplinares que impliquem confinamento – permanência obrigatória no alojamento e internamento em cela disciplinar –, agora independentemente da sua duração)¹⁰⁴⁴, decisões que afectem o seu direito a manter contactos com o exterior¹⁰⁴⁵ e decisões com implicações na contagem do tempo de cumprimento da pena (como é o caso da revogação das licenças de saída por incumprimento das condições)¹⁰⁴⁶.

Em segundo lugar, certas decisões da administração prisional baseadas nas exigências próprias da execução das penas ou medidas, como é o caso das relacionadas com a determinação do regime de execução da pena e com a aplicação de meios especiais de segurança, passaram a ser obrigatoriamente objecto de controlo da legalidade por parte do Ministério Público, cabendo a este suscitar a sua eventual ilegalidade perante o TEP¹⁰⁴⁷.

O Código não foi, portanto, tão longe a ponto de estabelecer a impugnabilidade para os tribunais de execução das penas de todo e qualquer acto da administração prisional, tendo optado por um modelo em que: certos actos, expressamente indicados, podem ser impugnados, por iniciativa do recluso; outros actos, também expressamente enumerados, são obrigatoriamente comunicados ao Ministério Público junto do TEP, para verificação da legalidade e eventual impugnação; quanto aos demais actos, não se prevê a sua impugnabilidade para o TEP¹⁰⁴⁸.

As competências do tribunal de execução das penas passaram a incluir ainda homologar os planos individuais de readaptação, bem como as suas ulteriores alterações, homologar as decisões de colocação em regime aberto no exterior, decidir

¹⁰⁴³ Regime que, como é consabido, tivera o efeito perverso de a administração prisional tender a aplicar esta sanção com a duração de oito dias, evitando assim a impugnação judicial da decisão.

¹⁰⁴⁴ Art. 114.º.

¹⁰⁴⁵ Direito consagrado no art. 7.º, n.º 1, e). Mais precisamente, são impugnáveis as decisões de não autorização, proibição ou prorrogação da proibição de visitas (art. 65.º, n.º 5), de restrição de contactos telefónicos (art. 70.º, n.º 5) e de não autorização de entrevista a órgão de comunicação social (art. 75.º, n.º 4).

¹⁰⁴⁶ Art. 85.º, n.º 2.

¹⁰⁴⁷ Mais precisamente, são impugnáveis pelo Ministério Público as decisões dos Serviços Prisionais que lhe são obrigatoriamente comunicadas para verificação da legalidade (art. 199.º, b)), nomeadamente as decisões de colocação, manutenção e cessação do regime de segurança (art. 15.º, n.º 6), de retenção de correspondência e de não comunicação ao recluso dessa retenção (art. 69.º, n.º 2) e de aplicação ou manutenção dos meios especiais de segurança mais gravosos (arts. 92.º, n.º 6, e 93.º, n.º 5).

¹⁰⁴⁸ Com efeito, nos termos do art. 200.º, “as decisões dos serviços prisionais são impugnáveis, nos casos previstos no presente Código, perante o tribunal de execução das penas”.

sobre a perda de bens e valores ilicitamente introduzidos pelo recluso no estabelecimento e, ainda, autorizar a intrusão corporal para extracção de objectos¹⁰⁴⁹.

Por outro lado, verificou-se uma reconfiguração das competências do tribunal, que se articula com o novo papel do Ministério Público.

1.1.1. O novo papel do Ministério Público

O Ministério Público é notoriamente o sujeito processual com o mais significativo crescimento da relevância do seu papel. É patente a genérica revalorização da intervenção desta magistratura, através do alargamento da sua acção no controlo da execução das penas e medidas privativas da liberdade, em concordância com a missão que lhe é constitucionalmente deferida de defesa da legalidade democrática.

Nos termos do artigo 134.º, *ao Ministério Público cabe acompanhar e verificar a legalidade da execução das penas e medidas privativas da liberdade, nos termos do respectivo Estatuto e do presente Código.*

Desde logo, procedeu-se a uma nova repartição de competências entre Ministério Público e juiz, que se procurou mais congruente com as funções próprias de cada uma das magistraturas¹⁰⁵⁰: ao juiz cabe a função jurisdicional de dirimir conflitos e decidir questões de legalidade; e, embora se mantenha a tradicional vertente de “vigilância”, traduzida na competência do TEP para “acompanhar e fiscalizar” a

¹⁰⁴⁹ Cf. arts. 21.º, n.º 7, 14.º, n.º 8, 89.º, n.º 4, e 138.º, n.º 4, *a), d) e i)*. A competência para a homologação do regime aberto no exterior não constava na versão originária do Código, tendo sido aditada pela Lei n.º 40/2010, de 3-9, alteração cujo contexto será explicitado *infra*, 2.1.1.

¹⁰⁵⁰ Na linha do já preconizado pela Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, bem como pela Autora do «Projecto de Proposta de Lei de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade», como ficou exposto *supra*. Apreciando as opções tomadas pelo legislador no novo Código, Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 112, considera que se “procurou reflectir uma solução que se harmoniza com as funções constitucionalmente cometidas à magistratura do Ministério Público, de exercício da acção penal, entendida em sentido lato, e de defesa da legalidade democrática [art. 219.º, n.º 1, da CRP]”.

Sobre isto, também Mouraz LOPES, *A fundamentação da sentença...*, p. 330, considerando efectivamente “difícil compatibilizar a ‘acumulação’ de funções de fiscalização do sistema penitenciário, que serão sempre funções de natureza não estritamente jurisdicional, com a função jurisdicional própria de quem deve e tem de resolver litígios com independência e imparcialidade, podendo essa acumulação de funções criar alguma perplexidade, se não mesmo alguma deslegitimação do exercício da função jurisdicional”, e valorando, assim, positivamente a configuração da intervenção do tribunal e do juiz de execução de penas adoptada pelo novo Código, nomeadamente nos procedimentos de concessão da liberdade condicional e de licenças de saída jurisdicionais e na decisão das impugnações das sanções disciplinares, o que, no seu entender, “anula críticas suscitadas ao modelo até [então] estabelecido, nomeadamente se o mesmo estaria suficientemente dotado de garantias de imparcialidade que não p[un]ham em causa a força e a legitimação da decisão”. O Autor não deixa porém de lamentar a eliminação do sistema anterior de audição das pretensões dos reclusos pelo juiz, que “funcionava como ‘válvula de escape’ do recluso perante um terceiro independente, face a uma administração penitenciária dotada de vastos poderes”. Verifica-se, portanto, algum “apego” ao papel de “vigilância” do juiz, ainda quando se adere ao recentramento das suas competências no cerne da função jurisdicional.

execução¹⁰⁵¹, passou a atribuir-se ao Ministério Público “a incumbência que, de modo mais directo, se associa à vigilância penitenciária – a de visitar os estabelecimentos prisionais e de ouvir os reclusos”¹⁰⁵².

Além disso, como já foi mencionado, previu-se que certas decisões dos serviços prisionais, baseadas nas exigências próprias da execução das penas ou medidas (como é o caso das relativas à colocação e manutenção do recluso em regime de segurança, à retenção de correspondência e à aplicação das medidas especiais de segurança mais gravosas), são obrigatoriamente comunicadas ao Ministério Público, que, em sede da nova forma processual de “verificação da legalidade” (artigos 197.º ss.), pode suscitar a sua eventual ilegalidade junto do tribunal, requerendo a sua anulação. Para o efeito, os serviços prisionais comunicam tais decisões ao Ministério Público imediatamente, sem exceder o prazo de 24 horas, acompanhadas dos elementos que lhes tiverem servido de base.

Manteve-se a legitimidade do Ministério Público para recorrer das decisões dos tribunais de execução das penas para os tribunais da Relação, tendo também esta magistratura legitimidade para interpor, em alguns casos obrigatoriamente, o novo recurso especial para uniformização de jurisprudência¹⁰⁵³.

Para melhor cumprimento das suas novas atribuições, o Ministério Público passou a poder participar no conselho técnico¹⁰⁵⁴.

Aos juízes e magistrados do Ministério Público junto do Tribunal de Execução das Penas é garantido, para o exercício das funções que lhes são cometidas, o acesso a todos os locais do estabelecimento prisional e a todos os reclusos, a qualquer hora, podendo ouvir estes sempre que o entendam necessário, em condições que assegurem a confidencialidade (artigo 178.º do RGEP).

1.1.2. Modificações organizatórias e processuais

Registam-se ainda modificações na orgânica e na estrutura dos tribunais de execução das penas.

Foi eliminada a distinção entre *tribunal* e *juiz* de execução das penas, opção justificada “desde logo pela sua artificialidade num quadro de tribunal singular de execução das penas. Mas, sobretudo, porque agora resulta claro que o Tribunal de Execução das Penas só pode exercer, ao lado do estrito controlo da execução, funções

¹⁰⁵¹ Art. 138.º, n.ºs 2 e 3.

¹⁰⁵² Art. 141.º, *a*). Cf. ponto 17 da exposição de motivos da proposta de lei.

¹⁰⁵³ Arts. 236.º e 241.º.

¹⁰⁵⁴ Arts. 141.º, *d*), e 143.º, n.º 1.

de vigilância penitenciária se, neste âmbito, puder adoptar providências de natureza jurisdicional, em lugar de intervenções de conteúdo essencialmente administrativo”¹⁰⁵⁵.

Como critério de competência territorial, manteve-se o da localização do estabelecimento a que se encontre afecto o recluso (artigo 137.º), em ordem a assegurar um acompanhamento da execução tão próximo quanto possível, seja por parte do juiz seja do Ministério Público.

Naturalmente, as alterações no elenco de competências dos tribunais de execução das penas deram origem a correspondentes modificações no plano processual.

Aos anteriores processos “de segurança”, “complementar”, “gracioso”, de “recurso de decisão disciplinar” e “supletivo” sucederam as formas processuais de internamento, homologação, liberdade condicional, licença de saída jurisdicional, verificação da legalidade, impugnação, modificação da execução da pena de prisão, indulto, cancelamento provisório do registo criminal e supletivo¹⁰⁵⁶.

Inovatoriamente, estabeleceu-se um sistema de processo único individual por recluso, ao qual são apensos todos os incidentes (artigo 145.º), solução que visou “a unidade de critério decisório, a continuidade do processo de reinserção social e a constante avaliação do mesmo, através do imediato acesso à ‘história’ integral do recluso, por parte do juiz do Tribunal de Execução das Penas chamado a decidir sobre a sua situação”¹⁰⁵⁷, em contraste com o sistema anterior, em que os vários incidentes suscitados ao longo da execução davam lugar a processos autónomos, distribuídos separadamente.

Reforçando a tutela efectiva dos direitos dos reclusos, previu-se o convite ao aperfeiçoamento dos requerimentos, devendo a rejeição liminar cingir-se aos casos de pedido manifestamente infundado ou de pretensão já anteriormente rejeitada e baseada nos mesmos elementos (artigo 148.º), bem como o dever de fundamentação das decisões (que, naturalmente, sempre decorreria da CRP) e o acesso aos autos pelos sujeitos processuais (artigo 146.º). Previu-se ainda o poder do juiz para, em processo de impugnação, ordenar, oficiosamente ou a requerimento, todas as diligências de prova que entenda necessárias para a tomada de decisão¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁵ Cf. ponto 17 da exposição de motivos da proposta de lei.

¹⁰⁵⁶ Art. 155.º. A estas formas processuais juntou-se posteriormente a de regime de permanência na habitação (aditada pela Lei n.º 94/2017, de 23-8).

¹⁰⁵⁷ Ponto 19 da exposição de motivos. Anote-se que preocupação semelhante já tinha estado na origem da opção, em 1944, por um tribunal singular: como explicava Beleza dos Santos, o facto de ser “um só e o mesmo juiz” quem está em contacto com os diferentes elementos de informação permitia um melhor conhecimento dos casos, unidade de critério e continuidade de acção (Beleza dos SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», p. 324).

¹⁰⁵⁸ Arts. 205.º, n.º 2, e 213.º, n.º 2.

1.1.3. Poderes de decisão

Os poderes de decisão do tribunal de execução das penas, na sindicância de decisões da administração prisional, podem abranger a *anulação* destas decisões e, em certos casos, a sua *modificação*.

Importa atentar na fundamentação fornecida pelo legislador, até pelas considerações aí tecidas, com interesse para o presente trabalho, relativas ao respeito pelo princípio da separação dos poderes: “o âmbito dos poderes conferidos ao Tribunal de Execução das Penas, no processo de impugnação, depende do objecto da decisão, que pode ser posta em crise pelo Ministério Público ou pelo recluso. A matriz estrita ou essencialmente penitenciária das decisões apenas impugnáveis pelo Ministério Público não admite uma sindicância da matéria de facto em que se escoram, nem a modificação pelo tribunal do respectivo conteúdo. Caso contrário, violar-se-ia o princípio da separação e da interdependência de poderes por que se pautam o tribunal e a administração penitenciária. Logo, ao Tribunal de Execução das Penas apenas compete anular ou não anular a decisão impugnada, não podendo substituir-se à administração prisional, modificando num ou noutro sentido o acto de autoridade. Em causa estão competências que respeitam mais à actividade penitenciária do que estritamente à execução de medidas privativas da liberdade – sem dúvida, competências de exercício legalmente balizado, mas de conteúdo não susceptível de determinação judicial. Exclusivamente impugnáveis pelo recluso são decisões que afectam o seu direito de manter contactos com o exterior, ou que se traduzem na imposição das mais graves sanções disciplinares. Sendo este o objecto das decisões ora postas em crise, a competência do Tribunal de Execução das Penas não tem que limitar-se à anulação ou não anulação da decisão impugnada, estendendo-se à própria modificação da estatuição da autoridade penitenciária. Aliás, em consonância com o poder – que nesta sede dispõe – de sindicância a própria matéria de facto em que se estriba a decisão impugnada”¹⁰⁵⁹.

1.1.4. Execução das decisões dos tribunais de execução das penas

Para a questão da efectividade da tutela que se visa assegurar com as funções dos tribunais de execução das penas, importa atentar ainda no regime de execução das suas sentenças.

Em sede de impugnação de decisões da administração prisional, estabelece-se a obrigação do autor da decisão impugnada de dar execução à decisão judicial. Nos

¹⁰⁵⁹ Cf. ponto 23 da exposição de motivos.

termos do artigo 209.º, o autor (normalmente, o director do estabelecimento prisional ou, em certas hipóteses, o Director-Geral), consoante o caso, “toma nova decisão se assim o exigirem as circunstâncias do caso, no prazo máximo de cinco dias, respeitando os fundamentos da anulação”, ou “executa a sentença proferida pelo tribunal de execução das penas, no prazo nela fixado”. Em qualquer dos casos, “deve reconstituir a situação que existiria se a decisão anulada não tivesse sido proferida, designadamente removendo no plano dos factos as consequências por ela produzidas”.

Para as situações de incumprimento do dever de execução, foi previsto um incidente de execução das sentenças, através do qual o impugnante pode apresentar petição de execução junto do tribunal que tiver proferido a sentença, especificando os actos e operações que devam realizar-se para a sua integral execução. Quando julgue procedente a pretensão do autor, o tribunal especifica os actos e operações a realizar para dar execução à sentença e fixa um prazo para a sua prática. Findo esse prazo sem que a entidade obrigada à execução o tenha feito, o tribunal, oficiosamente ou a requerimento do exequente, manda notificar o titular de poderes hierárquicos ou de superintendência sobre aquela entidade para que execute a sentença em sua substituição¹⁰⁶⁰.

1.1.5. Recurso das decisões dos tribunais de execução das penas

Prevê-se o recurso das decisões dos tribunais de execução das penas para os tribunais da Relação nos casos especificados na lei¹⁰⁶¹. Note-se que não são passíveis de recurso ordinário as decisões proferidas em processo de impugnação de decisões da administração prisional, em razão de estar, nesses casos, já assegurada uma “dupla instância de apreciação: administrativa e judicial”¹⁰⁶².

A legitimidade para recorrer pertence, em regra, salvo onde a lei disponha diferentemente, ao Ministério Público, ao condenado ou representante legal (das

¹⁰⁶⁰ Arts. 212.º a 215.º do CEP.

¹⁰⁶¹ Art. 235.º. Nomeadamente, cabe recurso: da decisão que determine, recuse, mantenha, prorrogue ou decrete a cessação do internamento de inimputáveis (art. 171.º), das decisões de concessão ou recusa da liberdade condicional (art. 179.º), bem como de revogação ou não revogação desta (art. 186.º), da decisão que decrete ou rejeite a execução da pena acessória de expulsão (art. 188.º-C), das decisões de concessão, recusa ou revogação de licença de saída jurisdicional (art. 196.º), das decisões de concessão, recusa ou revogação da modificação da execução da pena (art. 222.º), da extinção da pena ou da medida de segurança (art. 235.º, n.º 2, a)), das decisões de concessão, recusa e revogação do cancelamento provisório do registo criminal (art. 235.º, n.º 2, b)) e ainda das decisões proferidas em processo supletivo (art. 235.º, n.º 2, c)). Salientando que no CEP vigora um princípio de taxatividade do recurso, inverso daquele previsto no art. 399.º do CPP (o da recorribilidade), Damião da CUNHA, «Uma reflexão sobre actos decisórios dos juízes», p. 394.

¹⁰⁶² Como se justifica na exposição de motivos (ponto 24). A constitucionalidade da solução foi, como se viu (*supra*, Parte II, Cap. IV, 3.2.7.), confirmada pelo Tribunal Constitucional no Ac. n.º 848/2013.

decisões proferidas contra o condenado) ou ao requerente, quando não seja nenhum daqueles, relativamente a decisões que lhe sejam desfavoráveis. Quanto à legitimidade da administração prisional, fora da hipótese de recurso para uniformização de jurisprudência, aquela só pode recorrer das decisões do tribunal de execução das penas nos casos em que a lei lhe confira legitimidade para requerer o processo especial no termo do qual foi proferida a decisão – é “esta a única opção compatível com a ultrapassagem da visão exclusiva ou preponderantemente administrativista da execução de medidas privativas da liberdade”¹⁰⁶³.

Consagram-se, inovatoriamente, recursos especiais para uniformização de jurisprudência, com vista a promover a estabilidade das orientações jurisprudenciais e, dessa forma, a igualdade de tratamento dos reclusos, numa área em que as divergências jurisprudenciais são particularmente susceptíveis de afectar o sentimento de justiça dos destinatários. Pode ser interposto pelo Ministério Público ou pelo sujeito afectado pelo acórdão sempre que, no domínio da mesma legislação, um tribunal da Relação proferir acórdão que, relativamente à mesma questão de direito, esteja em oposição com outro da mesma ou de diferente Relação (artigo 240.º). Prevê-se ainda o recurso, de interposição obrigatória para o Ministério Público, de quaisquer decisões proferidas contra jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça, bem como de decisões proferidas em processo de impugnação que, no domínio da mesma legislação e quanto a idêntica questão de direito, esteja em oposição com outra proferida por tribunal da mesma espécie (artigo 242.º). Estabelece-se ainda um recurso no interesse da unidade do direito, determinado ou interposto pelo Procurador-Geral da República (artigo 245.º), como último recurso do sistema.

1.1.6. Patrocínio judiciário

O estatuto jurídico do recluso incorpora expressamente o direito “à informação, consulta e aconselhamento jurídico por parte de advogado” (artigo 7.º, *n*), do CEP). Integra ainda outros direitos a informação jurídica, bem como direitos de petição, reclamação e impugnação, em cuja concretização o advogado pode ter um papel relevante: é o caso dos direitos a “ser pessoalmente informado, no momento da entrada no estabelecimento prisional, e esclarecido, sempre que necessário, sobre os seus direitos e deveres e normas em vigor” (al. *j*) do artigo 7.º); a “ter acesso ao seu processo individual e a ser informado sobre a sua situação processual e sobre a evolução e avaliação da execução da pena ou medida privativa da liberdade” (al. *l*) do artigo 7.º); e

¹⁰⁶³ Ponto 26 da exposição de motivos.

a ser ouvido, a apresentar pedidos, reclamações, queixas e recursos e a impugnar perante o tribunal de execução das penas a legalidade de decisões dos serviços prisionais (al. *m*) do artigo 7.º). O Código prevê também expressamente o direito do recluso a ser assistido por advogado no procedimento disciplinar (artigo 110.º, n.º 2). Nos processos perante os tribunais de execução das penas, admite-se a intervenção de advogado nos termos gerais de direito, sendo a assistência obrigatória nos casos especialmente previstos na lei¹⁰⁶⁴ ou quando estejam em causa questões de direito (artigo 147.º)¹⁰⁶⁵.

O desígnio de reforço da participação do advogado enquanto forma de tutela da posição jurídica do recluso resulta claro da exposição de motivos da proposta de lei: aí se afirma que “o alargamento e reforço das competências do Ministério Público, na sua dupla veste de defensor dos direitos do recluso e da legalidade democrática, conjugados com a valorização do papel do advogado, acautelam, equilibrada e suficientemente, a posição jurídica do recluso, inclusive perante o tribunal de execução das penas”¹⁰⁶⁶. Naturalmente, os novos poderes de intervenção processual do Ministério Público, ainda quando em benefício do recluso, não substituem o exercício pelo próprio dos direitos processuais, exercício no qual deve poder ser assistido por advogado.

1.1.7. Outros meios de tutela

O Código estabelece ainda outros meios de salvaguarda e tutela dos direitos, nomeadamente o direito do recluso a apresentar, individual ou colectivamente, reclamações, petições, queixas e exposições relativas à execução das medidas privativas da liberdade para defesa dos seus direitos, nomeadamente junto das autoridades administrativas, dos órgãos de soberania e de organismos internacionais, estipulando-se, no caso de exposições dirigidas ao director do estabelecimento prisional, o dever de este se pronunciar no prazo máximo de trinta dias (artigo 116.º).

¹⁰⁶⁴ Os casos de assistência obrigatória são os processos de internamento (cf. arts. 157.º, 132.º, n.º 2, e 163.º do CEP), de revogação da liberdade condicional, da adaptação à liberdade condicional e da licença de saída jurisdicional (cf. arts. 185.º, 188.º, n.º 7, e 195.º, n.º 2, do CEP; sobre isto, refere Joaquim BOAVIDA, *A flexibilização da prisão*, p. 220, n. 464, que, na fase anterior, desde o pedido de adaptação até à decisão e subsequente execução, a assistência por advogado não é obrigatória, mas, numa fase litigiosa, em que uma decisão desfavorável, de revogação da medida, pode penalizar futuramente o condenado de forma séria e grave, o legislador considera indispensável o patrocínio por advogado para salvaguarda dos direitos daquele) e de antecipação da execução da pena acessória de expulsão (arts. 188.º-B e 188.º-C do CEP; cf. Joaquim BOAVIDA, *ibidem*, p. 229). A jurisprudência já estabeleceu também a obrigatoriedade de assistência por defensor em caso de recluso desconhecedor da língua portuguesa (cf. Ac. do TRL de 5-5-2011).

¹⁰⁶⁵ Sobre o défice, na *praxis*, de assistência jurídica na fase da execução, ao arrepio da intenção legislativa, *infra*, 3.9.

¹⁰⁶⁶ Ponto 18 da exposição de motivos.

1.2. Caracterização das competências dos tribunais de execução das penas e da Administração no actual quadro legal

1.2.1. As competências dos tribunais de execução das penas

O aprofundamento da jurisdicionalização e o alargamento das competências cometidas aos tribunais de execução das penas conduziram à concentração nestes tribunais de competências de diferentes naturezas, que cumpre procurar caracterizar.

A enunciação legal da competência material dos tribunais de execução das penas é, presentemente, a seguinte¹⁰⁶⁷:

Artigo 138.º – Competência material

- 1 – Compete ao tribunal de execução das penas garantir os direitos dos reclusos, pronunciando-se sobre a legalidade das decisões dos serviços prisionais nos casos e termos previstos na lei.
- 2 – 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 respectiva execução e decidir da sua modificação, substituição e extinção, sem prejuízo do disposto no artigo 371.º-A do Código de Processo Penal.
- 3 – Compete ainda ao tribunal de execução das penas acompanhar e fiscalizar a execução da prisão e do internamento preventivos, devendo as respectivas decisões ser comunicadas ao tribunal à ordem do qual o arguido cumpre a medida de coacção.
- 4 – Sem prejuízo de outras disposições legais, compete aos tribunais de execução das penas, em razão da matéria:
 - a) Homologar os planos individuais de readaptação, bem como os planos terapêuticos e de reabilitação de inimputável e de imputável portador de anomalia psíquica internado em estabelecimento destinado a inimputáveis, e as respectivas alterações;
 - b) Conceder e revogar licenças de saída judiciais;
 - c) Conceder e revogar a liberdade condicional, a adaptação à liberdade condicional e a liberdade para prova;
 - d) Homologar a decisão do director-geral dos Serviços Prisionais de colocação do recluso em regime aberto no exterior, antes da respectiva execução;
 - e) Determinar a execução da pena acessória de expulsão, declarando extinta a pena de prisão, e determinar a execução antecipada da pena acessória de expulsão;
 - f) Convocar o conselho técnico sempre que o entenda necessário ou quando a lei o preveja;
 - g) Decidir processos de impugnação de decisões dos serviços prisionais;
 - h) Definir o destino a dar à correspondência retida;
 - i) Declarar perdidos e dar destino aos objectos ou valores apreendidos aos reclusos;

¹⁰⁶⁷ Reproduz-se o teor do art. 138.º do CEP. Os arts. 114.º e 115.º da Lei n.º 62/2013, de 26-8 (Lei da Organização do Sistema Judiciário), elencam as competências dos TEP em termos idênticos.

- j) Decidir sobre a modificação da execução da pena de prisão relativamente a reclusos portadores de doença grave, evolutiva e irreversível ou de deficiência grave e permanente ou de idade avançada, bem como da substituição ou da revogação das respectivas modalidades;
- l) Decidir sobre a homologação do plano de reinserção social e das respectivas alterações, as autorizações de ausência, a modificação das regras de conduta e a revogação do regime, quando a pena de prisão seja executada em regime de permanência na habitação;
- m) Rever e prorrogar a medida de segurança de internamento de inimputáveis;
- n) Decidir sobre a prestação de trabalho a favor da comunidade e sobre a sua revogação, nos casos de execução sucessiva de medida de segurança e de pena privativas da liberdade;
- o) Determinar o internamento ou a suspensão da execução da pena de prisão em virtude de anomalia psíquica sobrevinda ao agente durante a execução da pena de prisão e proceder à sua revisão;
- p) Determinar o cumprimento do resto da pena ou a continuação do internamento pelo mesmo tempo, no caso de revogação da prestação de trabalho a favor da comunidade ou da liberdade condicional de indivíduo sujeito a execução sucessiva de medida de segurança e de pena privativas da liberdade;
- q) Declarar a caducidade das alterações ao regime normal de execução da pena, em caso de simulação de anomalia psíquica;
- r) Declarar cumprida a pena de prisão efectiva que concretamente caberia ao crime cometido por condenado em pena relativamente indeterminada, tendo sido recusada ou revogada a liberdade condicional;
- s) Declarar extinta a pena de prisão efectiva, a pena relativamente indeterminada e a medida de segurança de internamento;
- t) Emitir mandados de detenção, de captura e de libertação;
- u) Informar o ofendido da libertação ou da evasão do recluso, nos casos previstos nos artigos 23.º e 97.º;
- v) Instruir o processo de concessão e revogação do indulto e proceder à respectiva aplicação;
- x) Proferir a declaração de contumácia e decretar o arresto de bens, quanto a condenado que dolosamente se tiver eximido, total ou parcialmente, à execução de pena de prisão ou de medida de internamento;
- z) Decidir sobre o cancelamento provisório de factos ou decisões inscritos no registo criminal;
- aa) Julgar o recurso sobre a legalidade da transcrição nos certificados do registo criminal.

O legislador aliou, pois, uma técnica de descrição material genérica das atribuições dos tribunais de execução das penas – *acompanhar e fiscalizar a execução* das penas e medidas privativas da liberdade, incluindo da prisão preventiva e do internamento preventivo; *decidir da modificação, substituição e extinção* das penas e medidas de segurança privativas da liberdade; e *garantir os direitos dos reclusos, pronunciando-se sobre a legalidade das decisões dos serviços prisionais* (n.ºs 1 a 3 do

artigo 138.º) – a uma técnica de enumeração, praticamente exaustiva, das suas concretas competências materiais (nas alíneas do n.º 4, sem prejuízo de outras disposições legais).

Uma leitura, ainda que perfunctória, do elenco das competências permite imediatamente concluir que se trata de competências de natureza diversificada e susceptíveis de se reconduzirem a “atribuições” diferenciadas.

Procuraremos de seguida agrupar as várias incumbências destes tribunais segundo as atribuições a que podem ser reconduzidas e verificar quais delas resultam necessariamente da reserva constitucional de juiz¹⁰⁶⁸.

a) *Competências relacionadas com o título de execução*

Nos termos do n.º 2 do artigo 138.º, “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 respectiva execução e decidir da sua modificação, substituição e extinção”¹⁰⁶⁹.

Inserem-se neste preceito as competências próprias de um “tribunal competente para a execução”, que, não fora o estabelecimento legal do critério da competência dos tribunais de execução das penas a partir do trânsito em julgado da sentença, pertenceriam tipicamente ao tribunal da condenação¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁸ Com efeito, *reserva constitucional* distingue-se de *reserva legal* de juiz, consagrada na legislação infraconstitucional. O que é reservado ao juiz pela legislação que rege a execução das penas não coincide, pois, forçosamente, com a reserva de juiz que resulta da Constituição, podendo ser mais ampla que esta. O facto de certas decisões estarem cometidas, por lei, aos tribunais não significa que integrem a reserva constitucional de jurisdição. Cf., sobre o ponto, os Acs. do TC n.ºs 166/94 (a propósito do regime de liquidação das instituições de crédito) e 427/2009 (regime aberto no exterior), afirmando-se neste último: “nem todas as intervenções judiciais são necessariamente impostas pelo artigo 202.º, n.º 2, da CRP [embora não seja] de recusar que para tal densificação [da reserva de juiz em matéria de execução] contribui também o que a lei inclui – e foi incluindo – na competência daqueles tribunais [de execução das penas]”.

¹⁰⁶⁹ A norma acrescenta ainda: “sem prejuízo do disposto no artigo 371.º-A do Código de Processo Penal”. Manteve-se, assim, entendemos que correctamente, no tribunal da condenação a competência para a eventual reabertura da audiência para aplicação retroactiva de lei penal mais favorável, nos termos do art. 371.º-A do CPP, preceito segundo o qual “se, após o trânsito em julgado da condenação mas antes de ter cessado a execução da pena, entrar em vigor lei penal mais favorável, o condenado pode requerer a reabertura da audiência para que lhe seja aplicado o novo regime”.

¹⁰⁷⁰ Com efeito, era a seguinte a redacção anterior do n.º 1 do art. 470.º do CPP, sob a epígrafe «Tribunal competente para a execução»: *a execução corre nos próprios autos perante o presidente do tribunal de 1.ª instância em que o processo tiver corrido*. Em consonância com o critério adoptado pelo art. 138.º, n.º 2, do CEP, a Lei n.º 115/2009, que aprovou o CEP, aditou àquele preceito do CPP o inciso *sem prejuízo do disposto no artigo 138.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade*. Deste modo, os tribunais de condenação mantêm-se “competentes para a execução” somente das sanções penais não privativas da liberdade.

Assim, cabem nesta atribuição, desde logo, as competências tendentes a assegurar que a sentença pronunciada pelo tribunal de julgamento é efectivamente executada, nos termos por ela decretados.

Enquadrar-se-ão nesta atribuição de *assegurar a execução da sentença condenatória* as seguintes competências concretas, elencadas no n.º 4 do mesmo artigo:

- emitir mandados de detenção, de captura e de libertação (al. *t*));
- proferir a declaração de contumácia e decretar o arresto de bens, quanto a condenado que dolosamente se tiver eximido, total ou parcialmente, à execução da pena de prisão (al. *x*));
- declarar extinta a pena (al. *s*))¹⁰⁷¹;
- declarar cumprida a pena de prisão efectiva que concretamente caberia ao crime cometido por condenado em pena relativamente indeterminada, tendo sido recusada ou revogada a liberdade condicional (al. *r*)), com a consequente aplicação, a partir desse momento, das regras de execução da medida de segurança de internamento;
- determinar a execução da pena acessória de expulsão, declarando extinta a pena de prisão (al. *e*)).

Relacionadas ainda com o título da execução – e abrangidas, como acima defendemos¹⁰⁷², pelas reservas constitucionalmente especificadas – são as *decisões que modifiquem, substituam ou completem o conteúdo da sentença*, por comungarem da mesma natureza desta.

Remonta, com efeito, às origens dos tribunais de execução das penas a competência destes para decidir modificações do conteúdo das sanções penais ao longo da sua execução: como já foi estudado, nas razões da criação destes tribunais, nos anos quarenta do século XX, estava a necessidade de rodear das garantias próprias de um processo de carácter judiciário as decisões que implicassem modificação, substituição

¹⁰⁷¹ Poder-se-ia sustentar que a extinção da pena e a libertação do recluso, uma vez terminado o tempo de cumprimento de pena, não necessita de intervenção judicial, tratando-se de uma mera operação material logo que decorrido aquele tempo. Contudo, a declaração de extinção da pena tem que ver com a dimensão *execução da sentença* e não com a dimensão *cumprimento da pena*. Acresce que a contagem do tempo de prisão obedece a regras que podem assumir alguma complexidade (vejam-se os casos de execução sucessiva de penas, de revogação de liberdade condicional ou de licenças de saída; atente-se ainda na necessidade de, previamente à emissão de mandado de libertação, conferir a existência de outras penas a cumprir ou de processos pendentes em que esteja decretada a prisão preventiva), estando aliás o cômputo da pena sujeito a homologação judicial. A intervenção do juiz no momento da extinção da pena e da libertação oferece, pois, mais garantias do cumprimento daquelas regras, conferindo igualmente mais solenidade à declaração de extinção da pena.

¹⁰⁷² Parte II, Cap. III, 2.1.

ou prorrogação das sanções penais durante a execução, com vista à sua adequação às características e evolução da personalidade dos condenados, em termos tais que se tratasse praticamente de “novas penas”, “que se vão substituindo” à pena inicialmente imposta, como se indicava no relatório da proposta de lei de instituição destes tribunais.

Será o caso das decisões que tenham implicação no *conteúdo* ou na *duração* da pena a cumprir, a que se podem reconduzir as seguintes competências concretas:

- homologar o cômputo da pena, efectuado pelo Ministério Público, em caso de revogação de licença de saída ou da liberdade condicional¹⁰⁷³;
- proceder à aplicação de perdões de pena (al. v))¹⁰⁷⁴;
- determinar a execução antecipada da pena acessória de expulsão (al. e)), decisão que implica um encurtamento para um terço ou metade, consoante os casos, do tempo de cumprimento da pena;
- determinar o internamento ou a suspensão da execução da pena de prisão em virtude de anomalia psíquica sobrevinda ao agente durante a execução da pena de prisão e proceder à sua revisão (al. o)), bem como declarar a caducidade das alterações ao regime normal de execução da pena, fundadas em anomalia psíquica, em caso de simulação da anomalia psíquica (al. q));
- decidir sobre a prestação de trabalho a favor da comunidade e sobre a sua revogação, nos casos de execução sucessiva de medida de segurança e de pena privativas da liberdade (al. n)), bem como determinar o cumprimento do resto da pena ou a continuação do internamento pelo mesmo tempo, no caso de revogação da prestação de trabalho a favor da comunidade ou da liberdade condicional de indivíduo sujeito a execução sucessiva de medida de segurança e de pena privativas da liberdade (al. p)).

Pertence ainda a este conjunto de competências a decisão de prorrogar a medida de segurança de internamento de inimputáveis (al. m)), em caso de perigosidade baseada em grave anomalia psíquica, que constitui, como vimos, reserva de juiz constitucionalmente especificada (artigo 30.º, n.º 2, da CRP).

Parece-nos ainda reconduzível a esta atribuição a competência para decidir sobre a modificação da execução da pena de prisão relativamente a reclusos portadores de

¹⁰⁷³ Arts. 141.º, j), 185.º, n.º 8, e 195.º, n.º 4, do CEP.

¹⁰⁷⁴ Além da competência para aplicar o indulto ou a revogação deste, refira-se que a Lei n.º 9/2020, de 10-4, aprovando um “regime excepcional de flexibilização da execução das penas e das medidas de graça no âmbito da pandemia da doença Covid-19”, que incluiu um perdão de penas de prisão, estabeleceu que “compete aos tribunais de execução de penas territorialmente competentes proceder à aplicação do perdão estabelecido na presente lei e emitir os respectivos mandados com carácter urgente” (art. 2.º, n.º 8).

doença grave, evolutiva e irreversível ou deficiência grave e permanente ou de idade avançada, bem como sobre a substituição ou revogação das respectivas modalidades (al. j)).

Este afigura-se-nos um caso de fronteira entre uma modificação *da sentença* e uma modificação *da execução*. O facto de, com este instituto¹⁰⁷⁵ – mantendo-se embora, como conteúdo da sentença, a privação da liberdade e mantendo-se também a sua duração –, o cumprimento em estabelecimento prisional se transmutar em internamento em estabelecimento de saúde ou de acolhimento residencial ou em permanência na habitação leva-nos a propender para a sua recondução às modificações “da sentença”, pese embora a própria designação do instituto (*modificação da execução*) pareça apontar para uma mera modificação do modo de execução. Acresce que se trata de uma modificação motivada por circunstâncias excepcionais, de cariz humanitário, distinguindo-se neste aspecto das “normais” modificações do modo de execução, baseadas na “normal” individualização da execução, que podem considerar-se “pressupostas na sentença”. A “extensão do regime” prevista no artigo 122.º, que admite a aplicação da “modificação” logo no momento da condenação, pelo tribunal do julgamento, no caso de já então se verificarem os respectivos pressupostos materiais, aponta também para a classificação como modificação da sentença.

A opção por uma ou outra “categorização”, porém, acaba por não ter relevo prático em termos da justificação da intervenção do juiz: ainda que se integrasse na categoria que se tratará seguidamente, das modificações do modo de execução – opção que se nos afigura aceitável –, a intervenção do juiz sempre seria reclamada pelas razões que aí se indicarão.

b) Decidir modificações do modo (ou do conteúdo) da execução que exijam intervenção judicial

Referimo-nos aqui às decisões que implicam modificações no modo de execução da pena, ou, se se quiser, de flexibilização ou modelação da execução.

Com as modificações no modo de execução, a sentença condenatória não é afectada, não é por aquelas modificada, não resulta deturpada. Estas decisões não fazem com que a pena a cumprir pelo condenado seja “outra” em relação à aplicada na sentença: a pena cumprida é a mesma, no seu conteúdo e duração. Trata-se, sim, de decisões que vão *modelando* o modo de execução da pena no seu decurso, em

¹⁰⁷⁵ Regulado pelos arts. 118.º a 122.º e 216.º a 222.º do CEP.

concretização do *princípio da individualização da execução*, estreitamente ligado à finalidade de ressocialização que preside à execução. Os diversos *modos* de execução fazem parte do “normal” decurso da execução e estão previstos na lei, assim como os seus critérios de aplicação. Pode, pois, considerar-se que tais modificações estão “pressupostas” na sentença¹⁰⁷⁶.

É, como se verificou, na tomada das decisões de individualização da execução que mais se interpenetram os domínios funcionais da Administração e do juiz, não havendo reservas constitucionais expressas nem para este nem para aquela.

A modelação da execução é, em princípio, como concluímos¹⁰⁷⁷, levada a cabo pela administração prisional, no âmbito da missão de que está incumbida de *garantir, nos termos da lei, a execução das penas, de acordo com as respectivas finalidades*. Certas decisões, porém, haverá em que se verificam razões que obrigam ou aconselham a que sejam tomadas, em “primeira linha”, por juiz.

É o caso, a nosso ver, das competências dos tribunais de execução das penas para “conceder e revogar a liberdade condicional, a adaptação à liberdade condicional e a liberdade para prova” (al. *c*) do n.º 4 do artigo 138.º) e para “conceder e revogar licenças de saída jurisdicionais” (al. *b*) do n.º 4 do artigo 138.º e artigo 79.º). Vejamos por que razões.

Relativamente à competência para a *decisão sobre a liberdade condicional*, procuraremos explicitar as razões pelas quais entendemos que se integra nas modificações do modo ou do conteúdo da execução da pena (e não no conjunto de competências agrupadas na alínea precedente, relacionadas com a modificação do próprio título executivo).

Em liberdade condicional, o agente continua em cumprimento da pena, sujeito à observância de condições, e com possibilidade de revogação e conseqüente regresso ao estabelecimento prisional para cumprir o resto da pena. Apesar da radical modificação operada no estatuto do condenado – que passa a ser o de liberdade, deixando para trás o de recluso, apesar das condições a que fica sujeito –, tal não constitui, a nosso ver, uma modificação da sentença. Esta não deixa de ser a mesma – e a concessão de liberdade condicional, verificados os pressupostos temporais e materiais, “encontra-se pressuposta

¹⁰⁷⁶ Tomando de empréstimo expressão do Ac. do TC n.º 427/2009, embora aqui o Tribunal se referisse ao regime aberto no exterior.

¹⁰⁷⁷ *Supra*, Parte II, Cap. III, 2.4.

na sentença que condenou a uma pena de prisão”¹⁰⁷⁸. Com efeito, a apreciação da liberdade condicional, decorrido um certo *quantum* de pena, constitui um poder-dever do juiz, de conhecimento oficioso; não constitui uma vicissitude de natureza excepcional, que modifique a pronúncia do tribunal da condenação. A concessão de liberdade condicional será mesmo, diríamos, a situação mais normal, e até mais desejável, do ponto de vista da realização das finalidades da punição¹⁰⁷⁹.

Apesar de o instituto não ser habitualmente incluído no conjunto de “medidas de flexibilização da execução”¹⁰⁸⁰ – estas normalmente abrangem as medidas que descomprimem a privação da liberdade –, propendemos para o considerar também modificação do modo de execução.

A doutrina tem-se referido à liberdade condicional como um “incidente da execução”, visando com isso salientar a evolução do instituto de uma medida de natureza ambígua, que podia determinar uma prorrogação da pena para lá da duração fixada na sentença (no regime anterior a 1995), para uma modificação da execução, que tem em conta a evolução do agente durante a execução da pena e cujo período conta como tempo de cumprimento da pena de prisão, não podendo ultrapassar o tempo de pena que ainda falte cumprir¹⁰⁸¹. Concordando com a distinção, parece-nos, porém, que

¹⁰⁷⁸ Recorrendo novamente à expressão do Ac. do TC n.º 427/2009, que nos parece particularmente feliz, embora o Tribunal se referisse ao regime aberto no exterior.

¹⁰⁷⁹ De “última fase de execução da pena” fala Figueiredo DIAS, *Direito penal português*, p. 528, referindo-se à natureza originária do instituto, entretanto reposta.

¹⁰⁸⁰ Porventura por a sua previsão constar do Código Penal e não do Código da Execução; e também pelo facto de a sua origem histórica preceder o conceito de “flexibilização”. Cf., porém, J. BOAVIDA, *A flexibilização da prisão*, p. 125: na sua configuração actual, “a liberdade condicional assume, de modo claro e inequívoco, a natureza de medida de execução da pena de prisão, ou seja, é uma forma de execução da pena, traduzindo uma flexibilização desta”.

¹⁰⁸¹ Cf. Figueiredo DIAS, *Direito penal português*, p. 528, referindo a natureza originária do instituto como “de um incidente (ou de uma medida) de execução da pena privativa de liberdade”, mas recorrendo também ao conceito de “forma de execução da pena de prisão” (p. 532); Anabela Miranda RODRIGUES, «Sistema punitivo português», p. 36 (“natureza de incidente ou forma de execução da pena de prisão”); Maria João ANTUNES, *Penas e Medidas de Segurança*, p. 96 (“é um incidente (ou uma medida) de execução da pena de prisão”); Almeida COSTA, «Passado, presente e futuro da liberdade condicional...», p. 455 (defendendo que a liberdade condicional deve assumir a natureza de “um incidente da execução da prisão dirigido à ressocialização dos condenados”); Mouraz LOPES, *A fundamentação da sentença...*, p. 309 (“configura um incidente da execução da pena de prisão”); Moraes ROCHA/Ana Catarina Sá Gomes, «Algumas notas sobre direito penitenciário», pp. 41 s. (afirmam que o instituto parece oscilar entre um mero incidente ou uma efectiva medida de execução da pena privativa da liberdade, havendo quem entenda que assume ambas as formas, o que pode ter sentido se o conceito de incidente for considerado numa acepção ampla, abrangendo uma fase específica de um processo, o da execução da pena; para os Autores, a lei portuguesa encara-a menos como sendo processualmente um incidente, antes considerando-a uma medida de execução da pena de prisão, fazendo parte do normal desenvolvimento cronológico da execução; mais não será do que “uma forma privilegiada de cumprir a própria pena privativa da liberdade”). Para uma exposição de diversas posições doutrinárias, mesmo estrangeiras, quanto à natureza do instituto, Sandra Oliveira e SILVA, «A liberdade condicional no direito português...», pp. 364 s. Cf., na jurisprudência, os Acs. do TC n.ºs 427/2009 (liberdade condicional como uma “alteração ao conteúdo da sentença condenatória” mas não uma “modificação substancial da condenação”

o recurso à expressão “incidente da execução” se presta a equívocos, por não se tratar aqui de “incidentes da execução” no sentido estrito e técnico do termo¹⁰⁸², afigurando-se preferível o recurso a conceitos como “medida de execução”, “forma de execução” ou “modificação (do modo/do conteúdo) da execução”, que servem, com vantagem, o mesmo propósito.

Passemos, pois, às razões que justificam que, mesmo não se tratando de uma modificação do título executivo, a decisão deva caber ao juiz.

Além de ser já uma tradição do nosso sistema, no cerne da própria criação dos tribunais de execução das penas, em 1944 (nessa altura justificando-se, acima de tudo, pelo facto de a liberdade condicional poder ser prorrogada para lá do prazo fixado, podendo mesmo ser concedida já após o cumprimento de toda a pena), o facto de a liberdade condicional constituir a mais substancial modificação qualitativa da execução, que passa a decorrer fundamentalmente em liberdade e já não em prisão, apesar dos condicionamentos, exige juízos muito delicados relacionados com a satisfação das finalidades da pena (como o juízo de prognose sobre o comportamento do condenado uma vez em liberdade e o juízo de compatibilidade com a defesa da ordem jurídica e da paz social), que devem realizar-se pelo *modus* próprio da jurisdição. Recorde-se, aliás, a jurisprudência do TEDH no sentido do reforço das exigências do processo de tomada de certas decisões em matéria de flexibilização da execução da pena, em particular quando a libertação possa pôr em risco a vida ou a integridade de outras pessoas, assegurando que, ao lado do interesse da reinserção social do recluso, seja devidamente ponderado o da protecção da sociedade¹⁰⁸³.

Por seu turno, a importância da decisão para a esfera jurídica do condenado – implicando para este a diferença entre estar preso e estar em liberdade, ainda que condicionada – convoca igualmente as garantias de neutralidade, legalidade, transparência, audição, contraditório e de resolução segundo critérios estritamente

– apesar da diferente terminologia, julga-se que o sentido da distinção não difere, no essencial, do que defendemos no texto) e 181/2010 (liberdade condicional como incidente da execução); e o Ac. do STJ n.º 14/2009, p. 8447 (colocação em liberdade condicional como “a modificação da situação e o modo de cumprimento da pena de prisão (incidente da execução), com a passagem a um estado de liberdade física, de ir e vir, e com sujeição a deveres”).

¹⁰⁸² Referimo-nos ao sentido da expressão como “as dúvidas de carácter contencioso acerca da interpretação, aplicação ou eficácia da sentença condenatória” (Beleza dos SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», p. 292). Sobre o conceito e o seu posterior alargamento, *vide supra*, n. 636.

¹⁰⁸³ Recordem-se os Acs. *Mastromatteo c. Itália e Maiorano e outros c. Itália*, analisados *supra*, Parte II, Cap. III, 2.4.

jurídicos, sem influência de factores conjunturais nem outro interesse público que não o visado pelo instituto¹⁰⁸⁴, que só os tribunais asseguram¹⁰⁸⁵.

Acresce que a imposição de regras de conduta, enquanto condições a que a liberdade do condenado fica sujeita, torna exigível a intervenção judicial¹⁰⁸⁶, exigência que é aliás reforçada pelo requisito da obtenção do consentimento esclarecido do recluso.

Decisivo é ainda o facto de, no actual regime da liberdade condicional, a concessão desta poder implicar uma modificação (no sentido do encurtamento) da própria duração da pena¹⁰⁸⁷, o que torna necessária uma decisão judicial.

Quanto à revogação da liberdade condicional, a razão da intervenção judicial resulta evidente: implica um juízo sobre se as finalidades que estavam na base da concessão não puderam, por meio dela, ser alcançadas¹⁰⁸⁸ e determina a execução da pena de prisão que falte cumprir, operando, pois, de novo, uma mudança substancial do estatuto da pessoa – de liberdade para de reclusão –, o que convoca as garantias próprias da jurisdicionalidade.

Relativamente à competência dos tribunais de execução das penas para *conceder e revogar licenças de saída jurisdicionais*, esta provém, como vimos, da legislação de 1976, numa altura em que a atribuição da competência ao tribunal se justificava especialmente por se tratar da introdução, pela primeira vez¹⁰⁸⁹, da figura das “saídas precárias prolongadas”.

¹⁰⁸⁴ Pense-se num possível conflito de interesses públicos caso a decisão coubesse à Administração, por exemplo, num contexto de sobrelocação do sistema, que poderia funcionar como incentivo para libertações.

¹⁰⁸⁵ Figueiredo DIAS, «Os novos rumos da política criminal...», p. 39, referindo-se ao instituto da liberdade condicional, alude ao facto de a competência para a sua concessão ser, em Portugal, integralmente jurisdicionalizada como factor que contribui para obviar aos riscos de desigualdades e insegurança que se podem apontar ao instituto.

¹⁰⁸⁶ Recorde-se a jurisprudência do TC (Ac. n.º 7/87) exigindo a intervenção do juiz na suspensão provisória do processo, devido à imposição ao arguido de injunções e regras de conduta.

¹⁰⁸⁷ Cf. n.º 5 do art. 62.º do Código Penal: a liberdade condicional tem uma duração igual ao tempo de prisão que falte cumprir, até ao máximo de cinco anos, considerando-se então extinto o excedente da pena. Sobre o ponto, Maria João ANTUNES, *Penas e Medidas de Segurança*, p. 101.

¹⁰⁸⁸ Cf. al. b) do n.º 1 do art. 56.º, *ex vi* n.º 1 do art. 64.º, todos do Código Penal, referindo-se ao caso em que a revogação é suscitada pelo cometimento de novo crime.

¹⁰⁸⁹ Apontando alguns antecedentes das licenças de saída, logo na legislação de Oitocentos, Joaquim BOAVIDA, *A flexibilização da prisão*, pp. 44 ss. Foi, porém, na legislação de 1976 que o instituto efectivamente se estabeleceu enquanto medida de flexibilização da execução de cariz socializador.

A indefinição quanto à natureza jurídica das saídas¹⁰⁹⁰ repercute-se na dificuldade de resposta à questão da sua inclusão ou não na reserva de juiz.

¹⁰⁹⁰ Não está, de facto, consolidado, nem na doutrina, nem na jurisprudência, o tratamento da questão da natureza das licenças de saída e da integração da decisão quanto à sua concessão na reserva de juiz. Na lei de execução de 1979 dispunha-se expressamente que “as licenças de saída do estabelecimento não são um direito do recluso” (art. 50.º, n.º 1), afirmando Eduardo CORREIA/Anabela M. Rodrigues/Almeida Costa, *Direito Criminal III*, p. 156, que são consideradas “medidas individuais de reinserção social a obter de forma progressiva”. O CEP não contém disposição semelhante mas também não consagra as medidas de flexibilização entre os direitos dos reclusos previstos no art. 7.º (embora a al. e) garanta um direito a manter contactos com o exterior, que todavia é condicionado pelas exigências próprias da execução).

Na doutrina, Moraes ROCHA/Ana Catarina Sá Gomes, «Algumas notas sobre direito penitenciário», p. 34, consideravam (ainda na vigência da legislação anterior ao CEP) tratar-se de “um verdadeiro direito do recluso”, embora “um direito condicionado à verificação dos requisitos legais com um grau de indefinição porventura acima do desejável”. Para Joaquim BOAVIDA, *A flexibilização da prisão*, p. 118, as medidas de flexibilização inserem-se no tratamento penitenciário, tendo natureza instrumental em relação a este; no caso das licenças, o regime traçado pelo CEP (a terminologia “podem ser concedidas”/“pode conceder”; a não previsão de recurso por parte do recluso) não permite concluir pela sua natureza de direito subjectivo, propendendo o Autor para a sua consideração como um interesse legítimo (*ibidem*, p. 112). Para Pedro MACHETE, «A irrecorribilidade pelo recluso da recusa de licença jurisdicional», p. 339 (e nesse sentido já na declaração de voto que apôs, enquanto Conselheiro do TC, ao Ac. n.º 560/2014), “a possibilidade de obtenção de uma licença de saída jurisdicional corresponde a um interesse juridicamente protegido do recluso”: com efeito, “aquele instituto permite a fruição temporalmente limitada de bens fundamentais, como, por exemplo, poder estar com o cônjuge e com os filhos, residir na sua própria casa, receber aí os seus amigos e tudo o mais que se possa incluir nos conceitos amplos e indeterminados de ‘manutenção e promoção dos laços familiares e sociais’ e ‘preparação para a vida em liberdade’. Para quem se encontra a cumprir uma pena de prisão *intra muros*, tal não pode deixar de significar um bem de valor inestimável. E a própria Constituição valoriza e protege tais interesses: entre outros, e além da liberdade física, a reserva da intimidade da vida privada e familiar na sua própria habitação (artigos 27.º, n.º 1, e 65.º, n.º 1), a liberdade de comunicação e de informação, incluindo o acesso às redes informáticas ou o exercício da parentalidade”.

Na jurisprudência, no Ac. n.º 427/2009 do TC, considera-se que, nestas saídas, há uma alteração quer do conteúdo quer do *quantum* da sentença condenatória (uma vez que, por um lado, o condenado é devolvido à *liberdade* durante uns dias e, por outro lado, o período de saída vale como tempo de execução da pena e, em caso de revogação, é descontado no cumprimento da sanção). No Ac. 560/2014, afirma-se que “a licença de saída jurisdicional não comporta alteração substancial do estatuto jurídico do recluso e não assume a natureza de ‘incidente da execução’, no sentido restrito e técnico”; e que o estado de privação da liberdade se mantém, “ainda que pontualmente interrompido pelo contacto com o ambiente externo, em obediência aos princípios da socialização e da individualização do tratamento prisional”; “no seu termo, o recluso tem o dever de se apresentar no estabelecimento prisional [...], sinalizando a continuidade da vinculação derivada da condição de reclusão. Assim, a saída jurisdicional, pela sua condição transitória e duração de dias – insusceptível de fundar por si só um novo sentido de orientação social –, não extravasa a condição de medida de flexibilização do cumprimento da pena privativa da liberdade, que se reconduz à compatibilização da modelação da vida do recluso em ambiente prisional com a manutenção e promoção dos laços familiares e sociais e à sua preparação para conduzir a vida em ambiente livre de modo socialmente responsável, sem cometer crimes”; “mesmo que os deveres directamente relacionados com a permanência no interior do estabelecimento se suspendam formalmente durante o tempo de saída – o que acontece naturalmente também com as licenças de saída administrativas, em particular com as que não comportam custódia –, o estatuto vigente continua a ser, durante todo esse período, o de recluso, permanecendo todas as vinculações e o feixe de ligações ao sistema prisional nele comportadas”. E, no Ac. n.º 752/2014, sustenta-se que o Código não confere ao recluso um poder de exigir ou pretender da administração judiciária ou do juiz de execução das penas a concessão de saídas: “de facto, os requisitos e critérios de que depende a concessão da licença – artigo 78º – conferem aos órgãos decisores uma ampla margem de discricionariedade que não se adequa com a atribuição ao recluso de um poder da vontade juridicamente protegido. A intervenção do juiz ou da administração penitenciária destina-se a averiguar se, perante a evolução do tratamento prisional, tal medida é adequada e necessária para se atingir o objectivo da reinserção social”, até porque “o interesse

Entendemos que também aqui se trata de uma modificação do *modo* ou do *conteúdo* da *execução*, ainda que somente por alguns dias.

Não se opera, a nosso ver, uma modificação da sentença condenatória, de modo que se possa falar de uma “nova pena”, que substitua a inicialmente imposta (para usar a terminologia do preâmbulo da Lei 2000, de 1944, ao justificar a necessidade de intervenção jurisdicional na execução). Estas licenças de saída – que, nos termos do artigo 76.º, n.º 2, do CEP, têm como finalidades “a manutenção e promoção dos laços familiares e sociais e a preparação para a vida em liberdade” – inserem-se no propósito de individualização da execução, de não-dessocialização e de ressocialização e de aproximação progressiva à vida livre, que orientam a execução¹⁰⁹¹; a sua finalidade está, portanto, alinhada com as finalidades da execução. As saídas não são uma vicissitude extraordinária, mas um elemento normal do percurso de individualização da pena, cujos pressupostos e regime estão regulados na lei. Tal como outras medidas de flexibilização da execução, a concessão de licenças de saída deve considerar-se *pressuposta* no conteúdo de uma sentença de prisão, parecendo-nos valer para as saídas a afirmação feita pelo TC a propósito do regime aberto no exterior: “como a execução das sanções privativas da liberdade é [orientada pelo princípio da individualização e] necessariamente modelada na execução, o ‘acesso a meio livre’ – [no caso,] a execução da pena de prisão em regime aberto no exterior – encontra-se pressuposto(a) na sentença que condenou a uma pena de prisão”. Também a concessão de saídas temporárias do estabelecimento se encontra pressuposta na sentença, pelo que não nos parece que se trate de uma modificação da sentença, já que a pena não se torna *outra*, nem na sua qualidade nem no seu *quantum*¹⁰⁹².

Efectivamente, no que respeita ao *conteúdo*, o condenado não deixa de estar em cumprimento de pena e de ser um recluso, apesar do momento de “liberdade” não custodiada, temporária e sujeita a condições. Como afirmou o Tribunal Constitucional,

público específico que em *primeira linha* se pretende realizar com as saídas do estabelecimento prisional é o de promover a socialização do recluso e/ou o de evitar a sua dessocialização”. “Por isso, as licenças de saída não são um *direito subjectivo* de que o recluso possa ser, à partida, titular perante a administração penitenciária [...], mas apenas uma *medida individual* de reinserção social a obter de uma forma progressiva”.

¹⁰⁹¹ Cf. arts. 2.º, 3.º e 5.º do CEP.

¹⁰⁹² Poderá dizer-se que há uma modificação do conteúdo da pena por alguns dias – os dias de duração da saída. Foi o entendimento expresso pelo TC no Ac. n.º 427/2009: “neste tipo de saída do estabelecimento há também uma *alteração* do *conteúdo* da sentença condenatória, uma vez que o condenado é devolvido à *liberdade* durante uns dias. Traduz-se mesmo numa *alteração* do *quantum* de privação da liberdade determinado na sentença condenatória: o período de saída vale como tempo de execução da pena [...] e é descontado no cumprimento da sanção em caso de revogação”. A ver-se a questão deste modo, acrescerá este argumento aos que serão seguidamente apresentados exigindo a intervenção do juiz.

no gozo de uma saída, o estatuto jurídico do sujeito não é substancialmente alterado, continua a ser o de recluso, permanecendo a vinculação ao estabelecimento prisional; pela sua condição transitória e duração de dias, a saída “não extravasa a condição de medida de flexibilização do cumprimento da pena. [...] Mesmo que os deveres directamente relacionados com a permanência no interior do estabelecimento se suspendam formalmente durante o tempo de saída – o que acontece naturalmente também com as licenças de saída administrativas, em particular com as que não comportam custódia –, o estatuto vigente continua a ser, durante todo esse período, o de recluso, permanecendo todas as vinculações e o feixe de ligações ao sistema prisional nele comportadas”¹⁰⁹³.

Relativamente ao *quantum*, sendo o período de saída “considerado tempo de execução da pena”¹⁰⁹⁴, a duração total da pena de prisão (entre o seu início e o seu fim) não se modifica¹⁰⁹⁵.

Ainda que não se trate, assim, de uma matéria reservada ao juiz em virtude de uma afectação do título executivo, a manutenção desta competência no juiz, por parte do legislador do Código, pode explicar-se, além da tradição criada pelo regime anterior, pelo facto de a decisão implicar a ponderação de interesses potencialmente conflitantes – o favorecimento da socialização (que corresponde ao interesse prosseguido pela saída) e as exigências de defesa da sociedade¹⁰⁹⁶ – (argumento que não é, todavia, decisivo, uma vez que esse tipo de ponderação é também feito pela administração prisional na tomada de outras decisões, incluindo a própria concessão de licenças de saída administrativas¹⁰⁹⁷); e também, reforçadamente, pelo facto de a primeira concessão de uma licença de saída jurisdicional, desde que avaliada positivamente, constituir pressuposto legal para a aplicação de outras medidas de flexibilização da execução, tais como as licenças de saída administrativas¹⁰⁹⁸ e o regime aberto no exterior¹⁰⁹⁹, podendo considerar-se que a concessão de uma saída pelo juiz constitui uma espécie de “voto de

¹⁰⁹³ Ac. do TC n.º 560/2014.

¹⁰⁹⁴ O que se reflecte, é certo, num número total de dias passados *intra muros* inferior ao número total de dias que resultaria da sentença caso não fossem concedidas saídas (argumento que pesou na classificação como “modificação do conteúdo da pena” feita pelo TC no Ac. n.º 427/2009).

¹⁰⁹⁵ Ou seja, X anos de privação da liberdade não deixam de ser X anos de privação da liberdade, ainda que no seu decurso tenham ocorrido breves períodos de saída da prisão.

¹⁰⁹⁶ Cf. os requisitos previstos no n.º 1 do art. 78.º do CEP.

¹⁰⁹⁷ Cf. arts. 78.º e 80.º a 83.º do CEP.

¹⁰⁹⁸ O requisito consta do art. 80.º, n.º 1, b), do CEP.

¹⁰⁹⁹ Tal requisito está previsto no art. 14.º, n.º 4, do CEP.

confiança”¹¹⁰⁰ conferido pelo tribunal que, a revelar-se “merecido”, abre a porta a outras formas de modelação da execução, o que pode justificar que o legislador tenha pretendido rodear essa concessão de especiais garantias.

Recorde-se ainda a jurisprudência do TEDH a que se fez referência¹¹⁰¹, no sentido da necessidade de reforço das exigências de ponderação do interesse da protecção da sociedade, ao lado do da reinserção social do recluso, no processo de decisão sobre medidas de flexibilização que envolvam o acesso de reclusos ao meio livre, em particular quando exista risco para a vida ou a integridade de outras pessoas, o que poderá constituir argumento a favor da intervenção judicial.

Pesa também em favor desta intervenção o facto de poderem ser fixadas condições a observar pelo recluso durante o gozo da saída, cujo incumprimento, aliás, pode ter consequências negativas para a sua esfera jurídica (impossibilidade de apresentação de novo pedido durante seis meses ou mesmo revogação da licença¹¹⁰²). Acresce que a concessão pelo juiz empresta à decisão (que não deixa de corresponder a um interesse do recluso, embora sirva interesses que lhe são de algum modo heterónomos) as garantias próprias da função jurisdicional, nomeadamente de neutralidade e de decisão segundo critérios estritamente jurídicos. Não deixará de relevar, finalmente, a solenidade também emprestada pelo juiz, que pode contribuir para o sentido de responsabilidade do recluso no cumprimento das condições da saída.

Apesar destes argumentos que convocam a intervenção do juiz, é, a nosso ver, duvidoso que a concessão de saídas do estabelecimento deva caber *necessariamente*, em todas as circunstâncias, ao órgão jurisdicional. Como referimos, as saídas são de considerar uma medida *normal* de execução, inserida no percurso de socialização dos reclusos que cabe à administração prisional proporcionar, no quadro da sua missão de assegurar a realização das finalidades da execução. Se os argumentos acima invocados apontam no sentido de algum tipo de intervenção judicial, pensamos que eles não tornam, todavia, necessário que o juiz decida *cada uma* das saídas, em todos os seus aspectos (data, hora, condições de pormenor, conjugação com as demais actividades do recluso, etc.). Um modelo em que o juiz decida toda e qualquer saída do estabelecimento afigura-se não só desnecessário como até problemático do ponto de vista da adequação funcional. O que nos leva a considerar desejável a busca de uma

¹¹⁰⁰ A expressão é do então Ministro da Justiça, aquando da apresentação da Proposta de Lei n.º 252/X na Assembleia da República, *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 63, 28-3-2009, p. 8.

¹¹⁰¹ Acs. *Mastromatteo c. Itália e Maiorano e outros c. Itália*, descritos *supra*, Parte II, Cap. III, 2.4.

¹¹⁰² Cf. arts. 78.º, n.º 3, e 85.º, n.º 1, do CEP.

solução que conjugue uma intervenção judicial, nos aspectos em que tal seja necessário, com uma maior autonomia e responsabilização do estabelecimento prisional¹¹⁰³.

Repare-se, aliás, que o próprio CEP – e, já antes, a lei de execução de 1979 – prevê, ao lado das “licenças de saída jurisdicionais”, licenças de saída “administrativas”: é o caso das saídas de curta duração, “para manter e promover os laços familiares e sociais”¹¹⁰⁴; das saídas para realização de actividades¹¹⁰⁵; das saídas

¹¹⁰³ A solução poderia passar por um modelo de decisão que co-envolvesse juiz e administração, num aproveitamento otimizado das características funcionais de cada órgão. Assim, em atenção aos argumentos no sentido de se tratar, de algum modo, de uma modificação do conteúdo da pena, de se exigir a ponderação de interesses conflitantes e de se tratar de decisão com possível influência no cômputo da pena, e considerando ainda a relevância que o gozo com sucesso de licenças de saída pode vir a assumir no percurso de execução individual, repercutindo-se na tomada de outras decisões como regimes abertos e liberdade condicional, far-se-ia intervir o juiz. Por outro lado, favorecendo uma normalização das saídas enquanto parte do percurso de aproximação progressiva à vida livre, e considerando o melhor posicionamento da administração, pela sua maior proximidade e melhor conhecimento do recluso e do seu meio familiar e social, seria a administração a “gerir” concretamente as saídas, regulando aspectos como datas, horas e duração, sempre dentro do quadro e das condições definidas pelo juiz. Com efeito, em relação a um recluso que goze regularmente de saídas, não fará sentido chamar o juiz a decidir cada uma das concretas saídas a conceder, reunindo o conselho técnico para o efeito e definindo todas as condições de pormenor, incluindo o dia exacto da saída. Um tal modelo alternativo poderia materializar-se numa solução legal em que o juiz decidiria, genericamente – em processo que incluísse reunião do conselho técnico, audição do recluso e pronúncia do Ministério Público –, que o recluso passaria a beneficiar de saídas, estabelecendo as condições gerais (incluindo de duração e periodicidade), sendo depois as saídas seguintes de concessão simplificada, gerida pela administração, em condições de maior proximidade, adequando-as melhor às circunstâncias da vida do recluso. Eventualmente, para um maior controlo por parte do juiz, poderia sujeitar-se cada saída à homologação do juiz, ou simplesmente remeter ao TEP a avaliação de cada saída, de modo que este, havendo razões para tal, pudesse alterar a decisão. Em caso de conflito, nomeadamente em caso de recusa de saídas por parte da administração, o recluso teria direito de suscitar a intervenção do juiz, impugnando a não concessão ou aspectos específicos da concessão das saídas por parte da administração. O Ministério Público poderia quer recorrer da decisão do juiz (como actualmente) quer impugnar as concretas decisões da administração em matéria de saídas.

Proposta semelhante, no contexto alemão, continha o *Alternativentwurf eines Strafvollzugsgesetzes*, de 1973, § 57, n.º 3, que criava um sistema de repartição de funções entre tribunal e administração na decisão de medidas de flexibilização e de saídas, segundo o qual o juiz determinaria, de modo geral, e com base no plano individual, se e quais medidas de flexibilização seriam admitidas e, dentro desse quadro, a direcção do estabelecimento decidiria concretamente (*vide* BAUMANN *et al.*, *Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes (vorgelegt von einem Arbeitskreis deutscher und schweizerischer Strafrechtslehrer)*, pp. 25 e 123; sobre isto KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, p. 91). Refira-se ainda com interesse que, no ordenamento francês, após a concessão de uma primeira licença pelo juiz, as saídas ulteriores podem, salvo decisão em contrário do mesmo juiz, ser concedidas pelo director do estabelecimento prisional. Em caso de recusa de concessão da saída por parte do director, aquela poderia ser novamente solicitada ao juiz (cf. art. 723.º-3 do *Code de procédure pénale*).

Em sentido que nos parece convergente com o que aqui defendemos, Anabela Miranda RODRIGUES, «Da ‘afirmação de direitos’ à ‘protecção de direitos’ dos reclusos...», p. 192, onde a Autora considera que a competência para conceder as licenças de saída “deveria passar a caber a ‘entidades’ dos estabelecimentos, quaisquer que elas venham a ser [...], que decidiriam dessa concessão mediante decisão fundamentada, que tomariam, apreciando a verificação dos requisitos de concessão previstos na lei”. Esta opção inscreve-se na linha da ideia, defendida pela Autora, “de autonomização e de responsabilização do estabelecimento prisional pela execução”, sem prejuízo dos mecanismos apropriados de fiscalização da legalidade e de impugnação.

¹¹⁰⁴ Arts. 76.º, n.º 3, *a*), e 80.º. São saídas não custodiadas, geralmente por um fim-de-semana, concedidas pelo director do estabelecimento aos reclusos em regime aberto. Um dos requisitos da sua concessão é “o

especiais, por motivo de especial significado humano ou para resolução de situações urgentes e inadiáveis¹¹⁰⁶; e das saídas de preparação para a liberdade¹¹⁰⁷, além das saídas custodiadas para comparência em acto processual ou para assistência médica¹¹⁰⁸. Tal como nas saídas jurisdicionais, a decisão das saídas administrativas envolve juízos de prognose relacionados com o comportamento do recluso durante a saída e com a compatibilidade desta com a defesa da ordem jurídica e da paz social¹¹⁰⁹. Verifica-se, pois, que o próprio legislador não considerou a decisão sobre saídas reservada, na sua totalidade, ao juiz¹¹¹⁰.

Já no que respeita à revogação das licenças, as razões da atribuição da sua competência ao tribunal são evidentes. Com efeito, nos termos do artigo 77.º, n.º 1, do CEP, o período de saída é considerado tempo de execução da pena, excepto se a licença for revogada, o que pode suceder em caso de incumprimento injustificado das condições impostas. A revogação tem como efeito o desconto no cumprimento da pena do tempo em que o recluso tiver estado fora do estabelecimento, sendo elaborado novo cômputo; determina ainda a fixação de um prazo durante o qual não pode ser apreciado novo pedido de saída¹¹¹¹. As consequências da revogação na contagem do tempo de prisão a

gozo prévio com êxito de uma licença de saída jurisdicional”, estando, portanto, assegurado o tal “voto de confiança” prévio do juiz.

¹¹⁰⁵ Arts. 76.º, n.º 3, *b*), e 81.º. Estas saídas, em regra custodiadas, são concedidas pelo Director-Geral.

¹¹⁰⁶ Arts. 76.º, n.º 3, *c*), e 82.º. Trata-se de saídas custodiadas, com a duração de algumas horas, pelo tempo estritamente necessário à concretização do fim a que se destinam, sendo concedidas pelo director do estabelecimento.

¹¹⁰⁷ Arts. 76.º, n.º 3, *d*), e 83.º. São concedidas pelo Director-Geral nos meses que antecedem a libertação.

¹¹⁰⁸ Art. 76.º, n.º 4.

¹¹⁰⁹ Art. 78.º.

¹¹¹⁰ Em Espanha, verifica-se uma dicotomia do mesmo tipo: o *juez de vigilancia penitenciaria* só tem de autorizar as licenças de saída de duração superior a dois dias, excepto quanto aos reclusos classificados no terceiro grau (regime aberto). A autorização da concessão de licenças de saída até dois dias de duração, bem como aos reclusos do terceiro grau, compete à administração. Repare-se que, mesmo no caso das saídas sujeitas a autorização do juiz de vigilância, não é este que decide a concessão da saída em primeira linha: a autorização do juiz recai sobre uma concessão decidida pelo órgão competente do estabelecimento prisional (a *Junta de Tratamiento*), não podendo o juiz conceder uma saída sem prévia decisão administrativa. Sobre este aspecto, *infra*, Parte IV, Cap. II. Contrariamente, em Itália, a concessão de saídas é competência do juiz e tem sido considerada pelo Tribunal Constitucional decisão de carácter jurisdicional, sujeita às garantias próprias da jurisdicionalidade, como o contraditório e a recorribilidade, na linha do critério definido pelo Tribunal de que devem pertencer à jurisdição as “medidas de natureza substancial que incidam sobre a qualidade e a quantidade da pena, tais como as que comportam uma saída, ainda que temporária, da prisão (as ditas medidas *extra muros*) e que por isso mesmo modificam o grau de privação da liberdade pessoal imposto ao recluso” (sobre o ponto, *infra*, Parte IV, Cap. I). Já na Alemanha, a concessão de saídas cabe à administração, com a faculdade de recurso para o tribunal, tendo o Tribunal Constitucional Federal afirmado que, mesmo estando a decisão na discricionariedade da administração prisional, o requerente tem uma pretensão – *Anspruch* – ao seu exercício correcto e atempado (NIEBLER, «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug», p. 1578).

¹¹¹¹ Cf. n.ºs 4 e 5 do art. 85.º e n.º 4 do art. 195.º do CEP.

cumprir bastam para justificar que tal decisão deva ser da competência do juiz¹¹¹², reconduzindo-se, aliás, à categoria das “modificações da (duração da) sentença”, uma vez que ocorrerá um diferimento temporal da data do termo da pena.

Deixa-se assinalado como, da exposição precedente, resulta clara a existência de institutos que se encontram numa *zona de fronteira* entre o que é de considerar modificação do conteúdo da sentença e o que é de entender como mera modificação do conteúdo ou do modo da execução. É o caso da modificação da execução da pena por razões humanitárias, da liberdade condicional e da concessão de licenças de saída.

A categorização que propusemos não se pretende definitiva (concorrendo bons argumentos para uma diferente qualificação, como não deixámos de apontar). O que releva, aqui, é identificar as razões que justificam ou exigem a intervenção judicial. Ora, quer se considere os institutos como modificações da sentença (caso em que a ligação ao título da execução os faz integrar ainda a reserva especificada constante do artigo 27.º, n.º 2, da CRP), quer se os trate como modificações do modo de execução (caso em que as várias razões indicadas convocam a intervenção judicial), a conclusão seria igualmente no sentido da reserva da competência ao juiz.

c) Decisões que constituem ingerências em direitos fundamentais

A lei atribui aos tribunais de execução das penas a competência para *definir o destino a dar à correspondência retida e para declarar perdidos e dar destino aos objectos ou valores apreendidos aos reclusos* (als. *h*) e *i*) do n.º 4 do artigo 138.º).

Nos termos do Código, a correspondência do recluso é objecto de controlo por razões de ordem e segurança do estabelecimento, podendo ser ordenada a sua leitura em determinadas circunstâncias, controlo que pode conduzir à decisão, pelo director, de retenção da correspondência, que deve ser comunicada ao Ministério Público junto do tribunal de execução das penas para verificação da legalidade e para promover sobre o destino da correspondência retida¹¹¹³.

Por seu turno, os objectos ou valores cuja posse seja proibida pelas normas penitenciárias são apreendidos, devendo, em certos casos, ser destruídos, e podendo,

¹¹¹² Note-se que, mesmo nos casos de licença de saída administrativa – em que compete à administração prisional determinar as consequências do incumprimento das condições –, a decisão de revogação é impugnável pelo recluso perante o TEP; e é a este tribunal que cabe, também nestes casos, proceder ao desconto no cumprimento da pena do tempo que o recluso tiver estado em liberdade (cf. arts. 85.º e 141.º, *h*), do CEP).

¹¹¹³ Cf. arts. 68.º e 69.º do CEP.

nos demais, ser devolvidos a terceiro indicado pelo recluso, depositados para devolução ao recluso no momento da libertação ou declarados perdidos pelo tribunal de execução das penas¹¹¹⁴.

A ingerência em direitos fundamentais, como a inviolabilidade da correspondência e a propriedade, implicada por estas decisões justifica que se atribua a respectiva competência ao órgão jurisdicional.

Idênticas razões – no caso, por afectação do direito à integridade pessoal e do direito à reserva da intimidade – justificam que o Código sujeite a autorização do tribunal de execução das penas a *intrusão corporal para extracção de objectos* (artigo 89.º, n.º 4).

Refira-se que, pelas mesmas razões, entendemos que a *imposição coactiva de cuidados de saúde ou de alimentação* – dada a forte afectação não só da integridade física mas também da integridade moral, do direito a não ser sujeito a tratamentos desumanos ou degradantes, da liberdade de consciência, da liberdade de expressão e do direito de manifestação e considerando a delicada ponderação entre estes direitos e o direito à vida e à saúde – deveria ser igualmente autorizada por juiz, salvo se a urgência o não permitir¹¹¹⁵.

d) Garantir uma tutela efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos das pessoas privadas da liberdade

Do estudo sobre a evolução da jurisdicionalização da execução resultou claro o propósito do legislador actual de depositar nos tribunais de execução das penas a função de garantia da posição jurídica do recluso perante a administração prisional.

Com efeito, o n.º 1 do artigo 138.º do CEP preceitua explicitamente que “compete ao tribunal de execução das penas garantir os direitos dos reclusos, pronunciando-se sobre a legalidade das decisões dos serviços prisionais nos casos e termos previstos na lei”. Essa atribuição concretiza-se na competência para “decidir processos de impugnação de decisões dos serviços prisionais” (al. g) do n.º 4).

¹¹¹⁴ Cf. art. 28.º do CEP.

¹¹¹⁵ Actualmente não está prevista intervenção judicial – cf. art. 35.º do CEP: as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos e a alimentação coactivos são ordenados por despacho fundamentado do director do estabelecimento prisional e executados ou ministrados sob direcção médica, sem prejuízo da prestação dos primeiros socorros quando o médico não puder comparecer em tempo útil e o adiamento implicar perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde do recluso; são imediatamente comunicados ao Director-Geral dos Serviços Prisionais.

Esta competência enquadra-se na função jurisdicional de assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados¹¹¹⁶ (artigos 20.º, n.º 1, 202.º, n.º 2, e 268.º, n.º 4, da CRP).

e) Funções de “vigilância” da execução

Como já foi observado, o legislador do Código – com o assumido intuito de recentrar a intervenção do juiz de execução das penas nas funções propriamente jurisdicionais – pretendeu transferir para o Ministério Público as funções de “vigilância penitenciária”, incumbindo-o de “acompanhar e verificar a legalidade da execução” e cometendo-lhe a obrigação de visitar regularmente os estabelecimentos prisionais.

Não levou, porém, às últimas consequências a preocupação de cingir o juiz às funções jurisdicionais: a ser assim, teria transferido totalmente para o Ministério Público a função de “vigilância”, passando o juiz a actuar exclusivamente como terceiro neutro e imparcial, decidindo passivamente as questões que lhe fossem suscitadas pelos reclusos ou pelo Ministério Público.

De facto, é manifesto que o legislador entendeu manter em parte estas funções no juiz. Segundo o n.º 2 do artigo 138.º, a partir do trânsito em julgado da sentença que determinou a aplicação da pena, compete ao tribunal de execução das penas *acompanhar e fiscalizar* a respectiva execução. A “vigilância” estende-se, aliás, a todas as formas de privação da liberdade, independentemente do cumprimento de uma condenação transitada em julgado: nos termos do n.º 3, “compete ainda ao tribunal de execução das penas acompanhar e fiscalizar a execução da prisão e do internamento preventivos, devendo as respectivas decisões ser comunicadas ao tribunal à ordem do qual o arguido cumpre a medida de coacção”.

Ter-se-á pretendido favorecer um acompanhamento próximo da execução – que sempre, desde as origens da figura, se entendeu importante que estes juízes fizessem –, com benefício para a tomada de decisões e para o exercício da função de garante da legalidade e dos direitos.

Parecem incluir-se nestas funções as competências do tribunal de execução das penas para homologar certas decisões da administração penitenciária relativas ao processo de ressocialização. Cabe-lhe, nomeadamente, “homologar os planos

¹¹¹⁶ Estes conflitos poderão ser, tipicamente, entre direitos e interesses legalmente protegidos e exigências próprias da execução; ou entre o interesse na realização da finalidade de socialização e necessidades de ordem e segurança do estabelecimento ou exigências de defesa da sociedade.

individuais de readaptação, bem como os planos terapêuticos e de reabilitação de inimputável e de imputável portador de anomalia psíquica internado em estabelecimento destinado a inimputáveis, e as respectivas alterações” (al. *a*) do n.º 4) e também homologar o plano de reinserção social e respectivas alterações quando a pena de prisão seja executada em regime de permanência na habitação (al. *l*)).

A esta intervenção do tribunal subjazem, segundo nos parece, diversos propósitos. Em primeiro lugar, o de assegurar que o disposto nestes instrumentos de planificação e individualização da execução se concilia com as finalidades da execução e com os princípios orientadores desta (estabelecidos nos artigos 2.º, 3.º e 4.º do CEP) e respeita a dignidade e os direitos dos reclusos¹¹¹⁷; igualmente, o de controlar se os planos, nos casos em que são legalmente obrigatórios, são efectivamente elaborados¹¹¹⁸; também o de conferir maior solenidade aos planos, estimulando o seu cumprimento, seja por parte do recluso, seja por parte da administração; além disso, o de assegurar um efectivo acompanhamento da execução por parte do tribunal, até porque o cumprimento do plano será relevante para a tomada de decisões por este ao longo da execução, tais como a concessão de licenças de saída, a homologação do regime aberto e a concessão da liberdade condicional.

Compete ainda ao tribunal homologar “a decisão do director-geral dos Serviços Prisionais de colocação do recluso em regime aberto no exterior, antes da respectiva execução” (al. *d*)), previsão que não constava da versão originária do Código, tendo sido aditada na sequência da discussão parlamentar sobre a competência para a concessão daquele regime¹¹¹⁹. Atento o trajecto que conduziu à alteração do Código pelo Parlamento, afigura-se que esta competência se funda num propósito de trazer para a decisão de colocação em regime aberto maiores garantias de uma ponderação adequada e imparcial entre os interesses de socialização do recluso e os de defesa da sociedade¹¹²⁰.

¹¹¹⁷ Pode divisar-se aqui uma semelhança com a intervenção do juiz de instrução na suspensão provisória do processo, na fase de inquérito, considerada exigível, nomeadamente, por tal decisão do Ministério Público implicar a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta (Ac. do TC n.º 7/87).

¹¹¹⁸ O que não sucedera durante a vigência da lei de 1979. Com vista a alterar esse estado de coisas, o legislador do Código optou por estabelecer a obrigatoriedade de elaboração dos planos apenas para os casos de pena(s) a cumprir superior(es) a 1 ano, reclusos menores de 21 anos e condenações em pena relativamente indeterminada (cf. art. 21.º do CEP).

¹¹¹⁹ A discussão parlamentar sobre a questão da competência para a concessão do regime aberto no exterior, bem como o trajecto que conduziu à modificação do Código, serão descritos *infra*, 2.1.1., a propósito do Ac. n.º 427/2009 do Tribunal Constitucional (fiscalização preventiva do CEP).

¹¹²⁰ A fundamentação constante do preâmbulo do Projecto de Lei n.º 268/XI/1.ª, apresentado por Deputados do PCP (publicado no *Diário da Assembleia da República*, II Série A, n.º 83/XI/1, de 19-5-2010, pp. 11-21), que conduziu à alteração do CEP pela Lei n.º 40/2010, de 3-9, é a seguinte: “desta

É ainda englobável nas funções de “vigilância” a competência para apreciar petições, queixas e exposições que lhe sejam dirigidas pelos reclusos ao abrigo do artigo 116.º do CEP – embora se deva, desde já, notar que não resultam claros os poderes de instrução e decisão ao dispor do juiz nestas situações.

f) Decisões relacionadas com os efeitos da sentença

Compete ainda aos tribunais de execução das penas “decidir sobre o cancelamento provisório de factos ou decisões inscritos no registo criminal” e “julgar o recurso sobre a legalidade da transcrição nos certificados do registo criminal” (als. z) e aa) do n.º 4 do artigo 138.º). A competência nesta matéria é herdeira da competência para a “reabilitação” dos delinquentes, que remonta à Lei 2000, de 1944, que criou os tribunais de execução das penas – na sequência, recorde-se, da consideração pelo legislador de então de que tal decisão exigia um conhecimento da personalidade e das circunstâncias de vida do delincente, bem como a “preparação, experiência e tacto” necessários para os valorar devidamente.

A atribuição da decisão ao tribunal continua a justificar-se, atento o juízo nela implicado (há que aferir se, extinta a pena, o interessado se tem comportado “de forma que seja razoável supor encontrar-se readaptado” e verificar se foi cumprida a obrigação de indemnizar o ofendido, mediante prova do cumprimento ou da sua impossibilidade¹¹²¹) e a necessária ponderação entre o interesse do condenado e os interesses servidos pelo registo criminal, em particular a defesa da sociedade perante os perigos de uma possível reincidência¹¹²².

Em qualquer caso, tratando-se de decisão relacionada com os efeitos da sentença (e não com o *cumprimento da pena*, no sentido que temos vindo a atribuir à expressão), encontrando-se aliás a pena extinta, não faria sentido a competência da administração prisional.

forma são devidamente acautelados os valores de reinserção social que enformam o Código e de tranquilidade dos cidadãos que enformam a vida em sociedade”.

¹¹²¹ Cf. art. 12.º da Lei da Identificação Criminal (Lei n.º 37/2015, de 5-5).

¹¹²² De acordo com Figueiredo DIAS, *Direito penal português*, p. 641, este “instituto de natureza especial”, de “natureza mista ou complexa”, serve o adequado funcionamento da justiça penal e a defesa social contra os perigos de reincidência, além de fins estatísticos e de investigação.

g) Competências instrumentais

A competência do juiz para convocar o conselho técnico – órgão auxiliar do tribunal de execução das penas, com funções consultivas –, sempre que o entenda necessário ou quando a lei o preveja, e para a ele presidir¹¹²³ pode classificar-se como instrumental do exercício das demais funções, em especial as de decidir modificações do modo de execução da pena e as de “vigilância” da execução.

A realização de visitas aos estabelecimentos prisionais deixou de ser propriamente uma “competência” – essa obrigação passou a caber ao Ministério Público, como vimos –, mas é uma faculdade do juiz. A lei garante-lhe o acesso aos estabelecimentos prisionais, no exercício das suas funções, podendo aceder a todos os locais do estabelecimento e a todos os reclusos, a qualquer hora, e ouvi-los sempre que o entenda necessário, em condições que assegurem a confidencialidade¹¹²⁴. A realização destas visitas e audições não configura, em si mesma, exercício da função jurisdicional, mas pode considerar-se instrumental das demais competências, por permitir um melhor conhecimento dos reclusos e do modo como se cumprem as condenações, contribuindo para a tomada de decisões e para o exercício das funções de “vigilância” e de garantia da legalidade da execução.

h) Competências atípicas

Nos termos da al. v) do n.º 4 do artigo 138.º, compete aos tribunais de execução das penas “instruir o processo de concessão e revogação do indulto e proceder à respectiva aplicação”. A regulação do processo de indulto revela, porém, que o papel dos tribunais na preparação do processo de indulto não se limita a uma intervenção formal de mera instrução e remessa dos autos: nos termos do n.º 2 do artigo 226.º, “emitido o parecer [do Ministério Público], o juiz pronuncia-se no prazo de oito dias e ordena a remessa dos autos ao Ministro da Justiça, que os leva à decisão do Presidente da República”.

Se a “aplicação” do indulto ou da sua revogação são compreensivelmente da competência do juiz – pois implicam um novo cômputo da duração da pena a cumprir, quando não mesmo a sua substituição ou extinção –, já a competência para se “pronunciar” pode considerar-se totalmente atípica, constituindo um “corpo estranho”

¹¹²³ Arts. 138.º, n.º 4, f), 142.º e 143.º, n.º 1.

¹¹²⁴ Arts. 66.º, n.º 1, b), do CEP e 178.º do RGEP, já mencionados.

no elenco das competências dos TEP. Com efeito, não se trata manifestamente do exercício da jurisdição: esta exerce-se mediante a emissão de decisões, não de pareceres.

Contudo, afigura-se-nos aceitável a sua manutenção. Trata-se, é certo, de uma competência excepcional, mas a própria figura das medidas de clemência ou de graça também o é¹¹²⁵. E a competência “consultiva” dos tribunais de execução das penas no processo de decisão sobre o indulto está prevista desde os primórdios da existência destes tribunais, tendo sido, como se viu, já herdada do Conselho Superior dos Serviços Criminais. Existe, pois, uma tradição neste sentido, fundada no conhecimento do recluso e da sua evolução no decurso do cumprimento da pena que estes tribunais adquiririam no exercício das suas funções¹¹²⁶.

Consideramos, todavia, que a “pronúncia” do juiz não deve consistir numa indicação no sentido da concessão ou não do indulto – tal seria assumir um papel que só ao poder político cabe – mas sim num juízo sobre eventuais exigências de prevenção, geral ou especial, subsistentes que devam ser tidas em conta na apreciação e decisão do pedido.

Também a competência para “informar o ofendido da libertação ou da evasão do recluso, nos casos previstos nos artigos 23.º e 97.º” (prevista na al. *u*) do n.º 4 do artigo 138.º do CEP¹¹²⁷) é apta a causar estranheza: a jurisdição manifesta-se através de decisões, não da prestação de “informações”. A competência do juiz pode, porém, aqui compreender-se pelo juízo nela implicado: com efeito, a *decisão* de comunicação da evasão ou da libertação do condenado depende de um juízo prévio sobre a existência de

¹¹²⁵ Trata-se de uma “ingerência” do poder político na competência, reservada ao poder judicial, para a aplicação e determinação das sanções penais, com raízes históricas profundas e que se foi mantendo até aos tempos hodiernos. Sendo tradicionalmente a *indulgentia principis* prerrogativa do poder real, actualmente, em Portugal, está cometida pela Constituição ao Presidente da República, sujeita à única condição de ser ouvido o Governo (art. 134.º, *f*). A figura subsiste hoje como “válvula de escape” última do sistema, aplicada sobretudo em casos excepcionais para os quais a lei, ou o sistema judicial, não preveja resposta adequada.

¹¹²⁶ A ligação desta competência ao conhecimento da personalidade do recluso, que se supunha que os juízes dos tribunais de execução das penas adquiririam no exercício das suas funções, era, como já se havia dado nota, sublinhada no preâmbulo do Decreto n.º 34553, de 30-4-1945, que regulou a competência e organização dos tribunais de execução das penas.

¹¹²⁷ Esta competência constava originariamente dos arts. 480.º e 482.º do CPP, na redacção da revisão de 2007. Trata-se do cumprimento de uma obrigação de Direito da União Europeia, constante do n.º 3 do art. 4.º da Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15-3-2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal (JO L 82, de 22-3-2001, pp. 1 ss.), presentemente prevista no n.º 5 do art. 6.º da Directiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25-10-2012, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à protecção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho (JO L 315, de 14-11-2012, pp. 57 ss.).

um perigo para a vítima do crime cometido. A necessária ponderação entre as necessidades de protecção do ofendido e o direito do condenado à paz jurídica, especialmente nos casos de libertação após o cumprimento da pena, justifica a convocação do órgão jurisdicional.

1.2.2. As competências da Administração

Relativamente às competências atribuídas à Administração, cumpre verificar se a atribuição é consentânea com as características funcionais daquela e se não se invade o domínio funcional reservado aos tribunais. Ocupar-nos-emos somente das que se situem nas chamadas *zonas cinzentas* ou *de fronteira*, já que as competências que se inscrevem, de modo claro, no *domínio nuclear* da Administração não oferecem dúvida.

a) Programação do tratamento

A competência da administração prisional para a programação da execução e para a elaboração e aprovação dos planos individuais de readaptação radica na sua atribuição de garantir a execução da pena de acordo com as respectivas finalidades (artigo 135.º, n.º 1, *a*), do CEP), em cumprimento dos princípios da individualização e da programação do tratamento penitenciário¹¹²⁸.

O plano individual estabelece “as medidas e actividades adequadas ao tratamento prisional do recluso, bem como a sua duração e faseamento, nomeadamente nas áreas de ensino, formação, trabalho, saúde, actividades socioculturais e contactos com o exterior” (artigo 21.º, n.º 3). A programação da execução sustenta-se na avaliação das necessidades e riscos de cada recluso (artigos 5.º e 21.º), devendo ser promovida a participação e adesão deste no planeamento e execução do seu processo de reinserção social, bem como a cooperação com a comunidade (n.ºs 6 e 7 do artigo 3.º).

Esta planificação compete à Administração, que é o órgão em melhor posição para o fazer, dado o conhecimento do recluso, a actuação próxima da realidade, a capacidade técnica para levar a cabo a avaliação e o conhecimento das actividades e programas disponíveis (*adequação funcional*). Assim, o plano e as suas alterações são elaborados pelos serviços técnicos e aprovados pelo director do estabelecimento.

Uma vez aprovados pelo director, o plano e suas alterações são sujeitos a homologação pelo tribunal de execução das penas, intervenção que, como vimos, se liga

¹¹²⁸ Cf. arts. 3.º, n.º 4, 5.º e 21.º do CEP.

às funções de “vigilância” ou de controlo da legalidade da execução deste tribunal, que controlará a compatibilidade do plano com a lei, com os direitos do recluso e com as finalidades da execução e os princípios que a regem; tal intervenção confere também solenidade aos planos, estimulando o seu cumprimento, seja por parte do recluso, seja por parte da administração.

A intervenção conjugada de Administração e juiz no planeamento da execução promove a co-responsabilização de ambos os órgãos pelos resultados da execução, uma vez que o plano servirá de base à intervenção de ambos na tomada de decisão ao longo da execução da pena.

b) Afecção e transferências

A decisão de afecção de cada recluso a um estabelecimento ou unidade prisional compete ao Director-Geral dos Serviços Prisionais. Nos termos do artigo 20.º do CEP, a escolha “tem em conta a organização dos estabelecimentos prisionais e a avaliação do recluso”, ponderando-se em especial: a situação jurídico-penal, o sexo, a idade e o estado de saúde do recluso, o cumprimento anterior de pena de prisão, a natureza do crime cometido e a duração da pena a cumprir; as exigências de ordem e segurança; o regime de execução da pena; a proximidade ao seu meio familiar, social, escolar e profissional, as vantagens em promovê-la e as exigências de aproximação à vida livre; a necessidade de participação em determinados programas e actividades, incluindo as educativas; a necessidade de especial protecção ou de satisfação de necessidades específicas. Sempre que possível, o recluso condenado deve ser ouvido sobre a sua afecção.

Também as transferências de estabelecimento ou unidade competem ao Director-Geral dos Serviços Prisionais, mediante requerimento do recluso ou iniciativa da própria administração. Nos termos do artigo 22.º do CEP, a transferência pode ter como finalidades o favorecimento do tratamento prisional, a aproximação ao meio familiar e social, a execução do plano individual de readaptação, o tratamento médico ou razões de ordem e segurança. Sempre que possível e salvo se se opuserem fundadas razões de ordem e segurança, o recluso é ouvido sobre a proposta de transferência e os seus fundamentos.

Apesar da previsão destes critérios, não se estabelece uma preferência legal, pelo que a Administração dispõe de margem para a ponderação da melhor solução.

O conhecimento profundo e imediato do sistema prisional, das características de cada estabelecimento ou unidade, da respectiva lotação e das actividades disponíveis em

cada um deles, conjuntamente com o conhecimento próximo das circunstâncias pessoais, familiares e sociais dos reclusos, assim como a necessidade de adaptar as decisões à lotação dos estabelecimentos em cada momento e a exigência de tomar decisões céleres em situações de perigo iminente, conferem à administração prisional a posição mais adequada para decidir da afectação e transferência dos reclusos. Acresce que a *responsabilidade* que lhe está cometida de gerir o parque prisional, assegurar a gestão da população reclusa, manter a segurança interna e externa dos estabelecimentos, garantir a execução em condições materiais condignas e proporcionar programas e actividades adequados às necessidades da população prisional demanda que possua os instrumentos necessários para lhe corresponder. A afectação pode, aliás, obedecer a critérios de organização do sistema prisional e a opções de política penitenciária da responsabilidade do Executivo¹¹²⁹.

Naturalmente, quer a afectação quer as subsequentes transferências são comunicadas ao tribunal de execução das penas¹¹³⁰, desde logo pela sua implicação na competência territorial deste. Questão diferente é a da susceptibilidade de controlo judicial destas decisões, que será tratada *infra* (3.1). Diga-se, desde já, que o tribunal deve poder verificar se os critérios seguidos pela Administração em cada caso cumprem as exigências de razoabilidade e os demais princípios que regem a decisão administrativa, em especial se existe desproporcionalidade na ponderação dos vários factores, e deve poder sindicar vícios da decisão como a falta de fundamentação ou fundamentação insuficiente ou contraditória, a não comunicação ao recluso da fundamentação, bem como sindicar a justificação para a não audição do recluso; mas não pode substituir-se à Administração na escolha do estabelecimento onde cada recluso deve cumprir a pena.

¹¹²⁹ Pense-se numa eventual opção de organização do sistema com base na especialização de estabelecimentos ou unidades (disponibilização de certos programas em alguns estabelecimentos; concentração de reclusos com certas características para melhor adequação do tratamento ou para responder a exigências especiais de segurança, etc.). Tome-se o exemplo da debatida questão, em Espanha, do critério de afectação dos presos da ETA: a estratégia de distribuição destes reclusos por vários estabelecimentos do país, com vista à sua não concentração num mesmo estabelecimento, conflitua com o critério da proximidade geográfica, que seria o mais benéfico do ponto de vista da manutenção dos laços familiares e sociais. Trata-se, contudo, de opções de política penitenciária que não compete ao sistema judicial tomar, apenas verificar o cumprimento do quadro normativo e dos princípios jurídicos aplicáveis. Sobre a questão da concentração ou dispersão dos presos terroristas em Espanha, GARCÍA VALDÉS, «Orígenes y evolución del derecho penitenciario español», pp. 997 s.

¹¹³⁰ Arts. 20.º, n.º 3, e 22.º, n.º 3, do CEP.

c) Regimes de execução

Nos termos dos artigos 12.º a 15.º do CEP, compete aos serviços prisionais determinar o regime em que o recluso será colocado, de entre as modalidades seguintes: regime comum, regime de segurança ou regime aberto (tendo este, por seu turno, duas modalidades: no interior e no exterior), cujos pressupostos o Código estabelece.

No caso de colocação em regime comum (que é o supletivo) e em regime aberto no interior, a competência pertence ao director do estabelecimento, sendo a decisão comunicada ao Director-Geral no caso do regime aberto e da sua cessação.

A colocação em regime de segurança¹¹³¹ compete ao dirigente máximo dos serviços prisionais, é vinculada a específicos pressupostos legais e é obrigatoriamente fundamentada¹¹³². É, como já foi dito, objecto de comunicação no prazo de 24 horas ao Ministério Público junto do TEP, que procede ao controlo da legalidade da medida, suscitando a intervenção do tribunal quando considere não estarem respeitados os pressupostos.

No caso do regime aberto no exterior, é também ao Director-Geral que cabe a decisão, sendo esta sujeita a homologação do juiz.

Trata-se de uma decisão estreitamente ligada à tarefa de individualização da execução. A diferenciação de regimes permite adaptar a execução (tipo de estabelecimento ou unidade, actividades em comum com os demais reclusos, grau de vigilância, contactos com o exterior, etc.) às diversas exigências de ordem e segurança dos estabelecimentos, de segurança da comunidade e de reinserção social.

¹¹³¹ A execução da pena em regime de segurança “limita a vida em comum e os contactos com o exterior, admitindo a realização de actividades compatíveis com as particulares necessidades de manutenção da ordem e da segurança de bens jurídicos pessoais e patrimoniais” (art. 12.º, n.º 4, do CEP), nomeadamente admite restrições ao uso de vestuário próprio (arts. 30.º, n.º 2, do CEP e 200.º do RGEP), proíbe a recepção de alimentos do exterior (arts. 31.º, n.º 4, do CEP e 203.º do RGEP) e de encomendas (art. 208.º do RGEP), impede as visitas alargadas (art. 59.º, n.º 4, do CEP), restringe o contacto físico nas visitas pessoais (arts. 63.º, n.º 3, do CEP e 206.º do RGEP), admite restrições aos contactos telefónicos (arts. 70.º, n.º 3, do CEP e 209.º do RGEP) e limita a concessão de entrevistas (art. 75.º, n.º 6, *d*)), as licenças de saída (art. 77.º, n.º 4, do CEP) e a posse e uso de objectos (art. 198.º do RGEP).

¹¹³² Sobre as exigências de fundamentação da decisão de aplicação do regime de segurança, Cláudio Lima RODRIGUES, «Contributo para a interpretação das normas jurídicas relativas à aplicação ou manutenção do regime de segurança...», p. 25 (a decisão deve explicitar as razões ou motivos que conduziram à prática do acto, ou seja, deve enunciar as premissas de facto e de direito nas quais a respectiva decisão administrativa assenta, não bastando efectuar uma simples transcrição dos fundamentos em que a lei faz repousar a aplicação ou manutenção do regime de segurança). No mesmo sentido a jurisprudência do TEDH – cf. o já citado *Ac. Ramírez Sánchez c. França*, § 139 (o prolongamento de medidas de isolamento exige uma motivação substancial, que assegure que as autoridades levaram a cabo uma reapreciação que tome em conta as eventuais mudanças nas circunstâncias ou comportamento do recluso – fundamentação que deve ser tanto mais minuciosa e convincente quanto mais se prolongar a duração da medida).

A definição do regime tem implicação no *conteúdo* ou *modo da execução*, mas não no conteúdo da sentença, pelo que não se trata de matéria de reserva de juiz¹¹³³.

A decisão baseia-se na avaliação do recluso e na sua evolução no decurso da execução, considerando ainda os riscos para o recluso e para a comunidade e as exigências de ordem e segurança¹¹³⁴. A Administração é o órgão mais bem posicionado para definir o regime adequado a cada caso, dadas as suas características funcionais de proximidade com o recluso e com o seu percurso, a preparação técnica, a estrutura de pessoal especializada e a disponibilidade de informação e de dados da realidade, sem esquecer a sua missão de prossecução do interesse público – garantindo, nos termos da lei, a execução das penas e medidas privativas da liberdade, de acordo com as respectivas finalidades, bem como assegurando a ordem e segurança dos estabelecimentos prisionais, nos termos do artigo 135.º do CEP – e inerente responsabilidade¹¹³⁵.

A questão da intervenção judicial na decisão e no controlo da aplicação dos regimes será abordada mais aprofundadamente na secção seguinte (*infra*, 2.1.1, 2.1.2), a propósito da relevante jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o regime aberto e o regime de segurança, respectivamente.

d) Poder disciplinar

A aplicação de medidas disciplinares compete ao director do estabelecimento prisional (salvo quanto a infracções que tenham visado o director, caso em que compete ao Director-Geral)¹¹³⁶.

Que assim seja é consentâneo não somente com o que é próprio do direito disciplinar em geral (direito sancionatório aplicado pelos órgãos da instituição cujo bom funcionamento com ele se pretende assegurar)¹¹³⁷ mas também com a missão de garantia da ordem e da segurança nos estabelecimentos que é atribuída aos serviços

¹¹³³ Assim também o Ac. do TC n.º 427/2009, que será analisado *infra*, 2.1.1. Para J. BOAVIDA, *A flexibilização da prisão*, p. 53, o regime aberto consiste numa *modalidade de flexibilização da execução* da pena de prisão, caracterizada por se prescindir, total ou parcialmente, de medidas contra o perigo de evasão dos reclusos.

¹¹³⁴ Art. 12.º, n.º 1, do CEP.

¹¹³⁵ Cf. ainda o Ac. n.º 427/2009 do TC: ao conceder o regime aberto no exterior, o Director-Geral “prosegue o *interesse público* de prevenir a reincidência [...], exercendo a competência que lhe está atribuída de *garantir a execução da pena de prisão de acordo com as respectivas finalidades*”.

¹¹³⁶ Art. 112.º do CEP.

¹¹³⁷ De acordo com o afirmado pelo TC, no seu Ac. n.º 263/94, “o direito disciplinar de natureza penitenciária configura-se como uma modalidade do direito disciplinar administrativo, sendo, por isso, um direito sancionatório público”.

prisoinais¹¹³⁸. Com efeito, nos termos do artigo 86.º do CEP, a manutenção da ordem e da disciplina no estabelecimento prisional é “condição indispensável para a realização das finalidades da execução das penas e medidas privativas da liberdade” e serve o “interesse de uma vida em comum organizada e segura”; nos termos do artigo 135.º, garanti-la é missão dos serviços prisionais.

Considerando a relevância atribuída à ordem e à disciplina e a responsabilidade cometida à administração prisional na sua manutenção, torna-se fundamental que esta disponha dos instrumentos e competências aptos ao cumprimento dessa tarefa. Um dos principais instrumentos para tal fim é precisamente o exercício do poder disciplinar.

Como já salientou o Tribunal Constitucional, trata-se de “formas de responsabilidade diferenciadas – a penal e a disciplinar – ligadas com a violação de bens jurídicos também diferenciados – os bens jurídico-penalmente relevantes [...] – e os bens disciplinarmente relevantes, da convivência ordenada da comunidade de reclusos”¹¹³⁹; assim é mesmo no caso da sanção disciplinar mais gravosa (o internamento em cela disciplinar)¹¹⁴⁰.

Aliás, na generalidade dos ordenamentos jurídicos, o sancionamento disciplinar dos reclusos é da competência da Administração¹¹⁴¹, sem prejuízo das diversas formas

¹¹³⁸ Recorde-se que Afonso Queiró, a propósito da distinção entre função administrativa e jurisdicional, dá precisamente o exemplo das decisões disciplinares como actos administrativos que, tal como os jurisdicionais, pressupõem a resolução de questões de direito, residindo a diferença em que, nas decisões disciplinares, não se trata de resolver objectivamente tais questões de direito mas de assegurar a realização de certos resultados práticos, a consecução de certas finalidades públicas, ainda que com base no direito. Cf. Afonso QUEIRÓ, «A função administrativa», p. 30 (*vide* Parte I, Cap. IV, 1.2).

¹¹³⁹ Ac. n.º 161/95.

¹¹⁴⁰ Cf. Ac. do TC n.º 263/94: “não restam dúvidas de que o internamento do recluso durante trinta dias [duração admitida na legislação anterior ao CEP; hoje o máximo é 21 dias] em cela disciplinar não é uma sanção penal (de harmonia com os arts. 40.º e seguintes do Código Penal, tal sanção não pode reconduzir-se a nenhuma das sanções principais ou acessórias tipificadas na lei). Trata-se de uma forma de isolamento temporário do recluso, que fica afastado do convívio com outros reclusos nas ocupações diárias (tomada de refeições, prestação de trabalho, tempos de recreio e de descanso, etc.) e que se configura, por isso, como uma típica sanção disciplinar, análoga às sanções suspensivas que surgem no direito disciplinar aplicável na função pública ou a certos utentes dos serviços públicos, e que se traduz aqui num carácter mais gravoso da forma de execução de uma pena criminal privativa de liberdade do recluso”, posição reiterada no Ac. n.º 161/95. Em comentário a este último acórdão, J. M. VILALONGA, «A constitucionalidade das medidas disciplinares aplicadas aos reclusos...», pp. 207 ss., reputa inconstitucional o tratamento como sanção disciplinar do internamento em cela disciplinar, por violação do artigo 27.º da CRP, por se tratar, no seu entender, de uma intensificação da execução da pena, que altera esta qualitativamente, para um patamar de maior lesividade, constituindo uma “pena de prisão dentro da cadeia”, portanto uma privação da liberdade não prevista no n.º 3 do art. 27.º.

¹¹⁴¹ *Vide infra*, Parte IV. Refira-se, com interesse, que o Tribunal Constitucional Federal alemão, em Acórdão de 8-7-1993, confirmou a constitucionalidade da solução, não considerando reservada ao juiz a aplicação da medida de internamento em cela disciplinar (*Arrest*). De acordo com a argumentação do Tribunal, a privação da liberdade é decretada judicialmente, através da sentença condenatória, que é executada em conformidade com a lei de execução, incluindo na parte relativa às sanções disciplinares, não se podendo falar a respeito destas de uma “nova” privação da liberdade, que exija decisão judicial. Através daquela sanção é somente alterada a forma da execução da privação da liberdade.

de controlo judicial, situação que é aceite pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹¹⁴².

Requisito para a conformidade de tal sistema com a Constituição é que o procedimento disciplinar seja rodeado das *garantias próprias do processo equitativo*¹¹⁴³ e que seja assegurada *tutela jurisdicional*¹¹⁴⁴.

Efectivamente, como sanções que são, ainda que com grau de penosidade muito diverso (indo desde a repreensão escrita ao internamento em cela disciplinar),

¹¹⁴² Cf. *Campbell e Fell c. Reino Unido*, Ac. de 28-6-1984, § 69, onde o TEDH reconhece que, em contexto prisional, se verificam razões que justificam um regime disciplinar especial, tais como considerações de ordem e de segurança, a necessidade de reagir de forma célere às infracções, a disponibilidade de sanções apropriadas aos casos concretos que não estariam à disposição dos tribunais comuns e a pretensão das autoridades penitenciárias de deterem a responsabilidade última pela disciplina nos respectivos estabelecimentos; tal não prejudica, contudo, as exigências de um processo justo e equitativo.

¹¹⁴³ A Constituição exige, como garantias mínimas, em quaisquer processos sancionatórios, “os direitos de audiência e defesa” (n.º 10 do art. 32.º). Quanto às demais garantias, parece-nos transponível para este domínio a afirmação de Nuno Brandão relativa às garantias no processo contra-ordenacional: “ali onde se deva entender que a ideia de Justiça e o princípio do Estado de direito impõem ao direito das contra-ordenações a sua conformação com um certo mínimo axiológico espelhado num dado princípio jurídico-constitucional vazado na Constituição penal deve esse princípio considerar-se *directamente* aplicável ao direito contra-ordenacional, mesmo que a letra do preceito constitucional que o consagre pareça dar a impressão de uma exclusiva predisposição de aplicação ao domínio penal” (Nuno BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações*, p. 883); isto sem prejuízo de diferentes modos de materialização dos princípios constitucionais consoante o domínio sancionatório em causa (*ibidem*, p. 885). CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada* I, em anotação ao art. 30.º, p. 505, consideram que o n.º 5 do art. 30.º não serve de credencial para a diminuição de garantias disciplinares (“são seguramente atentatórias desta garantia constitucional, por excessivas, as imposições ou restrições em relação aos presos que não se justifiquem àquela luz; como, por exemplo [...], diminuição de garantias disciplinares”). Aliás, um dos propósitos do legislador do CEP foi precisamente reforçar as garantias em matéria disciplinar e alinhá-las com as *Regras Penitenciárias Europeias* (cf. ponto 5 da exposição de motivos da Proposta de Lei). Sobre a concretização destas garantias no regime legal, J. BOAVIDA, *Direito disciplinar penitenciário*, esp. pp. 119 ss. Cf. ainda o conjunto de garantias procedimentais estabelecido nas *Regras de Nelson Mandela* (Regra 41) e nas *Regras Penitenciárias Europeias* (Regras 56 ss.). Refira-se ainda que o TEDH tende a ser cada vez mais exigente em matéria de garantias do processo disciplinar, quer na fase administrativa, quer na fase do controlo judicial: no Acórdão *Gülmez c. Turquia*, de 20-5-2008, a que já nos referimos (caso de um recluso sancionado com medidas disciplinares de privação de visitas durante vários meses, tendo as decisões administrativas sido confirmadas pelos tribunais), o Tribunal considerou violado o art. 6.º da CEDH (direito a um processo equitativo), na sua vertente civil, em razão de o recluso não ter beneficiado nem de uma audiência pública (o tribunal decidia com base nos autos) nem da assistência por advogado no processo judicial (cf. §§ 37-39).

¹¹⁴⁴ Sobre este ponto, criticamente quanto ao regime vigente, que limita a susceptibilidade de impugnação às sanções mais gravosas, *infra*, 3.1, e Parte V, 3.2.1. Recorde-se que as *Regras de Nelson Mandela* estatuem que os reclusos devem ter a oportunidade de recorrer da aplicação de sanções disciplinares para um tribunal (Regra 41, n.º 4) e que as *Regras Penitenciárias Europeias* recomendam que o recluso visado por uma sanção disciplinar deve poder interpor recurso para uma instância superior competente e independente (Regra 61). Também a COMISSÃO PARA A REFORMA DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE PENAS E MEDIDAS, no seu relatório *A execução das medidas privativas da liberdade*, p. 113, entendia que o direito à protecção jurídica titulado pelo recluso inclui, em caso de aplicação de uma medida disciplinar, o direito à apreciação judicial da decisão em via de recurso para o tribunal; e o «Projecto de Proposta de Lei de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade» de Anabela Miranda Rodrigues, já referido (Cap. I, 1.4.1), embora também admitisse o direito de recurso para o TEP apenas “nos casos previstos na presente lei” (art. 108.º), incluía o direito de impugnação pelo recluso de todas as medidas disciplinares que não a mera repreensão (art. 100.º).

constituem repercussões negativas na esfera jurídica do recluso, ao que acresce a relevância de uma sanção disciplinar em decisões futuras: desde logo, para efeitos de reincidência disciplinar (artigo 99.º do CEP) e, depois, em sede de tomada de decisões para as quais o comportamento do recluso no decurso da execução constitui factor a ponderar, como é o caso do regime de execução, da concessão de medidas de flexibilização da execução ou da liberdade condicional. Exige-se, pois, a susceptibilidade de sindicância judicial da legalidade da medida e do cumprimento das garantias procedimentais.

Refira-se, porém, que o tribunal, caso verifique ilegalidades, não deve substituir-se à Administração no exercício do poder disciplinar. A este respeito, em sede de impugnação de decisão disciplinar, o Código apenas proíbe a *reformatio in pejus*¹¹⁴⁵, conferindo ao TEP poderes para anular ou alterar a decisão impugnada¹¹⁴⁶. A nosso ver¹¹⁴⁷, seria mais consentâneo com a repartição de funções – e de responsabilidades – na execução da pena que o tribunal se pronunciasse sobre quaisquer causas de invalidade da decisão, anulando-a se fosse o caso, e indicando as vinculações a que uma nova decisão da Administração deveria sujeitar-se, competindo depois a esta proferir nova decisão, cumprindo as vinculações judicialmente determinadas. Ressalvar-se-iam, por razões de economia processual, os casos em que houvesse uma única modificação possível, podendo também admitir-se uma mera redução da duração da sanção, nomeadamente quando a censura do tribunal consistisse na desproporcionalidade desta¹¹⁴⁸.

e) Medidas restritivas relacionadas com a manutenção da ordem e da segurança

De acordo com os artigos 87.º e 135.º do CEP, compete aos serviços prisionais garantir a ordem e a segurança nos estabelecimentos. A manutenção da ordem considera-se “condição indispensável para a realização das finalidades da execução das penas e medidas privativas da liberdade”, “no interesse de uma vida em comum organizada e segura”, e a segurança “é mantida para protecção de bens jurídicos

¹¹⁴⁵ Cf. art. 210.º: o tribunal não pode modificar, em prejuízo do recluso, as medidas disciplinares constantes da decisão impugnada, na sua espécie ou medida.

¹¹⁴⁶ Art. 201.º, n.º 1, b).

¹¹⁴⁷ Desenvolveremos esta posição *infra*, Parte V, 3.2.9.

¹¹⁴⁸ Em sentido próximo, J. BOAVIDA, *Direito disciplinar penitenciário*, p. 132.

fundamentais, pessoais e patrimoniais, para defesa da sociedade e para que o recluso não se subtraia à execução da pena ou da medida” (artigo 86.º).

Instrumentos de manutenção da ordem e da segurança são, designadamente, a aplicação de meios comuns de segurança¹¹⁴⁹ e de meios especiais de segurança¹¹⁵⁰, o recurso a meios coercivos¹¹⁵¹ ou as restrições de contactos com o exterior¹¹⁵², medidas que alguns autores referem como “para-disciplinares”¹¹⁵³.

Tal tarefa não pode prescindir de uma possibilidade de actuação célere e imediata em situações de perigo iminente, não se compadecendo com a espera pela obtenção de uma decisão judicial.

Questão diferente é a exigência de alguma forma de tutela judicial, quer sob a forma de uma validação judicial subsequente (tal como sucede em alguns lugares do processo penal), quer de uma comunicação ao Ministério Público para verificação da legalidade, quer de uma possibilidade de sindicância por iniciativa do recluso visado.

A tutela judicial é exigível por se tratar de ingerências restritivas na esfera jurídica do recluso. Acresce a importância de assegurar que tais medidas são aplicadas

¹¹⁴⁹ São meios comuns de segurança, designadamente, a observação, a revista pessoal, a busca, o controlo periódico de presenças e o controlo através de instrumentos de detecção, de meios cinotécnicos ou de sistemas electrónicos de vigilância ou biométricos (art. 88.º, n.º 2).

¹¹⁵⁰ Nos termos do art. 88.º, n.º 3, constituem meios especiais de segurança: a proibição do uso ou apreensão temporária de determinados bens ou objectos; a observação do recluso durante o período nocturno; a privação ou restrição do convívio com determinados reclusos ou do acesso a espaços comuns do estabelecimento prisional; a utilização de algemas; a colocação em cela de separação da restante população prisional; e a colocação em quarto de segurança. Os meios especiais de segurança têm natureza cautelar, apenas podem ser utilizados quando haja perigo sério de evasão ou tirada ou quando, em virtude do comportamento ou estado psico-emocional do recluso, haja perigo sério de prática de actos de violência contra si próprio ou contra bens jurídicos pessoais ou patrimoniais; mantêm-se apenas enquanto durar a situação de perigo que determinou a sua aplicação e não podem ser utilizados a título disciplinar (n.ºs 4 e 5 do art. 88.º).

¹¹⁵¹ De acordo com o art. 94.º do CEP, “é permitida a utilização de meios coercivos para afastar um perigo actual para a ordem e segurança do estabelecimento prisional que não possa ser eliminado de outro modo, designadamente: a) para impedir actos individuais ou colectivos de insubordinação, rebelião, amotinação ou evasão; b) para evitar a prática pelo recluso de actos de violência contra bens jurídicos pessoais, do próprio ou de terceiro, ou patrimoniais; c) para vencer a resistência activa ou passiva do recluso a uma ordem legítima; d) para impedir a tirada de reclusos ou a entrada ou permanência ilegais de pessoas no estabelecimento prisional”. Constituem meios coercivos a coacção física, a coacção com meios auxiliares e o recurso a armas (art. 95.º).

¹¹⁵² Designadamente, a não autorização ou a proibição de visita por motivos de perigo para a segurança e ordem do estabelecimento (art. 65.º), a restrição ou o controlo presencial de contactos telefónicos por razões de ordem e segurança (arts. 70.º e 71.º), a leitura e retenção de correspondência em caso de perigo para as finalidades da execução, de fundada suspeita da prática de crime ou por justificadas razões de protecção da vítima do crime ou de ordem e segurança (arts. 68.º e 69.º) e a não autorização de entrevista a órgão de comunicação social com base em razões de ordem, disciplina e segurança do estabelecimento, segurança de terceiros ou finalidades da prisão preventiva (art. 75.º).

¹¹⁵³ Cf. J. BOAVIDA, *Direito disciplinar penitenciário*, pp. 79 ss., alertando para o risco de “sanções encapotadas”.

de acordo com o fim legalmente estabelecido e não como sanções disciplinares informais¹¹⁵⁴.

Também aqui se requer não só a subordinação aos princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade¹¹⁵⁵, mas também que o procedimento da Administração se revista de garantias, incluindo a fundamentação da decisão, a comunicação ao visado e a possibilidade de controlo jurisdicional, ainda que *a posteriori*¹¹⁵⁶. No caso de algumas medidas que interferem mais fortemente com direitos fundamentais, pode ser exigível a prática do acto, em primeira linha, por órgão judicial¹¹⁵⁷.

f) As licenças de saída administrativas

A questão da reserva de juiz na concessão de licenças de saída foi já tratada no ponto anterior (1.2.1, *b*). Como aí ficou dito, sem prejuízo da justificação para uma intervenção judicial em alguns aspectos (decisão do momento a partir do qual as exigências de socialização e de defesa da sociedade admitem o gozo de saídas; decisões com impacto no cômputo, como a revogação), as saídas são de considerar uma medida *normal* de execução, inserida no percurso de socialização dos reclusos que cabe à administração prisional proporcionar, no quadro da sua missão de assegurar a realização das finalidades da execução, sendo aliás o órgão funcionalmente mais adequado, devido à sua proximidade, para a decisão concreta das saídas e para a “gestão” destas em conjugação com o percurso do recluso, a sua vida familiar e as actividades programadas no estabelecimento.

¹¹⁵⁴ É conhecida a confusão que durante muito tempo se verificou entre meios especiais de segurança e sanções disciplinares, sobretudo na ausência de previsão legal de medidas cautelares na pendência do processo disciplinar (tendo o Código visado contribuir para clarificar as fronteiras entre ambos os institutos). Em sentido semelhante, alertando para a necessidade de assegurar que decisões como a concessão ou não de saídas ou de regimes abertos não são informalmente usadas como medidas disciplinares, o que, na perspectiva do Autor, só pode ser evitado reforçando o estatuto jurídico do recluso e limitando a discricionariedade do decisor, Dirk Van Zyl Smit, «Conclusion», in VAN ZYL SMIT/Dünkel (eds.), *Imprisonment Today and Tomorrow*, p. 840.

¹¹⁵⁵ Art. 86.º, n.º 4, do CEP.

¹¹⁵⁶ O CEP prevê a possibilidade de impugnação pelo recluso das decisões de não autorização e proibição de visitas, de restrição dos contactos telefónicos, de não autorização de entrevista (arts. 65.º, n.º 5, 70.º, n.º 5, 75.º, n.º 4). São comunicadas ao Ministério Público, para verificação da legalidade e eventual impugnação, as decisões de retenção de correspondência e de não comunicação ao recluso dessa retenção e de aplicação ou manutenção dos meios especiais de segurança mais gravosos (arts. 69.º, n.º 2, 92.º, n.º 6, e 93.º, n.º 5).

¹¹⁵⁷ Cf. *supra*, 1.2.1, *c*): será o caso da intrusão corporal para extracção de objectos, da definição do destino a dar à correspondência retida e aos objectos ou valores apreendidos aos reclusos.

Já quanto às saídas para participação em actividades organizadas pelos serviços prisionais, para resolução de situações urgentes e inadiáveis, por motivos de particular significado humano, para comparência em acto processual ou para receber cuidados de saúde no exterior¹¹⁵⁸, também de concessão administrativa, não se identificam razões para uma intervenção judicial na sua autorização.

g) As licenças de saída administrativas extraordinárias no quadro da pandemia

Merece ainda referência o “regime extraordinário de licença de saída administrativa de reclusos condenados”, introduzido pela Lei n.º 9/2020, de 10-4, que aprovou um conjunto de medidas excepcionais relativas à execução das penas com vista a prevenir o contágio no interior dos estabelecimentos prisionais aquando da pandemia da doença Covid-19.

De acordo com o n.º 4 daquele diploma, podem ser concedidas pelo Director-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais “licenças de saída administrativas extraordinárias” aos reclusos condenados que reúnam os requisitos e critérios gerais de concessão de licenças de saída e que tenham já beneficiado de uma (no caso de reclusos em regime aberto) ou de duas (no caso de reclusos em regime comum) licenças de saída jurisdicionais.

Estas licenças têm a duração de 45 dias, podendo ser renovadas, mais do que uma vez e por períodos de até 45 dias, por decisão do Director-Geral, em função da conduta do recluso e da evolução da pandemia. Os reclusos a quem forem concedidas estas licenças ficam sujeitos aos deveres de permanecer na habitação¹¹⁵⁹ e de aceitar a vigilância dos serviços de reinserção social e dos elementos dos órgãos de polícia criminal territorialmente competentes, cumprindo as suas orientações e respondendo aos contactos periódicos que com ele vierem a estabelecer, nomeadamente por via telefónica. Contudo, no caso de reclusos em regime aberto, o Director-Geral pode autorizar a continuação da actividade laboral durante a vigência da licença de saída. O período de saída é considerado tempo de execução da pena, excepto em caso de revogação.

¹¹⁵⁸ Cf. art. 76.º, n.º 3, *b)* e *c)*, e n.º 4, *a)* e *b)*, do CEP.

¹¹⁵⁹ Recorde-se que a lei foi aprovada durante um período de estado de emergência, em que vigorava para a população em geral um dever de recolhimento domiciliário.

Relativamente ao controlo jurisdicional da decisão, prevê-se que a concessão das licenças, assim como a sua cessação, são comunicadas ao Ministério Público para verificação da legalidade e eventual impugnação.

Se, durante a licença, o recluso deixar de cumprir injustificadamente qualquer das condições impostas, pode ser proferida uma solene advertência pelo director do estabelecimento prisional ou pode ser revogada a licença pelo Director-Geral. A revogação é comunicada ao Ministério Público junto do tribunal de execução das penas, para promover o correspondente desconto no cumprimento da pena, nos termos gerais do artigo 141.º, *h*), do CEP. O recluso pode impugnar a legalidade da decisão de revogação perante o tribunal de execução das penas.

A opção pelo mecanismo das licenças de saída como via para o alívio temporário da lotação dos estabelecimentos prisionais suscita algumas questões, não só de desvirtuação da razão de ser das licenças de saída (que, segundo o Código, como já vimos, visam “a manutenção e promoção dos laços familiares e sociais e a preparação para a vida em liberdade”), mas também, e para o que neste trabalho mais releva, de reserva de função jurisdicional.

Com efeito, a sua concessão pela administração prisional, e não pelo juiz, é de legitimidade questionável, dada a substancial modificação no modo de execução da pena que, devido ao seu prolongamento por meses, acabam por operar. Acresce que a concessão destas licenças pode abrir caminho à antecipação da própria liberdade condicional: nos termos do artigo 5.º, “para efeito de adaptação à liberdade condicional, verificado o gozo, com êxito, de licença de saída administrativa concedida nos termos do artigo anterior, a colocação em liberdade condicional pode ser antecipada pelo tribunal de execução das penas, por um período máximo de seis meses”.

A opção do legislador vem justificada na exposição de motivos da proposta de lei que lhe deu origem¹¹⁶⁰: “a circunstância de o recluso ter já gozado de licença [jurisdicional], cujas condições e prazo respeitou, constitui um sinal de fidelidade ao direito e permite um juízo de prognose favorável ao êxito da aplicação da medida que ora se institui. O gozo, com êxito, da licença administrativa excepcional de saída preconizada, cria, por sua vez, a convicção fundada de que o condenado está apto, uma vez em liberdade, a conduzir a sua vida de modo socialmente responsável e de que não cometerá outros crimes, o que justifica, para efeito de adaptação à liberdade condicional, a consagração da faculdade da sua antecipação”. De acordo com Nuno

¹¹⁶⁰ Proposta de Lei n.º 23/XIV, *Diário da Assembleia da República*, II Série A, n.º 72/XIV/1, de 3-4-2020, pp. 80-84.

Brandão, “ter-se-á considerado que se um juiz de execução das penas já anteriormente deu luz verde a saídas dessa natureza, afiançando assim a verificação dos requisitos e critérios gerais das licenças de saída estabelecidos no art. 78.º do CEPMPL, poder-se-á agora, no difícil cenário actual, dispensar a intervenção judicial. Nesse sentido, entrega-se a decisão à administração penitenciária”¹¹⁶¹.

Segundo a informação publicamente disponibilizada pela Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, mais de 700 reclusos saíram das prisões em licença de saída extraordinária em Abril de 2020, ao abrigo desta legislação. Embora cerca de 100 tenham retornado (quer voluntariamente, quer por revogação ou não renovação da licença), os restantes mantinham-se ainda no respectivo gozo em Dezembro de 2020. Dezenas alcançaram entretanto o termo da pena e mais de duas centenas viram entretanto concedida a liberdade condicional.

Certamente, a urgência com que a lei teve de ser aprovada não se compadecia com uma aturada reflexão nem com amplo debate doutrinal; por outro lado, porventura não se imaginava, em Abril, que a pandemia seria tão duradoura e que as licenças de saída concedidas pela Administração iriam prolongar-se por tal duração.

É de concluir que a medida em causa não se reveste da mesma natureza das licenças de saída, configurando antes uma verdadeira modificação da sentença condenatória, que não estava nela “pressuposta”. A sua natureza mais se assemelha à da figura da “modificação da execução”, prevista no artigo 118.º do CEP para situações humanitárias. É, pois, muito duvidosa a legitimidade da competência da administração prisional para a sua concessão¹¹⁶².

Acresce que, se já tínhamos considerado questionável a irrecorribilidade pelo recluso das decisões judiciais de não concessão das “normais” licenças de saída

¹¹⁶¹ Nuno BRANDÃO, «A libertação de reclusos em tempos de COVID-19...», p. 15.

¹¹⁶² Expressando também dúvidas quanto à legitimidade da opção por uma concessão administrativa, Nuno BRANDÃO, «A libertação de reclusos em tempos de COVID-19...», p. 15: “onde receamos que se possam vir a suscitar dúvidas sobre o regime desenhado no art. 4.º é no plano da administrativização da competência para a libertação transitória dos reclusos. É que o período previsto para a presente licença de saída extraordinária – 45 dias, renovável, mais do que uma vez e por períodos de até 45 dias (art. 4.º/1/3) – nada tem que ver com as típicas licenças de saída não custodiadas que são da competência da administração penitenciária. Poderá, por isso, questionar-se se esta licença de saída administrativa extraordinária não terá um significado tal sobre a pena que, mais do que uma simples ‘alteração do conteúdo da execução da pena de prisão’, representa já uma ‘alteração do conteúdo da sentença condenatória’ – critérios que a nossa jurisprudência constitucional mobiliza, pela negativa e pela positiva, respectivamente, para densificar o princípio da reserva de juiz em matéria de execução de penas [referência ao Ac. n.º 427/2009 do TC]. Terá o legislador, porventura, temido que os Tribunais de Execução das Penas não dispusessem de meios humanos suficientes para, no presente quadro de urgência, intervir em tempo útil neste domínio, tendo-se decidido pela administrativização do procedimento, a qual, em todo o caso, é compensada pelo monopólio da última palavra que também aqui deve ser reconhecido ao poder judicial”.

jurisdicionais, mais flagrante ainda é a não previsão da faculdade de impugnação – nem sequer pelo Ministério Público – da não concessão desta licença de saída extraordinária¹¹⁶³. Considerando a importância desta decisão, pela relação que tem com a protecção da saúde e pelo efeito modificativo no modo de execução da pena por um largo período, com reflexos na própria concessão da liberdade condicional, é imprescindível que o processo decisório seja rodeado de garantias que assegurem, nomeadamente, uma aplicação não arbitrária e não discriminatória. A garantia de acesso a um tribunal revela-se a única forma de controlo da juridicidade da decisão.

2. Aplicação do novo regime pela jurisprudência

Vejamos seguidamente a aplicação feita pelos tribunais das novas competências, bem como as questões de constitucionalidade suscitadas na vigência do novo Código, para então aferirmos do respeito, pelo actual quadro jurídico, das esferas funcionais próprias do juiz e da Administração, bem como das exigências de tutela jurisdicional efectiva.

2.1. A jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa à reserva de juiz e à tutela judicial efectiva na vigência do novo Código

O Tribunal Constitucional, com a jurisprudência proferida após a aprovação do novo Código, tem contribuído para a clarificação da questão da repartição de funções entre a Administração e os Tribunais na fase da execução, bem como do alcance do direito à tutela jurisdicional efectiva dos reclusos perante decisões da administração prisional¹¹⁶⁴.

Fê-lo, sobretudo, através de dois relevantes acórdãos, ambos tratando questões de constitucionalidade suscitadas a propósito dos regimes de execução da pena de prisão: o Acórdão n.º 427/2009, relativo à competência para a concessão do regime aberto no exterior, e o Acórdão n.º 20/2012, relativo à impugnabilidade da decisão de

¹¹⁶³ Com efeito, só se prevê a impugnabilidade pelo recluso da decisão de revogação e a impugnabilidade pelo Ministério Público das decisões de concessão e de cessação das licenças.

¹¹⁶⁴ Analisando a jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria de execução da pena de prisão, Maria João ANTUNES, «Direito penal, direito processual penal e direito da execução das sanções privativas da liberdade e jurisprudência constitucional», pp. 116 s., e Inês Horta PINTO, «A jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria de execução da pena de prisão e a sua influência na tutela dos direitos das pessoas privadas da liberdade», pp. 83 ss.

aplicação do regime de segurança. Estes acórdãos, por aprofundarem os temas de que se ocupa o presente trabalho, justificam uma análise detida.

2.1.1. O Acórdão n.º 427/2009, sobre a competência para a colocação em regime aberto no exterior

Aprovado o Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade pela Assembleia da República, o Presidente da República requereu ao Tribunal Constitucional a fiscalização preventiva da norma que atribui ao Director-Geral dos Serviços Prisionais a competência para a concessão do regime aberto no exterior, por eventual violação da reserva de jurisdição e do imperativo do respeito pelo caso julgado.

Para melhor compreensão da questão, importa fazer um apontamento prévio sobre a origem e evolução do “regime aberto no exterior”, já que não se tratava, no diploma sob fiscalização, nem da criação de um regime novo nem de uma atribuição inovatória de competência.

Com efeito, o regime tinha previsão legal na lei de execução de 1979, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 49/80, de 22-3, cujo artigo 58.º dispunha, sob a epígrafe “flexibilidade na execução”, que, “a fim de tornar a execução das medidas privativas de liberdade mais flexível, nomeadamente nos aspectos referentes ao restabelecimento de relações com a sociedade, de forma geral e progressiva, pode o recluso internado em estabelecimento ou secção de regime aberto ser autorizado pela Direcção-Geral, sob proposta do respectivo director [...] a sair do estabelecimento, com ou sem custódia, a fim de trabalhar ou frequentar estabelecimentos de ensino e aperfeiçoamento profissional” (n.º 1, al. *a*) e que “as medidas de flexibilidade na execução só podem ser concedidas se não for de recear que o recluso se subtraia à execução da pena ou que se aproveite das possibilidades que tais benefícios lhe proporcionam para delinquir, desde que a concessão da licença de saída não prejudique seriamente a segurança e a ordem públicas, nem ponha em causa as razões de prevenção geral e especial que sempre cabem à execução das medidas privativas de liberdade” (n.º 2).

Com base nesta disposição legal e nas circulares que sucessivamente regularam os termos concretos da concessão do designado “regime aberto voltado para o exterior”, este foi aplicado pelos Serviços Prisionais nas décadas seguintes com reconhecido sucesso, permitindo aos condenados uma reaproximação progressiva à vida em

liberdade e proporcionando-lhes oportunidades de reintegração social através do estudo, formação e trabalho.

Sobre a constitucionalidade da competência do Director-Geral dos Serviços Prisionais para a concessão deste regime já se tinha debruçado, à luz desse quadro legal, o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, tendo concluído que tal decisão “não se integra no âmbito constitucional de reserva da função jurisdicional definido no artigo 205.º, n.º 2, da Constituição”, nem nas demais reservas especificadas no texto constitucional, pelo que a norma em causa “não é, assim, inconstitucional, por violação do princípio da reserva de função jurisdicional”¹¹⁶⁵. Para assim concluir, o Conselho tomou em consideração que a execução das medidas privativas da liberdade está legalmente cometida “aos serviços da Administração especialmente constituídos para desempenhar esta função”, que “a jurisdicionalização da fase de execução das medidas privativas da liberdade inscreve-se historicamente no âmbito da protecção e defesa dos direitos do recluso, intervindo o juiz na decisão sobre as modificações ou alterações essenciais do estatuto do recluso durante a execução da medida”, que “a licença de saída do estabelecimento prevista no artigo 58.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, constitui um modo de flexibilizar a execução da medida privativa de liberdade, sem modificação jurídica substancial no estatuto do recluso”, que tal concessão “está condicionada à verificação de pressupostos objectivos e subjectivos e à não ocorrência de limites negativos legalmente previstos, mas não constitui, expressamente por imposição legal, um direito do recluso” e que o regime em causa “integra-se no plano de recuperação do recluso, constituindo um elemento do plano individual na preparação do condenado para a vida em liberdade”.

Ora, o legislador do CEP manteve a previsão deste regime, ao lado dos demais regimes de execução da pena nos quais o recluso pode ser colocado em função da avaliação das necessidades e riscos individuais, de acordo com o princípio da individualização da execução (artigos 5.º e 12.º do CEP), mantendo igualmente a competência para a sua concessão a cargo do Director-Geral dos Serviços Prisionais.

A par disso, introduziu novas previsões, tendentes ao reforço da legalidade e do controlo judicial. Assim, na dimensão da legalidade, os pressupostos e procedimentos para a concessão do regime, que antes constavam, em parte, de circulares administrativas, passaram a constar integralmente do Código (artigo 14.º) e os requisitos de concessão tornaram-se mais exigentes, passando a incluir expressamente a

¹¹⁶⁵ Parecer n.º 104/1990, votado por unanimidade e homologado pelo Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Justiça, publicado no *DR*, II Série, de 27-8-1991.

consideração da protecção da vítima. Quanto à dimensão jurisdicional, previu-se a intervenção do tribunal de execução das penas, quer na exigência de uma prévia concessão por este tribunal de uma licença de saída jurisdicional, que tenha sido avaliada positivamente (n.º 4 do artigo 14.º), quer na comunicação obrigatória da decisão de concessão ao Ministério Público, para verificação da legalidade, devendo este impugnar a decisão perante o juiz quando considere que a concessão não cumpre os requisitos legais (artigo 14.º, n.º 8).

No pedido de fiscalização preventiva em análise, considerava-se que a decisão de concessão do regime aberto no exterior integra “o âmbito material da função jurisdicional”, porquanto “implica não só a realização da justiça, a defesa da legalidade e a tutela de direitos dos reclusos mas também a composição de interesses conflitantes, mormente os do próprio recluso, da vítima, da administração e da sociedade em geral, [...] o qual torna indispensável a intervenção de um órgão independente que julgue a questão de acordo com o direito”, o que configuraria violação da reserva de jurisdição, prevista no artigo 202.º da CRP. Considerava-se ainda que a norma conferia à administração poderes para “alterar ou substituir o sentido da condenação”, em violação “do imperativo do respeito pelo caso julgado, por parte dos órgãos da Administração Pública”.

Tendo o requerente invocado as diferenças entre a nova legislação e a anterior na regulação jurídica do regime aberto, o Tribunal entendeu que estas não apresentavam diferenças significativas, não se podendo afirmar, como se fazia no pedido, que tais diferenças fizessem com que o regime aberto deixasse de ser “um instrumento de flexibilização da execução da pena, intrínseco à gestão da vida interna da prisão e, como tal, pertencendo ao domínio da administração prisional”. O Tribunal considerou haver duas diferenças essenciais (a necessidade de uma prévia licença de saída concedida pelo juiz e o controlo obrigatório da legalidade pelo Ministério Público, com possibilidade de impugnação judicial) “que, contudo, são insusceptíveis de fundar um qualquer juízo de inconstitucionalidade, inserindo-se, pelo contrário, numa preocupação de jurisdicionalização da execução da pena de prisão”.

O Presidente da República entendia também que vários aspectos do regime em causa o faziam assemelhar-se à liberdade condicional, o que faria a matéria integrar-se na reserva de função jurisdicional: a norma em causa configurava a apreciação da possibilidade de concessão do regime, uma vez verificados os seus pressupostos formais, como um poder-dever da administração e um correspectivo direito do recluso; o juízo de fundo relativo à personalidade e perigosidade do recluso e às exigências de

protecção da vítima e de defesa da ordem e paz social, implicado naquela apreciação, seria análogo àquele a que o juiz procede para a decisão sobre a liberdade condicional; e a aplicação do regime aberto constituiria uma modificação da sentença condenatória semelhante à que resulta da liberdade condicional.

O Tribunal entendeu, todavia, que, ainda que a apreciação da possibilidade de concessão do regime aberto seja um poder-dever da administração, esta, ao fazê-lo, está a exercer “a competência que lhe está legalmente cometida de *garantir a execução das penas e medidas privativas da liberdade, de acordo com as respectivas finalidades*” (nos termos dos artigos 2.º, n.º 1, e 135.º, n.º 1, *a*), do CEP, 42.º do Código Penal e 266.º, n.º 2, da CRP). Por outro lado, rejeitou o entendimento de que os critérios de prevenção, geral e especial, sejam privativos da actividade jurisdicional: “tais critérios, de harmonia com o disposto no artigo 40.º, n.º 1, do Código Penal, são critérios que não podem deixar de nortear também quer a actividade do legislador, quando, por exemplo, estabelece as molduras penais, quer a actividade da administração prisional, quando garante a execução das penas e medidas privativas da liberdade, de acordo com as respectivas finalidades”.

Perante a invocação, no pedido, de que “o paradigma em vigor” na legislação precedente consistia “na distinção entre *um domínio material de controlo e modelação da execução* que é cometido à actividade jurisdicional desenvolvida pelo tribunal de execução das penas – e, mais concretamente, pelo juiz desse tribunal – e um *domínio de organização e inspecção das instalações penitenciárias* voltado para o cumprimento da pena, que é atribuído à função administrativa”, o que explicaria o elenco de competências atribuído aos tribunais de execução das penas por essa legislação, o Tribunal salientou alguns pontos muito relevantes. Desde logo, que o facto de certas decisões estarem cometidas, por lei, aos tribunais não significa que integrem a reserva constitucional de jurisdição: “nem todas as intervenções judiciais são necessariamente impostas pelo artigo 202.º, n.º 2, da CRP”, pelo que a definição legal da competência dos TEP não constitui argumento decisivo para a definição da reserva de juiz em matéria de execução das penas, embora não seja de recusar que para a densificação da reserva de juiz “contribui também o que a lei inclui – e foi incluindo – na competência daqueles tribunais”.

O Tribunal rejeitou igualmente a asserção do requerente de que a concessão do regime aberto constituísse uma “modificação da sentença condenatória”: no regime aberto, o conteúdo da sentença “continua a ser” de *privação da liberdade*, havendo, tão-só, uma *alteração do conteúdo da execução da pena de prisão*, politico-

-criminalmente justificada por referência aos princípios jurídico-constitucionais da socialidade e da necessidade da intervenção penal” e ao princípio da individualização do tratamento prisional consagrado na legislação penitenciária, pelo que a concessão do regime “não extravasa a natureza de medida de flexibilização da execução da pena”, não implicando devolução do recluso à liberdade nem alteração do seu estatuto jurídico.

Quando decide sobre a colocação em regime aberto, o Director-Geral não exerce a actividade de *repressão da violação da legalidade democrática* reservada aos tribunais pelo artigo 202.º da CRP (pois nesta decisão “não ressurgem o conflito jurídico-penal emergente da prática do crime, entretanto já resolvido na sentença condenatória”), não resolve uma “questão de direito” nem o faz para a resolver, nem dirige um qualquer litígio em que os interesses em confronto sejam os das partes¹¹⁶⁶. Antes “prosegue o *interesse público* de prevenir a reincidência [...], exercendo a competência que lhe está atribuída de *garantir a execução da pena de prisão de acordo com as respectivas finalidades*”.

Por fim, o Tribunal não considerou verificada a alegada violação “do imperativo do respeito pelo caso julgado por parte dos órgãos da Administração Pública”, pois a administração prisional, ao decidir sobre o regime aberto, “não *modifica* o sentido da sentença que condenou a uma pena de prisão nem *altera* o sentido da pena”. Se a pena privativa da liberdade é necessariamente modelada na sua execução, em virtude dos princípios da socialização, da necessidade e da individualização, a execução da pena em regime aberto no exterior “*encontra-se pressuposta na sentença que condenou a uma pena de prisão*”.

Com base na argumentação antecedente, que merece a nossa inteira concordância¹¹⁶⁷, o Tribunal não se pronunciou pela inconstitucionalidade da norma.

O Acórdão teve dois votos de vencido. Num deles, sustenta-se que a decisão de colocação em regime aberto envolve uma “determinação do conteúdo essencial duma pena de prisão anteriormente imposta”, pelo que deve comungar da mesma natureza – necessariamente judicial – da sentença; “estão em causa direitos fundamentais individuais em contraposição com interesses de defesa da ordem jurídica e da paz social”, devendo a palavra decisiva “pertencer a um juiz, dotado das qualidades de independência e imparcialidade que garantam uma justa e isenta composição do

¹¹⁶⁶ O Tribunal refere-se aqui aos critérios desenvolvidos por Afonso Queiró – como se viu *supra*, Parte I, Cap. IV, 1.2, tradicionalmente acolhidos pela jurisprudência constitucional para a distinção entre função jurisdicional e administrativa.

¹¹⁶⁷ Manifestando também concordância com o acórdão em apreço, Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 114.

conflito”¹¹⁶⁸. No outro, considera-se que a medida em causa, pela centralidade que ocupa na execução da pena e, por ela, na ressocialização do condenado, impõe intervenção judicial¹¹⁶⁹. Argumenta-se que “a eleição da modalidade de execução a que se refere o pedido implica uma avaliação do recluso e da sua evolução ao longo da execução da pena que envolve ponderações que escapam ao puro domínio da administração prisional”. Quanto a este argumento, parece-nos basear-se numa interpretação que minoriza o papel da administração prisional e ignora a sua missão – legalmente prescrita e constitucionalmente fundada – de garantia da execução das penas de acordo com as respectivas finalidades. A declaração de voto considera ainda que os argumentos aduzidos no Acórdão no sentido de que o acesso ao regime aberto se encontra pressuposto na sentença e de que a decisão sobre o regime aberto não integra a actividade de repressão da violação da legalidade democrática *provam demais*, pois que o mesmo se poderia dizer em relação à concessão da liberdade condicional e das licenças de saída “e no que a estas diz respeito é pacificamente aceite a competência do tribunal de execução das penas”. Quanto a este ponto, a nosso ver, se é verdade que é “pacificamente aceite” a competência do TEP para a concessão de liberdade condicional e de licenças de saída prolongadas, tal não significa que ela seja, em qualquer circunstância, *constitucionalmente imposta*¹¹⁷⁰.

Apesar da pronúncia do Tribunal no sentido da não inconstitucionalidade, a Assembleia da República veio a aprovar, na legislatura seguinte, uma alteração ao artigo 14.º do CEP, sujeitando a decisão do Director-Geral dos Serviços Prisionais que conceda o regime aberto no exterior a *homologação* do tribunal de execução das penas¹¹⁷¹.

Embora o regime que daí resulta – manutenção da decisão na administração, com controlo judicial obrigatório – não nos suscite objecções, não pode deixar de assinalar-se as incoerências que esta intervenção legislativa veio introduzir no sistema. Senão vejamos: o n.º 8 do artigo 14.º previa que quer a decisão de concessão, quer a de cessação do regime aberto fossem comunicadas ao Ministério Público, para verificação da legalidade e eventual impugnação perante o juiz; ao substituir este procedimento pelo de homologação judicial, o Parlamento fê-lo apenas para a concessão, nada

¹¹⁶⁸ Cf. declaração de voto do Juiz Conselheiro João Cura Mariano.

¹¹⁶⁹ Cf. declaração de voto do Juiz Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos.

¹¹⁷⁰ Cf. o que defendemos *supra*, 1.2.1, *b*), a propósito das competências do TEP par decidir modificações do modo (ou do conteúdo) da execução.

¹¹⁷¹ Através da Lei n.º 40/2010, de 3-9.

restando previsto para a revogação, pelo que esta última passou a ficar desprovida de fiscalização, resultando desprotegido o recluso que vir o regime revogado pela Administração. Além disso, ao exigir homologação do juiz para o regime aberto no exterior mas já não para o regime mais restritivo da esfera jurídica dos reclusos, o regime de segurança¹¹⁷², o legislador criou uma assimetria tanto menos compreensível quanto é certo que a figura do tribunal de execução das penas foi criada, historicamente, e se mantém, primordialmente, como um instrumento de garantia dos direitos fundamentais das pessoas privadas da liberdade.

2.1.2. O Acórdão n.º 20/2012, relativo à impugnabilidade da decisão de colocação em regime de segurança

Na origem do processo de fiscalização concreta esteve a aplicação e posterior manutenção de um recluso no regime de segurança previsto no artigo 15.º do CEP. Tendo o Ministério Público, na sequência da comunicação obrigatória prevista no n.º 6 daquele artigo, considerado verificada a legalidade da decisão, o recluso pretendeu impugná-la junto do tribunal de execução das penas, que rejeitou o pedido por não ser a decisão impugnável pelo recluso, de acordo com o artigo 200.º do Código. A decisão foi confirmada pelo Tribunal da Relação de Lisboa¹¹⁷³, que levou em conta que “a decisão de colocação do recluso em regime de segurança é uma decisão administrativa, relativa ao modo de execução da prisão, que privilegia a segurança da comunidade prisional e do próprio recluso, em casos em que se manifeste particularmente tal necessidade, não tendo qualquer paralelismo com a aplicação de medida disciplinar de permanência obrigatória no alojamento e de internamento em cela disciplinar – estas punitivas, ao contrário da primeira”.

O Tribunal Constitucional, chamado a julgar da constitucionalidade da norma do artigo 200.º do CEP, interpretado no sentido de não ser impugnável a decisão administrativa de manutenção do recluso em regime de segurança¹¹⁷⁴, esclareceu que este regime “não constitui, obviamente, uma modificação da pena”, mas “uma das três modalidades de execução dessa pena de prisão”, que implica “maiores restrições na esfera jurídica do recluso”, e situou a questão problemática no direito do recluso à tutela

¹¹⁷² Já que se deixou intocado o n.º 6 do artigo 15.º, que obriga a que as decisões administrativas de colocação, manutenção e revogação do regime de segurança sejam comunicadas ao Ministério Público junto do tribunal de execução das penas para verificação da legalidade e eventual impugnação.

¹¹⁷³ Ac. do TRL de 17-5-2011, Proc. n.º 2823/10.3TXLSB-C.L1-5.

¹¹⁷⁴ A questão tratada por este acórdão assemelha-se à tratada pelo acórdão do TEDH no caso *Stegarescu e Bahrin c. Portugal*, já analisado, embora este último se referisse ao ordenamento jurídico penitenciário anterior ao Código. Este acórdão do TEDH é, aliás, referido na fundamentação do acórdão do TC.

judicial, ou seja, a aceder aos tribunais para impugnar a decisão administrativa que o manteve em regime de segurança. Convocando o estatuto constitucional do recluso, decorrente do n.º 5 do artigo 30.º da CRP, afirmou que “o direito de acesso ao tribunal não é mais do que a garantia adjectiva necessária à efectivação dos direitos fundamentais do recluso e, por isso, é necessariamente um dos direitos cuja titularidade o recluso mantém”.

O Tribunal considerou que as garantias de que o Código rodeou a aplicação do regime de segurança – decisão pelo dirigente máximo da administração prisional, obrigatoriamente fundamentada e comunicada ao Ministério Público para verificação da legalidade e eventual impugnação – não podiam funcionar “como garantias substitutivas do direito à tutela judicial que assiste ao próprio recluso, em cuja esfera jurídica se vão produzir os efeitos potencialmente lesivos do acto”¹¹⁷⁵.

Assim, com base no direito do recluso à tutela judicial relativamente a actos administrativos que o lesem (artigo 268.º, n.º 4), no direito de acesso ao direito e aos tribunais (artigo 20.º) – direitos fundamentais que o recluso necessariamente mantém por via do artigo 30.º, n.º 5 – e, decisivamente, no estatuto constitucional do recluso (artigo 30.º, n.º 5), o Tribunal julgou inconstitucional a interpretação normativa no sentido de não ser impugnável a decisão administrativa de manutenção do recluso em regime de segurança, por violação dos artigos 20.º, n.º 1, e 30.º, n.º 5, todos da CRP.

Cumprе salientar que, diferentemente do acórdão relativo ao regime aberto no exterior, não estava aqui em causa a competência da administração prisional para as decisões de aplicação e manutenção do regime de segurança – competência, a nosso ver, e como já explicitámos¹¹⁷⁶, consentânea com a missão confiada à administração prisional de prosseguir o interesse público, garantindo, nos termos da lei, a execução das penas e medidas privativas da liberdade de acordo com as respectivas finalidades e assegurando a ordem e a segurança dos estabelecimentos prisionais, entendimento que julgamos reforçado com a jurisprudência firmada pelo Acórdão n.º 427/2009 relativo ao regime aberto. Tratava-se, sim, da exigência de se garantir ao recluso o acesso a um órgão jurisdicional, que tivesse a “última palavra” sobre a questão.

O acórdão em apreço constituiu mais um passo no caminho da protecção jurisdicional da posição jurídica do recluso, fazendo adivinhar uma tendência para a sua

¹¹⁷⁵ Apreciando o Acórdão em análise, Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 119, considera que este aponta para a afirmação “plena” do direito de acesso aos tribunais por parte do recluso, “na medida em que se chama a atenção para o exercício *por mão própria* deste direito pelo recluso, não o deixando ficar dependente de o acesso ao tribunal para fiscalização da legalidade da medida aplicada pelos serviços prisionais ter de ser desencadeado pelo Ministério Público”.

¹¹⁷⁶ Cf. *supra*, 1.2.2, c).

extensão – potencialmente a todas as questões da execução da pena que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos dos reclusos.

2.2. Considerações sobre a jurisprudência dos tribunais de execução das penas e dos tribunais superiores após o alargamento da intervenção judicial operado pelo novo Código

O reforço da jurisdicionalização operado pelo novo Código faria prever um consequente acréscimo de riqueza jurisprudencial¹¹⁷⁷, revelador de um alargamento efectivo da tutela jurisdicional do recluso e densificador da posição jurídica deste.

Tal parece não se ter verificado, pelo menos no que respeita à jurisprudência dos tribunais superiores, indiciando a existência de pouca litigância ou de dificuldade em fazer chegar as questões aos tribunais.

Com efeito, observa-se que grande parte da jurisprudência proferida pelos tribunais da Relação, a respeito de normas do novo Código, se refere a questões mais formais, sobretudo de competência¹¹⁷⁸, incidindo também sobre os institutos da

¹¹⁷⁷ Referindo-se já, no âmbito da legislação anterior, à “jurisprudência escassíssima” relativa à execução da pena, Anabela Miranda RODRIGUES, *Relatório Direito Penitenciário*, p. 5.

¹¹⁷⁸ Cf. Ac. do TRC de 14-9-2011 (aplicação subsidiária do CPP à tramitação do incidente de declaração de contumácia); Ac. do TRL de 15-12-2011 (competência do tribunal da condenação, e não do tribunal de execução das penas, para emissão dos mandados de “desligamento/ligamento”); Ac. do TRC de 7-3-2012 (competência do tribunal de execução das penas para a declaração de contumácia quando o condenado se exime totalmente ao cumprimento da prisão); Ac. do TRL de 26-4-2012 (competência do tribunal de execução das penas para a declaração de contumácia em caso de revogação da suspensão da execução da pena de prisão); Ac. do TRC de 8-10-2014 (competência do tribunal de execução das penas, e não do tribunal da condenação, para emissão dos mandados de “desligamento/ligamento”); Ac. do TRC de 18-3-2015 (competência do tribunal de execução das penas para a decisão de modificação da execução da pena após o trânsito em julgado da condenação); Acs. do TRL de 26-6-2015 e de 16-2-2016 (competência do tribunal de execução das penas para o cômputo das penas em caso de execução sucessiva); Acs. do TRP de 16-9-2015, de 9-12-2015, de 10-2-2016, de 16-3-2016 e de 11-5-2016 (competência do tribunal de execução das penas para a declaração de contumácia em caso de prisão subsidiária); Ac. do TRL de 10-5-2016 (competência do tribunal de execução das penas para a declaração de contumácia quando o condenado se exime totalmente ao cumprimento da pena de prisão); Ac. do TRC de 19-10-2016 (competência do tribunal de execução das penas para proceder às diligências prévias necessárias à declaração de contumácia, incluindo a notificação edital); Ac. do TRC de 29-9-2017 (competência do tribunal de execução das penas para a emissão de mandados de detenção decorrentes da declaração de contumácia); Acs. do TRC de 18-10-2017 e de 29-11-2017 (competência do tribunal da condenação, não do tribunal de execução das penas, para a emissão de mandados de detenção visando o cumprimento da pena de prisão imposta por sentença transitada em julgado); Acs. do TRP de 27-11-2013, de 23-4-2014, de 7-5-2014, de 4-11-2015, de 25-2-2016 e de 7-3-2018 (competência do tribunal de execução das penas para a declaração de extinção da pena de prisão); Ac. do TRC de 30-1-2019 (competência para apreciação de anomalia psíquica posterior).

liberdade condicional¹¹⁷⁹ e da modificação da execução da pena em caso de doença grave ou situação equiparada¹¹⁸⁰ e sobre a intervenção de advogado¹¹⁸¹.

São também poucas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal de Justiça em matéria de execução da pena de prisão, relacionadas com a aplicação do novo Código, e incidem principalmente sobre questões processuais¹¹⁸².

A escassez de jurisprudência sobre matérias mais propriamente “penitenciárias”, relacionadas com o *cumprimento* da pena (na acepção que vimos atribuindo à expressão), ou, dito de outra forma, sobre a posição jurídica do recluso perante a administração prisional, é consequência, desde logo, do facto de muitas decisões administrativas não serem impugnáveis para os tribunais de execução das penas e,

¹¹⁷⁹ Designadamente, Acs. do TRL de 23-10-2008, de 14-10-2009, de 24-2-2010 e de 15-12-2011, do TRE de 15-12-2009, do TRP de 3-10-2012, do TRC de 12-12-2012 (fundamentação da decisão sobre a concessão da liberdade condicional); Acs. do TRL de 23-10-2008, de 14-10-2009 e de 15-12-2011 e do TRE de 15-12-2009 (fundamentação da decisão sobre a revogação da liberdade condicional); Ac. do TRP de 15-12-2010 (não audição do condenado em processo de revogação); Ac. do TRC de 9-12-2010 (irrecorribilidade de despacho que julga não verificada irregularidade por falta de envio dos autos para elaboração do parecer previsto no n.º 1 do art. 177.º do CEP); Ac. do TRL de 29-2-2012 (irrecorribilidade do despacho que rejeita pedido de apreciação da liberdade condicional); Ac. do TRL de 29-2-2012 (restrição do recurso à decisão de concessão ou recusa da liberdade condicional); Ac. do TRC de 24-2-2010 (o indeferimento da colocação do recorrente em liberdade condicional ao meio da pena não implica a negação do regime de adaptação à liberdade condicional um ano antes do cumprimento dos dois terços); Acs. do TRE de 21-10-2010, do TRC de 5-2-2014 e do TRP de 7-12-2018 (autonomia procedimental entre a concessão, ou não, de liberdade condicional por referência ao cumprimento de metade da pena e o incidente para adaptação à liberdade condicional aos dois terços da pena; irrecorribilidade da decisão que recuse a colocação em regime de adaptação à liberdade condicional); Ac. do TRC de 12-1-2011 (renovação anual da instância); Ac. do TRC de 25-5-2011 (admissibilidade do recurso do despacho que recusou o incidente da renovação anual da instância; aplicação no tempo); Ac. do TRE de 6-2-2013 (inutilidade superveniente do recurso de decisão que conceda licença de saída jurisdicional se, entretanto, o recluso já se encontrar em liberdade condicional obrigatoriamente decretada).

¹¹⁸⁰ Ac. do TRE de 16-10-2012 (finalidade da modificação da execução da pena; tomada em consideração de factos supervenientes à apresentação do requerimento inicial); Ac. do TRG de 5-11-2012 (não suspensão da execução de mandado de condução a estabelecimento prisional para cumprimento de pena de prisão na pendência de requerimento de modificação da execução); Ac. do TRP de 29-4-2015 (aplicabilidade do art. 410.º do CPP à decisão sobre a modificação da execução); Ac. do TRP de 9-3-2016 (modificação da execução em caso de doença grave); Ac. do TRC de 25-1-2017 (liberdade condicional em caso de cumprimento da pena de prisão em regime de permanência na habitação ao abrigo do art. 118.º do CEP).

¹¹⁸¹ Cf. Ac. do TRL de 5-5-2011 (obrigatoriedade de assistência por defensor no processo de concessão da liberdade condicional em caso de recluso desconhecedor da língua portuguesa); Ac. do TRP de 11-1-2012 (a nomeação de defensor oficioso no processo da condenação não se estende ao processo para concessão da liberdade condicional; não é obrigatória a nomeação de defensor para a audição em processo de liberdade condicional).

¹¹⁸² Cf. Acs. de 25-11-2010 (competência territorial dos tribunais de execução das penas para conhecer de impugnação de medida disciplinar, no caso de posterior transferência de estabelecimento), de 22-6-2011 (aplicabilidade do incidente de aceleração processual em caso de atraso na decisão sobre a liberdade condicional), de 26-10-2016 (inaplicabilidade das normas do CPP relativas aos graus de recurso admissíveis; existência de um único grau de recurso relativo à decisão de concessão ou recusa da liberdade condicional) e de 19-12-2019 (inadmissibilidade de recurso extraordinário de revisão em matéria de execução de penas). Não nos referimos aqui à jurisprudência relativa a aspectos substantivos regulados no Código Penal, como é o caso do regime da liberdade condicional.

depois, do facto de as decisões proferidas por estes tribunais em processo de impugnação não serem recorríveis para os tribunais superiores¹¹⁸³. A isto acresce o défice de assistência jurídica aos reclusos, que não se explica pela mera insuficiência de recursos que caracteriza grande parte da população prisional (e que a CRP não permite que obste ao acesso ao direito e aos tribunais), mas sobretudo pela falta de clareza e de eficiência do regime de apoio judiciário respeitante à fase da execução penal¹¹⁸⁴.

Quanto à jurisdição constitucional, observa-se que o número de acórdãos proferidos pelo Tribunal Constitucional versando a matéria da execução da pena de prisão também é reduzido¹¹⁸⁵. A maioria dos acórdãos decidiu no sentido da não inconstitucionalidade das normas sindicadas, tendo-se verificado, na vigência do novo Código, apenas uma decisão de desconformidade à Constituição (o já analisado Acórdão n.º 20/2012, relativo à impugnabilidade da decisão de manutenção do recluso em regime de segurança)¹¹⁸⁶. Tal não retira a relevância do contributo da jurisprudência do TC para a clarificação de aspectos de grande importância, como a repartição de competências entre administração e jurisdição na fase da execução, e para o reforço da protecção dos direitos fundamentais dos reclusos e da sua tutela jurisdicional.

Todavia, é manifesto o carácter circunscrito dos concretos aspectos da execução sobre os quais incidiram decisões da jurisdição constitucional: as matérias abrangidas cingem-se, praticamente, à liberdade condicional, às licenças de saída, aos regimes de

¹¹⁸³ Conforme descrito *supra*, 1.1 e 1.1.5. Desenvolveremos criticamente estes pontos *infra*, 3.1 e 3.8.

¹¹⁸⁴ Questão a que nos referiremos mais aprofundadamente *infra*, 3.9.

¹¹⁸⁵ Reportando-se já a normas do novo Código, refiram-se os Acs. do TC n.ºs 427/2009 (fiscalização preventiva do CEP, não inconstitucionalidade da norma relativa à competência para a concessão do regime aberto no exterior), 20/2012 (julgou inconstitucional o art. 200.º do CEP, interpretado no sentido de não ser impugnável decisão administrativa de manutenção de recluso em regime de segurança), 150/2013 e 332/2016 (ambos não julgaram inconstitucional a interpretação normativa do art. 179.º, n.º 1, do CEP, segundo a qual é irrecorrível a decisão que indefere o pedido de concessão do período de adaptação à liberdade condicional), 550/2013 (incapacidade eleitoral passiva de recluso – note-se que se tratou de acórdão em processo eleitoral, não de fiscalização da constitucionalidade), 848/2013 (não julgou inconstitucional a norma constante do art. 235.º do CEP, interpretado com o sentido de que não são recorríveis as decisões proferidas pelo tribunal de execução das penas no âmbito do processo de impugnação das decisões administrativas de manutenção em regime de segurança), 560/2014 e 752/2014 (não julgaram inconstitucional a dimensão normativa que resulta do n.º 2 do art. 196.º do CEP, segundo a qual o recluso não tem legitimidade para recorrer da decisão judicial que nega a concessão da licença de saída jurisdicional), 635/2015 e 251/2016 (não julgaram inconstitucional interpretação normativa extraída do art. 111.º, n.º 5, do CEP, conducente ao sentido de que, em caso de condenação em sanção de permanência obrigatória no alojamento ou internamento em cela disciplinar, o tempo de medida cautelar cumprida não é, obrigatoriamente, descontado, na íntegra, na concreta sanção que vier a ser aplicada). Referiram-se somente os acórdãos que conheceram do mérito.

¹¹⁸⁶ No conjunto total da jurisprudência do TC, verificaram-se apenas três decisões de desconformidade à Constituição em matéria de execução da pena de prisão: uma em sede de fiscalização abstracta, relativa à incapacidade eleitoral activa (Ac. n.º 748/93), e duas em processos de fiscalização concreta, incidindo sobre a irrecorribilidade da decisão que negue a liberdade condicional (Ac. n.º 638/2006) e sobre a impugnabilidade da decisão de manutenção do recluso em regime de segurança (Ac. n.º 20/2012).

execução, à capacidade eleitoral e ao regime disciplinar (e, dentro deste último, limitam-se a duas questões, a autonomia perante o direito criminal e a ponderação das medidas cautelares na determinação da sanção).

Salienta-se também a ausência de decisões relativas à constitucionalidade de normas do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais, diploma que regulamenta o Livro I do Código, contendo normas concretizadoras de praticamente todos os aspectos da execução.

Seria expectável, num âmbito normativo tão sensível para os direitos fundamentais, encontrar-se um rico acervo jurisprudencial, apreciando um conjunto alargado e diversificado de questões de constitucionalidade, tanto mais quanto a Constituição portuguesa contém um preceito como o n.º 5 do artigo 30.º, a circunscrever a admissibilidade de limitações aos direitos fundamentais das pessoas privadas da liberdade. Seria, com efeito, natural a existência de jurisprudência apreciando a conformidade de normas limitadoras de direitos fundamentais com base neste parâmetro: contudo, identificam-se somente dois acórdãos fundando expressamente o seu julgamento naquele preceito constitucional – os Acórdãos n.ºs 20/2012 e 550/2013, este último em sentido desfavorável ao recluso.

É, aliás, de estranhar que ao Acórdão n.º 20/2012 não se tenham seguido outros, julgando sobre a constitucionalidade do artigo 200.º do CEP, na parte em que não prevê a impugnação de outras decisões da administração prisional, e assim clarificando se os artigos 20.º, 30.º, n.º 5, e 268.º, n.º 4, da CRP também exigem que se assegure aos reclusos o acesso ao tribunal para tutela de direitos ou interesses afectados por outras espécies de decisões da administração prisional.

A presença modesta da matéria da execução da pena de prisão na jurisprudência do Tribunal Constitucional – em franco contraste com o que se verifica em jurisdições constitucionais que nos são próximas, designadamente a espanhola, a italiana e a alemã¹¹⁸⁷, como teremos ocasião de verificar na Parte IV – explica-se, também ela, pelas limitações do acesso dos reclusos aos tribunais, o que, considerando o pressuposto do esgotamento das vias judiciais ordinárias para o recurso de constitucionalidade, representa por sua vez obstáculo ao acesso ao Tribunal Constitucional.

¹¹⁸⁷ O que poderá explicar-se, por um lado, por um mais acentuado papel de garante dos direitos dos reclusos e da legalidade da execução desempenhado pelo *juez de vigilancia penitenciaria* em Espanha, pela *magistratura di sorveglianza* em Itália e pelas *Strafvollstreckungskammern* na Alemanha, em comparação com os tribunais de execução das penas em Portugal, e, por outro lado, pela previsão do recurso de amparo em Espanha e da queixa constitucional na Alemanha.

Acresce que o sistema português de fiscalização da constitucionalidade, exclusivamente normativo, torna difícil fazer apreciar pelo Tribunal Constitucional violações constitucionais originadas por decisões administrativas ou pelas condições materiais de detenção¹¹⁸⁸ – campos onde, na realidade, mais se joga o efectivo respeito pelos direitos fundamentais das pessoas privadas da liberdade¹¹⁸⁹. De facto, é consabido que os défices do sistema prisional português residem muito menos na lei do que na sua aplicação prática. Apesar do reconhecido carácter progressista da legislação portuguesa em matéria prisional, ao longo de cerca de cento e cinquenta anos de legislação nesta matéria, a *praxis* penitenciária sempre ficou muito aquém das intenções do legislador, vincando o fosso, que tem parecido inescapável, entre a *law in books* e a *law in action* nesta matéria¹¹⁹⁰.

Uma análise das decisões sumárias proferidas pelo Tribunal Constitucional em processos versando questões relacionadas com a execução da pena é elucidativa das dificuldades dos reclusos em fazer chegar à apreciação da jurisdição constitucional questões que contendem com os seus direitos fundamentais, esbarrando nos requisitos de admissibilidade dos recursos de fiscalização concreta, seja por a

¹¹⁸⁸ Sobre o ponto, Reis NOVAIS, *Sistema português de fiscalização da constitucionalidade: avaliação crítica, passim*, considerando que é na fiscalização concreta, e em geral no domínio do acesso directo dos particulares ao Tribunal Constitucional para defesa dos seus direitos fundamentais, que se reconhecem hoje “as maiores deficiências, distorções e perversões do nosso sistema de fiscalização da constitucionalidade” (p. 32). O Autor salienta o facto de os poderes de fiscalização do TC se cingirem à constitucionalidade de normas, ficando de fora actos ou decisões, da administração ou de tribunais, ainda que lesivos de direitos fundamentais dos particulares (o que o Autor reputa como uma “singularidade” do sistema português); mesmo quando se logre o acesso ao Tribunal, o que este vai apreciar não é a eventual lesão do direito mas exclusivamente a inconstitucionalidade normativa. Acresce que os particulares não podem invocar inconstitucionalidades por omissão. O Autor conclui que o sistema português não protege adequadamente os direitos fundamentais, deixando à margem do controlo da jurisdição constitucional “grande parte das mais significativas e comuns violações dos direitos fundamentais” (p. 85), nomeadamente as intervenções restritivas nos direitos fundamentais operadas por actos e decisões individuais e concretos, bem como as violações de direitos fundamentais por omissão.

¹¹⁸⁹ Neste sentido também Reis NOVAIS, *ibidem*, p. 87: é nas violações pontuais e concretas dos direitos fundamentais “que se verifica a esmagadora maioria das situações reais de lesão inconstitucional dos direitos fundamentais”.

¹¹⁹⁰ Já a propósito do período que precedeu os trabalhos de Beza dos Santos referia Eduardo Correia que “qualquer valor que pudessem ter as nossas reformas legislativas era anulado pela ausência quase completa das condições materiais para as realizar” – Eduardo CORREIA, *Professor Doutor José Beza dos Santos* (1956), p. 10. Sobre este diagnóstico e sobre os factores que para ele têm concorrido, veja-se, a título de exemplo, sucessivamente: COMISSÃO PARA A REFORMA DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE PENAS E MEDIDAS, *A execução das medidas privativas da liberdade*, p. 26; PROVIDOR DE JUSTIÇA, *As nossas prisões. III Relatório*, p. 433; COMISSÃO DE ESTUDO E DEBATE DA REFORMA DO SISTEMA PRISIONAL, *Relatório Final*, p. 25; mais recentemente, Joaquim BOAVIDA, *A flexibilização da prisão*, pp. 259 ss., identificando, como problemas estruturais do sistema, a condicionar a eficácia do tratamento prisional e da reinserção social, factores como a elevada taxa de encarceramento, a sobrepopulação prisional, a degradação e inadequação do parque penitenciário, a insuficiência de meios humanos e financeiros, com repercussão nas actividades, programas e tratamentos disponibilizados, a ausência de uma política criminal integrada, coerente e sistemática e a falta de assistência pós-prisional.

inconstitucionalidade alegada residir numa concreta decisão jurisdicional ou administrativa e não numa norma¹¹⁹¹, ou pelo menos o recorrente não lograr enunciar um critério normativo abstracto, vocacionado para uma aplicação potencialmente genérica¹¹⁹², seja por a questão não ser suscitada de forma processualmente adequada ou o recurso não reunir os pressupostos de admissibilidade¹¹⁹³.

¹¹⁹¹ Exemplificativamente, na Decisão Sumária confirmada pelo Ac. n.º 740/2014, a pretensão do recorrente (que considerava violadora dos princípios da proporcionalidade e da igualdade a decisão do tribunal de execução das penas de revogar a prisão por dias livres na sequência de faltas de entrada no estabelecimento prisional não consideradas justificadas) consistia, como concluiu o Tribunal, na sindicância da própria decisão jurisdicional, não sendo suscitada uma questão de constitucionalidade normativa.

¹¹⁹² A este propósito, Reis NOVAIS, *Sistema português de fiscalização da constitucionalidade*, p. 132, fala de “um sistema complexo de requisitos com fronteiras difusas, instáveis, por vezes simplesmente impossíveis de fixação, e que, conseqüentemente, é dificilmente perceptível e utilizável por *não iniciados*, para além da desigualdade e arbitrariedade intrínsecas”. Veja-se o exemplo da Decisão Sumária n.º 643/2016, confirmada pelo Ac. n.º 646/2016, em que o recurso não foi conhecido por falta de suscitação de inconstitucionalidade passível de configurar objecto idóneo de recurso de constitucionalidade. Estava em causa a questão de saber se violava a Constituição, nomeadamente o princípio da legalidade, a configuração como infracção disciplinar de uma conduta (posse de produto estupefaciente) praticada durante uma licença de saída, quando o Código apenas prevê como infracção disciplinar a detenção de estupefacientes “no estabelecimento prisional”. Apesar da deficiente enunciação do critério normativo, afigura-se-nos que seria possível dela extrair-se uma regra abstracta vocacionada para uma aplicação potencialmente genérica.

¹¹⁹³ Por exemplo, no caso apreciado pela Decisão Sumária n.º 365/2013, subjazia, aparentemente, à pretensão do recorrente a inconstitucionalidade da não previsão de direito ao recurso em processo de impugnação para o tribunal de execução das penas das decisões administrativas dos serviços prisionais (o recluso pretendia levar à apreciação do tribunal de execução das penas, com possibilidade de recurso para instância superior, as restrições ao direito de acesso e uso do telefone). Porém, não logrou suscitar aquela questão de constitucionalidade de forma processualmente adequada, tendo optado por, nas instâncias judiciais, litigar sobre as restrições ao direito de acesso e uso do telefone através do processo supletivo (forma processual que admite recurso), quando havia uma forma processual expressamente prevista na lei para reacção contra as restrições de contactos telefónicos (o processo de impugnação da legalidade), vindo depois invocar, no recurso de constitucionalidade, a falta de instância processual para litigar para defesa do direito de acesso e uso do telefone. O Tribunal Constitucional não conheceu do recurso em razão de as dimensões normativas arguidas de inconstitucionalidade não terem constituído *ratio decidendi* da decisão recorrida.

Noutro exemplo, o TC indeferiu a reclamação contra a não admissão, por parte do TEP do Porto, com fundamento em falta de suscitação prévia da questão de constitucionalidade, de um recurso de constitucionalidade em que estava em causa a insusceptibilidade de impugnação da decisão administrativa de atribuição de escolta ao recluso (Ac. n.º 413/2016).

Em outro exemplo, um recluso que reagia contra uma decisão do tribunal de execução das penas que, em processo de licença de saída jurisdicional que veio a ser decidido em sentido desfavorável, dispensara a audição do recluso, apesar do seu pedido expresso para ser ouvido, com vista a poder contraditar afirmações sobre factores do seu foro pessoal interno relevantes para a decisão, não logrou que o mérito do recurso de constitucionalidade fosse conhecido, visto ter o Tribunal concluído pela falta de correspondência entre a dimensão interpretativa especificada no recurso e a interpretação efectivamente seguida na decisão recorrida (Decisão Sumária n.º 78/2017, confirmada pelo Ac. n.º 213/2017, que teve, porém, dois votos de vencido no sentido de que deveria ter sido conhecido o recurso). Também aqui, apesar de uma porventura deficiente enunciação do critério normativo, parece-nos que era possível identificar uma regra abstracta vocacionada para uma aplicação genérica, efectivamente aplicada pelo tribunal de execução das penas.

Ao conjunto de factores elencado não será alheio o pouco relevo concedido ao direito penitenciário nos currículos universitários, na investigação jurídica e na formação de magistrados e advogados, apesar da sua reconhecida autonomia científica¹¹⁹⁴.

Um reforço, quantitativo e qualitativo, do controlo jurídico da execução, bem como um incremento da assistência por advogado, resultariam na suscitação de novas e mais diversificadas questões junto dos tribunais, incluindo de constitucionalidade, e, por conseguinte, num papel de maior relevo dos tribunais na densificação e na protecção dos direitos fundamentais das pessoas privadas da liberdade.

3. Apreciação crítica do ordenamento jurídico português à luz das exigências da Constituição e do direito internacional

A actual repartição das competências co-envolvidas na execução de uma pena de prisão afigura-se, de modo geral, conforme aos critérios extraídos da Constituição.

À Administração – personificada na Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, que presentemente agrega os serviços prisionais e os serviços de reinserção social, hierarquicamente dependente do Ministério da Justiça – está cometida a prossecução do interesse público da realização das finalidades da execução, mediante prestações ordenadas à organização, gestão e funcionamento dos estabelecimentos prisionais, à satisfação das necessidades básicas dos reclusos, à promoção da socialização destes e à manutenção da ordem, da disciplina e da segurança nos estabelecimentos. Fá-lo vinculada ao princípio da legalidade e aos demais princípios constitucionais que regem a sua actividade (igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé) e sujeita a controlo jurisdicional.

À jurisdição (particularmente aos tribunais de execução das penas; pontualmente, aos tribunais criminais¹¹⁹⁵ e aos tribunais administrativos¹¹⁹⁶) cabe, além do próprio título da execução e das decisões ainda a este respeitantes: assegurar que a pena é executada em conformidade com a sentença condenatória; tomar decisões que impliquem modificação do conteúdo ou da duração da pena; intervir na modelação da

¹¹⁹⁴ Alertando para este estado de coisas, já Anabela Miranda RODRIGUES, *Relatório Direito Penitenciário*, pp. 4 ss. No mesmo sentido, Lopes ROCHA, «Execução das penas...», p. 475, Carlos Pinto de ABREU, «As reformas do sistema de execução de penas e do sistema prisional e o papel do advogado», p. 286, Joaquim BOAVIDA, *A Flexibilização da Prisão*, p. 13.

¹¹⁹⁵ Cf. *supra*, 1.1.

¹¹⁹⁶ Cf. *infra*, 3.3.

execução da pena sempre que necessário ou adequado para assegurar a ponderação entre direitos individuais e outros valores ou interesses constitucionalmente relevantes, ou para rodear a decisão de especiais garantias; tomar decisões que constituam ingerência nos direitos fundamentais; resolver conflitos entre direitos individuais e exigências próprias da execução ou outros interesses da sociedade; garantir o respeito pela legalidade e pelos direitos fundamentais na fase da execução; e assegurar a tutela efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos reclusos.

Na modelação individual da execução, foram encontradas soluções que permitem co-envolver administração e juiz na tomada de decisão. É o caso das decisões do juiz precedidas de audição do conselho técnico, órgão consultivo que permite auscultar o parecer do director do estabelecimento e dos responsáveis pelas áreas do tratamento penitenciário, da reinserção social e da vigilância e segurança. Deste modo, o conhecimento mais próximo do recluso, nas várias vertentes relevantes para a execução, é trazido para a tomada de decisão. É, por seu turno, também o caso das decisões da administração sujeitas a homologação do juiz. Aqui, à decisão do órgão em melhor posição para a adoptar são acrescentadas as garantias próprias da função jurisdicional. Em ambos os casos, é optimizado o contributo das características funcionais de cada órgão no processo de tomada de decisão, co-responsabilizando-se ambos, do mesmo passo, pela realização das finalidades da execução.

O esquema de repartição adoptado revela-se conforme ao princípio constitucional da separação e interdependência dos poderes, respeitando as esferas de reserva e os limites funcionais de cada poder. Assim é tanto quando consideramos a vertente negativa do princípio como quando atentamos na sua vertente positiva. Com efeito, a limitação do poder para salvaguarda dos direitos e liberdades e o controlo do poder para evitar abusos (vertente negativa) são assegurados quer através da vinculação dos poderes intervenientes na execução (administração e juiz) à lei e ao direito, quer através do controlo da actividade da administração pelos tribunais. Por outro lado, a organização óptima das funções do Estado, de forma a que sejam desempenhadas pelo órgão mais preparado e mais capaz, com base em factores como a sua estrutura e modo de actuação (vertente positiva do princípio), é prosseguida através de uma repartição das competências entre administração prisional e juiz baseada nas respectivas características funcionais – naturalmente, dentro dos limites permitidos pelo esquema de repartição órgão-função estabelecido pela Constituição, com especial vinculação aos limites que decorrem das esferas de reserva.

Mostram-se respeitados os núcleos essenciais de competência de cada órgão. À Administração é assegurada a esfera de autonomia de actuação e decisão indispensáveis ao cumprimento da sua missão de prossecução do interesse público e à sua consequente responsabilidade.

Em suma, o modelo vigente de repartição de funções afigura-se – sem prejuízo da conveniência de aperfeiçoamentos pontuais¹¹⁹⁷ – ajustado à organização constitucional das funções do Estado.

Cumpram ainda apreciar se se mostram igualmente satisfeitas as exigências de tutela jurisdicional efectiva, tal como conformadas pela Constituição e pelo direito internacional, em especial pelo sistema da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

A garantia de tutela jurisdicional efectiva reclama que, na esfera de actuação da Administração – quer no seu núcleo “reservado”, quer nos domínios de actuação que lhe sejam cometidos de forma constitucionalmente válida –, os actos que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos sejam susceptíveis de apreciação pelos tribunais. Exige ainda que aos cidadãos seja assegurada tutela efectiva e em tempo útil, pelos tribunais, contra ameaças ou violações dos direitos, liberdades e garantias pessoais.

A evolução do ordenamento jurídico português tem sido no sentido de uma maior intervenção jurisdicional para controlo da legalidade da execução e garantia da posição jurídica dos reclusos. As inovações trazidas pelo Código da Execução foram passos significativos nesse caminho, dando continuidade ao progressivo reconhecimento de que “a tutela efectiva dos direitos dos reclusos supõe que estes possam dirigir-se a órgãos jurisdicionais”¹¹⁹⁸.

Nomeadamente, como se verificou, ajustou-se a repartição de atribuições entre Administração e tribunal, tornando-a mais congruente com os critérios de adequação orgânico-funcional e com as exigências de realização eficaz das finalidades da execução e de uma tutela efectiva dos direitos. Reforçaram-se as garantias de legalidade da actuação da administração prisional, através do mecanismo de verificação da legalidade pelo Ministério Público, do alargamento da impugnabilidade de decisões da Administração pelos reclusos e do reforço das exigências de fundamentação e de

¹¹⁹⁷ A apontar na Parte V, além de outros que já referimos aquando da caracterização das competências previstas no CEP, como a competência para autorizar tratamentos ou alimentação coactivos, que deveria pertencer, pelo menos em sede de validação, ao juiz (*supra*, 1.2.1 c); ou como o modelo de concessão de saídas (recorde-se a proposta alternativa apresentada *supra*, 1.2.1. b), n. 1103).

¹¹⁹⁸ Anabela Miranda RODRIGUES, «Da ‘afirmação de direitos’ à ‘protecção de direitos’ dos reclusos...», p. 189. Afirma-se esta orientação no ponto 17 da Exposição de Motivos.

notificação das decisões da Administração que os afectem. Ampliou-se a intervenção dos tribunais de execução das penas, por forma a corresponder à sua função de garante da legalidade da execução e de tutela da posição jurídica dos reclusos. Confiou-se ao Ministério Público um novo papel no controlo da execução, consentâneo com a função de defesa da legalidade democrática constitucionalmente atribuída a esta magistratura, sendo de destacar as funções de “vigilância” que lhe são cometidas e a faculdade de impugnar junto do tribunal certos actos da Administração que, para o efeito, lhe são obrigatoriamente comunicados para verificação da legalidade. Registaram-se também significativas modificações no plano processual, incluindo a figura do convite ao aperfeiçoamento dos requerimentos e a restrição da rejeição liminar aos casos de pedidos manifestamente infundados ou de pretensões já anteriormente rejeitadas (ambas reveladoras de um princípio *pro actione*), a previsão expressa do dever de fundamentação das decisões judiciais, a instituição de um processo único por recluso (favorecedor de uma continuidade na execução e de uma unidade de critério decisório), a previsão do poder de ordenar, oficiosamente ou a requerimento, as diligências de prova necessárias à decisão da impugnação, a instituição de um processo de execução das sentenças (que reforça a efectividade da tutela conferida pelo tribunal), bem como, em sede de recurso, o alargamento das decisões recorríveis e a introdução de um recurso de uniformização de jurisprudência.

Apesar dessa evolução, o modelo adoptado será suficiente para corresponder às actuais exigências constitucionais e jus-internacionais? Vejamos.

3.1. Actos da administração prisional insusceptíveis de impugnação perante os tribunais de execução das penas

O principal défice a apontar ao actual ordenamento é a não previsão da faculdade de impugnação, pelo recluso, de todos os actos da administração prisional susceptíveis de afectar os seus direitos e interesses legalmente protegidos (ou, pelo menos, a sua não previsão de forma clara e certa, como explicaremos melhor).

De facto, o CEP optou por um modelo de *tipicidade* das decisões dos serviços prisionais impugnáveis para os tribunais de execução das penas: como tivemos oportunidade de verificar, o artigo 200.º estabelece a impugnabilidade “nos casos previstos no presente Código”. Para o efeito, o legislador seleccionou um conjunto de actos que se afiguram dos mais gravosos para a posição jurídica do recluso: a aplicação das sanções disciplinares mais graves, as restrições de contactos com o exterior e as decisões com implicação na contagem do tempo de cumprimento da pena. Para outro

conjunto de decisões, também expressamente enumeradas, relacionadas com exigências próprias da execução (regime de segurança, retenção de correspondência, aplicação dos meios especiais de segurança mais gravosos), previu a impugnabilidade pelo Ministério Público.

O critério adoptado foi coerente com a linha de evolução do ordenamento penitenciário no sentido do reforço da jurisdicionalização e da tutela jurídica dos direitos dos reclusos, cumprindo o propósito legislativo de alargar substancialmente o controlo jurisdicional da execução (relativamente ao regime até então vigente, do Decreto-Lei n.º 265/79, em que somente se previa a faculdade de impugnar junto do TEP um tipo de decisão – a sanção de internamento em cela disciplinar, quando aplicada em duração superior a oito dias), sem transitar abruptamente para um sistema em que todos os actos da administração prisional relativos à execução passassem a ser susceptíveis de impugnação para o TEP, transição para a qual o sistema não estaria provavelmente preparado, sem uma significativa reorganização judiciária.

Contudo, aqui chegados no presente estudo, torna-se claro que o modelo não serve as actuais imposições constitucionais e internacionais¹¹⁹⁹.

Com efeito, o princípio da tutela jurisdicional efectiva exige que os reclusos possam obter tutela dos tribunais relativamente a *quaisquer* actos da Administração que afectem *quaisquer* direitos ou interesses legalmente protegidos.

Especiais exigências com protecção constitucional – como as de segurança e certeza jurídica ou as de celeridade e eficiência, ou ainda as de ordem, segurança e disciplina na execução da pena de prisão – poderão justificar *condicionamentos* ao acesso ao tribunal, ou mesmo limitações dos efeitos do accionamento da via judicial, mas não o impedimento do acesso a um tribunal nem a inefectividade da tutela a conceder. Quaisquer restrições ou condicionamentos do direito à tutela jurisdicional terão como limite o *conteúdo essencial* desse direito, o que implica que não possam resultar numa *eliminação* do direito à tutela. Em qualquer situação em que um acto da Administração afecte um direito ou interesse legalmente protegido de um particular, não pode ser vedado a este o acesso a um tribunal com vista a obter protecção jurídica contra esse acto¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁹ Neste sentido aponta também Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 117: “ainda não se logrou assegurar plenamente, nesta vertente garantista [do direito de acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses], a posição jurídica do recluso”.

¹²⁰⁰ Até porque, como assinala Carlos Pinto de ABREU, «As reformas do sistema de execução de penas e do sistema prisional e o papel do advogado», p. 293, n. 26, “a imprescindibilidade do juiz resulta da necessidade de evitar o sempre possível erro da administração, colmatar as deficiências da sua falta de

Se é certo que o legislador procurou seleccionar os actos abstractamente mais gravosos para a esfera jurídica dos reclusos, evidente é também que ficam de fora inúmeras decisões que – ainda que em menor grau – afectam direitos ou interesses legalmente protegidos das pessoas privadas da liberdade. Serão exemplo decisões como a aplicação e manutenção do regime de segurança¹²⁰¹, as sanções disciplinares¹²⁰², a aplicação da medida cautelar de confinamento em cela na pendência de processo disciplinar, a aplicação de meios especiais de segurança¹²⁰³, a afectação a determinado estabelecimento ou a transferência para outro estabelecimento¹²⁰⁴. Serão também exemplo decisões que contendem fortemente com direitos fundamentais, como a imposição coactiva de cuidados de saúde ou de alimentação¹²⁰⁵. Atente-se ainda nas decisões de recusa de pedidos apresentados pelo recluso, tais como de transferência, de colocação em determinado regime, para manter consigo filho menor, para ter consigo objectos de valor afectivo ou de uso pessoal, de acesso a publicações ou a informação jurídica, de acesso a cuidados de saúde (no interior ou no exterior do estabelecimento),

isenção, ultrapassar a sua subjectividade e de postergar os desvios possíveis por abuso ou arbítrio. Sobretudo em caso de conflito”.

¹²⁰¹ Como já assinalou o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 20/2012, tratado *supra*, 2.1.2.

¹²⁰² Ainda que menos gravosas, as sanções de repreensão escrita, privação do uso e posse de objectos pessoais não indispensáveis, a proibição do uso do fundo para despesas de uso pessoal, a restrição ou privação de actividades socioculturais, desportivas ou de ocupação do tempo livre e a diminuição do tempo livre diário de permanência a céu aberto (cf. elenco de sanções no art. 105.º do Código) não deixam de se repercutir negativamente na esfera jurídica do recluso, como sanções que são. Ao que acresce o facto de o registo disciplinar relevar para efeitos de reincidência disciplinar (art. 99.º) e para a apreciação do comportamento do recluso ao longo da execução, enquanto factor a ponderar para a tomada de decisões como o regime, a concessão de medidas de flexibilização ou a liberdade condicional. Além disso, pense-se em situações como a aplicação de uma sanção disciplinar não tipificada; ou de uma sanção não aplicável ao tipo de infracção em causa; ou o sancionamento de uma conduta não tipificada como infracção disciplinar; ou o sancionamento de uma infracção já prescrita; pense-se ainda na preterição de garantias fundamentais do procedimento disciplinar, como o direito de audiência e defesa, que de outro modo ficaria insindicável, tornando tais garantias letra morta. Veja-se, ilustrativamente, uma resenha dos principais défices verificados na aplicação prática do direito disciplinar pela administração em J. BOAVIDA, *Direito disciplinar penitenciário*, p. 14.

¹²⁰³ Os mais gravosos (colocação em cela de separação ou em quarto de segurança) são comunicados ao Ministério Público para verificação da legalidade e eventual impugnação, mas não são impugnáveis pelo recluso. Acresce que os menos gravosos (proibição de uso ou apreensão temporária de bens ou objectos; observação do recluso durante o período nocturno; privação ou restrição do convívio com determinados reclusos ou do acesso a espaços comuns do estabelecimento; utilização de algemas – cf. enumeração no art. 88.º, n.º 3, do CEP), bem como os próprios meios comuns de segurança (como as revistas pessoais, as buscas e outros tipos de controlo – cf. art. 88.º, n.º 1), afectando, ainda que em menor grau, direitos ou interesses dos reclusos, são insusceptíveis de impugnação.

¹²⁰⁴ Devendo a escolha do estabelecimento prisional obedecer a critérios relativos à situação jurídico-penal e às circunstâncias pessoais e familiares do recluso, à necessidade de participação em programas ou actividades relacionadas com o seu processo de socialização, bem como à organização do sistema prisional e às exigências próprias da execução (cf. arts. 20.º e 22.º do CEP), tal decisão é susceptível de afectar direitos e interesses do recluso, relacionados nomeadamente com a sua vida familiar, saúde, segurança e oportunidades de reinserção.

¹²⁰⁵ Cf. art. 35.º do CEP.

de fornecimento de refeições que correspondam a exigências de saúde ou a convicções do recluso, de saída do estabelecimento por motivo especial, de acesso ao processo individual, etc. Pense-se ainda no plano individual de readaptação e suas alterações, quando não tenham obtido a adesão do recluso, ou em decisões relacionadas com o trabalho ou a frequência de actividades de socialização (designadamente, retirada do posto de trabalho, exclusão da participação em actividades ou programas), em restrições à assistência religiosa ou à participação em actos de culto religioso, em impedimentos ao exercício dos direitos civis e políticos (como o direito de sufrágio)¹²⁰⁶.

Mesmo relativamente a questões de relevância mais diminuta, que inevitavelmente surgem no dia-a-dia da vida prisional, desde que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos, a Constituição garante a tutela jurisdicional¹²⁰⁷.

Não se pode ainda deixar de conferir tutela a pretensões dos reclusos relacionadas com as condições materiais de detenção (espaço de alojamento, higiene, alimentação, etc.), conforme exigido pela jurisprudência do TEDH.

Um olhar sobre decisões dos tribunais de execução das penas rejeitando impugnações com fundamento em inadmissibilidade é igualmente ilustrativo da

¹²⁰⁶ Também KOEPPPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, p. 95, ao salientar que o controlo judicial não deve limitar-se às medidas disciplinares, exemplifica com a relevância de medidas como a transferência de estabelecimento, a perda de posto de trabalho, o confinamento celular ou a proibição de posse de objectos. Vejam-se ainda as situações identificadas pelo TEDH, na sua jurisprudência: considerou violado o art. 6.º ao ter sido negada aos reclusos a impugnação da sua colocação numa secção de segurança, em regime de isolamento, implicando a restrição das visitas e do tempo passado ao ar livre e ainda a impossibilidade de prosseguirem os seus estudos (*Stegarescu e Bahrin*); e considerou que o art. 13.º exige que os reclusos possam impugnar decisões de detenção em cela disciplinar (*Payet*), aplicação e prorrogação de regime de alta segurança (*Ramírez Sánchez, Csüllög, Messina*), transferências constantes relacionadas com regimes de alta segurança (*Payet, Khider*) e revistas corporais integrais frequentes (*Khider*), bem como, em conjugação com o art. 8.º, recusa de saídas relacionadas com a vida familiar (*Schemkamper*).

Refira-se, com interesse, que o «Projecto de Proposta de Lei de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade», já citado (*supra*, Cap. I, 1.4.1), embora também previsse o direito de recurso para o TEP apenas “nos casos previstos na presente lei” (art. 108.º) – portanto, não de todos os actos da administração penitenciária que eventualmente afectassem direitos dos reclusos –, incluía o direito de impugnação pelo recluso de todas as medidas disciplinares que não a mera repreensão (art. 100.º), bem como da decisão de internamento em estabelecimento prisional de segurança máxima e da não autorização do internamento em estabelecimento ou secção abertos (arts. 10.º, n.º 10, e 15.º).

¹²⁰⁷ Sobre este tema debruça-se também KOEPPPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, pp. 247 ss., a propósito da posição daqueles que criticam uma excessiva juridificação da execução, a ponto de mesmo as minudências ou “bagatelas” do dia-a-dia prisional serem susceptíveis de controlo judicial, com o consequente consumo de tempo dos tribunais e morosidade na estabilização das decisões. O Autor nota que as *alltägliche Kleinigkeiten* se revestem, para os reclusos, de especial relevância e que, numa relação desigual como é a relação entre recluso e Administração, uma regulação precisa de tais questões é especialmente importante, ainda que implique dispêndio de tempo e de trabalho. Naturalmente, podem instituir-se soluções alternativas de resolução de conflitos que propiciem uma tutela mais célere e informal (como a mediação ou a intervenção de comissões competentes para o efeito); contudo, o esforço de resolução preferencial destes conflitos por vias menos formais não deve em nenhum caso impedir o acesso à via judicial, caso não se encontre uma solução aceite pelas duas partes (*ibidem*, p. 250).

existência de pretensões dos reclusos às quais não corresponde uma via de tutela¹²⁰⁸. Além das decisões de aplicação e manutenção do regime de segurança¹²⁰⁹, constituem exemplos de decisões contra as quais os destinatários não lograram obter tutela junto dos TEP: decisões de atribuição de escolta¹²¹⁰; decisões de cessação da actividade laboral¹²¹¹; decisões de aplicação de medida cautelar de confinamento durante o procedimento disciplinar¹²¹²; aplicação de sanções disciplinares diferentes da

¹²⁰⁸ Os exemplos que se seguem no texto foram recolhidos em sede de consultas efectuadas presencialmente no TEP de Lisboa (Maio e Junho de 2019) e no TEP de Coimbra (Julho de 2019), onde analisámos numerosos processos de impugnação com vista a investigar que tipo de pretensões dos reclusos se viam rejeitadas em consequência de a sua impugnabilidade não ser expressamente prevista no CEP.

¹²⁰⁹ Proc. n.º 2823/10.3TXLSB-C.L1-5, despacho de fls. 18, em que o Tribunal de Execução das Penas de Lisboa indeferiu a impugnação da decisão de manutenção do recluso em regime de segurança, com fundamento em que a decisão “não é directamente impugnável pelo recluso, por não ser um caso legalmente previsto no art. 200.º do CEPML ‘a contrario’” – caso que esteve na origem do Ac. do TC n.º 20/2012, onde se veio a julgar inconstitucional, como vimos, a norma do art. 200.º quando interpretada no sentido de não ser impugnável aquela decisão.

¹²¹⁰ Por ex., Proc. n.º 230/14.8TXEVR-B: um recluso, que via a possibilidade de gozar licenças de saída dificultada por uma anterior decisão do Director-Geral de atribuição de escolta, nunca revogada – situação dificilmente compatível com as normais condições em que decorrem as saídas –, requereu ao Tribunal de Execução das Penas de Lisboa a revogação daquela decisão administrativa. O pedido foi indeferido, por se tratar de uma competência da administração prisional, não sindicável pelo TEP; no despacho pode ler-se que, “na verdade, no domínio do CEP vigora o denominado princípio da tipicidade no que respeita ao controlo dos actos dos serviços prisionais [...], o que quer dizer que nem todas as decisões dos serviços prisionais podem ser impugnadas perante o TEP, mas apenas aquelas que o Código indica. [...] Donde se conclui que o TEP não tem competência material para apreciar a legalidade das decisões da DGRSP de atribuição ou de manutenção de escolta a um recluso, porque essa impugnação não está tipificada/prevista na lei. Donde, restará ao recluso apenas recorrer da decisão, enquanto acto administrativo, mas em sede do foro administrativo (art. 4.º/1c) ETAF)” (despacho de 13-11-2017, a fls. 1183). Note-se que a questão da insusceptibilidade de impugnação da decisão administrativa de atribuição de escolta já foi levada ao Tribunal Constitucional: nos autos, vindos do TEP do Porto, o recorrente invocava a inconstitucionalidade, por violação dos arts. 20.º, n.º 1, e 30.º, n.º 5, da Constituição, da norma do art. 200.º do CEP, quando interpretada no sentido de não ser impugnável perante o Tribunal de Execução das Penas a decisão do Director-Geral dos Serviços Prisionais que determina a atribuição de escolta; o recurso não foi, porém, admitido por falta do requisito da suscitação prévia da questão de constitucionalidade perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida (cf. Ac. do TC n.º 413/2016, que indeferiu reclamação contra a não admissão do recurso).

¹²¹¹ No Proc. n.º 220/14.0TXLSB-G, um recluso impugnou junto do TEP de Lisboa o despacho do director do estabelecimento prisional de extinção da sua actividade laboral. Invocava afectação do direito ao trabalho (arts. 58.º da CRP, 7.º, n.º 1, *h*), e 41.º do CEP e ainda 85.º do RGEP, que prevê os motivos de extinção da actividade laboral) e violação do dever de fundamentação. O TEP (despacho de fls. 12) rejeitou liminarmente a impugnação, com o fundamento de a impugnabilidade daquele tipo de decisão não estar expressamente prevista (art. 200.º do CEP).

¹²¹² Foi o caso do Proc. 2140/11.1TXLSB-AY, no qual o recluso impugnava a decisão de aplicação da medida cautelar com base em fundamentos de mérito e na violação de garantias processuais; o TEP de Lisboa rejeitou liminarmente a impugnação, por não serem estas decisões administrativas sindicáveis pelo TEP (despacho de fls. 6).

permanência obrigatória no alojamento e do internamento em cela disciplinar¹²¹³; e decisões relativas aos procedimentos de toma de medicação¹²¹⁴.

É, pois, de concluir que a multiplicidade de decisões e omissões que, no decurso da execução de uma pena de prisão, são susceptíveis de afectar direitos ou interesses legalmente protegidos dos reclusos dificilmente se compadece com um sistema de enumeração exaustiva, tipificada, dos actos sujeitos a impugnação judicial.

3.2. A tutela dos reclusos perante actos não expressamente impugnáveis perante os tribunais de execução das penas

Tendo-se concluído que numerosos actos e omissões da administração prisional, susceptíveis de afectar posições jurídicas dos reclusos, não são impugnáveis perante os tribunais de execução das penas, cumpre averiguar se estão disponíveis outras vias de tutela que assegurem o cumprimento das exigências constitucionais e convencionais.

No próprio Código da Execução das Penas estão previstas variadas formas de tutela. Desde logo, a competência do Ministério Público para verificar a legalidade das decisões dos serviços prisionais que lhe são obrigatoriamente comunicadas (decisões de aplicação e manutenção do regime de segurança e dos meios especiais de segurança mais gravosos e da retenção de correspondência do recluso) e impugnar as que considere ilegais. Contudo – como aliás o TC salientou no Acórdão n.º 20/2012 –, tal não substitui o “direito à tutela judicial que assiste ao próprio recluso, em cuja esfera jurídica se vão produzir os efeitos potencialmente lesivos do acto”.

O CEP prevê ainda o direito dos reclusos de apresentar reclamações, petições, queixas e exposições para defesa dos seus direitos, quer junto da administração prisional, quer junto de órgãos de soberania e de outras entidades de protecção dos direitos (artigo 116.º). Já nos referimos também aos variados mecanismos não jurisdicionais de protecção dos direitos dos reclusos, de cariz nacional e internacional¹²¹⁵.

¹²¹³ No Proc. n.º 651/13.3TXCBR-S, um recluso a quem fora aplicada sanção disciplinar de diminuição do tempo de permanência a céu aberto por um período de 30 dias impugnou-a perante o TEP de Coimbra, tendo a impugnação sido rejeitada por não ser a decisão impugnável (despacho de fls. 11).

¹²¹⁴ No Proc. n.º 301/15.3TXLSB-B, um recluso impugnou um despacho da directora do estabelecimento prisional relativo à toma assistida de medicação, que determinara que a administração de medicação aos reclusos passaria a realizar-se exclusivamente em determinados períodos do dia e seguindo determinados procedimentos; o recluso, invocando o direito à protecção da saúde (arts. 7.º, n.º 1, *a*), e 32.º do CEP), alegava que aquelas regras não se adequavam a alguns tipos de medicação; o TEP não admitiu a impugnação por não ser aquele despacho impugnável perante o TEP (despacho de fls. 404).

¹²¹⁵ V. *supra*, Parte II, n. 690.

Sem deixar de reconhecer a enorme relevância do seu papel, já concluímos que estes mecanismos complementam e reforçam o sistema de tutela, mas não retiram a responsabilidade do Estado de assegurar a tutela judicial preconizada pelos artigos 20.º e 268.º, n.º 4, da CRP. Também o sistema da CEDH, embora não exija de forma expressa que a tutela caiba a um tribunal, estabelece requisitos que só um órgão com as características funcionais de um tribunal e actuando pelo modo próprio do processo jurisdicional é capaz de assegurar.

3.3. A tutela pelos tribunais administrativos

Se as exigências, constitucionais e convencionais, de tutela jurisdicional demandam a impugnabilidade pelos reclusos de quaisquer actos que afectem quaisquer dos seus direitos e interesses legalmente protegidos; se, porém, apenas são impugnáveis *perante os tribunais de execução das penas* os actos expressamente elencados no CEP, daí não decorre necessariamente que os demais actos que possam afectar direitos e interesses dos reclusos não são jurisdicionalmente sindicáveis. Pelo contrário, uma interpretação conforme à Constituição¹²¹⁶, que tenha em conta o ordenamento jurídico no seu todo, impõe que se equacione a impugnabilidade dos actos da administração prisional perante *outros* tribunais, designadamente os tribunais administrativos.

Com efeito, se, como verificámos na Parte I, o artigo 268.º, n.º 4, da Constituição estabelece “o princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa”¹²¹⁷, “indiscutivelmente, em relação a quaisquer actuações administrativas lesivas de direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares”¹²¹⁸, e se “o recluso, pelo simples facto de o ser, não perde a sua posição de administrado, mantendo-a, em princípio, com um ‘âmbito normativo idêntico ao dos outros cidadãos’”¹²¹⁹, então não há razões para excluir que os reclusos possam buscar junto dos tribunais administrativos tutela contra actos da administração prisional que afectem os seus direitos ou interesses.

¹²¹⁶ Com efeito, o que o TC julgou inconstitucional no Ac. n.º 20/2012 foi a norma do art. 200.º do CEP *quando interpretada no sentido de não ser impugnável* a decisão administrativa de manutenção do recluso em regime de segurança. Ora, precisamente, o artigo comporta outras interpretações. Não só a de que tal decisão administrativa é impugnável perante o TEP (que dificilmente encontra suporte no texto da norma) mas também a de que a decisão é sindicável perante outra ordem de tribunais.

¹²¹⁷ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 505, significando que “a qualquer ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos e a qualquer ilegalidade da administração deve corresponder uma forma de garantia jurisdicional adequada”.

¹²¹⁸ Rui Medeiros, em anotação ao art. 20.º, in Jorge MIRANDA/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, p. 435.

¹²¹⁹ Ac. do TC n.º 20/2012.

Os tribunais administrativos são, como vimos, os tribunais comuns da jurisdição administrativa, competindo-lhes julgar os litígios administrativos que a lei não atribua expressamente a outra jurisdição. Estão-lhes cometidas tanto a garantia das posições subjectivas dos particulares perante a Administração como a tutela da legalidade objectiva da actuação desta. Como tivemos oportunidade de verificar, a evolução da jurisdição administrativa tem sido no sentido de lhes conferir poderes de plena jurisdição.

O âmbito da jurisdição administrativa é, como também já vimos, delimitado pelo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, que estabelece, em enumeração exemplificativa, a competência dos tribunais administrativos para a apreciação de litígios relativos à tutela de direitos fundamentais e de direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares *directamente fundados em normas de direito administrativo ou decorrentes de actos jurídicos praticados ao abrigo de disposições de direito administrativo*, bem como à fiscalização da legalidade de actos jurídicos emanados por pessoas colectivas de direito público ao abrigo de disposições de direito administrativo e de actos materialmente administrativos praticados por quaisquer órgãos do Estado (artigo 4.º, n.º 1, *a*) a *c*). Por seu turno, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos estabelece, recorde-se, o princípio da tutela jurisdicional efectiva, concretizando que *a todo o direito ou interesse legalmente protegido corresponde a tutela adequada junto dos tribunais administrativos* (artigo 2.º, n.º 2) e oferece vias processuais para reagir a acções ou omissões da Administração, ilegítimas ou lesivas de posições jurídicas dos cidadãos.

Sendo possível discutir se as normas de direito penitenciário são “disposições de direito administrativo”¹²²⁰, se as decisões tomadas em aplicação das normas do CEP constituem “actos materialmente administrativos”¹²²¹ e se os respectivos litígios são “emergentes das relações jurídicas administrativas”¹²²², a questão torna-se mais

¹²²⁰ Discussão que não é arredada ainda que se considere o direito penitenciário parte do direito penal (cf. *supra*, Parte II, Cap. I, 1).

¹²²¹ Veja-se, nomeadamente, o Ac. do TC n.º 263/94, que classifica como “acto administrativo do director do estabelecimento prisional” a aplicação de sanção disciplinar ao recluso.

¹²²² Art. 212.º, n.º 3, da CRP. Admitindo que a execução das penas possa configurar relação jurídica administrativa, Mário Esteves de OLIVEIRA/Rodrigo Esteves de Oliveira, *CPTA Vol. I e ETAF Anotados*, em anotação ao art. 1.º do ETAF, p. 25, referindo que o conceito inclui as relações em que um dos sujeitos actua no exercício de um poder de autoridade, com vista à realização de um interesse público legalmente definido. A propósito da “relação jurídica administrativa” como critério determinante da atribuição de competência aos tribunais administrativos, Carla Amado GOMES, *Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*, p. 271, afirma que “é uma fórmula vazia, carente de integração através da eleição de critérios que definam a essência do Direito Administrativo”, concluindo, perante as tentativas doutrinárias de identificação de critérios, pela impossibilidade de encontrar *um* critério único (pp. 271 ss.). A Autora conclui que, para as teorias mais

complexa perante a delimitação negativa da jurisdição administrativa estabelecida pelo ETAF, que exclui expressamente do âmbito daquela jurisdição “a apreciação de litígios que tenham por objecto a impugnação de [...] actos relativos ao inquérito e instrução criminais, ao exercício da acção penal e à execução das respectivas decisões”¹²²³. O teor literal desta alínea não deixa, efectivamente, claro se a exclusão abrange a matéria penitenciária¹²²⁴.

O problema já foi objecto de apreciação pelo Tribunal dos Conflitos, apontando a sua jurisprudência no sentido da competência dos tribunais administrativos para a apreciação de actos da administração prisional. Com efeito, em dois casos que foi chamado a decidir (embora ainda na vigência da legislação penitenciária anterior ao CEP), o Tribunal atribuiu à jurisdição administrativa a competência para sindicar decisões como a transferência de recluso para secção de segurança¹²²⁵ e a restrição de contactos telefónicos¹²²⁶.

modernas, a noção central é a do *fim* da acção (busca da satisfação do interesse público), aliada à da *qualidade do sujeito* que a desenvolve e, perante a “plurifacetação” da actividade administrativa actual, acaba por se inclinar para uma unificação do contencioso em torno da ideia de *função administrativa* (p. 292).

¹²²³ Art. 4.º, n.º 3, c) (itálico nosso).

¹²²⁴ Com efeito, não se afigura evidente a que se refere o adjectivo *respectivas*. A expressão “execução das respectivas decisões” pode referir-se à execução das decisões condenatórias em que o “exercício da acção penal” culminar. Porém, se de facto o legislador pretendia abranger a execução das sentenças condenatórias, seria mais lógico que o tivesse dito na alínea anterior (*b*), que exclui do âmbito da jurisdição administrativa a impugnação de *decisões jurisdicionais proferidas por tribunais não integrados na jurisdição administrativa e fiscal*), acrescentando a expressão “e a execução das respectivas decisões” no final da alínea *b*) e não na alínea *c*). A questão também não é resolvida pela doutrina. Mário Esteves de OLIVEIRA/Rodrigo Esteves de Oliveira, em anotação ao art. 4.º do ETAF, in *CPTA Vol. I e ETAF Anotados*, p. 67, ao explicarem a exclusão prevista nesta alínea com o facto de “não parece[r] que se trate aí de actos da Administração praticados ao abrigo de normas de direito administrativo, mas de actos de direito processual penal”, determinados pelo “interesse da realização judicial do Direito (Penal), da investigação criminal, e não da realização administrativa de interesses públicos concretos, de ordem prática”, concluem que não se está, nos casos elencados nesta alínea, perante uma relação jurídica administrativa – “salvo eventualmente no que respeita à execução das penas”. Os Autores referem ainda, na mesma anotação, que se trata, nessa alínea excludente da jurisdição, de actos que não se destinam a assegurar o funcionamento das autoridades de investigação, das polícias e agentes, a gerir as prisões, etc. – dando portanto a entender que os litígios relativos à gestão das prisões pertencem claramente ao âmbito da jurisdição administrativa, o que permite incluir, pelo menos, os actos da administração prisional relacionados com a vida diária nos estabelecimentos prisionais. Já Vieira de Andrade, *A justiça administrativa*, p. 112, ao analisar a exclusão operada pela alínea *c*), não faz referência à matéria penitenciária, mencionando apenas actos do processo penal: “os litígios que tenham por objecto a impugnação dos *actos de natureza administrativa* (do juiz, do MP e das autoridades policiais) relativos ao inquérito e à instrução criminais e ao exercício da acção penal – subtracção que se justifica pela tradição, mas sobretudo pela força atractiva do processo penal, numa matéria cujo julgamento compete constitucionalmente à jurisdição comum”.

¹²²⁵ Cf. Ac. de 29-3-2007. Tratava-se de conflito negativo de jurisdição entre o TEP e o Tribunal Administrativo e Fiscal respeitante à impugnação de decisão do Director-Geral dos Serviços Prisionais de transferência de um recluso, com fundamento no risco de evasão, para uma secção de segurança (art. 115.º do Decreto-Lei n.º 265/79, então vigente – aliás, o mesmo preceito que estava em causa no já referido caso *Stegarescu e Bahrin* decidido pelo TEDH). O recluso afectado pela decisão começou por reagir junto do tribunal administrativo, mediante intimação para a protecção de direitos, liberdades e

Contudo, não se pode afirmar a existência de uma jurisprudência estabelecida¹²²⁷, tanto se encontrando decisões dos tribunais administrativos que aceitam¹²²⁸ como que negam¹²²⁹ a competência, e não se verificando que os tribunais administrativos tenham desempenhado, de forma abrangente, um efectivo papel de tutela dos direitos e interesses dos reclusos. Após a entrada em vigor do CEP, embora se possam encontrar ainda decisões dos tribunais administrativos apreciando actos da

garantias, tendo porém o tribunal declarado a sua incompetência para a acção; dirigiu-se então ao tribunal de execução das penas, que declarou também a sua incompetência, considerando o acto impugnado como administrativo, decisão confirmada pelo Tribunal da Relação. O Tribunal dos Conflitos concluiu que aquela decisão, não se confundindo com uma sanção disciplinar e não constando a sua apreciação das competências expressamente cometidas aos TEP, constituía “medida de segurança, de carácter administrativo, só sindicável através de recurso para os tribunais administrativos”. Resolveu, pois, o conflito de jurisdição atribuindo a competência para o conhecimento da questão à jurisdição administrativa, “competência que abrange, naturalmente, questão de saber se tal impugnação pode, desde já, ser apreciada contenciosamente”.

¹²²⁶ Cf. Ac. de 10-7-2007. Estava em causa a determinação da jurisdição competente para apreciar a impugnação de uma “circular” do director do estabelecimento prisional que restringia os contactos telefónicos com o exterior a familiares directos e advogados, num máximo de dez contactos. Um dos reclusos afectados por essa disposição começara por intentar junto do tribunal judicial (não do TEP) uma providência cautelar para protecção de direitos, liberdades e garantias, tendo-se o tribunal declarado incompetente para conhecer da providência, por considerar competente o tribunal administrativo; este, por sua vez, declinara também a competência, por considerar competente outro tribunal da jurisdição comum – o tribunal de execução das penas. O Tribunal dos Conflitos afirmou que “o facto do autor da ‘norma interna’ contestada ser o Director de um Estabelecimento Prisional e do requerente ser um dos reclusos a que o acto está dirigido não coloca, só por si, a apreciação da pretensão do requerente no âmbito da competência do Tribunal de Execução de Penas. É que este Tribunal, que, como referimos, integra a jurisdição comum, tem uma competência especializada e muito restrita [recorde-se que se estava ainda na vigência da legislação de 1979], abrangendo apenas as matérias expressamente previstas na respectiva legislação, onde não se inclui a apreciação, pelo juiz de execução de penas, de decisões de natureza administrativa”. Deliberou que “não restam dúvidas que, no presente caso, estamos perante um litígio emergente de uma *relação jurídica administrativa*, [...] ou seja, estamos perante um litígio decorrente de um acto praticado pela Administração, no uso de poderes de autoridade ou de *ius imperium*, e, portanto, de um acto em matéria administrativa e que, conseqüentemente, se rege por normas de direito administrativo” e considerou, portanto, competente a jurisdição administrativa.

¹²²⁷ Como aliás sublinhou o TEDH, no já estudado *Stegarescu e Bahrin c. Portugal*. Perante a alegação do Governo português de que as decisões da administração prisional visadas pelos queixosos eram sindicáveis perante as jurisdições administrativas, o TEDH notou que os dois referidos acórdãos do Tribunal dos Conflitos eram posteriores aos factos em causa, pelo que não era certo que, à data desses factos, a competência dos tribunais administrativos fosse já reconhecida pela jurisprudência, concluindo assim que os queixosos não tinham ao seu dispor, naquela data, “possibilidades claras e concretas de contestar as medidas” (§49).

¹²²⁸ Veja-se o exemplo do Ac. do STA de 7-10-2004, que anulou, por falta de fundamentação, um despacho do Ministro da Justiça que, em recurso hierárquico, confirmara decisão do Director-Geral dos Serviços Prisionais que recusara pedido do recluso (preso preventivo) de concessão de entrevista a órgão de comunicação social.

¹²²⁹ Sofia DAVID, «*Quo vadis*: intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias», p. 228, fornece exemplos de decisões de tribunais administrativos que se julgaram incompetentes para decidir intimações apresentadas por reclusos, considerando materialmente competentes os tribunais de execução das penas. Cf., porém, o Ac. do TCA Sul, de 27-3-2008, que rejeitou a intimação apresentada por um recluso, em reacção contra a sua transferência para estabelecimento de segurança máxima: o Tribunal fundamentou a rejeição na inadequação do meio processual utilizado, mas não se considerou incompetente.

administração prisional¹²³⁰, parece consolidar-se uma tendência na jurisprudência administrativa para entender que os tribunais de execução das penas são os tribunais “naturalmente” competentes, em função da matéria, “para apreciar a impugnação de actos que, não obstante a sua natureza administrativa, estejam estreitamente conexos com o modo como está a ser executada a pena”¹²³¹.

Na ausência de uma exclusão clara pelo legislador e considerando ainda que nem a doutrina administrativa nem a jurisprudência apontam decisivamente no sentido da exclusão, inclinamo-nos para o entendimento de que a apreciação dos actos praticados pela administração penitenciária no âmbito da execução das penas não está subtraída ao âmbito da jurisdição administrativa¹²³². Assim, *de iure condito*, e numa

¹²³⁰ Por exemplo, o Ac. do TCA Norte, de 17-4-2015, que confirmou o indeferimento, pelo tribunal administrativo de 1.ª instância, de providência cautelar de suspensão de eficácia, apresentada por recluso contra acto da administração prisional de transferência de estabelecimento por razões de ordem e segurança: o indeferimento fundamentou-se na falta de requisitos da providência cautelar e não em incompetência.

¹²³¹ Cf. o Ac. do TCA Norte de 16-12-2016, no contexto de uma acção administrativa especial para condenação à prática de acto administrativo devido. Um recluso que pretendia reagir contra decisão da administração prisional de atribuição de escolta começou por impugnar a decisão junto do TEP, com fundamento em falta de notificação da fundamentação das razões de ordem e segurança que subjaziam à decisão. O TEP, porém, rejeitou o requerimento por o acto não ser impugnável. Perante esta decisão, o recluso propôs junto do tribunal administrativo acção de condenação da administração prisional, para que esta fosse “condenada a prestar ao autor o despacho fundamentado contendo as razões de ordem e segurança que levaram à atribuição da escolta”. O tribunal administrativo, em decisão confirmada pelo referido acórdão da 2.ª instância, reafirmou a competência dos TEP, sustentando que não deve confundir-se o plano da competência material com o da impugnabilidade do acto.

No mesmo sentido decidiu o mesmo Tribunal, por Acs. de 15-7-2016 e de 24-3-2017, num caso em que um recluso pretendia reagir à decisão da directora do estabelecimento prisional que lhe indeferira a colocação em regime aberto no interior. Optou pelo procedimento cautelar de suspensão de eficácia do acto, tendo porém o tribunal administrativo indeferido a pretensão com fundamento em incompetência material (invocando a al. c) do n.º 3 do art. 4.º do ETAF, conjugado com o art. 138.º do CEP), o mesmo sucedendo com a acção principal (acção administrativa de impugnação). O TCA confirmou estas decisões, sustentando que “os tribunais de execução de penas, incluídos na hierarquia dos tribunais judiciais, são os tribunais especializados em matéria de execução de penas, assim se configurando como o ‘foro próprio e natural para a protecção dos direitos do recluso’[...]. Os tribunais de execução de penas são, assim, os tribunais ‘naturalmente’ (em função da matéria em causa) competentes para apreciar a impugnação de actos que, não obstante a sua natureza administrativa, estejam estreitamente conexos com o modo como está a ser executada a pena, como é o caso evidente do acto aqui em causa”. Acrescentou ainda que, “sendo o tribunal de execução de penas o competente para apreciar a legalidade de um tal acto, é também a esse tribunal que compete a apreciação de quaisquer medidas cautelares destinadas a acautelar a utilidade da acção que vise a sua impugnação”. Foi, portanto, determinada a remessa dos autos ao TEP; contudo, este decidiu não admitir a impugnação, por “*a decisão de não colocação [em] regime aberto no interior não [ser] impugnável perante este Tribunal ou perante qualquer outro*”. Interposto recurso para o TRP, este não foi admitido. O recluso suscitou ainda, junto do TC, a inconstitucionalidade do art. 200.º do CEP, “quando interpretado no sentido de não ser passível de impugnação a decisão dos serviços prisionais que não concedeu/colocou o recluso em regime aberto no interior”; contudo, o recurso de constitucionalidade não foi admitido por falta do requisito de suscitação prévia (cf. Ac. do TC n.º 26/2017).

¹²³² Neste sentido nos tínhamos já pronunciado em anotação ao Ac. n.º 20/2012 do TC, Inês Horta PINTO, «Tutela judicial efectiva na execução da pena privativa da liberdade. Impugnabilidade pelo recluso da aplicação do regime de segurança», pp. 342 ss.

interpretação conforme à Constituição – já que, enquanto o CEP apenas garante a impugnação para os TEP dos actos expressamente previstos, a legislação administrativa assegura amplamente uma tutela judicial efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos perante a administração, existindo, pois, já positivada, uma solução legal que cumpre as exigências constitucionais de tutela –, é de concluir que os actos da administração prisional cuja impugnabilidade não está expressamente contemplada no CEP são impugnáveis perante os tribunais administrativos^{1233/1234}.

Assim, podemos dizer, neste ponto, que o *défice* a apontar ao sistema jurídico português de tutela dos direitos dos reclusos não é tanto a existência de actos não susceptíveis de impugnação judicial, mas sim o facto de não o serem de forma clara ou facilmente apreensível pelos interessados, o que representa um entrave ao acesso aos tribunais¹²³⁵.

Questão diferente será *a qual das jurisdições seria mais adequado* que a competência fosse atribuída, bem como se é desejável uma tal dispersão de competências entre duas ordens de tribunais relativamente a actos praticados num mesmo “recorte de vida”. Dessa questão trataremos na Parte V, 3.1. Por ora, importa concluir que, *de iure constituto*, uma interpretação conforme à Constituição exige que se aceite que os actos da administração prisional não expressamente previstos no Código da Execução das Penas como impugnáveis perante os TEP devem considerar-se impugnáveis perante os tribunais administrativos.

¹²³³ É, aliás, o que sucede no ordenamento espanhol: como veremos mais pormenorizadamente na Parte IV, Cap. II, a actividade da administração prisional está sujeita ao controlo dos tribunais administrativos, nas matérias que não estiverem cometidas ao juiz de vigilância.

¹²³⁴ A não se entender assim – por se considerar que a exclusão operada pela alínea *c*) do n.º 3 do art. 4.º do ETAF abrange os actos relativos à execução das penas –, então o direito positivo não oferece solução expressa conforme à Constituição, restando como solução desaplicar ou a norma do art. 200.º do CEP, na parte que restringe a impugnabilidade das decisões dos serviços prisionais aos casos expressamente previstos no Código, ou a norma do art. 4.º, n.º 3, *c*), do ETAF, na parte que exclua do âmbito da jurisdição administrativa os litígios relativos à impugnação de actos respeitantes à execução das decisões penais. Será ainda possível outra solução, que passaria por distinguir entre actos estreitamente relacionados com a execução da pena, nomeadamente com a individualização da execução (actos em que, como vimos, mais se interpenetram as competências da Administração com as do juiz judicial) e actos ligados à organização da vida nos estabelecimentos prisionais (que implicam constantemente limitações de direitos em nome de “exigências próprias da execução”). Se se considerarem os primeiros excluídos do âmbito da jurisdição administrativa, haverá então uma inconstitucionalidade, a resolver por desaplicação do art. 200.º do CEP; em relação aos segundos, é defensável a competência dos tribunais administrativos.

¹²³⁵ Recorde-se que o TEDH requer “possibilidades claras e concretas” de contestar as medidas que tenham repercussões importantes sobre os direitos de carácter civil (*Stegarescu e Bahrin c. Portugal*, §49).

3.4. A tutela relativamente a condições materiais de detenção contrárias ao artigo 3.º da CEDH

Menção específica merece a questão da tutela relativa a condições materiais de detenção violadoras da proibição de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Como foi estudado atrás, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem interpreta o artigo 13.º da Convenção como reivindicando a disponibilidade de mecanismos internos, de carácter tanto preventivo como compensatório, que possibilitem aos reclusos que sofram tais condições obter uma rápida cessação da violação ou, quando tal já não seja possível, reparação adequada. Tais mecanismos, recorde-se, devem ser “efectivos”, no sentido de estarem disponíveis na prática e não apenas teoricamente, com suficiente clareza, e de permitirem uma decisão sobre o mérito da pretensão, com razoáveis perspectivas de sucesso e em tempo útil.

Ora, o que já expusemos é suficiente para se concluir que o ordenamento português não oferece mecanismos adequados de tutela. Não está prevista impugnação para o tribunal de execução das penas nesta matéria, nem sequer verificação da legalidade pelo Ministério Público. Os organismos que podem intervir neste âmbito (administração prisional, órgãos inspectivos, mecanismos nacionais e internacionais de prevenção da tortura) ou não se revestem das características funcionais exigidas ou não dispõem de poderes de decisão vinculativos.

O *habeas corpus*, mecanismo de tutela urgente contra privações da liberdade ilegais, também não se tem provado apto a conferir tutela nestas situações¹²³⁶.

¹²³⁶ Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do STJ de 9-8-2017, rejeitando pedido de *habeas corpus* de recluso que invocava o cumprimento da sua pena em celas partilhadas sobrelotadas, em condições sub-humanas. O recluso havia tentado obter tutela junto do TEP, solicitando a modificação da execução da pena (por interpretação extensiva do art. 118.º do CEP, “enquanto não existisse uma cela individual disponível neste E.P. para o requerente, bem como este E. P. não reunisse as condições materiais mínimas que permiti[ssem] ao requerente cumprir pena com toda a dignidade – e sem sacrifícios acrescidos”. Tendo a pretensão sido rejeitada pelo TEP e, depois, pela Relação, o recluso apresentou um pedido de *habeas corpus*, solicitando a sua libertação ou a colocação em prisão domiciliária, enquanto o estabelecimento prisional não oferecesse condições para o cumprimento da pena com dignidade e em conformidade com a lei e o direito internacional. O STJ rejeitou o pedido por não se verificar nenhum dos fundamentos previstos no art. 222.º do CPP. Mais recentemente, em Acórdão de 20-11-2019, o STJ rejeitou, com fundamentos semelhantes, pedido de *habeas corpus* apresentado por um recluso que invocava a ilegalidade do cumprimento da sanção disciplinar de permanência obrigatória no alojamento que lhe fora imposta (seja por estar a ser cumprida com um conteúdo semelhante a uma sanção de cela disciplinar, seja pelas condições infra-humanas disponibilizadas nessa cela). E, em Acórdão de 11-11-2020, decidindo sobre *habeas corpus* peticionado por cidadão em prisão preventiva, alegando condições contrárias ao art. 3.º da CEDH, o STJ afirmou que “as condições em que o peticionante alegadamente se encontra não constituem fundamento para a providência de *habeas corpus* já que, manifestamente, não se integra em qualquer uma das situações taxativamente previstas no artigo 222.º, n.º 2, do CPP”. Refira-se ainda, com interesse, que têm também resultado frustradas as alegações de más condições de detenção como fundamento para a revogação da prisão preventiva, em sede de

Resta, pois, de novo, o recurso aos tribunais administrativos, nomeadamente através de intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias ou de acção com vista ao reconhecimento de direitos ou interesses ou à condenação da administração a adoptar ou a abster-se de certo comportamento, sem esquecer a tutela cautelar.

A tutela relativa às condições materiais de detenção põe a questão do controlo judicial das actuações materiais da administração¹²³⁷, sobretudo a actividade de organização e funcionamento dos estabelecimentos prisionais e de prestação de bens e serviços aos reclusos com vista à satisfação das suas necessidades¹²³⁸.

recurso da aplicação desta. Cf., como exemplo, o Ac. do TRL de 24-11-2020, onde a Relação considerou que “os argumentos aduzidos pelo recorrente quanto às condições do estabelecimento prisional em que se encontra, ainda que eventualmente a considerar noutra sede, não podem ser atendidos como fundamentos do recurso do concreto despacho que [...] decidiu aplicar-lhe a prisão preventiva”.

¹²³⁷ Entendendo-se por tal um conjunto muito diverso de actuações que não visam produzir efeitos jurídicos. *Vide* Rogério SOARES, *Direito Administrativo* (1978), pp. 46 ss., sobre os actos de administração concreta que integram a actividade administrativa (acções materiais de exercício, que traduzem o cumprimento de tarefas indispensáveis à manutenção da vida do serviço; acções materiais de execução, destinadas a dar cumprimento a determinações vinculativas da administração, do poder judicial ou da lei; comportamentos, incluindo comunicações, informações, notificações internas, verificações internas, que constituem actos com conteúdo declarativo, não determinantes de efeitos jurídicos). Na definição de Carla Amado GOMES, *Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*, p. 535, operações materiais administrativas, em termos substantivos, são “todos os actos que visam exclusivamente produzir alterações na realidade física (embora possam também ter, acidentalmente, consequências jurídicas), quer no âmbito da organização administrativa, quer no âmbito do estabelecimento de relações jurídicas administrativas entre a Administração e outros sujeitos, de direito público ou privado, cuja prática é imposta por acto normativo ou por determinação individual, e que têm por finalidade a realização dos interesses públicos da pessoa colectiva ao qual são imputados”. Para a distinção entre actos administrativos e simples actuações da Administração e sua relevância no plano do contencioso administrativo, v. também Aroso de ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, p. 124.

¹²³⁸ Carla Amado GOMES, *Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*, chama a atenção para a necessidade de atentar nesta larga fatia da actividade de uma administração actuante, que não deixa de estar vinculada ao princípio da legalidade (p. 25). A Autora considera que “o estudo das operações materiais da Administração Pública tem sido negligenciado pela doutrina em virtude da fascinação exercida pelo acto administrativo”, fazendo referência a uma “noção restrita de actividade administrativa, unilateral, de regulamentação de uma situação jurídica, que comprimia uma noção ampla e mais autêntica de actividade administrativa, essa sim, a permitir uma leitura global das formas de concretização da acção da Administração” (p. 197). Ora, “os tempos modernos exigem uma noção ampla de actividade administrativa, a qual poderá conter variadíssimos conteúdos – jurídicos e não jurídicos, concretos e gerais, unilaterais e contratuais, bilaterais e poligonais, formais e informais, instrumentais e finais. A actuação material é uma forma de actividade, a par de outras, que concretizam os objectivos da função administrativa” (p. 233). A indiferença quanto às operações materiais abrangia também o seu controlo jurisdicional – estas ficavam arredadas deste, salvo no tocante à responsabilidade, já que o contencioso de anulação estava pensado para actos jurídicos (p. 297). A Autora concorda com a doutrina que advoga o estabelecimento normativo de *standards* de actuação, a partir da observação de um nível médio de prestação de serviços, que ajudariam o juiz a decidir casos de responsabilidade administrativa por alegada insuficiência ou ausência de actividade prestacional – pois é no plano da responsabilidade por omissão administrativa que esta problemática se reflecte com mais vigor; tais *standards* permitiriam esperar uma maior homogeneidade na actuação administrativa, preservando a igualdade entre os cidadãos destinatários e ajudariam os juízes a avaliar a legalidade da (in)acção administrativa (p. 258). Note-se que a conclusão da Autora no sentido da

Relativamente à existência de meios de carácter compensatório, também reclamados pelo TEDH, o regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas colectivas de direito público por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa¹²³⁹ poderá constituir um meio adequado¹²⁴⁰. Contudo, como já observou o TEDH no acórdão *Petrescu*, não existe ainda jurisprudência que permita concluir com certeza que este regime constitui “remédio efectivo” na acepção do artigo 13.º da CEDH.

insuficiência da tutela perante estas actuações deve compreender-se à luz do facto de o seu trabalho ser anterior à reforma do contencioso administrativo; à época, os meios de reacção cingiam-se praticamente ao recurso de anulação e à suspensão de eficácia, ambos configurados para reagir contra actos jurídicos, restando o pedido de indemnização por via da responsabilidade extracontratual do Estado; só a recentemente introduzida acção para reconhecimento de direitos demonstrava aptidão intrínseca para albergar pedidos condenatórios da Administração, nomeadamente na prática e na omissão de actividades materiais; a Autora propugnava a criação de providências cautelares no contencioso administrativo e de uma acção para defesa dos direitos fundamentais, de carácter urgente, junto dos tribunais administrativos, com recurso último para o Tribunal Constitucional (p. 544). A reforma do contencioso administrativo veio, como já verificámos, dotar o contencioso administrativo de meios de tutela que se afiguram mais aptos a conferir tutela contra estas actuações.

¹²³⁹ Actualmente previsto na Lei n.º 67/2007, de 31-12, alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17-7. O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes; são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço (existe funcionamento anormal quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos – art. 7.º). Consideram-se ilícitas as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos; também existe ilicitude quando a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte do funcionamento anormal do serviço (art. 9.º). O regime da responsabilidade por factos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa aplica-se também aos danos ilicitamente causados pela administração da justiça (art. 12.º). Sem prejuízo do regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade, o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto (art. 13.º). Há ainda lugar a responsabilidade civil do Estado por actos praticados no exercício da função político-legislativa, em desconformidade com a Constituição, o direito internacional, o direito comunitário ou acto legislativo de valor reforçado, que causem danos anormais aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos; incluem-se os danos que resultem da omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais, desde que tenha sido verificada inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional (art. 15.º). A responsabilidade compreende danos patrimoniais e não patrimoniais, bem como danos já produzidos e danos futuros; quando resulte obrigação de indemnizar, deve ser reconstituída a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação; quando a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa, há lugar a indemnização em dinheiro (art. 3.º).

¹²⁴⁰ Sobre este ponto praticamente não existe doutrina, sendo excepção o artigo de Carla Amado GOMES, «A responsabilidade civil extracontratual do Estado por factos decorrentes da gestão de estabelecimentos prisionais», pp. 55 ss., onde a Autora averigua das especificidades da responsabilidade do Estado pela gestão de estabelecimentos prisionais. No que respeita aos danos provocados a reclusos por insuficiência de condições logísticas e cuidados sanitários (nomeadamente sobrelotação, deficiência de equipamentos ou falta de assistência médica), a Autora defende a imputação de danos a título de “anormal funcionamento do serviço”, nos termos dos arts. 7.º, n.º 4, e 9.º, n.º 2, do regime legal em análise.

A questão da suficiência dos meios acima referidos para cumprir as exigências convencionais foi recentemente apreciada pelo TEDH, no caso *Petrescu*, já analisado¹²⁴¹. O Estado português havia invocado o não esgotamento das vias internas, alegando que os queixosos tinham ao seu dispor diversos meios de reacção, desde o direito de reclamação, petição, queixa e exposição junto da administração prisional, de órgãos inspectivos, do juiz de execução das penas ou do Provedor de Justiça (artigo 116.º do CEP), passando pelo direito de impugnação perante os tribunais de execução das penas (artigo 200.º do CEP), até à tutela oferecida pelos tribunais administrativos e pelo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado¹²⁴².

O Tribunal Europeu, como já vimos, não considerou procedente esta defesa. No que respeita ao direito de petição e queixa perante a administração penitenciária, sublinhou que as autoridades em causa não dispõem da independência exigida para este efeito, acrescentando que dos relatórios do CPT se depreende a falta de confiança dos reclusos no sistema interno de queixas dos estabelecimentos prisionais¹²⁴³. Quanto à queixa junto do Provedor de Justiça, que é também Mecanismo Nacional de Prevenção da Tortura, salientou que este não pode adoptar decisões vinculativas nem dirigir injunções ao poder executivo, mas apenas recomendações¹²⁴⁴. Relativamente ao recurso aos tribunais de execução das penas ou aos tribunais administrativos, observou que o Governo português não logrou demonstrar a sua efectividade como forma de reacção contra as más condições de detenção; além disso, revelando-se o problema estrutural, ainda que os tribunais emitissem decisão favorável, a Administração teria dificuldade prática em executá-la¹²⁴⁵.

Concluiu, assim, o Tribunal que o direito interno não oferecia ao requerente qualquer recurso de carácter preventivo suficientemente acessível e efectivo para impedir a continuação da violação alegada ou para obter uma melhoria das suas condições de detenção¹²⁴⁶.

No concernente aos mecanismos indemnizatórios, na ausência de apresentação pelo Governo, a quem cabia provar a efectividade das vias de recurso alegadas, de jurisprudência ou outra informação que demonstrasse que a acção de responsabilidade civil extracontratual do Estado constituía recurso efectivo relativamente a condições de

¹²⁴¹ *Supra*, Parte II, Cap. V, 2.3.

¹²⁴² Cf. §§69 ss.

¹²⁴³ §81.

¹²⁴⁴ §83.

¹²⁴⁵ §82.

¹²⁴⁶ §84.

detenção contrárias ao artigo 3.º da Convenção, o Tribunal não pôde concluir com um grau de certeza suficiente que o direito português oferecesse ao requerente uma via compensatória¹²⁴⁷.

Recorde-se que, neste acórdão, o Tribunal deixou uma recomendação ao Estado português no sentido da adopção de medidas gerais tendentes a oferecer aos reclusos um recurso que permita impedir a continuação de violações alegadas ou obter uma melhoria das suas condições de detenção¹²⁴⁸.

3.5. Carência de meios de tutela cautelar nos tribunais de execução das penas

O conteúdo do princípio da tutela jurisdicional efectiva abrange – como resultou da análise feita *supra*, Parte I, Cap. VII – a garantia de “medidas cautelares adequadas” à tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados (artigo 268.º, n.º 4, da CRP), bem como a disponibilidade de “procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade” para “tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações” dos direitos, liberdades e garantias pessoais (artigo 20.º, n.º 5 da CRP). Também o artigo 13.º da CEDH exige a disponibilidade de mecanismos de carácter preventivo, efectivos na prática e aptos a prevenir ou a fazer cessar violações dos direitos convencionais. Observámos como a reforma do contencioso administrativo deu cumprimento a estas imposições, assegurando que quem tem legitimidade para intentar uma acção pode solicitar as providências cautelares antecipatórias ou conservatórias que se mostrem adequadas a garantir a utilidade da sentença a proferir.

Contudo, no processo perante os tribunais de execução das penas, não estão previstos meios cautelares de tutela. É certo que o Código contém disposições destinadas a assegurar uma decisão célere: são considerados urgentes, correndo em férias, os processos de impugnação de decisões dos serviços prisionais que tenham efeito suspensivo, bem como aqueles “cuja demora possa causar prejuízo”, desde que o juiz assim o decida fundamentadamente, oficiosamente ou a requerimento (artigo 151.º); as impugnações com efeito suspensivo “são tramitadas imediatamente e com preferência sobre qualquer outra diligência” (artigo 202.º); e os prazos de impugnação, de tramitação e de decisão são curtos (artigos 203.º a 206.º). Contudo, tais previsões não se afiguram suficientes para dar pleno cumprimento às exigências acima referidas.

¹²⁴⁷ §§85-88.

¹²⁴⁸ Cf. § 117 do Acórdão. Procuraremos indicar vias de conformação com essa recomendação *infra*, Parte V, 3.2 (esp. 3.2.11).

3.6. Indisponibilidade de um mecanismo de “amparo” dos direitos fundamentais

Os défices assinalados são ainda mais significativos se tivermos em conta que o nosso sistema jurídico não dispõe de um mecanismo de “amparo” ou equivalente para defesa dos direitos fundamentais. O mecanismo de fiscalização concreta da constitucionalidade, embora tenha, graças ao conceito funcional de norma adoptado pelo Tribunal Constitucional, preenchido, em parte, o papel de um “recurso de amparo”¹²⁴⁹, não o é verdadeiramente – e as considerações que deixámos feitas *supra*, 2.2, a propósito da jurisprudência constitucional em matéria de execução das penas, deixam à vista as limitações do recurso de constitucionalidade como via de tutela dos direitos dos reclusos¹²⁵⁰.

Não cabe no escopo do presente trabalho tomar posição quanto à desejabilidade de introdução no ordenamento português de um mecanismo do tipo do “recurso de amparo” espanhol ou da “queixa constitucional” alemã; deve, contudo, deixar-se nota de que, apreciando o sistema jurídico no seu todo, falta um efectivo “amparo” dos direitos dos reclusos, que nem os tribunais de execução das penas (devido à limitação do seu âmbito de intervenção), nem os tribunais administrativos (devido à falta de clareza do âmbito da sua jurisdição na matéria penitenciária), nem a jurisdição constitucional (devido às limitações do sistema de fiscalização concreta) têm sido capazes de assegurar.

3.7. Pretensões formuláveis e poderes do tribunal

Refira-se ainda que, além da limitação do leque de actos sindicáveis, se verifica também uma limitação dos tipos de pretensões formuláveis junto dos tribunais de execução das penas em reacção a actos da administração, em contraste com as facultades oferecidas pelo contencioso administrativo reformado. Com efeito, enquanto os reclusos podem obter, junto dos tribunais de execução das penas, a anulação ou a

¹²⁴⁹ Neste sentido, falando de um “quase-recurso de amparo”, Vital MOREIRA, «O Tribunal Constitucional português: a fiscalização concreta», p. 109.

¹²⁵⁰ Sobre o ponto, nomeadamente, Reis NOVAIS, *Sistema português de fiscalização da constitucionalidade*, pp. 83 ss. O Autor considera que, apesar de a ampliação, por parte da jurisprudência do TC, do conceito de *norma* para efeitos de fiscalização ter permitido, na prática, “queixas constitucionais” relativamente a decisões judiciais violadoras dos direitos fundamentais que, de outra forma, seriam irrecuráveis para o TC, tal teve como resultado “instaurar a imprecisão, o casuismo, a diluição e incerteza nos critérios de admissibilidade dos recursos e a insegurança num domínio que devia ser transparente, claro e perceptível pelos interessados” (*ibidem*, p. 141).

alteração da decisão impugnada, nos casos expressamente previstos, o contencioso administrativo permite obter dos tribunais administrativos: o reconhecimento de situações jurídicas subjectivas; a condenação da administração à adopção de actos ou à sua omissão; a anulação ou a declaração de nulidade ou de inexistência de acto administrativo, a pedido de quem tenha sido lesado pelo acto nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos; a célere emissão de uma decisão que obrigue a Administração à adopção ou abstenção de uma conduta, quando indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia; a declaração de ilegalidade de normas regulamentares e a condenação à emissão de normas regulamentares necessárias a dar exequibilidade a actos legislativos; e ainda tutela cautelar.

Verifica-se, pois, que a tutela da posição jurídica do recluso oferecida pelos tribunais de execução das penas é inferior à conferida pelos tribunais administrativos à generalidade dos cidadãos. Tal diferença não parece aceitável, já que, como vimos, a condição de recluso não pode fundamentar restrições ao direito à tutela jurisdicional efectiva – pode, pelo contrário, justificar um acréscimo de tutela. É certo que as “exigências próprias da execução” podem, ao abrigo do n.º 5 do artigo 30.º da CRP, justificar especificidades na configuração dos meios de tutela e mesmo condicionamentos ao seu exercício, considerando a tensão dialéctica entre valores constitucionais que se exprime na execução de uma pena de prisão; mas não justificam nem a ausência de tutela em relação a actos lesivos da posição jurídica do recluso nem uma diferença relativamente à tutela conferida aos demais cidadãos em medida não justificada pelas exigências da execução.

Do facto de haver um tribunal especializado para a execução das penas não pode derivar um nível mais baixo de tutela que o que seria oferecido pelos tribunais administrativos, sob pena de flagrante contradição com a razão de ser daqueles tribunais – assegurar, precisamente, a tutela judicial efectiva dos direitos das pessoas privadas da liberdade.

3.8. Tutela perante decisões judiciais

No que se refere ao direito a recorrer de decisões judiciais em matéria de execução, pode concluir-se que o actual regime assegura o recurso nos casos estritamente exigidos pela Constituição (que, como vimos, de acordo com o estabelecido pelo Tribunal Constitucional, são as decisões judiciais que determinam a privação ou restrição da liberdade, bem como as que, por si mesmas e de forma directa,

lesem direitos fundamentais), embora subsistam exemplos de decisões cuja irrecurribilidade é questionável do ponto de vista constitucional (tais como a recusa de concessão de licença de saída e a recusa do regime de adaptação à liberdade condicional) e haja margem para um alargamento da recorribilidade¹²⁵¹ para além do que a Constituição exige, em nome de uma tutela mais intensa dos direitos e interesses dos reclusos, atenta a sua especial vulnerabilidade e a tensão permanente a que a sua posição jurídica está sujeita – sempre sem deixar de ponderar, em sede da conformação legal do recurso, a necessidade de assegurar que não é posto em risco o bom funcionamento da execução e que as decisões se consolidem na ordem jurídica sem delongas excessivas.

No que se refere à legitimidade para recorrer, ao âmbito do recurso, ao seu efeito e à tramitação, o actual regime afigura-se conforme às exigências constitucionais de tutela efectiva.

3.9. Assistência jurídica aos reclusos

Para a insuficiência da tutela dos direitos dos reclusos contribui também o défice de assistência jurídica. Sabendo-se que a generalidade da população prisional é socioeconomicamente desfavorecida, tal não pode fazer esquecer que a Constituição estabelece que todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídica, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade e proíbe que a insuficiência de meios económicos impeça o acesso ao direito e aos tribunais (artigo 20.º). Como vimos já, o direito de acesso ao direito, desdobrado nos direitos à informação e consulta jurídica, ao patrocínio judiciário e ao acompanhamento por advogado perante qualquer autoridade e a proibição de denegação de justiça por insuficiência de meios económicos são integrantes do princípio da tutela jurisdicional efectiva.

Esta garantia, como nota Anabela Miranda Rodrigues, “tem particular relevância no âmbito da execução da pena de prisão, onde os direitos fundamentais do recluso

¹²⁵¹ Salientando que “permanece ainda como caminho a fazer” a problemática controvertida “das situações em que a jurisdicionalização da execução da pena de prisão significa assegurar o direito de recurso ao recluso”, Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 120. Defendendo que “qualquer decisão que piore ou agrave a situação ou o estatuto jurídico do condenado/recluso deverá ser naturalmente susceptível de recurso”, Damião da CUNHA, «Uma reflexão sobre actos decisórios dos juizes», p. 394, salvaguardando que “pode naturalmente considerar-se que algumas decisões que, pelo menos, não piorem a posição jurídica do recluso não devem ser consideradas susceptíveis de recurso” (dando o exemplo da questão da não concessão da adaptação à liberdade condicional, decidida pelo Ac. do TC n.º 150/2013).

estão inevitavelmente submetidos a uma tensão forte e contínua. Exige, no plano procedimental, uma ampliação da jurisdicionalização da execução; no plano institucional, medidas concretas que garantam o acesso à informação e consulta jurídica; e, em ambos, o direito ao patrocínio jurídico deve ser contemplado”¹²⁵².

O desígnio do legislador do Código de reforço da participação do advogado enquanto forma de tutela da posição jurídica do recluso – manifestado nas disposições que (como descrevemos *supra*, 1.1.6) estabelecem o direito à informação, consulta e aconselhamento jurídico por parte de advogado, o direito a ser assistido por advogado no procedimento disciplinar e a intervenção de advogado nos processos perante os tribunais de execução das penas nos termos gerais de direito, sendo a assistência obrigatória nos casos especialmente previstos na lei ou quando estejam em causa questões de direito – tornaria expectável que a previsão expressa destes direitos, aliada ao reforço do controlo jurisdicional da execução, trouxessem consigo uma intensificação da assistência do recluso por advogado, invertendo-se assim a situação anterior, em que, tipicamente, com o termo do processo penal, marcado pelo trânsito em julgado da sentença condenatória e início da execução da pena, cessava também o acompanhamento por advogado.

Tal desígnio esbarra, porém, na falta de clareza do regime do apoio judiciário no que respeita à fase da execução penal, aliada à falta de procedimentos adequados às especificidades do meio prisional¹²⁵³.

O regime geral de acesso ao direito e aos tribunais¹²⁵⁴ parece assegurar o direito à protecção jurídica dos reclusos em caso de insuficiência económica, quer na modalidade de consulta jurídica quer na de apoio judiciário. Com efeito, de acordo com o artigo 1.º do referido diploma, “o sistema de acesso ao direito e aos tribunais destina-se a assegurar que a ninguém seja dificultado ou impedido, em razão da sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios económicos, o conhecimento, o exercício ou a defesa dos seus direitos”; quanto ao âmbito pessoal da protecção, “têm direito a protecção jurídica, nos termos da presente lei, os cidadãos nacionais e da União Europeia, bem como os estrangeiros e os apátridas com título de residência válido num Estado membro da União Europeia, que demonstrem estar em situação de insuficiência económica” (artigo 7.º) e, quanto ao âmbito material, “a protecção jurídica é concedida

¹²⁵² Anabela M. RODRIGUES, «Da ‘afirmação de direitos’ à ‘protecção de direitos’ dos reclusos...», p. 195.

¹²⁵³ Sobre este problema já Inês Horta PINTO, «O Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, de 2009: ‘novos actores’ e novos papéis para ‘velhos actores’ na execução da pena de prisão», pp. 595 ss.

¹²⁵⁴ Lei n.º 34/2004, de 29-7, modificada, por último, pela Lei n.º 2/2020, de 31-3.

para questões ou causas judiciais concretas ou susceptíveis de concretização em que o utente tenha um interesse próprio e que versem sobre direitos directamente lesados ou ameaçados de lesão” (artigo 6.º, n.º 2). Nos termos do artigo 17.º, “o regime de apoio judiciário aplica-se em todos os tribunais, qualquer que seja a forma do processo”, e do n.º 5 do artigo 18.º parece decorrer que o apoio judiciário concedido no processo que conduziu à condenação se mantém para a fase da execução da pena.

Assim, será de concluir que o regime de protecção jurídica se aplica aos processos nos tribunais de execução das penas, permitindo aos reclusos que o pretendam beneficiar de assistência por advogado nestes processos, mesmo que não disponham de recursos económicos para tal.

Contudo, apesar do teor do referido n.º 5 do artigo 18.º da lei (*o apoio judiciário mantém-se [...] para as execuções fundadas em sentença proferida em processo em que essa concessão se tenha verificado*), a jurisprudência parece entender que a nomeação de defensor no processo da condenação não se estende ao processo de execução da pena, devendo o recluso solicitar nomeação de advogado autónoma para cada processo ou incidente a tramitar no TEP¹²⁵⁵.

Por outro lado, não serão de ignorar dificuldades de ordem prática, ligadas às limitações criadas pela própria situação de reclusão à instrução de um pedido de apoio judiciário (dificuldade em obter e reunir todos os documentos exigidos, impossibilidade de deslocação aos serviços de segurança social, desconhecimento dos procedimentos, etc.). Também em relação à consulta jurídica se podem antecipar dificuldades práticas: com efeito, a regulamentação prevê que “a consulta jurídica pode ser prestada nos gabinetes de consulta jurídica e nos escritórios dos advogados participantes no sistema de acesso ao direito”¹²⁵⁶; ora, se não forem criados gabinetes de consulta jurídica nos estabelecimentos prisionais, ou de outra forma assegurada a prestação desse serviço nos estabelecimentos, resulta muito dificultado o acesso dos reclusos a esta forma de protecção jurídica.

Em face do exposto, fora dos casos de assistência obrigatória especialmente previstos – nos quais é inquestionável que, se o recluso ou internado não tiver advogado constituído, terá de lhe ser nomeado um –, o direito a ser assistido por advogado vê-se

¹²⁵⁵ Cf., nomeadamente, Ac. do TRP de 11-1-2012, segundo o qual a nomeação de defensor officioso ao arguido no processo da condenação não se estende ao processo para concessão da liberdade condicional – não fundamentando todavia essa conclusão senão na autonomia entre processo da condenação e processo para a concessão da liberdade condicional, sem confrontar tal entendimento com o disposto no n.º 5 do art. 18.º da lei em análise.

¹²⁵⁶ Art. 1.º, n.º 2, da Portaria n.º 10/2008, de 3-1, que regulamenta a lei de acesso ao direito e aos tribunais, na redacção da Portaria n.º 319/2011, de 30-12.

significativamente condicionado por dificuldades de ordem prática, frustrando a intenção legislativa de reforço da representação por advogado nos processos de execução das penas¹²⁵⁷.

3.10. Conclusão

Em suma, podem apontar-se ao actual sistema numerosos défices de tutela jurisdicional efectiva: actos potencialmente lesivos dos direitos e interesses legalmente protegidos dos reclusos que estes não podem impugnar judicialmente (ou cuja possibilidade de impugnação não se encontra claramente estabelecida ou não é facilmente apreensível pelos destinatários); acesso aos tribunais dificultado pela incerteza na delimitação da jurisdição entre tribunais de execução das penas e tribunais administrativos; falta de clareza dos poderes que resultam do direito de exposição ou queixa junto do tribunal de execução das penas e das funções de “vigilância” cometidas ao juiz e ao Ministério Público; indisponibilidade de meios de tutela cautelar; pretensões dedutíveis perante os tribunais de execução das penas e poderes de decisão destes inferiores aos assegurados no contencioso administrativo, resultando num nível mais baixo de tutela que o disponibilizado para a generalidade dos cidadãos perante a Administração; dificuldade de obter tutela contra problemas estruturais, nomeadamente condições de detenção inadequadas; não disponibilidade clara de um mecanismo eficaz de carácter compensatório por condições de detenção contrárias ao artigo 3.º da CEDH; deficiente assistência jurídica aos reclusos.

Perante o exposto, conclui-se que as condições em que os tribunais de execução das penas são chamados a participar na execução não são suficientes para assegurar o desempenho da função de garante que lhe é cometida pelo legislador¹²⁵⁸.

¹²⁵⁷ Sobre a questão também Mouraz LOPES, *A fundamentação da sentença...*, p. 328, considerando que, por a obrigatoriedade de assistência jurídica aos reclusos apenas se verificar nos casos especialmente previstos, “o seu direito de defesa processual está, por isso, de alguma forma diminuído”. Já ao abrigo da legislação anterior defendia Carlos Pinto de ABREU, «As reformas do sistema de execução de penas e do sistema prisional e o papel do advogado», p. 294, que se ponderasse a obrigatoriedade de assistência por advogado na tomada de decisões mais gravosas.

¹²⁵⁸ Fazendo um questionamento semelhante relativamente à figura do juiz de instrução criminal, M. F. MATA-MOUROS, *Juiz das liberdades*, pp. 25 ss.: a Autora aponta-lhe um lugar demasiadamente formal, à margem da investigação (pp. 25 ss.), a ausência de características próprias da decisão jurisdicional (pp. 46 ss.), uma densificação normativa insuficiente que forneça critérios materiais de decisão e a necessidade de fundamentação própria e exaustiva (pp. 280 ss.), concluindo pela existência de um défice procedimental na tutela dos direitos individuais restringidos por medidas de investigação na fase de inquérito, contrastante com a evolução verificada no direito administrativo (pp. 371 ss., esp. pp. 414, 431 e 448), conducente ao incumprimento das exigências de tutela jurisdicional efectiva no inquérito criminal.

A evolução que se verificou no contencioso administrativo, no sentido de uma plena conformidade às exigências constitucionais de tutela jurisdicional efectiva, não foi acompanhada por uma paralela evolução na jurisdição de execução das penas.

Acresce que o tribunal especializado, idealizado pelo legislador aquando da sua criação, com a expectativa de um acompanhamento próximo dos reclusos e do seu percurso e de um conhecimento aprofundado das condições da execução, acabou por não ter correspondência na realidade¹²⁵⁹.

Os défices assinalados adquirem ainda maior significado se levarmos em consideração que o nosso sistema jurídico não conta com um mecanismo de “amparo” ou equivalente para defesa dos direitos fundamentais, faltando um efectivo “amparo” dos direitos dos reclusos, que nem os tribunais de execução das penas, nem os tribunais administrativos nem a jurisdição constitucional têm logrado assegurar.

Neste ponto, pois, é forçoso concluir que não é dado cumprimento suficiente às exigências constitucionais e de direito internacional.

Procurar-se-á, para concluir o presente trabalho, apontar vias de superação das insuficiências verificadas (Parte V), não sem antes investigar as soluções adoptadas em ordenamentos jurídicos vinculados por tradições constitucionais comuns e por semelhantes exigências de conformidade com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Parte IV).

¹²⁵⁹ Recorde-se que, como vimos através de Beza dos Santos, quando estes tribunais foram criados, optou-se por um tribunal *especializado* e não pelo tribunal da condenação, pois, apesar de, à partida, ser este o que dispunha de conhecimento mais completo das circunstâncias do crime e do agente, as funções em causa exigiam um contacto directo e frequente com os condenados e com o estabelecimento prisional, que o tribunal da condenação dificilmente poderia assegurar, ao que acrescia a “índole diversa” das funções jurisdicionais. Tal expectativa não veio a concretizar-se, podendo apontar-se diversas razões para isso: a falta de tempo dos magistrados; a insuficiente dispersão territorial dos TEP, com a conseqüente distância geográfica entre os tribunais e os estabelecimentos e a atribuição de numerosos estabelecimentos a cada juiz; a insuficiente especialização da formação dos magistrados nesta área do direito; e até a ideia de que as visitas frequentes aos estabelecimentos e o diálogo com os presos e com a Administração será pouco ajustada à imagem funcional do juiz e do seu papel.

PARTE IV

ESTADO DA QUESTÃO EM OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS, ESPECIALMENTE EUROPEUS. TENDÊNCIAS DE EVOLUÇÃO

Um olhar sobre o modo como, em outros ordenamentos jurídicos, se resolve a questão da repartição de funções entre Administração e juiz na execução da pena e se assegura a tutela jurisdicional efectiva dos direitos das pessoas privadas da liberdade afigura-se indispensável para o propósito de identificar soluções de aperfeiçoamento do direito português, no sentido da sua plena conformidade com as exigências constitucionais e internacionais¹²⁶⁰.

Encontrar o que há de semelhante e de diferente entre sistemas que partilham tradições constitucionais comuns e estão vinculados a um mesmo corpo de normas de direito internacional e europeu contribuirá para a identificação do que é imperativamente de certa maneira e do que constitui opção e pode ser questionado, modificado ou aperfeiçoado¹²⁶¹.

¹²⁶⁰ Como sublinham ZWEIGERT/KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, p. 15, o método da comparação é apto a proporcionar “um leque muito mais rico de modelos de solução (...) do que os que poderiam ser pensados mesmo pelo mais imaginativo jurista confinado ao seu próprio sistema”. Especificamente sobre a comparação em matéria de execução das penas, KAISER, no seu estudo comparado *Strafvollzug im europäischen Vergleich*, p. 7, afirmava que a comparação nessa matéria permite não só mostrar que as inovações no direito penitenciário (no caso, o alemão) se baseiam frequentemente em desenvolvimentos internacionais e em modelos estrangeiros, mas também confrontar, de forma informada e criticamente distanciada, os resultados das reformas internas com tentativas de solução estrangeiras; acresce que a execução das penas somente poderá realizar plenamente a sua missão no futuro se não ficar cristalizada, antes permanecer aberta a inovações nacionais e estrangeiras.

¹²⁶¹ Aludindo à atitude crítica que o exercício de comparação proporciona, relativizando preconceitos nacionais e consciencializando que a regra vigente é, muitas vezes, apenas uma das possíveis, ZWEIGERT/KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, pp. 16 e 21.

Apesar da forte ligação da matéria com os concretos ordenamentos constitucionais nacionais, em especial os sistemas de ordenação dos poderes estaduais, a existência de tradições constitucionais comuns e a vinculação dos Estados europeus à Convenção Europeia dos Direitos do Homem leva a que o enquadramento constitucional da matéria não seja muito diverso. Entre países europeus, integrados no sistema da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, será especialmente proveitoso conhecer o modo como os vários sistemas nacionais estão a evoluir no sentido de se conformarem com a exigência de oferecerem, nos seus ordenamentos internos, vias de tutela efectiva dos direitos dos cidadãos, nos termos desenvolvidos pela recente jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Por outro lado, entre os países que adoptaram a figura do juiz de execução de penas, importa fazer um balanço dos resultados alcançados, confrontando-os com as razões que induziram a sua criação.

É devida uma nota a justificar a selecção dos ordenamentos a descrever.

Em primeiro lugar e a título principal, pretende-se estudar os ordenamentos de Itália, Espanha, França e Alemanha. Com efeito, interessa sobretudo analisar ordenamentos jurídicos fundados num Estado de direito democrático e social, baseados na dignidade da pessoa humana e que adoptem a ressocialização como princípio orientador da execução. Relevam também sobretudo países europeus, vinculados pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça da União e comprometidos com as recomendações do Conselho da Europa, em especial as Regras Penitenciárias Europeias – portanto, sistemas com problemas comuns e vinculações também comuns, pelo que da respectiva confrontação podem resultar elementos valiosos para o modelo português. Os quatro ordenamentos mencionados têm afinidades com o ordenamento português, sendo de realçar que a Itália foi o primeiro país da Europa a introduzir a figura do *juiz de vigilância*, tendo igualmente a Espanha adoptado a figura; também a França criou um juiz de execução das penas, embora de figurino diferente; e o ordenamento alemão, além de inspirador do ordenamento português em muitos âmbitos, apresenta um sistema de tutela judicial dos direitos dos reclusos que merece análise. Acresce que os ordenamentos italiano, espanhol e alemão participaram, tal como o português, do movimento de reforma das legislações penitenciárias dos anos setenta do século vinte.

Serão, pois, estes os quatro ordenamentos europeus a tratar mais aprofundadamente, sem prejuízo de se incluir referência sucinta à evolução recente que

se verifica em outros países da Europa, em grande medida por influência da jurisprudência do TEDH. Tal referência, necessariamente abreviada, contribuirá para o enquadramento dos ordenamentos estudados nas tendências de evolução europeias.

Ainda no contexto europeu, não deixará de se fazer também menção muito breve a dois modelos significativamente distintos dos demais: o do Reino Unido e o dos países nórdicos.

Por último, incluir-se-á uma exposição sobre o estado da questão em dois ordenamentos penitenciários sem o mesmo grau de afinidade com o português mas para os quais, por razões diversas, interessa olhar: o do Brasil e o dos Estados Unidos da América. O do Brasil por ter sido este o primeiro país a criar um juiz de execução, nos anos vinte do século passado, e ainda por se terem verificado desenvolvimentos jurisprudenciais recentes com interesse para o tema do presente trabalho. O dos Estados Unidos pelo extraordinário papel que os tribunais desempenharam no desenvolvimento dos direitos dos reclusos e na evolução do próprio sistema penitenciário americano, suscitando interessantes questões de separação de poderes.

Não se pretende fazer uma descrição exaustiva dos sistemas penitenciários dos respectivos países; antes importa focar a análise na parte que interessa ao presente trabalho – e que pode inspirar a resolução dos défices de tutela detectados no ordenamento português¹²⁶² –, ou seja, a repartição de funções entre Administração e juiz na execução da pena de prisão, o controlo da administração prisional pelos tribunais e a tutela jurisdicional efectiva dos direitos dos reclusos. Isto, porém, sem deixar de ter em mente os ensinamentos dos princípios e metodologia do direito comparado: a comparação de institutos concretos tem de ter em conta o seu contexto¹²⁶³, pelo que não se prescindirá de um enquadramento da matéria nas linhas gerais do respectivo ordenamento penitenciário e mesmo nas vinculações constitucionais essenciais.

A exposição de cada sistema terá como base a análise dos textos legislativos relevantes, na sua evolução histórica, a doutrina – sobretudo do país correspondente,

¹²⁶² Sem esquecer o ensinamento da ciência comparatística de que a adopção de uma solução estrangeira deve fazer-se com inteligência e prudência, devendo ser precedida de uma averiguação sobre se a solução obteve resultados satisfatórios no país de origem e de uma apreciação sobre se poderá funcionar no país que pretende adoptá-la. Assim, ZWEIGERT/KÖTZ, *ibidem*, p. 17.

¹²⁶³ Cf. ZWEIGERT/KÖTZ, *ibidem*, p. 5: a microcomparação – ou seja, a que se concentra em institutos específicos ou problemas concretos, comparando as regras que visam resolvê-los – “pode não funcionar de todo se não se tiver em conta os contextos institucionais gerais nos quais as regras sob comparação evoluíram e são efectivamente aplicadas”. Refira-se ainda que, de acordo com o princípio metodológico da *funcionalidade*, deve buscar-se nos ordenamentos a comparar não necessariamente os mesmos conceitos jurídicos mas as regras que naqueles desempenham a mesma função e se destinam à mesma necessidade social, problema ou conflito de interesses (*ibidem*, pp. 34 ss.)

mas também de trabalhos de cariz internacional e de direito comparado – e a jurisprudência, nacional e europeia.

O propósito da exposição que se segue é, pois – tomando de empréstimo palavras de Eduardo Correia inspiradas em Beleza dos Santos –, “abrir novos caminhos, senão para atingir aqueles princípios gerais do direito criminal de que falava Liszt, ao menos para consentir uma confrontação de sistemas, de doutrinas e de leis que melhor permitam a interpretação, a aplicação e a própria reforma do direito constituído”¹²⁶⁴.

¹²⁶⁴ Eduardo CORREIA, *Prof. Dr. José Beleza dos Santos*, p. 20, referindo-se ao interesse de Beleza dos Santos pelo direito comparado.

CAP. I – ITÁLIA

Al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale. Il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude infatti che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere (...).

Corte costituzionale italiana, Sentenza 26/1999

[É] indiscutível que o pensamento italiano exerceu uma influência no direito português e que se devem à ciência e legislação de Itália, não só os primeiros passos, mas uma poderosa sugestão no sentido da jurisdicionalização de certas matérias respeitantes à execução das penas e à aplicação e execução das medidas de segurança.

Beleza dos SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», p. 289, n. 1

1. A criação do *giudice di sorveglianza* e as suas competências

Enquanto primeiro país europeu a criar um juiz especializado para intervir na fase da execução, em 1930, a Itália exerceu reconhecida influência, como vimos¹²⁶⁵, nos posteriores movimentos de jurisdicionalização da execução, em Portugal e internacionalmente.

Os antecedentes deste juiz remontam ao Código de 1865, que estabelecia que a execução devia realizar-se sob a tutela do Ministério Público, confiando-se o controlo da execução, a partir de 1890, a dois órgãos: o *consiglio di sorveglianza* e as *commissioni visitatrici del carcere*¹²⁶⁶.

No Código Penal de 1930, estabeleceu-se que a execução das penas privativas da liberdade seria “vigiada” pelo juiz, atribuindo-se tal função ao novo *giudice di sorveglianza*¹²⁶⁷.

O *giudice di sorveglianza* reunia funções deliberativas, consultivas e de “vigilância” (ou inspectivas) sobre a execução.

Entre as competências deliberativas, contavam-se as decisões sobre a afectação a secção ou estabelecimento especial, a colocação em trabalho no exterior e as reclamações dos reclusos relativas à determinação da remuneração. As competências consultivas consistiam em dar parecer sobre a concessão da liberdade condicional (que

¹²⁶⁵ *Supra*, Parte III, Cap. I, 1.1.

¹²⁶⁶ Sobre essa fase, NOVELLI, «L'intervento del giudice nell'esecuzione penale», p. 1075, e FALCHI, *Diritto Penale Esecutivo* II-2, p. 305.

¹²⁶⁷ Artigos 144.º do Código Penal e 585.º do Código de Processo Penal, também de 1930.

cabia ao Ministro da Justiça) e do indulto. Já as competências de “vigilância” sobre a execução concretizavam-se na visita regular aos estabelecimentos para verificar o cumprimento das disposições legais e regulamentares, reportando as observações ao Ministério da Justiça¹²⁶⁸. O juiz tinha ainda competências em matéria de medidas de segurança, nomeadamente para as substituir, modificar e revogar e para reexaminar o estado de perigosidade do internado¹²⁶⁹.

As funções do juiz “de vigilância” distinguiam-se nitidamente das funções de juiz “da execução”: do ponto de vista *orgânico*, porque as funções de juiz da execução eram exercidas pelo juiz que tivesse proferido a condenação, enquanto as de juiz de vigilância eram desempenhadas pelo juiz do local onde a pena fosse cumprida; do ponto de vista da *competência*, porque o juiz da execução tutelava “direitos do condenado”, enquanto o juiz de vigilância tutelava “interesses do condenado”; no plano *funcional*, porque o juiz da execução seguia as normas processuais próprias da função jurisdicional (contraditório, fundamentação, impugnabilidade, etc.), ao passo que o de vigilância deliberava mediante “ordens de serviço”; finalmente, do ponto de vista *social*, porque, ao contrário do juiz da execução, que decidia os incidentes da execução preocupando-se com o respeito pela lei e não com as finalidades da execução, o juiz de vigilância visava, precisamente, assegurar que, nos limites da lei, a execução alcançasse as finalidades que lhe eram cometidas pela sociedade moderna¹²⁷⁰.

Note-se que, com a introdução da figura, não se pretendeu uma duplicação de órgãos e funções: as competências do juiz não deviam substituir-se às do director e do pessoal penitenciário, não lhe competindo ocupar-se da gestão quotidiana dos estabelecimentos; pretendeu-se, sim, que o juiz conhecesse pessoalmente os condenados e as condições da execução, com vista a assegurar o respeito pelos princípios da legalidade e da individualização da execução¹²⁷¹.

As funções do juiz de vigilância eram, pois, delimitadas, de um lado, pelas funções da administração penitenciária (puramente administrativas, relativas à organização dos estabelecimentos, à disciplina interna, segurança, etc.) e, do outro lado, pelas funções do juiz da execução (estas indubitavelmente jurisdicionais)¹²⁷².

¹²⁶⁸ Para o elenco completo das competências atribuídas ao novo juiz, v. art. 4.º do *Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena*, aprovado pelo Decreto n.º 787, de 18-6-1931.

¹²⁶⁹ Para uma exposição minuciosa das competências do juiz em matéria de medidas de segurança, NOVELLI, «L’ intervento del giudice nell’ esecuzione penale», p. 1083 ss.

¹²⁷⁰ Para esta distinção, NOVELLI, *ibidem*, p. 1078.

¹²⁷¹ *Ibidem*, p. 1083.

¹²⁷² Assim, SANTORO, *L’ Esecuzione Penale*, p. 404.

Apesar do receio, aquando da introdução da figura em Itália, de que o juiz se sobrepusesse à autoridade do director e de que se gerassem atritos perturbadores do normal funcionamento das prisões, ou de que, pelo contrário, a sua actuação fosse ineficaz, limitando-se a seguir os pareceres do director, os Autores da época fazem um balanço positivo da nova figura, considerando que a precisa demarcação do conteúdo e limites das atribuições do juiz, aliada ao bom senso e espírito compreensivo dos juízes e dos funcionários da administração, evitaram a concretização daqueles perigos, não se tendo verificado nem tal sobreposição, nem um também indesejável mero seguidismo do juiz perante a opinião do director, antes resultando uma efectiva colaboração¹²⁷³.

Contudo, como veremos, a decisão mediante “ordens de serviço” viria a constituir uma fonte de tensão entre magistratura de vigilância e administração prisional, suscitando conflitos de atribuições junto do Tribunal Constitucional na sequência de sucessivas recusas por parte da administração em dar cumprimento às decisões emitidas sob aquela forma que davam provimento a reclamações de reclusos.

Cumpra agora procurar compreender a natureza das funções do *giudice di sorveglianza*.

Inicialmente, a doutrina definiu o juiz de vigilância como órgão administrativo especial de controlo (até por se partir da configuração das medidas de segurança, no Código de 1930, como intervenções administrativas¹²⁷⁴), mas paulatinamente doutrina e jurisprudência foram afirmando o carácter jurisdicional de numerosas das suas competências¹²⁷⁵.

O juiz deliberava mediante “ordens de serviço”, ouvido o director do estabelecimento, comunicando-as à autoridade que devia executá-las e ao Ministério Público, bem como ao interessado no caso de deliberação sobre reclamação apresentada por recluso, não sendo aquelas susceptíveis de impugnação¹²⁷⁶.

Esta forma de deliberação induziu Novelli a qualificar as decisões deste juiz como *administrativas*¹²⁷⁷. Já Falchi considerava que as funções do juiz de *sorveglianza* tinham carácter intermédio entre o típico órgão judiciário e o órgão penitenciário, sendo

¹²⁷³ Vide, nomeadamente, NOVELLI, «L'intervento del giudice nell'esecuzione penale», pp. 1082 s., Giuliano VASSALLI/Carlo Erra, «Le système pénitentiaire de l'Italie», p. 243.

¹²⁷⁴ Cf. Relatório do Ministro Rocco sobre o projecto de Código Penal, *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, n.º 251 (extraordinário), 26-10-1930, pp. 4448, 4453.

¹²⁷⁵ DI GENNARO/Bonomo/Breda, *Ordinamento Penitenziario e misure alternative alla detenzione*, em comentário ao art. 69.º, p. 298.

¹²⁷⁶ De acordo com os arts. 6.º e 7.º do citado *Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena*.

¹²⁷⁷ NOVELLI, «L'intervento del giudice nell'esecuzione penale», p. 1078.

qualificáveis como *funções administrativo-jurisdicionais* ou *administrativas com garantia jurisdicional*; com efeito, na sua actividade de carácter inspectivo, apesar de se tratar de funções administrativas, é possível identificar o elemento jurisdicional, precisamente porque se exige que seja um juiz a exercê-las¹²⁷⁸. Outros autores caracterizavam a *sorveglianza* como *procedimento jurisdicional anómalo*, dado que, quanto ao objecto, prescindia da existência de uma *lite* e da violação do direito objectivo, dizendo respeito à pessoa e à evolução do seu percurso reeducativo¹²⁷⁹.

Também Arturo Santoro aponta para a *natureza jurisdicional* da função deliberativa do juiz de vigilância, traduzida nas ditas ordens de serviço (que, pese embora a inadequação da denominação, indiciadora de uma actividade administrativa, devem considerar-se decisões), pois com essa função se visa conferir garantia jurisdicional aos direitos dos reclusos sobre os quais decide; considera os poderes deliberativos deste juiz uma profunda inovação, significando a inserção do controlo jurisdicional nas relações de particular relevo entre a Administração e o recluso, enquanto a este são reconhecidos determinados direitos no âmbito da execução penal. Se assim não se devesse considerar, o instituto do juiz de vigilância seria “nada mais que uma intrusão injustificável de um órgão judiciário nas funções e actividades próprias da Administração Penitenciária”¹²⁸⁰.

Jacinto Duarte, na sua monografia sobre os tribunais de execução das penas, conclui que o juiz de vigilância italiano era uma figura *híbrida* (judicial e administrativa)¹²⁸¹. Também como instituição de natureza híbrida, em parte jurisdicional em parte administrativa, o classifica Bachs i Estany, embora para este Autor a predominância do jurisdicional lhe conferisse uma natureza eminentemente *jurisdicional penal especializada*¹²⁸².

¹²⁷⁸ FALCHI, *Diritto Penale Esecutivo* II-2, p. 297. Este Autor defendia a criação de um *giudicato di esecuzione*, ao qual competiria a promoção e continuação da execução, a decisão sobre quaisquer incidentes da execução e as várias funções “penagógicas” (termo que se refere às decisões mais relevantes da vida penitenciária, tais como regime e modalidades de execução) que então se atribuíam ao juiz de vigilância (que deveria ser extinto); com esta reunião das funções de *juiz da execução* e de *juiz de vigilância* num único órgão, obter-se-ia uma totalidade e unidade de visão, de acção e de experiência (*idem*, *Diritto Penale Esecutivo* I, p. 225).

¹²⁷⁹ Alude a esta doutrina SCALFATI, «Procedimento di sorveglianza ‘tipo’ e art. 111 della Costituzione», p. 8.

¹²⁸⁰ SANTORO, *L’Esecuzione Penale*, pp. 409, 414.

¹²⁸¹ Por oposição aos tribunais de execução das penas portuguesas, que teriam funções puramente jurisdicionais. A explicação, para o Autor, residiria no facto de, quando foi criado o juiz italiano, a ideia de intervenção judicial no campo da execução não estar ainda consagrada, ao passo que o juiz de execução das penas português surgiu em 1944, quando a ideia da intervenção da autoridade judiciária tinha já muito mais adeptos, tendo sido debatida e consagrada em vários congressos internacionais. V. Jacinto DUARTE, «Os Tribunais de Execução das Penas», pp. 214 ss.

¹²⁸² BACHS I ESTANY, «El control judicial de la ejecución...», pp. 132 ss.

As dúvidas quanto à natureza destas funções deliberativas compreendem-se pelo facto de as correspondentes decisões do juiz não se basearem num processo propriamente jurisdicional: nomeadamente, não estava garantido o contraditório formal, a forma da decisão era atípica e não se admitia impugnação.

Como se verá, o adensar destas dúvidas e os conflitos de atribuições decorrentes culminaram na revogação desta forma de decisão e no aprofundamento da jurisdicionalização das funções do juiz de vigilância.

2. Evolução das competências do juiz de vigilância

A lei penitenciária de 1975¹²⁸³, aprovada no quadro do amplo movimento legislativo em matéria penitenciária dos anos setenta do século passado, levou a cabo uma completa reestruturação do sistema penitenciário, trazendo também modificações às competências do juiz de vigilância.

Desde logo, estas funções passam a ser repartidas por dois órgãos: o *magistrato di sorveglianza* e um órgão colegial, a *sezione di sorveglianza*¹²⁸⁴. Esta era de composição mista: dois juízes de vigilância, um dos quais com categoria de desembargador, que presidia e tinha voto de qualidade, e dois peritos das áreas de psicologia, serviço social, pedagogia, psiquiatria ou criminologia¹²⁸⁵. Competia-lhe decidir, sob a forma de *ordinanza*, os processos de substituição da prisão por regime de prova, concessão e revogação do regime de semiliberdade, concessão e revogação de reduções de pena para efeitos de liberdade condicional e revogação antecipada das medidas de segurança. Ter-se-á considerado mais conveniente encarregar um órgão colegial de decidir sobre a aplicação das medidas alternativas à privação da liberdade, atenuando assim a eventual pressão sobre os juízes singulares; a inovação não terá sido, contudo, inicialmente, bem recebida, por retirar ao juiz as suas atribuições mais relevantes, podendo pôr em causa a sua autonomia¹²⁸⁶.

¹²⁸³ Lei de 26-7-1975, n.º 354, *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, modificada, por último, pela Lei de 19-1-2019, n.º 3. Os diplomas legais mencionados no presente capítulo foram consultados em www.gazzettaufficiale.it e www.normattiva.it.

¹²⁸⁴ Sobre a composição e competência das secções, cf. arts. 70.º e 80.º, n.º 4.

¹²⁸⁵ Com esta composição do órgão colegial, o legislador terá pretendido operar a sua especialização – assim, F. Della Casa, anotação ao art. 70.º, in GIOSTRA/Della Casa, *Ordinamento Penitenziario commentato*, p. 956.

¹²⁸⁶ ALONSO DE ESCAMILLA, *El juez de vigilancia penitenciaria*, p. 100; F. Della Casa, em anotação ao art. 70.º, in GIOSTRA/Della Casa, *Ordinamento Penitenziario commentato*, p. 956.

Quanto ao magistrado singular, continuou a acumular funções de “vigilância”, deliberativas e consultivas¹²⁸⁷.

Assim, compete-lhe, em primeiro lugar, “vigiar” a organização dos estabelecimentos prisionais e expor ao Ministério as necessidades dos serviços, em especial no que respeita ao tratamento penitenciário, assim como exercer “vigilância” sobre a execução da prisão preventiva, assegurando a sua conformidade com a lei. O exercício das funções de “vigilância” implica que o magistrado conheça concretamente a realidade da vida nos estabelecimentos prisionais e saiba “estabelecer com operadores penitenciários e reclusos uma relação que lhe permita apresentar-se como efectivo garante dos direitos das pessoas privadas da liberdade, mantendo porém com a administração (...) uma relação de leal colaboração”¹²⁸⁸.

Compete-lhe, também, aprovar, mediante *ordens de serviço*, os planos individuais de tratamento e, no decurso da sua aplicação, emitir as disposições que julgue oportunas em ordem à tutela dos direitos e interesses dos condenados e internados, bem como à realização da finalidade de reeducação.

Igualmente mediante *ordens de serviço*, decide sobre as reclamações apresentadas pelos reclusos e internados no que respeita ao cumprimento das normas relativas à prestação do trabalho e ao exercício do poder disciplinar.

Pode também determinar, fundamentadamente, que a correspondência de determinados reclusos seja sujeita ao controlo da administração¹²⁸⁹.

Emite *parecer* motivado sobre as propostas de indulto.

Já sob a forma de *ordinanza*, delibera sobre questões como o regime de prova das pessoas sujeitas a liberdade vigiada, as licenças de saída, o internamento hospitalar, o internamento em estabelecimento psiquiátrico em caso de anomalia psíquica sobrevinda e a remissão das dívidas pelas despesas processuais e de manutenção no caso de reclusos com carência económica e que revelem conduta empenhada e responsável.

A tramitação do *procedimento di sorveglianza* – aplicável para as deliberações respeitantes às “medidas alternativas à detenção” e à remissão das dívidas de manutenção – garante ao interessado e ao Ministério Público o direito de participarem pessoalmente na discussão e de apresentarem provas, sendo nomeado defensor ao interessado, caso não o tenha indicado. A decisão da secção ou do magistrado, sob a

¹²⁸⁷ Cf. o respectivo elenco no art. 69.º.

¹²⁸⁸ CANEPA/Merlo, *Manuale di Diritto Penitenziario*, p. 44.

¹²⁸⁹ Art. 18.º, n.º 5. A exigência de decisão fundamentada de autoridade judiciária para as limitações ao segredo da correspondência decorre expressamente da Constituição italiana (art. 15.º, n.º 2).

forma de *ordinanza*, é susceptível de recurso de cassação, com fundamento em violação da lei¹²⁹⁰.

Perante o conjunto de competências descrito, a doutrina tendia a qualificar algumas como administrativas e outras como jurisdicionais¹²⁹¹.

No caso das competências de tutela dos reclusos em matérias mais estreitamente ligadas à vida em reclusão, não incidentes sobre o *status* de liberdade, certa doutrina considerava que a sua atribuição a um juiz realizava o princípio garantístico somente com referência ao sujeito autor da decisão (podendo falar-se num “procedimento subjectivamente judiciário”), tendo o legislador visado, com a atribuição da competência a um órgão judiciário, portanto independente, um acréscimo de garantias em relação à acção administrativa levada a cabo por órgãos da administração¹²⁹². Assim, não se trataria de funções propriamente jurisdicionais, não sendo também jurisdicional a correspondente tramitação.

A revisão de 1986¹²⁹³, com a clara preocupação de dissipar as dúvidas suscitadas pela forma de decisão por “ordens de serviço”, procurou acentuar o carácter jurisdicional da actuação do juiz de vigilância, nomeadamente substituindo aquela forma de decisão por formas próprias da função jurisdicional – *decreto e ordinanza*.

Com efeito, a figura das “ordens de serviço” havia criado atritos entre a magistratura de vigilância e a administração penitenciária, especialmente após a reforma de 1975, tendo-se verificado situações reiteradas de recusa da Administração em dar cumprimento às decisões tomadas pelos magistrados sob aquela forma¹²⁹⁴.

¹²⁹⁰ Art. 71.º.

¹²⁹¹ Tendencialmente, consideravam-se jurisdicionais as decisões em matéria de “medidas alternativas à detenção”, revisão das medidas de segurança e decisões com incidência no cômputo da pena; consideravam-se administrativas, designadamente, as intervenções relativas ao plano individual de tratamento. Cf., entre outros, CANEPA/Merlo, *Manuale di Diritto Penitenziario*, pp. 43 ss.; DI GENNARO/Bonomo/Breda, *Ordinamento Penitenziario e misure alternative alla detenzione*, pp. 300 ss. (estes últimos viam nas competências de tutela dos direitos dos reclusos em matéria de plano de tratamento o “exercício de um poder administrativo, preordenado a finalidades garantísticas”; também a decisão das reclamações em matéria disciplinar e laboral é entendida pelos Autores como uma especial competência decisória de natureza administrativa, atribuída a um órgão judiciário).

¹²⁹² Nestes termos, DI GENNARO/Bonomo/Breda, *Ordinamento Penitenziario e misure alternative alla detenzione*, p. 313. Contra esta posição, entendendo que mesmo onde o legislador não instituiu um procedimento “jurisdionalizado” não se trata de actividades administrativas, MARGARA, «Considerazioni generali sulle attività degli Uffici di sorveglianza», p. 41. Isto porque, para o Autor, entre todas as decisões atribuídas ao juiz existe uma unidade estrutural, decorrente tanto do facto de se inserirem no âmbito da relação de execução penal como de representarem a presença do órgão judiciário no âmbito dessa relação, com a função de garante da conformação da acção penitenciária à lei.

¹²⁹³ Operada pela Lei de 10-10-1986, n.º 663.

¹²⁹⁴ Disso nos dá nota F. Della Casa, em anotação ao art. 69.º, in GREVI/Giostra/Della Casa, *Ordinamento Penitenziario* (2.ª ed., de 2000), p. 659, tal como Giulia GIANGREGORIO, «Il ruolo e la funzione del giudice di sorveglianza nella pratica della sua azione» (s/pág.).

Urgia pôr termo às dúvidas sobre a obrigatoriedade para a Administração das decisões do juiz em sede de *reclamo*. Assim, as decisões do juiz sobre as reclamações apresentadas pelos reclusos em matéria laboral e disciplinar, até então adoptadas sob a forma de “ordens de serviço”, passaram a assumir forma de *ordinanza*, a seguir uma tramitação jurisdicionalizada, com garantias de contraditório, e a ser passíveis de recurso de cassação¹²⁹⁵.

Além disso, a intervenção do juiz no plano individual de tratamento recentrou-se no plano da tutela dos direitos dos reclusos e internados, prevendo-se expressamente que, se o juiz verificar que o plano contém elementos que constituam violação dos direitos daqueles, devolve-o para reformulação e que, no decurso da execução do plano, as ordens que emite são dirigidas a eliminar eventuais violações daqueles direitos¹²⁹⁶.

Cabe ainda ao juiz aprovar, sob a forma de *decreto*, a decisão administrativa de autorização para trabalhar no exterior¹²⁹⁷.

Inovou-se também na estrutura judiciária, sendo as *sezioni* substituídas por *tribunali di sorveglianza*. Estes sucedem nas atribuições das secções, deliberando com a mesma composição de dois magistrados de *sorveglianza* e dois peritos. Passa a haver recurso de apelação para o *tribunale* das decisões do *magistrato* relativas às medidas de segurança¹²⁹⁸.

A lei de 1986 introduziu também um regime de segurança especial, denominado *regime di sorveglianza particolare*, aplicável aos reclusos cujo comportamento comprometa a ordem e segurança do estabelecimento. A decisão de aplicação do regime

¹²⁹⁵ Art. 69.º, n.º 6, na redacção dada pela lei de 1986. A tramitação da reclamação é a prevista no art. 14.º-ter, assegurando-se o direito, tanto do reclamante como da administração prisional, de apresentar alegações, tendo além disso o recluso o direito de ser assistido por defensor (embora não lhe seja reconhecido o direito de participar pessoalmente na audiência). CANEPA/Merlo, *Manuale di Diritto Penitenziario*, p. 498, caracterizam-na como um “procedimento jurisdicional simplificado”, por comparação com o regulado nos arts. 666.º e 678.º do Código de Processo Penal, e alertam para as críticas a que se presta por não oferecer ao interessado todas as garantias, nomeadamente o direito de audição presencial. Também MARCHESELLI, «La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca della effettività...», p. 98, fala de um “processo simplificado”, intermédio entre a tutela oferecida ordinariamente pelas jurisdições e o simples *reclamo generico* (direito geral do recluso de apresentar reclamações e queixas perante várias autoridades, incluindo o juiz de vigilância, previsto no art. 35.º da lei penitenciária).

¹²⁹⁶ Art. 69.º, n.º 5. Como observa F. Della Casa, em anotação ao art. 69.º, in GIOSTRA/Della Casa, *Ordinamento Penitenziario commentato*, p. 929, a nova formulação da norma deixa claro o âmbito do controlo do juiz sobre o plano de tratamento: apenas abrange eventuais violações de direitos do indivíduo, já não os aspectos técnico-operativos. Contudo, mesmo na vigência da redacção originária da norma, de 1975, esse entendimento já era defendido na doutrina (cf. DI GENNARO/Bonomo/Breda, *Ordinamento Penitenziario e misure alternative alla detenzione*, p. 305, advogando que, em matéria de tratamento penitenciário, o juiz funciona essencialmente como garante dos direitos e interesses; é um juiz especializado, não um técnico de tratamento nem um operador penitenciário).

¹²⁹⁷ Arts. 21.º, n.º 4, e 69.º, n.º 5.

¹²⁹⁸ Cf. nova redacção do art. 70.º.

competia à administração prisional, com prévio parecer da comissão de disciplina, sendo a decisão fundamentada e periodicamente revista. A decisão de aplicação deste regime era obrigatoriamente comunicada ao *magistrato di sorveglianza*, “para efeitos do exercício do seu poder de vigilância”¹²⁹⁹. As decisões de aplicação e de prorrogação do regime eram impugnáveis perante o *tribunale di sorveglianza*, mediante processo em que participavam o defensor e o Ministério Público e em que o impugnante e a administração podiam apresentar alegações¹³⁰⁰.

O juiz e o tribunal de vigilância foram vendo as suas competências reforçadas pelas sucessivas reformas da legislação penitenciária. Refira-se especialmente a competência atribuída aos tribunais de vigilância para aplicar “medidas alternativas à detenção” após o trânsito em julgado da condenação, antes do início da respectiva execução: quando a pena ou o remanescente da pena não excede determinada duração, o Ministério Público deve suspender a ordem de execução da sentença, com vista à apreciação, pelo tribunal de *sorveglianza*, da possibilidade de “substituição” da pena por regime de prova, permanência na habitação, regime de semiliberdade ou suspensão da execução da pena¹³⁰¹. Transformou-se, assim, a determinação da pena concreta num “processo bifásico”, em que o juiz da condenação determina um *quantum* inicial de pena e um “juiz da pena” (o *tribunale di sorveglianza*) determina a sua *qualidade* (prisão ou alternativa)¹³⁰².

3. O papel da jurisprudência constitucional

A jurisprudência da *Corte costituzionale* tem desempenhado um papel de enorme relevância na conformação da posição jurídica dos reclusos, no desenho das funções do juiz de vigilância e na garantia de tutela jurisdicional efectiva na execução da pena¹³⁰³.

¹²⁹⁹ Art. 14.º-*bis*.

¹³⁰⁰ Art. 14.º-*ter*.

¹³⁰¹ Cf. art. 656.º, n.º 5, do Código de Processo Penal e art. 70.º da lei penitenciária, nas actuais redacções.

¹³⁰² As expressões são de MONTEVERDE, «Tribunale della pena, processo bifasico e giusto processo», pp. 154 ss. Assim, ESPOSITO, «Aspetti problematici delle misure alternative alla detenzione», p. 44, fazendo notar que, nestas situações, o tribunal de vigilância não decide com base na observação do recluso e na evolução do seu percurso prisional, uma vez que a execução da pena ainda não se iniciou, decidindo, afinal, com os mesmos critérios do tribunal da condenação – isto sem que a estrutura e os meios dos tribunais de vigilância tenham sido adaptados.

¹³⁰³ Considerando o contributo da jurisprudência constitucional determinante para a formação de um complexo de tutela relativo à esfera jurídica do recluso, D’AGNOLO, «Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale...», p. 126.

Da Constituição italiana de 1948 avulta a consagração expressa do princípio da finalidade “reeducativa” da pena (artigo 27.º, n.º 3), que tradicionalmente integra o sistema penitenciário italiano¹³⁰⁴. Para o Tribunal Constitucional, a função reeducativa deve presidir a todos os momentos da vida da pena, desde a sua previsão abstracta até à sua concreta execução, e “vale tanto para o legislador quanto para o juiz de julgamento e ainda para o juiz da execução e o juiz de vigilância, assim como para as próprias autoridades penitenciárias”¹³⁰⁵. O Tribunal identifica um “princípio da não sacrificabilidade da função reeducativa no altar de qualquer outra, ainda que legítima, função da pena”, o que se reflecte na necessidade de constante valorização, por parte do legislador, primeiro, e do juiz, depois, dos progressos alcançados por cada condenado durante o cumprimento da pena¹³⁰⁶.

O mesmo preceito consagra também o princípio da humanidade das penas¹³⁰⁷, do qual a *Corte costituzionale* tem retirado importantes consequências quanto à titularidade de direitos por parte dos reclusos. Para o Tribunal, daquele princípio decorre um outro princípio de *civiltà* jurídica, segundo o qual aos condenados é reconhecida a titularidade de posições jurídicas subjectivas e garantida aquela parte de personalidade humana que a pena não afecta¹³⁰⁸.

Logo em 1974, o Tribunal declarou inconstitucional a norma que atribuía ao Ministro da Justiça a faculdade de conceder a liberdade constitucional. O Tribunal extraiu do artigo 27.º, n.º 3, o direito do condenado a que, verificando-se os pressupostos legais, o prolongamento da execução seja reexaminado com vista a aferir se o *quantum* de pena já cumprido alcançou a sua finalidade reeducativa; ora, “tal direito deve encontrar na lei uma válida e razoável garantia jurisdicional”¹³⁰⁹. Esta

¹³⁰⁴ Sobre o *principio rieducativo*, como tradição do sistema italiano, FALCHI, *Diritto Penale Esecutivo* II, pp. 74 ss. e, contemporaneamente, E. DOLCINI, «Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani», pp. 1667 ss. De modo mais abrangente, tratando o princípio reeducativo e o princípio da humanidade das penas, estabelecidos pelo n.º 3 do art. 27.º, conjuntamente com as demais disposições da Constituição italiana com implicações no sistema punitivo, E. DOLCINI, «Pena e Costituzione», pp. 7 ss.

¹³⁰⁵ Assim no Acórdão 313/1990.

¹³⁰⁶ Cf., por último, Acórdão 149/2018. Giovanni Maria FLICK, «I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale», pp. 195 s., considera que a jurisprudência da *Corte costituzionale* a respeito do princípio reeducativo estabelece um direito individual do recluso a um percurso reeducativo, bem como os corolários da ilegitimidade de medidas que prejudiquem esta possibilidade, da individualização e progressividade do tratamento e da flexibilização da execução. O corolário da progressividade do tratamento e da flexibilidade da pena são afirmados pelo Tribunal nas Sentenças 306/1993 e 445/1997, reiterados na Sentença 255/2006.

¹³⁰⁷ “As penas não podem consistir em tratamentos contrários ao sentido de humanidade”.

¹³⁰⁸ Cf. Acórdãos n.ºs 114/1979 e 349/1993.

¹³⁰⁹ Acórdão 204/1974. O Tribunal declarou igualmente inconstitucionais outras normas atributivas de competência ao Ministro da Justiça, como nos casos da decisão de cessação da medida de segurança (Acórdão 110/1974), da suspensão da execução da pena em caso de doença grave (Acórdão 114/1979, na

decisão acaba por desenhar o futuro das funções do juiz de vigilância, encarregado do permanente acompanhamento da execução e reexame da necessidade de prolongamento da pretensão punitiva do Estado¹³¹⁰.

Foi também a *Corte costituzionale* que, na sequência de vários conflitos de atribuições, determinou o carácter administrativo, e não jurisdicional, das “ordens de serviço” emitidas pelos juizes de vigilância, nomeadamente por não serem asseguradas aos interessados, no respectivo procedimento, as garantias de defesa¹³¹¹.

Quanto à reserva de função jurisdicional na execução da pena, afirmou que as decisões que incidam sobre a esfera de liberdade pessoal são reservadas aos órgãos jurisdicionais e devem ser rodeadas das garantias associadas ao exercício da jurisdição, sob pena de violação do artigo 24.º da Constituição (direito de acesso aos tribunais para tutela dos direitos e interesses legítimos)¹³¹². A prisão não pode comportar uma total supressão da liberdade da pessoa, que “conserva sempre um resquício desta, tanto mais precioso quanto constitui a última esfera na qual pode desenvolver a sua personalidade”; daí decorre que a adopção de quaisquer decisões susceptíveis de introduzir restrições adicionais à liberdade ou que, de qualquer modo, comportem uma modificação substancial no grau de privação da liberdade, exige as garantias (reserva de lei e reserva de jurisdição) previstas no artigo 13.º (direito à liberdade pessoal)¹³¹³.

Também em relação a decisões que incidam sobre o cômputo da pena, o Tribunal considerou exigíveis as garantias de jurisdicionalidade. Estas incluem, necessariamente, o *contraditório* – que, na perspectiva da *Corte*, não pode ser

qual o Tribunal considerou ofendido não só o artigo 13.º da Constituição – direito à liberdade –, por as restrições a este direito exigirem decisão judicial, mas também o próprio sistema constitucional de poderes e do diferimento da execução da pena em caso de doença grave (Sentença 274/1990); estas decisões passaram a competir aos tribunais de vigilância.

¹³¹⁰ Assim, Riccardo DE VITO, «L’orologio della società e la clessidra del carcere...», p. 40, prosseguindo nestes termos: “nasce um juiz que incorpora o domínio do tempo, que deve seguir o condenado na *longue durée* e que, para estar à altura desta tarefa, deixa as vestes de uma abstracta terciariedade para vestir os da proximidade. Eis, assim, o magistrado que (...) segue de perto o condenado, entra na prisão e entrevista, valora as modificações e as potencialidades, conjuga passado, presente e futuro (...)”.

¹³¹¹ *Ordinanza* 87/1978, que declarou o recurso inadmissível por o órgão judicial só ter legitimidade para suscitar o conflito quando se trate de actividade jurisdicional. Na origem da decisão estava a recusa do Ministério da Justiça em dar cumprimento às “ordens de serviço” emitidas pelo juiz de vigilância, que davam acolhimento à pretensão apresentada por reclusos, nos termos do artigo 69.º, n.º 6, da lei penitenciária, reivindicando o pagamento de remuneração aos dias feriados, por não as considerar vinculativas para a Administração. O juiz de vigilância pretendia ver clarificada pela *Corte costituzionale* a natureza jurídica das ordens de serviço, bem como a sua obrigatoriedade para a administração. A posição foi reiterada, nomeadamente, na Sentença 103/1984.

¹³¹² Acórdão 114/1979.

¹³¹³ Acórdão 349/1993.

meramente “técnico”, desprovido da possibilidade de participação pessoal do interessado – e a *recorribilidade* da decisão¹³¹⁴.

Idênticas exigências se impõem quanto às decisões de concessão ou recusa de licenças de saída: o Tribunal conclui pela natureza jurisdicional, e não administrativa, da decisão do juiz de vigilância de concessão ou denegação da licença, assim como do processo de “reclamação” desta decisão perante o tribunal de vigilância, daí extraindo a exigência de recorribilidade da decisão que incida sobre aquela reclamação¹³¹⁵.

Foi também através da jurisprudência da *Corte costituzionale* que se impôs a exigência de controlo jurisdicional das decisões que sujeitem os reclusos a um regime mais restritivo que o regime comum.

Com efeito, a *Corte* não declarou inconstitucionais as normas que previam a competência do Ministro da Justiça para decretar a aplicação do chamado *carcere duro* (suspensão da aplicação de normas do regime comum por graves motivos de ordem e segurança, aplicável, nos termos do artigo 41.º-*bis* da lei penitenciária, a reclusos condenados por crimes praticados no quadro de organizações criminosas, em particular de tipo mafioso), uma vez que era garantida aos reclusos a faculdade de *reclamo* para o tribunal, tendo este poderes de sindicar não só a necessidade da medida mas também as concretas restrições a aplicar a cada recluso¹³¹⁶.

¹³¹⁴ Assim, Sentença 53/1993, declarando inconstitucional o regime que, tendo havido uma revisão legislativa reforçando a jurisdicionalização da execução, excluía do âmbito de aplicação das novas normas certas decisões, no caso a decisão do *magistrato di sorveglianza* de não computar no cumprimento da pena o tempo passado em licença de saída, no caso de violação das condições da saída. Referindo-se a este acórdão como um *leading case* para as posteriores decisões de constitucionalidade na fase da execução, ao identificar o conteúdo mínimo de jurisdicionalidade (nomeadamente, contraditório e impugnabilidade), FIORIO, «Salute del condannato e strumenti di tutela», p. 57.

¹³¹⁵ Cf. Sentença 227/1995 (no caso concreto, tratava-se de uma pena de reclusão militar e a questão foi suscitada pelo *magistrato militare di sorveglianza*).

¹³¹⁶ Sentenças 349/1993 e 410/1993, sendo a posição reiterada e aprofundada, nomeadamente nas Sentenças 351/1996 e 190/2010. Refira-se que, ao contrário do regime de segurança previsto no ordenamento penitenciário português (em que a lei prevê não apenas os pressupostos e procedimento de aplicação mas também o conteúdo do regime), no sistema italiano o concreto regime a que ficará sujeito o recluso não é inteiramente predeterminado pela lei: esta prevê os pressupostos e procedimento da “suspensão do regime ordinário”, mas é o decreto do Ministro a estabelecer, individualmente para cada recluso, com ampla margem de determinação, quais as restrições ao regime comum a que aquele ficará sujeito. Assim se compreende a exigência da *Corte costituzionale* de garantia de controlo judicial do conteúdo concreto de cada decreto ministerial. Em posteriores revisões, a lei penitenciária passou a prever um elenco de restrições a que ficam sujeitos os reclusos em regime especial (cf. n.º 2-*quater* do art. 41.º-*bis*, aditado pelas Leis n.ºs 279, de 23-12-2002, e 94, de 15-7-2009). A partir de então, o juiz de vigilância deixa de poder sindicar estas restrições, por resultarem da lei e não da decisão administrativa, restando a via da suscitação de inconstitucionalidade, como sucedeu no caso decidido pela recente Sentença 186/2018: o juiz de vigilância suscitou junto da *Corte costituzionale* a inconstitucionalidade da al. *f*) do referido n.º 2-*quater*, na parte em que previa, para todos os reclusos em regime de segurança especial, a proibição de cozinhar a própria comida (quando, em Itália, nos demais regimes, se admite genericamente

Nesta jurisprudência, a *Corte* contribui para a delimitação funcional entre administração e tribunais, considerando, em suma, que àquela competem as decisões relativas às modalidades de tratamento no estabelecimento prisional (sem prejuízo da vigilância do *magistrato di sorveglianza* e asseguradas as exigências de tutela jurisdicional) e a estes competem as decisões que incidam sobre o grau da liberdade, em especial as medidas *extra muros*.

Assim, afirmou que “a Administração penitenciária pode adoptar medidas relativas às modalidades de execução da pena (*rectius*, da privação da liberdade), que não excedam o sacrificio da liberdade pessoal já potencialmente imposto ao recluso com a sentença condenatória e que, naturalmente, ficam sujeitas aos limites e garantias previstos na Constituição (...); porém, quanto a “medidas de natureza substancial que incidam sobre a qualidade e a quantidade da pena, tais como as que comportam uma saída, ainda que temporária, da prisão (as ditas medidas *extra muros*) e que por isso mesmo modificam o grau de privação da liberdade pessoal imposto ao recluso”, exclui-se que possam ser adoptadas à margem dos princípios da reserva de lei e da reserva de jurisdição ínsitos no artigo 13.º, n.º 2, da Constituição (direito à liberdade) e dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, decorrentes dos artigos 3.º (princípio da igualdade) e 27.º da Constituição, no sentido de que igualdade perante a pena significa que esta seja proporcional à responsabilidade pessoal e às exigências de reacção, o que implica o exercício de uma função exclusiva dos órgãos jurisdicionais, desenhando-se aqui um “verdadeiro e próprio limite de competência funcional da Administração”¹³¹⁷.

Se a decisão ministerial adoptada ao abrigo do artigo 41.º-*bis* não pode prever medidas consideradas restritivas da liberdade pessoal do recluso, mas apenas medidas contidas no âmbito da competência da administração penitenciária, atinentes às modalidades concretas de aplicação do regime prisional, e portanto já potencialmente compreendidas no *quantum* de privação da liberdade inerente ao estado de reclusão, por essa razão não resultam afectadas nem a reserva de lei nem a reserva de jurisdição estabelecidas no artigo 13.º da Constituição (direito à liberdade pessoal)¹³¹⁸. O que o Tribunal reafirma é a exigência de uma sindicabilidade jurisdicional plena sobre o

o direito à preparação dos próprios alimentos); a norma foi declarada inconstitucional, porquanto, para o Tribunal Constitucional, aquela proibição, enquanto prevista de forma geral e abstracta, sem uma concreta justificação da diferenciação de tratamento por necessidades de ordem e segurança, era de natureza meramente aflitiva e vexatória, violando o princípio da igualdade-razoabilidade, ínsito no art. 3.º, bem como a proibição de penas desumanas, constante do art. 27.º, ambos da Constituição.

¹³¹⁷ Sentença 349/1993.

¹³¹⁸ Assim no já referido Acórdão 351/1996.

conteúdo dos decretos ministeriais (sobre cada uma das concretas medidas neles previstas) que permita a verificação da concreta observância pela Administração dos limites ao seu poder¹³¹⁹. Para que uma tutela jurisdicional efectiva do interessado seja assegurada, exige-se ainda que cada decreto de aplicação do regime seja devidamente fundamentado, com base em concretas razões de ordem e segurança, assim como cada decisão de prorrogação do regime, que deve conter uma fundamentação autónoma relativa à actualidade dos perigos concretos¹³²⁰.

Os acórdãos 212/1997 e 26/1999 constituem exemplos de como a *Corte costituzionale* contribuiu para o aprofundamento da tutela jurisdicional da posição jurídica dos reclusos, procurando colmatar lacunas legais de tutela¹³²¹.

No Acórdão 212/1997, a propósito da impugnação por parte de um recluso de decisão da administração que lhe recusara autorização para reunir com o seu advogado, o Tribunal afirmou que, segundo o princípio do carácter absoluto, inviolabilidade e universalidade do direito à tutela jurisdicional efectiva, decorrente dos artigos 24.º e 113.º da Constituição, “não existe posição jurídica tutelada pelo direito substantivo sem que exista um juiz perante o qual ela possa ser feita valer”, pelo que “é inevitável reconhecer carácter jurisdicional [e não administrativo] ao *reclamo* perante o juiz de vigilância”.

O Tribunal reafirmou que o recluso se mantém titular de direitos incomprimíveis, cujo exercício não pode ser remetido à simples discricionariedade da autoridade administrativa, e cuja tutela não pode eximir-se ao juiz. Assim, se a lei penitenciária, embora não prevendo expressamente uma via de reacção jurisdicional contra aquele tipo de decisão administrativa, criou os juízos de vigilância e os encarregou da função de tutela jurisdicional, tendencialmente plena, dos direitos dos reclusos, então, sempre que esteja em causa a concreta tutela de um direito do recluso, “poderá e deverá reconhecer-se ao respectivo procedimento natureza de ‘juízo’”.

No Acórdão 26/1999, desta vez a propósito da recusa de autorização a um recluso para receber uma publicação de conteúdo erótico, o Tribunal declarou inconstitucional o conjunto normativo que não assegurava aos reclusos verdadeira tutela jurisdicional perante as decisões da administração susceptíveis de afectar os seus

¹³¹⁹ *Ibidem*.

¹³²⁰ Cf. Acórdãos 349/1993 e 376/1997.

¹³²¹ Assim, NATALI, «Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti dei detenuti», p. 1458.

direitos¹³²², nomeadamente decisões relativas ao controlo da correspondência ou limitações do direito de receber publicações periódicas.

O Tribunal reconheceu assim o direito dos reclusos à tutela jurisdicional perante actos da administração susceptíveis de lesar os seus direitos, sejam estes de fonte constitucional ou legal¹³²³, quer se trate de lesões decorrentes do exercício do poder da administração de determinar, de acordo com os pressupostos legais, medidas especiais que modifiquem as concretas modalidades do tratamento penitenciário de cada recluso, quer se trate de afectações causadas por decisões administrativas relativas à gestão ordinária da vida nos estabelecimentos prisionais.

Para este efeito, tutela jurisdicional não se basta com um genérico direito de reclamação, ainda que perante órgão judicial; antes implica a disponibilidade de um “remédio” caracterizado pela garantia de *contraditório* e dotado de *força obrigatória* e de *recorribilidade*. Trata-se, na perspectiva do Tribunal, de “prosseguir na tarefa, empreendida há muito pelo legislador e pela jurisprudência, de difusão das garantias jurisdicionais no interior dos estabelecimentos de execução das medidas privativas da liberdade, e desse modo visar, como objectivo, a submissão da vida nesses estabelecimentos aos princípios e regras do Estado de Direito”.

O Tribunal não fez, porém, uso da sua faculdade de emitir “sentenças aditivas”¹³²⁴, tendo optado por remeter para o legislador a tarefa de regular o procedimento tendente a assegurar a tutela daqueles direitos.

Como veremos, o legislador só muitos anos mais tarde viria a cumprir esta injunção¹³²⁵.

¹³²² De facto, à época, o artigo 69.º, n.º 6, da lei penitenciária apenas previa impugnação para o juiz de vigilância de decisões da administração em matéria laboral e disciplinar. Para as restantes matérias, restava o direito genérico de apresentar reclamações junto de várias entidades, administrativas e judiciais, previsto no artigo 35.º.

¹³²³ No acórdão em análise, o Tribunal afirmou que, para efeitos de garantia de tutela jurisdicional, os artigos 24.º (direito de acesso aos tribunais para tutela dos direitos e interesses legítimos) e 113.º (garantia de tutela jurisdicional contra actos da administração pública) da Constituição não permitem distinguir entre direitos com fundamento constitucional ou meramente legal.

¹³²⁴ Mecanismo que lhe permitiria alargar o procedimento de impugnação previsto no artigo 69.º a todas as decisões susceptíveis de lesar direitos dos reclusos.

¹³²⁵ Sobre a incerteza gerada no sistema, no tempo que mediou entre esta pronúncia da jurisdição constitucional e a revisão da legislação em conformidade, Maria Grazia Coppetta, em anotação ao art. 35.º, in GIOSTRA/Della Casa, *Ordinamento Penitenziario commentato*, p. 457, e D’AGNOLO, «Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale...», pp. 144 s., descrevendo as diversas posições doutrinárias e as díspares soluções encontradas casuisticamente pelos tribunais. Perante a inacção do legislador, a *Corte di cassazione* decidiu, por sentença de 26-2-2003, considerar aplicável à apreciação pelos juizes de vigilância das violações dos direitos dos reclusos a tramitação processual do art. 14.º-ter (sobre essa jurisprudência, Maria Grazia Coppetta, *ibidem*).

Com interesse, refira-se ainda a jurisprudência da *Corte costituzionale* respeitante aos direitos emergentes da prestação de trabalho prisional. A *Corte* declarou inconstitucional a norma contida na alínea *a)* do n.º 6 do artigo 69.º da lei penitenciária, na parte em que previa a competência do juiz de vigilância para decidir os *reclami* dos reclusos relativos ao cumprimento das normas relativas ao trabalho prisional, incluindo a remuneração e a segurança social, julgando mediante o regime processual do artigo 14.º-*ter* da mesma lei¹³²⁶.

A jurisdição constitucional considerou que o processo de *reclamo* perante o juiz de vigilância sacrificava a posição do interessado, assim como a do empregador e a da administração penitenciária, em comparação com o processo vigente nos tribunais do trabalho, este último caracterizado por um amplo contraditório, plenos poderes de cognição e possibilidade de recurso de apelação, sem que se verificasse uma justificação racional para tal discriminação entre a prestação de trabalho dos reclusos e a dos demais cidadãos. Para assim concluir, o Tribunal identificou três pontos firmes sobre a matéria: primeiro, a necessária tutela jurisdicional dos direitos emergentes das relações de trabalho prisionais, não só os direitos dos reclusos mas também os dos demais sujeitos da relação laboral, que não devem sofrer limitações pelo mero facto de terem contratado com pessoas privadas da liberdade; segundo, a legitimidade do estabelecimento, pelo legislador, de limites razoáveis aos direitos em causa quando tal se torne necessário pelas exigências próprias da execução da pena e da organização do sistema prisional; terceiro, a ilegitimidade de qualquer discriminação irracional e injustificada, no que respeita aos direitos inerentes à prestação laboral, entre reclusos e demais cidadãos. Na sequência deste aresto, a referida alínea foi revogada, tendo as questões relativas ao trabalho prisional passado a competir à jurisdição laboral.

Refira-se, por fim, que a questão da sobrelotação do sistema prisional italiano, com as suas implicações nos direitos constitucionais e convencionais dos reclusos, não deixou de ocupar também o Tribunal Constitucional. No seu Acórdão 279/2013, proferido poucos meses após o acórdão-piloto do TEDH no caso *Torreggiani*, o Tribunal, chamado a pronunciar-se sobre a eventual inconstitucionalidade da norma relativa ao diferimento da execução da pena, na parte em que não previa a possibilidade de diferimento quando a execução “deva decorrer em condições contrárias ao sentido de humanidade”, considerou a questão fundada, mas rejeitou conhecer do pedido por

¹³²⁶ Sentença 341/2006. Sobre as posições divergentes quanto à questão na jurisprudência, anteriormente à pronúncia da jurisdição constitucional, *vide* MARCHESELLI, «La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca della effettività...», pp. 97 s.

entender que estava reservada ao legislador a escolha entre diversas soluções possíveis. Com efeito, embora não subsistissem dúvidas quanto à necessidade premente de adoção de “remédios” preventivos, era ao legislador que competia prioritariamente a opção, perante a “pluralidade de possíveis configurações do instrumento normativo dirigido a impedir que se leve a cabo um tratamento prisional contrário ao sentido de humanidade, em violação dos artigos 27.º, n.º 3, e 117.º da Constituição, em relação com o artigo 3.º da CEDH”.

O Tribunal não deixou, contudo, de advertir “que não seria tolerável um excessivo prolongar da inércia legislativa relativamente a este grave problema”.

4. A influência da jurisprudência da *Corte costituzionale* e do TEDH na evolução do sistema de tutela jurisdicional dos reclusos

As decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativas a violações de direitos dos reclusos protegidos pela Convenção¹³²⁷ vieram expor o forte contraste entre a situação de facto vivenciada nas prisões italianas e a intencionalidade manifestada nas sucessivas etapas da legislação penitenciária e na jurisprudência da *Corte costituzionale*. Nas palavras sugestivas de Giovanni Maria Flick, a *rivoluzione promessa* do sistema carcerário foi uma *rivoluzione tradita*¹³²⁸.

Só após a prolação pelo TEDH, em 2013, do acórdão-piloto *Torreggiani* (que, recorde-se, estabeleceu que o Estado italiano deveria implementar ao nível interno, no prazo de um ano, os mecanismos, preventivos e compensatórios, aptos a conferir às violações de direitos consequentes da situação estrutural de sobrelotação prisional uma tutela que constituísse “recurso efectivo” para efeitos do artigo 13.º da CEDH, em conformidade com os requisitos estabelecidos na sua jurisprudência), o legislador tomou medidas com vista a conformar o ordenamento penitenciário quer com os critérios europeus quer com a jurisprudência constitucional, já que a omissão legislativa apontada no Acórdão 26/1999 da *Corte costituzionale* continuava por suprir.

A solução encontrada pelo legislador consistiu no alargamento do âmbito material das posições subjectivas tuteláveis pelo *reclamo giurisdizionale* perante o juiz de vigilância. Assim, onde até então o recluso somente podia solicitar tutela do juiz em matéria disciplinar e laboral, passa a poder sindicá-la “a inobservância por parte da

¹³²⁷ Descritas na Parte II, Cap. V, 2.2.

¹³²⁸ FLICK, «I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale», p. 189.

administração de disposições previstas pela presente lei e pelo respectivo regulamento, da qual derive para o recluso ou internado um prejuízo actual e grave para o exercício dos direitos”¹³²⁹.

4.1. Configuração do processo jurisdicional

Importa também averiguar a configuração processual da tutela – uma vez que, recorde-se, quer a jurisprudência constitucional quer a europeia não se limitam a exigir a existência de uma via de tutela, antes impõem também que esta se revista das garantias próprias da jurisdicionalidade, ou, por outras palavras, do processo equitativo.

Assim, o legislador não deixou de regular a tramitação do denominado *reclamo giurisdizionale*¹³³⁰: o juiz, se não considerar o requerimento manifestamente inadmissível¹³³¹, marca data para a audiência, na qual participam obrigatoriamente o Ministério Público e o defensor, podendo o interessado, caso o requeira, ser ouvido pessoalmente, e notificando-se a administração para, querendo, comparecer ou apresentar alegações. Caso o juiz considere verificada a subsistência e actualidade do prejuízo, ordena à administração que o faça cessar, fixando prazo para o efeito.

Diferentemente, no caso de impugnação de decisões disciplinares, os poderes de decisão do juiz cingem-se à anulação da decisão disciplinar¹³³². O legislador revela aqui o cuidado de evitar uma excessiva ingerência do juiz no exercício de um poder que é administrativo: o juiz pode anular a decisão administrativa, mas não modificá-la;

¹³²⁹ Al. b) do n.º 6 do art. 69.º do *Ordinamento Penitenziario*, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 146/2013, de 23-12, convertido em lei pela Lei n.º 10/2014, de 21-2. Note-se que é mantida a al. a), relativa à matéria disciplinar, e suprimida a anterior al. b), respeitante à matéria laboral, na sequência da jurisprudência do Tribunal Constitucional que determinara que esta matéria passasse a competir à jurisdição laboral (*Sentenza* 341/2006, já analisada).

¹³³⁰ Cf., para a tramitação que a seguir se descreve, art. 35.º-*bis*, aditado pelo mesmo diploma de 2013. Para uma análise pormenorizada da tramitação processual, *vide* a anotação de M. Bortolato ao art. 35.º-*bis*, in GIOSTRA/Della Casa, *Ordinamento Penitenziario commentato*, pp. 468 ss., e ainda NATALI, «Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti dei detenuti», pp. 1474 ss.

¹³³¹ Nos termos do art. 666.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, por remissão do art. 35.º-*bis* da lei penitenciária, se o requerimento se afigura manifestamente infundado por falta de pressupostos legais ou por constituir mera repetição de requerimento já rejeitado, o juiz, ouvido o Ministério Público, declara o requerimento inadmissível; a decisão é passível de recurso de cassação.

¹³³² Art. 35.º-*bis*, n.º 3, conjugado com a al. a) do n.º 6 do art. 69.º. Note-se que apenas no caso das duas sanções disciplinares mais gravosas – as que implicam isolamento – o juiz pode conhecer do mérito da decisão; no caso das demais sanções, o controlo é circunscrito à legalidade. Sobre este ponto, a anotação de F. Della Casa ao art. 69.º, in GIOSTRA/Della Casa, *Ordinamento Penitenziario commentato*, p. 936, onde se questiona a legitimidade da exclusão das demais sanções disciplinares do controlo de mérito, apesar de se compreender a solução de compromisso do legislador, que admitiu o “salto de qualidade” para as sanções mais gravosas; aí se chama a atenção para o facto de as sanções disciplinares, mesmo as menos gravosas, terem implicações na concessão de “benefícios” penitenciários que tenham como pressuposto uma conduta regular do recluso, alertando-se ainda para o risco de os directores deliberadamente aplicarem sanções de nível inferior para evitarem o controlo judicial.

competirá à administração emitir, eventualmente, nova decisão, sanando os vícios verificados¹³³³.

A decisão do juiz é susceptível de recurso para o tribunal colectivo de vigilância, assegurando-se assim um segundo grau de apreciação de mérito; a decisão deste, por sua vez, é passível de recurso de cassação com fundamento em ilegalidade¹³³⁴.

4.2. *Garantias de efectividade da tutela*

Para dar cumprimento à exigência da jurisprudência europeia de que os remédios não sejam meramente teóricos, mas efectivos na prática, e para dissipar quaisquer dúvidas quanto à obrigatoriedade da decisão do juiz para a administração¹³³⁵, previu-se ainda um processo de execução das decisões judiciais proferidas em sede de *reclamo giurisdizionale*: assim, se a administração não der cumprimento ao determinado na decisão, o interessado ou o seu defensor podem requerer ao juiz de vigilância que assegure a sua execução. Caso dê acolhimento ao pedido, o juiz ordena o cumprimento da decisão, fixando o modo e prazo da execução, sempre que possível com base num plano de acção elaborado pela administração para esse fim; declara nulos os actos contrários à decisão; e pode ainda nomear um comissário *ad acta*, agente

¹³³³ Sobre este ponto, NATALI, «Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti dei detenuti», p. 1486.

¹³³⁴ Cf. art. 35.º-*bis*, n.ºs 4 e 4-*bis*.

¹³³⁵ O Tribunal Constitucional havia recentemente afirmado a obrigatoriedade para a administração das decisões do juiz de vigilância em sede de tutela dos direitos: assim, quanto às *disposizioni* emitidas pelo juiz, no decurso do tratamento, com vista à eliminação de violações dos direitos dos reclusos (n.º 5 do art. 69.º), cuja obrigatoriedade sempre fora posta em dúvida, o Tribunal reconhece-lhes natureza de “prescrições ou ordens, cuja vinculatividade para a administração penitenciária é intrínseca às finalidades de tutela visadas pela própria norma” (Sentença n.º 266/2009); quanto às decisões incidentes sobre os *reclami* apresentados pelos reclusos para tutela dos seus direitos (n.º 6 do art. 69.º), “devem receber aplicação concreta e não podem ser privadas de efectividade prática mediante decisões da administração penitenciária ou de outra autoridade” (Sentença 135/2013). Em comentário à Sentença 266/2009, RENOLDI, «Una nuova tappa nella ‘lunga marcia’ verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti», p. 3788, considerando que este acórdão “representa uma etapa importante do ponto de vista da afirmação da vinculatividade da decisão judicial”, adverte que fica por esclarecer a questão seguinte, a das formas concretas de execução da decisão nas hipóteses em que não lhe seja dado cumprimento pela Administração. O Autor propunha já aí vias de solução abstractamente possíveis: por um lado, a via do *giudizio di ottemperanza*, prevista no contencioso administrativo – que, como veremos seguidamente no texto, veio a ser a adoptada pelo legislador –, considerando porém que a solução depararia com dificuldades de implementação prática (por exemplo, nos casos em que seja necessária uma actuação da administração em matéria de tratamento, dificilmente um *commissario ad acta* poderia substituir-se aos diversos saberes técnicos envolvidos); por outro lado, o eventual sancionamento disciplinar e/ou penal dos responsáveis. Em qualquer caso, nota ainda o Autor, a situação do sistema prisional italiano poderá tornar na prática impossível o cumprimento do decidido pelo juiz, o que excluiria estas formas de responsabilização.

encarregado de acompanhar e verificar o cumprimento da decisão. A decisão judicial em processo de execução é passível de recurso de cassação¹³³⁶.

A legislação pós-*Torreggiani* criou também um mecanismo de carácter compensatório, correspondendo assim às exigências do Tribunal Europeu, com base no artigo 13.º da CEDH, que prevê o ressarcimento de danos causados aos reclusos pela violação do artigo 3.º da Convenção¹³³⁷.

Refira-se ainda a constituição de um mecanismo não jurisdicional independente de protecção dos direitos das pessoas privadas da liberdade e de monitorização dos locais de privação da liberdade, o *Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della loro libertà personale*¹³³⁸.

Por fim, refira-se que as modificações mais recentes à legislação penitenciária¹³³⁹ não trouxeram alterações relevantes à matéria que nos ocupa.

¹³³⁶ Cf. o procedimento de *ottemperanza* previsto nos n.ºs 5-8 do art. 35.º-*bis*. Para uma consideração pormenorizada do procedimento, *vide* a anotação de M. Bortolato ao art. 35.º-*bis*, in GIOSTRA/Della Casa, *Ordinamento Penitenziario commentato*, pp. 479 ss.

¹³³⁷ Cf. novo art. 35.º-*ter* da lei penitenciária, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 92/2014, de 26-6, convertido em lei pela Lei n.º 117/2014, de 11-8. O ressarcimento pode assumir a forma de uma redução do tempo de pena a cumprir, na proporção de um dia por cada dez em que o recluso tenha estado submetido a condições contrárias ao art. 3.º da CEDH, ou, quando tal já não seja possível, de uma compensação pecuniária de montante diário fixado na lei. O processo corre perante o juiz de vigilância. Aprofundadamente sobre o novo mecanismo, incluindo os pressupostos, o processo e uma apreciação crítica do seu âmbito, *vide* a anotação de Giostra/Ruaro ao art. 35.º-*ter*, in GIOSTRA/Della Casa, *Ordinamento Penitenziario commentato*, pp. 483 ss.; também com uma apreciação crítica, A. DELLA BELLA, «Il divieto (relativamente) assoluto di trattamenti inumani e degradanti», pp. 814 s., referindo dificuldades interpretativas do preceito, geradoras de incerteza e de divergências jurisprudenciais, bem como a exiguidade do *quantum* ressarcitório.

Refira-se que, na ausência de previsão legal específica de mecanismos compensatórios, o juiz de vigilância de Lecce, por decisão de 9-6-2011, havia dado provimento a um pedido de indemnização apresentado por um recluso que tinha estado preso em condições consideradas contrárias à dignidade humana, em violação da lei italiana e da CEDH, condenando, pela primeira vez em Itália, a administração penitenciária a indemnizar o recluso por *danno esistenziale*; essa jurisprudência permaneceu isolada em Itália, tendo em outros tribunais de vigilância prevalecido o entendimento de que, na ausência de previsão legal, estes tribunais não tinham poderes para condenar a administração a indemnizar reclusos por danos causados por ocasião da reclusão (cf. decisões de vários juizes de vigilância referidas no Ac. *Torreggiani*, §§ 20-22).

¹³³⁸ Instituído pelo art. 7.º do já citado Decreto-Lei n.º 146/2013, de 23-12, convertido em lei pela Lei n.º 10/2014, de 21-2. Este órgão, de carácter colegial, funciona como Mecanismo Nacional de Prevenção para efeitos do Protocolo Opcional à Convenção Contra a Tortura das Nações Unidas.

¹³³⁹ A recente revisão da legislação penitenciária esteve estreitamente ligada à iniciativa *Stati Generali dell'Esecuzione penale*, instituída pelo então Ministro da Justiça Orlando com vista à preparação de uma reforma profunda do sistema penitenciário italiano. Nela participaram centenas de especialistas, operadores penitenciários e judiciais e membros da sociedade civil, sob a coordenação científica do Prof. Glaucio Giostra. Os *Stati Generali* funcionaram entre 2015 e 2016 e, na sequência do seu relatório final (disponível em www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.page?previousPage=mg_2_19, últ. acesso 15-11-2019), o Ministro da Justiça criou comissões para a elaboração de diplomas legislativos. A chamada reforma *Orlando*, que ganhou corpo na Lei delegante de 23-6-2017, n.º 103, tinha como objectivo, inspirado nos trabalhos dos *Stati Generali*, tornar o sistema penal italiano menos *carcerocentrico*, promover a aplicação de penas não privativas da liberdade e, quanto ao sistema penitenciário, assegurar um modelo constitucionalmente conforme de execução, nomeadamente

4.3. Apreciação

Com as iniciativas legislativas descritas, visou-se superar a situação em que subsistiam posições jurídicas carentes de instrumentos de controlo jurisdicional, ou para as quais este controlo se esgotava no carácter subjectivo, faltando à *magistratura di sorveglianza* reais poderes decisórios vinculativos para a Administração Pública¹³⁴⁰.

Os mecanismos adoptados afiguram-se aptos a propiciar uma tutela abrangente e efectiva dos direitos dos reclusos. A sua introdução foi saudada pela doutrina por vir colmatar o défice de jurisdicionalidade há muito assinalado¹³⁴¹; também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou que as medidas, *a priori*, satisfazem os critérios da sua jurisprudência¹³⁴².

São, ainda assim, apontados alguns aspectos que fazem reacear a subsistência de algumas insuficiências. Nomeadamente, os pressupostos cumulativos para accionar o *reclamo* jurisdicional (inobservância de normas da lei ou regulamento penitenciários¹³⁴³; prejuízo para o exercício de direitos¹³⁴⁴; actualidade¹³⁴⁵ e

reforçando a orientação reeducativa da pena, promovendo os direitos fundamentais e o respeito pela dignidade da pessoa humana e assegurando a protecção específica de categorias de sujeitos mais vulneráveis. Em actuação da Lei delegante de 2017, vieram a ser aprovados os Decretos Legislativos n.ºs 123 e 124, de 2-10-2018, que, contudo, dadas as modificações supervenientes no contexto político italiano, ficaram aquém do alcance pretendido pela iniciativa reformista que esteve na sua origem.

¹³⁴⁰ Descrevendo deste modo o estado de coisas anterior à alteração legislativa, D'AGNOLO, «Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale...», p. 118. O Autor sublinha que, para garantir a legalidade da fase de execução, não basta a previsão de uma jurisdição em sentido subjectivo, assumindo papel decisivo a *forma* pela qual a presença do juiz se exprime, quer deva decidir em primeira instância quer em sede de controlo de actos da administração. A magistratura deve agir com instrumentos diversos dos administrativos, que apresentem os traços objectivos do *ius dicere*. A intensidade da exigência variará consoante as posições subjectivas em causa, podendo configurar-se soluções diversas, mas sempre tendo em conta as exigências do processo equitativo – direito ao contraditório, direitos de defesa, prova, fundamentação, recorribilidade em cassação, estabilidade do caso julgado (*ibidem*, p. 116).

¹³⁴¹ Assim, nomeadamente, NATALI, «Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti dei detenuti», pp. 1493 s., falando de uma “evolução cultural”, que vem dar corpo à ligação incidível entre a reeducação enquanto finalidade primordial da pena e a efectividade dos direitos: só um ordenamento que permita ao recluso exercer os direitos que lhe são reconhecidos oferece as condições para um tratamento realmente eficaz, fazendo do recluso parte activa no percurso destinado ao seu regresso à sociedade. Por seu turno, A. DELLA BELLA, «Il divieto (relativamente) assoluto di trattamenti inumani e degradanti», p. 817, salienta o reforço do papel do juiz de vigilância como garante da legalidade no interior da prisão.

¹³⁴² Conforme já mencionado *supra* (Parte II, Cap. V, 2.2), nas decisões proferidas em *Stella e outros c. Itália* e em *Rexhepi e outros c. Itália*, ambas de 16-9-2014, o TEDH considerou o novo *reclamo giurisdizionale* um recurso acessível e susceptível de oferecer aos interessados perspectivas razoáveis de sucesso, avaliando também como satisfatório o regime de ressarcimento de danos – reservando-se, porém, a possibilidade de nova tomada de posição à luz do seu funcionamento prático e da jurisprudência nacional que os aplicar.

¹³⁴³ Segundo NATALI, «Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti dei detenuti», p. 1468, a restrição das acções ou omissões sindicáveis por esta via à violação de normas do ordenamento penitenciário terá sido motivada por uma preocupação de não invadir domínios das jurisdições cíveis e administrativas; para a Autora, haverá, contudo, que assegurar que actos ou omissões da administração penitenciária lesivos de posições jurídicas não contempladas explicitamente nos normativos penitenciários não fiquem sem tutela.

gravidade¹³⁴⁶ do prejuízo) podem deixar violações sem tutela ou gerar incerteza jurídica e disparidade de critérios jurisprudenciais¹³⁴⁷.

Acresce, como factor de preocupação, a falta de solução para os casos em que a administração não dê cumprimento à decisão do juiz por impossibilidade prática, em razão de os recursos disponíveis não o permitirem¹³⁴⁸.

¹³⁴⁴ A jurisprudência superior tem afirmado que apenas são tuteláveis os prejuízos para direitos de fonte normativa (constitucional ou legal), já não para meros interesses legítimos ou expectativas de facto; para estes, resta a via do *reclamo generico* previsto no art. 35.º. Sobre este ponto, F. DELLA CASA, «Una foto ‘oversize’ nella cella del detenuto?», p. 275; NATALI, «Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti dei detenuti», p. 1470; salientando porém a dificuldade, no contexto penitenciário, de qualificação das situações jurídicas subjectivas, o que cria incertezas quanto à delimitação das situações tuteláveis pelo *reclamo giurisdizionale* e as meramente passíveis de *reclamo generico*, Maria Grazia Coppetta, em anotação ao art. 35.º, in GIOSTRA/Della Casa, *Ordinamento Penitenziario commentato*, p. 459. Embora as decisões do juiz ao abrigo do *reclamo generico* não sejam recorríveis, deve ser reconhecido ao recluso o direito de recorrer da decisão do juiz de vigilância que, por não considerar que a pretensão visa um direito subjectivo, a tramite como *reclamo generico* e não jurisdicional (defendendo esta posição, F. DELLA CASA, *ibidem*, p. 277). Por outro lado, o “prejuízo” a tutelar há-de consistir numa lesão desrazoável, e por isso ilegítima, da esfera jurídica do recluso (quando a limitação se mostrar excessiva em relação às exigências da execução que a justificam, ou quando resulte afectada uma posição em absoluto não sacrificável), a aferir casuisticamente pelos tribunais (NATALI, *ibidem*, p. 1472).

¹³⁴⁵ Assim, será considerado inadmissível o *reclamo* sempre que, seja no momento em que é apresentado, seja no momento em que é examinado e decidido pelo juiz de vigilância, o prejuízo já não subsista. A intenção do legislador, expressa no relatório ao diploma, de circunscrever o âmbito do mecanismo às situações de prejuízo actual funda-se no carácter preventivo e inibitório desta forma de tutela. O mecanismo não tutela, portanto, lesões já findas, nem é apto a prevenir lesões futuras; para tais situações, restará o *reclamo generico*, não jurisdicional, do art. 35.º, e ainda, no caso de lesões findas, os mecanismos indemnizatórios. Sobre o ponto, F. Della Casa, em anotação ao art. 69.º, in GIOSTRA/Della Casa, *Ordinamento Penitenziario commentato*, p. 939, e NATALI, «Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti dei detenuti», p. 1473.

¹³⁴⁶ Revela-se aqui a vontade do legislador, expressa no relatório ao diploma, de conferir tutela somente às situações realmente significativas. O requisito da gravidade do prejuízo é objecto de crítica generalizada da doutrina, como dá nota F. Della Casa, em anotação ao art. 69.º, in GIOSTRA/Della Casa, *Ordinamento Penitenziario commentato*, p. 939, uma vez que, estando em causa a violação de um direito, é exigível a possibilidade de intervenção inibitória do juiz, mesmo que o prejuízo invocado pelo reclamante possa considerar-se de reduzida gravidade. Para NATALI, «Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti dei detenuti», p. 1473, com este requisito o legislador eleva sensivelmente o limiar de incidência legítima do poder administrativo na esfera jurídica dos reclusos, sem que forneça critérios para a aferição da gravidade; estes terão de ser desenvolvidos pelos juizes de vigilância, com os inerentes riscos de incerteza jurídica e de disparidade de tratamento entre reclusos. F. Della Casa, *ibidem*, propõe uma interpretação do requisito da “gravidade” no sentido de que o prejuízo invocado pelo reclamante não pode ser tão ligeiro que configure um mero desconforto ou aborrecimento.

¹³⁴⁷ Apreciando os primeiros anos da aplicação dos novos mecanismos de tutela, P. P. ALBUQUERQUE/S. Ciuffolett, «A question of space. Overcrowding, dignity and resocialization from Strasbourg to Italy», p. 88: “infelizmente para os reclusos e ex-reclusos italianos, a jurisprudência nacional tem mostrado uma atitude relutante e uma abordagem interpretativa restritiva que pode pôr em causa o alcance do chamado ‘modelo italiano’”.

¹³⁴⁸ Como, por exemplo, no caso de reclusos alojados em celas sobrelotadas e com más condições, quando não existam vagas em outras instalações que permitam o alojamento condigno. Expressando esta preocupação, NATALI, «Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti dei detenuti», p. 1493.

5. Caracterização das competências actuais do juiz de vigilância

Após o exposto, cumpre fazer um juízo sobre as competências actuais do juiz de vigilância e o seu relacionamento com as funções da administração penitenciária.

Como afirma Franco Della Casa, a heterogeneidade das funções deste juiz dificulta a adopção de um critério classificatório consensual, sendo todavia assente, na doutrina, que desempenha funções jurisdicionais e não jurisdicionais¹³⁴⁹.

Com efeito, observa-se que combina funções de *modificação da pena* ou do seu *modo de execução*, de *vigilância* e de *controlo da legalidade* da administração prisional, de *tutela da posição jurídica* das pessoas privadas da liberdade e ainda funções *consultivas*.

São de considerar jurisdicionais as decisões de *modificação da pena ou do seu modo ou momento da execução* (quando, singularmente ou na formação de tribunal colectivo, decide da aplicação das chamadas “medidas alternativas à detenção”, aplicáveis após o trânsito em julgado, mesmo antes da execução ou já no decurso desta, incluindo a decisão sobre a liberdade condicional, e quando decide sobre o diferimento da execução em caso de doença ou maternidade), bem como as que impliquem *alteração do cômputo da pena* (como o desconto no tempo de cumprimento da pena em caso de incumprimento das condições da licença de saída) e as decisões relativas à revisão das medidas de segurança. A competência para a concessão de licenças de saída tem também sido, no sistema italiano, competência do juiz, tendo o seu carácter jurisdicional sido afirmado, como se deu nota, pelo Tribunal Constitucional.

São ainda jurisdicionais as decisões que afectam directamente direitos, liberdades e garantias (como a competência para determinar o controlo da correspondência, que constitui reserva constitucional expressa).

É igualmente jurisdicional a função de *tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos das pessoas privadas da liberdade*, que se manifesta principalmente na decisão das impugnações apresentadas pelos reclusos de decisões da administração prisional que afectem a sua esfera jurídica, como é o caso das decisões em matéria disciplinar (com poder de anulação da decisão administrativa), das decisões de aplicação e prorrogação do regime de segurança especial e ainda das actuações que desrespeitem normas do ordenamento penitenciário e causem um prejuízo grave e actual para o exercício dos direitos dos reclusos, dispondo agora o juiz de poderes para ordenar

¹³⁴⁹ F. Della Casa, em anotação ao art. 69.º, in GIOSTRA/Della Casa, *Ordinamento Penitenziario commentato*, pp. 922 s.

à administração que ponha termo à violação e para tomar medidas em caso de incumprimento da sua decisão pela administração. Integram-se ainda nesta função o poder de devolver para reformulação o plano de tratamento quando considere que contém elementos que violem os direitos do condenado, bem como a mais genérica faculdade de emitir disposições com vista a eliminar violações de direitos por si verificadas¹³⁵⁰.

Às competências jurisdicionais do juiz e do tribunal de vigilância correspondem, conforme foi exposto, formas processuais características da função jurisdicional, com garantias de audiência e contraditório, direito de representação do interessado por defensor e recorribilidade das decisões.

É ainda jurisdicional a competência para a aplicação do novo mecanismo de ressarcimento em caso de privação da liberdade em condições contrárias à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, seja na forma de redução do tempo de pena, seja na de arbitramento de uma quantia pecuniária indemnizatória.

Às funções de *vigilância* ou *inspectivas* do juiz reconduz-se a competência para “exercer vigilância sobre a organização dos estabelecimentos prisionais e expor ao Ministro as necessidades dos serviços, em especial relativamente ao tratamento reeducativo” e para “exercer vigilância com vista a assegurar que a execução da prisão preventiva decorra em conformidade com as leis e os regulamentos”.

Com esta competência, pretende-se cometer ao juiz um controlo genérico da legalidade da execução, embora os concretos poderes de que dispõe sejam diminutos. O balanço feito da sua efectividade prática tem sido de um generalizado desapontamento. Desprovido do poder de dar ordens à administração para remediar as situações verificadas, limitado a reportá-las ao Ministério da Justiça, frequentemente sem receber resposta nem obter a resolução dos problemas reportados, esta dimensão das suas funções acabou por ter um alcance limitado¹³⁵¹. Posteriormente, o surgimento de novos

¹³⁵⁰ Esta última competência viu-se reforçada, por um lado, pela eliminação, na reforma de 2013, do inciso *nel corso del trattamento*, que, como vimos, dava lugar a uma interpretação restritiva da competência, e, por outro, pela *Sentenza* n.º 266/2009, já referida, que reconheceu a vinculatividade para a administração das *disposizioni* do juiz emitidas ao abrigo desta norma.

¹³⁵¹ Cf., entre outros, F. Della Casa, em anotação ao art. 69.º, in GIOSTRA/Della Casa, *Ordinamento Penitenziario commentato*, p. 924, e BASILE, «Il ruolo della magistratura di sorveglianza nella riforma penitenziaria: qualche riflessione», pp. 219 ss. Este último dá nota, uma década após a aprovação da reforma de 1975, de um sentimento comum de desapontamento pela insuficiente realização prática dos propósitos da reforma, da qual considera emblemática a figura do juiz de vigilância, que no plano dos factos veio a ter um papel bem diverso do que a lei prometia. Fornecendo uma impressiva perspectiva de magistrado, relata dificuldades práticas, falta de meios, reduzida eficácia dos instrumentos de actuação (como o reporte ao Ministério das necessidades dos serviços ou a devolução ao director do plano individual) conclui pela impotência da figura. Para o Autor, este juiz acaba, assim, por constituir “uma imprecisa figura administrativa, privada ou quase privada de funções jurisdicionais, obrigada à tarefa

instrumentos, de carácter jurisdiccional ou pelo menos formalizados, veio diminuir o espaço para aquela actuação mais informal¹³⁵².

Não se trata, pois, aqui, de funções jurisdicionais, mas de funções que poderiam eventualmente ser exercidas por entidades não jurisdicionais independentes da Administração, compreendendo-se a sua manutenção no juiz à luz do contexto histórico da criação da figura.

Reconduz-se ainda às funções de “vigilância” a apreciação de queixas dos reclusos sob a forma do *reclamo generico* do artigo 35.º – portanto, desprovidas de um processo jurisdiccionalizado, sem que o juiz disponha de efectivos poderes de intervenção –, cujo campo de aplicação ficará reduzido a situações que não preencham os pressupostos do novo *reclamo giurisdizionale*, nomeadamente quando não estejam em causa direitos ou interesses legalmente protegidos mas meras expectativas de facto, ou ainda quando não se verifique violação de normas por parte da administração, ou quando não se demonstre um prejuízo grave e actual.

Podem ainda considerar-se englobadas nas funções de vigilância a competência para aprovar algumas decisões da administração prisional (como o plano individual de tratamento e a colocação em trabalho no exterior) e para autorizar o internamento de reclusos em hospitais externos¹³⁵³ e a participação de voluntários ou organizações da sociedade civil em actividades do estabelecimento¹³⁵⁴, com cuja previsão o legislador terá pretendido rodear a tomada de tais decisões de garantias acrescidas de legalidade e de ponderação dos interesses relevantes¹³⁵⁵.

Finalmente, quanto à competência para dar parecer fundamentado sobre o pedido de indulto, valem considerações idênticas às que formulámos com referência à

inglória de buscar em afirmações proclamatórias de princípios uma identidade funcional que os factos lhe negam continuamente” (p. 221).

¹³⁵² Assim, CANEPA/Merlo, *Manuale di Diritto Penitenziario*, p. 52, referindo também, entre os factores que contribuíram para o insucesso desta função, uma certa inadequação desta à mentalidade dos magistrados e considerando ainda que a relegação para segundo plano das funções de vigilância acabou por oferecer à Administração a possibilidade de mascarar as graves e persistentes carências dos estabelecimentos.

¹³⁵³ Art. 11.º, n.º 4, da lei penitenciária.

¹³⁵⁴ Art. 17.º da lei penitenciária.

¹³⁵⁵ Qualificando estas competências de aprovação e autorização como administrativas, Giulia GIANGREGORIO, «Il ruolo e la funzione del giudice di sorveglianza nella pratica della sua azione» (s/pág.). Segundo D’AGNOLO, «Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale...», p. 115, fora das matérias em que funciona a reserva de jurisdição, a escolha de conferir poderes ao juiz de vigilância para intervir directamente em certos aspectos da execução pode resultar de considerações de oportunidade, sempre que estejam em causa direitos de nível primário ou aspectos particularmente delicados da relação executiva, emergindo uma expectativa de maior objectividade na aplicação das normas, que pode ser assegurada por um órgão em posição ontologicamente neutra, além da ideia do estabelecimento de uma linha de continuidade com a fase de julgamento.

competência semelhante dos tribunais de execução das penas portuguesas. Trata-se de uma competência atípica, estranha às funções jurisdicionais, tradicionalmente atribuída ao *giudice di sorveglianza* desde a sua criação e fundada no conhecimento próximo do recluso e no acompanhamento do seu percurso, que se pretendia que resultassem do exercício das suas funções.

A evolução recente do ordenamento italiano no sentido de assegurar uma tutela jurisdicional efectiva das posições jurídicas dos reclusos, visando uma conformidade plena com as exigências constitucionais e europeias, afigura-se especialmente inspiradora para a reflexão sobre o caminho a trilhar pelo sistema jurídico português.

CAP. II – ESPANHA

Es claro así, que los Juzgados de Vigilancia constituyen una pieza clave del sistema penitenciario, para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los internos, y que, por ello, debe garantizarse y exigirse, también constitucionalmente, la actuación de estos órganos judiciales especializados.

Tribunal Constitucional espanhol, Sentencia 2/1987

1. A criação do *juex de vigilancia* e o seu contexto constitucional

Também o ordenamento jurídico-penitenciário espanhol conta com um *juex de vigilancia*, introduzido em 1979, com a aprovação da *Ley Orgánica General Penitenciaria*¹³⁵⁶, na mesma altura em que, num contexto internacional de reformas penais, em Itália e em Portugal – onde o juiz para a fase da execução já havia sido criado décadas antes –, era reconfigurada a sua intervenção.

Até então, em Espanha, a execução da pena encontrava-se exclusivamente confiada às autoridades administrativas, finalizando a intervenção da Justiça, substancialmente, com a sentença condenatória. O tribunal da condenação era competente para a execução da sentença, mas apenas no sentido de assegurar o ingresso do recluso no estabelecimento prisional e, cumprido o tempo da pena, aprovar a libertação definitiva¹³⁵⁷. Por esse motivo se falava em “penas em branco”¹³⁵⁸ passadas pelos tribunais à administração; desta dependia a intensidade da pena (através da definição do regime) e a sua concreta duração (mediante a concessão de benefícios)¹³⁵⁹. Durante a execução, a administração “era juiz e parte”: competia-lhe sancionar as infracções disciplinares e resolver os recursos sobre essas decisões; como via de tutela judicial, existia o recurso contencioso junto dos tribunais administrativos, que se revelava remédio tardio para os interesses dos reclusos¹³⁶⁰. A este propósito comentava,

¹³⁵⁶ *Ley Orgánica* 1/1979, de 26-9. A legislação referenciada no presente capítulo é consultável no *Boletín Oficial del Estado*, em www.boe.es.

¹³⁵⁷ TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, pp. 305 s.

¹³⁵⁸ Expressão usada por MANZANARES SAMANIEGO, «La problemática actual del juez de vigilancia», p. 8.

¹³⁵⁹ TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, pp. 305 s. Também MANZANARES SAMANIEGO, «La problemática actual del juez de vigilancia», p. 8, refere que era a Administração que, efectivamente, individualizava a pena, inclusivamente reduzindo-a em intensidade e duração.

¹³⁶⁰ Assim, CANO MATA, «Derecho administrativo penitenciario: protección al recluso», p. 50, GARCÍA VALDÉS, «La legislación penitenciaria española...», p. 76, e Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, pp. 227 s.

à época, Cano Mata: “o poder judicial dificilmente pode ter perante o condenado a penas de prisão uma missão mais pobre que a que lhe dá a nossa legislação, até ao ponto de parecer querer evitar-se uma intervenção judicial directa, que, para alguns, somente serviria como elemento de fricção entre autoridades administrativas e judiciais”¹³⁶¹.

Este regime não poderia subsistir no novo quadro constitucional resultante da aprovação da Constituição espanhola de 1978.

Com efeito, o artigo 117.º, n.º 3, da Constituição preceitua que “o exercício do poder jurisdicional, em todo o tipo de processos, julgando e fazendo executar o julgado, compete exclusivamente aos tribunais determinados por lei (...)”. O inciso “fazer executar o julgado” tem sido entendido como significando que os tribunais não podem ficar arredados da execução da pena e da sua individualização, devendo controlar a respectiva legalidade. No mesmo sentido apontam o princípio da legalidade da administração e respectivo controlo pelos tribunais, consagrado no artigo 106.º, n.º 1, bem como o princípio da conservação dos direitos fundamentais pelos condenados em pena de prisão – excepto os que sejam expressamente limitados pelo conteúdo da sentença condenatória, pelo sentido da pena e pela lei penitenciária –, constante do artigo 25.º, n.º 2, princípio que, como afirmado pela doutrina e pela jurisprudência constitucional, postula a necessidade de garantir a tutela judicial efectiva dos direitos dos reclusos¹³⁶².

Da exposição de motivos do projecto da *Ley General Penitenciaria*¹³⁶³ resulta um propósito de “implantação de um sistema de execução de penas e medidas de segurança mais justo e humano, no quadro de um Estado democrático de direito”. Apresentam-se como traves mestras do novo regime: a atribuição às penas e medidas privativas da liberdade de uma finalidade fundamental de prevenção especial, “entendida como reeducação e reinserção social dos condenados”; o estatuto jurídico do

¹³⁶¹ CANO MATA, «Derecho administrativo penitenciario: protección al recluso», p. 36, já então, em 1975, defendendo a necessidade de controlo da execução da pena por órgão independente de carácter judicial e entendendo que tal função não deveria manter-se nos tribunais administrativos (por um lado, dada a pertença do direito penitenciário ao direito penal, por outro lado, considerando as dificuldades práticas em que por via do contencioso administrativo se possa conhecer a vida carcerária e compreender os problemas humanos subjacentes ao recurso), devendo antes competir a um novo juiz especializado, como veio a suceder (*ibidem*, p. 52).

¹³⁶² Sobre a ligação da criação do *juez de vigilancia* aos citados preceitos constitucionais, cf., designadamente, TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 307, Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, p. 229, FERNÁNDEZ ARÉVALO/Nistal Burón, *Derecho Penitenciario*, p. 171, A. GISBERT GISBERT, «La normativa procesal española en la ejecución de penas privativas de libertad», p. 166. Para RIVERA BEIRAS, *La devaluación...*, p. 235, determinar concretamente a margem de restrição dos direitos fundamentais admitida pelo art. 25.º, n.º 2, da Constituição é necessariamente tarefa a cumprir pela jurisdição.

¹³⁶³ «Proyecto de Ley General Penitenciaria», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1978, fasc. 3, pp. 692 ss.

recluso e a relação jurídica que o liga à administração penitenciária, com direitos e deveres recíprocos; a afirmação de que o condenado conserva todos os direitos reconhecidos aos cidadãos, com excepção daqueles cuja privação ou limitação constitua precisamente o conteúdo da pena imposta; e a consagração expressa do princípio da legalidade na fase da execução. Estes propósitos implicam que se ponha à disposição dos reclusos “os meios adequados para a defesa” dos seus direitos, quer os vigentes para todos os cidadãos, quer aqueles “que nascem especificamente da condição de recluso”. Neste contexto, a figura do *juez de vigilancia* é aí apresentada como “um órgão judicial de vigilância da actividade” da administração penitenciária e como “órgão decisivo *amparador* dos direitos dos reclusos”.

Refira-se que o princípio da intervenção judicial na execução resulta, igualmente, do Código Penal¹³⁶⁴ e da lei da organização judiciária¹³⁶⁵.

2. As competências do juiz de vigilância e da Administração

Na descrição ilustrativa de Tamarit Sumalla e outros, no sistema espanhol, a execução da pena de prisão é conduzida pela administração, com sujeição à lei, sob controlo judicial e com a participação do recluso; é própria do direito penitenciário uma combinação peculiar das funções da administração e dos órgãos judiciais, sobretudo porque o juiz de vigilância penitenciária tem funções que excedem as meramente jurisdicionais¹³⁶⁶.

Analisemos, pois, as funções atribuídas pela lei ao juiz e à Administração.

2.1. Caracterização das funções do juiz de vigilância

As funções do *juez de vigilancia* constam do Título V da lei penitenciária, aí se encontrando uma cláusula geral relativa às suas atribuições, seguida da enumeração das suas competências em especial¹³⁶⁷.

¹³⁶⁴ Art. 3.º, n.º 2, do Código Penal: *La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.*

¹³⁶⁵ Art. 94.º da *Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica n.º 6/1985, de 1-7, na sua redacção actual).*

¹³⁶⁶ TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 66.

¹³⁶⁷ Para uma análise de pormenor das competências previstas nestes artigos, BACHS I ESTANY, «El control judicial de la ejecución...», pp. 143 ss. Em ALONSO DE ESCAMILLA, *El juez de vigilancia penitenciaria*, pp. 105 ss., relatam-se os trabalhos preparatórios dos arts. 76.º a 78.º, incluindo as propostas de alterações à sua redacção.

Assim, começa-se por estabelecer que o juiz “terá atribuições para fazer cumprir a pena imposta, decidir os recursos referentes às modificações que esta possa sofrer de acordo com o prescrito nas leis e regulamentos, salvaguardar os direitos dos reclusos e corrigir os abusos e desvios que possam ocorrer no cumprimento dos preceitos do regime penitenciário” (artigo 76.º, n.º 1)¹³⁶⁸.

O n.º 2 do artigo 76.º concretiza, em numerosas alíneas, as competências através das quais o juiz prossegue as referidas atribuições. Naquelas se inclui: *a)* adoptar todas as medidas necessárias para que as decisões relativas às penas privativas da liberdade sejam executadas; *b)* decidir as propostas de liberdade condicional, bem como a respectiva revogação; *c)* aprovar as propostas dos estabelecimentos relativas a benefícios penitenciários que possam implicar encurtamento da pena; *d)* aprovar as sanções disciplinares de isolamento celular de duração superior a catorze dias; *e)* decidir os recursos apresentados pelos reclusos relativos a sanções disciplinares; *f)* decidir os recursos relativos à classificação inicial dos reclusos e à sua progressão ou regressão de grau (de acordo com o sistema progressivo que continua a vigorar em Espanha); *g)* decidir o que for adequado sobre as petições ou queixas que os reclusos formulem relativamente ao regime e ao tratamento penitenciário¹³⁶⁹, na medida em que afectem os seus direitos fundamentais ou os seus direitos e benefícios penitenciários¹³⁷⁰; *h)* visitar os estabelecimentos prisionais, nos termos previstos na lei processual penal¹³⁷¹; *i)*

¹³⁶⁸ Em sentido semelhante, estabelece o art. 94.º da *Ley Orgánica del Poder Judicial* que os julgados de vigilância penitenciária terão as funções jurisdicionais previstas na Lei Geral Penitenciária em matéria de execução de penas privativas da liberdade e medidas de segurança, emissão e execução dos instrumentos de reconhecimento mútuo de decisões penais na União Europeia que a lei lhes atribua, controlo jurisdicional do poder disciplinar das autoridades penitenciárias, amparo dos direitos e benefícios dos reclusos nos estabelecimentos prisionais e as demais que a lei lhes atribua.

¹³⁶⁹ Recorde-se a distinção entre *régimen* e *tratamiento* no sistema espanhol, já descrita *supra* (Parte II, Cap. III, 2.4, n. 666).

¹³⁷⁰ Sobre a distinção entre “direitos fundamentais” (ou constitucionais) e “direitos e benefícios penitenciários” (ou “direitos estritamente penitenciários”), TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 71, e Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, pp. 35 ss., 242 ss. Os primeiros são inerentes à pessoa, enquanto membro da sociedade (e o recluso, nos termos do art. 25.º, n.º 2, da Constituição, mantém a sua titularidade, com excepção dos que sejam expressamente limitados pelo conteúdo da sentença condenatória, pelo sentido da pena e pela lei penitenciária), enquanto os segundos não se podem afirmar fora de um contexto de privação da liberdade. Para os Autores citados, os chamados *beneficios penitenciarios* dão lugar a verdadeiros direitos subjectivos dos reclusos, verificados que estejam os respectivos pressupostos legais.

¹³⁷¹ Referência ao art. 526.º da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (aprovada pelo *Real Decreto* de 14-9-1882, actualizada, por último, pela Lei n.º 41/2015, de 5-10), que prevê o dever dos juizes de instrução de visitarem as prisões, uma vez por semana, sem aviso prévio, acompanhados do Ministério Público, para se inteirarem da situação dos presos preventivos e detidos, adoptando “as medidas que caibam nas suas atribuições para corrigir os abusos que verificarem”. Para MANZANARES SAMANIEGO, «La problemática actual del juez de vigilancia», p. 58, a previsão destas visitas deve compreender-se como uma forma de proporcionar informação e facilitar a tarefa do juiz e, ao mesmo tempo, como um meio de

autorizar as licenças de saída de duração superior a dois dias, excepto quanto aos reclusos classificados no terceiro grau (regime aberto); e *j*) conhecer da transferência para estabelecimento de regime fechado, sob proposta do director do estabelecimento.

Nos termos de outras disposições legais, compete-lhe igualmente “tramitar” as propostas de indulto apresentadas pelo órgão competente do estabelecimento prisional¹³⁷² e tem ainda a faculdade de dirigir “propostas” à administração penitenciária em várias matérias de organização, funcionamento, regime e tratamento¹³⁷³.

Observa-se, pois, que o juiz conjuga competências ligadas à *jurisdiccionalização da execução da pena*, como a decisão sobre a liberdade condicional ou outros institutos que impliquem encurtamento da pena, com competências de *controlo jurisdiccional dos actos da administração* que afectem os direitos dos reclusos (não só condenados, mas também presos preventivos e detidos), como a aprovação das sanções disciplinares mais gravosas, a decisão dos recursos de sanções disciplinares e a decisão de petições ou queixas relacionadas com direitos afectados pelo regime ou pelo tratamento. Afirma-se, por isso, que “representa a continuidade no exercício de julgar”¹³⁷⁴, reunindo competências que, de outro modo, pertenceriam, umas, aos tribunais penais (as relacionadas com a execução da sentença condenatória)¹³⁷⁵, outras, aos tribunais administrativos (as de protecção dos direitos dos reclusos perante a Administração penitenciária)¹³⁷⁶.

Não se pretende que o juiz constitua “o vértice de um estabelecimento, nem o superior hierárquico dos respectivos directores, mas simplesmente a autoridade judicial que, de algum modo, continua a sua actividade de julgar”¹³⁷⁷; o juiz de vigilância “não é

aproximá-lo dos reclusos, facilitando a apresentação de queixas ou recursos; as visitas têm, pois, uma “função auxiliar”.

¹³⁷² Art. 206.º do *Reglamento Penitenciario*. Não se prevê, porém, que o juiz formule parecer (como vimos suceder no caso do juiz português e do italiano).

¹³⁷³ Art. 77.º da lei penitenciária, a que faremos referência mais pormenorizada *infra*, a propósito da delimitação de atribuições entre juiz e administração prisional.

¹³⁷⁴ ALONSO DE ESCAMILLA, *El juez de vigilancia penitenciaria*, p. 19.

¹³⁷⁵ Algumas competências foram mantidas no tribunal da condenação, como o cúmulo de penas, a liquidação das penas, a ordem de execução, a libertação definitiva e a declaração de extinção da pena por morte, indulto ou prescrição, bem como as decisões de prorrogação, cessação e substituição de medidas de segurança. Sobre a repartição de competências entre tribunal da condenação e juiz de vigilância, e alertando para certas disfunções que podem originar-se pela intervenção de ambos, ROBLES FERNÁNDEZ, «La ejecución de las penas privativas de libertad. Tramitación...», p. 223, e BACHS I ESTANY, «El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural», pp. 158 s.

¹³⁷⁶ Assim, RUIZ VADILLO, «Perfil del Juzgado de Vigilancia...», p. 242; TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 308.

¹³⁷⁷ Relatando esta posição da doutrina, MANZANARES SAMANIEGO, «Relaciones entre la Administración Penitenciaria y los jueces de vigilancia», p. 84.

um super-director, não é um híbrido juiz-agente penitenciário, nem pode dirigir ‘instruções’ aos directores das prisões”¹³⁷⁸.

A doutrina reconhece-lhe, maioritariamente, natureza jurisdicional¹³⁷⁹, quer por razões orgânicas (está integrado na ordem jurisdicional penal¹³⁸⁰), quer funcionais, apesar do duvidoso carácter jurisdicional de algumas das suas competências (como visitar os estabelecimentos e dirigir propostas à Administração).

Na tripartição adoptada por alguma doutrina¹³⁸¹, reúne competências *decisórias*, de *vigilância* e ainda *consultivas* ou de proposta. Entre as primeiras, encontram-se os poderes para adoptar decisões quer em matéria de execução da pena propriamente dita (decidir sobre a liberdade condicional e sua revogação, aprovar as propostas de benefícios penitenciários que impliquem encurtamento da pena, decidir recursos respeitantes à classificação, progressão ou regressão de grau), quer em matéria de *regime* (aprovar as sanções disciplinares mais gravosas, decidir os recursos relativos a sanções disciplinares, decidir as petições e queixas dos reclusos relativas a questões de regime ou tratamento que afectem os seus direitos, autorizar licenças de saída). Serão de “vigilância” as competências para visitar as prisões e para conhecer da transferência para estabelecimentos de regime fechado. Consideram-se “consultivas” as competências para formular propostas à administração prisional sobre várias matérias.

A riqueza e a diversidade das suas competências – de tal modo que a doutrina refere a “actividade multifacetada”¹³⁸² e a “tremenda complexidade”¹³⁸³ da figura –

¹³⁷⁸ Nestes termos, Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, p. 230. No mesmo sentido apontam os “critérios” adoptados pelos juizes de vigilância nas suas reuniões regulares mantidas desde 1981, com vista a uma uniformização de actuações; sobre este ponto, vejam-se especialmente os “critérios” emergentes da reunião de 1982, publicados na *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.ºs 232-235, 1981, pp. 333 ss., e também disponíveis em <http://www.derechopenitenciario.com/normativa/criterios/Historicocriteriosjvp.asp>.

¹³⁷⁹ Assim, nomeadamente, ALONSO DE ESCAMILLA, *El juez de vigilancia penitenciaria*, p. 155; TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 309 (com referências doutrinárias relativas à polémica inicial sobre a questão); MANZANARES SAMANIEGO, «Naturaleza de la jurisdicción de vigilancia...», p. 121 (com referências doutrinárias); Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, p. 230; FERNÁNDEZ ARÉVALO/Nistal Burón, *Derecho Penitenciario*, p. 973; RUIZ VADILLO, «Perfil del Juzgado de Vigilancia...», p. 242; referindo também a polémica sobre a natureza do juiz, BACHS I ESTANY, «El control judicial de la ejecución...», p. 144. O próprio art. 94.º da *Ley Orgánica del Poder Judicial* qualifica como jurisdicionais as funções atribuídas aos *Juzgados de Vigilancia Penitenciaria*.

¹³⁸⁰ Art. 94.º da *Ley Orgánica del Poder Judicial*.

¹³⁸¹ Exemplificativamente, Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, p. 231, e ALONSO DE ESCAMILLA, «El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria», p. 152.

¹³⁸² ALONSO DE ESCAMILLA, *El juez de vigilancia penitenciaria*, p. 164.

¹³⁸³ PAZ RUBIO, «Reflexión sobre el artículo 77 de la Ley Orgánica General Penitenciaria», p. 230. MANZANARES SAMANIEGO, «Relaciones entre la Administración Penitenciaria y los jueces de vigilancia», p. 83, critica a “enumeração pouco cuidada tecnicamente – quiçá devido ao amplíssimo consenso com que a Lei, ou melhor, os seus princípios inspiradores, foi acolhida nas Cortes”; assim, “juntamente com casos indubitáveis de recurso (alíneas e) e f)), encontram-se resoluções sobre propostas (b)), aprovações

justificam que examinemos algumas delas mais detidamente, com vista a compreender melhor a função desempenhada pelo órgão jurisdicional na execução da pena de prisão, bem como a repartição de funções entre este e a administração prisional.

Para tal propósito, cumpre examinar as competências da administração penitenciária e o modo como estas se entrelaçam com as do juiz de vigilância.

2.2. *Repartição de competências entre administração penitenciária e juiz de vigilância*

A administração prisional está incumbida da custódia das pessoas privadas da liberdade (detidos, presos preventivos e condenados), devendo zelar pela sua vida, integridade e saúde¹³⁸⁴, assim como da direcção, organização e inspecção dos estabelecimentos prisionais (artigo 79.º da lei penitenciária).

Em certas matérias, as normas penitenciárias estabelecem expressamente o carácter exclusivo da competência da Administração, como é o caso da classificação dos reclusos (num dos graus do sistema progressivo) e da afectação e transferência de estabelecimento (sem prejuízo das competências do juiz de vigilância, por via de recurso, em matéria de classificação)¹³⁸⁵.

Das competências recíprocas da Administração e do juiz de vigilância podem resultar diversos tipos de relacionamento entre ambos: na execução da sentença propriamente dita, a Administração actua como *colaboradora* da competência do juiz de vigilância, formulando propostas (sobre a liberdade condicional ou outros “benefícios” susceptíveis de influir na duração concreta da pena), competindo a decisão ao juiz; em outros âmbitos, a decisão é administrativa, mas verifica-se uma relação de *subordinação* na medida em que se exige aprovação do juiz para que a decisão da Administração possa ser executada (como no caso de certas licenças de saída e das sanções disciplinares superiores a catorze dias); em outras decisões da competência da Administração, o juiz funciona como instância de *controlo* jurisdicional da actividade daquela, assumindo competências que, de outro modo, pertenceriam aos tribunais administrativos (como na decisão de recursos de decisões disciplinares ou de decisões

de propostas (c)), aprovações sobre propostas não exigidas expressamente (d)), autorizações (i)), etc., mas também uma vaga referência (g)) a ‘decidir o que for adequado sobre as petições ou queixas (...)’”.

¹³⁸⁴ Art. 3.º, n.º 4, da lei penitenciária.

¹³⁸⁵ Art. 31.º do *Reglamento Penitenciario* (Real Decreto 190/1996, de 9-2).

de classificação, progressão ou regressão); finalmente, há ainda as situações em que o juiz dirige *propostas* à administração¹³⁸⁶.

A sua actividade administrativa está ainda sujeita ao controlo dos tribunais administrativos, nas matérias que não estiverem cometidas ao juiz de vigilância¹³⁸⁷.

O relacionamento entre a administração penitenciária e o juiz de vigilância tem-se pautado por alguma tensão¹³⁸⁸, tendo o tribunal competente para a resolução de “conflitos de jurisdição” sido chamado a resolver os numerosos conflitos de atribuições suscitados.

2.3. *Os conflitos de atribuição entre juiz e Administração*

Existem, com efeito, “zonas” onde a interpenetração das competências ou a falta de clareza de alguns preceitos legais ocasiona o surgimento de dúvidas ou conflitos.

A esse propósito, a jurisprudência do Tribunal de Conflitos de Jurisdição, assim como a do Tribunal Constitucional, têm contribuído para a clarificação da repartição funcional entre administração penitenciária e juiz de vigilância e para a definição do papel deste juiz no sistema de execução das penas¹³⁸⁹.

Vejamos alguns exemplos.

a) “*Acordar lo que proceda...*”

A competência para “decidir o que for adequado” sobre as petições ou queixas apresentadas pelos reclusos relativamente ao regime ou ao tratamento, na medida em

¹³⁸⁶ Sistematizando desta forma os tipos de relacionamento entre administração e juiz, MOVILLA ALVAREZ, «La cárcel como organización: posibilidades de control», p. 168.

¹³⁸⁷ Neste sentido, Sentenças do Tribunal Constitucional n.ºs 74/1985, de 18-6, e 138/1986, de 7-11, entre outras. Na doutrina, Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, p. 230; TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 67 (assinalando que esta dualidade, frequentemente criticada, é inerente à natureza híbrida do direito penitenciário).

¹³⁸⁸ Descrevendo a relação entre administração penitenciária e juizes de vigilância, nos primeiros anos de funcionamento da figura, como tensa, distante e de desconfiança mútua, alimentada mais pelo desconhecimento que pela divergência, FERRERAS CASTRILLO, «Algunas consideraciones generales sobre la situación actual de las relaciones entre los jueces de vigilancia y la administración penitenciaria», pp. 7 ss. Igualmente descrevendo as tensões entre administração e jurisdição, sobretudo nos primeiros anos após a instituição da instância judicial de controlo, RIVERA BEIRAS, *La devaluación...*, p. 266.

¹³⁸⁹ Os próprios juizes de vigilância procuraram também clarificar as fronteiras dos respectivos papéis, mediante a aprovação de “critérios” no quadro das suas já aludidas reuniões regulares; nomeadamente nos “critérios” aprovados na reunião de 1982, já referenciados, estabeleceu-se que: os juizes de vigilância não devem prescindir de competências em favor da administração penitenciária, mas também não devem invadir as esferas administrativas; não hão-de presidir às juntas de regime e administração nem às equipas de observação e tratamento dos estabelecimentos prisionais, mas sim pedir-lhes relatórios quando necessário; não devem dirigir circulares à administração, mas podem dirigir-lhe comunicações com vista a sanar deficiências num processo concreto, bem como pedir-lhe informações; a administração, por seu turno, não deve fazer consultas ao juiz de vigilância (cf. ponto D), 1) e 3), dos *Critérios*).

que afectem os seus direitos (artigo 76.º, n.º 2, g)), tem suscitado dúvidas de interpretação e conflitos de jurisdição.

A amplitude da cláusula é assinalada pela doutrina, que procurou oferecer soluções de interpretação¹³⁹⁰. Esclarece-se que se trata de decidir, em primeira instância, petições ou queixas apresentadas pelos reclusos directamente ao juiz¹³⁹¹. As queixas podem referir-se a qualquer direito ou benefício, bem como a quaisquer normas legais ou regulamentares, tanto em matéria de regime como de tratamento¹³⁹², exigindo-se cumulativamente a relação com o regime ou o tratamento e a afectação dos direitos ou benefícios¹³⁹³. O mecanismo acaba por afigurar-se como um recurso inominado e livre de qualquer condicionamento temporal ou formal¹³⁹⁴. Contudo, “o defeito fundamental” desta disposição reside porventura em que “não se sabe muito bem o que deve fazer o juiz quando considere justificada a queixa ou petição”¹³⁹⁵. No mínimo, poderá dirigir-se à administração formulando propostas, conjugando-se assim esta competência com a do artigo 77.º; todavia, tal solução não permite obter uma resolução com força executiva¹³⁹⁶. Não é claro que o juiz possa, por esta via, anular decisões da administração prisional ou obrigar esta a uma determinada actuação¹³⁹⁷. Propõe-se o entendimento de que a intervenção do juiz ao abrigo desta alínea deve centrar-se em questões de interpretação normativa e outras questões jurídicas, não incidindo sobre valorações extrajurídicas, de tónica marcadamente pericial¹³⁹⁸. Ressalva-se o genérico impedimento de o juiz proferir decisões que impliquem direcção ou organização dos serviços penitenciários¹³⁹⁹.

Perante o carácter vago da disposição, os juízes de vigilância, nos “critérios” que foram adoptando nas suas reuniões regulares, perfilharam o entendimento de que tudo quanto se refere à organização e direcção dos estabelecimentos constitui matéria alheia às faculdades decisórias dos juízes de vigilância, que somente podem transmitir à

¹³⁹⁰ Vide, nomeadamente, MANZANARES SAMANIEGO, «Relaciones entre la Administración Penitenciaria y los jueces de vigilancia», p. 83 (escrevendo nos primeiros anos de aplicação da nova lei penitenciária, o Autor considera que a norma em análise originou um dos maiores escolhos na relação entre juízes de vigilância e administração prisional), e TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 320.

¹³⁹¹ TAMARIT SUMALLA *et al.*, *ibidem*, p. 320.

¹³⁹² *Ibidem*, p. 320.

¹³⁹³ MANZANARES SAMANIEGO, «Relaciones entre la Administración Penitenciaria y los jueces de vigilancia», p. 88.

¹³⁹⁴ *Ibidem*, p. 89.

¹³⁹⁵ *Ibidem*, p. 89.

¹³⁹⁶ *Ibidem*, p. 89.

¹³⁹⁷ *Ibidem*, p. 92.

¹³⁹⁸ *Ibidem*, p. 92.

¹³⁹⁹ TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 320.

Administração informações ou sugestões (nos termos do artigo 77.º, que se analisará de seguida). Não obstante, compete ao juiz de vigilância, nos termos da cláusula geral do n.º 1 do artigo 76.º, salvaguardar os direitos dos reclusos e corrigir os abusos e desvios que no cumprimento dos preceitos de regime penitenciário possam produzir-se. Assim, quando, para cumprimento dessa função, não existam vias processuais especificadas no n.º 2 do mesmo artigo, deve entender-se que é a queixa ou petição o instrumento adequado para obter uma resolução judicial, a qual, uma vez transitada, é de cumprimento exigível. As queixas ou petições não podem, porém, constituir uma forma de os juízes se substituírem à administração, nomeadamente em matéria de licenças, classificação, progressões e regressões. Em caso de não actuação da Administração, o juiz deve instá-la à actividade omitida, que é pressuposto indispensável da sua intervenção. Ao tramitar uma queixa ou petição, os juízes devem assegurar as garantias processuais mínimas e provocar a intervenção do Ministério Público¹⁴⁰⁰. Em suma, *acordar lo que proceda* não tem de reduzir-se ao exercício de uma das competências especificamente atribuídas nas outras normas, nomeadamente a elaboração de “propostas”, antes significando resolver as situações em que os direitos dos reclusos sejam afectados, sem outro limite que não o princípio da legalidade e o de que a decisão seja razoavelmente possível e não produza um grave problema de segurança ou de ordem pública¹⁴⁰¹.

Esta posição chegou a merecer acolhimento na jurisprudência do órgão de resolução de conflitos de jurisdição¹⁴⁰². Num caso submetido à sua decisão em 1986¹⁴⁰³, um juiz de vigilância, na sequência da queixa de um recluso, ordenara o encerramento do “departamento celular” de um estabelecimento (zona onde eram alojados os reclusos do “regime fechado” e onde eram cumpridas as sanções disciplinares), de forma provisória, com fundamento em grave perigo para a saúde dos reclusos aí alojados, até que o organismo inspectivo da saúde certificasse a sua habitabilidade. Tendo a Administração considerado invadidas as suas competências, suscitou-se um conflito de jurisdição. O órgão de resolução de conflitos, afirmando embora não ignorar os problemas doutrinários e as dificuldades práticas que podem apresentar a configuração

¹⁴⁰⁰ Cf. “critérios” adoptados na reunião de 1983. Os “critérios” aprovados pelos juízes de vigilância nas suas reuniões regulares mantidas desde 1981, com os quais se visava uma uniformização de actuações, podem encontrar-se em <http://www.derechopenitenciario.com/normativa/criterios/Historico/criteriosjvp.asp>.

¹⁴⁰¹ Cf. “Critérios” aprovados na reunião dos juízes de vigilância de 1985.

¹⁴⁰² A *Ley de Conflictos Jurisdiccionales (Ley Orgánica 2/1987, de 18-5)* institui um sistema de resolução de conflitos entre Administração e Tribunais, sendo competente para a decisão dos conflitos o *Tribunal de Conflictos de Jurisdicción*.

¹⁴⁰³ Sentença de 9-7-1986, conflito de jurisdição n.º 10/1986.

institucional dos novos juízos de vigilância e a qualificação rigorosa das suas atribuições, na sua relação delimitadora com as competências de titularidade administrativa, considerou que, se toda a actividade administrativa está sujeita a controlo jurisdicional, como resulta do artigo 106.º da Constituição, também o está de modo especial e directo aquela actividade administrativa que, pela sua configuração legal, tem um carácter subordinado e instrumental relativamente às decisões jurisdicionais que afectam a liberdade pessoal, de tal modo que se atribuiu a um juiz *ad hoc* a vigilância imediata da medida e da forma como as decisões judiciais são executadas. Concluiu que a actuação concreta do juiz, no caso, não correspondera senão ao exercício das atribuições legalmente conferidas, protegendo o direito à saúde e a uma vida com a qualidade exigida pela dignidade humana.

O preciso alcance da alínea em apreço não constitui, contudo, ainda, questão pacífica, como se verificará de seguida a propósito da análise de outras normas de competência.

b) Formulação de propostas à Administração

A adensar a neblina sobre a exacta delimitação das esferas de competência de administração e juiz está o preceito que falta analisar do Título relativo aos juízes de vigilância: o artigo 77.º, segundo o qual “os juízes de vigilância poderão dirigir-se à Direcção-Geral das Instituições Penitenciárias, formulando propostas referentes à organização e ao funcionamento dos serviços de vigilância, à ordenação da convivência interna nos estabelecimentos, à organização e às actividades das oficinas, escola, assistência médica e religiosa e em geral às actividades de regime, económico-administrativas e de tratamento penitenciário em sentido estrito”.

São as competências designadas pela doutrina como “consultivas” ou “de proposta”, que não podem deixar de estranhar-se num órgão jurisdicional¹⁴⁰⁴.

A interpretação deste preceito não tem sido consensual e acabou por potenciar a suscitação de conflitos de atribuições.

Parte da doutrina vê, por detrás de uma norma aparentemente atributiva de competências, um intuito de definição dos limites da actuação do órgão jurisdicional de

¹⁴⁰⁴ MOVILLA ALVAREZ, Claudio, «La cárcel como organización: posibilidades de control», p. 170, afirma que a competência prevista no art. 77.º não pode qualificar-se como jurisdicional, já que o juiz, aqui, nem adopta uma decisão que possa afectar os direitos e interesses dos reclusos, nem aprova ou autoriza uma actuação da administração. Considerando o termo “proposta” equívoco, o Autor vê neste preceito um mecanismo de “colaboração” entre juiz e administração e um intuito de conferir cobertura judicial a matérias de administração.

vigilância, elencando as matérias que ficam de fora das suas competências, por pertencerem à esfera competencial da administração¹⁴⁰⁵.

Todavia, também se expressa o entendimento de que, se ao juiz está cometida a função de defesa dos direitos dos reclusos, em muitos casos tal não pode efectivar-se sem incidir em aspectos de organização e actividades cometidas em princípio à administração¹⁴⁰⁶. Assim, pode ver-se neste preceito uma atribuição positiva de competência, para que “vigie” precisamente os aspectos nele mencionados¹⁴⁰⁷. O juiz erige-se em garante do próprio funcionamento do estabelecimento, na medida em que este afecte directamente os direitos dos reclusos¹⁴⁰⁸.

Aquela interpretação mais restritiva nem sempre vingou na *praxis*. Com efeito, o Tribunal de Conflitos de Jurisdição, na já referida sentença de 9-7-1986, afirmou que considerar que o artigo 77.º define tão estreitamente a configuração do juiz de vigilância significa desconhecer as próprias razões na base da sua criação e desdenhar as previsões do artigo 76.º, tornando-as inoperantes.

¹⁴⁰⁵ Neste sentido, MANZANARES SAMANIEGO, «Naturaleza de la jurisdicción de vigilancia...», p. 122; TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 66 (para quem este artigo estabelece, de forma indirecta, a esfera de competência da administração penitenciária). Sobre esta posição, ALONSO DE ESCAMILLA, «El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria», p. 158, e *idem*, *El juez de vigilancia penitenciaria*, p. 164.

¹⁴⁰⁶ Neste sentido, TAMARIT SUMALLA *et al.*, *ibidem*, p. 310, e MOVILLA ALVAREZ, «La cárcel como organización: posibilidades de control», p. 170.

¹⁴⁰⁷ Propondo esta interpretação, PAZ RUBIO, «Reflexión sobre el artículo 77 de la Ley Organica General Penitenciaria», p. 231. O art. 77.º constituiria, assim, um “mandato” do legislador ao juiz de vigilância para que não se ocupe somente das situações individuais que sejam trazidas à sua apreciação por via do art. 76.º, mas também se preocupe com a organização, funcionamento, regime, etc., e, caso verifique um mau funcionamento, o expresse junto da administração, formulando as propostas adequadas. No que respeita ao valor jurídico destas “propostas”, o Autor – ciente embora das objecções doutrinárias e dificuldades práticas inerentes ao que propõe – defende que, com a apresentação das *propuestas*, o juiz dá início a um expediente administrativo que a administração prisional está obrigada a tramitar, averiguando as deficiências apontadas e decidindo, fundamentadamente, adoptar ou não a solução apontada pelo juiz; para os casos em que a administração não actue, o Autor propõe que se preveja a possibilidade de o juiz, ao abrigo do art. 76.º, emitir injunções à administração.

¹⁴⁰⁸ Neste sentido, TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 310. Na proposta de conjugação das funções do art. 76.º com as do art. 77.º, DOÑATE MARTIN, «Derecho a la protección a la salud en los centros penitenciarios», pp. 120 ss., entende que o juiz, quando verifique, por conhecimento próprio ou mediante petição ou queixa dos reclusos, abusos ou disfunções, dispõe de duas vias para salvaguarda dos direitos em causa: repor o recluso no direito ou no benefício afectado, exercendo tutela jurisdiccional efectiva (nos termos dos arts. 76.º da lei penitenciária e 24.º da Constituição), e, no caso de se tratar de disfunções com origem numa situação generalizada e com vista a evitar novas afectações de direitos, recorrer à faculdade prevista no art. 77.º, assinalando à administração a disfunção verificada e propondo as soluções que considere adequadas. Assim, por exemplo, se o juiz verificar, perante uma queixa apresentada por um recluso, e obtida a informação que entenda solicitar, que o recluso não está a receber a assistência médica necessária, “pode e deve ordenar (não só propor)” à administração, “em amparo efectivo do direito constitucional à saúde”, que preste a assistência nos termos que o caso concreto requeira, sem prejuízo de, se a situação resultar de problemas de organização dos serviços, poder ainda formular à administração as propostas aptas a melhorar a assistência.

Contudo, em várias ocasiões, não deixou de insistir na importância de uma clara separação entre as atribuições da administração e as do juiz, de modo a que não se produza uma invasão pela administração do que é próprio da função jurisdicional nem vice-versa, sob pena de distorção do sistema delineado pelo legislador, que buscou um exercício harmonioso das atribuições de um e de outra¹⁴⁰⁹. Assim, “tudo quanto se refere à organização e direcção dos estabelecimentos penitenciários constitui matéria cuja competência não pertence ao juiz de vigilância penitenciária, que, conseqüentemente, só pode transmitir à administração penitenciária informações, propostas, sugestões”¹⁴¹⁰; a não ser assim, estar-se-ia a “reconhecer faculdades de organização e direcção do estabelecimento à autoridade judicial”¹⁴¹¹.

Este órgão de resolução de conflitos não deixou de explicitar as diferenças entre as competências de “proposta” do artigo 77.º e as competências do artigo 76.º, afirmando que “entre ‘proposta’ e ‘ordem’ há efectivamente diferenças de natureza e de efeitos”, sendo a primeira “uma proposta que se remete ao órgão decisor e que este, no âmbito de uma competência própria, decide, aceitando ou não, em todo ou em parte, a proposta”¹⁴¹².

Esta competência para dirigir propostas à Administração não é de reputar jurisdicional. Porém, atentas as particularidades do sistema prisional – caracterizado pela opacidade do sistema e pela vulnerabilidade das pessoas privadas da sua liberdade –, o conhecimento privilegiado que os juízes de vigilância acabam por ter da execução das penas permite-lhes assinalar problemas que de outro modo poderiam não chegar ao conhecimento dos responsáveis políticos e da comunidade. Assim, para além das situações em que o juiz tem poderes, jurisdicionais, de decidir e ordenar, julgamos que esta competência atípica de um órgão jurisdicional para reportar às autoridades político-administrativas as suas observações sobre os problemas verificados (actuando de modo semelhante ao de um órgão independente de monitorização ou de um mecanismo nacional de prevenção) pode compreender-se à luz da especificidade da prisão.

c) Classificação, progressões e regressões de grau

¹⁴⁰⁹ Assim, Sentenças de 20-12-1993 (conflito de jurisdição n.º 8/1993-T), de 28-6-1995 (conflito de jurisdição n.º 3-95-T) e de 7-7-1995 (conflito de jurisdição n.º 7/1994-T).

¹⁴¹⁰ Assim, a referida Sentença de 20-12-1993.

¹⁴¹¹ Citou-se a referida Sentença de 28-6-1995.

¹⁴¹² Sentença do Tribunal de Conflitos de Jurisdição de 8-7-1991, no conflito de jurisdição n.º 2/1991.

De acordo com o sistema progressivo vigente em Espanha, agora denominado “sistema de individualização científica”¹⁴¹³, os reclusos são sujeitos a uma classificação inicial, decidida na sequência da sua avaliação e ordenada à individualização do tratamento e à escolha do estabelecimento cujo regime lhe será mais adequado¹⁴¹⁴, e a um esquema de progressões e regressões ao longo de quatro “graus”¹⁴¹⁵.

De acordo com o Regulamento Penitenciário, a classificação e a consequente afectação dos reclusos aos diferentes estabelecimentos competem exclusivamente aos serviços prisionais, sem prejuízo das atribuições dos juízes de vigilância em matéria de classificação por via de recurso¹⁴¹⁶.

O Tribunal de Conflitos de Jurisdição estabeleceu que se trata de competência da administração penitenciária, só podendo o juiz intervir em caso de recurso, de acordo com a alínea f) do n.º 2 do artigo 76.º, nos termos da qual compete ao juiz de vigilância “resolver, com base nos estudos das equipas de observação e de tratamento [...], os recursos referentes à classificação inicial e a progressões e regressões de grau”¹⁴¹⁷.

A classificação dos reclusos foi, pois, configurada como actividade administrativa penitenciária, não como execução da pena em sentido estrito, caso em que a competência deveria caber ao juiz. A actividade deste é, nesta matéria, de mero controlo judicial de uma decisão administrativa prévia¹⁴¹⁸. Em consequência, o juiz não pode alterar oficiosamente a classificação de um recluso, apenas mediante recurso apresentado pelo recluso ou pelo Ministério Público¹⁴¹⁹.

Dê-se nota da existência de posições doutrinárias que defendem uma interpretação extensiva desta norma, no sentido de o juiz de vigilância poder conhecer de recursos contra qualquer decisão em matéria de classificação (não apenas a classificação inicial,

¹⁴¹³ Art. 72.º da lei penitenciária.

¹⁴¹⁴ Art. 63.º da lei penitenciária.

¹⁴¹⁵ Nos termos do art. 72.º da lei penitenciária, os classificados no primeiro grau serão afectos a estabelecimentos de regime fechado, os classificados no segundo a estabelecimentos de regime ordinário e os classificados no terceiro a estabelecimentos de regime aberto; o quarto grau corresponde à liberdade condicional. Desde que cumpram os respectivos requisitos, os reclusos podem ser classificados directamente no segundo ou terceiro grau (o que permite dizer que não se trata de um sistema rigidamente progressivo). A classificação dos reclusos é revista de seis em seis meses (art. 65.º, n.º 4, da mesma lei).

¹⁴¹⁶ Art. 31.º, n.º 1, do *Reglamento Penitenciario*, com remissão para o art. 79.º da lei penitenciária.

¹⁴¹⁷ Sentença de 25-6-1998, proferida no conflito de jurisdição n.º 18/1998. No caso em apreço, a administração fizera progredir um recluso para o 2.º grau; o juiz de vigilância ordenou que o recluso fosse recolocado no 1.º grau, considerando os seus antecedentes penais e disciplinares; o juiz invocou, em favor da sua competência, que o elenco de competências do n.º 2 do art. 76.º não é exaustivo, abrangendo o n.º 1 a competência para “corrigir abusos e desvios”, o que, no seu entender, se tinha verificado.

¹⁴¹⁸ TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 324.

¹⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 324.

progressões e regressões)¹⁴²⁰, em particular as decisões de manutenção no mesmo grau¹⁴²¹.

d) Afectação e transferência de estabelecimento

Na sequência da classificação inicial do recluso, este é afecto ao estabelecimento cujo regime seja mais adequado ao tratamento que deva prosseguir e, se for o caso, ao grupo ou secção mais idóneo dentro daquele¹⁴²². A classificação e a consequente afectação dos reclusos aos diferentes estabelecimentos competem exclusivamente aos serviços prisionais, sem prejuízo das já referidas atribuições dos juízes de vigilância, em matéria de classificação, por via de recurso¹⁴²³. Compete também aos serviços centrais da administração penitenciária ordenar as transferências, com base nas propostas formuladas pelos serviços dos estabelecimentos¹⁴²⁴. As transferências de reclusos condenados são notificadas ao juiz de vigilância¹⁴²⁵.

Tanto a jurisprudência do Tribunal de Conflitos de Jurisdição¹⁴²⁶ como a do Tribunal Constitucional¹⁴²⁷ têm reconhecido a competência exclusiva da administração

¹⁴²⁰ MANZANARES SAMANIEGO, «La problemática actual del juez de vigilancia», p. 34.

¹⁴²¹ TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 322.

¹⁴²² Art. 63.º da lei penitenciária.

¹⁴²³ Art. 31.º, n.º 1, do *Reglamento Penitenciario*, com remissão para o art. 79.º da lei penitenciária.

¹⁴²⁴ Art. 31.º, n.º 2, do *Reglamento Penitenciario*.

¹⁴²⁵ Art. 31.º, n.º 3, do *Reglamento Penitenciario*.

¹⁴²⁶ Assim, entre numerosas outras, as seguintes Sentenças do Tribunal de Conflitos de Jurisdição: de 5-12-1986, no conflito de jurisdição n.º 16/1986 (onde se considerou que a atribuição legal da competência para a afectação dos reclusos à administração “não é senão a consequência inescapável das atribuições reconhecidas aos órgãos penitenciários, pois, se lhes compete organizar os estabelecimentos, logicamente deve ser-lhes reconhecida como função própria a distribuição dos condenados por aqueles, *maxime* quando terão de ser especialmente tidos em consideração tanto a natureza dos estabelecimentos como o número de vagas disponíveis, circunstâncias que não poderão realmente ser ponderadas pelo órgão jurisdicional”; são os órgãos administrativos que têm cabal conhecimento “da verdadeira situação dos estabelecimentos e da possibilidade de alojamento que estes oferecem, no que respeita aos meios materiais e pessoais disponíveis”), de 14-12-1990, no conflito de jurisdição n.º 5/1988 (onde se resolveu o conflito a favor da administração num caso em que o juiz de vigilância, ao abrigo do art. 76.º, n.º 2, g), e com fundamento no dever de zelar pelo direito à saúde dos reclusos, no caso a saúde mental, havia ordenado a transferência de todos os ocupantes de um departamento de regime fechado para outros estabelecimentos, num prazo de quinze dias, e proibindo novas afectações de reclusos a tal departamento; o Tribunal concluiu que a decisão do juiz invadira patentemente o âmbito competencial conferido à administração pelo art. 79.º da lei penitenciária), n.º 10/2012, de 29-5, no conflito de jurisdição n.º 7/2012 (em que, na sequência de uma decisão do juiz de vigilância que revogara decisão da administração penitenciária de transferência de recluso para outro estabelecimento, por insuficiência de fundamentação – da decisão constava apenas “por motivos de ordem e segurança” –, o conflito foi decidido a favor da administração; o Tribunal, reconhecendo a competência da administração para distribuir os condenados pelos estabelecimentos, não deixa de salientar que o seu exercício está sujeito ao princípio constitucional da proibição do arbítrio, pelo que os correspondentes actos administrativos são susceptíveis de controlo jurisdicional; este controlo, porém, ressalvada a competência do juiz de vigilância quando estejam em causa direitos fundamentais e benefícios penitenciários do recluso, compete aos tribunais administrativos). Criticando esta posição jurisprudencial, MANZANARES SAMANIEGO, «Naturaleza de la jurisdicción de vigilancia...», p. 124, por considerar que, deste modo, se confia ao poder executivo, por

penitenciária nesta matéria, excluindo a sindicabilidade por parte do juiz de vigilância, salvo em casos excepcionais, em que a decisão administrativa em causa produza uma lesão evidente dos direitos fundamentais e penitenciários do recluso. Fora destes casos, eventuais ilegalidades da decisão administrativa serão sindicáveis junto dos tribunais administrativos.

d) Exercício do poder disciplinar

A competência em matéria disciplinar cabe à administração, sem prejuízo do controlo jurisdicional.

O Tribunal Constitucional espanhol – que, como é sabido, deu suporte durante muito tempo à teoria das relações especiais de poder no contexto penitenciário¹⁴²⁸ – faz derivar o poder sancionatório disciplinar da administração penitenciária da *relación de sujeción especial* em que o recluso se encontra perante aquela, submetendo-o a um

via da transferência, um poder de escolha unilateral do juiz de vigilância competente, pondo em risco o cumprimento do princípio do juiz natural.

¹⁴²⁷ Sentença do Tribunal Constitucional n.º 138/1986, de 7-11, que recaiu sobre um recurso de amparo apresentado por um recluso contra uma decisão da administração penitenciária que o transferira para estabelecimento de regime “fechado”, onde, segundo alegava, não poderia receber o tratamento compatível com a sua classificação no 2.º grau do sistema progressivo. O Tribunal Constitucional recusou o amparo, por considerar que estava em causa uma competência da administração, cuja decisão só poderia ser sindicada pelos tribunais administrativos, uma vez que a lei penitenciária não atribui competência na matéria aos juízes de vigilância. Esta jurisprudência merece a concordância de GARCÍA VALDÉS, «La ejecución de las penas privativas de libertad en la nueva legislación penitenciaria», pp. 2386 s.: o Autor exemplifica com as decisões atinentes à concentração ou dispersão dos presos por crimes de terrorismo, opções que devem competir à administração, consoante os argumentos que se pretenda privilegiar na gestão deste conjunto populacional (a favor da concentração, favorecimento da vigilância por parte das forças de segurança, prevenção do efeito de “contágio” criminoso na população reclusa geral, proximidade da família, facilitação do transporte para o tribunal competente; a favor da dispersão, objetivos de debilitação do grupo, ruptura da disciplina férrea imposta aos membros, ressocialização de alguns membros). Cf., porém, a posição dos juízes de vigilância expressa nos “critérios” aprovados na aludida reunião de 1982, segundo a qual o juiz de vigilância deve ter uma certa intervenção em matéria de transferências, dado que há o risco de estas constituírem uma via para subtrair o recluso à competência de determinado juiz; consideram, pois, que, quando a administração dá conhecimento ao juiz de uma transferência, deve especificar os respectivos motivos.

¹⁴²⁸ Ilustrativas da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol sobre as *relaciones de sujeción especial*, as Sentenças n.ºs 74/1985, de 18-6, 2/1987, de 21-1, 120/1990, de 27-6 (o conhecido e polémico caso em que o Tribunal Constitucional legitimou a alimentação coactiva dos reclusos em greve de fome com fundamento precisamente na relação de sujeição especial, relação que origina um conjunto de direitos e deveres recíprocos entre a Administração e os reclusos, incluindo o dever daquela de velar pela vida, integridade física e saúde destes, cujo cumprimento pode impor restrições adicionais a direitos fundamentais – entendimento reiterado na Sentença n.º 137/1990, de 19-7), 48/1996, de 25-3 (considerada um ponto de viragem, onde o Tribunal recorre ao conceito das relações especiais de poder não só para estabelecer limitações aos direitos mas também para recordar a titularidade dos direitos fundamentais e a obrigação da Administração de permitir o seu exercício). Sobre esta jurisprudência, na doutrina, RIVERA BEIRAS, *La devaluación...*, pp. 264 ss., 346 ss.; TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, pp. 76 ss. e, especificamente quanto ao regime disciplinar, p. 218; Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, pp. 242 s.; MOVILLA ALVAREZ, «La cárcel como organización: posibilidades de control», pp. 160 ss.

poder administrativo mais intenso, legitimado pela sua própria necessidade, sem prejuízo do controlo judicial exigido pelos artigos 24.º (tutela judicial efectiva) e 106.º (princípio da legalidade da administração) da Constituição, que, no caso, é exercido pelos juizes de vigilância penitenciária, seja com carácter prévio (no caso da aprovação da sanção disciplinar mais grave superior a catorze dias), seja posterior (no caso do recurso de sanções disciplinares)¹⁴²⁹. Tal controlo constitui uma manifestação da subordinação do poder disciplinar da administração à autoridade judicial¹⁴³⁰.

O Tribunal justifica ainda a competência da Administração em matéria disciplinar com “a conveniência em não sobrecarregar a Justiça com ilícitos de menor gravidade, em dotar de uma maior eficácia o aparelho repressivo relativo a esse tipo de ilícitos e em uma maior imediação da autoridade sancionatória em relação aos factos sancionados”¹⁴³¹.

A intervenção do juiz de vigilância ocorre somente em sede de recurso das sanções disciplinares (alínea *e*) do n.º 2 do artigo 76.º). Exceptua-se o caso da sanção disciplinar mais gravosa, a de isolamento celular, quando seja aplicada em duração superior a catorze dias: neste caso, a própria sanção é obrigatoriamente *aprovada* pelo juiz (alínea *d*) do mesmo preceito). Trata-se, neste último caso, de uma decisão administrativa submetida a aprovação judicial, sem a qual não pode ser executada¹⁴³². Não explicitando a lei quais os poderes do juiz quando entenda que a sanção não deve ser aprovada, é duvidoso se deve limitar-se a não aprovar, de modo fundamentado, cabendo à administração tomar nova decisão, ou se pode alterar a sanção, na sua espécie ou duração, exercendo portanto os mesmos poderes que detém no caso de recurso da sanção disciplinar¹⁴³³.

A decisão do juiz relativa ao recurso de sanção disciplinar não é recorrível¹⁴³⁴.

f) Licenças de saída

¹⁴²⁹ Cf., entre numerosos outros, as Sentenças n.ºs 74/1985, de 18-6, 2/1987, de 21-1, 190/1987, de 1-12.

¹⁴³⁰ Sentenças n.ºs 77/1983, de 3-10, 74/1985, de 18-6, e 2/1987, de 21-1.

¹⁴³¹ Sentença n.º 77/1983, de 3-10.

¹⁴³² Sobre este ponto, Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, p. 277. ALONSO DE ESCAMILLA, «El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria», p. 156, dá nota de posições no sentido de que a competência prevista na al. *d*) implica “administrativizar” as funções do juiz, que apenas deveria apreciar as sanções disciplinares em sede de recurso, não aprová-las ele mesmo.

¹⁴³³ Defendendo esta última solução, MANZANARES SAMANIEGO, «Relaciones entre la Administración Penitenciaria y los jueces de vigilancia», p. 96.

¹⁴³⁴ Salvo o *recurso de reforma* perante o próprio juiz e salvo, naturalmente, o *recurso de amparo* para o Tribunal Constitucional em caso de violação de direitos fundamentais. Sobre este ponto, Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, p. 276.

Nos termos da alínea *i*) do preceito que vimos analisando, compete ao juiz de vigilância *autorizar* as licenças de saída – não todas, somente aquelas cuja duração exceda dois dias, e excluindo as relativas aos reclusos classificados no terceiro grau (correspondente aos estabelecimentos de regime aberto).

A autorização da concessão de licenças de saída até dois dias de duração, bem como aos reclusos do terceiro grau, compete à Administração¹⁴³⁵. Já a autorização de licenças aos presos preventivos compete ao tribunal à ordem do qual aqueles cumprem a medida¹⁴³⁶.

Repare-se que, mesmo no caso das saídas sujeitas a autorização do juiz de vigilância, não é este que decide a concessão da saída em primeira linha; a sua autorização recai sobre uma concessão decidida pelo órgão competente do estabelecimento prisional (a *Junta de Tratamiento*)¹⁴³⁷. Assim, o juiz pode autorizar ou recusar a saída decidida pela administração¹⁴³⁸; pode também decidir, em sede de *queja*, sobre uma recusa de concessão de saída por parte da administração¹⁴³⁹; o que não pode é conceder uma saída sem prévia decisão administrativa¹⁴⁴⁰.

Na perspectiva de Manzanares Samaniego, a actuação judicial configura-se aqui como uma garantia contra a concessão de licenças indevidas ou excessivas¹⁴⁴¹.

g) Conhecer da passagem para regime fechado

A competência do juiz para conhecer da passagem dos reclusos para estabelecimentos de regime fechado (*conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado*), sob proposta do director do estabelecimento, prevista na alínea *j*) do preceito que vimos analisando, é também algo ambígua.

Trata-se de um regime caracterizado por uma limitação das actividades em comum e por um mais elevado nível de controlo e vigilância, aplicável a reclusos

¹⁴³⁵ Art. 161.º, n.ºs 1 e 2, do *Reglamento Penitenciario*, nos termos do qual a decisão da *Junta de Tratamiento* do estabelecimento prisional é submetida a autorização dos serviços centrais.

¹⁴³⁶ Arts. 48.º da lei penitenciária e 161.º, n.º 3, do regulamento.

¹⁴³⁷ TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 168.

¹⁴³⁸ A sua eventual decisão de não autorização é recorrível.

¹⁴³⁹ Art. 162.º do *Reglamento*. A decisão do juiz é recorrível.

¹⁴⁴⁰ Assim, MANZANARES SAMANIEGO, «Relaciones entre la Administración Penitenciaria y los jueces de vigilancia», p. 99, e ALONSO DE ESCAMILLA, «El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria», p. 158.

¹⁴⁴¹ MANZANARES SAMANIEGO, *ibidem*, p. 99. A mesma ideia se encontra em FERNÁNDEZ ARÉVALO/Nistal Burón, *Derecho Penitenciario*, p. 812, considerando a intervenção do juiz como um controlo de legalidade *a priori*.

qualificados como de extrema perigosidade ou inadaptados aos restantes regimes, e enquanto subsistirem tais circunstâncias¹⁴⁴².

A decisão de transferência para estabelecimento de regime fechado compete aos serviços centrais da administração penitenciária, mediante decisão fundamentada, sob proposta da *Junta de Tratamiento* do estabelecimento prisional, na sequência da classificação ou de uma regressão de grau; da decisão deve dar-se conhecimento ao juiz de vigilância no prazo de 72 horas¹⁴⁴³.

A versão inicial do projecto de lei penitenciária não continha esta alínea. Durante a discussão parlamentar, foram propostas alterações, fundamentadas na gravosidade do regime e no papel dos juízes na salvaguarda dos direitos, umas no sentido de ser um juiz a decidir o internamento em regime fechado, outras propondo o aditamento de uma nova alínea ao artigo 76.º prevendo a aprovação pelo juiz da colocação naquele regime. As propostas de atribuição da decisão ao juiz não foram aceites, mas aceitou-se o aditamento da alínea *j*), com a redacção *conocer* em lugar do proposto *aprobar*. As razões apresentadas para esta opção residiram em preocupações de segurança, por se ter considerado que a exigência de autorização judicial prévia dificultava a prevenção de incidentes graves, no caso de reclusos altamente perigosos, bem como no entendimento de que a qualificação de perigosidade extrema ou de inadaptação são tarefas científico-criminológicas ou de valoração administrativa penitenciária, que podiam e deviam encomendar-se às equipas de observação e tratamento dos estabelecimentos, mas não directamente aos juízes, cuja função não deve ser administrativizada, além de que os reclusos têm ao seu alcance a possibilidade de petição ou queixa perante o juiz de vigilância (al. *g*)), pelo que os seus direitos não ficariam desprotegidos¹⁴⁴⁴.

Assim, a decisão de colocação em regime fechado é da administração, sem necessidade de aprovação prévia pelo juiz¹⁴⁴⁵, mas este pode aprová-la ou revogá-la, seja oficiosamente, com base no conhecimento que lhe é dado ao abrigo desta alínea

¹⁴⁴² Cf. art. 10.º da lei penitenciária. Trata-se do equivalente ao regime de segurança do ordenamento português.

¹⁴⁴³ Art. 95.º do *Reglamento Penitenciario*.

¹⁴⁴⁴ Sobre este percurso legislativo, ALONSO DE ESCAMILLA, *El juez de vigilancia penitenciaria*, pp. 108 ss., e RIVERA BEIRAS, *La devaluación...*, pp. 185 s.

¹⁴⁴⁵ Cf., porém, a Sentença do Tribunal Constitucional n.º 54/1992, de 8-4, onde se afirma que a decisão do juiz ao abrigo desta alínea é uma decisão em primeira instância, conferindo validade a um acto administrativo que, até esse momento, não passava de uma mera proposta, carecida de respaldo judicial.

j)¹⁴⁴⁶, seja com base em queixa do recluso (alínea g)), ou ainda por via de recurso da decisão que o tiver classificado no primeiro grau (alínea f)).

h) Comunicações ao juiz de vigilância

Ficou ainda a dever-se à jurisprudência do Tribunal Constitucional o entendimento segundo o qual, nos casos em que a lei prevê que certas decisões administrativas sejam levadas ao conhecimento do juiz de vigilância¹⁴⁴⁷, a atitude do juiz não deve ser de mera recepção mas sim de controlo. Para a instância constitucional, “correctamente entendido, este dar conhecimento implica não a mera comunicação do órgão administrativo ao órgão judicial para conhecimento deste, mas sim um verdadeiro controlo jurisdicional da medida, efectuado *a posteriori*, mediante decisão fundamentada”; se o juiz “se limitasse a uma mera recepção da comunicação do acto administrativo (...) e adoptasse uma atitude meramente passiva perante a restrição por tal acto do direito fundamental do recluso, não estaria a dispensar a protecção do direito da forma exigida” pelas normas constitucionais e legais. Tal entendimento funda-se no papel de salvaguarda dos direitos fundamentais atribuído ao juiz de vigilância, que, nas matérias em causa, “implica um papel activo na protecção de tais direitos”¹⁴⁴⁸.

2.4. Regime processual

Os primeiros *jueces de vigilancia* entraram em funções em 1981, sem que tivessem sido aprovadas as normas relativas à orgânica e ao processo previstas no artigo

¹⁴⁴⁶ Neste sentido, MANZANARES SAMANIEGO, «La problemática actual del juez de vigilancia», p. 47. Refira-se que, nos *Criterios* aprovados pelos juizes de vigilância na sua reunião de 1982, já referidos, se entendeu que, nos casos em que a lei confere ao juiz competência para *conocer*, como é o caso na al. j), tal significa que o juiz pode decidir sobre o mérito da questão, retirando efeito, se for caso disso, à decisão administrativa.

¹⁴⁴⁷ Tal verifica-se, nomeadamente, quanto às decisões de suspensão ou intercepção das comunicações orais e escritas, da competência do director do estabelecimento (art. 51.º, n.º 5, da lei penitenciária), e quanto ao recurso a meios coercivos (arts. 45.º, n.º 2, da mesma lei e 72.º, n.º 3, do Regulamento). Já anteriormente a esta jurisprudência defendia DELGADO LÓPEZ, «Las medidas coercitivas (Artículo 45 L.O.G.P.)», p. 187, que, embora a lei não conferisse expressamente uma competência ao juiz relacionada com a exigência de comunicação, das atribuições do juiz previstas no art. 76.º decorria um poder e dever de actuação quando detectasse abuso ou desvio na aplicação da medida.

¹⁴⁴⁸ Sentença n.º 175/1997, de 27-10. Para FERNÁNDEZ ARÉVALO, «Constitución Española y sistema penitenciario», p. 104, o controlo do juiz de vigilância, quando não considere a decisão comunicada conforme ao direito, poderá consistir em: revogar a decisão, caso ainda esteja a produzir efeitos; determinar ao director que sejam adoptadas medidas para que não se reiterem decisões com vício semelhante em situações futuras; transmitir os autos ao serviço de inspecção da administração penitenciária, para apuramento de eventual responsabilidade disciplinar; ou transmiti-los às autoridades competentes em caso de actuação com relevância penal.

78.º da lei penitenciária, o que causou dificuldades e limitações à sua actuação na primeira fase da sua existência¹⁴⁴⁹.

Em traços gerais, é de referir que os requerimentos dos reclusos ao juiz de vigilância não estão sujeitos a formalidades e podem ser apresentados pelos próprios, sem representação por advogado, que só é obrigatória em sede de recurso¹⁴⁵⁰. Recebido o requerimento, o juiz pede a informação relevante à administração prisional e ouve o Ministério Público, proferindo decisão fundamentada.

Quanto ao regime de recursos¹⁴⁵¹, as decisões do juiz de vigilância são susceptíveis de reclamação para o próprio juiz (*recurso de reforma*) e, verificados os pressupostos legais, de recurso (*apelación*), tendo legitimidade o recluso e o Ministério Público¹⁴⁵².

A lei distingue entre decisões do juiz de vigilância “em matéria de execução das penas” (recorríveis perante o tribunal da condenação) e decisões “em matéria de regime penitenciário” (para cujo recurso é competente o tribunal provincial da área do estabelecimento prisional¹⁴⁵³)¹⁴⁵⁴. Não são susceptíveis de recurso de apelação as decisões do juiz de vigilância proferidas em impugnação de decisões da administração, excepto no que respeita às decisões de classificação¹⁴⁵⁵.

Em 2003, foi introduzido um recurso de cassação para a uniformização de jurisprudência, para o qual é competente a secção penal do Tribunal Supremo¹⁴⁵⁶. Acresce a disponibilidade do recurso de *amparo* perante o Tribunal Constitucional, com fundamento em violação de direitos fundamentais.

¹⁴⁴⁹ Sobre as dificuldades causadas por este vazio legal, que se mantém até ao presente, A. GISBERT GISBERT, «La normativa procesal española en la ejecución de penas privativas de libertad», p. 169; ALONSO DE ESCAMILLA, *El juez de vigilancia penitenciaria*, pp. 155, 183; Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, p. 246. Para colmatar a lacuna legal, o Tribunal Supremo aprovou umas *Previsiones* sobre a matéria, em 8-10-1981 (publicadas na *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.ºs 232-235, 1981, pp. 305 ss.), que, complementadas pelas *conclusões* das reuniões regulares dos juízes de vigilância, estabeleceram critérios orientadores. Um projecto de lei regulador do processo perante o juiz de vigilância, apresentado pelo Governo em 1997, caducou e não voltou a ser apresentado (*Proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria*, in *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 29-4-1997, Série A, n.º 41, disponibilizado em http://www.congreso.es/public_oficiales/L6/CONG/BOCG/A/A_041-01.PDF, pp. 1 ss.).

¹⁴⁵⁰ Cf. n.º 9 da *disposición adicional 5.ª* da *Ley Orgánica del Poder Judicial*.

¹⁴⁵¹ Os recursos das decisões dos juízes de vigilância são regulados na *disposición adicional 5.ª* da *Ley Orgánica del Poder Judicial*. Pormenorizadamente sobre o regime de recursos, TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, pp. 330 ss., Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, pp. 238 ss.

¹⁴⁵² Cf. n.º 9 da *disposición adicional 5.ª* da *Ley Orgánica del Poder Judicial*.

¹⁴⁵³ Ou a Audiência Nacional no caso de processos da competência do *Juzgado Central de Vigilancia* (cf. n.º 5 da *disposición adicional 5.ª*).

¹⁴⁵⁴ Cf., respectivamente, n.ºs 2 e 3 da referida *disposición adicional 5.ª*.

¹⁴⁵⁵ Cf. n.ºs 2, 3 e 5 da *disposición adicional 5.ª*.

¹⁴⁵⁶ Cf. n.º 7 da mesma *disposición adicional 5.ª*, modificada pela *Ley Orgánica 5/2003*, de 27-5.

3. O papel da jurisprudência constitucional na delimitação de funções entre juiz e Administração e na afirmação da função de *amparo* do juiz de vigilância

Logo nos primeiros anos de funcionamento dos julgados de vigilância penitenciária, as pronúncias da jurisdição constitucional contribuíram para a definição do seu papel.

Enquadrando a sua função nos princípios próprios do Estado de Direito, estabelecidos pela Constituição, nomeadamente o princípio da legalidade e do controlo jurisdicional da administração, dos quais “a administração penitenciária não está isenta”, o Tribunal Constitucional afirma que “é o juiz de vigilância penitenciária, por imperativo especialmente do art. 76.º, n.ºs 1 e 2, g), da (...) Lei Geral Penitenciária, que há-de velar pelas situações que afectem os direitos e liberdades fundamentais dos presos e condenados, (...) constituindo um meio efectivo de controlo do princípio da legalidade e uma garantia de proibição da arbitrariedade dos poderes públicos”. Acrescenta, relevantemente, que “esta é a via normal para salvaguardar os direitos dos reclusos”, sem prejuízo do direito de *amparo* perante o Tribunal Constitucional contra actos da administração penitenciária que lesem direitos fundamentais, quando não sejam corrigidos pela via judicial¹⁴⁵⁷.

Desde então, o Tribunal vem sucessivamente declarando que “o direito à tutela judicial efectiva no âmbito penitenciário é exercido perante o juiz de vigilância”, sem prejuízo de o controlo da administração competir à jurisdição administrativa nos casos em que a Lei Geral Penitenciária não o tenha atribuído ao juiz de vigilância¹⁴⁵⁸.

Vem também constantemente afirmando “a importância” de que se reveste este juiz, considerando-o “uma peça-chave” do sistema penitenciário espanhol, cuja função significa uma potenciação do momento jurisdicional na execução das penas, que no ordenamento [espanhol] se realiza confiando a um Juiz, isto é, a um órgão independente do poder administrativo, o controlo sobre as diversas fases da execução e, em particular, sobre a protecção dos direitos dos reclusos¹⁴⁵⁹. Para o Tribunal, o adequado

¹⁴⁵⁷ Sentença n.º 73/1983, de 30-7.

¹⁴⁵⁸ Sentença n.º 74/1985, de 18-6.

¹⁴⁵⁹ Sentença n.º 2/87, de 21-1. No caso *sub judice*, o Tribunal Constitucional, em sede de recurso de amparo, censurou a actuação da administração penitenciária de não sujeitar à aprovação do juiz de vigilância as sanções de isolamento em cela disciplinar (que, recorde-se, nos termos do art. 76.º, n.º 2, d), da lei penitenciária, devem ser aprovadas pelo juiz quando sejam de duração superior a catorze dias), mediante uma separação, “mais ou menos artificiosa”, das infracções disciplinares, considerando-as isoladamente, de forma a que a sua soma, mas não cada uma parcelarmente considerada, superasse catorze dias. O Tribunal entendeu que aquela interpretação visava iludir a intervenção do juiz de

funcionamento do sistema de controlo judicial da execução “é não só a garantia de conformidade à Lei da actividade penitenciária, mas também da protecção dos direitos fundamentais dos reclusos”. Neste aresto, o Tribunal Constitucional refere-se mesmo a uma “função específica de ‘amparo’ dos direitos dos reclusos” cometida aos juízes de vigilância.

O Tribunal Constitucional tem igualmente afirmado, reiteradas vezes, que a tutela jurisdicional efectiva compreende o *direito a uma decisão fundamentada*, como garantia contra a arbitrariedade e a desrazoabilidade¹⁴⁶⁰, tanto no caso de decisões judiciais como no caso de decisões da administração; insistiu particularmente na importância da fundamentação no caso de medidas restritivas de direitos adoptadas pela administração, já que se trata do único meio para verificar se a esfera jurídica, já de si limitada, dos reclusos não se restringe de forma desnecessária, inadequada ou excessiva¹⁴⁶¹.

4. Apreciação

No balanço de García Valdés, principal responsável pela elaboração da lei penitenciária de 1979, a incorporação do judicial na execução das penas “converteu-se (...) em algo consagrado, indiscutido e em permanente evolução, ao conhecer já praticamente de tudo quanto diga respeito ao regime e ao tratamento, ou seja, à totalidade do sistema”¹⁴⁶².

Numa perspectiva mais crítica, Rivera Beiras considera que, em contraste com as esperanças depositadas na figura e na sua função garantística aquando da sua criação, a prática penitenciária quotidiana terá mantido a distância entre a consagração formal dos princípios e a sua aplicação real. O Autor propõe a tese de que a instituição do juiz de vigilância, em lugar de se constituir numa instância que efectivamente servisse para diminuir os efeitos negativos da prisão, tenha acabado por se tornar “num novo aparelho

vigilância e considerou procedente o amparo, reconhecendo a violação do direito do recluso à tutela judicial efectiva.

¹⁴⁶⁰ Sentença n.º 22/1994, de 27-1.

¹⁴⁶¹ Sentença n.º 175/1997, de 27-10, relativa às decisões administrativas de ingerência nas comunicações dos reclusos.

¹⁴⁶² GARCÍA VALDÉS, «La ejecución de las penas privativas de libertad en la nueva legislación penitenciaria», p. 2381.

legitimador da instituição total no seu conjunto”¹⁴⁶³, “à qual oferece uma aparência garantística”¹⁴⁶⁴. Descreve ainda como um “panorama sombrio” as dificuldades práticas e a falta de meios com que se debatem os julgados de vigilância, que os impedem de se constituírem num mecanismo eficaz¹⁴⁶⁵. Para o Autor, estas limitações, aliadas à inexistência de um verdadeiro direito processual penitenciário que faça vigorar na execução os princípios constitucionais do processo penal, conduzem a uma “desvalorização” do “direito à jurisdição” – direito fundamental que deveria constituir a base para lograr a tutela efectiva dos demais direitos¹⁴⁶⁶.

Também o CPT tomou recentemente posição crítica em relação ao papel desempenhado pelo juiz de vigilância na sua função de controlo da legalidade da actuação da administração, considerando que, em relação a muitas decisões, esse controlo parece cingir-se a uma “certificação” (ou “carimbo”) das decisões da administração prisional, sem que pareça haver uma apreciação da proporcionalidade das medidas aplicadas por esta¹⁴⁶⁷.

Ao juiz de vigilância têm vindo a ser atribuídas cada vez mais incumbências. Com a reforma penal de 1995, as modificações em matéria de penas de substituição trouxeram uma ampliação da sua intervenção no acompanhamento da respectiva execução¹⁴⁶⁸. O mesmo pode dizer-se da reforma penal de 2003, que lhe atribuiu novas competências, nomeadamente o acompanhamento da execução da pena de trabalho a favor da comunidade¹⁴⁶⁹, e transferiu para o juiz de vigilância a competência, até então do tribunal da condenação, para a suspensão da execução da pena de prisão e eventual internamento em caso de anomalia psíquica superveniente¹⁴⁷⁰. Também a lei de transposição da decisão-quadro relativa ao reconhecimento mútuo de decisões penais na União Europeia estabeleceu os juízes de vigilância como autoridades competentes para

¹⁴⁶³ RIVERA BEIRAS, *La devaluación...*, p. 267. A análise do Autor abrange os primeiros dezoito anos de vigência do sistema.

¹⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 271.

¹⁴⁶⁵ Referindo-se também, uma década após a entrada em funcionamento dos julgados de vigilância, à falta de meios humanos e materiais suficientes para alcançar com eficácia as finalidades com que foram criados, agravada pela falta de solução para vários aspectos problemáticos do regime legal, ALONSO DE ESCAMILLA, «El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria», p. 164.

¹⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 388.

¹⁴⁶⁷ Cf. § 98 do Relatório da visita a Espanha de 27-9 a 10-10-2016, CPT/Inf(2017)34, disponível em <https://rm.coe.int/pdf/168076696b>. O CPT critica ainda o facto de os juízes não visitarem os reclusos na zona prisional.

¹⁴⁶⁸ *Ley Orgánica* 10/1995, de 23-11, que aprovou o Código Penal. Cf., nomeadamente, art. 37.º, relativo ao *arresto de fin de semana*, semelhante à prisão por dias livres outrora vigente no direito português.

¹⁴⁶⁹ Art. 49.º do Código Penal, na redacção dada pela *Ley Orgánica* 15/2003, de 25-11.

¹⁴⁷⁰ Art. 60.º do Código Penal, na redacção dada pela *Ley Orgánica* 15/2003, de 25-11.

a transmissão de decisões que imponham pena ou medida privativa da liberdade, sempre que a execução já se tenha iniciado¹⁴⁷¹.

Subsiste, ainda assim, uma ampla zona cinzenta propensa ao conflito de atribuições entre Administração e juiz de vigilância, dentro da qual terá de apreciar-se, nos casos concretos, a pertinência de uma faculdade decisória por parte do juiz¹⁴⁷².

Cumpre indagar se o modelo respeita as exigências decorrentes da Convenção Europeia em matéria de remédios internos de tutela dos direitos convencionais.

Até ao momento, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não “condenou” a Espanha por infracção do artigo 3.º devido às suas condições prisionais, pelo que também não se pronunciou sobre a conformidade com o artigo 13.º das vias de tutela internas contra tais tipos de violação¹⁴⁷³.

As dúvidas subsistentes sobre o alcance dos poderes do juiz de vigilância – sobretudo no caso das competências cuja interpretação não é consensual, como a de “formular propostas” (artigo 77.º) ou “decidir o que for adequado” sobre as petições ou queixas apresentadas pelos reclusos relativamente ao regime ou ao tratamento, na medida em que afectem os seus direitos (artigo 76.º, n.º 2, g)) – poderão constituir entrave a uma plena conformidade com as exigências convencionais.

¹⁴⁷¹ Art. 64.º, n.º 1, da Lei 23/2014, de 20-11.

¹⁴⁷² Neste sentido, TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 311.

¹⁴⁷³ No plano da União Europeia, debruçando-se sobre a hipótese de as condições prisionais em Espanha poderem constituir obstáculo à cooperação judiciária em matéria penal no Espaço europeu de Liberdade, Segurança e Justiça, Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE, «Can a judicial authority refuse to execute a European Arrest Warrant due to the situation of Spanish prisons?...», pp. 186 ss. (a propósito do processo de execução dos mandados de detenção europeus emitidos contra os líderes do movimento independentista catalão, no âmbito do qual, em 2017, as autoridades de execução belgas pediram informação às espanholas sobre as condições de detenção nos estabelecimentos espanhóis). A Autora, baseando-se nos relatórios do CPT, nas estatísticas do Conselho da Europa e na ausência de “condenações” do TEDH por violação do art. 3.º da CEDH, considera que, apesar da elevada taxa de encarceramento, mas não de sobrelotação dos estabelecimentos, não existem problemas sistémicos ou generalizados relativos à sobrelotação que impliquem um risco real para o direito a condições de detenção dignas; acresce que a legislação espanhola prevê vários mecanismos de protecção dos direitos dos reclusos, bem como mecanismos de monitorização das condições de detenção, tais como os juízes de vigilância penitenciária e o *Defensor del Pueblo* (que, tal como o Provedor de Justiça português, é simultaneamente Mecanismo Nacional de Prevenção da Tortura). A Autora conclui que, sem prejuízo da necessidade de reduzir a taxa de encarceramento e da conveniência de melhorar o sistema prisional, o sistema espanhol cumpre os *standards* mínimos europeus e internacionais relativos a condições de detenção, não havendo indicação de violações de direitos fundamentais que possam considerar-se sistémicas ou generalizadas de modo a constituírem obstáculo à aplicação dos mecanismos de reconhecimento mútuo nem à confiança mútua em que se baseia a cooperação judiciária na União.

O mesmo se diga quanto à ausência de um mecanismo indemnizatório específico para as situações de privação da liberdade em condições contrárias à proibição de tratamentos desumanos e degradantes¹⁴⁷⁴.

Como aspectos a aperfeiçoar, a doutrina salienta a imprescindibilidade de uma lei processual penitenciária, que venha colmatar o vazio legal de décadas¹⁴⁷⁵, incidindo sobre questões processuais como o ónus da prova, o acesso a material probatório, a audição do recluso no processo perante o juiz, a disponibilização de apoio judiciário desde o momento inicial e o estabelecimento de procedimentos de carácter urgente em caso de alegadas violações de direitos humanos¹⁴⁷⁶; a conveniência de uma mais clara delimitação entre as competências da administração penitenciária e as dos juízes de vigilância e, dentro das competências jurisdicionais, entre as dos tribunais da condenação e as dos juízes de vigilância¹⁴⁷⁷; a instituição de mecanismos indemnizatórios em linha com os critérios estabelecidos pelo Tribunal Europeu¹⁴⁷⁸; e a adopção de um programa geral de penas em que a prisão deixe de estar na posição central que hoje ainda ocupa¹⁴⁷⁹.

¹⁴⁷⁴ O recluso que alegue ter sido sujeito a tratamento contrário ao artigo 3.º da CEDH deve primeiramente procurar reparação junto da administração penitenciária e, depois, perante os tribunais administrativos; o ónus da prova pode revelar-se excessivo. Sobre este ponto, REY SÁNCHEZ/Pascual Rodríguez, «The Spanish prison system and the mechanisms of redress available to prisoners», p. 176.

¹⁴⁷⁵ Clamando pela colmatação desta lacuna, TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 311, e Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, p. 246.

¹⁴⁷⁶ Propondo estas linhas de reforma, REY SÁNCHEZ/Pascual Rodríguez, «The Spanish prison system and the mechanisms of redress available to prisoners», p. 176.

¹⁴⁷⁷ TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, pp. 15 s. A este propósito, Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, p. 246, refere a existência de um projecto de reforma da lei penitenciária visando, nomeadamente, actualizar a lei de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional proferida ao longo destas décadas de vigência, e apontando para a assunção pelo juiz de vigilância das funções que ainda se mantêm no tribunal da condenação (tais como a liquidação das penas, o cúmulo jurídico de penas e a libertação definitiva), concentrando-se naquele todas as funções de execução da pena e de vigilância penitenciária, incluindo a prisão domiciliária.

¹⁴⁷⁸ REY SÁNCHEZ/Pascual Rodríguez, *ibidem*, p. 176.

¹⁴⁷⁹ TAMARIT SUMALLA *et al.*, *ibidem*, pp. 15 s.

CAP. III – FRANÇA

La prison doit respecter la dignité humaine. Et la République doit soutenir le regard de ceux qu'elle a décidé d'isoler.

Rachida Dati, Ministra da Justiça de França responsável pela reforma penitenciária de 2009, discurso proferido em 22-10-2007, www.presse.justice.gouv.fr

1. Criação e evolução da figura do juiz de execução das penas

Também a França dispõe de um juiz especializado para a fase da execução das penas, o *juge de l'application des peines*, instituído em 1957. Vejamos os antecedentes da sua criação.

A Revolução Francesa trouxe, como vimos¹⁴⁸⁰, a separação dos poderes, assim como a ideia das penas fixas. No sistema de penas fixas adoptado no Código Penal de 1791, o papel do juiz na individualização da pena era inexistente. Todavia, e com o progressivo abandono da ideia, a intervenção do poder judicial foi crescendo em relevância. O *Code d'instruction criminelle* de 1808, atribuindo embora à administração penitenciária a organização da execução das penas e a entidades administrativas a fiscalização das prisões, previa visitas do juiz de instrução e do presidente do tribunal criminal aos presos¹⁴⁸¹. Em 1810, foram criadas comissões de vigilância das prisões, nomeadas pelo Ministro do Interior, de cariz administrativo, encarregadas de fiscalizar a legalidade da execução, que, em 1847, foram instituídas em todas as prisões centrais e

¹⁴⁸⁰ *Supra*, Parte I, Cap. I, 2.1.2.

¹⁴⁸¹ Nos termos do *Code d'instruction criminelle* (disponível em https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_instruction_criminelle_1808/code_instruction_criminelle_1.htm, últ. acesso 10-12-2019), o juiz de instrução tinha de visitar, pelo menos uma vez por mês, os detidos da respectiva circunscrição e o presidente da *cour d'assises* devia visitar as pessoas presas na *maison de justice* pelo menos uma vez em cada sessão do tribunal (art. 611.º). Também as autoridades administrativas estaduais (o *préfet*) e municipais (o *maire*) ou, em certos casos, policiais estavam incumbidas de realizar visitas regulares às prisões das respectivas circunscrições (arts. 611.º e 612.º), ficando as autoridades municipais ou policiais encarregadas da fiscalização das prisões, nomeadamente zelando pela qualidade da alimentação fornecida (art. 613.º). Em qualquer caso, o juiz de instrução e o presidente do tribunal criminal podiam dar as ordens que considerassem necessárias para a instrução ou julgamento das causas (art. 613.º). No relatório de Jonescu-Dolj, in *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin*, II, p. 49, dá-se nota de uma circular de 1889 dos Ministros do Interior e da Justiça, interpretando a lei no sentido da não intervenção dos magistrados na fiscalização (*police*) dos estabelecimentos penitenciários: «Il est hors de contestation que la police des établissements pénitentiaires appartient exclusivement aux autorités administratives chargées de l'exécution des peines. Les magistrats désignés par l'art. 611 du code d'instruction criminelle (...) n'ont pas qualité pour intervenir dans le régime intérieur de ces établissements».

passaram a incluir magistrados na sua composição¹⁴⁸². Posteriormente, o regulamento geral das prisões de 1923 veio estabelecer que as comissões de vigilância deveriam visitar regularmente as prisões e os presos, inteirando-se de aspectos como higiene, salubridade, segurança, regime alimentar, vestuário, cuidados de saúde, trabalho, observância dos regulamentos, disciplina, instrução e reforma moral dos presos, não podendo porém, em nenhum caso, praticar actos de autoridade¹⁴⁸³. A lei de 14-8-1885, que instituiu a liberdade condicional, conferiu às comissões competência para dar parecer sobre a respectiva concessão, que competia ao Ministro do Interior¹⁴⁸⁴. O poder dos juízes em matéria de determinação da pena reforçou-se com a introdução, pela lei de 26-3-1891, do instituto da suspensão da execução da pena (*sursis*), cuja aplicação competia ao tribunal da condenação¹⁴⁸⁵. Em 1911, a administração penitenciária passou da tutela do Ministro do Interior para a do Ministro da Justiça¹⁴⁸⁶, o que foi considerado por alguns uma vitória dos partidários da intervenção do juiz na execução¹⁴⁸⁷.

Em 1945, uma comissão de reforma instituída por Paul Amor, magistrado nomeado para dirigir a administração penitenciária, avança com a ideia, defendida no contexto dos congressos internacionais a que fizemos referência¹⁴⁸⁸, da criação de um magistrado especializado na execução da pena¹⁴⁸⁹.

Determinou-se, então, o destacamento, para cada estabelecimento penitenciário onde fossem cumpridas penas de prisão superiores a um ano, de um *juge de l'exécution des peines*, com competência exclusiva para ordenar a transferência do condenado para

¹⁴⁸² Sobre estas comissões e os diplomas que as regulamentaram, ALONSO DE ESCAMILLA, *El juez de vigilancia penitenciaria*, pp. 45 ss.

¹⁴⁸³ Art. 111.º do Decreto de 19-1-1923 relativo ao regime interno e à organização do trabalho nas prisões, *Journal Officiel de la République Française*, n.º 30, 31-1-1923 (disponível em <https://gallica.bnf.fr>, últ. acesso 10-12-2019), pp. 1034-1043.

¹⁴⁸⁴ Cf. art. 3.º da Lei de 14-8-1885 (disponível em <https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/textes-juridiques-lois-decre/textes-juridiques-relatifs-la-recidive/14-aout-1885-loi-sur-les-moyens-de-prevenir-la-recidive-liberati>, últ. acesso 10-12-2019).

¹⁴⁸⁵ Lei de 26-3-1891, relativa à atenuação e agravação das penas (disponível em <https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/textes-juridiques-lois-decre/textes-relatifs-aux-p/de-la-monarchie-de-juillet-a-1/loi-du-26-mars-1891>, últ. acesso 10-12-2019).

¹⁴⁸⁶ Decreto de 13-3-1911 (disponível em <https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/textes-juridiques-lois-decre/textes-relatifs-aux-p/de-la-monarchie-de-juillet-a-1/decret-du-13-mars-1911>, últ. acesso 10-12-2019).

¹⁴⁸⁷ RENNEVILLE, «Que tout change pour que rien ne change? Aux origines de la judiciarisation de l'exécution des peines en France (1789-1958)», § 46.

¹⁴⁸⁸ *Supra*, Parte III, Cap. I, 1.1. A criação da figura do juiz de execução em França terá mesmo tido inspiração também no sistema português: na nota necrológica de Jean Graven, transcrita nos *Estudos «in memoriam» do Prof. Doutor José Beleza dos Santos*, p. 490, menciona-se a importância do texto de Beleza dos Santos sobre a criação dos tribunais de execução das penas em Portugal (“Son exposé [...] est célèbre, et a contribué à la connaissance et à l'introduction de cette institution dans d'autres pays, et notamment dans la réforme française de 1958”).

¹⁴⁸⁹ RENNEVILLE, «Que tout change pour que rien ne change?...», § 49.

um estabelecimento de outro tipo, para decidir a admissão às sucessivas etapas do sistema progressivo (da colocação em observação inicial à semiliberdade) e para dar parecer sobre os pedidos de liberdade condicional ao comité competente¹⁴⁹⁰. Este juiz foi progressivamente ganhando outras competências, como dar parecer sobre as licenças de saída para procura de emprego, cuja concessão competia ao prefeito, e sobre as medidas de assistência e vigilância às pessoas sujeitas a interdição de permanência¹⁴⁹¹. Presidia à comissão de classificação dos reclusos e ao comité de assistência aos libertados e supervisionava o acompanhamento dos libertados condicionalmente¹⁴⁹².

Paul Amor descreveu a nova figura como “o prolongamento vivo e útil da justiça repressiva na fase de execução da pena”¹⁴⁹³, com um papel activo na individualização desta. Embora o tribunal da condenação já procedesse a uma individualização, ao fixar o *quantum*, não lhe era possível, nesse momento, dispor de todos os elementos nem prever a evolução do condenado no decurso da execução, pelo que, uma vez aplicada a pena, era à administração penitenciária que incumbia a tarefa, complementar mas essencial, da individualização da pena¹⁴⁹⁴. O magistrado destacado para a execução viria desempenhar aqui um papel primordial, conhecendo bem os reclusos através do contacto regular e tomando as decisões acima enumeradas quanto ao seu percurso¹⁴⁹⁵.

A figura obteve consagração legal na reforma do processo penal de 1958, passando a denominar-se, até aos dias de hoje, *juge de l'application des peines*¹⁴⁹⁶. Optou-se, pois, também em França, pelo modelo do juiz singular e não pelas comissões mistas frequentemente defendidas, como vimos, nos congressos internacionais¹⁴⁹⁷.

O juiz fica então encarregado de acompanhar (*suivre*) a execução das penas, decidindo, em relação a cada condenado, as principais “modalidades” de tratamento penitenciário, nomeadamente a admissão às diferentes etapas do regime progressivo, a

¹⁴⁹⁰ *Ibidem*, § 49; P. AMOR, «Le système pénitentiaire de la France», p. 184.

¹⁴⁹¹ RENNEVILLE, «Que tout change pour que rien ne change?...», § 50.

¹⁴⁹² *Ibidem*, § 55.

¹⁴⁹³ P. AMOR, «La réforme pénitentiaire en France», p. 17.

¹⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 183.

¹⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 29, e *idem*, «Le système pénitentiaire de la France», p. 184. O Autor indagava aí se este juiz não seria o precursor de uma reforma profunda do direito penal, em que o juiz da condenação decidiria apenas da culpabilidade e da necessidade de uma privação da liberdade, cabendo ao juiz da execução a tarefa de decidir, posteriormente, o termo da pena, em função da evolução ao longo da execução.

¹⁴⁹⁶ Art. 721.º do *Code de procédure pénale*, aprovado pela Lei n.º 57-1426, de 31-12-1957, modificada pela *Ordonnance* n.º 58-1296, de 23-12-1958. Esta legislação, bem como a demais que se citar no presente capítulo sem menção específica, encontra-se no *Journal Officiel de la République Française*, disponível no portal *Légifrance*, em www.legifrance.gouv.fr.

¹⁴⁹⁷ Salientando este ponto, Pierre BOUZAT, «Le mouvement français récent...», p. 35.

colocação no exterior, a semiliberdade e as licenças de saída¹⁴⁹⁸. Pode tomar a iniciativa de uma proposta de liberdade condicional¹⁴⁹⁹ e, nos demais casos, dá parecer quanto à sua concessão e revogação, que competem ao Ministro da Justiça¹⁵⁰⁰. Durante a execução da liberdade condicional, propõe as modificações pertinentes às condições impostas¹⁵⁰¹. Deve visitar os estabelecimentos penitenciários¹⁵⁰². Preside aos comités de *probation* e de assistência aos libertados. Acompanha a nova medida de suspensão (*sursis*) com regime de prova¹⁵⁰³. Coordena também a actividade das *sociétés de patronage*, visita anualmente os estabelecimentos de acolhimento destinados aos libertados e faz um relatório ao Ministro da Justiça sobre o seu funcionamento; tem ainda competências em processos relacionados com vagabundagem, presidindo à comissão de assistência aos vagabundos¹⁵⁰⁴.

Na conhecida decisão *Dame Fargeaud d'Epied*, de 22-2-1960, o Tribunal de Conflitos estabeleceu que pertence à autoridade judiciária a competência para “conhecer os litígios relativos à natureza e aos limites de uma pena aplicada por uma jurisdição judicial e cuja execução é promovida pelo Ministério Público”¹⁵⁰⁵. O Tribunal referia-se a decisões que se traduzissem não numa mera modalidade de tratamento penitenciário mas numa modificação da *natureza* ou da *duração* da pena (como era o caso das reduções de pena)¹⁵⁰⁶. Ficou, assim, afirmada a intervenção judicial na fase da execução, naquilo que implique modificações da natureza e limites da pena decretada na sentença.

As competências do *juge de l'application des peines* foram sendo alargadas por via de sucessivas modificações legislativas¹⁵⁰⁷. É de salientar que, a partir de 1972, passou a competir-lhe a concessão da liberdade condicional, no caso de penas de duração até três anos (mantendo-se a competência do Ministro da Justiça para as penas

¹⁴⁹⁸ Art. 722.º do *Code de procédure pénale*.

¹⁴⁹⁹ Art. 722.º do *Code de procédure pénale*.

¹⁵⁰⁰ Arts. 730.º e 733.º do mesmo Código.

¹⁵⁰¹ Art. 732.º do Código.

¹⁵⁰² Art. 727.º do Código.

¹⁵⁰³ Competindo-lhe, nomeadamente, decidir as modificações das condições da suspensão e transmitir ao tribunal da condenação o cumprimento ou incumprimento – arts. 741.º a 743.º do Código.

¹⁵⁰⁴ Pierre BOUZAT, «Le mouvement français récent en faveur des réformes pénitentiaires...», p. 36.

¹⁵⁰⁵ Decisão do *Tribunal des conflits* n.º 1647, de 22-2-1960, *Recueil Lebon*, 1960, p. 855.

¹⁵⁰⁶ Sobre este ponto, V. TCHEN, «Droits des détenus et administration pénitentiaire», p. 603.

¹⁵⁰⁷ Para uma descrição das alterações sucessivas, FAVARD, *Le labyrinthe pénitentiaire*, pp. 61 ss., e ALONSO DE ESCAMILLA, «La institución del Juez de Vigilancia en el derecho comparado», p. 76.

de duração superior)¹⁵⁰⁸, bem como a concessão da nova figura da redução de pena por boa conduta¹⁵⁰⁹; passou ainda a dar parecer sobre a transferência de estabelecimento¹⁵¹⁰.

Em 1972, foram instituídas as *commissions de l'application des peines*, cujo parecer o juiz passou a dever colher, salvo em situações urgentes, previamente à decisão¹⁵¹¹. As *commissions* são órgãos de composição mista, que integram o juiz de execução das penas, que preside, o procurador do Ministério Público, o director do estabelecimento prisional e funcionários dos serviços prisionais e de reinserção social. Dão parecer, nomeadamente, quanto à concessão da liberdade condicional e das reduções de penas¹⁵¹².

A instituição da comissão foi vista como revelando uma certa desconfiança em relação à actuação do juiz¹⁵¹³. Sintomática de tal desconfiança seria a passagem para a comissão da competência para a concessão de licenças de saída, sempre que o tempo de pena que faltasse cumprir excedesse três anos¹⁵¹⁴, acentuada, pouco tempo depois, por uma transferência de grande parte das competências do juiz para a comissão¹⁵¹⁵, com a conseqüente subalternização daquele¹⁵¹⁶. Contudo, a lei de 1983 reverteu esse caminho, tornando a ampliar os poderes decisórios do juiz¹⁵¹⁷.

¹⁵⁰⁸ Lei n.º 72-1226, de 29-12-1972, que modificou o art. 730.º do Código de Processo Penal.

¹⁵⁰⁹ Art. 721.º do Código de Processo Penal, tal como modificado pela Lei n.º 72-1226, de 29-12-1972.

¹⁵¹⁰ Art. 722.º, na redacção dada pela Lei n.º 78-1097, de 22-11-1978. Ressalvam-se as situações de urgência.

¹⁵¹¹ Lei n.º 72-1226, de 29-12-1972, que modificou o art. 722.º do Código de Processo Penal. Segundo FAVARD, *Le labyrinthe pénitentiaire*, p. 69, a criação da comissão em cada estabelecimento assegurava uma concertação permanente entre juiz, director e pessoal do estabelecimento; a reforma centrava-se, pois, na ideia de que o tratamento penitenciário deve ser obra de uma equipa encabeçada conjuntamente pelo juiz e pelo director e reunindo todos os outros intervenientes relevantes, com vista à colaboração o mais harmoniosa possível.

¹⁵¹² Arts. 721.º e 730.º do Código de Processo Penal, nas redacções dadas pela referida Lei de 1972.

¹⁵¹³ Disso dá nota ALONSO DE ESCAMILLA, «La institución del Juez de Vigilancia en el derecho comparado», p. 77.

¹⁵¹⁴ Cf. art. 723.º-4 do mesmo Código, na redacção dada pela Lei n.º 78-1097, de 22-11-1978.

¹⁵¹⁵ Cf. art. 723.º-4 do mesmo Código, na redacção dada pela Lei n.º 81-82, de 2-2-1981, conhecida como lei “sécurité et liberté”, de pendor securitário.

¹⁵¹⁶ FAVARD, *Le labyrinthe pénitentiaire*, p. 72, fala mesmo em “declínio” do *juge de l'application des peines*, entendendo que as referidas intervenções legislativas configuram um afastamento do princípio da judicialização da execução, e cita críticas dos magistrados, à época, que consideraram estar a colocar-se o juiz sob a dependência do poder executivo. A chamada lei “sécurité et liberté” foi sujeita ao crivo do Conselho Constitucional, que a declarou conforme à Constituição, por nenhuma disposição constitucional ou princípio fundamental excluir que as modalidades de execução das penas privativas da liberdade sejam decididas por autoridades não jurisdicionais (Decisão n.º 78-98 DC, de 22-11-1978).

¹⁵¹⁷ Art. 6.º da Lei n.º 83-466, de 10-6-1983, que ripristinou a redacção anterior a 1981. Pormenorizadamente sobre o percurso legislativo dos anos setenta e oitenta, primeiro de progressiva neutralização do poder do juiz (feito “bode expiatório” do sentimento de insegurança então vigente em França), depois de ripristinação dos seus poderes com a presidência de Mitterrand, F. DELLA CASA, «Il *juge de l'application des peines*: dall'assedio alla liberazione (1975-1983)», pp. 424 ss.

A jurisdicionalização da execução foi aprofundada em 2000, com a aprovação de uma lei¹⁵¹⁸ que teve como propósito assumido “jurisdicionalizar” um conjunto de decisões do *juge de l’application des peines*.

Com efeito, até então, o carácter jurisdicional das decisões deste juiz era posto em dúvida e o próprio código de processo penal as classificava como *mesures d’administration judiciaire*¹⁵¹⁹. Tal significava que, apesar de produzidas por um juiz, o respectivo processo não era o próprio da função jurisdicional: nomeadamente, as medidas não podiam ser requeridas pelo condenado; não se assegurava o contraditório nem os direitos de defesa; as decisões não eram fundamentadas; e não estavam previstas vias de recurso¹⁵²⁰. A lei de 2000 “jurisdicionalizou”, assim, as decisões de colocação no exterior, semiliberdade, fraccionamento e suspensão da pena, colocação sob vigilância electrónica e liberdade condicional¹⁵²¹. Porém, manteve a qualificação como *mesures d’administration judiciaire* de um conjunto de decisões do juiz, nomeadamente a concessão de reduções de pena e as licenças de saída, passando a vigorar uma dualidade de regimes processuais consoante a decisão em causa¹⁵²². Só em 2004 uma nova intervenção legislativa veio reconhecer natureza jurisdicional a estas decisões, com a conseqüente recorribilidade pelos reclusos¹⁵²³.

¹⁵¹⁸ Lei n.º 2000-516, de 15-6-2000.

¹⁵¹⁹ Art. 733.º-1, na redacção de 1986. Sobre a figura, M. HERZOG-EVANS, *Droit Pénitentiaire*, p. 110.

¹⁵²⁰ Sobre o ponto, M. E. CARTIER, «La judiciarisation de l’exécution des peines», p. 89. Note-se que a doutrina não deixava por isso de considerar, já antes de 2000, que a actividade do *juge de l’application des peines* era jurisdicional: cf. em tal sentido, RENNEVILLE, «Que tout change pour que rien ne change? Aux origines de la judiciarisation de l’exécution des peines en France (1789-1958)», § 57; HERZOG-EVANS, «Le juge de l’application des peines, juridiction de premier degré», p. 297, assinalando que, além de se tratar de um juiz, as suas decisões são de carácter judiciário por consistirem em completar o trabalho de individualização da jurisdição penal repressiva, modificando a pena aplicada com base em factos supervenientes; ALONSO DE ESCAMILLA, «La institución del Juez de Vigilancia en el derecho comparado», p. 80, salientando a sujeição da sua intervenção a normas processuais e a recorribilidade das suas decisões; Jacinto DUARTE, «Os Tribunais de Execução das Penas», p. 221, defendendo que as suas decisões relativas aos movimentos no sistema progressivo, à colocação no exterior ou à concessão de saídas eram de carácter jurisdicional por envolverem a ponderação entre o interesse do condenado em obter a liberdade ou certo grau da mesma e o interesse da sociedade em assegurar a sua defesa; contudo, considerava a figura híbrida, por cumular funções que reputava de carácter administrativo e funções de carácter judiciário (p. 223).

¹⁵²¹ Cf. art. 125.º da lei, modificativo do Código de Processo Penal.

¹⁵²² Sobre a questão, criticamente, M. E. CARTIER, «La judiciarisation de l’exécution des peines», p. 93, considerando injustificada a distinção, bem como a dualidade processual dela resultante. Assim, enquanto as *mesures d’administration judiciaire* continuavam a ser decididas pelo juiz, ouvida a comissão, sem contraditório e só recorríveis pelo Ministério Público, as decisões “jurisdicionalizadas” passaram a revestir-se das garantias do processo equitativo, incluindo a legitimidade do condenado para a iniciativa processual, a audição deste, o direito a ser assistido por advogado e a exigência de fundamentação das decisões.

¹⁵²³ Lei n.º 2004-204, de 9-3-2004. De acordo com a nova redacção dos arts. 712-11 e 712-15, as *ordonnances* do juiz relativas às licenças de saída são susceptíveis de recurso perante a *chambre de l’application des peines* do tribunal de apelação, tendo legitimidade o condenado e o Ministério Público,

A nova *Loi Pénitentiaire*, de 2009¹⁵²⁴, assumiu como principais objectivos reforçar os direitos dos reclusos (especialmente em matéria de visitas, comunicações, trabalho, formação e apoio social), conformar o ordenamento penitenciário às Regras Penitenciárias Europeias, aprofundar a individualização da execução e a diferenciação de regimes e desenvolver as possibilidades de modelação da pena¹⁵²⁵.

2. As actuais competências do juiz e do *tribunal de l'application des peines*

A jurisdição de execução das penas tem hoje um leque muito amplo de competências, ligadas principalmente às decisões de *aménagement*¹⁵²⁶ e respectivo acompanhamento e controlo.

A ampliação das competências do juiz e do tribunal de execução das penas foi consequência natural do significativo alargamento da panóplia de medidas de *aménagement* a que se tem procedido nos anos recentes, em linha com a intenção legislativa do reforço da individualização das penas.

O princípio da individualização encontra-se plasmado no artigo 707.º do Código de Processo Penal, de acordo com o qual a finalidade da execução das penas privativas e restritivas da liberdade consiste em “preparar a inserção ou a reinserção da pessoa condenada, a fim de lhe permitir agir como pessoa responsável, respeitadora das regras e dos interesses da sociedade, e de evitar o cometimento de novos crimes”; o regime “é adaptado no decurso da execução da pena, em função da evolução da personalidade e da situação material, familiar e social da pessoa condenada, que são objecto de avaliação regular”. Ainda de acordo com o mesmo preceito normativo, os condenados “beneficiam, sempre que possível, de um regresso progressivo à liberdade, tendo em conta as condições materiais de detenção e a taxa de ocupação do estabelecimento

sendo também admissível recurso de cassação. Sobre o ponto, M. HERZOG-EVANS, *Droit Pénitentiaire*, p. 112.

¹⁵²⁴ Lei n.º 2009-1436, de 24-11-2009, que veio substituir a *Loi sur le service public pénitentiaire* (Lei n.º 87-432, de 22-6-1987). Foi modificada em 2014, pela Lei n.º 2014-896, de 15-8-2014, que visou ir mais longe no princípio da individualização das penas, bem como aumentar a panóplia de alternativas à privação da liberdade. Foi modificada, por último, pela Lei n.º 2019-222, de 23-3-2019.

¹⁵²⁵ Cf. a exposição de motivos da proposta de lei, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000019261095&type=expose> [13-12-2019]. Para uma visão geral e crítica da nova lei, Martine HERZOG-EVANS, «Loi pénitentiaire n.º 2009-1436 du 24 novembre 2009: changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative», pp. 31 ss.

¹⁵²⁶ Termo que abrange as medidas de flexibilização da execução e de modificação do modo de execução da pena. Criticando o carácter excessivamente abrangente da categoria, por englobar situações jurídicas muito diversas, P. PONCELA, «La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009», p. 193.

penitenciário”, com o fim de evitar uma devolução à liberdade sem qualquer forma de acompanhamento judiciário.

Às jurisdições de execução das penas de primeira instância (isto é, o juiz e o tribunal de execução das penas) compete, nos termos da lei, determinar as principais modalidades de execução das penas, orientando e controlando as condições da sua aplicação¹⁵²⁷. Trata-se de um conjunto numeroso de medidas, de que são exemplo a colocação no exterior, a semiliberdade, a suspensão e o fraccionamento das penas, a suspensão da execução por motivos graves de saúde, a permanência na habitação com vigilância electrónica, o trabalho a favor da comunidade, a suspensão com regime de prova, a concessão de licenças de saída¹⁵²⁸, as reduções de pena e a liberdade condicional¹⁵²⁹.

Algumas destas medidas podem ser aplicadas antes do início da execução da pena, em substituição da prisão ou de outras penas¹⁵³⁰; outras podem ser aplicadas durante a execução, constituindo nesse caso uma modificação do modo de execução¹⁵³¹. Ao juiz ou ao tribunal compete não só o decretamento das medidas mas também o acompanhamento e controlo da sua execução, a decisão das modificações que se justifiquem no seu decurso e a eventual revogação. Compete-lhes ainda supervisionar, em termos semelhantes, as penas de substituição aplicadas logo pelo tribunal da condenação¹⁵³². Compete ainda ao juiz de execução decretar a proibição de contactos com a vítima aquando da tomada de decisões que impliquem a libertação do

¹⁵²⁷ Art. 712.º-1 do Código de Processo Penal.

¹⁵²⁸ Refira-se com interesse, relativamente às licenças de saída, que, após a concessão de uma licença pelo juiz, as licenças ulteriores podem, salvo decisão em contrário do mesmo juiz, ser concedidas pelo director do estabelecimento. Em caso de recusa de concessão da saída por parte do director, aquela poderá ser novamente solicitada ao juiz (cf. art. 723.º-3 do Código de Processo Penal).

¹⁵²⁹ Arts. 720.º e ss. do mesmo Código. Mais pormenorizadamente sobre o regime e aplicação prática destas medidas, Julie ALIX/G. Giudicelli-Delage (*et al.*), «France», pp. 218 ss.

¹⁵³⁰ Nos termos do art. 747.º-1 do Código, o juiz pode decidir a conversão das penas curtas de prisão, antes do início da sua execução, em trabalho a favor da comunidade, permanência na habitação com vigilância electrónica, multa ou suspensão com regime de prova. Sobre o *aménagement* prévio à execução, P. PONCELA, «La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009», pp. 193 s.

¹⁵³¹ É o caso do regime de semiliberdade e da colocação no exterior (art. 723.º-1), bem como da colocação em vigilância electrónica (art. 723.º-7), que tanto podem ser aplicados *ab initio* quando se trate de penas ou remanescentes não superiores a dois anos como ser aplicados posteriormente, no decurso da execução. Sobre o *aménagement* após o início da execução, P. PONCELA, «La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009», p. 194.

¹⁵³² Cf., nomeadamente, arts. 713.º-42 e 713.º-45, relativos, respectivamente, à pena de permanência na habitação com vigilância electrónica e à pena de *contrainte pénale*.

condenado¹⁵³³. O juiz de execução das penas deve visitar, pelo menos uma vez por ano, cada um dos estabelecimentos da respectiva circunscrição¹⁵³⁴.

O tribunal da condenação mantém-se competente para os incidentes contenciosos relativos à execução, bem como para a rectificação de erros puramente materiais das suas decisões¹⁵³⁵.

2.1. Estrutura, processo e recorribilidade das decisões

O sistema de acompanhamento judicial da execução das penas integra, hoje, não apenas o *juge de l'application des peines* singular, mas ainda um órgão misto (a referida *commission de l'application des peines*) e um tribunal colectivo (o *tribunal de l'application des peines*), para além da *chambre de l'application des peines* do tribunal de apelação, competente em sede de recurso¹⁵³⁶.

A *commission* é um órgão composto pelo juiz, que preside, pelo procurador do Ministério Público, pelo director do estabelecimento prisional e por um representante do *service pénitentiaire d'insertion et de probation*¹⁵³⁷. Actualmente, compete-lhe dar parecer prévio às decisões do *juge de l'application des peines*, nomeadamente as relativas às reduções de pena e à concessão de licenças de saída¹⁵³⁸, funcionando, portanto, como um órgão consultivo de apoio à decisão deste¹⁵³⁹.

Quanto ao *tribunal de l'application des peines*, é um tribunal colectivo, composto por três juízes de execução das penas, competente para o *aménagement* das penas mais graves e para determinadas decisões, incluindo a cessação do *période de sécurité*, certos casos de liberdade condicional e de suspensão da execução da pena e a *surveillance judiciaire*¹⁵⁴⁰.

Regra geral, as decisões do juiz e do tribunal são tomadas após parecer da administração penitenciária e debate contraditório no qual são ouvidos o condenado, o seu defensor e o Ministério Público¹⁵⁴¹.

¹⁵³³ Art. 712.º-16-2 do Código de Processo Penal.

¹⁵³⁴ Art. 10.º da *Loi Pénitentiaire*.

¹⁵³⁵ Art. 710.º do Código de Processo Penal.

¹⁵³⁶ A *chambre de l'application des peines* foi introduzida pela Lei n.º 2004-204, de 9-3-2004 (cf. art. 161.º, que altera o Código de Processo Penal).

¹⁵³⁷ Art. 712.º-4-1 do Código de Processo Penal.

¹⁵³⁸ Art. 712.º-5 do Código de Processo Penal.

¹⁵³⁹ Pode dizer-se que este órgão corresponde ao Conselho Técnico do ordenamento português.

¹⁵⁴⁰ Arts. 712.º-7, 720.º-4 e 730.º do mesmo Código.

¹⁵⁴¹ Arts. 712.º-6 e 712.º-7 do Código de Processo Penal.

As decisões do juiz, assim como as do tribunal, são recorríveis perante a *chambre de l'application des peines* do tribunal de apelação territorialmente competente, cabendo a legitimidade ao condenado e ao Ministério Público¹⁵⁴².

2.2. *Repartição de funções com a Administração*

A lei estabelece a participação da administração penitenciária na execução das decisões penais, contribuindo para a inserção ou reinserção das pessoas que lhe são confiadas pela autoridade judiciária, para a prevenção da reincidência e para a segurança pública, no respeito pelos interesses da sociedade, pelos direitos das vítimas e pelos direitos das pessoas privadas da liberdade; estabelece igualmente que a administração deve organizar-se de modo a assegurar a individualização e modelação das penas¹⁵⁴³. A lei encarrega o pessoal dos *services pénitentiaires d'insertion et de probation* da preparação e execução das decisões da autoridade judiciária relativas à reinserção dos condenados¹⁵⁴⁴.

A avaliação inicial e a afectação dos reclusos aos estabelecimentos são da competência da administração; prevê-se, contudo, que o juiz de execução das penas deve ser “consultado”, salvo quando a urgência não o permita, previamente às decisões de afectação ou de mudança de afectação¹⁵⁴⁵. Prevêem-se também certos deveres de informação da administração ao juiz (por exemplo, informação regular sobre a lotação dos estabelecimentos)¹⁵⁴⁶.

¹⁵⁴² Arts. 712.º-1 e 712.º-11 do Código de Processo Penal. Mesmo antes da criação das *chambres de l'application des peines* era pacífico que a apreciação dos recursos das decisões do juiz de execução das penas cabia à jurisdição judicial e não à jurisdição administrativa. Com efeito, o Conselho de Estado decidira, no acórdão *Fauqueux*, de 28-2-1996, que a apreciação das decisões do *juge de l'application des peines* de concessão ou recusa de reduções de pena não competia à jurisdição administrativa, posição reafirmada no Acórdão *Druelle*, proferido em 18-3-1998, no qual, perante a pretensão do recluso de sindicar perante a jurisdição administrativa uma decisão de recusa de uma redução de pena, o Conselho de Estado estabeleceu que “não pertence à jurisdição administrativa conhecer os litígios relativos à natureza e limites de uma pena infligida por uma jurisdição judiciária e cuja execução é levada a cabo por impulso do Ministério Público” e que a decisão do juiz de execução relativa à redução da pena, tomada ao abrigo do disposto no Código de Processo Penal, “não é uma simples modalidade de tratamento penitenciário, mas constitui uma medida que modifica os limites da pena”, estando portanto excluída a competência da jurisdição administrativa.

¹⁵⁴³ Art. 2.º da *Loi Pénitentiaire*.

¹⁵⁴⁴ Art. 13.º da mesma lei.

¹⁵⁴⁵ Arts. D76.º, D80.º e D82.º-1 do Código de Processo Penal. A decisão compete, em certos casos, ao director inter-regional dos serviços penitenciários e, em outros, ao próprio Ministro da Justiça.

¹⁵⁴⁶ Art. D83.º do Código.

3. O controlo jurisdicional da actividade da administração prisional

Como se pôde verificar, em França, as competências atribuídas às jurisdições de execução das penas relacionam-se sobretudo com as modificações do modo de execução das penas. Não lhes são atribuídas funções de controlo da actividade da administração penitenciária: essas encontram-se cometidas aos tribunais da jurisdição administrativa.

Com efeito, as decisões tomadas pela administração penitenciária na gestão da vida dos estabelecimentos, com reflexos na esfera jurídica dos reclusos, são tratadas como as demais decisões da Administração Pública¹⁵⁴⁷, portanto sindicáveis perante os tribunais administrativos.

Isso mesmo decorre da jurisprudência do Tribunal dos Conflitos, que, nos acórdãos *Dame Fargeaud d'Epied*, de 22-2-1960, e *Caillol*, de 4-7-1983, estabeleceu que o contencioso relacionado com as condições de detenção compete às jurisdições administrativas, a título de *fonctionnement administratif du service pénitentiaire*¹⁵⁴⁸.

Contudo, um grande número de decisões da administração prisional ficava fora do controlo dos tribunais administrativos, ao abrigo da figura das *mesures d'ordre intérieur* – que se refere às medidas administrativas insusceptíveis de controlo judicial¹⁵⁴⁹. Como iremos ver, embora a figura subsista ainda hoje, o seu âmbito é cada vez mais restrito, graças a uma evolução da jurisprudência do *Conseil d'Etat* (órgão superior da justiça administrativa francesa), que foi alargando a tutela jurisdicional conferida aos reclusos.

Com efeito, os tribunais administrativos resistiram, inicialmente, à assunção das suas competências em matéria de execução das penas, declinando, durante algum

¹⁵⁴⁷ C. VIGOUROUX, «La valeur de la justice en détention», p. 404.

¹⁵⁴⁸ No caso *Dame Fargeaud d'Epied*, já anteriormente citado, estava em causa a pretensão indemnizatória da viúva de um recluso assassinado no estabelecimento onde se encontrava detido, imputando à administração penitenciária responsabilidade pela morte do marido devido a várias *fautes*, entre elas, no que para aqui releva, a demora na sua transferência do *centre d'internement* onde se encontrava para o estabelecimento adequado, na sequência da sua condenação à pena de trabalhos forçados; o *Conseil d'Etat* havia declarado a incompetência das jurisdições administrativas para apreciar a responsabilidade da administração sobre as condições de execução de uma pena aplicada por uma jurisdição da ordem judicial; o Tribunal dos Conflitos decidiu que, se é certo que compete às autoridades judiciais conhecer dos litígios relativos à natureza e limites de uma pena aplicada por uma jurisdição judicial, já os litígios relativos ao *fonctionnement administratif du service pénitentiaire*, como era o caso dos autos, relevam da competência das jurisdições administrativas. No caso *Caillol*, estava em causa a pretensão de um preso preventivo de anulação da decisão do director do estabelecimento prisional de o colocar em *quartier de plus grande sécurité*, decisão não relacionada com as necessidades da instrução do processo penal.

¹⁵⁴⁹ A figura corresponde aproximadamente à das relações especiais de poder, tendo como idêntica consequência a insusceptibilidade de controlo judicial. Neste sentido também KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, p. 99.

tempo, a competência para conhecer de certas decisões, como as relativas à transferência de estabelecimento, por se referirem às condições de execução de penas aplicadas pela jurisdição judicial; e, mesmo após a aceitação da competência, a intensidade do controlo efectuado era limitada, retirando, na prática, efectividade à intervenção jurisdicional¹⁵⁵⁰.

Paulatinamente, porém, a jurisprudência foi excluindo certas decisões da categoria das *mesures d'ordre intérieur*.

No acórdão *Cherbonnel*, de 15-1-1992, o *Conseil d'Etat* considerou não se incluírem naquela categoria decisões que afectem um direito e que não digam respeito directamente ao organismo do serviço (no caso concreto, disposições do director relativas ao acesso a certas bebidas e ao intervalo entre as refeições, em desconformidade com a lei).

O momento de viragem nesta questão foi o acórdão *Pascal Marie*, de 17-2-1995, relativo ao controlo judicial das medidas disciplinares impostas aos reclusos. Até então, os tribunais administrativos vinham recorrendo à classificação das decisões disciplinares como *mesures d'ordre intérieur*¹⁵⁵¹. Concluindo que essa posição tradicional conduzia a uma “verdadeira denegação de justiça dificilmente compatível com os princípios do Estado de Direito”, o Conselho de Estado afirmou que a medida de internamento em cela disciplinar, pela sua “natureza e gravidade”, era sindicável pelos tribunais. A *natureza* e a *gravidade* da medida surgiram, deste modo, como critérios para a exigibilidade de controlo jurisdicional.

A partir da jurisprudência *Marie*, o controlo jurisdicional veio progressivamente a alargar-se, ao ponto de poder hoje questionar-se a subsistência da categoria da *mesure d'ordre intérieur*. Os critérios da natureza e da gravidade da decisão foram enriquecidos com outros, ligados à repercussão da decisão na esfera do recluso¹⁵⁵².

Neste sentido, é de referir o acórdão proferido no caso *Remli*, em 2003¹⁵⁵³, no qual o *Conseil d'Etat*, revertendo a sua posição tradicional de que as decisões de

¹⁵⁵⁰ Desta posição dá nota M. GUYOMAR, «La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif», p. 413, com numerosos exemplos de jurisprudência rejeitando conhecer de petições relativas a sanções disciplinares, restrições de correspondência, transferências, colocação em regime especial ou em sector de segurança elevada.

¹⁵⁵¹ Sobre a situação anterior ao acórdão *Marie*, M. HERZOG-EVANS, *Droit Pénitentiaire*, pp. 108, 1285 ss.

¹⁵⁵² M. GUYOMAR, «La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif», p. 413. Para uma síntese da evolução jurisprudencial posterior ao acórdão *Marie*, M. HERZOG-EVANS, *Droit Pénitentiaire*, pp. 114 ss.

¹⁵⁵³ *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ Remli*, acórdão de 30-7-2003.

colocação de um recluso em isolamento constituíam *mesures d'ordre intérieur*¹⁵⁵⁴, estabeleceu que tais decisões eram susceptíveis de recurso, em virtude dos seus efeitos sobre as condições de detenção¹⁵⁵⁵. É assim que, além da *natureza* e dos *efeitos jurídicos* da medida, passam a relevar também as suas repercussões *de facto* sobre as condições materiais de detenção.

Com base neste critério jurisprudencial, tem vindo sucessivamente a alargar-se o leque de decisões da administração sindicáveis pelos tribunais administrativos¹⁵⁵⁶, tendo o *Conseil d'Etat*, no seu conhecido conjunto de acórdãos *Boussouar*, *Payet* e *Planchenault*, proferidos em 14-12-2007, procurado substituir a avaliação casuística das medidas concretas por uma sua categorização, com vista a tornar mais previsível o acesso dos reclusos à justiça administrativa¹⁵⁵⁷. Assim, em relação a certas categorias de decisões da administração, há como uma presunção inilidível de sindicabilidade,

¹⁵⁵⁴ Reflectindo essa posição, o acórdão *Fauqueux*, de 28-2-1996, no qual o recluso viu rejeitado o seu pedido de anulação da decisão de colocação em isolamento, bem como da posterior decisão de prorrogação, por ter o *Conseil d'Etat* considerado que a colocação em isolamento “não constitui uma medida disciplinar”, “não tem por efeito agravar as condições de detenção” e “não é, por natureza, susceptível de exercer influência sobre a situação jurídica da pessoa a ela sujeita”, configurando, portanto, uma *mesure d'ordre intérieur*, insusceptível de recurso para os tribunais administrativos.

¹⁵⁵⁵ Para assim concluir, o Conselho assinalou que a colocação em isolamento tem por efeito privar o sujeito do acesso às actividades desportivas, culturais, de ensino, de formação e de trabalho que são propostas de modo colectivo aos demais reclusos. Seguindo a mesma linha evolutiva, no acórdão *Section française de l'Observatoire international des prisons*, de 31-10-2008, o Conselho anulou as disposições regulamentares do *Code de procédure pénale* que definiam o regime de isolamento judicial (decidido pelo juiz de instrução para arguidos presos), em virtude de aí não ser prevista uma via de recurso. Sobre a questão, P. PONCELA, «L'isolement carcéral sous le contrôle des juridictions administratives et de la Cour européenne des droits de l'Homme», pp. 390 ss.

¹⁵⁵⁶ Como é exemplo a colocação do recluso em *régime différencié*, num sector de tipo *portes fermées* (que comporta um regime de detenção mais restritivo), mesmo quando não resultem afectados direitos como o acesso a formação profissional, a trabalho remunerado, a actividades físicas e desportivas e à permanência ao ar livre (acórdão de 28-3-2011, *Garde des Sceaux c/ A. B.*); o *Conseil d'Etat* teve em conta “a natureza” da decisão e “os seus efeitos sobre as condições de detenção”.

¹⁵⁵⁷ Neste conjunto de acórdãos, o Conselho adoptou uma “grelha” destinada a tornar mais previsível o acesso à justiça administrativa. Em *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ Boussouar* estava em causa a categoria da transferência entre estabelecimentos prisionais. O Conselho estabeleceu a sindicabilidade das decisões de transferência de um estabelecimento de cumprimento de penas para um de preventivos (cujo regime é mais restritivo), atenta a importância dos seus efeitos para a situação dos reclusos; reservou, porém, outros casos de afectação e transferência (primeira afectação após a condenação, transferências entre estabelecimentos da mesma natureza ou de um estabelecimento para preventivos para um destinado a condenados), os quais ficam sujeitos a uma presunção, ilidível, de insindicabilidade, só sendo sindicáveis quando ponham em causa direitos ou liberdades fundamentais. Em *Planchenault*, tratava-se da decisão administrativa de retirar o posto de trabalho do recluso, decisão que o Conselho de Estado considerou dever ser sindicável, dada a sua repercussão na situação de facto, mas também jurídica (na medida em que poderia prejudicar a futura concessão de medidas de flexibilização) do recluso; o Conselho considerou porém, em princípio, insindicáveis decisões como a colocação ou a recusa de colocação em posto de trabalho, ressalvados os casos em que resultem afectados direitos ou liberdades fundamentais. Em *Payet*, sindicava-se o regime das *rotations de sécurité* (transferências frequentes de estabelecimento por razões de segurança), tendo o Conselho considerado que as suas repercussões nas condições de vida dos reclusos exigiam controlo judicial.

enquanto em relação a outras rege uma presunção de insindicabilidade, ilidível sempre que a medida afecte um direito ou liberdade fundamental do recluso¹⁵⁵⁸.

Na esteira desta evolução jurisprudencial, o *Conseil d'Etat* já teve ocasião de julgar susceptíveis de recurso: decisões administrativas relativas a revistas corporais integrais¹⁵⁵⁹; decisões de inscrição na lista de *détenus particulièrement signalés* (que têm como efeito uma intensificação das medidas de vigilância e de controlo, afectando igualmente o acesso a actividades)¹⁵⁶⁰; disposições do regulamento interno relativas à organização das visitas, nomeadamente ao número de visitantes admitidos em simultâneo para cada recluso, por serem indissociáveis do exercício efectivo do direito de visita e afectarem directamente a manutenção dos laços dos reclusos com o seu ambiente exterior, e portanto o seu direito fundamental à vida privada e familiar¹⁵⁶¹; sanções disciplinares (incluindo as de mera advertência)¹⁵⁶²; e decisões de retenção de material informático (enquanto o mero controlo dos equipamentos constitui *mesure d'ordre intérieur*)¹⁵⁶³. Mesmo em relação a medidas que, em princípio, não seriam sindicáveis, como a transferência do recluso entre estabelecimentos do mesmo tipo, sem alteração de regime, o Conselho de Estado reservou expressamente a possibilidade do seu conhecimento *se estiverem em causa liberdades e direitos fundamentais do recluso*¹⁵⁶⁴.

Também a jurisprudência constitucional tem contribuído para o aprofundamento da efectividade da tutela judicial dos direitos dos reclusos. Nomeadamente, considerou

¹⁵⁵⁸ Importa notar, contudo, que, para o Conselho, não basta a alegação da violação de um direito ou liberdade para que a pretensão seja conhecida pelos tribunais, mas também não se vai ao ponto de exigir que o pedido seja procedente; o que se exige é que a decisão sindicada afecte o direito ou liberdade em causa (cf. decisão proferida em *Rogier*, 9-4-2008).

¹⁵⁵⁹ Decisão no caso *Mahmoud El Shennawy*, 14-11-2009.

¹⁵⁶⁰ *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ M. Ali Kehli*, 30-11-2009, sendo igualmente sindicáveis as decisões de prorrogação da inscrição (*Eric A.*, 28-12-2009).

¹⁵⁶¹ *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ M. Hervé B.*, 26-11-2010.

¹⁵⁶² *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Mme G.*, 21-5-2014. O Conselho teve em conta os possíveis efeitos de uma sanção disciplinar, mesmo de advertência, sobre decisões futuras relativas à execução da pena, tais como a recusa ou a revogação de reduções de pena ou a recusa de licenças de saída ou de outras medidas de flexibilização; teve ainda em conta que o registo de uma sanção disciplinar, ainda que de advertência, pode ser valorado como circunstância agravante no caso de novo procedimento disciplinar por outros factos.

¹⁵⁶³ Acórdão *D.S.P.*, 9-11-2015.

¹⁵⁶⁴ Cf. o Acórdão *Miloudi*, de 27-5-2009. No caso em apreço, o Conselho de Estado considerou que a decisão de transferência do recluso de um estabelecimento a 60 km do domicílio da sua família para outro situado a mais de 800 km de distância, não dispondo a família de meios financeiros que lhe permitissem manter a visita semanal, afectava a sua vida familiar, pelo que era sindicável (embora tenha julgado o pedido improcedente, uma vez que a decisão, justificada pela suspeita de implicação do recluso na preparação de uma evasão, embora tornasse mais difícil o exercício do direito a manter uma vida familiar, não o tornava impossível, não afectando desproporcionadamente o direito reconhecido pelo art. 8.º da CEDH).

inconstitucional, por violação do direito a um recurso efectivo, conjugado com o direito ao respeito pela vida privada e familiar, o regime jurídico da proibição de contactos telefónicos e de visitas a presos preventivos, em razão de não ser estipulado prazo para a decisão do juiz (no caso, o juiz de instrução, por se tratar de arguidos) nem ser assegurado o recurso¹⁵⁶⁵.

Nesta linha de evolução, as *mesures d'ordre intérieur* podem hoje considerar-se uma categoria residual¹⁵⁶⁶, apenas cabendo nela, e sendo portanto insusceptíveis de controlo judicial, as decisões que não preencham os critérios desenvolvidos jurisprudencialmente, relativos à natureza e efeitos – jurídicos ou fácticos – da medida, em especial a afectação de direitos ou liberdades fundamentais.

Assinale-se que a própria intensidade do controlo a exercer pelo juiz administrativo tem vindo a ser aprofundada, mais uma vez por via da jurisprudência do *Conseil d'Etat*. No seu acórdão *M.B.A.*, de 1-6-2015, referindo-se à impugnação de sanções disciplinares, o Conselho rejeitou a restrição do controlo ao erro manifesto de apreciação, afirmando que o juiz administrativo deve averiguar da proporcionalidade entre a infracção e a sanção. Tendo, aliás, o Conselho de Estado já exigido este tipo de controlo para as sanções disciplinares aplicadas aos funcionários, considerava-se uma “bizarria” que “o pleno controlo disciplinar, tendo franqueado a porta das escolas e dos quartéis, par[asse] no limiar das prisões”¹⁵⁶⁷.

4. A influência da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

As decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relacionadas com violações do artigo 13.º da Convenção (direito a um recurso efectivo) constituíram mais um impulso no sentido do alargamento das decisões administrativas sujeitas a controlo judicial.

¹⁵⁶⁵ Decisão n.º 2016-543 QPC, 24-5-2016, *Section française de l'observatoire international des prisons (Permis de visite et autorisation de téléphoner durant la détention provisoire)*.

¹⁵⁶⁶ São exemplos de *mesures d'ordre intérieur*, de insindicabilidade aceite pela jurisprudência, decisões administrativas como: a primeira afectação do recluso, logo seguida à condenação; a transferência para estabelecimento da mesma natureza ou de um estabelecimento de preventivos para um de condenados (cujo regime é mais favorável); a recusa de uma solicitação de transferência; a recusa de um pedido de trabalho (como resulta da já referida jurisprudência do Conselho de Estado, nos casos *Boussouar* e *Planchenault*).

¹⁵⁶⁷ Assim, A. BRETONNEAU/J. Lessi, «*Sanctions infligées aux agents publics*», p. 2434. O juiz administrativo não pode, porém, modificar a sanção aplicada pela administração – cf. M. HERZOG-EVANS, *Droit Pénitentiaire*, p. 1302. Sobre os vícios sindicáveis pelo juiz administrativo em matéria disciplinar, *idem, ibidem*, pp. 1302 ss.

Com efeito, o Tribunal Europeu considerou contrária ao artigo 13.º a insusceptibilidade de impugnação judicial de decisões de colocação e de manutenção em isolamento¹⁵⁶⁸, bem como dos actos de transferência frequente de estabelecimento e de realização sistemática de revistas corporais¹⁵⁶⁹. Considerou ainda contrária à exigência de efectividade do remédio a indisponibilidade de uma via que assegurasse, em tempo útil, a impugnação de uma sanção de internamento em cela disciplinar¹⁵⁷⁰.

O ordenamento francês foi-se progressivamente dotando de mecanismos de tutela, tanto de carácter preventivo como de carácter ressarcitório, aproximando-se assim da conformidade com os requisitos estabelecidos pela jurisprudência europeia.

Especificamente no que respeita às condições de detenção, a sua sindicabilidade pertence às jurisdições administrativas, a título de *fonctionnement administratif du service pénitentiaire*¹⁵⁷¹.

Na vertente preventiva, foram introduzidos, em 2000, meios processuais urgentes de natureza cautelar (denominados *référés*) no seio da justiça administrativa. Releva aqui especialmente referir o *référé-liberté*, que permite aos particulares, em caso de urgência justificada, obter do *juge des référés* “todas as medidas necessárias à salvaguarda de uma liberdade fundamental” que a administração tenha ameaçado de forma “grave e manifestamente ilegal”, devendo o juiz pronunciar-se no prazo de 48

¹⁵⁶⁸ *Ramírez Sánchez c. França*, Ac. do Pleno de 4-7-2006. No caso, o requerente, a cumprir pena de prisão perpétua por homicídio e indiciado em casos de terrorismo, tendo sido colocado e mantido durante vários anos em regime de isolamento, alegava a violação do art. 3.º da CEDH; o Tribunal, não tendo embora julgado violado o art. 3.º (por ter considerado justificada a aplicação da medida e adequadas as condições materiais concretas do regime de detenção), declarou violado o art. 13.º pela indisponibilidade de uma via de impugnação das decisões de manutenção em isolamento. Note-se que, à época dos factos, o *Conseil d'Etat* não tinha ainda proferido a decisão no caso *Remli*, no qual, como vimos, passou a considerar sindicáveis as decisões de colocação e manutenção em isolamento, em virtude dos seus efeitos sobre as condições de detenção.

¹⁵⁶⁹ *Khider c. França*, Ac. de 9-7-2009. No caso, o Tribunal declarou violado o artigo 13.º, conjugado com o artigo 3.º, por o queixoso, classificado como recluso de alta segurança e sujeito a um regime que incluía isolamento prolongado, numerosas mudanças de estabelecimento e revistas corporais completas sistemáticas, não ter tido a possibilidade de impugnar os dois últimos tipos de medidas. Os tribunais administrativos haviam recusado conhecer das impugnações das decisões de transferência e de revista; já quanto ao isolamento, o requerente tinha logrado obter a anulação da medida junto do tribunal administrativo, na sequência da citada jurisprudência do *Conseil d'Etat*, pelo que, quanto a este ponto, o TEDH não considerou violado o art. 13.º.

¹⁵⁷⁰ *Payet c. França*, Ac. de 20-1-2011. O TEDH considerou que não tinha sido assegurado o direito a um recurso efectivo no caso de um recluso que, tendo buscado junto dos tribunais administrativos tutela para as condições em que se encontrava detido em cela disciplinar (condições aliás reputadas pelo TEDH, no mesmo acórdão, desconformes com o artigo 3.º), apenas viu a questão apreciada depois de cessada a situação de detenção (uma vez que a impugnação das decisões disciplinares não tem efeito suspensivo e que, como condição prévia à impugnação judicial, cabe recurso hierárquico para o director inter-regional, que dispõe do prazo de um mês para decidir, o que pode pôr em causa o seu efeito útil).

¹⁵⁷¹ Como resulta da jurisprudência do Tribunal dos Conflitos (acórdão *Caillol*, já citado).

horas¹⁵⁷². Interessa igualmente mencionar o *référé conservatoire*, ou *référé mesures utiles*, que permite ao mesmo juiz, a título cautelar, tomar outras medidas necessárias previamente à decisão de fundo da causa¹⁵⁷³. A lei penitenciária de 2009 previu mesmo, especificamente, o direito dos reclusos de se dirigirem ao *juge des référés*, através do mecanismo do *référé-liberté*, sempre que sejam colocados em sector disciplinar, em confinamento ou em isolamento¹⁵⁷⁴.

A tutela célere proporcionada pelos *référés* é tanto mais importante quanto a lentidão da justiça administrativa vinha sendo reconhecida como inadequada à tutela efectiva de muitas das situações vividas em contexto prisional, sendo frequente a medida sindicada já se encontrar executada quando a jurisdição se pronunciava¹⁵⁷⁵.

Ainda no plano preventivo, refira-se que, em 2007, foi instituída a figura do *Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, entidade independente, não jurisdicional, encarregada de controlar as condições de detenção e transferência das pessoas privadas da liberdade, a fim de se assegurar do respeito pelos seus direitos fundamentais, sem prejuízo das atribuições legais das autoridades judiciais¹⁵⁷⁶.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem chegou a propender para considerar os *référés* aptos a propiciar tutela cautelar e urgente a posições jurídicas subjectivas dos reclusos¹⁵⁷⁷. Contudo, no recente acórdão *J.M.B. e outros*¹⁵⁷⁸, acabou por emitir um

¹⁵⁷² Art. L-521.º-2 do *Code de justice administrative*, introduzido pela Lei n.º 2000-597, de 30-6-2000.

¹⁵⁷³ Art. L-521.º-3 do *Code de justice administrative*, introduzido pela mesma Lei.

¹⁵⁷⁴ Cf. arts. 726.º e 726º-1 do *Code de procédure pénale*, na redacção dada pelos arts. 91.º e 92.º da lei penitenciária de 2009. Refira-se, com interesse, que o *Conseil Constitutionnel*, em sede de fiscalização da constitucionalidade do art. 91.º da lei penitenciária (preceito que remetia a regulação do regime disciplinar dos reclusos para decreto do Conselho de Estado), não se pronunciou pela inconstitucionalidade, por violação da reserva de lei, uma vez que o preceito continha os princípios fundamentais do regime disciplinar, incluindo o direito do recluso de se dirigir ao *juge des référés* (Decisão n.º 2009-593 DC, de 19-11-2009). A disponibilidade da via do *référé* pode constituir solução para o problema, censurado pelo TEDH no citado acórdão *Payet c. França*, da perda do efeito útil da impugnação das medidas disciplinares em consequência do efeito não suspensivo da impugnação e da exigência de prévio recurso hierárquico. Contudo, a própria via dos *référés* está sujeita aos pressupostos desse meio processual, nomeadamente a urgência e a dúvida séria sobre a legalidade da decisão ou a ameaça grave a uma liberdade fundamental, nos termos dos arts. 521.º-1 e 521.º-2 do *Code de justice administrative*. Sobre este ponto, P. PONCELA, «Discipline pénitentiaire...», pp.213 s.

¹⁵⁷⁵ Sobre esta questão, P. PONCELA, «L'isolement carcéral sous le contrôle des juridictions administratives et de la Cour européenne des droits de l'Homme», p. 391, e M. HERZOG-EVANS, *Droit Pénitentiaire*, p.242.

¹⁵⁷⁶ Art. 1.º da Lei n.º 2007-1545, de 30-10-2007, que instituiu o *Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, que funciona como mecanismo nacional de prevenção para efeitos do Protocolo Opcional à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura. Sobre a configuração legal da figura, sua missão, estatuto e poderes, M. MOLINER-DUBOST, «Le contrôleur général des lieux de privation de liberté», pp.84 ss.

¹⁵⁷⁷ Veja-se o Acórdão *Yengo c. França*, de 21-5-2015, § 68, onde o TEDH considerou que o *référé-liberté* teria passado a configurar “recurso efectivo” após uma evolução jurisprudencial da justiça administrativa francesa, nomeadamente a partir da *ordonnance* do *Conseil d'Etat* de 22-12-2012 (*Section*

juízo de insuficiência do mecanismo para cumprir as exigências do artigo 13.º da Convenção nos casos de condições de detenção contrárias ao artigo 3.º. Com efeito, apesar de reconhecer a evolução positiva verificada na jurisprudência administrativa francesa (com os *juges des référés* a decidirem celeremente e em conformidade com a jurisprudência do Tribunal Europeu relativa ao artigo 3.º da Convenção), o Tribunal concluiu que a tutela proporcionada naquele tipo de casos era ineficaz no plano prático, uma vez que os poderes de injunção do juiz têm um alcance limitado, não permitindo ordenar a resolução dos problemas estruturais do sistema prisional, e que as decisões judiciais favoráveis esbarram nas dificuldades de ordem prática e financeira enfrentadas

française de l'Observatoire international des prisons et autres) relativa à prisão dos Baumettes em Marselha. No caso em apreço, organizações de defesa dos direitos dos reclusos tinham-se dirigido aos tribunais administrativos, através do mecanismo do *référé-liberté*, requerendo a injunção da administração penitenciária à tomada de medidas urgentes para fazer cessar as graves carências de salubridade e segurança, conhecidas na sequência da publicação do relatório do *Contrôleur général des lieux de privation de liberté* relativo à sua inspecção ao *Centre pénitentiaire des Baumettes*. O Tribunal Administrativo de Marselha e, depois, o Conselho de Estado emitiram diversas injunções à administração penitenciária, incluindo garantir que todas as celas dispusessem de iluminação artificial e de janelas em bom estado de funcionamento, modificar o método de distribuição das refeições, assegurar a remoção de detritos e determinar, no prazo de dez dias, as medidas necessárias a assegurar a desinfestação do estabelecimento, abrangendo tanto uma solução de curto prazo para erradicar as pragas como uma redefinição do caderno de encargos do respectivo contrato. Para assim decidir, o Conselho afirmou que o direito à vida e o direito a não ser sujeito a tratamentos desumanos ou degradantes constituem liberdades fundamentais para efeitos do referido art. L-521.º-2 do *Code de justice administrative* e que as deficiências provadas criavam um perigo iminente para a vida das pessoas ou expunham-nas a um risco de tratamento desumano ou degradante, pelo que atentavam de forma grave e manifestamente ilegal contra aquelas liberdades fundamentais. Com argumentação semelhante, o Conselho de Estado, em outro caso, chamado a decidir em sede de *référé-liberté* um pedido de injunção à administração penitenciária, igualmente apresentado por associações representativas dos interesses dos reclusos, desta vez relativamente à prisão de Nîmes, ordenou à administração penitenciária que, no mais curto prazo possível, tomasse medidas aptas a garantir a segurança e a prevenção de riscos de incêndio, cuja necessidade havia sido identificada pelo departamento competente, a melhorar provisoriamente as condições de alojamento dos reclusos durante a noite, enquanto não existisse uma solução definitiva para o problema de sobrelotação, e a assegurar o acesso dos reclusos, com a regularidade suficiente, a roupa de cama e de banho lavada e a produtos para a limpeza e manutenção das celas (*ordonnance* do *Juge des référés* do *Conseil d'Etat*, 30-7-2015, *Section française de l'OIP et ordre des avocats au barreau de Nîmes*).

Em *Yengo*, o TEDH afirma que esta decisão do Conselho de Estado “indicia pela primeira vez que a via do *référé-liberté* (...) pode permitir ao juiz intervir em tempo útil com vista a fazer cessar as condições de detenção julgadas [pelo *Contrôleur général des lieux de privation de liberté*] contrárias à dignidade e ao artigo 3.º da Convenção”. Note-se, contudo, que o TEDH não emitiu nesse acórdão um juízo definitivo sobre a efectividade dos *référés* para efeitos do art. 13.º da CEDH; aliás, mais tarde, no *Ac. J.M.B. e outros c. França*, de 30-1-2020, como veremos de seguida no texto, veio a emitir um juízo negativo.

¹⁵⁷⁸ *J.M.B. e outros c. França*, *Ac.* de 30-1-2020, no qual o TEDH, por decisão unânime, declarou a violação dos arts. 3.º (devido às más condições de detenção e à sobrelotação) e 13.º (por insuficiente efectividade do remédio preventivo) da CEDH. O TEDH recomendou ao Estado francês a adopção de medidas de carácter geral com vista a melhorar as condições prisionais, que classificou como problema estrutural, e recomendou igualmente que a França pusesse em funcionamento um “recurso preventivo” apto a dar remédio às situações de violação de direitos e a impedir a sua continuação (§ 316).

pelas autoridades penitenciárias, impossibilitando a cessação de violações graves aos direitos convencionais¹⁵⁷⁹.

No plano ressarcitório, quem tenha sofrido condições de detenção indignas ou violadoras dos seus direitos pode pedir uma indemnização ao Estado francês, através de um *recours en responsabilité*, com base no artigo 22.º da lei penitenciária, preceito que garante aos reclusos o respeito pela sua dignidade e pelos seus direitos¹⁵⁸⁰. Este mecanismo, complementado pela previsão de um *référé-provision*¹⁵⁸¹, que oferece uma via célere para a obtenção de indemnização, mediante uma antecipação do seu pagamento, parece ter sido considerado pelo TEDH, em princípio, um meio efectivo de natureza compensatória¹⁵⁸².

As consequências do acórdão *J.M.B.* não se fizeram esperar. Com efeito, meses depois, uma decisão da *Cour de Cassation* e outra do Conselho Constitucional (chamado a intervir por aquela) deram um passo que pode considerar-se revolucionário.

Apreciando um recurso de uma decisão que confirmara a rejeição do pedido de colocação em liberdade do arguido, com base nas condições alegadamente contrárias ao

¹⁵⁷⁹ §§ 215 ss. do acórdão em análise. O Tribunal afirma que, “se o *référé-liberté* parece oferecer um quadro jurídico teórico sólido para julgar as ofensas graves aos direitos dos reclusos, não pode porém ser considerado o recurso preventivo exigido pelo Tribunal” (§ 220).

¹⁵⁸⁰ Como exemplos de condenações do Estado francês a indemnizar reclusos a título de responsabilidade resultante de não terem sido asseguradas condições de detenção compatíveis com o respeito pela dignidade da pessoa humana, veja-se o acórdão comentado por Martine HERZOG-EVANS, «Le juge administratif qualifie de contraires à la dignité humaine les conditions de détention d’une maison d’arrêt, note sous Tribunal Administratif de Rouen (1^{re} Chambre), 27 mars 2008», pp. 1959 ss., bem como vários outros coligidos pelo TEDH na decisão proferida em *Lienhardt c. França*, de 13-9-2011. O *Conseil d’Etat* tem vindo, na sua jurisprudência sobre a matéria, a especificar os critérios e a alargar o âmbito da responsabilidade do Estado por condições de detenção atentatórias da dignidade humana. De acordo com essa evolução jurisprudencial, constituem critérios para aferição do carácter contrário à dignidade humana das condições de detenção as características pessoais do recluso, incluindo idade, estado de saúde, eventual incapacidade e personalidade (para aferir da sua concreta vulnerabilidade), a natureza e duração das deficiências verificadas e os motivos susceptíveis de as justificar (tendo em conta as exigências de ordem e segurança). Resultando demonstrada, a indignidade das condições de detenção é apta a produzir um dano moral para a pessoa a elas sujeita. Neste sentido, designadamente, os acórdãos *M.T.*, de 6-12-2013, *M.L.*, de 5-6-2015, e *M.C.*, de 13-1-2017. Desenvolvidamente sobre estes critérios, em anotação ao acórdão ultimamente citado e a um conjunto de outros em sentido idêntico proferidos na mesma data, Julia SCHMITZ, «Responsabilité de l’État en raison de conditions de détention», pp. 638 ss., dando igualmente nota das limitações subsistentes à responsabilidade, como a tomada em consideração das dificuldades encontradas pela administração e das diligências tomadas por esta e a exigência de um certo grau de gravidade da afectação da dignidade; igualmente sobre a evolução jurisprudencial na matéria, Isabelle de Silva, «La rénovation du régime de responsabilité de l’État du fait des services pénitentiaires», pp. 416 ss., afirmando que “não pode já falar-se de irresponsabilidade do Estado em matéria penitenciária” (p. 416).

¹⁵⁸¹ Art. R541.º-1 do *Code de justice administrative*. Exemplos de decisões judiciais em sede de *référé provision* podem encontrar-se em M. HERZOG-EVANS, *Droit Pénitentiaire*, p. 1335.

¹⁵⁸² Ac. *Yengo c. França*, § 56. Cf., no mesmo sentido, a decisão *Lienhardt c. França*. O recente Ac. *J.M.B. e outros*, já citado, não pôs em causa esse juízo.

artigo 3.º da CEDH em que se executava a prisão preventiva (espaço individual inferior a 4 m², falta de privacidade e de segurança, tudo em consequência da sobrelotação do estabelecimento), a *Cour de Cassation* suscitou junto do Conselho Constitucional a questão da eventual inconstitucionalidade das normas do *Code de procédure pénale* segundo as quais a decisão do juiz de colocação ou manutenção em prisão preventiva é tomada em função das exigências do processo e de ordem pública, da razoabilidade da duração da medida e, em certos casos, do estado de saúde do arguido, por não preverem que o juiz possa pôr termo a situações contrárias à dignidade do preso em resultado das condições materiais de detenção¹⁵⁸³. Porém, tendo em conta a urgência, por se tratar de pessoa privada da liberdade, a *Cour de Cassation* decidiu não aguardar a decisão de constitucionalidade e exercer o controlo de convencionalidade, que todos os juízes nacionais estão encarregados de realizar¹⁵⁸⁴.

Afirmou aquele tribunal superior que aos juízes nacionais, encarregados de aplicar a Convenção, compete ter em conta a decisão do TEDH que condenou a França pela ausência de mecanismo preventivo apto a pôr fim a uma situação de privação da liberdade em condições indignas, sem aguardar por uma eventual modificação da lei ou de regulamentos por parte do Parlamento ou do Governo. Enquanto guardiães da liberdade individual, cabe-lhes zelar para que a prisão (no caso, a prisão preventiva) seja executada em condições que respeitem a dignidade humana e garantir às pessoas colocadas em tal situação um recurso efectivo apto a pôr termo a violações do artigo 3.º da CEDH.

Decidiu, por conseguinte, que compete aos juízes dos tribunais judiciais verificar as alegações de condições indignas e, quando estas resultem provadas, sem que lhes tenha sido dado remédio, ordenar a libertação do arguido, impondo-lhe, se for o caso, outra medida de coacção.

Por sua vez, o Conselho Constitucional, decidindo a questão de constitucionalidade que lhe fora dirigida¹⁵⁸⁵, estabeleceu que decorre da Constituição

¹⁵⁸³ Acórdão n.º 1434, de 8-7-2020 (*Chambre criminelle*). A *question prioritaire de constitutionnalité* foi formulada da seguinte forma: «*Les dispositions des articles 137-3, 144 et 144-1 du code de procédure pénale, en ce qu'elles ne prévoient pas, contrairement à la recommandation faite par la Cour européenne des droits de l'homme à la France dans son arrêt du 30 janvier 2020, que le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention puisse, de manière effective, redresser la situation dont sont victimes les détenus dont les conditions d'incarcération constituent un traitement inhumain et dégradant afin d'empêcher la continuation de la violation alléguée devant lui, portent-elles atteinte au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, au principe constitutionnel nouveau qui en découle d'interdiction des traitements inhumains et dégradants ainsi qu'à la liberté individuelle, le droit au respect de la vie privée, le droit au recours effectif?*».

¹⁵⁸⁴ Acórdão n.º 1400, de 8-7-2020 (*Chambre criminelle*).

¹⁵⁸⁵ Decisão n.º 2020-858/859 QPC, de 2-10-2020.

que às autoridades judiciárias e administrativas compete zelar para que a privação da liberdade das pessoas colocadas em prisão preventiva seja executada no respeito pela dignidade da pessoa humana, prevenir e reprimir os actos contrários àquela dignidade e ordenar a reparação dos danos sofridos; e que ao legislador cabe a obrigação de garantir às pessoas em prisão preventiva a possibilidade de se dirigirem ao juiz pedindo que seja posto fim a condições de detenção contrárias à dignidade da pessoa humana. Considerando que a figura do *référé* não garante, em todas as circunstâncias, a cessação de situações de detenção contrárias à dignidade da pessoa humana (uma vez que o cumprimento da decisão do juiz fica dependente da possibilidade prática da administração de as cumprir em tempo útil) e que o *Code de procédure pénale* apenas prevê a libertação do arguido com fundamento em excesso de duração da prisão preventiva, em alteração das exigências cautelares que lhe deram origem ou em problemas de saúde incompatíveis com a prisão, o Conselho concluiu que não existe qualquer recurso perante o juiz dos tribunais judiciais que permita ao arguido obter uma decisão que ponha fim à execução da prisão preventiva em condições atentatórias da dignidade humana.

Declarou, assim, inconstitucionais as normas processuais penais em causa, diferindo, porém, os efeitos desta decisão para 1 de Março de 2021.

Esta jurisprudência debruçou-se somente sobre as situações de prisão preventiva; porém, a sua extensão a situações de cumprimento de pena parece estar à distância de um curto passo¹⁵⁸⁶.

5. Apreciação

Pode afirmar-se que, no ordenamento francês, os três momentos essenciais do processo penal – instrução, julgamento e execução – estão atribuídos a autoridades judiciais distintas¹⁵⁸⁷.

¹⁵⁸⁶ Com efeito, está já em apreciação no *Conseil Constitutionnel* uma *question prioritaire de constitutionnalité*, suscitada pelo *Conseil d'Etat*, mais uma vez por iniciativa da *Section française de l'observatoire international des prisons*, a qual incide sobre a constitucionalidade dos artigos do *Code de procédure pénale* relativos à execução da pena de prisão (arts. 707.º, 720.º-1, 720.º-1-1, 723.º-1, 723.º-7 e 729.º), na parte em que não prevêem a possibilidade de o juiz de execução retirar consequências de situações de execução da pena em condições contrárias à dignidade da pessoa humana, pondo-lhes termo através de uma medida de flexibilização (Decisão de 27-1-2021, Proc. n.º 445873, que deu origem ao Proc. n.º 2021-898 QPC no Conselho Constitucional).

¹⁵⁸⁷ Assim, BACHS I ESTANY, «El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural», pp. 127 ss.

Os poderes do *juge de l'application des peines* são reconhecidamente jurisdicionais, competindo-lhe conhecer das questões relativas “à natureza e limites da pena” e integrando-se na jurisdição judicial.

Contudo, ao contrário do que vimos suceder com os juízes português, espanhol e italiano, o *juge de l'application des peines* não cumula aquelas funções com as de *vigilância* sobre o modo como são executadas as penas privativas da liberdade e de controlo da legalidade da actuação da administração penitenciária. Este controlo compete à jurisdição administrativa¹⁵⁸⁸.

Assim, em França, é ao juiz administrativo que compete o controlo da legalidade das decisões da administração prisional, sindicando as restrições à esfera de liberdade dos reclusos, a proporcionalidade das medidas da administração penitenciária, o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais e a responsabilidade da administração, incluindo a responsabilidade por condições de detenção atentatórias da dignidade humana. O controlo do juiz administrativo incide tanto sobre as decisões individuais da administração como sobre as medidas de carácter regulamentar (regulamentos, circulares)¹⁵⁸⁹. Pode, pois, afirmar-se – apesar das insuficiências que subsistem¹⁵⁹⁰ – que “a evolução da jurisprudência administrativa se baseia na ideia incontestável de que a existência de direitos garantidos implica a de um controlo jurisdicional como condição do respeito dessa garantia”¹⁵⁹¹. O juiz administrativo torna-se, assim, “guardião concreto dos *standards* necessários a uma detenção digna e introduz-se mais directamente no interior dos muros”, sem porém se substituir à administração, demonstrando que “toda a administração, tanto fora como dentro de muros, deve

¹⁵⁸⁸ Criticando a não assunção de competências por parte dos tribunais judiciais no que respeita a condições materiais de detenção e defendendo que a competência destes tribunais quanto à “natureza e limites” das penas aplicadas poderia interpretar-se como abrangendo também as condições materiais em que estas são executadas, nomeadamente quando configurem tratamentos desumanos e degradantes, Anne SIMON, «France: les réticences du juge judiciaire face aux conditions matérielles de détention», p. 154.

¹⁵⁸⁹ C. VIGOUROUX, «La valeur de la justice en détention», p. 405, com exemplos de jurisprudência de controlo da legalidade de regulamentos e circulares sobre matérias como o isolamento, as “rotações de segurança” (transferências frequentes) e a organização das consultas hospitalares dos reclusos.

¹⁵⁹⁰ Acentuando tais insuficiências, nomeadamente a persistência da categoria das *mesures d'ordre intérieur* e as limitações dos *recours en référé*, M. HERZOG-EVANS, *Droit Pénitentiaire*, p. 104. A Autora refere ainda a morosidade (de meses ou mesmo anos) do controlo realizado pelos tribunais administrativos, que o torna inadequado à resolução eficaz de situações individuais (*ibidem*, p. 242), e critica também o facto de se tratar de um processo essencialmente escrito (*ibidem*, p. 1310); considera que o mecanismo dos *référés* não é verdadeiramente acessível aos reclusos, devido à interpretação restrita que é feita dos seus pressupostos, nomeadamente da urgência ou da afectação de uma liberdade fundamental (*ibidem*, pp. 1336 ss., com exemplos).

¹⁵⁹¹ M. GUYOMAR, «La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif», p. 415.

justificar as suas escolhas e as restrições que opera e dar ao juiz os meios do controlo que ele exerce ‘em nome do povo francês’”¹⁵⁹².

Por seu turno, os tribunais judiciais, de acordo com a jurisprudência mais recente, parecem ganhar competência para verificar a dignidade das condições de detenção e para lhes dar remédio – aguardando-se uma evolução legislativa a este respeito a breve trecho, de acordo com o prazo estabelecido pelo Conselho Constitucional.

Na expressão de Pierrette Poncela, hoje “o direito penitenciário é um direito jurisdicionalizado”¹⁵⁹³, uma vez que os controlos exercidos pela jurisdição judicial e pela jurisdição administrativa se multiplicaram e os reclusos podem dirigir-se aos tribunais para a solução de grande parte dos diferendos relativos aos seus direitos.

¹⁵⁹² C. VIGOUROUX, «La valeur de la justice en détention», p. 405.

¹⁵⁹³ P. PONCELA, «La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009», p. 191.

CAP. IV – ALEMANHA

Wenn gesagt wurde, daß man den Stand der Zivilisation einer Gesellschaft bei einem Blick in ihre Gefängnisse erkenne, so ist dieser Satz wohl noch dahingehend weiter zu spezifizieren, daß ein Blick auf die Rechtstellung des Gefangenen und seine Möglichkeiten einer wirksamen Rechtskontrolle den Entwicklungsstand eines Strafvollzugswesens in besonderem Maße widerspiegelt. Der deutsche Strafvollzug hat in dieser Hinsicht seit 1976 Fortschritte gemacht, jedoch bleibt die weitere Reform in Gesetzgebung und Praxis eine permanente Aufgabe.

Frieder DÜNKEL, «Die Rechtsstellung von Strafgefangenen und Möglichkeiten der rechtlichen Kontrolle von Vollzugsentscheidungen in Deutschland», p. 538

1. A tutela judicial oferecida pela *Strafvollzugsgesetz*

A lei alemã de execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade data de 1977¹⁵⁹⁴, inserindo-se no amplo movimento legislativo sobre a matéria na década de setenta do século XX em que se incluem as leis portuguesa, espanhola e italiana já analisadas.

A sua aprovação foi precipitada pelo célebre acórdão do Tribunal Constitucional Federal, de 14-3-1972, que determinou que as limitações dos direitos fundamentais dos reclusos só podiam ser estabelecidas por lei ou com base numa lei e quando indispensáveis para a manutenção da ordem ou da segurança do estabelecimento¹⁵⁹⁵.

¹⁵⁹⁴ *Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung – Strafvollzugsgesetz (StVollzG)*, aprovada pela Lei de 16-3-1976 (*Bundesgesetzblatt*, Teil I, n.º 28, 20-3-1976, pp. 581 ss.) e modificada, por último, pela Lei de 9-12-2019 (*Bundesgesetzblatt*, Teil I, n.º 47, 16-12-2019, pp. 2146 ss.). Os diplomas legais citados no presente capítulo são acessíveis no sítio do Ministério da Justiça Federal, em www.gesetze-im-internet.de. Para uma descrição geral do regime instituído pela lei de 1977, DÜNKEL/Rössner/Schüler-Springorum, «L'évolution du traitement pénitentiaire en Allemagne», pp. 9 ss. É de assinalar que, no contexto da estrutura federal do Estado alemão, apesar da legislação federal unificada sobre a execução, muitas decisões essenciais relativas ao desenvolvimento da execução, nomeadamente à estrutura dos serviços, ao financiamento do sistema e aos recursos materiais e humanos, eram tomadas ao nível dos *Länder*, pelo que se foram desenvolvendo, pelo menos em domínios parciais, vários sistemas de execução, com diferenças significativas entre os vários estados federados nas condições de detenção dos reclusos (sobre este ponto, DÜNKEL, «Die Rechtsstellung von Strafgefangenen...», p. 534). A partir de 2007, os *Länder* assumiram a competência legislativa em matéria penitenciária e aprovaram as suas próprias leis de execução. Estas mantiveram uma estrutura próxima da da lei federal de 1977, nomeadamente no que respeita aos princípios fundamentais e às finalidades da execução (sobre o ponto, DÜNKEL, «Le système pénitentiaire allemand», pp. 5 ss.).

¹⁵⁹⁵ Na origem do acórdão esteve uma queixa constitucional apresentada por um recluso contra a apreensão da sua correspondência pela administração do estabelecimento, com fundamento no facto de nela o recluso expressar opiniões consideradas ofensivas relativamente ao pessoal da prisão. Estava, pois, em causa a liberdade de expressão e opinião e o direito ao sigilo da correspondência, restringidos por via

Este acórdão marcou o abandono da figura das “relações especiais de poder” e a entrada das garantias constitucionais no mundo prisional¹⁵⁹⁶.

A tutela jurisdicional perante as decisões da administração penitenciária relativas à execução das penas é assegurada por câmaras especializadas dos tribunais estaduais de grande instância – *Strafvollstreckungskammern* –, criadas em 1975¹⁵⁹⁷, inicialmente com competência em matéria de *Strafvollstreckung* e, a partir da entrada em vigor da lei de execução de 1977, também em matéria de *Strafvollzug*¹⁵⁹⁸.

As razões pelas quais “uma execução moderna e orientada para a ressocialização necessita de um tribunal especializado” são indicadas por Günter Blau, em 1971, perante o projecto de *Strafvollzugsgesetz*, como razões de legalidade num Estado de direito, considerando que as modificações da pena por exigências de tratamento e de ressocialização, próprias de um direito penal moderno, deviam competir a um juiz; e

de um controlo do correio baseado em disposições de carácter administrativo, quando a *Grundgesetz* (arts. 5.º, n.º 2, e 10.º, n.º 2) exigia lei geral para as restrições àqueles direitos. O Tribunal declarou que *auch die Grundrechte von Strafgefangenen können nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden* (p. 357), assim fazendo entrar o princípio da legalidade no âmbito da execução da pena; em consequência, não só deve caber a uma lei formal o estabelecimento das restrições aos direitos fundamentais dos reclusos, com fundamento nas exigências de ordem e segurança do estabelecimento e de realização das finalidades da execução, mas também ficam tais restrições subordinadas aos demais princípios a que a Constituição sujeita, em geral, as restrições de direitos fundamentais. Até então, apesar da entrada em vigor da *Grundgesetz*, não era tida por exigida uma lei de execução, mantendo-se o recurso à figura das relações especiais de poder (*besondere Gewaltverhältnisse*), categoria que, neste acórdão, o Tribunal afirmou deixar os direitos fundamentais dos reclusos numa “incerteza intolerável” (p. 358).

¹⁵⁹⁶ Até então – e embora já há muito se tivesse assinalado a necessidade de aprovação de uma lei de execução (cf., nomeadamente, FREUDENTHAL, «Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis des öffentlichen Recht», p. 230) –, a execução era regulada por um diploma de carácter administrativo, a *Dienst- und Vollzugsordnung (DVollzO)*, de 1961. Em 1967, foi nomeada uma comissão federal encarregada de elaborar um projecto de lei de execução, que foi entregue em 1971. O projecto mantinha na administração a responsabilidade pela execução, mas previa que as decisões do director do estabelecimento fossem impugnáveis para a câmara de execução das penas competente, sendo as decisões deste tribunal, por sua vez, susceptíveis de recurso de apelação. O acórdão do Tribunal Constitucional Federal em referência estabeleceu um período transitório em que as ingerências nos direitos fundamentais sem base legal poderiam manter-se até que o legislador aprovasse uma lei da execução que estabelecesse os limites das ingerências; a *Strafvollzugsgesetz* entrou em vigor em 1-1-1977, no limite do prazo concedido pelo Tribunal. Mais pormenorizadamente sobre este percurso histórico, J. BAUMANN, «Les problèmes actuels posés par la réforme pénitentiaire de 1973 en République fédérale d’Allemagne», pp. 23 ss., e E. NIEBLER, «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug», pp. 1567 ss.

¹⁵⁹⁷ Actualmente previstas pelos arts. 78.ºa e 78.ºb da *Gerichtsverfassungsgesetz*.

¹⁵⁹⁸ Sobre a distinção entre *Strafvollzug* e *Strafvollstreckung*, já aflorada *supra*, n. 576, Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal*, p. 38, e KAISER/Kerner/Schöch, *Strafvollzug*, pp. 1 ss. e 16. Assim, *Strafvollstreckungsrecht* compreende as normas tendentes a assegurar a execução da sentença condenatória e *Strafvollzug* é o modo como as sanções penais privativas da liberdade são levadas a cabo, desde o ingresso do condenado no estabelecimento até à sua libertação. *Strafvollzugsrecht* refere-se, consequentemente, ao conjunto de normas jurídicas que regulam a execução das sanções criminais privativas da liberdade. Defende-se que a *Strafvollstreckungskammer*, por se ocupar de ambas aquelas dimensões, seria mais rigorosamente designada como *Vollzugs- und Vollstreckungsgericht* (assim, KAISER/Kerner/Schöch, *Strafvollzug*, p. 212). As *Strafvollstreckungskammern* têm também competência em matéria de execução das medidas de segurança.

que, por outro lado, uma execução moderna, com intervenção de diversas disciplinas sobre o recluso, exige controlo judicial, para que a ressocialização não seja procurada a qualquer preço e não resulte numa afectação da esfera jurídica dos condenados, o que só o jurista é apto a garantir; além disso, só um tribunal especializado poderia dispor da necessária proximidade com a execução¹⁵⁹⁹.

As *Strafvollstreckungskammern* são competentes para a tomada de decisões relativas à execução da pena, nomeadamente em matéria de liberdade condicional¹⁶⁰⁰, e para a decisão de queixas contra actos ou omissões da administração prisional¹⁶⁰¹.

É este último conjunto de competências que nos importa analisar.

A Constituição Federal prevê o direito à tutela judicial perante actos dos poderes públicos que afectem os direitos dos cidadãos (artigo 19.º, § 4 da *Grundgesetz*)¹⁶⁰². Trata-se de um direito fundamental que vale para os condenados em pena de prisão, sem restrições¹⁶⁰³.

Dando concretização a este direito fundamental¹⁶⁰⁴, a *Strafvollzugsgesetz* regula, nos artigos 109.º e seguintes, os mecanismos de tutela perante a administração prisional¹⁶⁰⁵.

Assim, o artigo 109.º assegura o direito de impugnar judicialmente “medidas”¹⁶⁰⁶ da administração prisional tomadas no âmbito da execução da pena, bem

¹⁵⁹⁹ Günter BLAU, «Die Mitwirkung des Richters beim Vollzug», p. 76 s. O Autor indica aí também, em favor da instituição de um tribunal especializado, razões ligadas à política criminal: as relações que o juiz estabelecerá com os juízes dos tribunais criminais, o Ministério Público e a administração prisional promoveriam que o novo direito penal fosse aplicado em linha com as intenções do legislador.

¹⁶⁰⁰ Arts. 449.º ss. da *Strafprozeßordnung*. As decisões no âmbito da *Strafvollstreckung* incluem a resolução de dúvidas sobre a interpretação da sentença, sobre o cômputo da pena ou sobre circunstâncias que possam obstar à execução (art. 458.º).

¹⁶⁰¹ Arts. 109.º ss. da *Strafvollzugsgesetz*.

¹⁶⁰² Segundo HOFFMEYER, *Grundrechte im Strafvollzug*, p. 244, este preceito consagra um direito subjectivo a uma protecção jurídica processual individual sem lacunas.

¹⁶⁰³ KAISER/Kerner/Schöch, *Strafvollzug*, p. 206. Já antes da aprovação da lei de execução, no sentido de decorrer deste preceito constitucional o princípio de que o recluso deveria ter a possibilidade de defender directamente todos os seus direitos contra actos da administração prisional, não apenas mediante recursos internos mas também perante um tribunal independente, TIEDEMANN, «La protection des droits des détenus», p. 492.

¹⁶⁰⁴ Para HOFFMEYER, *Grundrechte im Strafvollzug*, p. 243, a afirmação segundo a qual o direito fundamental do art. 19.º, § 4, da Constituição vale também para os condenados encontra reconhecimento, de modo praticamente ilimitado, na lei de execução e é assegurada, no plano processual, de modo suficiente, pelos seus arts. 109.º ss.

¹⁶⁰⁵ Note-se que a matéria da tutela jurisdicional dos reclusos não foi abrangida pela aludida reforma da repartição de competência legislativa entre o Estado federal e os estados federados, uma vez que se trata não propriamente de matéria “penitenciária” mas de organização e processo dos tribunais, que se manteve competência federal. Assim, os arts. 109.º ss. mantêm-se em vigor. Sobre este ponto, DÜNKEL, «Le système pénitentiaire allemand», p. 15.

¹⁶⁰⁶ *Maßnahme*, abrangendo o conceito não só actos administrativos mas também actuações materiais (como a distribuição de refeições ou o controlo das celas) que constituam ingerência na posição jurídica

como de requerer a condenação daquela à prática de actos recusados ou omitidos. Exige-se que o requerente alegue, fundadamente, que a medida tomada, recusada ou omitida afectou os seus direitos¹⁶⁰⁷.

O requerimento não tem efeito suspensivo; o tribunal pode, porém, suspender a eficácia da medida se se verificar perigo de que a realização do direito em causa resulte frustrada ou dificultada e se não se opuser à suspensão um interesse preponderante. Pode ainda emitir outros tipos de providências cautelares. As decisões de suspender a eficácia ou de ordenar medidas cautelares não são susceptíveis de recurso e podem ser alteradas a qualquer momento pelo tribunal¹⁶⁰⁸.

São partes no processo jurisdicional o requerente e a administração prisional¹⁶⁰⁹. Embora a lei não o preveja especificamente, a jurisprudência e a doutrina têm entendido que, além dos reclusos, tem legitimidade para impugnar decisões ou requerer a condenação da administração quem seja prejudicado pelas acções ou omissões desta, nomeadamente visitantes (por exemplo, relativamente a uma recusa de um pedido de visita), advogados (exemplificativamente, contra decisões que restrinjam ou condicionem o acesso ou contra decisão de sujeição a revista corporal), membros de organizações representativas dos direitos dos reclusos (relativamente a decisões que impeçam ou dificultem a sua actividade) ou remetentes ou destinatários de correspondência (contra decisões de retenção desta)¹⁶¹⁰.

de um recluso – cf. KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, p. 8; anotação de M. Schuler ao art. 109.º, in SCHWIND/Böhm, *Strafvollzugsgesetz*, pp. 774 ss.; CALLIESS/Müller-Dietz, *Strafvollzugsgesetz*, pp.529 ss., todos com exemplos jurisprudenciais.

¹⁶⁰⁷ Art. 109.º, n.º 2. Assim, os reclusos somente podem requerer o controlo judicial de medidas que lhe digam concretamente respeito, já não de regulamentos ou outras disposições administrativas de carácter geral, relacionados com a execução ou com um estabelecimento – estes são impugnáveis no quadro do contencioso administrativo (assim, DÜNKEL, «Die Rechtsstellung...», p. 522; KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, p. 8). Os direitos cuja afectação admite o acesso à via judiciária abrangem direitos fundamentais, direitos previstos na lei penitenciária e ainda o direito a um exercício de poderes discricionários isento de vícios (KAISER/Kerner/Schöch, *Strafvollzug*, p. 215). Para a admissibilidade do requerimento, não se exige que o requerente tenha sido de facto afectado no seu direito, mas apenas que alegue essa afectação, apresentando factos que pelo menos tornem provável a sua verificação (anotação de M. Schuler ao art. 109.º, in SCHWIND/Böhm, *Strafvollzugsgesetz*, p. 784; CALLIESS/Müller-Dietz, *Strafvollzugsgesetz*, p. 536).

¹⁶⁰⁸ Art. 114.º da *Strafvollzugsgesetz*. Por força deste artigo, é correspondentemente aplicável o art. 123.º, relativo às medidas cautelares, da lei que rege os tribunais administrativos (*Verwaltungsgerichtsordnung*).

¹⁶⁰⁹ Art. 111.º da *Strafvollzugsgesetz*.

¹⁶¹⁰ Exemplos fornecidos por KAISER/Kerner/Schöch, *Strafvollzug*, p. 216, e M. Schuler, em anotação ao art. 109.º, in SCHWIND/Böhm, *Strafvollzugsgesetz*, p. 782; sobre a questão também KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, p. 9. A lei não prevê a legitimidade de organizações não-governamentais de defesa dos direitos dos reclusos (uma espécie de “acção popular”), que poderia contribuir para compensar as dificuldades habitualmente sentidas por aqueles em fazer valer os seus direitos (sobre o ponto, KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, p. 14).

A decisão não é precedida da realização de audiência, sem prejuízo da audição do requerente, oral ou por escrito¹⁶¹¹.

Relativamente aos poderes de decisão do tribunal, a lei dispõe que, se a decisão da administração for julgada ilegal e o requerente tiver sido prejudicado nos seus direitos, o tribunal anula a decisão. Se esta já tiver sido executada, o tribunal pode determinar a reposição da situação anterior, indicando o modo como a administração deve fazê-lo¹⁶¹². No caso de a medida ter sido entretanto revogada ou de outro modo já tiverem cessado os seus efeitos, o tribunal pode, ainda assim, declarar a ilegalidade da medida, se o requerente nisso tiver um interesse justificado¹⁶¹³. Quanto aos casos de recusa ou omissão, se verificar a sua ilegalidade e os direitos do requerente tiverem sido lesados, o tribunal ordena que a administração leve a cabo a acção recusada ou omitida¹⁶¹⁴.

Nas situações em que a administração disponha de poderes discricionários ou de margem de livre decisão, o tribunal não pode substituir a sua decisão à daquela, devendo limitar-se a aferir se se verificou abuso do poder discricionário, erro ou desvio de poder; nesses casos, ordena à administração que leve a cabo a acção de acordo com as vinculações fixadas¹⁶¹⁵. Só nos casos de “discricionariedade reduzida a zero”, ou seja, quando existe somente uma decisão possível no exercício do poder discricionário é que o tribunal pode logo determinar a acção a tomar¹⁶¹⁶.

¹⁶¹¹ Art. 115.º, n.ºs 1 e 1a, podendo o tribunal ordenar a audição do requerente por videoconferência, a partir do estabelecimento prisional. Anteriormente ao aditamento desta possibilidade pelo legislador, a não previsão da possibilidade de audição oral do requerente era criticada pela doutrina (v.g., HOFFMEYER, *Grundrechte im Strafvollzug*, p. 244; sobre o ponto, KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, p. 15). Ainda assim, o facto de a audição presencial ser facultativa, e raramente realizada na prática, é visto como desvantajoso do ponto de vista da tutela do requerente (DÜNKEL, «Le système pénitentiaire allemand», p. 16).

¹⁶¹² Art. 115.º, n.º 2.

¹⁶¹³ Art. 115.º, n.º 3. Tal interesse pode existir, nomeadamente, se se verificar um perigo concreto de repetição da ilegalidade, se for necessário para a reabilitação do recluso ou se este pretender intentar acção de responsabilidade contra o Estado (assim DÜNKEL, «Die Rechtsstellung...», p. 525, e KAISER/Kerner/Schöch, *Strafvollzug*, p. 220).

¹⁶¹⁴ Art. 115.º, n.º 4.

¹⁶¹⁵ Arts. 115.º, n.º 4, parte final, e n.º 5. Sobre este ponto, KAISER/Kerner/Schöch, *Strafvollzug*, p. 221 e DÜNKEL, «Die Rechtsstellung...», p. 524. Como observa o último Autor, esta contenção da jurisprudência funda-se no facto de estarem tipicamente em causa, em tais situações, juízos de prognose, que o estabelecimento está em melhores condições de formular devido ao seu maior conhecimento dos reclusos. Contudo, o mesmo Autor nota, criticamente, que, enquanto na jurisprudência dos tribunais superiores da ordem administrativa se verifica uma tendência para estreitar a margem de livre decisão administrativa, na execução da pena essa margem tem sido alargada, o que o leva a concluir que o problema da protecção jurídica na execução não reside tanto em défices de garantia de acesso aos tribunais (*Rechtsweggarantie*) mas mais na formulação da posição jurídica dos reclusos, que pode ter como consequência a restrição do âmbito do controlo judicial. Também KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, p. 17, observa que o argumento da maior proximidade da administração em relação à realidade prisional contraria a concepção das *Strafvollstreckungskammern* como tribunais de proximidade.

¹⁶¹⁶ DÜNKEL, «Die Rechtsstellung...», p. 523.

Em caso de não cumprimento, por parte da administração, da medida cautelar decretada ou da decisão da causa, são aplicáveis os meios de execução coerciva vigentes para o processo nos tribunais administrativos, nomeadamente a aplicação de sanção pecuniária compulsória¹⁶¹⁷.

As decisões da *Strafvollstreckungskammer* são passíveis de recurso em matéria de direito para o tribunal superior, com fundamento em ilegalidade, quando necessário para o desenvolvimento ou uniformização de jurisprudência¹⁶¹⁸. A legitimidade para recorrer pertence tanto ao requerente como à administração prisional¹⁶¹⁹.

2. A tutela pelo Tribunal Constitucional Federal

Quando esteja em causa a afectação de direitos fundamentais de nível constitucional, os cidadãos afectados têm ainda ao dispor, esgotados os recursos ordinários acabados de descrever¹⁶²⁰, a via da queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) perante o Tribunal Constitucional Federal¹⁶²¹.

Através deste mecanismo, o Tribunal teve já oportunidade de se debruçar sobre os mais diversos problemas relacionados com a execução da pena¹⁶²², desempenhando

¹⁶¹⁷ Cf. a remissão do art. 120.º da *Strafvollzugsgesetz* para o art. 172.º da lei que regula os tribunais administrativos (*Verwaltungsgerichtsordnung*). Esta remissão não constava da versão originária da *StVollzG*. A ausência de previsão de um mecanismo de execução coerciva conduzia a que nem sempre as autoridades penitenciárias dessem cumprimento às decisões judiciais, segundo informa DÜNKEL, «Die Rechtsstellung...», p. 527. Para fazer face a tal défice, KAISER/Kerner/Schöch, *Strafvollzug*, p. 222, preconizavam uma alteração legislativa nos termos em que veio a ser feita, defendendo, entretanto, como possíveis soluções a aplicação analógica das normas do processo administrativo ou, alternativamente, a apresentação pelo recluso de um pedido de condenação da administração com base na omissão, ao abrigo do art. 113.º.

¹⁶¹⁸ Cf. arts. 116.º e 117.º da *Strafvollzugsgesetz* e 121.º, n.º 1, § 3, da *Gerichtsverfassungsgesetz*. O caso pode ainda ser submetido ao *Bundesgerichtshof*, se a decisão do *Oberlandesgericht* estiver em contradição com decisão de outro *Oberlandesgericht* ou do *Bundesgerichtshof* (cf. art. 121.º, n.º 2, da *Gerichtsverfassungsgesetz*).

¹⁶¹⁹ KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, p. 11.

¹⁶²⁰ Prescinde-se deste esgotamento quando a questão se revista de importância geral ou quando a exigência do prévio recurso às vias judiciais possa causar ao requerente prejuízo grave e ainda evitável – cf. art. 90.º, n.º 2, da Lei do Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*).

¹⁶²¹ Arts. 93.º, n.º 1, 4a, da *Grundgesetz* e 90.º da *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. Nos termos deste último artigo, o direito de apresentar uma queixa constitucional junto do Tribunal Constitucional Federal não prejudica o direito de apresentar uma queixa do mesmo tipo junto do Tribunal Constitucional estadual, nos termos previstos na legislação do respectivo *Land*.

¹⁶²² Sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal relativa às finalidades da execução e a questões gerais em matéria de execução (debruçando-se, exemplificativamente, sobre o significado da socialização enquanto finalidade primordial da execução, as restrições ao direito à informação do público em nome da tutela da personalidade do recluso, o direito a férias do trabalho prisional, o direito dos reclusos a um exercício correcto e atempado do poder discricionário da administração em matéria de decisão de pedidos de saída, proporcionalidade das sanções disciplinares, restrições à capacidade eleitoral

um relevante papel no reforço da garantia da posição jurídica dos reclusos e da efectividade da tutela a conferir a essa posição.

Desde logo, aprofundou a tutela cautelar ao afirmar que a pretensão constitucional a uma tutela judicial efectiva não se compadece com a criação de factos consumados através da execução imediata de medidas disciplinares e de outras decisões que afectem os reclusos, devendo garantir-se as condições para que estes possam apresentar um pedido de suspensão de eficácia, nos termos do artigo 114.º da *StVollzG*, e para que este seja decidido em tempo útil, antes de a medida ser executada¹⁶²³. Com esta jurisprudência, o Tribunal deixa claro que a possibilidade de tutela cautelar não deve existir “apenas no papel”¹⁶²⁴; a partir de então, o efeito suspensivo dos requerimentos, configurado pelo legislador como a excepção, tornou-se, na prática, a regra¹⁶²⁵.

O Tribunal considerou ainda violado o direito à tutela jurisdicional efectiva num caso em que um recluso, alojado em condições que o mesmo Tribunal julgou violadoras da dignidade humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, vira o seu pedido de tutela cautelar urgente, apresentado ao abrigo do referido artigo 114.º, rejeitado pela *Strafvollstreckungskammer* com o fundamento de que o requerente deveria previamente esgotar um procedimento de reclamação¹⁶²⁶.

O Tribunal Constitucional Federal alargou também o âmbito da tutela judicial, designadamente ao considerar como *Maßnahme*, para efeitos do artigo 109.º, a aprovação do plano individual do recluso, permitindo assim a este obter o controlo judicial do plano no seu conteúdo global sem ter de aguardar por uma concreta decisão de recusa de determinada medida de tratamento¹⁶²⁷.

passiva, controlo e apreensão da correspondência, vestuário e uso de objectos próprios, direito à informação, restrição de contactos com o exterior, preços das chamadas telefónicas, remuneração do trabalho prisional e a protecção da confiança ínsita no princípio do Estado de direito), v. NIEBLER, «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug», pp. 1573 ss., e ainda DÜNKEL, «Die Rechtsstellung...», pp. 527 ss., e KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, pp. 32 ss. Salientando que não deveria ser necessário o Tribunal Constitucional ocupar-se deste tipo de questões, pois competia às instâncias judiciais assegurar essa tutela, garantindo uma aplicação da lei penitenciária conforme aos princípios constitucionais, KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, p. 34, com indicação de posições doutrinárias no mesmo sentido.

¹⁶²³ Acs. de 30-4-1993 (relativo à execução de medida de internamento em cela disciplinar) e de 9-11-1993 (decisão de afastamento do posto de trabalho, com consequente perda da remuneração, de recluso com sida que necessitava daquela para adquirir alimentação suplementar).

¹⁶²⁴ Assim, KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, p. 20.

¹⁶²⁵ Disso dá nota DÜNKEL, «Die Rechtsstellung...», p. 528.

¹⁶²⁶ Ac. de 16-3-1993. No caso, o recluso estava alojado numa cela que era recorrentemente inundada pelas águas residuais provenientes dos sanitários das celas do andar superior.

¹⁶²⁷ Acórdão de 16-2-1993. Até então, vinha-se considerando que só as concretas medidas previstas no *Vollzugsplan* preenchiam o conceito de *Maßnahme* para efeitos de impugnação judicial.

O mesmo Tribunal fez ainda derivar do princípio do Estado de direito uma orientação *pro actione*, proibindo a denegação de justiça por meio da criação de obstáculos formais excessivos ou sem fundamento racional à obtenção de decisões sobre o mérito da causa. Com efeito, numa queixa constitucional decidida por acórdão de 26-10-1993, o *Bundesverfassungsgericht* considerou arbitrária a interpretação feita pelas instâncias do requerimento de impugnação de uma decisão da administração prisional, apresentado por um recluso ao abrigo do artigo 109.º da *StVollzG*, que conduziu à rejeição do requerimento, inviabilizando uma decisão de mérito. O Tribunal afirmou nesse aresto que “o princípio do Estado de direito proíbe ao juiz interpretar e aplicar o direito processual de tal modo que resulte dificultado para as partes, de forma desrazoável, o acesso às instâncias de impugnação e de recurso previstas pela lei processual”; e, na decisão de outras queixas constitucionais, tem reafirmado que o artigo 19.º, § 4, da Constituição não garante somente um direito formal ou possibilidade teórica de acesso aos tribunais, mas também a efectividade da tutela, o que origina para os tribunais a exigência de que apliquem as normas processuais e interpretem a pretensão dos requerentes de forma que não seja desconsiderada a tutela jurídica pretendida¹⁶²⁸.

O Tribunal julgou igualmente violado o direito à tutela judicial efectiva assegurado pelo artigo 19.º, § 4, em situações em que as instâncias não investigaram suficientemente os factos relevantes para a decisão¹⁶²⁹.

3. Outros meios de tutela

Além da tutela judicial, a lei de execução assegura aos reclusos outros mecanismos de protecção da sua posição jurídica. Desde logo, o direito de apresentarem pedidos, sugestões ou queixas relativas a assuntos que os afectem ao director do

¹⁶²⁸ Veja-se, nomeadamente, acórdão de 27-2-2002, proferido na sequência da queixa constitucional apresentada por um recluso que não obtivera tutela das instâncias judiciais relativamente às condições de detenção sofridas num estabelecimento onde estivera temporariamente no decurso de uma transferência (período de cinco dias em que ficara alojado com outro recluso, durante 23 horas por dia, numa cela de 7,6 m² sem separação da casa de banho); o Tribunal Constitucional concluiu que o tribunal de execução das penas e o tribunal de recurso não interpretaram correctamente a pretensão do recluso, o que conduziu à rejeição do pedido.

¹⁶²⁹ Veja-se o caso decidido pelo acórdão de 22-3-2016: um recluso que recorreu aos tribunais queixando-se de ter estado detido em cela individual de dimensões reduzidas viu a sua pretensão rejeitada; o que o Tribunal Constitucional censurou foi o facto de, tendo a área da cela invocada pelo recluso divergido da indicada pela administração prisional, não ter o tribunal averiguado suficientemente os factos para apurar a dimensão da cela.

estabelecimento, bem como de se dirigirem à hierarquia administrativa¹⁶³⁰. Trata-se de uma via não sujeita a forma ou prazo, devendo o director disponibilizar um horário de atendimento para o efeito¹⁶³¹. Ao contrário do que vigora no procedimento administrativo, não assiste ao recluso o direito a obter uma decisão por escrito, o que é criticado pela doutrina¹⁶³².

Os reclusos podem, outrossim, dirigir petições aos membros dos Parlamentos estaduais, Federal e Europeu, tal como aos organismos internacionais de protecção dos direitos humanos, sem que a correspondência possa ser controlada ou apreendida¹⁶³³.

A monitorização do sistema prisional é ainda assegurada por várias esferas de intervenção, nomeadamente: os conselhos dos estabelecimentos (*Anstaltbeiräte*), órgãos compostos por cidadãos voluntários, que funcionam junto de cada estabelecimento prisional, com poderes para o visitar, ouvir os reclusos em confidencialidade e formular propostas relativas à organização da instituição e ao tratamento penitenciário¹⁶³⁴; as inspecções internas por parte dos ministérios da Justiça dos *Länder*¹⁶³⁵; o *Nationale Stelle zur Verhütung von Folter*, mecanismo nacional de prevenção da tortura para efeitos do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura das Nações Unidas¹⁶³⁶; além dos mecanismos internacionais de protecção dos direitos humanos.

4. Apreciação

Pode concluir-se que todas as decisões da administração prisional relativas à execução susceptíveis de afectar direitos dos reclusos estão sujeitas a controlo judicial.

É notória a aproximação do mecanismo de tutela judicial previsto na *Strafvollzugsgesetz* ao contencioso administrativo: veja-se a possibilidade não só de impugnar actos da administração, mas também de reagir contra omissões e de solicitar a condenação da administração à prática de actos omitidos ou recusados; a possibilidade

¹⁶³⁰ Direito anteriormente previsto no art. 108.º da *Strafvollzugsgesetz* e, presentemente, nas leis penitenciárias dos *Länder* (cf. DÜNKEL, «Le système pénitentiaire allemand», p. 14).

¹⁶³¹ Como na n. anterior.

¹⁶³² Sobre isto, KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, p. 13.

¹⁶³³ Arts. 29.º, n.º 2, e 31.º, n.º 4, da *Strafvollzugsgesetz*.

¹⁶³⁴ Arts. 162.º ss. da *Strafvollzugsgesetz* (disposições que foram transferidas, sem modificação, pela recente legislação dos *Länder* – assim, DÜNKEL, «Le système pénitentiaire allemand», p. 22, n. 41). Para uma descrição e apreciação do papel destes órgãos, KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, pp. 106 ss.

¹⁶³⁵ Art. 151.º da *Strafvollzugsgesetz*.

¹⁶³⁶ Que compreende uma agência federal e várias comissões estaduais. Foi estabelecido pelo decreto do Ministro Federal da Justiça de 20-11-2008, *Bundesanzeiger, Amtlicher Teil*, 24-11-2008.

de decretamento de medidas cautelares; os poderes de decisão do tribunal; e a aplicabilidade dos meios de execução coerciva previstos na lei do processo administrativo¹⁶³⁷.

Apesar disso, a doutrina aponta diversas fragilidades ao sistema de tutela, tais como a proliferação, na lei penitenciária, de conceitos indeterminados e de juízos de prognose, não totalmente passíveis de verificação pelo juiz, bem como a existência, em muitas situações, de uma margem de livre apreciação, casos em que o juiz se limita à verificação de vícios de abuso do poder discricionário, de erro de facto ou de direito ou de desvio de poder¹⁶³⁸. Tal contribui para as baixas taxas de sucesso dos requerimentos apresentados¹⁶³⁹, aliado a factores como uma insuficiente valorização e especialização dos juízes das *Strafvollstreckungskammern* e a aspectos processuais como o facto de se tratar de um processo inteiramente escrito – quer devido à inexistência de audiência, quer em razão de raramente se fazer uso da possibilidade de audição oral do requerente – ou de não se prever um mecanismo de “acção popular”, que poderia compensar as limitações sentidas pela maioria dos reclusos no exercício eficaz dos seus direitos¹⁶⁴⁰. Problemática é também a duração do processo, sendo frequente a decisão ser proferida num momento em que já não tem utilidade prática para o recluso (por exemplo, por ter entretanto sido libertado ou por já não ser possível restaurar a sua situação)¹⁶⁴¹.

Quanto à queixa constitucional, apesar da reduzida percentagem de vencimento das causas, é de salientar que o mecanismo possibilitou que o *Bundesverfassungsgericht* proferisse decisões responsáveis pelo alargamento da protecção jurídica dos reclusos, contrariando por vezes uma tendência das instâncias para uma concepção restritiva da

¹⁶³⁷ Assinalando também a comparabilidade das petições e decisões em análise às do processo nos tribunais administrativos, KAISER/Kerner/Schöch, *Strafvollzug*, p. 215, DÜNKEL/Rössner/Schüler-Springorum, «L'évolution du traitement pénitentiaire en Allemagne», p. 26, CALLIESS/Müller-Dietz, *Strafvollzugsgesetz*, em anotação ao art. 109.º, p. 522, KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, p. 7, e HOFFMEYER, *Grundrechte im Strafvollzug*, p. 243. Observe-se que, antes da aprovação da lei de execução das penas, a tutela dos reclusos perante actos da administração prisional se baseava (de acordo com um aditamento introduzido pelo código de procedimento administrativo de 1960 à lei da organização judiciária) em mecanismos decalcados do contencioso administrativo (o recurso de anulação e a condenação à prática de acto), embora a intentar junto dos tribunais judiciais – sobre este ponto, TIEDEMANN, «La protection des droits des détenus», p. 493.

¹⁶³⁸ DÜNKEL/Rössner/Schüler-Springorum, «L'évolution du traitement pénitentiaire en Allemagne», p. 27.

¹⁶³⁹ Estudos neste sentido são citados por DÜNKEL, «Die Rechtsstellung...», p. 526, *idem*, «Le système pénitentiaire allemand», p. 16, KAISER/Kerner/Schöch, *Strafvollzug*, p. 224, e KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, pp. 22 ss.

¹⁶⁴⁰ Sobre estas questões, DÜNKEL, «Die Rechtsstellung...», pp. 526 s., *idem*, «Le système pénitentiaire allemand», p. 16, e KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, pp. 13 ss. Dando nota também de algum cepticismo relativamente à instituição, nos seus primeiros anos de funcionamento, KAISER/Kerner/Schöch, *Strafvollzug*, p. 214, considerando decisivo para o desempenho da função a formação especializada e o conhecimento da realidade da execução.

¹⁶⁴¹ Sobre este aspecto, KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, p. 29.

posição jurídica daqueles, que, à luz dos direitos fundamentais constitucionais, se revelava inaceitável¹⁶⁴².

Relativamente à problemática das condições de detenção contrárias ao artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, afigura-se que o ordenamento alemão está dotado dos “remédios” exigidos pelo artigo 13.º da Convenção, seja a tutela judicial propiciada pelos arts. 109.º e seguintes da *Strafvollzugsgesetz*, seja a tutela dos direitos fundamentais oferecida pelo mecanismo da queixa constitucional¹⁶⁴³.

O Tribunal Constitucional Federal estabelece, nesta matéria, que a administração penitenciária, na construção e organização dos estabelecimentos prisionais, está vinculada pelo direito dos reclusos ao respeito pela sua dignidade (artigo 1.º, n.º 1, da *Grundgesetz*), o que lhe impõe o dever de garantir as condições materiais mínimas para uma existência condigna; se, devido às especiais condições de um determinado estabelecimento, as exigências decorrentes do dever de proteger a dignidade humana não puderem ser cumpridas quanto a determinado recluso, este deve ser transferido para outro estabelecimento¹⁶⁴⁴. O *Bundesverfassungsgericht* afirma igualmente que o artigo 19.º, § 4, da Constituição Federal exige que os reclusos vítimas de condições de detenção contrárias à dignidade humana possam obter uma declaração judicial de ilegalidade¹⁶⁴⁵.

¹⁶⁴² Assim, com exemplos jurisprudenciais, DÜNKEL, «Die Rechtsstellung...», pp. 527, 529, *idem*, «Le système pénitentiaire allemand», pp. 17 s., e KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, pp. 33 ss.

¹⁶⁴³ Para indicação de jurisprudência, quer do Tribunal Constitucional Federal quer das instâncias ordinárias, relativa aos direitos fundamentais dos reclusos, *vide* KAISER/Kerner/Schöch, *Strafvollzug*, pp. 89 ss. Como exemplo, foi julgado violador da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, n.º 1, da *Grundgesetz*) o alojamento de reclusos numa cela recorrentemente inundada por dejectos provenientes dos sanitários das celas do andar superior (Acórdão de 16-3-1993 do Tribunal Constitucional Federal). Repare-se que já antes da *StVollzG* tinha havido decisões da jurisprudência sobre esta questão: veja-se, por exemplo, a decisão do *Oberlandesgericht* de Hamm, de 23-6-1967, onde expressamente se afirmou que “a dignidade pertence a todas as pessoas, incluindo aos criminosos” e que “o crime não o[s] despoja da sua dignidade, esta é-lhe[s] inata e inalienável” (p. 2026), estabelecendo que a decisão da direcção do estabelecimento de alojar três reclusos na mesma cela, de dimensões reduzidas, destinada a um só recluso, e sem separação da casa de banho, violava a dignidade humana (art. 1.º da *Grundgesetz*).

¹⁶⁴⁴ Cf. acórdão de 13-11-2007, no qual, contudo, o Tribunal não deu provimento à queixa constitucional apresentada pelo recluso relativa ao seu alojamento numa cela partilhada, com uma dimensão ligeiramente abaixo do mínimo, por ter considerado que, além de a casa de banho ser separada do espaço de alojamento, o facto de se tratar de uma prisão de regime aberto, com possibilidade de movimento fora da cela, compensava o carácter diminuto do espaço desta.

¹⁶⁴⁵ *Vide*, nomeadamente, acórdão de 13-3-2002. No caso subjacente à queixa constitucional, o queixoso tinha estado preso, durante 40 dias, com mais um recluso, numa cela individual com cerca de 8 m², num contexto de sobrelotação do estabelecimento; tendo pedido ao tribunal de execução das penas uma declaração da ilegalidade, viu o pedido rejeitado, nomeadamente por a situação já ter cessado e haver garantias de não se repetir no futuro, pelo que não haveria interesse legítimo na declaração. O Tribunal Constitucional Federal entendeu que, em casos como este, existe um interesse legítimo na declaração e considerou violado o direito fundamental à tutela jurisdicional efectiva.

Na vertente compensatória, os reclusos lesados podem intentar uma acção de responsabilidade (*Amtshaftungsverfahren*), solicitando indemnização pelos danos causados. Os critérios judiciais para o reconhecimento do direito a uma indemnização pecuniária têm assumido, contudo, um pendor restritivo. O Supremo Tribunal Federal, no seu acórdão de 4-11-2004, conhecido como *Junktin-Urteil*, estabeleceu o entendimento segundo o qual, mesmo quando resulte provada a ilicitude e a culpa, não é exigível em todos os casos uma compensação pecuniária, nomeadamente se a violação do direito não tiver alcançado um determinado limiar de gravidade e se tiver havido lugar a outra forma de compensação, tal como uma declaração de ilegalidade pela *Strafvollstreckungskammer*¹⁶⁴⁶. Apesar das críticas a esta jurisprudência – centradas sobretudo na consideração de que, ao contrário de outros direitos, o direito à protecção da dignidade humana é absoluto, não estando sujeito a ponderação¹⁶⁴⁷ –, o Tribunal Constitucional Federal não a julgou violadora do artigo 1.º da Constituição¹⁶⁴⁸ e o entendimento dela resultante tem sido seguido pelos tribunais¹⁶⁴⁹.

Contudo, mais recentemente, é de assinalar o acórdão proferido pelo *Bundesgerichtshof*, de 11-3-2010, também no âmbito de uma acção de responsabilidade por condições de detenção contrárias à dignidade da pessoa humana. O Supremo Tribunal, retomando a jurisprudência do acórdão de 2004 acabado de descrever

¹⁶⁴⁶ Na origem do acórdão estava o caso de um recluso que tinha sido alojado, durante dois dias, em contexto de trânsito entre estabelecimentos, conjuntamente com quatro outros reclusos, numa cela de 16 m², com insuficiente separação da casa de banho. Tendo-se dirigido aos tribunais, obteve da *Strafvollstreckungskammer* uma declaração de ilegalidade. Além da ilicitude, o Supremo Tribunal Federal considerou verificar-se também culpa, pelo menos culpa na organização. Entendeu, porém, que a violação não atingira o patamar de gravidade exigível. Transpondo para as violações da dignidade humana os critérios jurisprudenciais desenvolvidos para as violações dos direitos de personalidade (embora estabelecendo para a dignidade humana um patamar mínimo mais baixo que para estes direitos), o Tribunal estipulou que uma indemnização pecuniária não é exigível em todos os casos (*eine festgestellte Menschenrechtsverletzung erfordert[t] nicht in jedem Fall eine zusätzliche Wiedergutmachung durch Geldentschädigung*), nomeadamente quando tenha havido outra forma de compensação. No caso, considerou que a declaração de ilegalidade constituía protecção e satisfação suficiente.

¹⁶⁴⁷ Cf., nomeadamente, UNTERREITMEIER, «Geltentschädigung bei menschenwürdiger Unterbringung», pp. 475 ss., e GAZEAS, «Die Menschenwürde ist zu teuer», pp. 171 ss., defendendo este último Autor que ponderar a duração e intensidade da afectação do direito à protecção da dignidade, a motivação da administração e o grau de culpa desta conduz ao abandono da protecção do direito fundamental e ao sacrifício da dignidade humana, significando uma permissão de afectações curtas ou pouco intensas da dignidade.

¹⁶⁴⁸ Acórdão de 27-12-2005, proferido em sede de queixa constitucional.

¹⁶⁴⁹ A título de exemplo, o acórdão do *Kammergericht* (tribunal superior de Berlim) de 17-2-2015. Aplicando a referida jurisprudência do *Bundesgerichtshof*, tomou em ponderação a curta duração do alojamento em condições indignas (apenas alguns dias), o facto de a cela não ser partilhada, permitindo manter a privacidade, a circunstância de o recluso poder sair do alojamento durante várias horas do dia e o facto de a situação não se dirigir especialmente ao recluso em causa mas ser de carácter geral, devido às condições estruturais e de sobrelotação do concreto estabelecimento.

(mantendo, portanto, a posição de que a ofensa ao direito à protecção da dignidade da pessoa humana não obriga necessariamente a uma compensação pecuniária¹⁶⁵⁰), afirma que, para pôr fim a condições de detenção julgadas atentatórias dessa dignidade, devem ser tidas em conta todas as possibilidades ao dispor da administração, incluindo a transferência para outro estabelecimento (se necessário, de outro *Land*); caso, ainda assim, a administração não logre dar cumprimento à decisão judicial, a execução da pena deve ser suspensa até que possa decorrer em condições conformes ao respeito pela dignidade humana. O Tribunal recorda que a manutenção de uma situação contrária ao artigo 1.º, n.º 1, da Constituição é proibida e que a dignidade da pessoa humana não está sujeita a ponderação com outros interesses, ainda que constitucionais¹⁶⁵¹.

É também de salientar o acórdão do *Bundesverfassungsgericht*, de 14-7-2015, que julgou violadora da dignidade da pessoa humana a decisão judicial que recusara compensação por danos morais a um recluso pelo tempo passado numa cela de dimensões reduzidas, com dois outros reclusos e sem separação dos sanitários – o que pode constituir prenúncio de uma evolução daquela jurisprudência.

¹⁶⁵⁰ No caso, o recluso tinha estado alojado com três outros reclusos numa cela de 18 m² e, num momento posterior, com outro recluso numa cela de 9 m². Vigorando no sistema alemão um princípio de subsidiariedade da acção de responsabilidade, a decisão de não atribuir uma indemnização pecuniária teve por fundamento o facto de o lesado não ter procurado fazer cessar a ofensa ao seu direito pelas vias processuais disponíveis, nomeadamente as previstas nos arts. 109.º ss. da *StVollzG*.

¹⁶⁵¹ Comentando este acórdão, Anne JACQUEMET-GAUCHÉ, «Contentieux de la responsabilité et dignité du détenu en Allemagne», p. 650, conclui que, se os pressupostos da reparação pecuniária se mantêm restritivos, não deixa de ser garantida a efectividade do direito à protecção da dignidade da pessoa humana; a Autora salienta a “audácia” do Tribunal, aventando que a “ameaça” de libertação dos reclusos alojados em condições indignas poderá constituir uma poderosa alavanca para a melhoria geral das condições de reclusão.

CAP. V – O CONTEXTO EUROPEU – BREVE PANORAMA

Para uma melhor integração dos ordenamentos estudados no contexto europeu, justifica-se ainda um breve panorama sobre outros ordenamentos e o sentido da sua evolução, em particular por influência da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

1. Polónia

No ordenamento jurídico polaco, a figura do juiz de execução das penas está prevista desde 1969, no Código da Execução das Penas¹⁶⁵², estando-lhe confiada a atribuição de vigiar a legalidade da execução da pena de prisão, bem como de tomar certas decisões relativas à execução, como a concessão da liberdade condicional, e de decidir impugnações de certas decisões da administração prisional¹⁶⁵³. Na tutela dos direitos dos reclusos desempenha um papel de especial relevo a figura do provedor¹⁶⁵⁴.

No seguimento dos acórdãos “quase-piloto” *Orchowski c. Polónia* e *Norbert Sikorski c. Polónia*, proferidos pelo TEDH em 22-10-2009, a Polónia adoptou um mecanismo de indemnização e uma nova norma do Código de Execução das Penas a estabelecer requisitos e limites temporais para o alojamento em espaços de reduzida dimensão, com possibilidade de impugnar tal decisão junto do juiz da execução¹⁶⁵⁵.

¹⁶⁵² *Kodeks karny wykonawczy*, entrado em vigor em 1970, alterado em 1990 e substituído por um novo Código em 1998. Cf. KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, p. 81.

¹⁶⁵³ Nomeadamente, decisões disciplinares e decisões sobre licenças de saída (P. STĘPNIAK, «Le système pénitentiaire polonais», pp. 291, 294). O sistema combina um juiz singular e um tribunal colectivo composto por três juizes. Sobre as competências do juiz de execução polaco, ALONSO DE ESCAMILLA, «La institución del Juez de Vigilancia en el derecho comparado», p. 80, BACHS I ESTANY, «El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural», pp. 141 ss., VAN ZYL SMIT/Dünkel, *Imprisonment Today and Tomorrow*, pp. 523 ss., e KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, pp. 82 ss.

¹⁶⁵⁴ Figura criada em 1987 segundo o modelo do *ombudsman* nórdico, dotada de um gabinete exclusivamente dedicado às questões prisionais. Sobre o seu papel, VAN ZYL SMIT/Dünkel, *Imprisonment Today and Tomorrow*, pp. 523 s., e KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, pp. 162 ss.

¹⁶⁵⁵ Descrevendo estas alterações legislativas, Ac. do TEDH *Ananyev c. Rússia*, de 10-1-2012, §§ 61 ss. Note-se que a norma do Código de Execução das Penas que, até então, permitia, em casos justificados, o alojamento de reclusos num espaço individual inferior a 3 m² fora declarada inconstitucional, por acórdão do Tribunal Constitucional de 26-5-2008, com fundamento em violação do direito dos reclusos a um tratamento humano, nomeadamente por insuficiente precisão dos requisitos substantivos e temporais, embora tenham sido diferidos os efeitos da declaração por se considerar que a derrogação da norma, no contexto de sobrelotação estrutural do sistema, carecia da adopção de medidas de natureza organizacional tendentes à erradicação de tal problema, bem como de medidas de política penal no sentido de um maior recurso a penas não privativas da liberdade (cf., sobre isto, o Ac. do TEDH *Norbert Sikorski c. Polónia*, §§ 79 ss.).

O Tribunal Europeu já decidiu que estas vias internas deverão, em princípio, passar a ser esgotadas¹⁶⁵⁶.

2. Hungria

Na Hungria, a execução da pena de prisão é regulada pelo Decreto-Lei n.º 11, de 1979. De acordo com o respectivo regime, o tribunal de execução das penas é competente para tomar certas decisões respeitantes à execução, como a liberdade condicional, e para apreciar impugnações de determinados actos da administração prisional¹⁶⁵⁷. O Decreto n.º 6/1996 do Ministro da Justiça, relativo à execução da prisão, regula os procedimentos de queixa perante o director do estabelecimento, a administração prisional central e o Ministério Público¹⁶⁵⁸. Este último tem, com efeito, um papel de supervisão da legalidade da execução das penas e do tratamento dos reclusos, com poderes para dirigir instruções aos directores relativamente às condições da privação da liberdade¹⁶⁵⁹.

Ainda no que respeita às condições de detenção, é de referir que o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade, assim como a contrariedade ao direito internacional, do referido Decreto, na parte em que não previa requisitos imperativos relativos ao espaço de alojamento mínimo por recluso, por entender que a proibição de tratamentos desumanos e degradantes, prevista no artigo 3.º da CEDH e na Constituição húngara, implica uma obrigação de garantir um espaço mínimo aos reclusos alojados em celas colectivas, constituindo obrigação do Estado, em especial do legislador, regular tal matéria de modo vinculativo¹⁶⁶⁰.

Na sequência do já analisado acórdão-piloto *Varga e outros c. Hungria*, proferido pelo TEDH em 2015, foram criados, pela Lei n.º CX de 2016, de 4-11-2016, novos mecanismos, preventivos e indemnizatórios, como forma de tutela contra condições de detenção inadequadas, paralelamente com um programa de aumento da capacidade do sistema prisional. A tutela preventiva consiste na possibilidade de apresentação de uma queixa junto do director do estabelecimento, que, no prazo de

¹⁶⁵⁶ Cf. decisões proferidas em 12-10-2010 nos casos *Latak c. Polónia* e *Lomiński c. Polónia*.

¹⁶⁵⁷ VAN ZYL SMIT/Dünkel, *Imprisonment Today and Tomorrow*, p. 360.

¹⁶⁵⁸ Cf. arts. 6 e 7 do referido Decreto, citado pelo TEDH em *Varga e outros c. Hungria*, Ac. de 10-3-2015, § 13.

¹⁶⁵⁹ De acordo com o art. 22.º da Lei n.º CLXIII, de 2011, citado pelo TEDH em *Varga e outros c. Hungria*, § 14.

¹⁶⁶⁰ Acórdão n.º 32/2014, de 27-10-2014, referido pelo TEDH no Ac. *Varga e outros c. Hungria*, § 30.

quinze dias, deve tomar as medidas necessárias para pôr fim ou minorar a situação de violação (tais como reafecção do recluso, aumento do tempo de permanência ao ar livre ou de visitas familiares); as medidas tomadas pelo director (ou a sua omissão) são susceptíveis de impugnação para o juiz de execução das penas. Para situações passadas, é oferecido um mecanismo de indemnização, a instaurar junto do juiz de execução das penas, que pode dar origem ao arbitramento de um montante pecuniário¹⁶⁶¹.

O TEDH tem, por ora, considerado que estas vias garantem, em princípio, remédio efectivo para violações da Convenção ocasionadas por condições de detenção inadequadas¹⁶⁶².

3. Bulgária

Na Bulgária, com vista a dar cumprimento ao acórdão-piloto do TEDH *Neshkov e outros*, de 27-1-2015, procedeu-se a uma ampla reforma da legislação sobre a execução das penas, em 2016 e 2017, designadamente reforçando o acesso dos reclusos aos tribunais através do alargamento dos pressupostos de impugnação de decisões da administração prisional e introduzindo remédios de tipo preventivo e compensatório para as situações de privação da liberdade contrárias ao artigo 3.º da CEDH, além de outras medidas destinadas a minorar a situação de sobrelotação.

A tutela preventiva é assegurada mediante uma acção especial junto dos tribunais administrativos, a intentar pelos reclusos contra alegadas violações do seu direito a não ser sujeito a tratamentos contrários ao artigo 3.º da CEDH, podendo os tribunais emitir injunções ou decretar medidas aptas a fazer cessar ou prevenir a continuação das violações. A título de mecanismo indemnizatório, foi instituído um processo especial de responsabilidade do Estado para as situações de tratamento contrário ao artigo 3.º, também perante os tribunais administrativos¹⁶⁶³.

O TEDH tem, por ora, considerado que estas são vias de recurso internas efectivas, a esgotar previamente, nos termos do artigo 35.º da CEDH¹⁶⁶⁴.

¹⁶⁶¹ Para a descrição destas alterações legislativas, cf. a Decisão do TEDH *Domján c. Hungria*, de 14-11-2017, §§ 21 ss.

¹⁶⁶² *Domján c. Hungria*, §§ 30, 38.

¹⁶⁶³ Para uma descrição e apreciação das medidas introduzidas no ordenamento jurídico da Bulgária, vide KANEV/Angelova, «The European Court of Human Rights and prison reform in Bulgaria», pp. 115 ss.

¹⁶⁶⁴ Cf. decisão proferida em *Atanasov e Apostolov c. Bulgária*, 27-6-2017, §§ 67-70.

4. Roménia

Relativamente à Roménia¹⁶⁶⁵, após um elevado número de decisões por parte do TEDH no sentido da violação do artigo 3.º, foi adoptado um plano de medidas com vista a minorar os problemas do sistema prisional, incluindo uma revisão do Código Penal e a criação de um mecanismo de carácter preventivo, em 2014 – medidas que, porém, foram consideradas insuficientes, sobretudo quanto à disponibilização de remédios efectivos¹⁶⁶⁶.

No acórdão-piloto *Rezmiveş e outros c. Roménia*, de 25-4-2017, o TEDH determinou que o Governo apresentasse, no prazo de seis meses, um plano de medidas de carácter geral para remediar o problema da sobrelotação e das más condições de detenção. Sob esta pressão, foi aprovada, em 2017, uma lei estabelecendo um mecanismo compensatório de redução do tempo de pena para as situações de reclusão em condições inadequadas¹⁶⁶⁷ e, em 2019, um plano de acção plurianual, que inclui investimentos em infra-estruturas (aumento e melhoria dos espaços de reclusão).

O Conselho da Europa exortou recentemente a Roménia a adoptar mecanismos acessíveis e efectivos para que os reclusos possam obter tutela contra condições de detenção indignas, nomeadamente criando mecanismos que permitam o arbitramento de uma compensação pecuniária àqueles reclusos que não possam beneficiar da compensação por redução da pena¹⁶⁶⁸.

5. Croácia

A lei de execução das penas da Croácia prevê a tutela dos direitos dos reclusos por parte do juiz de execução, nos seguintes termos: além do direito de apresentar reclamações e queixas perante o director do estabelecimento prisional ou perante o órgão máximo da administração prisional, os reclusos podem apresentar um pedido de tutela judicial contra quaisquer actos ou decisões da administração prisional que, de

¹⁶⁶⁵ Sobre a evolução do direito penitenciário romeno, Ioan DURNESCU, «Prisoner's rights in Romania. A historical perspective», pp. 125 ss.

¹⁶⁶⁶ Sobre isto, DURNESCU, «Prisoner's rights in Romania...», p. 128.

¹⁶⁶⁷ Lei n.º 169/2017, nos termos da qual, por cada 30 dias passados em condições de reclusão abaixo dos *standards* exigíveis, os reclusos seriam compensados mediante uma redução de 6 dias da pena. Sobre isto, DURNESCU, «Prisoner's rights in Romania...», p. 129.

¹⁶⁶⁸ Cf. decisão do Comité de Ministros adoptada na sua 1348.ª reunião, 6-6-2019 (disponível em https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=090000168094c6a2, últ. acesso 25-3-2020).

forma ilegal, lhe neguem ou restrinjam um direito previsto na mesma lei. Se considerar o requerimento fundado, o juiz ordena que se ponha termo à violação ou, se tal não for possível, declara a ilegalidade e proíbe a sua reiteração. A decisão do juiz de execução é passível de recurso, tendo legitimidade para tal tanto o recluso como a administração prisional¹⁶⁶⁹.

6. Bélgica

No que diz respeito à Bélgica, não existe uma forma de tutela específica para os reclusos nem um controlo judiciário sistemático da execução da pena.

As vias ao dispor das pessoas privadas da liberdade são a *action en référé*, o pedido de indemnização por responsabilidade civil e a queixa junto das *commissions de surveillance*. Contudo, como se verá de seguida, estes mecanismos foram julgados pelo TEDH insuficientes como remédios para condições materiais de detenção contrárias ao artigo 3.º da Convenção¹⁶⁷⁰.

A *action en référé* é um mecanismo de tutela provisória para situações de urgência na salvaguarda de direitos subjectivos, a accionar junto do presidente do tribunal de primeira instância competente, que pode ordenar todas as medidas necessárias à salvaguarda desses direitos¹⁶⁷¹. Na ausência de vias de recurso específicas em matéria penitenciária, o *juge des référés* foi-se perfilando como *juge de la détention*, tendo o mecanismo permitido algum controlo sobre a matéria penitenciária, incluindo a legalidade das condições de detenção e do regime penitenciário¹⁶⁷². Ao abrigo desse mecanismo, registam-se decisões de tribunais belgas: ordenando a cessação de revistas corporais semanais a um recluso sem justificação suficiente; ordenando a cessação de revistas por desnudamento sem decisão individual do director; condenando a administração a adaptar o regime alimentar de um recluso às recomendações médicas individuais; condenando a administração a conduzir um recluso a um hospital para receber os cuidados médicos exigidos pelo seu estado de saúde; condenando o Estado a

¹⁶⁶⁹ Arts. 15.º e 17.º da lei que regula a execução das penas (*Zakon o izvršavanju kazne zatvora*), de 1999, com sucessivas alterações; cf. citação das normas e descrição do regime legal em *Muršić c. Croácia*, Ac. do TEDH de 20-10-2016 (Pleno), § 43.

¹⁶⁷⁰ No acórdão *Vasilescu c. Bélgica*, de 25-11-2014, sendo tal entendimento mantido, mais recentemente, em *Sylla e Nollomont c. Bélgica*, de 16-5-2017.

¹⁶⁷¹ Regulado no art. 584.º do *Code judiciaire*.

¹⁶⁷² G. SMAERS, «Les possibilités de plainte existantes pour les détenus», p. 91.

pôr um recluso provisoriamente em liberdade por razões médicas¹⁶⁷³. O TEDH, considerando embora que este recurso se afigura teoricamente adequado como remédio imediato para violações de direitos subjectivos, não o considerou “remédio efectivo” a esgotar previamente, uma vez que os casos citados de recurso com sucesso a esta via não incluem condições materiais de detenção – que, aliás, na Bélgica constituem um problema estrutural, em razão da vetustez dos estabelecimentos e da sobrelotação do sistema¹⁶⁷⁴.

Quanto à acção de responsabilidade civil, embora se registem exemplos de acções desta natureza intentadas por reclusos contra a administração prisional¹⁶⁷⁵, o TEDH não a considera uma via interna a esgotar, em virtude de se tratar de mecanismo de carácter meramente compensatório, não permitindo, por si só, uma melhoria das condições de vida dos reclusos¹⁶⁷⁶.

No que respeita às *commissions de surveillance*, estas funcionam junto de cada estabelecimento prisional, enquanto mecanismo de controlo independente sobre o estabelecimento e sobre o tratamento dado aos reclusos. Não têm poder decisório, dirigindo as suas informações e recomendações ao *Conseil central de surveillance pénitentiaire* e ao Ministro da Justiça. A apresentação de uma queixa junto das comissões não foi considerada pelo TEDH “remédio efectivo”, uma vez que as competências das comissões são limitadas e de carácter geral, não incluindo poderes de decisão em casos concretos¹⁶⁷⁷.

7. Holanda

Na Holanda, não existem tribunais especializados para a execução das penas, vigorando um sistema em que a vigilância da execução é confiada a comissões que desempenham funções jurisdicionais¹⁶⁷⁸.

¹⁶⁷³ Para uma indicação de exemplos dessas decisões, G. SMAERS, «Les possibilités de plainte existantes pour les détenus», pp. 91 s., e, mais recentemente, §§ 35 ss. do referido Ac. *Vasilescu c. Belgique*.

¹⁶⁷⁴ Cf. § 71 do mesmo acórdão.

¹⁶⁷⁵ De que se dá nota no Ac. *Vasilescu c. Belgique*, § 39.

¹⁶⁷⁶ Cf. §§ 75 ss. do citado Ac. *Vasilescu*.

¹⁶⁷⁷ Sobre este ponto, cf. §§ 40 e 77 do acórdão *Vasilescu*.

¹⁶⁷⁸ Cf., relativamente à descrição sumária que se segue, VAN ZYL SMIT/Dünkel, *Imprisonment Today and Tomorrow*, pp. 483 ss., KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, pp. 68 ss., e KELK, «Développements concernant le droit de plainte des détenus aux Pays-Bas», pp. 51 ss.

As comissões de vigilância, instituídas em 1953 junto de cada estabelecimento prisional, compostas por juristas (incluindo juizes, que normalmente lhes presidem) e por leigos da sociedade civil, passaram, em 1977, a ter no seu seio um comité (*beklagcommissie*) dedicado à apreciação de queixas individuais apresentadas pelos reclusos contra decisões ou omissões da administração prisional (nomeadamente, relativas a sanções disciplinares, licenças de saída ou, em geral, medidas que afectem os direitos dos reclusos). Recebida uma queixa, o comité solicita ao director do estabelecimento informação e tomada de posição, por escrito, que é comunicada ao queixoso; caso se justifique, ambas as partes são ouvidas presencialmente, podendo o comité solicitar informação a outras pessoas ou entidades¹⁶⁷⁹. A decisão do comité é escrita e fundamentada e pode consistir numa das seguintes: decisão de inadmissibilidade; decisão de que a queixa é infundada; decisão de que a queixa é fundada, seja por violação de normas legais, regulamentares ou internacionais, seja por ter a decisão sido injusta ou irrazoável¹⁶⁸⁰. Trata-se, portanto, de um controlo de legalidade e de mérito¹⁶⁸¹. Quando considere a queixa fundada, o comité anula a decisão e pode substituí-la por outra ou reenviar a questão à administração prisional para nova decisão; se a decisão impugnada já tiver produzido efeitos, o comité pode decidir uma compensação, seja pecuniária seja em espécie (por exemplo, atribuindo o direito a uma visita extra no caso de decisão de recusa de visita considerada ilegítima)¹⁶⁸². As decisões dos comités de queixas são susceptíveis de recurso para um comité de recursos do Conselho para a Administração da Justiça Penal, órgão consultivo do Ministério da Justiça, que funciona como tribunal de segunda instância, cabendo a legitimidade para recorrer ao recluso e à administração¹⁶⁸³.

Como vantagens deste sistema, são apontadas: a proximidade dos membros do comité de queixas com a realidade penitenciária, devido ao trabalho de vigilância desenvolvido pelas comissões em que se integram; a possibilidade de controlo do mérito; a busca de uma solução do conflito, sempre que possível, através da mediação¹⁶⁸⁴; e o facto de a concentração, num único órgão, das funções de vigilância

¹⁶⁷⁹ VAN ZYL SMIT/Dünkel, *ibidem*, pp. 485 s.

¹⁶⁸⁰ *Ibidem*, p. 486.

¹⁶⁸¹ KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, p. 71.

¹⁶⁸² VAN ZYL SMIT/Dünkel, *ibidem*, p. 486.

¹⁶⁸³ Sobre o recurso perante o actualmente denominado *Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming*, VAN ZYL SMIT/Dünkel, *ibidem*, p. 487, e KOEPEL, *ibidem*, pp. 76 ss. Além de funcionar como segunda instância relativamente às *beklagcommissies*, funciona também como instância de queixa relativamente a decisões de afectação e transferência de estabelecimento prisional (KOEPEL, *ibidem*, p. 76).

¹⁶⁸⁴ KOEPEL, *ibidem*, p. 73.

ou inspecção, consultiva e de decisão de queixas individuais permitir que o tratamento dos casos concretos beneficie do conhecimento profundo do sistema e, em sentido inverso, que o conhecimento dos casos individuais favoreça o exercício da função inspectiva genérica¹⁶⁸⁵. Existe ainda ao dispor dos reclusos a possibilidade de intentar acções judiciais contra o Ministério da Justiça¹⁶⁸⁶, bem como de apresentar queixa junto do Provedor de Justiça¹⁶⁸⁷.

Por último, far-se-á breve alusão a dois conjuntos de sistemas que, no contexto europeu, se distinguem particularmente dos demais: o do Reino Unido e o dos países nórdicos.

8. Inglaterra e País de Gales

No Reino Unido (Inglaterra e País de Gales), os tribunais mostram-se resistentes à intervenção no universo prisional¹⁶⁸⁸. O seu sistema jurídico não está dotado de um corpo de normas de direito penitenciário que, à semelhança das leis portuguesa, alemã, espanhola ou italiana, regule exaustivamente o estatuto jurídico dos reclusos e a vida em reclusão. As normas existentes¹⁶⁸⁹ caracterizam-se como vagas e pouco generosas, deixando ampla margem de discricionariedade à administração¹⁶⁹⁰. Todavia, os reclusos, além do direito de queixa junto do director do estabelecimento e da administração prisional, gozam do direito de acesso aos tribunais.

Não existindo tribunais especializados em matéria de execução das penas, o controlo judicial da execução – nos limites em que é exercido – é realizado através da *judicial review*, processo pelo qual um juiz aprecia a legalidade de uma decisão, acção ou omissão de uma entidade pública¹⁶⁹¹. Embora haja exemplos de recurso à *judicial*

¹⁶⁸⁵ *Ibidem*, pp. 96, 240. O Autor informa que as taxas de sucesso das queixas apresentadas pelos reclusos é significativamente superior à verificada então, nomeadamente, na Alemanha. Refira-se ainda que o processo de queixa não está sujeito ao pagamento de custas processuais, nem na primeira nem na segunda instâncias (*ibidem*, p. 92).

¹⁶⁸⁶ VAN ZYL SMIT/Dünkel, *ibidem*, pp. 488 ss.

¹⁶⁸⁷ KOEPEL, *ibidem*, pp. 157 ss.

¹⁶⁸⁸ VAN ZYL SMIT/Dünkel, *ibidem*, p. 220.

¹⁶⁸⁹ Fundamentalmente, o *Prison Act*, de 1952, e as *Prison Rules*, de 1999, ambos disponíveis, na sua redacção actual, em www.legislation.gov.uk.

¹⁶⁹⁰ VAN ZYL SMIT/Dünkel, *ibidem*, p. 220.

¹⁶⁹¹ Sobre a evolução histórica desta forma de controlo da actividade administrativa, SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, pp. 123 ss. Inicialmente limitada à questão do exercício *ultra*

review com sucesso¹⁶⁹², os tribunais mantêm uma atitude maioritariamente *hands-off* relativamente à matéria prisional¹⁶⁹³. Apesar dessa contenção, os tribunais podem controlar a aplicação de medidas disciplinares a reclusos¹⁶⁹⁴.

Em matéria de tutela dos direitos dos reclusos, ressaltam duas instituições não jurisdicionais: o *Prisons Ombudsman*¹⁶⁹⁵, competente para apreciar queixas de reclusos, e o *Chief Inspector of Prisons*¹⁶⁹⁶, competente para levar a cabo inspecções ao sistema prisional.

Assim, no ordenamento inglês, os avanços em matéria de protecção dos direitos dos reclusos têm tido origem sobretudo nos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹⁶⁹⁷ e nas recomendações emitidas pelos mencionados órgãos não jurisdicionais.

vires, estendeu-se sucessivamente, ao longo do século XX, passando a abranger o controlo dos erros sobre a aplicação do direito ao caso, manifestos ou evidentes a partir dos dados coligidos no processo (*errors of law on the face of the record*). Com a aprovação do *Human Rights Act*, de 1998, que integrou a Convenção Europeia dos Direitos do Homem no direito britânico, o alcance da *judicial review* alargou-se, podendo os reclusos invocar violações da Convenção perante as jurisdições nacionais.

¹⁶⁹² Veja-se, por exemplo, a decisão do *High Court* de 5-12-2014, em *Gordon-Jones v The Secretary of State for Justice*, que considerou ilegais as restrições, introduzidas nas *Prison Service Instructions* de 2013, à posse e recebimento de livros através de familiares e visitantes.

¹⁶⁹³ Salientando esta diferença relativamente ao que se verificou nos Estados Unidos da América, onde, como veremos, o caminho do reforço dos direitos fundamentais dos reclusos se fez precisamente por via judicial, M. DEITCH, «The Need for Independent Prison Oversight in a Post-PLRA World», pp. 239 ss.

¹⁶⁹⁴ Sobre a primeira decisão judicial a revogar uma medida disciplinar aplicada pelo *board of visitors*, em 1978, e sobre a jurisprudência que veio a estabelecer obrigações de *fairness* em processo disciplinar, como deveres de audição e de fundamentação, KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, pp. 48 ss. Porém, o recurso aos tribunais permanece raro (PADFIELD/Loucks, «Le système pénitentiaire anglais...», p. 39).

¹⁶⁹⁵ Entidade criada em 1994 à qual os reclusos podem dirigir as suas queixas. Em 2001, a sua competência foi estendida às medidas de execução na comunidade, passando a designar-se *Prisons and Probation Ombudsman*. A sua intervenção é tida como altamente independente. Pode apreciar não só a legalidade mas também o mérito das decisões da administração prisional. Contudo, como é próprio dos órgãos deste tipo, as suas posições sobre as queixas apresentadas têm carácter de mera recomendação. Sobre a figura, VAN ZYL SMIT/Düinkel, *Imprisonment Today and Tomorrow*, p. 221, e KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, pp. 137 ss.

¹⁶⁹⁶ O *Her Majesty's Inspectorate of Prisons* é uma autoridade independente, criada em 1981 com a missão de conduzir inspecções e elaborar relatórios sobre as condições prisionais em Inglaterra e Gales. Para prossecução da sua missão, tem acesso irrestrito a todos os locais de detenção, reclusos e pessoal. Integra o Mecanismo Nacional de Prevenção para efeitos do Protocolo Opcional à Convenção contra a Tortura da ONU. Sobre este órgão, KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, pp. 127 ss., e M. DEITCH, «The Need for Independent Prison Oversight in a Post-PLRA World», p. 239.

¹⁶⁹⁷ VAN ZYL SMIT/Düinkel, *Imprisonment Today and Tomorrow*, p. 220. Recordem-se as decisões do TEDH relativas ao Reino Unido analisadas na Parte II, Cap. V, 2. Porém, o quadro de não acatamento das decisões do TEDH por parte dos poderes britânicos (nomeadamente, em matéria de direito de voto dos reclusos e de revisão da prisão perpétua) reduz significativamente o seu impacto. Sobre este aspecto, R. PIROSA, «England and Wales: the assessment of the remedial measures in a 'particular Member State'», pp. 132 ss.

9. Países Nórdicos

Nos países do Norte da Europa, os sistemas penitenciários são de cariz predominantemente administrativo. Tal significa que não existem tribunais especializados encarregados da vigilância da legalidade da execução nem da tomada de decisões relativas à execução da pena. A maioria destas decisões, incluindo licenças de saída, colocação em regime aberto ou concessão da liberdade condicional, compete às administrações prisionais¹⁶⁹⁸. Em termos gerais, as decisões tomadas pela administração do estabelecimento prisional são susceptíveis de reclamação para a administração central e, por sua vez, as decisões desta podem ser impugnadas junto dos tribunais, comuns¹⁶⁹⁹ ou administrativos¹⁷⁰⁰. Contudo, o papel dos tribunais no sistema é pouco relevante¹⁷⁰¹.

¹⁶⁹⁸ No caso da Suécia, as decisões previstas na lei de execução das penas (Lei 2010:610) competem aos serviços prisionais (cf. capítulo 13, art. 1.º); excepcionalmente, em caso de revogação da colocação em certos regimes mais abertos, a decisão é sujeita a confirmação por um conselho de supervisão (capítulo 13, arts. 3.º e 4.º). Consultou-se a tradução da lei para inglês, disponível na página dos serviços prisionais da Suécia (www.kriminalvarden.se/globalassets/om_oss/lagar/fangselagen-engelska.pdf). Também na Noruega a maioria das decisões relativas à execução é tomada pela administração. A própria concessão da liberdade condicional, cumpridos dois terços da pena, compete aos serviços prisionais (art. 42.º da lei que regula a execução); contudo, no caso de reiterado incumprimento dos deveres impostos, a administração remete para o tribunal regional a decisão sobre a eventual revogação (art. 44.º do mesmo diploma legal). De acordo com a lei que regula a execução das penas, de 2001 (Lei 2001-05-18-21, que substituiu a lei anterior, de 1958 – consultou-se a tradução da lei para inglês, disponibilizada na página do Governo norueguês, em www.regjeringen.no/en/dokumenter/Act-relating-to-the-execution-of-sentences-etc-/id420593), a vigilância sobre as prisões e os serviços de reinserção é exercida por conselhos de vigilância (art. 9.º). Da existência destes conselhos junto de cada estabelecimento prisional se dava já nota no relatório de Nikolai Hoff ao Congresso de Berlim de 1935 (in COMMISSION INTERNATIONALE PÉNALE ET PÉNITENTIAIRE, *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin*, vol. II, p. 26), onde o Autor assinala também a reticência com que no seu país seria encarada a ideia de um juiz de execução, competente para a tomada de decisões ou para a vigilância da execução (*ibidem*, p. 29).

¹⁶⁹⁹ Caso da Dinamarca e da Noruega. Na Noruega, embora seja, em abstracto, possível a impugnação judicial das decisões administrativas para o tribunal territorialmente competente, é feito pouco uso de tal possibilidade (cf. relatório sobre a visita à Noruega de uma delegação dos *Stati Generali sull'Esecuzione Penale*, em 2015, disponível em https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo2_allegato2.pdf). Na Dinamarca, uma alteração recente à lei da execução passou a assegurar um controlo judicial, embora limitado, de algumas decisões da administração prisional. Assim, decisões relativas a cômputo da pena, afectação, transferências, meios coercivos, correspondência, visitas, contactos com a comunicação social, licenças de saída, apreensão de bens ou valores, liberdade condicional e sua revogação, entre outras, são susceptíveis de reclamação para o departamento responsável pelas prisões e pela reinserção. Por sua vez, as decisões deste departamento relativas ao cômputo da pena, apreensão de correspondência, bens ou valores, punições disciplinares de internamento em cela disciplinar por período superior a sete dias, recusa de liberdade condicional após o cumprimento de dois terços da pena (ou de 14 anos no caso de prisão perpétua), revogação da liberdade condicional e decisões de recusa de compensação por medidas consideradas injustificadas durante a execução são susceptíveis de impugnação judicial no prazo de quatro semanas após a notificação da decisão. Sobre estas modificações, VAN ZYL SMIT/Dünkel, *Imprisonment Today and Tomorrow*, p. 190 (tratava-se então de um projecto legislativo; a efectivação das alterações descritas pode confirmar-se na página dos serviços prisionais dinamarqueses, no documento «Information on serving a prison sentence», disponível em www.kriminalforsorgen.dk/wp-content/uploads/2019/01/afsoning-engelsk.pdf).

Na apreciação de Bachs i Estany relativa ao ordenamento sueco, um tal modelo só é explicável na óptica de uma administração com meios mais que suficientes e uma vontade política consolidada de levar a cabo, por pragmatismo puro e simples, um verdadeiro trabalho de ressocialização, no quadro sempre mais fácil de uma sociedade com elevado nível cultural¹⁷⁰².

Nos países nórdicos, é ainda de referir o relevante papel do *Ombudsman*, que recebe e aprecia queixas contra decisões definitivas dos serviços prisionais; embora as suas decisões não sejam vinculativas, são geralmente respeitadas¹⁷⁰³.

¹⁷⁰⁰ Caso da Suécia (cf. VAN ZYL SMIT/Dünkel, *ibidem*, p. 638). No ordenamento sueco, as decisões dos serviços prisionais e de reinserção são recorríveis perante os tribunais administrativos (capítulo 14 da lei já citada), sendo a apreciação do recurso precedida de uma revisão da decisão por parte da própria administração prisional (que não pode culminar numa alteração em prejuízo do recorrente).

¹⁷⁰¹ VAN ZYL SMIT/Dünkel, *ibidem*, p. 638.

¹⁷⁰² BACHS I ESTANY, «El control judicial de la ejecución...», pp. 122 ss. O Autor referia-se à versão então vigente da lei penitenciária de 1974, entretanto substituída por uma nova lei de execução, a já citada Lei 2010:610, que entrou em vigor em 2011. Sobre a legislação sueca de 1974, Carlos MIR PUIG, «La Ley penitenciaria sueca de 1974», pp. 89 ss.

¹⁷⁰³ Sobre isto, nomeadamente, VAN ZYL SMIT/Dünkel, *ibidem*, pp. 191 (no que respeita à Dinamarca) e 638 (relativamente à Suécia).

CAP. VI – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

There is no iron curtain drawn between the Constitution and the prisons of this country.

Supreme Court of the United States,
Wolff v. McDonnell, 418 U.S. 539 (1974)

The hands that were scrupulously restrained from interfering with correctional administration were sometimes wrung in anguish at the perceived injustice of the result.

Malcolm M. FEELEY/Edward L. Rubin, *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons* (p. 150)

The right to file a court action might be said to be his remaining most "fundamental political right, because preservative of all rights".

Supreme Court of the United States,
McCarthy v. Madigan, 503 U.S. 140 (1992)

1. Da atitude *hands-off* aos *prison reform cases*

Um olhar sobre o ordenamento norte-americano – apesar das diferenças matriciais que separam o respectivo sistema jurídico do nosso – revela-se de especial interesse para o tema que nos ocupa, atento o protagonismo assumido pelos tribunais no desenvolvimento dos direitos dos reclusos e do próprio sistema penitenciário.

Com efeito, o que aí ressalta é o facto de, nos Estados Unidos da América, a reforma prisional ter sido levada a cabo primordialmente por via judicial e não por acção legislativa ou executiva.

Ao longo do século XX, distinguem-se claramente três fases, com base na atitude do poder judicial perante a questão prisional.

Numa primeira fase, até aos anos sessenta, os tribunais adoptaram uma abordagem conhecida como *hands-off approach*¹⁷⁰⁴: os tribunais federais não interferiam na administração das prisões, reconhecendo às autoridades penitenciárias estaduais ampla discricionariedade. A jurisprudência federal considerava não existir remédio jurídico para as violações dos direitos dos reclusos – não sendo, nomeadamente, aplicável a figura constitucional do *habeas corpus* nem o *Civil Rights*

¹⁷⁰⁴ Sobre esta fase, FEELEY/Rubin, *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons*, pp. 30 ss., e BRANHAM, *The Law and Policy of Sentencing and Corrections*, pp. 213 ss.

Act de 1871 –, restando a possibilidade de intentar acções de responsabilidade civil extracontratual (*torts suits*), nos tribunais estaduais, contra os autores das violações¹⁷⁰⁵.

Os argumentos invocados em favor da doutrina *hands-off* baseavam-se no princípio da separação dos poderes (risco de a intervenção judicial invadir a competência dos poderes legislativo e executivo em matéria de administração prisional), no princípio do federalismo (risco de as decisões dos tribunais federais atentarem contra os poderes dos Estados em matéria de administração das prisões), na inadequação funcional (os tribunais careciam de conhecimento em matéria penitenciária, o que, aliado ao possível retraimento das autoridades prisionais por temor de responsabilização judicial, seria susceptível de pôr em perigo a segurança e a realização das finalidades da execução) e no receio de que os tribunais viessem a ver-se sobrecarregados por petições frívolas dos presos¹⁷⁰⁶.

São, ainda assim, de referir, neste período, decisões significativas para a posição jurídica dos reclusos, nomeadamente a proferida em 1944 em *Coffin v. Reichard*, na qual um tribunal federal de recurso afirmou que os reclusos mantêm todos os direitos dos demais cidadãos, excepto os expressamente ou por implicação necessária retirados por lei¹⁷⁰⁷.

A partir de 1960, dá-se uma completa transformação na posição do judiciário federal sobre a questão prisional¹⁷⁰⁸. Os tribunais reconheceram que tinham não só o poder mas também o dever de decidir as *constitutional claims* das pessoas privadas da liberdade. A mudança de orientação pode explicar-se por vários factores, como a influência do movimento dos *civil rights*, o desconforto causado pela revelação de condições prisionais terríveis e indignas de uma nação civilizada (postas a nu na sequência de motins, o mais famoso do qual o da prisão de Attica em 1971) e a própria composição do Supremo Tribunal, então presidido pelo juiz Warren, que, condizente

¹⁷⁰⁵ Note-se, contudo, que, segundo descrevem FEELEY/Rubin, *Judicial Policy Making...*, p. 13, a partir dos anos trinta, houve tentativas de reclusos de recorrerem aos tribunais federais para sindicarem as condições de detenção; apesar de, na maioria dos casos, terem sido votadas ao insucesso, casos houve em que tribunais concederam *habeas corpus* ou indemnizações, tendo o próprio Supremo Tribunal exprimido simpatia pela posição dos reclusos; porém, até 1964, nenhum tribunal americano tinha dirigido injunções à administração para modificar condições ou práticas em matéria prisional.

¹⁷⁰⁶ Dando nota destes argumentos, BRANHAM, *The Law and Policy of Sentencing and Corrections*, pp. 213 ss., bem como FALKOF, «Prisoner Representative Organizations...», p. 44.

¹⁷⁰⁷ *Coffin v. Reichard*, Sixth Circuit Court of Appeals, 3-7-1944. O tribunal disse ainda que os reclusos têm o direito de apresentar pedidos de *habeas corpus* quando, ainda que legalmente privados da liberdade, sejam privados de algum direito de que sejam legalmente titulares mesmo em detenção, privação essa que sirva para tornar a sua prisão mais penosa do que a lei permite ou que restrinja a sua liberdade num grau maior que o permitido por lei.

¹⁷⁰⁸ Sobre esta segunda fase, FEELEY/Rubin, *Judicial Policy Making...*, pp. 39 ss. (balizando-a entre 1965 e 1986), e BRANHAM, *The Law and Policy of Sentencing and Corrections*, pp. 213 ss.

com o espírito da época, ficou conhecida por uma interpretação generosa das liberdades civis e pela extensão da protecção constitucional às minorias desfavorecidas¹⁷⁰⁹.

Foi assim que, ao longo das décadas de sessenta e setenta, por via judicial, se estendeu aos reclusos o gozo de numerosos direitos constitucionais, como a liberdade de expressão, a liberdade de religião e o direito a um processo equitativo, e se operou uma transformação radical da instituição prisional, em especial nos Estados do Sul.

No caso *Cooper v. Pate*, pela primeira vez um recluso obteve sucesso em juízo contra a administração prisional, fazendo valer a sua pretensão de receber publicações de carácter religioso, com base no direito constitucional à liberdade de religião; a decisão do Supremo Tribunal, de 1964¹⁷¹⁰, estabeleceu que os reclusos podiam recorrer aos tribunais federais para fazer valer as suas pretensões ao abrigo do § 1983 do *Civil Rights Act*¹⁷¹¹, abrindo assim caminho a dezenas de milhares de processos por violação de vários direitos constitucionais. E, no início dos anos setenta, os tribunais federais proferiram várias decisões no sentido de as restrições de direitos constitucionais aos reclusos estarem sujeitas às exigências de necessidade e de razoabilidade¹⁷¹². Em *Wright v. McMann*, um tribunal federal afirmou que “as prisões e os seus reclusos já não podem ser considerados uma sociedade fechada, com as suas decisões disciplinares internas alegremente tidas como imunes aos holofotes a que todas as agências públicas estão ordinariamente sujeitas”¹⁷¹³.

A atitude *hands-off* foi claramente abandonada pelo Supremo Tribunal em duas decisões proferidas em 1974. Em *Wolff v. McDonnell*, considerada a decisão que trouxe o *due process* para o mundo prisional, ao decidir que determinadas garantias de processo equitativo eram de aplicar aos processos disciplinares nas prisões, o Tribunal proclamou lapidarmente que “não existe uma cortina de ferro entre a Constituição e as prisões deste país”; embora os direitos dos reclusos possam ser sujeitos a restrições com base nas exigências próprias da execução, o cumprimento da pena não despoja

¹⁷⁰⁹ Identificando estes factores como propiciadores da mudança verificada, BRANHAM, *The Law and Policy of Sentencing and Corrections*, pp. 213 ss., e FEELEY/Rubin, *Judicial Policy Making...*, pp. 36, 158 ss.

¹⁷¹⁰ *Cooper v. Pate*, decisão do Supremo Tribunal de 22-6-1964.

¹⁷¹¹ 42 *U.S. Code*, § 1983, disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/1983>, disposição ao abrigo da qual os cidadãos que sejam vítimas de violação de direitos constitucionais ou legais podem apresentar *claims* junto dos tribunais com vista à responsabilidade do infractor e à obtenção de reparação.

¹⁷¹² São exemplos *Carothers v. Folette et al.*, U. S. District Court, S. D. New York, 15-7-1970, e *Procurier v. Martinez*, decisão do Supremo Tribunal de 29-4-1974, ambos relacionados com a liberdade de expressão.

¹⁷¹³ *Wright v. McMann*, U. S. District Court, N. D. New York, 31-7-1970.

totalmente os reclusos das garantias constitucionais¹⁷¹⁴. Em *Procunier v. Martínez*¹⁷¹⁵, ainda que se admita que os tribunais não detêm as características funcionais para resolver os problemas prementes do sistema prisional, afirma-se que os tribunais federais não deixarão de cumprir o seu dever de proteger as garantias constitucionais perante normas ou práticas prisionais que as ofendam.

Os tribunais começaram, assim, a aceitar que o mecanismo do *habeas corpus* não valesse somente para violações de direitos ocorridas na fase de julgamento mas também para as verificadas na execução da pena – e que o remédio correspondente não se cingisse à libertação¹⁷¹⁶.

Contudo, a notável reforma da instituição prisional ocorrida nesta fase não teve como principal origem o Supremo Tribunal, disseminando-se depois pelo sistema judiciário federal; antes, ela foi resultado de decisões tomadas em diversos tribunais federais de primeira instância, não coordenadas entre si, embora igualmente influenciadas pelo já descrito contexto da época.

O primeiro conjunto de decisões com um impacto relevante no sistema prisional incidiu sobre os estabelecimentos penais do Estado do Arkansas, caracterizados por condições sub-humanas, incluindo maus-tratos, castigos corporais, falta de acesso a cuidados médicos, isolamento celular arbitrário e ausência de protecção contra agressões por outros reclusos¹⁷¹⁷, seguindo-se casos relativos às prisões do Alabama¹⁷¹⁸,

¹⁷¹⁴ *Wolff v. McDonnell*, decisão do Supremo Tribunal de 26-6-1974. No caso concreto, estava em causa a decisão de revogação de “créditos” de redução de pena por *good time served*, motivada por infracções disciplinares, sem nota de culpa escrita, direito de audição e fundamentação escrita da decisão.

¹⁷¹⁵ Já citado (*supra*, n. 1712), relativo ao direito à liberdade de expressão.

¹⁷¹⁶ Sobre isto, FEELEY/Rubin, *Judicial Policy Making...*, pp. 36 ss.

¹⁷¹⁷ Para uma descrição minuciosa desta litigância, FEELEY/Rubin, *ibidem*, pp. 55 ss. Em síntese, num contexto em que a revelação pública das condições vigentes causara escândalo na sociedade e no poder político, foram as decisões do juiz Henley, que presidia ao tribunal federal de primeira instância competente, a provocar uma completa reformulação do sistema penitenciário do Estado. Numa primeira decisão, em 1969 (*Holt v. Starver*), proferida na sequência de queixas sobre as referidas condições prisionais, o tribunal julgou várias dessas condições contrárias à 8.ª Emenda e ordenou às autoridades prisionais que apresentassem um plano para pôr-lhes termo. Numa segunda decisão, no ano seguinte (*Holt v. Starver II*), foi o próprio sistema prisional, no seu conjunto, a ser declarado contrário à Constituição. Foi então ordenado que a administração tomasse acção imediata para corrigi-lo, devendo apresentar relatórios periódicos. Outros processos se sucederam, dando lugar a novas *orders* do juiz. À medida que as suas decisões iam sendo cumpridas e as condições melhoradas, o tribunal ia emitindo injunções cada vez mais pormenorizadas, já não se cingindo às violações mais flagrantes. A intervenção judicial no sistema penitenciário do Arkansas prolongou-se por cerca de 17 anos e conduziu à sua total reestruturação.

¹⁷¹⁸ Sobre o processo *Pugh v. Locke*, que culminou, em 1976, numa decisão que julgou inconstitucional o sistema prisional do Estado do Alabama no seu todo, M. SCHLANGER, «Civil Rights Injunctions Over Time...», pp. 605 ss. O tribunal federal emitiu injunções relacionadas com a população prisional, a dimensão das celas, o sistema de classificação dos reclusos, os procedimentos e condições da colocação em isolamento, a protecção contra a violência, os cuidados de saúde, as condições de higiene e de

do Texas¹⁷¹⁹, do Colorado¹⁷²⁰ e da Califórnia¹⁷²¹. Em alguns dos casos, determinadas condições prisionais foram julgadas violadoras da 8.^a Emenda (proibição de *cruel and unusual punishments*); em outros, foi o próprio sistema prisional estadual, no seu conjunto, a ser considerado contrário à Constituição. Os respectivos juízes não se limitaram a declarar as violações, tendo ordenado à administração que tomasse medidas para lhes pôr termo. A não resolução dos problemas por parte da administração, ou, em alguns casos, a demora em fazê-lo, levou os juízes a sucessivas decisões decretando novas medidas, cada vez mais concretas (desde a imposição de apresentação de

salubridade, a alimentação, as actividades de formação e de lazer, os contactos com o exterior e o número de profissionais.

¹⁷¹⁹ Para uma análise dos casos relativos às prisões do Texas, FEELEY/Rubin, *Judicial Policy Making...*, pp. 80 ss. Tratou-se do maior conjunto de casos deste tipo, envolvendo uma *class action* contra o sistema prisional texano no seu todo. No caso *Ruiz v. Estelle*, o tribunal federal competente decidiu, em 1980, que o sistema prisional do Estado violava a Constituição em vários aspectos (área por recluso, segurança e vigilância, cuidados de saúde, salubridade, procedimento disciplinar e acesso ao direito). O processo culminou num acordo entre as partes, homologado pelo tribunal, contendo um conjunto de medidas a tomar pela administração, sob a supervisão de um *special master*. O caso manteve-se sob jurisdição durante 12 anos, tendo nesse período o sistema prisional do Texas sido significativamente modificado.

¹⁷²⁰ No caso *Ramos v. Lamm*, decidido em 1979, o tribunal federal competente, tendo verificado numerosas desconformidades na prisão *Old Max* de Cañon City, ordenou o seu encerramento, conferindo prazo para o efeito e estipulando que as autoridades estaduais tomassem medidas imediatas para corrigir as violações indicadas e apresentassem um plano para evitar violações no futuro. O processo terminou em 1985, por acordo entre as partes, homologado pelo tribunal, que incluiu uma planificação minuciosa. O processo teve como resultado o encerramento do estabelecimento considerado inadequado e a construção de um novo, com novo pessoal, dotado de condições de saúde, segurança, trabalho e acesso ao direito satisfatórias. Para a análise deste caso, FEELEY/Rubin, *Judicial Policy Making...*, pp. 100 ss.

¹⁷²¹ Caso descrito por FEELEY/Rubin, *ibidem*, pp. 114 ss.: em 1981, o tribunal federal competente declarou, no caso *Branson v. Winter* – que opunha os detidos nas prisões (*jails*, destinadas primordialmente a detidos e a presos preventivos, mas também ao cumprimento de penas mais curtas) da circunscrição de Santa Clara à respectiva administração –, que a sobrelotação crónica do sistema violava a Constituição. Ordenou a elaboração de um programa de libertações de presos preventivos e de libertações antecipadas, fixou limites máximos de lotação, proibiu que os reclusos dormissem em colchões no chão e exigiu que, no prazo de quatro meses, fosse apresentado um plano para reduzir a população para número adequado à lotação do sistema. Não tendo esse prazo sido cumprido, ordenou a libertação antecipada de condenados. O caso acabou por estender-se às más condições de detenção (alojamento, comida, serviços médicos, higiene, etc.) e, em 1982, o tribunal emitiu injunções (*orders*) estabelecendo tectos máximos de lotação, nomeou um *special master* e alargou a jurisdição a todas as instalações prisionais da circunscrição. Com base nestas decisões, a população prisional foi reduzida, as instalações físicas e os serviços prestados foram melhorados e assumiu-se o compromisso de expandir a capacidade do sistema. Quando a Administração não dava cumprimento às injunções, o tribunal substituiu-se-lhe, ora decidindo ele mesmo as libertações, ora elaborando ele próprio os planos, ora, mesmo, ordenando a compra de camas e a contratação de serviços de obras, concedendo prazos muito estritos, por vezes de apenas algumas horas. A Administração, reconhecendo embora a competência do tribunal para declarar inconstitucionais as condições prisionais, recorreu de algumas dessas providências, contestando a competência do tribunal para formular remédios minuciosos e para ordenar despesas significativas, substituindo o Estado nas decisões sobre alocação de fundos; contudo, o recurso foi rejeitado, vindo o processo a terminar por acordo, que envolvia o cumprimento de um plano de melhoria calendarizado. Desta longa litigância resultaram novas instalações prisionais, melhoria dos serviços prestados, resolução do problema de sobrelotação e adopção de procedimentos conformes à Constituição. Contudo, depois de o tribunal ter dado por terminada a sua jurisdição, em 1989, a administração transformou as celas individuais da nova prisão em duplas, cancelou os planos para fechar a prisão velha e a lotação voltou a aumentar.

relatórios de progresso periódicos até à determinação do encerramento de estabelecimentos, passando pela nomeação de *special masters* – comissários encarregados de supervisionar a execução das decisões judiciais, reportando ao tribunal), podendo, em alguns dos casos, falar-se de *judicial micro-management*¹⁷²². A intervenção judicial nas prisões visadas durou vários anos e conduziu a completas reformulações de estabelecimentos prisionais, ou mesmo de inteiros sistemas penitenciários estaduais.

Na apreciação de Feeley e Rubin sobre os *prison reform cases*, estes representam uma forma de *policy-making* judicial¹⁷²³: na ausência de um enquadramento legal para as condições prisionais, os tribunais desenvolveram uma doutrina jurídica sobre a matéria, que se reconduz a duas ideias institucionais, decorrentes de teorias gerais sobre a punição e as instituições modernas (as prisões devem ser orientadas para a reabilitação dos condenados¹⁷²⁴ e devem ser organizadas de modo burocrático¹⁷²⁵), e fizeram depois aplicar essa doutrina mediante uma intervenção de estilo administrativo¹⁷²⁶. Segundo os mesmos Autores, ao actuarem desta forma, os tribunais ignoraram princípios jurídicos estabelecidos, como o federalismo¹⁷²⁷, a *rule of law*¹⁷²⁸ e a separação de poderes¹⁷²⁹.

¹⁷²² FEELEY/Rubin, *ibidem*, p. 117.

¹⁷²³ Que os Autores consideram, porém, legítima (ao contrário de outras posições doutrinárias), à luz de um moderno conceito de *governance*. Sobre isto, FEELEY/Rubin, *ibidem*, pp. 145 ss.

¹⁷²⁴ Não constando a finalidade de reabilitação do bloco de legalidade, a solução encontrada pelos tribunais foi declarar que uma prisão em que as suas várias componentes não se orientassem para a reabilitação violava a proibição de *cruel and unusual punishments*, infringindo portanto a 8.^a Emenda. Criaram-se, deste modo, *standards* para a 8.^a Emenda, que a tornaram justiciável (até então esta Emenda vinha sendo considerada como *lacking any justiciable standards*). Assim, FEELEY/Rubin, *Judicial Policy Making...*, pp. 252 ss. Segundo os mesmos Autores, *ibidem*, p. 265, o objectivo do *rehabilitative design model*, mais do que alcançar uma efectiva reabilitação dos reclusos, era criar um modelo de prisão constitucionalmente aceitável.

¹⁷²⁵ Sobre este aspecto, FEELEY/Rubin, *ibidem*, pp. 271 ss.: o modelo “burocratizado” (com hierarquias formais, regras escritas, procedimentos formalizados, regras do processo equitativo nos procedimentos sancionatórios) imposto pelos tribunais visou superar o anterior modelo paternalista, arbitrário, pré-democrático, passando a sujeitar o mundo prisional à legalidade e ao controlo democráticos, como qualquer outra agência pública.

¹⁷²⁶ Assim, desenvolvidamente, FEELEY/Rubin, *ibidem*, pp. 147 ss.

¹⁷²⁷ Na medida em que a administração das prisões é competência estadual, não dispendo o sistema federal de competência para controlar a punição das condutas reguladas pelos ordenamentos estaduais. Nos *prison reform cases*, os tribunais federais, na verdade, constrangeram um conjunto de sistemas prisionais “marginais” – os dos Estados do Sul – a conformar-se com o que era norma no resto do país. Recorrendo à 8.^a Emenda, os tribunais contornaram os limites a que os poderes legislativo e executivo federais estavam adstritos em virtude do princípio do federalismo. Sobre este ponto, aprofundadamente, FEELEY/Rubin, *ibidem*, pp. 171 ss.

¹⁷²⁸ FEELEY/Rubin discordam do entendimento de que os tribunais violaram o princípio da legalidade, considerado na sua concepção moderna (*Judicial Policy Making...*, pp. 204 ss.).

É a compreensão da actuação do judiciário à luz do princípio da separação dos poderes que aqui especialmente nos interessa. Efectivamente, os tribunais federais não se limitaram a declarar inconstitucionais os sistemas prisionais estaduais ou componentes destes, mas decretaram também “remédios” – que incluíram desde opções de política penitenciária até aos mais ínfimos pormenores¹⁷³⁰ –, impondo assim o *modo* de superar as inconstitucionalidades verificadas. Em lugar dos remédios jurídicos tradicionais, como o arbitramento de indemnização ou a libertação por via de *habeas corpus*, acabaram por exercer uma supervisão intensiva sobre as prisões, actuando em *managerial mode*, como se de administradores se tratasse, “de um modo que contrasta fortemente com a imagem tradicional dos tribunais”¹⁷³¹. Perante a verificação de um relevante problema social que os demais poderes não estavam a resolver e que os tribunais podiam razoavelmente adicionar à sua jurisdição recorrendo à Constituição, estes acabaram por proceder a significativas reformas institucionais.

2. “*One hand on, one hand off*”

A partir dos anos oitenta, o “activismo” judicial nesta matéria foi-se atenuando, verificando-se mesmo um recuo da intervenção dos tribunais, acompanhando aliás o contexto político geral – um poder político mais conservador, uma abordagem endurecida da luta contra a droga e o crime, aliados à ideia de que os objectivos mais importantes de reforma prisional estavam já alcançados¹⁷³². Sem prejuízo do reconhecimento aos reclusos de numerosos direitos constitucionais, conquistado graças

¹⁷²⁹ Desenvolvidamente, FEELEY/Rubin, *ibidem*, pp. 297 ss., em termos que se sintetizam seguidamente, no texto.

¹⁷³⁰ Segundo FEELEY/Rubin, *ibidem*, p. 41, os tribunais acabaram por aprovar um código abrangente para a gestão prisional, compreendendo matérias tão diversas como instalações, salubridade, alimentação, vestuário, assistência médica, disciplina, trabalho, educação, etc., por vezes de forma minuciosa, chegando a ocupar-se da voltagem da iluminação, da frequência dos duches ou do conteúdo calórico das refeições.

¹⁷³¹ Assim, FEELEY/Rubin, *Judicial Policy Making...*, p. 303. Para os Autores (*ibidem*, p. 314), a conformidade dessa actuação com o princípio da separação dos poderes só pode admitir-se à luz de uma compreensão deste como um princípio ligado às ideias de eficiência, especialização e divisão de trabalho (recorde-se aqui a dimensão positiva do princípio da separação dos poderes, abordada *supra*, Parte I). Ao adoptarem um papel de *policy-making* e um modo de actuação tipicamente administrativo, os tribunais, na apreciação dos Autores, seguiram o método de *governance* dominante, que lhes permitiu – perante a inacção dos demais poderes – reformar uma organização administrativa complexa; ao fazê-lo, revelaram-se participantes plenamente eficazes no moderno processo de governo (*ibidem*, pp. 321, 334).

¹⁷³² Sobre esta terceira fase, FEELEY/Rubin, *Judicial Policy Making...*, pp. 46 ss., e BRANHAM, *The Law and Policy of Sentencing and Corrections*, pp. 213 ss. Discordando, porém, de que se tenha verificado um efectivo declínio depois de 1980, M. SCHLANGER, «Civil Rights Injunctions Over Time: A Case Study of Jail and Prison Court Orders», pp. 567 ss. (defendendo ter-se verificado apenas uma transformação, posição de que se dará nota *infra*).

ao notável trabalho do poder judicial federal nas décadas anteriores, o Supremo Tribunal passou a revelar maior “deferência” para com as avaliações das autoridades penitenciárias relativas às necessidades de segurança e à realização das finalidades da execução.

São exemplificativos desta nova linha jurisprudencial os acórdãos *Bell v. Wolfish* (em que, revogando as decisões adoptadas pelos tribunais federais inferiores que haviam censurado diversas regras e práticas vigentes num estabelecimento, o Supremo tece considerações sobre o papel dos tribunais na matéria, no sentido de estes não deverem substituir-se ao poder que detém o encargo e o conhecimento em matéria de administração das prisões¹⁷³³) e *Rhodes v. Chapman* (onde reverteu a decisão do tribunal federal que havia considerado contrário a 8.ª Emenda o alojamento de dois reclusos por cela num estabelecimento do Ohio, afirmando que a ponderação feita pelo tribunal cabia ao poder legislativo e à administração prisional¹⁷³⁴). Com estas decisões, o Supremo Tribunal tornou também os requisitos de prova mais exigentes (no quadro de um conjunto jurisprudencial que, em geral, tornou mais difícil a obtenção de decisões favoráveis aos queixosos em matérias de *civil rights*, mesmo fora do contexto prisional)¹⁷³⁵. Em 1987, em *Turner v. Safley*, o Tribunal, na sequência de um elevado número de acções judiciais movidas por reclusos, decidiu admitir um *standard* de apreciação da constitucionalidade das normas prisionais mais baixo, em nome das finalidades da execução prosseguidas pelos estabelecimentos¹⁷³⁶. Posteriormente, no acórdão *Wilson v. Seiter*, o Tribunal passou a exigir, na apreciação da conformidade de

¹⁷³³ *Bell v. Wolfish*, decisão do Supremo Tribunal de 14-5-1979. Vejam-se as seguintes passagens do acórdão, que se debruçam sobre a separação dos poderes e a adequação funcional: [*judges (...) have a natural tendency to believe that their individual solutions to often intractable problems are better and more workable than those of the persons who are actually charged with and trained in the running of the particular institution under examination. But under the Constitution, the first question to be answered is not whose plan is best, but in what branch of the Government is lodged the authority to initially devise the plan. This does not mean that constitutional rights are not to be scrupulously observed. It does mean, however, that the inquiry of federal courts into prison management must be limited to the issue of whether a particular system violates any prohibition of the Constitution or, in the case of a federal prison, a statute; e ainda: unguided substitution of judicial judgment for that of the expert prison administrators on matters such as this is inappropriate*]; e também: *since problems that arise in the day-to-day operation of a corrections facility are not susceptible of easy solutions, prison administrators should be accorded wide-ranging deference in the adoption and execution of policies and practices that, in their judgment, are needed to preserve internal order and discipline and to maintain institutional security.*

¹⁷³⁴ *Rhodes v. Chapman*, decisão do Supremo Tribunal de 15-6-1981. Acrescentou ainda: [*in discharging this oversight responsibility, however, courts cannot assume that state legislatures and prison officials are insensitive to the requirements of the Constitution or to the perplexing sociological problems of how best to achieve the goals of the penal function in the criminal justice system.*

¹⁷³⁵ Para uma análise destes acórdãos e das suas implicações, M. SCHLANGER, «Civil Rights Injunctions Over Time...», pp. 609 ss.

¹⁷³⁶ *Turner v. Safley*, decisão do Supremo Tribunal de 1-6-1987.

condições prisionais com a proibição de *cruel and unusual punishments*, ínsita na 8.^a Emenda, a demonstração de que as autoridades tenham agido com “indiferença deliberada”¹⁷³⁷. Esta fase já foi descrita, sugestivamente, como *one hand on, one hand off*¹⁷³⁸.

Na mesma época também o poder legislativo rumou num sentido restritivo, facto de que é especialmente ilustrativa a aprovação, em 1996, do *Prison Litigation Reform Act*¹⁷³⁹, diploma com o propósito assumido de dificultar o acesso aos tribunais e limitar os poderes de decisão destes em matéria de direitos dos reclusos e de condições prisionais¹⁷⁴⁰. Esse intento é prosseguido através de previsões como: o requisito do esgotamento das vias de impugnação administrativa (*grievance systems* disponibilizados pelas administrações prisionais, por vezes com prazos estritos e com vários níveis hierárquicos de decisão a percorrer), requisito que não vigora para a generalidade dos cidadãos no acesso aos tribunais em defesa dos seus direitos constitucionais; a exigência de demonstração de um dano físico (excluindo portanto danos psicológicos); a restrição do poder dos tribunais para fazerem acompanhar a declaração de violação do direito de injunções com vista a remediá-la (mediante o requisito de que a injunção seja concebida estritamente, não vá além do necessário para corrigir a violação do direito e seja o menos intrusiva possível), entre outras disposições restritivas¹⁷⁴¹. O *Prison Litigation Reform Act* conduziu a uma quebra significativa do acesso dos reclusos aos tribunais e da supervisão judicial sobre as condições de detenção¹⁷⁴².

¹⁷³⁷ *Wilson v. Seiter*, decisão do Supremo Tribunal de 17-6-1991.

¹⁷³⁸ A expressão é usada por William C. Collins, *apud* BRANHAM, *The Law and Policy of Sentencing and Corrections*, p. 219.

¹⁷³⁹ 18 *U.S.Code*, § 3626, disponível em www.law.cornell.edu/uscode/text/18/3626 [4-3-2020]. Este diploma regula os processos nos tribunais federais; vários Estados aprovaram leis semelhantes aplicáveis nos tribunais estaduais (HUMAN RIGHTS WATCH, *No Equal Justice. The Prison Litigation Reform Act in the United States*, p. 9).

¹⁷⁴⁰ FEELEY/Rubin, *Judicial Policy Making...*, p. 382. De acordo com M. DEITCH, «The Need for Independent Prison Oversight in a Post-PLRA World», p. 236, a iniciativa legislativa foi motivada em grande parte pela frustração dos responsáveis políticos estaduais com processos judiciais prolongados e por considerações ligadas ao federalismo e à separação de poderes.

¹⁷⁴¹ Sobre as alterações introduzidas por esta legislação, M. SCHLANGER, «Civil Rights Injunctions Over Time...», pp. 590 ss., M. DEITCH, «The Need for Independent Prison Oversight in a Post-PLRA World», p. 239.

¹⁷⁴² Sobre as consequências da aprovação deste diploma, M. SCHLANGER, *ibidem*, p. 554, e M. DEITCH, *ibidem*, p. 236. O relatório da HUMAN RIGHTS WATCH, *No Equal Justice. The Prison Litigation Reform Act in the United States*, documenta a diminuição dos processos entrados, bem como da percentagem de sucesso dos processos admitidos; dá nota, com numerosos exemplos concretos, das consequências restritivas da introdução do requisito da exaustão das vias administrativas, aplicado com formalidade excessiva (pp. 11 ss.), e do requisito do dano físico, que deixa de fora violações causadoras de danos meramente psíquicos (pp. 23 ss.), classificando como “devastadores” os efeitos do diploma na tutela dos reclusos contra violações dos seus direitos fundamentais (p. 44).

Apesar disso, a intervenção judicial no sistema prisional não se extinguiu. Segundo o estudo de M. Schlanger, continuam a produzir-se injunções judiciais em matéria prisional, embora se tenha verificado uma transformação nas características da litigância, que passou a focar-se em aspectos mais específicos das condições de execução das penas, com requisitos de prova mais exigentes¹⁷⁴³.

Nos anos mais recentes, é digno de nota o controverso caso *Brown v. Plata* – no qual o Supremo Tribunal confirmou a decisão tomada por um tribunal federal de ordenar ao Estado da Califórnia que reduzisse a sua população prisional para um máximo de 137,5% da sua capacidade no prazo de dois anos¹⁷⁴⁴ –, demonstrativo da permanência de casos de intervenção judicial nos sistemas prisionais para remediar violações de direitos constitucionais, mesmo com os apertados requisitos pós-*Prison Litigation Reform Act*.

A decisão em *Brown v. Plata* foi o culminar de uma longa litigância, iniciada por dois processos nos quais reclusos de prisões da Califórnia se queixavam de deficiências dos cuidados de saúde nesses estabelecimentos, de gravidade tal que configuravam violação da 8.^a Emenda. Num momento inicial, os tribunais emitiram injunções menos intrusivas no poder da administração, determinando que as autoridades estaduais levassem a cabo medidas que remediasses a situação. Perante a sucessiva insuficiência da acção do Estado para pôr termo à violação, os tribunais foram adoptando injunções cada vez mais drásticas, culminando na ordem de redução da população prisional, com limites precisos e prazos. Na fundamentação da decisão, o tribunal salientou que “os tribunais federais não intervêm nos assuntos dos Estados levemente. Os princípios do federalismo [...] e da separação dos poderes exigem que os tribunais federais não intervenham em matérias de governo estadual a não ser nas mais prementes circunstâncias. Mesmo nesses casos, os tribunais devem proceder com cautela, concedendo aos Estados oportunidade para cumprirem as suas obrigações constitucionais voluntariamente [...]. Quando o poder político falhou em absoluto na protecção dos direitos constitucionais de uma minoria, os tribunais podem e devem fazer valer esses direitos”.

O Supremo Tribunal confirmou a decisão do tribunal federal, sustentando que os tribunais têm a responsabilidade de dar remédio a violações dos direitos constitucionais e que, no caso, um limite de lotação prisional judicialmente estabelecido constituía medida necessária para remediar tal violação. Ambos os tribunais assinalaram que ao

¹⁷⁴³ M. SCHLANGER, *ibidem*, pp. 554 s., 602 ss.

¹⁷⁴⁴ *Brown v. Plata*, decidido pelo Supremo Tribunal em 23-5-2011.

Estado era deixada margem para definir os meios para alcançar o objectivo decretado, indicando vários possíveis, tais como libertações antecipadas, transferências para outros sistemas prisionais, novas construções, revisão do regime da liberdade condicional, reforma do sistema de penas ou investimento em programas de reabilitação¹⁷⁴⁵.

Reconhece-se hoje que os tribunais não são a instituição adequada para levar a cabo um controlo permanente e exaustivo das condições prisionais: com efeito, por a sua intervenção se cingir às situações de violação da Constituição, ocupam-se apenas dos casos extremos, não servindo para a conformação com *standards* superiores ao mínimo constitucionalmente aceitável; a sua actuação é limitada no tempo, durando até que seja executada a sentença, sendo portanto inadequada para a monitorização permanente de problemas que o exigem; é um mecanismo reactivo, só accionável perante factos já ocorridos, não preenchendo as necessidades de monitorização preventiva; os custos de processos como os *prison reform cases* são inoportáveis; finalmente, a efectividade da via judicial viu-se muito limitada com o *Prison Litigation Reform Act*¹⁷⁴⁶. Por essa razão, entende-se que os tribunais não servem para desempenhar o papel que noutras jurisdições é atribuído a mecanismos de monitorização de cariz preventivo; defende-se que a sua actuação deve reservar-se para as situações de violação de direitos fundamentais e que exijam uma decisão obrigatória, passível de execução coerciva¹⁷⁴⁷.

Na apreciação da intervenção dos tribunais dos Estados Unidos no sistema prisional – e na sua confrontação com o papel dos tribunais nos demais ordenamentos jurídicos analisados –, há que ter em conta um aspecto essencial: o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e os tribunais federais que lhe estão infra-ordenados são competentes para decidir questões federais, nomeadamente a conformidade de leis e de certos actos das autoridades públicas com a Constituição dos Estados Unidos e com as leis federais. Por conseguinte, no confronto com os sistemas europeus continentais analisados, a actuação do sistema judiciário federal americano é de comparar primordialmente com o papel dos tribunais constitucionais (actuando seja na fiscalização da constitucionalidade de normas, seja na decisão de recursos de amparo ou

¹⁷⁴⁵ A decisão do Supremo Tribunal foi tomada por 5 votos contra 4, tendo os Juízes vencidos formulado declarações de voto muito contundentes, considerando, nomeadamente, que esta fora “talvez a injunção mais radical já emitida por um tribunal na história da nossa nação” (Scalia) e que “a maioria est[ava] a jogar com a segurança da população da Califórnia” (Alito).

¹⁷⁴⁶ Assim, M. DEITCH, «The Need for Independent Prison Oversight in a Post-PLRA World», p. 238.

¹⁷⁴⁷ *Ibidem*, p. 242.

queixas constitucionais por violação de direitos fundamentais), mais do que com a actuação das jurisdições ordinárias (especializadas ou não na execução da pena), tomando decisões relativas à execução da pena de prisão com base na lei.

Há ainda que ter em conta que as intervenções mais “intrusivas” dos tribunais federais ocorreram em situações de excepcional gravidade e perante uma inércia persistente das autoridades estaduais (por vezes mesmo após a declaração pelos tribunais de uma desconformidade com a Constituição) em superá-las.

Ressalvados estes aspectos, justifica-se indagar da prestabilidade do exemplo americano para inspirar o caminho do sistema português. Se, no plano legislativo, o pendor restritivo do *Prison Litigation Reform Act*, com o propósito não oculto de dificultar o acesso dos reclusos aos tribunais e de limitar os poderes destes, não pode servir de modelo, visto que uma iniciativa legislativa semelhante seria claramente inconstitucional, desde logo por violação do direito a uma tutela jurisdicional efectiva, já a intervenção dos tribunais do tipo da verificada em *Brown v. Plata*, apesar de discutível do ponto de vista do princípio da separação dos poderes, quer na sua dimensão negativa quer na positiva, de adequação orgânico-funcional, revelou-se um importante “contrapeso” perante a não actuação reiterada dos demais poderes para assegurarem o cumprimento das exigências constitucionais, sendo apta a inspirar soluções, nomeadamente no que respeita à efectividade da tutela proporcionada e aos “remédios” para fazer cessar as violações de direitos dos reclusos.

CAP. VII – BRASIL

É imperioso compreender que o papel do juiz da execução penal é, fundamentalmente, zelar pelo fiel cumprimento da lei de execuções penais, e isso implica atuar decisivamente no controle e fiscalização de todo o processo ressocializante a que é submetido o condenado, analisando seu comportamento e, a partir dessa análise, estabelecer o momento certo para devolvê-lo ao convívio da comunidade.

(...)

A Lei de Execução Penal é lacônica ao estabelecer os meios para que o juiz possa, de fato, zelar pelo seu fiel cumprimento. Permite-lhe interditar um presídio, mas, de fato, torna isso impossível. Onde seriam colocados os presos? Se o juiz fizer uma loucura dessas, possivelmente será interditado no dia seguinte.

George Leite, antigo juiz da Vara de Execuções Criminais de Brasília, «O papel do juiz na execução penal», *Revista CEJ*, n.º 15, Set./Dez. 2001, pp. 53, 56

O Estado deixou o mal tomar conta

Título de relatório da Human Rights Watch sobre o sistema penitenciário do Estado de Pernambuco, 2015 (disponível em https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/brazil1015port_forupload.pdf)

A centralidade do valor da dignidade da pessoa humana em nosso sistema constitucional permite a intervenção judicial para que seu conteúdo mínimo seja assegurado aos jurisdicionados em qualquer situação em que estes se encontrem.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 13-8-2015, RE 592.581/RS

1. O sistema misto de controlo da execução

O Brasil, como já se deixou referido, foi o primeiro país a criar a figura do juiz de execução, o que, aliado aos desenvolvimentos jurisprudenciais recentes que descreveremos, justifica uma sucinta descrição do sistema aí vigente.

O sistema de controlo da execução penal no Brasil, instituído nos anos vinte do século passado¹⁷⁴⁸, compunha-se de dois órgãos fundamentais: o *juiz de execução* e um órgão não judicial de fiscalização, denominado *conselho penitenciário*.

Ao “juiz das execuções criminais” competia decidir da concessão e revogação da liberdade condicional¹⁷⁴⁹.

O conselho penitenciário, composto por representantes do Ministério Público e por “pessoas gradas” escolhidas de preferência de entre professores de direito, profissionais forenses e professores de medicina ou médicos¹⁷⁵⁰, tinha como atribuições “verificar a conveniência da concessão do livramento condicional e do indulto”,

¹⁷⁴⁸ Decretos Federais n.ºs 4577, de 5-9-1922 (*Diário Oficial da União*, Secção 1, 12-9-1922, p. 17451), e 16665, de 6-11-1924 (*Diário Oficial da União*, Secção 1, 8-11-1924, p. 23737); este último, a par da criação do conselho penitenciário, introduziu e regulou a liberdade condicional (denominada “livramento condicional”).

¹⁷⁴⁹ Cf. arts. 8.º, 18.º e 19.º do citado Decreto Federal n.º 16665. Note-se que a competência pertencia a este juiz “onde houver”, pertencendo, onde não o houvesse, ao tribunal do julgamento.

¹⁷⁵⁰ Art. 2.º do mesmo Decreto Federal.

“visitar, pelo menos uma vez por mês, os estabelecimentos penais da zona da sua jurisdição, verificando a boa execução do regime penitenciário legal e representando ao Governo respectivo, sempre que entender conveniente qualquer providência”, “verificar a regularidade da execução das condições impostas aos liberados condicionais e aos egressos localizados em colónias de trabalhadores livres ou em serviços externos, providenciando como for conveniente” e ainda, no âmbito do acompanhamento da execução da liberdade condicional, representar ao juiz o incumprimento das condições impostas, para eventual revogação da medida, devendo apresentar anualmente relatório dos seus trabalhos¹⁷⁵¹. Reunia, portanto, competências consultivas e de vigilância penitenciária.

Hoje, no sistema instituído pela Lei de Execução Penal de 1984¹⁷⁵², o conjunto dos órgãos da execução penal compreende¹⁷⁵³: o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária¹⁷⁵⁴, o Juízo da Execução, o Ministério Público¹⁷⁵⁵, o Conselho Penitenciário¹⁷⁵⁶, os Departamentos Penitenciários¹⁷⁵⁷, o Patronato¹⁷⁵⁸, o Conselho da Comunidade¹⁷⁵⁹ e a Defensoria Pública¹⁷⁶⁰.

¹⁷⁵¹ Arts. 3.º e 18.º do mesmo diploma.

¹⁷⁵² Lei n.º 7210/84, de 11-7-1984, alterada, por último, pela Lei n.º 13964, de 24-12-2019, e disponível, na sua redacção actual, em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm.

¹⁷⁵³ Cf. enumeração constante do art. 61.º da referida Lei.

¹⁷⁵⁴ Trata-se de órgão com competências consultivas e de fiscalização, composto por peritos e representantes da comunidade e subordinado ao Ministério da Justiça (arts. 62.º ss.).

¹⁷⁵⁵ Ao Ministério Público incumbe fiscalizar a execução da pena e da medida de segurança, “oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução”, visitar mensalmente os estabelecimentos e interpor recurso de decisões proferidas pelo juiz durante a execução (arts. 67.º e 68.º da mesma Lei). Sobre as funções do Ministério Público na execução, vide NUCCI, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, pp. 987 ss.

¹⁷⁵⁶ O Conselho Penitenciário, integrado por professores e profissionais de direito penal e de ciências relacionadas e por representantes da comunidade, mantém-se como órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena, incumbindo-lhe inspeccionar os estabelecimentos, supervisionar os patronatos e a assistência aos libertados e dar parecer sobre a concessão da liberdade condicional e de indultos (arts. 69.º, 70.º e 131.º da mesma lei).

¹⁷⁵⁷ Subordinado ao Ministério da Justiça, é órgão executivo da política penitenciária nacional; incumbem-lhe, nomeadamente, inspeccionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços penais (arts. 71.º e 72.º).

¹⁷⁵⁸ De acordo com os arts. 78.º e 79.º, tem como função prestar assistência aos libertados e colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da liberdade condicional.

¹⁷⁵⁹ Em cada comarca existe um Conselho da Comunidade, composto por um advogado, um defensor público, um assistente social e representantes da comunidade; incumbem-lhe visitar mensalmente os estabelecimentos, entrevistar os presos e apresentar relatórios ao juiz de execução e ao conselho penitenciário (arts. 80.º e 81.º da mesma lei).

¹⁷⁶⁰ Nos termos do art. 81.º-A, a Defensoria Pública velará pela regular execução da pena, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e colectiva.

O carácter jurisdicionalizado do processo de execução é evidenciado pelo preceito segundo o qual “a execução penal competirá ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença”¹⁷⁶¹. Trata-se, pois, primordialmente, de um processo de natureza jurisdicional, cuja finalidade é tornar efectiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, actividade administrativa¹⁷⁶². Segundo Guilherme Nucci, o “entroncamento” entre a actividade judicial e a administrativa ocorre porque o judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efectivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrados, custeados e sob a responsabilidade do Executivo; a actividade fiscalizadora cometida ao juiz não invalida a autonomia administrativa dos estabelecimentos penais¹⁷⁶³.

O juiz da execução reúne amplos poderes de decisão e de vigilância¹⁷⁶⁴.

Assim, compete-lhe, em primeiro lugar, decidir sobre modificações da sentença ou da pena após o trânsito em julgado, nomeadamente aplicando lei posterior mais favorável, declarando extinta a punibilidade, decidindo sobre a soma ou unificação de penas e sobre “incidentes da execução”, que compreendem a conversão das penas – isto é, a substituição por pena de outra espécie no decurso da execução –, o excesso ou desvio de execução¹⁷⁶⁵, a amnistia e o indulto. No decurso da execução, cabe-lhe ainda decidir sobre a progressão ou regressão de regime (no quadro do sistema progressivo vigente no Brasil), autorização de saídas¹⁷⁶⁶, remições de pena por dias de trabalho ou estudo e liberdade condicional. Este conjunto de competências é considerado de natureza jurisdicional¹⁷⁶⁷.

É ainda ao juiz que cabe definir o estabelecimento adequado para o condenado, atendendo ao regime e demais requisitos estabelecidos¹⁷⁶⁸.

¹⁷⁶¹ Art. 65.º da mesma lei.

¹⁷⁶² NUCCI, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, p. 958, com referência de doutrina no mesmo sentido.

¹⁷⁶³ NUCCI, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, p. 959.

¹⁷⁶⁴ Vide o elenco constante do art. 66.º.

¹⁷⁶⁵ Segundo os arts. 185.º e 186.º, “haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum acto for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares”, podendo o incidente ser suscitado pelo condenado, pelo Ministério Público, pelo Conselho Penitenciário ou por qualquer dos demais órgãos da execução penal.

¹⁷⁶⁶ Já as saídas por motivo extraordinário, como o falecimento ou doença grave de familiar ou a necessidade de tratamento médico, são autorizadas pelo director (art. 120.º).

¹⁷⁶⁷ NUCCI, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, p. 985. Especificamente quanto à autorização de saídas, o Supremo Tribunal de Justiça estabeleceu que “o benefício de saída temporária no âmbito da execução penal é acto jurisdicional insusceptível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional” (Súmula n.º 520, de 25-3-2015).

¹⁷⁶⁸ Art. 86.º, n.º 3. Sobre este ponto, NUCCI, *ibidem*, p. 978.

Já no plano da vigilância, é cometido ao juiz “zelar pelo correcto cumprimento da pena”; “inspeccionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade”; e “interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei”. Compete-lhe ainda compor e instalar o conselho da comunidade. Estas funções são caracterizadas pela doutrina como administrativas¹⁷⁶⁹.

Das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, em regra sem efeito suspensivo¹⁷⁷⁰.

O poder disciplinar é exercido pela Administração¹⁷⁷¹, mas prevêm-se várias formas de intervenção do juiz. Assim, as faltas graves devem ser-lhe reportadas para eventual produção de efeitos na individualização da execução, nomeadamente regressão de regime, perda de dias remidos ou impedimento de saída temporária¹⁷⁷². A aplicação da sanção de isolamento deve igualmente ser-lhe comunicada¹⁷⁷³. Além disso, a sanção de inclusão no “regime disciplinar diferenciado” é aplicada não pelo director mas pelo juiz, a requerimento da autoridade administrativa¹⁷⁷⁴.

O que avulta nas atribuições do juiz de execução penal brasileiro é o facto de a sua intervenção não se esgotar na execução da sentença e no controlo da legalidade da actuação administrativa: tem amplos poderes inspectivos, no âmbito dos quais pode transmitir ordens e instruções às autoridades administrativas, “tomar providências” para o regular funcionamento dos estabelecimentos, apurar responsabilidades e até mesmo “interditar” os estabelecimentos que funcionem com condições inadequadas ou ofensivas da lei¹⁷⁷⁵. Estas competências excedem amplamente as que geralmente se atribuem ao juiz de execução, mesmo nos ordenamentos que cometem a estas funções “de vigilância”; e, até por serem exercidas officiosamente, sem dependência de iniciativa

¹⁷⁶⁹ *Ibidem*, p. 985.

¹⁷⁷⁰ Art. 197.º. Sobre o recurso, v. NUCCI, *ibidem*, p. 1016.

¹⁷⁷¹ Art. 47.º.

¹⁷⁷² Art. 48.º.

¹⁷⁷³ Art. 58.º.

¹⁷⁷⁴ Art. 54.º. Trata-se de um regime mais restritivo, introduzido em 2003, para reclusos que pratiquem facto previsto como crime doloso, perturbando a ordem e disciplina do estabelecimento, ou que sejam suspeitos de envolvimento em organizações criminosas ou ainda que representem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento ou para a sociedade. Sobre este regime, NUCCI, *ibidem*, pp. 977 s.

¹⁷⁷⁵ Exemplos de casos recentes em que juizes de execução interditaram, total ou parcialmente, estabelecimentos penitenciários, ou proibiram o ingresso de novos reclusos, por razões ligadas à sobrelotação e à falta de condições materiais, que punham em causa o cumprimento das penas em condições de dignidade e segurança, são referidos em Daniela OPPITZ, *A crise do sistema prisional brasileiro: direitos fundamentais e o controle judicial de políticas públicas*, p. 64.

dos reclusos afectados ou do Ministério Público, afiguram-se mais próprias de um órgão administrativo que de um órgão jurisdicional¹⁷⁷⁶. Num sistema jurídico como o português, a atribuição de tais poderes ao juiz de execução das penas afigurar-se-ia dificilmente compatível com o princípio constitucional da separação dos poderes.

2. Desenvolvimentos recentes da jurisprudência e a questão da separação dos poderes

No Brasil, apesar do pendor fortemente humanista e garantista quer da Constituição Federal quer da Lei de Execução Penal no que diz respeito ao tratamento das pessoas privadas da liberdade, a realidade do sistema prisional não mostra qualquer correspondência com aquele quadro normativo. É do conhecimento comum que as prisões brasileiras se caracterizam por condições de vida absolutamente degradantes, insalubridade, alimentação e higiene inadequadas, falta de assistência na saúde, prevalência de doenças infecciosas, instalações em muito mau estado de conservação e em sistemática sobrelotação, insegurança e violência, a que corresponde um persistente desinvestimento, quando não mesmo abandono, por parte dos poderes públicos.

Uma recente posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal veio prenunciar um novo papel dos tribunais na matéria, com a consequente discussão sobre o respeito pelo princípio da separação dos poderes.

Até então, a jurisprudência deste Tribunal tendia a negar aos tribunais poderes para determinar ao Executivo a obrigação de reformar ou construir estabelecimentos prisionais, mesmo quando reconhecidas as graves deficiências das condições oferecidas às pessoas privadas da liberdade¹⁷⁷⁷.

Rompendo com tal posição, um Acórdão do Plenário, de 13-8-2015¹⁷⁷⁸, veio estabelecer, por unanimidade, que: *[é] lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5.º, XLIX, da Constituição Federal,*

¹⁷⁷⁶ Neste sentido também BACHS I ESTANY, «El control judicial de la ejecución...», p. 143; NUCCI, *Manual...*, p. 985, atribui igualmente natureza administrativa a estas funções.

¹⁷⁷⁷ Para uma indicação dessa jurisprudência, Karla Tayumi ISHIY, «A situação carcerária e a justiciabilidade dos direitos sociais das pessoas reclusas», p. 86.

¹⁷⁷⁸ Recurso Extraordinário 592.581/RS.

não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Na origem do Acórdão esteve uma decisão judicial que condenara o Estado do Rio Grande do Sul a realizar obras de reabilitação num estabelecimento prisional, concedendo prazo para o efeito¹⁷⁷⁹; a decisão fora revogada pela segunda instância, que, não obstante reconhecer que a precariedade das condições de vida no estabelecimento constituía violação da integridade física e moral dos reclusos, constitucionalmente proibida, entendeu que não competia ao Judiciário determinar ao Executivo a realização de obras nos estabelecimentos, “sob pena de indevida e invasão de campo decisório reservado à Administração Pública”.

Na sua decisão, o Supremo Tribunal Federal ponderou: a situação do estabelecimento em causa (“atentatória à integridade física e moral de seus detentos”); a situação das prisões no Brasil, em geral (caracterizando-a por meio de expressões como “terrível panorama”, “cenário de horror”, “descida ao Inferno de Dante” e “fábricas de criminosos”); a função eminentemente ressocializadora que a pena deve assumir; a dignidade da pessoa humana (“o tratamento dispensado aos detentos no sistema prisional brasileiro, com toda a certeza, rompe com um dogma universal segundo o qual eles conservam todos os direitos não afetados pelo cerceamento de sua liberdade de ir e vir, garantia, de resto, expressa, com todas as letras, no art. 3.º de nossa Lei de Execução Penal”); o “descaso com que as autoridades brasileiras tratam do sistema penitenciário” e “a reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos”; e a inobservância das leis constitucionais, infra-constitucionais e internacionais – tudo isto a exigir, no entender do Tribunal, uma “intervenção judicial impostergável”, “para recompor a ordem jurídica violada, em especial para fazer valer os direitos fundamentais – de eficácia plena e aplicabilidade imediata – daqueles que se encontram, temporariamente, [...] sob a custódia do Estado”.

Relativamente à problemática da eventual violação, por uma tal decisão, da separação dos poderes constitucionalmente estabelecida, o Tribunal sustenta-se no princípio constitucional da “inafastabilidade da jurisdição” (ínsito no artigo 5.º, XXXV, da Constituição, segundo o qual “a lei não subtrairá à apreciação do poder judiciário

¹⁷⁷⁹ De acordo com a transcrição constante do Acórdão, a condenação consistira em: “realizar, no prazo de 06 (seis) meses, obras de reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana, de modo a adequá-lo aos requisitos básicos da habitabilidade e salubridade dos estabelecimentos penais, quais sejam: a) conserto dos telhados onde há infiltração e umidade; b) instalação de forro sob o telhado em todos os dormitórios; c) conserto de janelas e substituição de vidros quebrados; d) conserto das instalações hidrossanitárias, especialmente de canos com vazamentos, e dos esgotos abertos no pátio; e) adequação das instalações elétricas, especialmente dos fios e tomadas aparentes; f) revestimento das áreas molhadas (paredes dos banheiros, etc.) de maneira que fiquem lisos, laváveis e impermeáveis”.

qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito”) para afirmar que a centralidade do valor da dignidade da pessoa humana no sistema constitucional brasileiro “permite a intervenção judicial para que seu conteúdo mínimo seja assegurado aos jurisdicionados em qualquer situação em que estes se encontrem”. Assim, perante a “clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda”, cumpre ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção, assegurando aos reclusos, pelo menos, “o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana”. Trata-se, pois, de matéria em que não existe “margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais”, não se podendo, pois, dizer que “o Judiciário estaria ingressando indevidamente em seara reservada à Administração Pública”, nem que se verifica “indevida implementação, por parte do Judiciário, de políticas públicas” em matéria penitenciária, não resultando, pois, violada a separação dos poderes.

O Supremo não deixa de abordar, contudo, os limites à intervenção jurisdicional. Nesse âmbito, estabelece que “aos juízes só é lícito intervir naquelas situações em que se evidencie um ‘não fazer’ comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados”; e rejeita que seja lícito aos tribunais “implementar políticas públicas de forma ampla”, muito menos “impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada”.

A esta decisão seguiram-se outras no mesmo sentido, chegando o Supremo Tribunal Federal a classificar a situação do sistema prisional brasileiro como “estado de coisas inconstitucional”, por se verificarem, cumulativamente: uma situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; e exigência da atuação de uma pluralidade de órgãos para superar as transgressões¹⁷⁸⁰. Perante tal “estado de coisas”, sustenta-se, “apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie

¹⁷⁸⁰ Ac. de 9-9-2015, ADPF n.º 347 MC/DF.

traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos”¹⁷⁸¹.

Em tal quadro, o Supremo Tribunal Federal decidiu, designadamente, que o Estado é responsável pelo ressarcimento dos danos morais causados aos reclusos pela privação da liberdade em condições degradantes e de sobrelotação e, noutro caso, determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliária de todas as reclusas grávidas ou mães de crianças em todo o território nacional¹⁷⁸².

A conformidade desta actuação com a separação dos poderes é justificada pelo Tribunal do seguinte modo: “nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções. Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. [O Supremo] deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações”¹⁷⁸³.

Na apreciação da jurisprudência que se acaba de descrever, há que ter em conta que o Supremo Tribunal Federal desempenha no Brasil o papel de tribunal constitucional, devendo a sua intervenção ser comparada mais com a das jurisdições

¹⁷⁸¹ *Ibidem*.

¹⁷⁸² Ac. de 20-2-2018, HC 143641/SP. Para uma descrição pormenorizada destas e de outras decisões recentes do Supremo Tribunal Federal neste âmbito, Daniela OPPITZ, *A crise do sistema prisional brasileiro: direitos fundamentais e o controle judicial de políticas públicas*, pp. 83 ss.

¹⁷⁸³ Referimo-nos ainda ao Ac. de 9-9-2015, ADPF n.º 347 MC/DF.

constitucionais (em especial as que têm competência para apreciar “recursos de amparo”) do que com as dos tribunais judiciais. Há, sobretudo, que ter em conta o seu contexto, de reputar anormal num Estado de direito em que as diversas instituições funcionem equilibradamente: um sistema prisional a funcionar em total desconformidade com o quadro constitucional e legal, em violação sistemática e estrutural dos direitos fundamentais e dos *standards* mínimos de tratamento de reclusos; e uma persistente inércia dos poderes públicos quanto à resolução do problema.

Estes desenvolvimentos jurisprudenciais trazem inevitavelmente à memória os *prison reform cases* dos EUA – aliás, o próprio STF alude expressamente a eles, assinalando a diferença de que, no caso do Brasil, existe todo um acervo normativo que estabelece os *standards*, pelo que não tem de ser o Judiciário a criá-los¹⁷⁸⁴ –, cabendo questionar se se irá assistir, como sucedeu nos EUA, a uma verdadeira reconfiguração do sistema penitenciário brasileiro liderada pelo Judiciário.

¹⁷⁸⁴ Cf. ponto 20 do referido Ac. de 13-8-2015.

CAP. VIII – SENTIDO DA EVOLUÇÃO NO PLANO INTERNACIONAL, EM ESPECIAL EUROPEU. EXEMPLOS A RETER PARA A EVOLUÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Em todos os ordenamentos analisados, as pessoas privadas da liberdade dispõem de alguma forma de acesso a órgãos jurisdicionais para tutela da sua posição jurídica. Existem, contudo, modelos muito diversos de intervenção judicial na execução¹⁷⁸⁵. Diferem, nomeadamente, a configuração do tribunal (incluindo o carácter especializado ou não), a natureza do controlo exercido, o modo de relacionamento entre o tribunal e a Administração, os seus poderes de decisão, bem como a delimitação das posições jurídicas susceptíveis de tutela. Observa-se ainda que, com a tutela proporcionada pelos tribunais, coexistem numerosos outros mecanismos de controlo da execução (figuras do tipo do *Ombudsman*, entidades inspectivas independentes, organizações não-governamentais, partidos políticos ou comissões parlamentares, mecanismos internacionais de âmbito regional e mundial), que se complementam mutuamente¹⁷⁸⁶.

Observa-se também que os ordenamentos onde foi introduzida a figura do juiz de execução das penas ou “de vigilância” não oferecem necessariamente uma tutela mais eficaz dos direitos dos reclusos¹⁷⁸⁷. Veja-se a crescente tutela oferecida em França pelos tribunais administrativos; note-se a tutela proporcionada na Alemanha pelas *Strafvollstreckungskammern*, que, sendo embora secções especializadas, não seguem o modelo do juiz de execução de penas ou de vigilância penitenciária; atente-se ainda no papel desempenhado pelos tribunais na reforma do sistema penitenciário americano.

Em qualquer caso, verifica-se uma tendência para que os tribunais especializados na execução das penas conjuguem atribuições ligadas à jurisdicionalização da execução (como a tomada de decisões relativas à liberdade condicional ou a outros institutos que impliquem modificações do modo de execução ou

¹⁷⁸⁵ É tradicional a divisão dos modelos de controlo da execução entre *controlo impróprio ou indirecto* (no qual a intervenção do tribunal, especializado ou não, ocorre somente em caso de recurso ou impugnação – como é o caso da Alemanha ou dos países nórdicos), *controlo próprio ou directo* (em que existe um órgão judicial encarregado do controlo da execução, como sucede em Itália, Espanha ou Portugal) e *controlo misto* (como no Brasil, onde as competências de controlo da execução se repartem entre um órgão de controlo não judicial mas independente e o juiz de execução). Referindo-se a estes modelos, BACHS I ESTANY, «El control judicial...», p. 121.

¹⁷⁸⁶ Para uma comparação entre as diferentes formas de controlo – judicial e por *ombudsman*; protecção individual e supervisão geral; por instâncias internas e externas; por mecanismos estatais e não estatais –, vide KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, pp. 233 ss.; nesta obra, o Autor procura comparar a efectividade de cada uma destas formas, investigando as vantagens e limitações de cada uma, com vista a concluir sobre quais as formas de controlo mais eficazes e quais as combinações de formas de controlo que permitem os melhores resultados.

¹⁷⁸⁷ Neste sentido concluem também VAN ZYL SMIT/Dünkel, *Imprisonment today and tomorrow*, p. 827.

do tempo de duração da pena) com o controlo jurisdicional dos actos da Administração que afectem os direitos dos reclusos¹⁷⁸⁸.

É também clara a tendência para propiciar tutela jurisdicional contra todas as decisões ou actuações dos poderes públicos que causem prejuízo à esfera jurídica dos reclusos¹⁷⁸⁹. Esta tendência é acompanhada por uma evolução no sentido de revestir os processos de decisão judicial das garantias próprias da função jurisdicional, bem como no sentido de reforçar a efectividade da tutela, nomeadamente através da criação de vias de tutela cautelar¹⁷⁹⁰ e de mecanismos tendentes a assegurar a execução das sentenças por parte da Administração¹⁷⁹¹.

Nessa evolução é notória a influência dos tribunais constitucionais¹⁷⁹², dos órgãos de resolução de conflitos de atribuição¹⁷⁹³, das jurisdições administrativas¹⁷⁹⁴ e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹⁷⁹⁵ – em contraste com a pobreza jurisprudencial na matéria verificada no sistema português¹⁷⁹⁶, onde o caminho de reforço da tutela tem sido da iniciativa do legislador, sendo expectável que, no futuro próximo, venha a ser a jurisprudência europeia a impulsionar o seu aprofundamento.

Sobretudo por influência do TEDH, cada vez mais países europeus têm vindo a reforçar o acesso dos reclusos aos tribunais e a tutela judicial conferida aos direitos daqueles, em especial contra condições de detenção contrárias ao artigo 3.º da CEDH, através da criação de mecanismos de carácter preventivo e indemnizatório.

Ainda assim, subsistem factores que mitigam a efectividade prática dos mecanismos de tutela adoptados, desde a insuficiência de assistência jurídica e de apoio

¹⁷⁸⁸ Como se verifica em Itália, Espanha, Alemanha e Portugal.

¹⁷⁸⁹ Como se observa em Itália (prejuízo actual e grave para o exercício dos direitos causado por uma inobservância da lei penitenciária ou do respectivo regulamento), França (critérios da natureza e gravidade da medida e da sua repercussão, jurídica e de facto, na esfera do recluso), Alemanha (acções ou omissões da administração prisional que afectem os direitos do visado) e Croácia (actos ou decisões da administração prisional que, de forma ilegal, lhe neguem ou restrinjam um direito assegurado por lei).

¹⁷⁹⁰ Como sucede em França, na Bélgica e na Alemanha.

¹⁷⁹¹ Como vimos ocorrer nos ordenamentos italiano (procedimento de *ottemperanza*), alemão (aplicabilidade dos mecanismos de execução coerciva do contencioso administrativo) e português (criação, pelo CEP, de um incidente de execução das sentenças).

¹⁷⁹² Como vimos suceder nos ordenamentos italiano, espanhol, alemão e francês.

¹⁷⁹³ Como em Espanha, Itália e França.

¹⁷⁹⁴ Sobretudo no caso francês, em que a jurisprudência do *Conseil d'Etat* tem reforçado a efectividade da tutela jurisdicional da posição jurídica dos reclusos.

¹⁷⁹⁵ Como se verificou em Itália, em França e em outros Estados objecto de acórdãos-piloto, como a Polónia, a Hungria e a Bulgária.

¹⁷⁹⁶ Excepção feita aos acórdãos do Tribunal Constitucional em matéria de regime aberto, de regime de segurança e de recurso, que contribuíram relevantemente para a compreensão das funções da Administração e do juiz na execução e para o reforço da tutela judicial dos reclusos; contudo, o âmbito das questões tratadas pela jurisprudência constitucional é, como verificámos, muito circunscrito.

judiciário aos reclusos, aliada a outras circunstâncias susceptíveis de os inibir de fazer uso das vias de tutela ao seu alcance (falta de informação jurídica, medo de represálias, descrença na possibilidade de sucesso da sua pretensão ou na efectividade da tutela), atitude relutante dos tribunais, poderes inadequados ou insuficientes para dar solução satisfatória à questão suscitada, até à morosidade dos processos, que inviabiliza frequentemente uma decisão em tempo útil¹⁷⁹⁷.

¹⁷⁹⁷ Sobre estes factores, cf. as conclusões do já citado estudo *La protection des droits des personnes détenues en Europe, Actes – Conférences du projet constitutif du Réseau européen de contentieux pénitentiaire*, 21 avril 2016, 14-15 juin 2016, disponível em <https://journals.openedition.org/revdh/4230?file=1> [9-11-2019], pp. 181 ss.

PARTE V

LINHAS DE EVOLUÇÃO PARA UMA REPARTIÇÃO DE FUNÇÕES ENTRE ADMINISTRAÇÃO E TRIBUNAIS NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE CONFORME À CONSTITUIÇÃO E AO DIREITO INTERNACIONAL

Identificado o quadro jurídico-constitucional e jus-internacional que há-de servir de base à atribuição de funções ao juiz e à Administração na execução da pena de prisão, examinado criticamente o ordenamento jurídico português à luz desse quadro e analisadas as soluções adoptadas em outros ordenamentos jurídicos, cumpre agora procurar definir as linhas que hão-de orientar a evolução do nosso direito, assegurando que a repartição de funções na execução da pena se coaduna com o esquema constitucional de organização dos poderes e que, dentro dos limites por este definidos, prossegue o mais eficientemente possível as finalidades da execução e a tutela dos direitos das pessoas privadas da liberdade. É, sobretudo, premente ultrapassar os défices identificados no plano da protecção judicial oferecida pelos tribunais de execução das penas, aprofundando-a para que cumpra os requisitos de tutela jurisdicional efectiva.

1. Intervenção do juiz e da Administração na execução

Concluiu-se que é na modelação individual da execução da pena que mais se verifica uma interpenetração dos domínios funcionais da Administração e do juiz. Nesta matéria, o sistema deverá favorecer a conjugação da intervenção de cada um daqueles órgãos, de modo a assegurar que ambas as intervenções concorrem no mesmo sentido

para a realização das finalidades da execução, contribuindo para a dotar de um maior grau de certeza e previsibilidade para o seu sujeito – o recluso¹⁷⁹⁸.

Instrumento fundamental para essa conjugação será o plano individual de readaptação: elaborado pela Administração e homologado pelo juiz, avaliado e actualizado sempre que necessário, deve orientar não só o percurso do recluso mas também a intervenção daqueles órgãos.

Outros instrumentos aptos a favorecer uma tomada de decisões coerente sobre o percurso individual do recluso serão o conselho técnico¹⁷⁹⁹ e a sujeição de certas decisões da Administração a homologação, ou alguma forma de validação, pelo juiz¹⁸⁰⁰. Estes mecanismos, ao envolverem na definição do percurso individual do recluso as características funcionais da administração (nomeadamente, a proximidade com a execução e o conhecimento técnico especializado) e as do tribunal (em particular, as garantias próprias da jurisdicionalidade), contribuem para a coerência na actuação dos vários poderes do Estado, para a previsibilidade da execução e para a co-responsabilização de ambos os órgãos pela realização das finalidades desta.

O caminho futuro poderá ser no sentido de um papel mais autónomo da Administração na execução¹⁸⁰¹, sem prejuízo das matérias de reserva de juiz e sem

¹⁷⁹⁸ Aspecto também abordado por Anabela Miranda RODRIGUES, *A fase de execução das penas...*, pp. 8 s., e Lopes ROCHA, «Execução das penas...», pp. 477 s.: para os Autores, se uma “fragmentação funcional” na execução é indispensável para garantir os “freios e contrapesos” essenciais à salvaguarda dos direitos e liberdades, é também essencial uma actuação coordenada dos diversos órgãos ou instâncias intervenientes, apta a garantir a optimização dos resultados e a desejável coesão do sistema e a evitar ou minorar os conflitos intra-sistemáticos e as suas consequências negativas para a eficácia e eficiência do sistema penal no seu todo. Também KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, pp. 90 s., referindo-se a algumas dificuldades práticas ligadas à repartição de competências entre Administração e juiz no ordenamento alemão (por exemplo, se à Administração compete a preparação para a liberdade e o juiz decide a libertação, verifica-se uma forte influência, positiva ou negativa, da Administração na decisão do juiz; por outro lado, o trabalho de preparação que for realizado pela Administração pode vir a ser frustrado por uma decisão de recusa do juiz), indica posições que defendem uma co-determinação.

¹⁷⁹⁹ Com os aperfeiçoamentos necessários para obviar aos riscos para a imagem de imparcialidade do juiz, a que aludiremos *infra*, 3.2.4.

¹⁸⁰⁰ Como vimos, soluções como esta permitem que a Administração actue, com as vantagens da maior proximidade e da celeridade, mas com um controlo externo que confere garantias acrescidas de imparcialidade e de juridicidade. Trata-se de um controlo que não exige uma suscitação activa do tribunal por parte do recluso. Além disso, sabendo que a sua actuação será objecto de controlo necessário pelo tribunal, a Administração tenderá a ser mais exigente e cautelosa, nomeadamente na fundamentação adequada da decisão. Atente-se, porém, ao que se dirá *infra* sobre o défice de jurisdicionalidade que advém do facto de não estar prevista a audição do recluso no processo de homologação.

¹⁸⁰¹ Como se verifica nos países nórdicos. Recorde-se, aliás, que, em Portugal, logo nos primórdios da sua criação, a Administração Prisional nunca teve como única missão guardar presos, mas sim prosseguir as finalidades da execução, sendo co-responsável pela “redenção” dos delinquentes (cf. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 38386, de 8-8-1951: “a administração penitenciária, assim, não pode ser o guardião de reclusos segregados da vida social. É antes o organismo do Estado directamente responsável pela sua redenção, no verdadeiro significado da palavra”; *vide supra*, Parte III, Cap. I, 1.2.1).

prejuízo do controlo jurisdicional¹⁸⁰². Caminho que só se fará pressuposto um elevado padrão de exigência ao nível da actuação administrativa, nos planos da formação, da competência técnica, do cumprimento estrito do bloco de juridicidade, das garantias procedimentais e do controlo jurisdicional.

2. Garantias do procedimento administrativo

O sistema de repartição de funções entre Administração e juiz aqui defendido, que concede à Administração um espaço de autonomia auto-responsável na tarefa de levar a cabo a execução de acordo com as respectivas finalidades (em detrimento de um modelo em que o primeiro e último responsável pela realização daquelas finalidades fosse o juiz, coadjuvado pela administração prisional, que estaria numa mera posição de dependência funcional), pressupõe uma Administração bem preparada, dotada de recursos humanos adequados e suficientes, com sólidas competências técnicas e elevados padrões deontológicos, norteada por uma estrita vinculação à lei e ao direito e alinhada com a missão que lhe é atribuída no sistema de justiça penal.

A sua actuação deve pautar-se pelo respeito pelos princípios constitucionais e legais que a regem, em particular os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, do respeito pelos direitos e interesses dos cidadãos, da boa administração, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da razoabilidade, da imparcialidade, da boa-fé, da colaboração com os particulares, da participação e da decisão¹⁸⁰³.

Como assinala Vieira de Andrade, a protecção dos direitos em face da Administração continua hoje a fazer-se *fundamentalmente* através do princípio da legalidade; “só que a lei deixou de ser apenas *limite* e passou a ser um *pressuposto* da actividade administrativa, alargando-se deste modo a vinculação administrativa à lei, designadamente [...] na esfera das ‘relações especiais de direito administrativo’ [...]”¹⁸⁰⁴. Todavia, não basta a sujeição à lei: a protecção dos direitos consegue-se ainda através da “vinculação directa da actividade (jurídica) administrativa às normas e princípios constitucionais” – os explicitados no artigo 266.º da Constituição e também o princípio

¹⁸⁰² Neste sentido aponta também Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 116, encarando o reforço do controlo jurisdicional da legalidade da execução como “correspondente de um âmbito também alargado de decisões que devem caber à administração prisional, em nome da autonomia e responsabilidade da sua actuação”.

¹⁸⁰³ Cf. arts. 266.º da Constituição e 3.º ss. do Código do Procedimento Administrativo.

¹⁸⁰⁴ Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 320.

da transparência administrativa, que abrange o dever de fundamentação e obrigações de informação –, bem como da fiscalização judicial da actividade administrativa (artigo 268.º da Constituição), que, em síntese, se reconduzem ao *princípio da juridicidade*¹⁸⁰⁵.

Refira-se ainda que, também ao nível do processo de decisão da Administração, há que assegurar as garantias próprias do Estado de direito. A lei deve instituir, a Administração deve adoptar e os tribunais devem fiscalizar o cumprimento de procedimentos administrativos que se caracterizem pela transparência, previsibilidade, responsabilidade, isenção e participação do recluso. No procedimento disciplinar, devem ser plenamente assegurados os direitos de audiência e defesa (artigo 32.º, n.º 10, da CRP). As decisões da administração prisional que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos devem ser fundamentadas de forma expressa e acessível e ser notificadas aos interessados (artigo 268.º, n.º 3, da CRP); o dever de fundamentação deve ser tanto mais exigente quanto maior for a margem de apreciação da Administração no caso, pois só desse modo se tornará possível um efectivo controlo jurisdicional.

3. Tutela jurisdicional

Trata-se de definir os pressupostos de um modelo de controlo da execução pelos tribunais que, simultaneamente, assegure o cumprimento das exigências (constitucionais e internacionais) de tutela jurisdicional efectiva – permitindo, definitivamente, evoluir de uma “afirmação de direitos” para uma *efectiva* “protecção de direitos”¹⁸⁰⁶ – e o compatibilize com as “exigências próprias da execução”, em especial as de ordem e segurança dos estabelecimentos prisionais, e com a repartição de poderes constitucionalmente estabelecida, nomeadamente respeitando a esfera de atribuições da Administração.

3.1. A jurisdição competente

Tendo-se concluído pela imperatividade de aperfeiçoar e reforçar a tutela jurisdicional proporcionada aos reclusos, cumpre discutir em que jurisdição – ou jurisdições – deve sediar-se essa tutela.

¹⁸⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁰⁶ Tomando de empréstimo a formulação de Anabela Miranda RODRIGUES, «Da ‘afirmação de direitos’ à ‘protecção de direitos’ dos reclusos...», pp. 185 ss.

Perfilam-se duas soluções possíveis: uma em que as competências relacionadas com a execução da pena de prisão se repartam entre tribunais judiciais e tribunais administrativos e outra em que elas se concentrem em tribunais especializados. Analisemos as vantagens e inconvenientes de cada uma delas.

a) Repartição das competências entre tribunais judiciais e tribunais administrativos

Num tal modelo, aos tribunais judiciais caberiam as decisões estritamente ligadas à execução da pena (assegurar a execução da sentença e decidir modificações do conteúdo, da duração ou do modo de execução da pena, matérias ainda pertinentes à jurisdição penal) e aos tribunais administrativos competiria assegurar a tutela dos reclusos perante decisões da administração prisional (nomeadamente, actos de gestão e organização da vida dos estabelecimentos e de manutenção da ordem, segurança e disciplina que afectem direitos e interesses).

É a solução adoptada em França (em que, como se estudou, se estabeleceu uma divisão clara entre as competências relacionadas com o modo de execução das penas, atribuídas ao juiz de execução, e as relativas ao controlo da legalidade da actuação da administração prisional, cometidas ao juiz administrativo) e, em parte, em Espanha (onde, como também vimos, se reconhece uma competência residual dos tribunais administrativos para sindicarem a actuação da administração penitenciária nas matérias que não estiverem cometidas ao juiz de vigilância)¹⁸⁰⁷.

Esta repartição seria consentânea com as atribuições da jurisdição administrativa¹⁸⁰⁸.

Naturalmente, tal opção implicaria uma modificação legislativa, quer para prever de forma clara a competência dos tribunais administrativos para a tutela das posições subjectivas dos reclusos perante a administração prisional e para a garantia da

¹⁸⁰⁷ A situação espanhola é a que mais se assemelha à portuguesa, na interpretação que defendemos *de iure constituto*, apesar de, no caso português, tal não resultar claro nem da lei, nem da jurisprudência, nem da doutrina (cf. *supra*, Parte III, Cap. II, 3.3).

¹⁸⁰⁸ Cf. *supra*, Parte I, Cap. VI, 2, e Parte III, Cap. II, 3.3.

legalidade objectiva da actuação desta¹⁸⁰⁹, quer para retirar da esfera de competência dos tribunais de execução das penas as impugnações hoje previstas no CEP¹⁸¹⁰.

Entre as vantagens de tal modelo avulta a *maior efectividade* da tutela oferecida hoje pelo contencioso administrativo, de acordo com os critérios definidos pela Constituição e pelo direito internacional. Adicionalmente, poder-se-ia ver em tal solução uma certa *normalização* da vida prisional, com os reclusos a impugnarem os actos da Administração para os tribunais administrativos, como sucede fora do ambiente penitenciário.

Como inconvenientes de tal solução evidenciam-se, porém, a *fragmentação* da intervenção jurisdicional na execução da pena – uma vez que as competências próprias do juiz em matéria de execução (quer as que resultam da reserva de juiz, quer aquelas em que houve uma opção legislativa de jurisdicionalização) permaneceriam nos tribunais judiciais¹⁸¹¹ –, com consequências negativas em termos de dispersão da especialização dos tribunais, de descontinuidades no acompanhamento judicial do percurso dos reclusos e, não menos importante, em termos de acessibilidade da tutela, já que os reclusos teriam de dirigir-se a tribunais diferentes (e de saber a qual dirigir-se) consoante a pretensão em causa¹⁸¹².

¹⁸⁰⁹ Intervenção imprescindível uma vez que, como se explicitou (*supra*, Parte III, Cap. II, 3.3), a competência dos tribunais administrativos para conhecerem das impugnações de actos da administração prisional não expressamente impugnáveis perante os TEP não resulta hoje clara da lei nem é pacífica na jurisprudência nem na doutrina.

¹⁸¹⁰ É evidente que uma repartição de competências entre tribunais de execução das penas e tribunais administrativos, nos exactos termos da interpretação que defendemos do direito vigente (em que alguns actos da administração prisional – os expressamente previstos no CEP – seriam impugnáveis perante os TEP e os demais perante os tribunais administrativos), conduziria a soluções pouco racionais e por vezes mesmo aberrantes. Pense-se por exemplo em que as duas sanções disciplinares mais graves seriam impugnáveis perante o TEP e as restantes perante o tribunal administrativo. Uma tal bifurcação revelar-se-ia artificial, pouco compreensível para os destinatários da tutela e com desvantagens para a uniformidade jurisprudencial.

¹⁸¹¹ Tribunais judiciais que seriam, em princípio, os tribunais de execução das penas. Em teoria, neste modelo, poderia adoptar-se uma solução em que a tutela do recluso perante a Administração caberia aos tribunais administrativos e as competências relativas à própria execução ficariam no tribunal da condenação. Contudo, em Portugal, atenta a longa tradição e a experiência acumulada dos TEP no acompanhamento da execução, entendemos que não é de considerar uma extinção destes tribunais.

¹⁸¹² Neste sentido, relativamente ao sistema espanhol, onde se estabelece que as decisões da Administração não expressamente sindicáveis pelo juiz de vigilância são sindicáveis pelos tribunais administrativos, MANZANARES SAMANIEGO, «Naturaleza de la jurisdicción de vigilancia...», p. 125, considerando que tal conduziu, na prática, “a um verdadeiro caos competencial, orgânico e processual”, de modo que os mesmos problemas são suscitados junto do juiz de vigilância e junto dos tribunais administrativos, com as consequentes questões de competências e recursos, situação que considera “um calvário sem fim para um destinatário da tutela jurisdiccional efectiva que, para mais, está encarcerado”; cf. ainda RIVERA BEIRAS, *La devaluación...*, pp. 329 ss., referindo críticas da doutrina a esta cisão em duas jurisdições diferentes, reputada de insatisfatória tanto do ponto de vista doutrinal e sistemático, como do ponto de vista prático, por subtrair a protecção do recluso a uma jurisdição pessoal, rápida e imediata, como a de vigilância penitenciária, em favor da jurisdição administrativa, que implica muitas vezes uma decisão tardia e ineficaz, que redundaria em indefesa.

Acresce que a atribuição desta competência a tribunais *não especializados* tornaria mais difícil a tomada em consideração das especificidades do cumprimento de uma pena de prisão e das “exigências próprias da execução”¹⁸¹³.

Identificam-se ainda outras dificuldades de conjugação da intervenção das duas ordens de tribunais: por exemplo, no caso das decisões da Administração sujeitas a homologação por parte do tribunal de execução das penas (hoje, o plano individual de readaptação e a colocação em regime aberto no exterior), seria problemática a forma de reacção adequada: impugnação da decisão administrativa (homologada) perante os tribunais administrativos ou recurso da decisão do TEP (de homologação ou não homologação) perante o tribunal da Relação.

b) Concentração das competências em tribunais especializados – os tribunais de execução das penas

A favor de se concentrar ambas as competências nos tribunais de execução das penas militam vários argumentos.

A concentração numa única jurisdição da competência para *acompanhar e fiscalizar a execução* da pena e para *garantir os direitos dos reclusos, pronunciando-se sobre a legalidade das decisões dos serviços prisionais nos casos e termos previstos na lei* (artigo 138.º do CEP) afigura-se a mais lógica e a mais vantajosa para a coerência das decisões e para a constância do acompanhamento da execução¹⁸¹⁴; e fazer recair essa concentração nos tribunais de execução das penas será o mais consentâneo com a vocação de jurisdição especializada destes tribunais¹⁸¹⁵, que contam com uma experiência acumulada de acompanhamento da execução das penas de prisão (embora em modelos de intervenção com várias cambiantes, como vimos) há cerca de 75 anos.

¹⁸¹³ Especificidades que foram identificadas *supra*, Parte II, Cap. I, 2. Ainda que se criassem secções especializadas nos tribunais administrativos, sempre restariam as objecções relacionadas com a fragmentação das competências por duas jurisdições, com dispersão do conhecimento especializado.

¹⁸¹⁴ No mesmo sentido quanto à concentração nas *Strafvollstreckungskammern* das competências de *Strafvollstreckung* e de tutela dos direitos dos reclusos, CALLIESS/Müller-Dietz, *Strafvollzugsgesetz*, p. 544, sustentando que a experiência destes tribunais na matéria da execução beneficia a actividade de controlo judicial desta.

¹⁸¹⁵ Em sentido próximo, embora em outro contexto (referindo-se à competência dos TEP para a decisão da liberdade condicional, apesar de a sua natureza de incidente de execução tornar mais lógica a competência do tribunal da condenação – que, ao abrigo da legislação então vigente, era o “tribunal competente para a execução”), Anabela Miranda RODRIGUES, *Novo olhar...*, p. 136, n. 18, assinalando “que existe entre nós uma ‘tradição’ do tribunal de execução das penas se ocupar das questões atinentes à liberdade condicional, sendo, porventura, inconveniente desaproveitar a experiência acumulada”.

As especificidades da relação entre os cidadãos privados da liberdade e a administração prisional, por contraposição à “normal” relação entre os cidadãos e a Administração Pública¹⁸¹⁶, militam em favor de um tribunal especializado, em detrimento de um tribunal administrativo “comum”.

A favor da concentração destas competências nos TEP aponta também a evolução legislativa portuguesa no sentido de os tornar os tribunais comuns em matéria de execução das penas¹⁸¹⁷, competindo-lhes genericamente a fiscalização da execução e a tutela dos direitos dos reclusos, caminho cuja consolidação se revela em vários pontos do Código de 2009: atente-se no teor dos preceitos conjugados dos artigos 133.º (“*Compete aos tribunais judiciais administrar a justiça penal em matéria de execução das penas e medidas privativas da liberdade, nos termos da lei*”), 138.º (competência material dos tribunais de execução das penas) e 200.º (impugnabilidade das decisões da administração prisional), que têm subjacente um claro desígnio de atribuir exclusivamente ao tribunal de execução das penas a competência para acompanhar e fiscalizar a execução após o trânsito em julgado da sentença (fazendo cessar nesse momento a intervenção do tribunal da condenação)¹⁸¹⁸; considere-se ainda a nova regra do carácter único do processo individual do recluso no TEP, a apontar para um propósito de continuidade na apreciação judicial do percurso individual dos reclusos, bem como a inovadora previsão de um recurso especial para uniformização da jurisprudência dos tribunais de execução das penas.

Obvia-se assim às desvantagens, acima apontadas, da fragmentação por duas jurisdições de competências em matéria de execução da prisão, que obrigaria os reclusos – e a administração prisional – a interagir com duas ordens de tribunais, com a consequente dificuldade para aqueles em saberem a qual se dirigir e uma indesejável

¹⁸¹⁶ Que procurámos explicitar *supra*, Parte II, Cap. I, 2.

¹⁸¹⁷ O que também têm concluído os tribunais: recorde-se a recente jurisprudência dos tribunais administrativos (que referenciamos *supra*, Parte III, Cap. II, 3.3, n. 1231) no sentido de os tribunais de execução das penas constituírem o “foro próprio e natural para a protecção dos direitos do recluso” ou os “tribunais ‘naturalmente’ (em função da matéria em causa) competentes para apreciar a impugnação de actos que, não obstante a sua natureza administrativa, estejam estreitamente conexionados com o modo como está a ser executada a pena”.

¹⁸¹⁸ Cf. a exposição de motivos da proposta de lei, onde se diz ainda que se pretendeu assim estabelecer “*um critério simples, inequívoco e operativo de delimitação de competências [entre o tribunal de condenação e o TEP], que põe termo ao panorama, actualmente existente, de incerteza quanto à repartição de funções entre os dois tribunais e, até, de sobreposição prática das mesmas. Incerteza e sobreposição que em nada favorecem a eficácia do sistema*” (ponto 15); e que, “*no que respeita à impugnação de decisões da administração prisional, concentra-se no Tribunal de Execução das Penas a competência para decidir da legalidade de determinadas decisões da administração prisional relativas à execução das penas e medidas privativas da liberdade*” (ponto 22).

dispersão do conhecimento dos tribunais sobre o percurso dos reclusos e o funcionamento dos estabelecimentos prisionais.

Outro argumento a considerar em favor da concentração é o acompanhamento próximo da execução realizado pelos tribunais de execução das penas¹⁸¹⁹. As suas competências relativas à execução da pena envolvem um conhecimento próximo do meio prisional que se afigura útil para a competência de fiscalização dos actos da administração prisional – e de que os tribunais administrativos não dispõem¹⁸²⁰.

Repare-se ainda que, enquanto num modelo em que a sindicância dos actos da Administração coubesse aos tribunais administrativos, estes seriam chamados a apreciar acto a acto, numa intervenção esporádica, no modelo de concentração existirá um acompanhamento contínuo da execução, que se adequa mais ao carácter permanente e duradouro da relação entre recluso e administração prisional.

Refira-se, finalmente, que a atribuição da competência a um tribunal especializado, em detrimento dos tribunais administrativos, permitirá ter em conta, na *conformação legislativa da tutela*, as especificidades da execução de uma pena de prisão, que, como havíamos concluído¹⁸²¹, podem justificar, em certos aspectos, condicionamentos à tutela e, em outros aspectos, uma tutela reforçada.

De facto, como também vimos, os preceitos constitucionais relativos à exigência de tutela jurisdicional efectiva não impõem formas processuais específicas, podendo o

¹⁸¹⁹ Também na Alemanha, apesar da notória correspondência do processo previsto nos §§ 109 ss. da *Strafvollzugsgesetz* com o processo nos tribunais administrativos (conforme descrito *supra*, Parte IV, Cap. IV), a respectiva competência foi atribuída às *Strafvollstreckungskammern*, devido à maior proximidade com a matéria da justiça penal (assim, HOFFMEYER, *Grundrechte im Strafvollzug*, p. 243).

¹⁸²⁰ É preciso notar, porém, que desta apontada *proximidade* podem decorrer vantagens e desvantagens para a tutela dos reclusos. Se as vantagens são evidentes (de um melhor conhecimento resultarão decisões mais justas e acertadas), há inconvenientes a ponderar. O facto de se tratar dos mesmos tribunais que acompanham a execução, tomando as decisões (muitas vezes desfavoráveis) relativas à respectiva individualização e flexibilização, sendo os respectivos magistrados frequentemente conotados com “o sistema” e próximos da administração prisional, pode desfavorecer a imagem de imparcialidade do julgador (relativamente ao que sucederia se a impugnação fosse decidida por juízes alheios à execução da pena e distanciados da vida do estabelecimento). Os prós e contras da proximidade (*Vollzugsnähe*) são também discutidos, numa perspectiva de direito comparado, por KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, p. 96. Este Autor considera igualmente que o melhor conhecimento do sistema pode fazer esperar decisões mais justas, mas também comporta o risco de que o contacto estreito mantido com a direcção do estabelecimento conduza a uma percepção, por parte dos reclusos, de “unidade” entre o juiz e a administração, portanto de uma menor equidistância dos juízes, susceptível de gerar um défice de confiança, potencialmente redutor da efectividade da tutela. Há, por conseguinte, que ponderar a flexibilidade e rapidez de decisão propiciadas pelo conhecimento próximo com o risco de influência pela visão da administração (*ibidem*, p. 90). O Autor chama ainda a atenção para que, de acordo com as conclusões do seu estudo comparado, a *Vollzugsnähe* se mostra mais alcançada quando o tribunal competente corresponde à localização do estabelecimento e quando as audiências ou as audições dos reclusos têm lugar presencialmente e no estabelecimento prisional; relevam ainda as deslocações dos magistrados aos estabelecimentos, bem como os seus conhecimentos especializados, nomeadamente em matéria de criminologia (*ibidem*, pp. 96 e 97).

¹⁸²¹ *Supra*, Parte II, Cap. IV, pontos 1 e 2.

legislador configurá-las, “não sendo de todo o modo obrigado a prever meios iguais para situações diversas, considerando ainda que a identidade ou diversidade das situações em presença há-de resultar de uma perspectiva global que tenha em conta a multiplicidade de interesses em causa, alguns deles conflituantes entre si”¹⁸²². Ou seja, o desenho da tutela não tem de ser igual ao do contencioso administrativo; pode ser diferente, desde que não se assegure tutela insuficiente.

Assim, a concentração da competência nos tribunais de execução das penas facilita a configuração de um contencioso próprio, que melhor efectue a concordância prática entre o direito à tutela dos reclusos e outros valores constitucionais, designadamente a segurança jurídica, a eficiência ou a manutenção da ordem e da segurança nos estabelecimentos prisionais.

Considerando o exposto, e apesar da ampla tutela hoje proporcionada pelos tribunais administrativos, entendemos não ser de propor que passe a caber a estes a competência para a sindicância das decisões da administração prisional. Cremos que a melhor solução é a atribuição dessa competência aos tribunais de execução das penas.

A esta solução não obsta a norma constitucional que atribui aos tribunais administrativos a competência para julgar os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas (artigo 212.º, n.º 3, da CRP). Com efeito, como se deixou já dito¹⁸²³, quanto à questão da *exclusividade* da jurisdição administrativa – ou seja, à questão de saber se é constitucionalmente vedada a atribuição a outra ordem de tribunais da competência para dirimir litígios emergentes de relações jurídico-administrativas –, tem-se entendido que aquele preceito constitucional não visou estabelecer “uma reserva absoluta, quer no sentido de exclusiva, quer no sentido de excludente”, de atribuição a tal jurisdição da competência para o julgamento dos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas, “sendo constitucionalmente admissíveis desvios, num sentido ou noutro, desde que materialmente fundados e insusceptíveis de descaracterizar o núcleo essencial de cada uma das jurisdições”¹⁸²⁴. No caso de que nos ocupamos, pode-

¹⁸²² Ac. do TC n.º 63/2003, já citado na Parte I, Cap. VII, 1.

¹⁸²³ *Supra*, Parte I, Cap. VI, 2.

¹⁸²⁴ Assim, o Ac. do TC n.º 211/2007, já referenciado (remete-se para a jurisprudência constitucional, citada na Parte I, Cap. VI, 2, n. 447, que não considerou inconstitucionais diversas normas atributivas de competências aos tribunais judiciais); entendimento perfilhado também pela doutrina, nomeadamente por Vieira de ANDRADE, que, em *A justiça administrativa*, p. 97, considera admissível a “atribuição pontual a outros tribunais do julgamento de questões substancialmente administrativas”, o que sucede em várias situações “tradicionais”, “que podem ter justificações diversas”; tais “desvios” incluem-se “na margem de escolha política e, portanto, de *liberdade constitutiva própria do poder legislativo*, designadamente

se entender que a opção por atribuir a competência aos tribunais de execução das penas tem fundamento material, considerando a tradição da intervenção dos TEP (ainda que limitada) na matéria¹⁸²⁵, a especialização destes tribunais na execução da pena de prisão, bem como a coexistência de relações jurídico-administrativas e de matérias penais¹⁸²⁶. Fica, deste modo, clara a legitimidade da atribuição da apreciação das impugnações de decisões da administração penitenciária a tribunais não pertencentes à jurisdição administrativa.

Além disso, como afirmou o TC, os preceitos constitucionais relativos à tutela jurisdicional efectiva não impõem formas processuais específicas, tendo o legislador margem de conformação destas, desde que dê cumprimento às exigências daqueles preceitos¹⁸²⁷.

Os tribunais de execução das penas congregarão, assim, a natureza e funções de um *tribunal penal específico* (para a fase da execução) e as de um *tribunal administrativo especializado* (para as relações entre cidadãos privados de liberdade e a administração penitenciária)^{1828/1829}.

naquelas situações de fronteira em que há dúvidas de qualificação ou zonas de intersecção entre as matérias administrativas e as restantes”.

¹⁸²⁵ O argumento da tradição tem sido valorizado em questões análogas, nomeadamente a da atribuição de competência aos tribunais judiciais para a impugnação de decisões contra-ordenacionais: cf., por ex., o Ac. n.º 522/2008 (“a opção legislativa, com longa tradição entre nós, de manter o contencioso das contra-ordenações excluído da jurisdição administrativa foi assumida na discussão que antecedeu a recente reforma do contencioso administrativo e a redefinição do respectivo âmbito da jurisdição”).

¹⁸²⁶ Argumento igualmente ponderado pelo TC quanto à questão da jurisdição competente para a decisão das impugnações em matéria de contra-ordenações: “sendo inegável a natureza administrativa [...] do processo de contra-ordenação e das situações jurídicas que lhe estão subjacentes, a verdade é que o processo contra-ordenacional, pelo menos na fase judicial, está gizado à imagem do processo penal [...]. Neste contexto, em que coexistem matérias administrativas com modelos processuais penalistas, a ‘remissão’ para os tribunais judiciais das impugnações judiciais no âmbito de processos de contra-ordenação (ambiental) não se afigura atentatória do figurino típico que a Constituição quis consagrar quanto ao âmbito material da justiça administrativa” (ainda o Ac. n.º 522/2008). Recorde-se ainda a justificação indicada por Vieira de ANDRADE, *A justiça administrativa*, p. 112, para a “subtracção” à jurisdição administrativa dos litígios que tenham por objecto a impugnação dos actos de natureza administrativa do juiz, do Ministério Público e das autoridades policiais relativos ao inquérito e à instrução criminais e ao exercício da acção penal: “pela tradição, mas sobretudo pela força atractiva do processo penal, numa matéria cujo julgamento compete constitucionalmente à jurisdição comum”.

¹⁸²⁷ Cf., nomeadamente, Acs. do TC n.ºs 104/99 e 243/2013, já referenciados na Parte I, Cap. VII, 1.

¹⁸²⁸ O que exigirá que os respectivos magistrados reúnam competência especializada não apenas em direito da execução penal mas também em direito administrativo, de modo a estarem dotados de preparação para conhecer dos vícios das decisões da Administração, oferecendo uma tutela equivalente à que seria proporcionada pelos tribunais administrativos caso fossem estes os competentes.

¹⁸²⁹ Pode ainda discutir-se a questão da jurisdição à qual deve competir a apreciação de conflitos em matéria de trabalho prisional: os tribunais de execução das penas ou os tribunais competentes para a resolução de conflitos laborais (tribunais do trabalho, no caso de trabalho para entidades privadas, ou tribunais administrativos, no caso de trabalho proporcionado pela própria administração prisional)? Também aqui são identificáveis argumentos válidos em ambos os sentidos. Se a favor dos tribunais do trabalho ou administrativos milita a competência especializada destes em matéria de relações de trabalho,

Necessário é – a fim de que tal modelo não se construa à custa de uma deficiente tutela da posição jurídica dos reclusos – que se verifique uma evolução na tutela jurisdicional oferecida por estes tribunais, semelhante ao percurso percorrido pela justiça administrativa, para que a opção por um tribunal especializado não redunde, paradoxalmente, numa redução da tutela judicial conferida aos reclusos.

Afigura-se, de facto, preferível concentrar a competência nos tribunais de execução das penas e dotar estes de um nível de tutela equivalente ao proporcionado pelos tribunais administrativos, conforme às exigências constitucionais e internacionais. O que importa para dar cumprimento a tais exigências, mais do que qual o tribunal competente, é que o regime processual assegure todas as garantias adequadas à especificidade da execução e constitucionalmente exigíveis.

É, portanto, de seguir o modelo dos sistemas alemão e italiano, também dotados de tribunais especializados na execução da pena, com competências quer na execução propriamente dita quer na tutela da posição jurídica do recluso perante a Administração.

No fundo, trata-se de dar continuidade à linha de evolução seguida pelo sistema português, mantendo as competências que os tribunais de execução das penas foram acumulando, mas aprofundando e aperfeiçoando a tutela por eles proporcionada.

3.2. Vias de aprofundamento da tutela oferecida pelos tribunais de execução das penas

Para definir o caminho do reforço da tutela, faz sentido colher inspiração em outros lugares do ordenamento jurídico (em particular no contencioso administrativo, onde já se fez o caminho de conformação com as exigências constitucionais de tutela

bem como a normalização das relações de trabalho prisionais para que contribuiria, a favor da competência dos tribunais de execução das penas pesarão argumentos como a especialização destes na execução da pena de prisão, que os torna mais preparados para a tomada em consideração das especificidades do trabalho prisional, que, além de constituir uma modalidade de tratamento penitenciário, tendente à preparação da reinserção social dos reclusos, também apresenta um regime jurídico diferente do das relações gerais de trabalho em razão das exigências próprias da execução da pena e da organização dos estabelecimentos prisionais. A opção por um ou outro modelo deverá ser feita pelo legislador, nomeadamente no diploma próprio relativo à relação jurídica especial de trabalho previsto no art. 43.º do CEP, até hoje por aprovar. Independentemente da opção legislativa pela competência de um ou de outros tribunais, o que releva é que os direitos e interesses dos reclusos em matéria de trabalho não fiquem sem tutela. Recorde-se o exemplo italiano, em que a lei penitenciária restringe a tutela do juiz de vigilância à inobservância de normas da lei ou dos regulamentos penitenciários (opção que terá sido motivada pela preocupação de não invadir domínios das jurisdições cíveis e administrativas), tendo as questões relativas ao trabalho prisional saído da esfera daquele juiz e passado a competir à jurisdição laboral, na sequência do acórdão da *Corte costituzionale* que declarou inconstitucional a discriminação na tutela dos direitos das partes na relação laboral consoante se trate de trabalhadores reclusos ou de cidadãos livres (*supra*, Parte IV, Cap. I, 3).

jurisdicional efectiva) e nas soluções encontradas em ordenamentos estrangeiros (nomeadamente naqueles, estudados na Parte IV, que têm já procurado conformar-se às exigências da Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

3.2.1. *Ampliação do leque de actos da administração prisional impugnáveis perante os tribunais de execução das penas*

Na apreciação crítica do ordenamento jurídico português actual¹⁸³⁰, identificámos como o seu principal défice em termos de tutela efectiva a não previsão da faculdade de impugnação, pelo recluso, de qualquer acto da administração prisional susceptível de afectar os seus direitos e interesses legalmente protegidos¹⁸³¹. Concluímos igualmente que a multiplicidade de actos e de omissões que, no decurso da execução da pena de prisão, são susceptíveis de afectar direitos ou interesses legalmente protegidos dos reclusos dificilmente se compadece com o actual modelo de enumeração taxativa dos actos sujeitos a impugnação judicial.

O princípio da tutela jurisdicional efectiva exige¹⁸³² que os reclusos possam obter tutela dos tribunais relativamente a *quaisquer* actos da Administração que afectem *quaisquer* dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos. As dúvidas sobre a legalidade da conduta, activa ou omissiva, da Administração devem ser passíveis de apreciação judicial, segundo o postulado de que a todas as posições jurídicas subjectivas materiais dos cidadãos corresponde um meio processual adequado a fazê-las reconhecer em tribunal. Especiais exigências com protecção constitucional – como as de segurança e certeza jurídica, ou as de celeridade e eficiência, ou ainda as de ordem, segurança e disciplina na execução da pena de prisão – poderão justificar *condicionamentos* ao acesso ao tribunal, ou mesmo limitações dos efeitos do accionamento da via judicial, mas não o impedimento do acesso nem a preclusão da efectividade da tutela. Quaisquer restrições ou condicionamentos terão como limite o *conteúdo essencial* do direito à tutela jurisdicional, o que implica que não possam redundar na sua eliminação.

Cumpre, pois, proceder a um alargamento do âmbito material das posições subjectivas tuteláveis pelo juiz¹⁸³³. Na busca de uma solução suficientemente

¹⁸³⁰ Que se procurou realizar *supra*, Parte III, Cap. II, 3.

¹⁸³¹ Ou, pelo menos, a sua não previsão de forma clara e acessível, dada a incerteza quanto à competência dos tribunais administrativos para sindicar os actos não expressamente impugnáveis junto dos TEP.

¹⁸³² O que segue no parágrafo sintetiza o que foi desenvolvido *supra*, Parte I, Cap. VII.

¹⁸³³ Neste sentido, também Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 120, defendendo igualmente “o alargamento dos casos legalmente previstos em que as decisões da

abrangente, em alternativa ao actual modelo de enumeração exaustiva, são numerosos os exemplos a considerar.

Desde logo, no contencioso administrativo português reformado, observamos que se garante a tutela adequada dos tribunais *a todo o direito ou interesse legalmente protegido* (art. 2.º do CPTA). São impugnáveis os actos administrativos com eficácia externa, que se destinem a produzir na ordem jurídica efeitos passíveis de se projectar na esfera jurídica do particular, e oferecem-se meios de tutela não só contra actos de conteúdo positivo mas também contra recusas e omissões.

No direito comparado, verificámos uma evolução geralmente orientada no sentido de todas as decisões da administração prisional relativas à execução susceptíveis de afectar direitos ou interesses dos reclusos estarem sujeitas a controlo judicial. Recorde-se como o ordenamento italiano evoluiu recentemente para permitir aos reclusos sindicar junto do juiz de vigilância “a inobservância por parte da administração de disposições previstas pela lei [penitenciária] e pelo respectivo regulamento, da qual derive para o recluso ou internado um prejuízo actual e grave^[1834] para o exercício dos direitos”. Em Espanha, o *juez de vigilancia* tem atribuída a competência para apreciar a afectação dos direitos fundamentais ou dos direitos e benefícios penitenciários dos reclusos¹⁸³⁵. Na Alemanha, os reclusos podem pedir uma decisão judicial da *Strafvollstreckungskammer* relativamente a decisões ou actuações materiais da Administração que lhes digam concretamente respeito e afectem os seus direitos, independentemente de se tratar de actos, omissões ou recusas. Em França, os reclusos podem sindicar junto do juiz administrativo uma decisão da Administração que afecte um direito ou liberdade em medida que exceda o que é necessariamente implicado pela reclusão¹⁸³⁶. Atente-se ainda nos ordenamentos que prevêm um “recurso de amparo” ou equivalente, mecanismo que pode ser accionado mediante a alegação de violações de direitos fundamentais de nível constitucional¹⁸³⁷.

administração penitenciária poderão ser, também pelo recluso, impugnáveis para o tribunal de execução das penas”, como “passo importante na efectivação do seu estatuto jurídico”.

¹⁸³⁴ Vimos como estes requisitos, em especial o da gravidade, são contestados pela doutrina, uma vez que podem deixar violações sem tutela e gerar incerteza jurídica no acesso à via judicial.

¹⁸³⁵ Embora, como pudemos observar, o preciso alcance desta competência não constitua questão resolvida.

¹⁸³⁶ Segundo uma evolução jurisprudencial que, como vimos, foi sucessivamente identificando, como critérios para a sindicabilidade das medidas, a sua natureza e gravidade, a sua repercussão na esfera jurídica e também fáctica do recluso (incluindo nas condições materiais da detenção) e, cada vez mais, o facto de estarem em jogo direitos e liberdades fundamentais.

¹⁸³⁷ O TEDH considera as queixas constitucionais, de modo geral, recurso efectivo para efeitos do art. 13.º da Convenção, desde que sejam directamente acessíveis pelos particulares, permitam a invocação de

Não deve esquecer-se que a afectação dos direitos e interesses dos reclusos pode decorrer também de actos da Administração de carácter geral e abstracto, como circulares e regulamentos. Ora, o CPTA permite obter a declaração de ilegalidade de normas regulamentares e a condenação à emissão de normas regulamentares necessárias a dar exequibilidade a actos legislativos. Admitindo-se que o contencioso de normas regulamentares possa manter-se nos tribunais administrativos¹⁸³⁸, parece-nos que os argumentos da especialização e da concentração da competência nos TEP podem também pesar a favor da possibilidade de caber também a estes tribunais aquele contencioso – pelo menos nas situações de declaração de ilegalidade sem força obrigatória geral, quando seja pedida pelo lesado com efeitos circunscritos ao seu caso. Requisito é que se proporcione o mesmo grau de garantia (legitimidade, garantias processuais, poderes do tribunal), sob pena de uma inadmissível diminuição da tutela.

Independentemente da concreta formulação a adoptar, importa é que as pessoas privadas da liberdade tenham a faculdade de impugnar qualquer acto ou omissão da administração prisional – quer se relacione com a individualização da execução, quer com a gestão da vida nos estabelecimentos prisionais – que se repercuta negativamente na sua esfera jurídica. Deve, portanto, evoluir-se do actual elenco taxativo de actos impugnáveis para uma cláusula geral baseada na afectação de direitos e interesses legalmente protegidos.

3.2.2. *Configuração do processo jurisdicional*

Há ainda um caminho por fazer no desenvolvimento de um direito processual penitenciário¹⁸³⁹. Procuraremos, contudo, apontar alguns princípios que deverão regê-lo,

direitos convencionais e não se cinjam à apreciação de normas – sobre o ponto, Patrícia Fragoço MARTINS, «Recurso efectivo a nível interno», p. 2569.

¹⁸³⁸ É o que sucede na Alemanha: como verificámos, o requerimento de tutela junto das *Strafvollstreckungskammern* refere-se apenas a medidas individuais e concretas, sendo os regulamentos ou outras disposições administrativas de carácter geral, relacionados com a execução ou com um estabelecimento, impugnáveis no quadro do contencioso administrativo. Em França, o juiz administrativo concentra as competências de controlo sobre as decisões individuais e sobre as medidas de carácter regulamentar.

¹⁸³⁹ Chamando a atenção para a necessidade de densificação doutrinária e de elaboração de princípios gerais do direito processual penitenciário, Anabela Miranda RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 139. Trata-se, com efeito, de matéria carente de elaboração doutrinária – sendo apesar disso de mencionar as tentativas de identificação de alguns princípios processuais por Autores como Anabela Miranda RODRIGUES, *A fase de execução das penas...*, pp. 11 ss., Lopes ROCHA, «Execução das penas...», pp. 473 ss., e Moraes ROCHA/Ana Sá Gomes, «Algumas notas sobre direito penitenciário», pp. 21 ss. Em Espanha, pese embora a lacuna legislativa em matéria de organização e processo dos juízos de vigilância (colmatada, como vimos, mediante as *Prevenciones* adoptadas pelo Supremo Tribunal aquando do início de vigência da legislação penitenciária, onde se indicam princípios de actuação a seguir pelos

identificar as finalidades cuja concordância prática ele deverá assegurar e apontar caminhos de evolução no sentido da plena conformidade com o princípio da tutela jurisdicional efectiva.

Com efeito, para que uma decisão possa dizer-se jurisdicional, não basta atribuir a respectiva competência ao juiz; há que revestir o processo das garantias próprias da função jurisdicional¹⁸⁴⁰.

Da caracterização funcional da jurisdição a que procurámos proceder na Parte I resultou que para aquela relevam os princípios derivados do princípio da tutela jurisdicional efectiva, como os da independência, imparcialidade, contraditório, juiz natural, publicidade, obrigatoriedade das decisões, fundamentação e respeito pelo caso julgado.

Naturalmente, a concreta conformação do processo pode e deve atender às especificidades da execução de uma pena de prisão; não tem de seguir a tramitação de outros ordenamentos processuais, como o processo penal ou o contencioso administrativo¹⁸⁴¹.

Com efeito, as características da execução da prisão reflectir-se-ão na conformação processual, ora no sentido do reforço das garantias processuais, ora no sentido do condicionamento ou limitação de certas dimensões processuais em favor de

juízes de vigilância, como a proibição da indefesa, o direito à assistência por advogado, a publicidade adequada à natureza da situação e do exercício do controlo, a proibição de dilações indevidas, a adopção de todas as garantias necessárias, entre as quais a possibilidade de apresentar os meios de prova pertinentes, a audição do recluso e a informação da administração penitenciária, a não sujeição da pretensão do recluso a formalidades especiais, sendo as insuficiências das petições sanadas oficiosamente ou convidando-se o interessado ao aperfeiçoamento), existe elaboração doutrinal sobre o direito processual penitenciário – veja-se, por exemplo, TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, pp. 23 ss. No direito brasileiro, vide NUCCI, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, esp. pp. 961, 981, 999, referindo a intenção do legislador de, mediante a remissão da Lei de Execução Penal para o Código de Processo Penal, garantir ao condenado todos os princípios e direitos que o acusado possui em processo penal, nomeadamente o contraditório, a ampla defesa, o direito à prova ou o duplo grau de jurisdição. Como exemplo de desenvolvimento legislativo recente em matéria processual, veja-se, em Itália, a configuração da tramitação das impugnações judiciais na legislação de 2013, no quadro da conformação do ordenamento italiano às exigências da jurisprudência *Torreggiani* (*supra*, Parte IV, Cap. I, 4).

¹⁸⁴⁰ Como sublinha M. D'AGNOLO, «Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale...», p. 116: para garantir a legalidade da fase *post judicatum*, não basta a previsão de uma jurisdição em sentido subjectivo, antes assumem um papel decisivo as formas pelas quais a presença do juiz se exprime – quer quando deva decidir em primeira linha, quer quando decida em sede de controlo de actos da administração; para o Autor, a magistratura deve agir com instrumentos diversos dos administrativos, que apresentem os traços objectivos do *ius dicere* (sem prejuízo de a intensidade da exigência poder variar consoante as situações subjectivas em causa, desde que respeitadas as exigências do processo justo).

¹⁸⁴¹ Como já se deixou claro, o princípio constitucional da tutela jurisdicional efectiva não impõe formas processuais específicas, podendo o legislador configurá-las, harmonizando as dimensões constitucionais relevantes, desde que dê cumprimento ao princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa.

outras, numa concordância prática entre as exigências de tutela e as “exigências próprias da execução”¹⁸⁴².

Assim, por um lado, a especial vulnerabilidade dos reclusos e as características da generalidade da população reclusa (baixo nível de instrução, debilidade económico-financeira, deficiente assistência por advogado) podem justificar a previsão de formas processuais simplificadas, caracterizadas por alguma informalidade e celeridade, bem como uma orientação *pro actione*¹⁸⁴³.

Por outro lado, em nome das “exigências próprias da execução” (nomeadamente, o interesse da manutenção da convivência ordenada e segura nos estabelecimentos prisionais, que demanda não só uma reacção pronta, por parte da Administração, a condutas que ponham gravemente em perigo bens jurídicos, sobretudo pessoais, de reclusos ou de funcionários, a actos de indisciplina ou de desobediência grave a ordens legítimas e a tentativas de evasão ou de organização de motins, mas também uma estabilização célere das decisões da Administração), o legislador pode estabelecer, na conformação dos pressupostos de acesso, da tramitação processual e das formas de decisão, condicionamentos funcionalmente adequados à salvaguarda daquelas exigências, sempre com o limite do conteúdo essencial do direito à tutela jurisdicional efectiva, o que implica que não possam dificultar excessivamente o acesso ao tribunal nem postergar a efectividade da protecção jurídica a conceder. Exemplos poderão ser a previsão de prazos curtos para a impugnação de decisões¹⁸⁴⁴ e para a decisão por parte do tribunal¹⁸⁴⁵; uma aferição liminar sobre se estão ou não em causa direitos ou

¹⁸⁴² Esta ponderação entre as garantias individuais e outros interesses públicos é realizada nos vários domínios processuais, nomeadamente no processo penal e no processo administrativo; o que pode aqui ser específico é o ponto de concordância prática a encontrar, que harmonize as exigências de tutela individual com as exigências de ordem e de segurança e com a prossecução das finalidades da execução.

¹⁸⁴³ Justificando, assim, alguma diferenciação em relação ao processo nos tribunais administrativos, que, apesar da forte orientação *pro actione*, é mais complexo em comparação com o processo nos TEP e obriga a representação por advogado (art. 11.º do CPTA). Veja-se, no direito alemão, a orientação no sentido de um requerimento que padeça de insuficiências não dever ser liminarmente rejeitado, dando-se oportunidade para o seu aperfeiçoamento, bem como de que os requisitos de admissibilidade não sejam excessivos, em atenção às especificidades da execução (CALLIESS/Müller-Dietz, *Strafvollzugsgesetz*, anotação ao art. 109.º, p. 537, com exemplos da jurisprudência); contudo, não deixa de valer a proibição geral de “chicana” (*Schikaneverbot*), devendo considerar-se inadmissíveis requerimentos que visem meramente incomodar o autor do acto ou o tribunal (mais desenvolvidamente, CALLIESS/Müller-Dietz, *Strafvollzugsgesetz*, p. 540).

¹⁸⁴⁴ Atente-se no art. 203.º do CEP: o prazo geral para a impugnação é de oito dias a contar da comunicação ou notificação da decisão; no caso de impugnação de decisão disciplinar, o prazo é ainda mais curto (cinco dias). Veja-se, em contraposição, o prazo-regra de três meses para a impugnação pelos particulares de actos administrativos com fundamento em anulabilidade.

¹⁸⁴⁵ O art. 206.º, n.º 2, do CEP prevê um prazo de decisão muito curto (cinco dias a contar da conclusão da instrução, que também se prevê expedita) para as impugnações de sanções disciplinares, em atenção ao efeito suspensivo da impugnação e à importância da estabilização célere das decisões em matéria disciplinar.

interesses legalmente protegidos e a possibilidade de rejeição liminar em caso de manifesta improcedência¹⁸⁴⁶; uma selecção criteriosa dos casos de suspensão da eficácia do acto impugnado¹⁸⁴⁷; ou limitações nos poderes de decisão dos tribunais ou nos efeitos das suas decisões.

3.2.3. Orientação *pro actione*

Como já se adiantou, as características da generalidade da população reclusa (carências socioeconómicas e competenciais, agravadas pelos défices, jurídicos e práticos, de assistência jurídica) e a vulnerabilidade subjacente à relação penitenciária (que, como afirma o TEDH, pode tornar exigível uma “protecção acrescida”), justificam uma regulação processual simples, que privilegie uma justiça material em detrimento de uma justiça formal, sem obstáculos formais excessivos à obtenção de decisões sobre o mérito da pretensão, que possam redundar, na prática, em denegação de justiça¹⁸⁴⁸. A

¹⁸⁴⁶ Apreciação liminar que pode revelar-se útil para evitar uma sobrecarga dos TEP com impugnações em consequência do alargamento da tutela que propomos. Naturalmente, o aperfeiçoamento da assistência jurídica aos reclusos, a par de uma melhor protecção dos seus direitos, contribuiria também para este desiderato, ao assegurar uma adequada formulação das pretensões e uma “filtragem” de pretensões. Actualmente, o CEP já prevê a figura do despacho liminar em processo de impugnação – cf. art. 204.º, n.º 1, segundo o qual, “recebida a impugnação, o juiz despacha, no prazo de cinco dias, no sentido de a rejeitar, quando inadmissível ou manifestamente improcedente, ou de a admitir”. Recorde-se ainda a solução do *reclamo giurisdizionale* italiano: se o requerimento se afigurar manifestamente infundado por falta de pressupostos legais ou por constituir mera repetição de requerimento já rejeitado, o juiz, ouvido o Ministério Público, declara-o inadmissível.

¹⁸⁴⁷ No actual regime, prevê-se como regra que a impugnação não tem efeito suspensivo da decisão (art. 202.º, n.º 1, do CEP), ressalvando-se os casos expressamente previstos (como o da impugnação das sanções disciplinares mais gravosas, que tem efeito suspensivo – cf. art. 114.º, n.º 2, do CEP); as impugnações com efeito suspensivo revestem natureza urgente, sendo tramitadas imediatamente e com preferência sobre qualquer outra diligência (art. 202.º, n.º 2, do CEP). Recorde-se, com interesse, o exemplo analisado *supra* do Regulamento de Disciplina Militar, que, atendendo à especial relevância da hierarquia e da disciplina na instituição militar, prevê que as sanções de repreensão são cumpridas imediatamente, sem prejuízo do direito de impugnação judicial (solução que o TC não declarou inconstitucional, no já referido Ac. n.º 229/2012). Também no direito penitenciário alemão, como vimos, a impugnação judicial não tem efeito suspensivo, embora o tribunal possa decidir suspender a eficácia da medida se se verificar perigo para a realização do direito em causa e se não se opuser à suspensão um interesse preponderante (como também vimos, a doutrina dá nota de que, na prática, a regra passou a ser a determinação de efeito suspensivo). Veja-se também, como exemplo, no direito italiano, a aplicação do regime especial de segurança do art. 41.º-bis, cuja impugnação judicial não tem efeito suspensivo, estabelecendo-se em compensação um prazo curto para decisão judicial (dez dias).

¹⁸⁴⁸ O CEP contém já várias previsões nesse sentido, podendo dizer-se orientado por um princípio *pro actione*. Vejam-se, nomeadamente, os seguintes preceitos: recebido o requerimento inicial, o juiz pode, ouvido o Ministério Público, rejeitá-lo, se manifestamente infundado ou quando contenha pretensão já antes rejeitada e baseada nos mesmos elementos, ou convidar ao aperfeiçoamento (art. 148.º); especificamente quanto à impugnação de decisões da administração, esta “não obedece a formalidades especiais, mas deve conter sùmula das razões de facto ou de direito que fundamentem o pedido e ser rematada por conclusão, na qual o impugnante identifique concisamente a sua pretensão”; o juiz pode convidar o impugnante a aperfeiçoar a impugnação, nomeadamente quando seja omissa, deficiente, obscura ou quando seja ininteligível a conclusão (art. 204.º, n.º 2); a representação por advogado só é

rejeição liminar de impugnações deve ser permitida quando a pretensão for manifestamente infundada ou improcedente, mas não por razões meramente formais.

3.2.4. *Garantias de processo equitativo*

Entre as dimensões fundamentais da jurisdicionalidade encontram-se a imparcialidade e o contraditório¹⁸⁴⁹.

Assim, o processo perante os tribunais de execução das penas há-de assegurar oportunidades de *audição* e de *contraditório*. O regime actual, nas diversas formas de processo, garante o acesso aos autos por parte dos sujeitos intervenientes¹⁸⁵⁰ e prevê, na maioria dos casos, a audição do recluso e a pronúncia do Ministério Público¹⁸⁵¹. Contudo, alguns aspectos, como a facultatividade da audição do recluso em algumas formas de processo, ou o facto de o juiz ouvir a posição do conselho técnico e a do recluso separadamente, podem suscitar dúvidas quanto ao pleno cumprimento das

obrigatória quando a impugnação verse questões de direito (art. 147.º); o TEP deve pronunciar-se sobre todas as causas de invalidade da decisão administrativa, sejam ou não expressamente invocadas (art. 201.º, n.º 2). Refira-se que, na consulta de processos realizada nos TEP de Lisboa e Coimbra, já mencionada, se pôde observar que, em regra, os juízes dos TEP procuram aproveitar tanto quanto possível as impugnações recebidas, evitando rejeições liminares e procurando identificar a pretensão do requerente, ainda quando deficientemente formulada.

¹⁸⁴⁹ Como tem afirmado o Tribunal Constitucional, embora não se referindo especificamente à matéria da execução das penas, “entendendo-se a exposição das razões de facto e de direito de uma dada pretensão, com sujeição ao contraditório da parte contrária, perante o tribunal antes que este tome a sua decisão como uma manifestação do direito de defesa dos interessados perante os tribunais, tal direito, juntamente com o princípio do contraditório, não pode deixar de ser visto como ‘uma decorrência do direito de acesso aos tribunais e a um processo equitativo julgado por um órgão imparcial e independente’” (Ac. n.º 243/2013).

¹⁸⁵⁰ Art. 146.º, n.º 2, do CEP.

¹⁸⁵¹ No processo de internamento, bem como na respectiva revisão, há lugar a audição do internado, podendo estar presentes o defensor e o Ministério Público (arts. 158.º, 159.º, 166.º e 168.º); concluída a instrução, há lugar a alegações escritas do defensor e a parecer do Ministério Público (arts. 160.º, 167.º). No processo de liberdade condicional, concluída a instrução, realiza-se o conselho técnico e, seguidamente, a audição do recluso (art. 174.º); nesta audição, o recluso pode oferecer provas e, se o defensor e o Ministério Público estiverem presentes, podem requerer que o juiz formule perguntas (art. 176.º); posteriormente há parecer do Ministério Público nos próprios autos (art. 177.º). No incidente de incumprimento, que pode conduzir à revogação da medida, valem as mesmas normas para a audição do condenado e o parecer do Ministério Público (art. 185.º). Nos processos de licença de saída jurisdicional, há reunião do conselho técnico, sendo a audição do recluso requerente facultativa; também o parecer do Ministério Público, a emitir no próprio conselho, é facultativo e a decisão do juiz é ditada para a acta (arts. 191.º e 192.º). Nos processos de modificação da execução, após o requerimento ou consentimento do condenado, há lugar a parecer do Ministério Público, seguindo-se a decisão do juiz (art. 218.º). Nos processos de homologação (dos planos e do regime aberto no exterior), há lugar a pronúncia do Ministério Público, seguindo-se despacho do juiz (art. 172.º); tratando-se de concessão de regime aberto, o juiz pode solicitar parecer ao conselho técnico e ouvir o recluso (art. 172.º-A). Nas impugnações de decisões da administração prisional, é dada ao autor da decisão e ao Ministério Público, quando não seja o impugnante, a oportunidade de se pronunciarem; o impugnante e os demais intervenientes podem requerer a realização de diligências probatórias; concluída a instrução, o juiz profere decisão (arts. 205.º, 206.º).

exigências de contraditório¹⁸⁵². É de ponderar se as garantias, constitucionais e convencionais, do processo equitativo não demandarão, pelo menos no caso das tomadas de decisão mais relevantes para a situação jurídica do recluso, uma verdadeira audiência contraditória, onde a tomada de posição do Estado, representado pelo Ministério Público, e os elementos probatórios em que esta se sustenta sejam sujeitos ao contraditório do interessado¹⁸⁵³ e em que este possa defender a sua posição com conhecimento da posição do Estado e carrear para o processo elementos de prova¹⁸⁵⁴. No direito comparado encontram-se já exemplos que indiciam uma evolução nesse sentido¹⁸⁵⁵.

¹⁸⁵² Recorde-se o caso, referenciado *supra*, Parte III, Cap. II, 2.2, do recurso de constitucionalidade apresentado por recluso que pretendia reagir contra decisão do TEP que dispensara a sua audição em processo de licença de saída jurisdicional, que veio a ser decidido em sentido desfavorável, apesar do seu pedido expresso para ser ouvido com vista a poder contraditar afirmações sobre factores relevantes para a decisão, veiculadas por membros do conselho técnico, que, em anteriores pedidos de saída, teriam influenciado a decisão de recusa (cf. Ac. do TC n.º 213/2017, confirmando decisão sumária de não conhecimento do recurso por falta de pressupostos).

¹⁸⁵³ Debruçando-se sobre o processo de decisão na execução da pena, Mouraz LOPES, *A fundamentação da sentença...*, pp. 307 s., defende que as consequências das decisões tomadas neste âmbito exigem “um conjunto de garantias pelo menos com um grau de efectividade idêntico ao que sustenta o processo que leva à condenação”. Porém, o processo de decisão no âmbito da execução da pena confronta-se com um “elemento particular que condiciona todo o procedimento”: o cerceamento da liberdade do sujeito da decisão, que “condiciona fortemente a natureza intersubjectiva do processo, em manifesta divergência com as condições em que se desenrola o *fair trial*” na construção da decisão que levou à condenação. O Autor admite que “os interesses subjacentes à execução podem justificar algumas limitações ao contraditório e mesmo restrições à publicidade”; “trata-se no entanto de procedimentos jurisdicionais onde o debate judiciário que precede a decisão, que não é uma ‘audiência’, deve ser, em regra, dotado de um grau de publicidade que possibilite o confronto, a interacção e o debate dos sujeitos do processo, na medida dos interesses subjacentes a cada procedimento e salvaguardando os direitos individuais do recluso”.

No contexto brasileiro, NUCCI, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, p. 999, com citação de mais doutrina, sustenta que dos princípios do contraditório e da ampla defesa resulta que a defesa deve ter oportunidade de criticar as informações e conclusões de exames, diligências e pareceres elaborados pela administração penitenciária, podendo inclusivamente carrear novos elementos solicitados a especialistas idóneos, possibilitando assim ao juiz uma visão mais completa da matéria em decisão.

¹⁸⁵⁴ Note-se que o recluso e o defensor não assistem ao conselho técnico, onde os responsáveis pelas várias áreas emitem parecer sobre a medida decidenda. Havendo boas razões para que assim seja, importa porém assegurar que o recluso possa conhecer a posição do Estado e os elementos em que esta se sustenta, de modo a poder contraditá-los e apresentar elementos que corroborem a sua posição. Em tal sentido podem concorrer – consoante a importância da decisão a tomar – mecanismos como o acesso a relatórios relevantes, a faculdade de carrear elementos probatórios, a realização de audiência contraditória e uma exigente fundamentação das decisões judiciais, que permita conhecer os seus fundamentos e pô-los em causa em sede de recurso.

¹⁸⁵⁵ Veja-se o exemplo italiano: de acordo com a tramitação processual da impugnação judicial, tal como resulta da legislação “pós-Torreggiani” (art. 35.º-*bis*, na redacção introduzida em 2013), o juiz, se não considerar o requerimento manifestamente inadmissível, marca data para a audiência, na qual participam obrigatoriamente o Ministério Público e o defensor, podendo o interessado, caso o requeira, ser ouvido pessoalmente, e notificando-se a administração para, querendo, comparecer ou apresentar alegações. Recorde-se ainda que, na Alemanha, embora a decisão da impugnação não seja precedida de audiência, pode haver lugar a audição do requerente, oral, por escrito ou por videoconferência (e como vimos, antes do aditamento desta possibilidade pelo legislador, a não previsão da possibilidade de audição oral do requerente vinha sendo criticada pela doutrina). Relembre-se também como, em França, a maioria das

A garantia de *audiatur et altera pars* é tanto mais importante quanto a *imparcialidade*, característica funcional por excelência da jurisdição, pode tornar necessário contrabalançar alguns aspectos do modelo de funcionamento dos tribunais de execução das penas. Referimo-nos, nomeadamente, à questão do relacionamento do juiz com a administração prisional. Se a eliminação de parte das funções de “vigilância” do juiz (que se traduziam, na lei de 1976, nas competências para visitar regularmente os estabelecimentos, tomar conhecimento da forma como se executavam as penas, ouvir as pretensões dos reclusos e resolvê-las de acordo com o director do estabelecimento, e que o CEP procurou transferir para o Ministério Público precisamente por serem pouco consentâneas com a função jurisdicional) contribuiu para resolver as dúvidas que aquelas suscitavam relativamente à equidistância do juiz, o funcionamento do conselho técnico pode ainda suscitar algumas questões problemáticas. O conselho técnico, recorde-se, é caracterizado como “órgão auxiliar do tribunal de execução das penas com funções consultivas”, competente para emitir parecer sobre os assuntos que o juiz submete à sua apreciação, nomeadamente decisões sobre liberdade condicional, licenças de saída e regime aberto no exterior¹⁸⁵⁶. Composto por elementos da administração prisional (o director do estabelecimento e os responsáveis das várias áreas relevantes para a execução), reúne no próprio estabelecimento, sob a presidência do juiz do TEP¹⁸⁵⁷. Este modelo apresenta vantagens: permite ao juiz auscultar de viva voz o director e os responsáveis pelas áreas do tratamento penitenciário, da reinserção social e da vigilância e segurança, solicitando-lhes as informações e esclarecimentos pertinentes; proporciona-lhe um conhecimento mais próximo dos reclusos, do estabelecimento e, mais genericamente, do funcionamento do sistema prisional e das exigências próprias da execução, colocando-o em melhores condições para decidir; permite até a resolução informal de algumas questões e um efeito “pedagógico” sobre os procedimentos da Administração. Contudo, levanta questões delicadas, como o risco de perda de equidistância (real ou aparente) e de tendência para “alinhamento” com a perspectiva do sistema¹⁸⁵⁸.

decisões de *aménagement* das penas foi “jurisdicionalizada”, ou seja, rodeada das garantias do processo equitativo, sendo decididas mediante parecer da administração penitenciária e após debate contraditório no qual o juiz ouve o Ministério Público, o condenado e, sendo esse o caso, o seu defensor.

¹⁸⁵⁶ Art. 142.º do CEP.

¹⁸⁵⁷ Art. 143.º do CEP.

¹⁸⁵⁸ Sobre este ponto, veja-se Miranda PEREIRA, «Tribunal de Execução das Penas...», p. 79, onde o Autor dá nota de críticas, na vigência da lei de 1976, no sentido de que o juiz “acaba por ficar colocado em situação de alguma subordinação à administração prisional. Que o conselho técnico acaba por ser aculturador. Que o tribunal perde independência”.

Perante o exposto, a configuração processual há-de conter garantias suficientes de que o melhor conhecimento propiciado pelo conselho técnico não seja obtido à custa da imparcialidade do julgador (ou, o que não é menos relevante, da imagem dela).

Uma referência se justifica ainda às exigências em matéria de *fundamentação* das decisões. Retomando a formulação de Castanheira Neves, o *modus* metodológico da *justiciabilidade*, se não exclui, pelo menos reduz, “pela racionalidade da fundamentação judicativa”, “o eventual decisionismo nas valorações jurisdicionais”¹⁸⁵⁹. Além da função de autocontrolo, o direito à fundamentação das decisões judiciais, enquanto “direito que assiste às partes de um processo de conhecerem efectivamente as decisões que lhes digam respeito e os respectivos fundamentos[,] constitui corolário do direito fundamental de acesso aos tribunais”¹⁸⁶⁰ e integra o princípio constitucional da tutela jurisdicional efectiva. Corresponde-lhe, da parte do órgão jurisdicional, o dever de se pronunciar sobre a pretensão formulada mediante decisão fundamentada.

A fundamentação das decisões em matéria de execução da pena de prisão reveste-se de especial importância, atentos não só os bens jurídicos em jogo – *maxime*, a liberdade –, mas também as características particulares que identificámos na relação penitenciária (especial vulnerabilidade dos reclusos resultante da forte dependência do Estado, tensão permanente entre a posição jurídica destes e as exigências da execução, défices de assistência jurídica)¹⁸⁶¹. Neste sentido, o CEP estabelece que “os actos decisórios do juiz de execução das penas são sempre fundamentados, devendo ser especificados os motivos de facto e de direito da decisão”¹⁸⁶².

As decisões dos tribunais de execução das penas devem, pois, ser cuidadosamente fundamentadas, evitando-se o recurso a formulações vagas ou

¹⁸⁵⁹ Castanheira NEVES, «Da ‘jurisdição’ no actual Estado de Direito», pp. 217 s.

¹⁸⁶⁰ Ac. do TC n.º 444/91.

¹⁸⁶¹ Também Mouraz LOPES, *A fundamentação da sentença...*, pp. 330 s., defende que a situação de vulnerabilidade dos sujeitos e o constrangimento das suas garantias processuais poderá exigir um reforço do dever de fundamentação, mediante a utilização de “argumentos reforçados” que colmatem aqueles condicionalismos, em ordem à legitimação da decisão a proferir. Para o Autor, poder-se-á tratar de uma situação “de tal forma diferenciada que exija ao juiz um discurso argumentativo adicional que assegure a racionalidade decisória, de modo a conformar o dever constitucional de fundamentação das decisões”. O “dever de dar razões” e sobretudo a necessidade de tais razões “serem plenamente compreendidas pelos destinatários” assume, nesta situação de vulnerabilidade, uma relevância que não existe num procedimento dotado de todas as garantias e onde tendencialmente funciona um princípio de igualdade de armas.

¹⁸⁶² Art. 146.º, n.º 1. Observando que, com a aprovação do CEP, a vinculação constitucional ao princípio da fundamentação das decisões assumiu, no âmbito do processo de execução das penas, uma dimensão normativa explícita, Mouraz LOPES, *A fundamentação da sentença...*, p. 307.

tabelares, não substanciadas com a indicação de factos concretos¹⁸⁶³. Só assim será cumprida a teleologia da exigência constitucional de fundamentação: conferir legitimação à decisão judicial, assegurar a compreensão das decisões e o convencimento da sua justeza por parte dos destinatários e da comunidade e dar sentido útil ao direito ao recurso, já que só com o cumprimento do dever de fundamentação se pode sindicá-las cabalmente a legalidade e o mérito de uma decisão. E, aspecto não menos importante, através da fundamentação fornecem-se concretamente ao recluso elementos que lhe permitem, querendo, ajustar o seu percurso, de forma consentânea com os princípios da individualização da execução, da participação do condenado no seu processo de socialização e do acompanhamento judicial da execução.

3.2.5. *Legitimidade processual e intervenientes no processo*

Além da questão, acabada de tratar, do necessário alargamento da faculdade de impugnação pelos reclusos dos actos da administração que os afectem – e embora, no mais, a legitimidade processual esteja configurada no CEP em termos que se estimam adequados e satisfatórios –, justifica-se reflectir sobre se, relativamente à legitimidade processual ou à possibilidade de participação de outros sujeitos nos processos perante os

¹⁸⁶³ É ainda comum nos tribunais de execução das penas o recurso a minutas de decisão, em que se assinalam com cruz os motivos para a decisão, categorizados de forma abstracta. São exemplos de motivos indicados para a não concessão de licença de saída jurisdicional: “sério receio de insucesso”; “inexistência de fundada expectativa de que o recluso não se subtraia à execução da pena”; “não se observa evolução favorável da execução da pena compatível com o gozo de uma licença de saída”; “comportamento institucional inadequado”; “punição recente”; “situação jurídica indefinida”; “falta de apoio no exterior”; “pena acessória de expulsão/processo administrativo de expulsão, da qual decorre a impossibilidade de gozar uma licença de saída em Portugal”; “ambiente social e familiar em que o recluso se vai integrar”; “é prematuro face à extensão da pena/natureza e gravidade da actividade criminosa”; “é prematuro face ao tempo já cumprido e a cumprir”; “inexistência de fundada expectativa de que o recluso se comportará de modo socialmente responsável”; “incompatibilidade da saída com a defesa da ordem e da paz social”; “não ter decorrido o prazo legal para a renovação do pedido”; “ter esgotado os dias de licença que podia gozar este ano”; “deve consolidar o seu percurso prisional” (cf., como exemplo, Proc. n.º 165/13.TXLSB-D, despacho de 17-12-2014, a fls. 11, consultado no TEP de Lisboa), sendo apenas assinalada(s) a(s) categoria(s) pertinentes, sem que se indiquem os factos concretos em que se sustenta a conclusão. Tal poderá explicar-se, por um lado, pela permanência de práticas de uma época em que as funções jurisdicionais do juiz de execução das penas se acumulavam com formas de actuação mais informais, como as ligadas às funções de vigilância, e os processos, classificados como “graciosos”, não estavam ainda revestidos das características de jurisdicionalidade que, com a evolução das exigências jurídico-constitucionais, se vieram a impor; por outro lado, pelo facto de os juizes deverem decidir um elevado número de pedidos, sobretudo no que se refere a licenças de saída, num mesmo conselho técnico, o que torna dificilmente praticável uma fundamentação concreta e exaustiva. Esta explicação não torna, contudo, tal prática aceitável, do ponto de vista do processo equitativo. Deverão, assim, ser procuradas soluções que permitam cumprir cabalmente o dever de – e o direito à – fundamentação. A solução que propusemos *supra* (Parte III, Cap. II, 1.2.1, *b*), n. 1103), em matéria de competência para a decisão das licenças de saída, ao circunscrever a intervenção do juiz aos aspectos que carecem efectivamente de decisão judicial (e, deste modo, diminuir a sobrecarga do juiz com estas decisões), poderia criar condições para a prolação de decisões devidamente fundamentadas.

tribunais de execução das penas, o sistema poderia beneficiar de aperfeiçoamentos, no sentido de um fortalecimento quer da tutela dos direitos dos reclusos, quer da garantia da legalidade da execução, quer ainda da defesa de interesses e valores constitucionalmente protegidos.

a) Ministério Público

Além dos casos em que lhe cabe o impulso processual¹⁸⁶⁴ – dos quais se salienta a impugnação dos actos da Administração que, sendo-lhe comunicados para verificação da legalidade, repete ilegais –, o Ministério Público é chamado a emitir parecer quer nos processos relativos a decisões da competência do tribunal de execução das penas (internamento, liberdade condicional, incidente de incumprimento, licença de saída jurisdicional, modificação da execução) quer naqueles em que o tribunal se pronuncia, em segunda linha, sobre uma decisão adoptada pela administração prisional (homologação dos planos, homologação do regime aberto no exterior, impugnação pelo recluso de actos da Administração)¹⁸⁶⁵.

É de ponderar um reforço da sua posição processual, nomeadamente tornando obrigatória a sua participação no conselho técnico e conferindo-lhe legitimidade para suscitar perante o juiz a ilegalidade de qualquer acto ou omissão da administração prisional – já não somente os actos que, seleccionados pelo legislador como os tipicamente mais susceptíveis de afectação, lhe são obrigatoriamente comunicados para controlo da legalidade, mas também qualquer outro de que tenha conhecimento no âmbito das suas funções de vigilância¹⁸⁶⁶.

Também nesta matéria pode ter valia, como modelo a considerar, a legitimidade atribuída ao Ministério Público no contencioso administrativo¹⁸⁶⁷.

¹⁸⁶⁴ Cf. als. *b), e), f), h), l) in fine, m), o)* do art. 141.º do CEP.

¹⁸⁶⁵ Embora facultativamente nos casos da licença de saída e da impugnação.

¹⁸⁶⁶ Propondo-se, mais desenvolvidamente, um reforço da intervenção do Ministério Público na execução, *infra*, 3.3.

¹⁸⁶⁷ Nos termos do art. 51.º do ETAF, ao Ministério Público compete “representar o Estado, defender a legalidade democrática e promover a realização do interesse público, exercendo, para o efeito, os poderes que a lei lhe confere”. Em conformidade, o CPTA atribui-lhe legitimidade para impugnar todo e qualquer acto administrativo (art. 55.º), podendo, até, em caso de desistência do processo ou circunstância similar da parte do autor, assumir a posição deste, requerendo a prossecução do processo, para salvaguarda da legalidade e do interesse público (art. 62.º). Concede-lhe ainda legitimidade: para pedir a condenação da administração à prática de acto devido, quando o dever de praticar o acto resulte directamente da lei e esteja em causa a ofensa de direitos fundamentais, de um interesse público especialmente relevante ou de valores e bens constitucionalmente protegidos (art. 68.º, n.º 1, *c)*); para “propor e intervir, nos termos previstos na lei, em processos principais e cautelares destinados à defesa de valores e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais” (art. 9.º, n.º 2); para pedir a declaração de ilegalidade de normas regulamentares, com

b) Participação da administração prisional

Relativamente à questão da intervenção da administração prisional no processo perante os tribunais de execução das penas, há que distinguir os processos em que a decisão compete, em primeira linha, ao tribunal daqueles processos em que este deva decidir, em “segunda instância”, sobre um acto adoptado pela administração.

No primeiro caso, o papel da administração é, e deve ser, de cariz consultivo, fornecendo ao tribunal a informação técnica pertinente e, eventualmente, dando parecer. Esse papel é exercido quer mediante a elaboração de relatórios¹⁸⁶⁸, quer em sede de conselho técnico, órgão auxiliar do tribunal cujos membros prestam, presencialmente, os esclarecimentos solicitados pelo juiz e emitem parecer¹⁸⁶⁹.

Já nas impugnações de decisões da administração prisional, em que é posta em causa, perante o tribunal, a legitimidade da actuação daquela, o autor da decisão impugnada é notificado para, querendo, se pronunciar, tendo portanto oportunidade para tomar posição sobre a impugnação, “defender” a bondade da sua actuação e fornecer os elementos que entenda pertinentes¹⁸⁷⁰.

Procedendo-se a um alargamento, como o que defendemos no presente trabalho, das posições jurídicas subjectivas tuteláveis, da legitimidade processual e das pretensões susceptíveis de serem deduzidas perante o tribunal de execução das penas, terão de se prever aí semelhantes oportunidades de participação no processo, que permitam à Administração tomar posição e exercer o contraditório¹⁸⁷¹.

força obrigatória geral (art. 73.º, n.º 3); e para pedir a declaração de ilegalidade por omissão das normas cuja adopção, ao abrigo de disposições de direito administrativo, seja necessária para dar exequibilidade a actos legislativos carentes de regulamentação (art. 77.º).

¹⁸⁶⁸ Como sucede na instrução de processos de internamento (art. 166.º, n.º 1, *b*), do CEP), de liberdade condicional (art. 173.º, n.º 1, *a* e *b*) e de modificação da execução (art. 217.º, n.ºs 2 e 3).

¹⁸⁶⁹ Art. 142.º do CEP.

¹⁸⁷⁰ Art. 205.º, n.º 1, do CEP. Veja-se, em paralelo, a tramitação da acção administrativa, na qual a entidade demandada é citada para contestar e para disponibilizar o processo administrativo e os demais documentos respeitantes à matéria do processo de que seja detentora; na contestação, a entidade demandada deve deduzir, de forma articulada, toda a matéria relativa à defesa e juntar os documentos destinados a demonstrar os factos cuja prova se propõe fazer (arts. 81.º, 83.º e 84.º do CPTA).

¹⁸⁷¹ Não se trata de lhe conferir um estatuto de “parte”, pois a execução da pena não é um processo “de partes”, adversarial, em que Administração e recluso assumem posições “opostas”. Sobre este ponto, embora referindo-se ao processo administrativo em geral, Aroso de ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, pp. 71 s., defendendo que, nas acções tendentes a impor a um órgão da Administração a adopção de actos jurídicos ou operações materiais, as entidades a quem incumbirá tal adopção devem ter uma posição em que lhes seja reconhecida e assegurada a possibilidade de participarem, exercendo o contraditório. Veja-se com interesse ainda J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, p. 268: “o princípio da tutela jurisdicional efectiva também possui uma dimensão de princípio objectivo estruturante e enquadrador de todo o sistema jurídico e, mesmo que não confira um direito fundamental em favor de pessoas colectivas públicas, será de molde a provocar a inconstitucionalidade de certas normas que com ele não sejam compatíveis e das quais possa resultar

Importa ainda aludir a uma questão relacionada com a posição processual da administração penitenciária: a dos mecanismos de garantia contra ingerências do poder judicial na esfera de competências do poder executivo.

Como resultou do nosso estudo¹⁸⁷², se, por força de determinações judiciais, a administração prisional vir frustrada a possibilidade de determinar auto-responsavelmente, na medida que lhe esteja constitucional e legalmente atribuída, o sentido e o conteúdo do exercício das suas competências, é violado o núcleo essencial do domínio funcional do Executivo, o que constitui ofensa do princípio constitucional da separação dos poderes, tal como o deixámos explicitado.

Com o alargamento dos actos da Administração susceptíveis de impugnação judicial e das pretensões dedutíveis perante os tribunais de execução das penas, que aqui vimos preconizando, a questão ganhará relevância.

Actualmente, não sendo as decisões dos TEP em processo de impugnação susceptíveis de recurso, não parece que existam remédios disponíveis (salvo eventualmente um recurso de constitucionalidade, baseado na “interpretação normativa” feita pelo TEP da norma que lhe atribui competência).

Repare-se que, no contencioso administrativo, não só a entidade administrativa demandada tem legitimidade para recorrer da decisão jurisdicional mas também o Ministério Público pode fazê-lo, com fundamento na violação de disposições ou princípios constitucionais ou legais¹⁸⁷³. Recorde-se ainda que, em ordenamentos como o alemão e o croata, onde as decisões do tribunal de execução das penas que apreciem actos da administração prisional são susceptíveis de recurso, a legitimidade para recorrer pertence tanto ao requerente como à Administração. Aluda-se, por fim, ao sistema de resolução de conflitos entre Administração e Tribunais existente em Espanha, a cargo do *Tribunal de Conflictos de Jurisdicción*, que, como vimos, foi numerosas vezes chamado a resolver situações de conflito entre a administração penitenciária e os juízos de vigilância.

De iure condendo, no ordenamento português, devem ser assegurados mecanismos que permitam sindicar se uma decisão judicial ultrapassou os limites

alguma afectação da posição da Administração Pública”, citando jurisprudência do TC em abono desta posição; “em suma, sem que tal signifique tomar posição acerca do aproveitamento de direitos fundamentais pelas pessoas colectivas públicas, sempre se dirá que algum do conteúdo do princípio da tutela jurisdicional efectiva tem de proteger a sua posição processual, nem que seja sob a forma do reconhecimento de garantias institucionais, sob pena de várias das suas tarefas constitucionais poderem ser postas em causa”.

¹⁸⁷² Cf. *supra*, Parte I, Parte II.

¹⁸⁷³ Cf. art. 141.º do CPTA.

funcionais da jurisdição, invadindo a esfera de competências da Administração ou substituindo-se funcionalmente ao Executivo.

c) Outras pessoas afectadas pela actuação da Administração

O CEP atribui a legitimidade para impugnar actos da administração prisional perante o tribunal de execução das penas unicamente aos reclusos e ao Ministério Público.

Contudo, da Constituição decorre, como vimos, o direito de todos os administrados sindicarem qualquer acto da administração passível de lesar os seus direitos ou interesses legalmente protegidos. E, embora os actos praticados pela administração prisional se repercutam, principalmente, na esfera jurídica das pessoas reclusas, actos há que, apesar de relacionados com a execução da pena, afectam direitos ou interesses legalmente protegidos de outras pessoas. Pense-se nos familiares dos reclusos que sejam impedidos de visitá-los, que vejam retida a sua correspondência ou que sejam submetidos à revista de visitantes em condições contrárias à lei; ou nos advogados que vejam aplicadas restrições ilegítimas à comunicação com o recluso.

De iure constituto, os cidadãos nestas circunstâncias terão, pelo menos, a legitimidade para impugnar o acto junto dos tribunais administrativos; todavia, parece-nos que valerão também aqui os argumentos que já aduzimos no sentido da concentração de competências nos tribunais de execução das penas¹⁸⁷⁴.

d) Organizações de defesa dos interesses dos reclusos

O CEP também não prevê a legitimidade de organizações de defesa dos direitos humanos em geral ou dos direitos das pessoas privadas da liberdade em particular.

Recorde-se, a este propósito, a legitimidade activa alargada oferecida pelo contencioso administrativo para a propositura e a intervenção em processos principais e cautelares destinados à defesa de valores e bens constitucionalmente protegidos, abrangendo qualquer pessoa, enquanto membro da comunidade, independentemente de

¹⁸⁷⁴ Na Alemanha, embora a lei de execução das penas não o preveja expressamente, a jurisprudência e a doutrina têm entendido que tem legitimidade para impugnar decisões ou requerer a condenação da Administração, além dos reclusos, quem seja prejudicado por acções ou omissões desta, nomeadamente visitantes (pense-se na recusa de um pedido de visita), advogados (exemplificativamente, contra decisões que restrinjam ou condicionem o acesso ou contra decisão de sujeição a revista corporal), membros de organizações representativas dos direitos dos reclusos (relativamente a decisões que impeçam ou dificultem a sua actividade) ou remetentes ou destinatários de correspondência (contra decisões de retenção da mesma) – sobre este ponto *supra*, Parte IV, Cap. IV, 1.

ter interesse pessoal na demanda, bem como associações e fundações defensoras dos interesses em causa¹⁸⁷⁵.

Uma solução análoga poderia contribuir para compensar as dificuldades habitualmente sentidas pelos reclusos em fazer valer os seus direitos¹⁸⁷⁶.

Não conferir legitimidade, em sede de execução das penas, com a mesma amplitude da oferecida pelo processo administrativo significa proporcionar a uma categoria de “administrados” uma tutela menos forte que aos demais, quando os direitos e interesses implicados não são de menor importância – pelo contrário, as características de vulnerabilidade que identificámos podem justificar um acréscimo de tutela –, sem que se vislumbre que as “exigências próprias da execução” fossem de algum modo afectadas por soluções como as apontadas.

3.2.6. *Tutela cautelar*

A criação de mecanismos de tutela cautelar afigura-se incontornável, seja do ponto de vista constitucional (é uma garantia prevista no n.º 4 do artigo 268.º, integrando a garantia de tutela jurisdicional efectiva; e, quando estejam em causa direitos, liberdades e garantias pessoais, também o artigo 20.º, n.º 5, exige procedimentos céleres e prioritários que permitam obter tutela efectiva e em tempo útil), seja do ponto de vista da conformidade à CEDH (os mecanismos de tutela preventiva reclamados pelo TEDH devem ser aptos a permitir uma rápida cessação das violações). Os reclusos devem ter ao dispor meios expeditos que permitam pôr termo em tempo útil a situações violadoras dos seus direitos e interesses legítimos, bem como acautelar a utilidade de uma decisão final a proferir. As soluções oferecidas pelo contencioso

¹⁸⁷⁵ Nos termos do n.º 2 do art. 9.º, “independentemente de ter interesse pessoal na demanda, qualquer pessoa, bem como as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público têm legitimidade para propor e intervir, nos termos previstos na lei, em processos principais e cautelares destinados à defesa de valores e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais”.

¹⁸⁷⁶ Sobre o ponto, KOEPEL, *Kontrolle des Strafvollzuges*, p. 14. Recorde-se o papel que, em França, várias acções e providências intentadas por organizações de defesa dos direitos dos reclusos desempenharam na evolução da jurisprudência do *Conseil d'Etat* em matéria de protecção desses direitos (*supra*, Parte IV, Cap. III). O TEDH referiu, aliás, este aspecto no seu Ac. *J.M.B. e outros c. França*, de 30-1-2020, § 214, observando que a evolução jurisprudencial do mecanismo do *référé-liberté* se ficou a dever sobretudo à actividade processual do *Observatoire international des prisons*, na sua qualidade de observador do sistema penitenciário com vista à defesa dos direitos dos reclusos, e afirmou que a possibilidade de defesa colectiva dos detidos perante o *juge des référés* responde *a priori* a um dos objectivos visados pelo recurso preventivo em caso de sobrelotação – o de permitir o decretamento de medidas de carácter geral aptas a resolver problemas estruturais de violação dos direitos dos reclusos resultantes de más condições de detenção.

administrativo português¹⁸⁷⁷, bem como as adoptadas em ordenamentos como o alemão, o francês e o belga¹⁸⁷⁸ constituirão exemplos a ter em conta.

3.2.7. Poderes do tribunal

Releva também determinar o âmbito do controlo que os tribunais podem exercer sobre as decisões da administração prisional.

O controlo deve ser tal que, simultaneamente, cumpra as exigências de tutela judicial efectiva (tais como vimos resultarem das normas constitucionais e europeias) e se contenha nos limites funcionais da jurisdição, respeitando o domínio funcional da Administração.

Buscar o ponto óptimo de tutela dos direitos pelos tribunais sem que estes se substituam funcionalmente à Administração, tomando decisões para as quais não são funcionalmente adequados, é o desafio que se impõe ao legislador.

Vejamos, em primeiro lugar, que poderes de pronúncia constituem exigências irrenunciáveis de tutela jurisdicional.

Os actuais pressupostos de direito constitucional e convencional apontam no sentido de um alargamento do leque de pretensões a apresentar pelos cidadãos e dos correspondentes tipos de pronúncia ao dispor dos tribunais. Com efeito, o artigo 268.º, n.º 4, da CRP deixa claro, como afirmou o Tribunal Constitucional, que “o *princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa* [...] obriga [o legislador] a prever meios processuais que permitam ao administrado exigir da Administração a prática de actos administrativos legalmente devidos (*acções cominatórias*) e, quando for o caso, poder lançar mão de medidas cautelares adequadas”¹⁸⁷⁹. Segundo Canotilho/Vital Moreira, “a consagração da plenitude do princípio da garantia jurisdicional administrativa aponta também para o alargamento dos poderes tradicionalmente reconhecidos aos juízes do contencioso administrativo. As acções para tutela [...] de direitos ou interesses apontam para uma protecção efectiva, que só poderá alcançar-se

¹⁸⁷⁷ As providências cautelares reguladas nos arts. 112.º ss. do CPTA, mas também as intimações, em especial a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias (arts. 109.º ss. do mesmo Código). Sobre estes instrumentos, *supra*, Parte I, Cap. VII, 2.

¹⁸⁷⁸ Cf. Parte IV, Caps. III, IV e V, 6. Recorde-se que, na Alemanha, a *Strafvollstreckungskammer* pode decidir a suspensão da eficácia do acto impugnado se verificar perigo de que a realização do direito em causa resulte frustrada ou dificultada e se não se opuser à suspensão um interesse preponderante; pode também emitir outros tipos de providências cautelares. Recordem-se ainda os *référés* do ordenamento francês, em especial o *référé-liberté*, que pode ser accionado pelos reclusos nomeadamente quando sejam colocados em sector disciplinar, em confinamento ou em isolamento, e que o TEDH já considerou apto a propiciar tutela cautelar e urgente a posições jurídicas subjectivas dos reclusos.

¹⁸⁷⁹ Ac. do TC n.º 104/99.

reconhecendo o juiz administrativo como ‘juiz de amparo’, dotado de uma ampla gama de remédios jurisdicionais que podem ir desde o ‘dar ordens’ e ‘emitir proibições’ [...]; ‘proibir medidas proibitivas’ das entidades administrativas; obrigar a Administração a praticar determinados actos [...], até à substituição da acção administrativa (desde que não se trate, como é óbvio, de ‘usurpar’ os poderes discricionários da Administração)”¹⁸⁸⁰. No plano europeu, o TEDH interpreta o artigo 13.º da Convenção como exigindo que a autoridade nacional competente para a tutela contra violações de direitos e liberdades convencionais – seja ela jurisdicional ou de outra natureza – disponha de uma vasta panóplia de medidas para a erradicação dos problemas subjacentes¹⁸⁸¹. Reforçando esse ponto, as *Regras Penitenciárias Europeias* foram recentemente actualizadas no sentido de preverem que a autoridade independente junto da qual os reclusos devem poder apresentar pedidos e queixas e reagir contra rejeições de pedidos e queixas por parte da Administração deve ser dotada de “poderes de revisão e remédio”¹⁸⁸²; aponta-se, pois, também aqui, no sentido de os tribunais deverem ser revestidos de poderes que lhes permitam apreciar pretensões diversas dos reclusos e, sendo caso disso, conceder tutela efectiva.

Perante este quadro de exigências, é de concluir que os tribunais chamados a apreciar as pretensões em matéria de execução da pena¹⁸⁸³ deverão ter poderes para emitir tipos de decisão adequados à diversidade de pretensões a apreciar. Nomeadamente, deverão ter poderes aptos a impedir ou a fazer cessar violações da posição jurídica dos reclusos, bem como a fazer reconstituir a situação que vigoraria se a violação não tivesse ocorrido; devem poder sindicar a legalidade, *rectius*, a juridicidade, de actos da Administração e anular os que sejam feridos de invalidade, com a consequente reconstituição da situação anterior ou emissão de nova decisão sem o vício verificado; devem poder dirigir injunções à Administração, com vista à prática de actos ou à abstenção de comportamentos; devem poder reconhecer o direito ou o interesse violado e declarar a ilegalidade da actuação administrativa; devem poder emitir decisões cautelares; e devem poder propiciar tutela urgente para protecção do

¹⁸⁸⁰ CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada* II, p. 833, em anotação ao art. 268.º.

¹⁸⁸¹ *Ananyev e outros c. Rússia*, Ac. de 10-1-2012, §§ 214-216, requisitos reiterados, nomeadamente, em *Neshkov e outros c. Bulgária*, Ac. de 27-1-2015, § 183. Sobre o ponto, desenvolvidamente, *supra*, Parte II, Cap. V, 2.2.

¹⁸⁸² Regras 70.1 e 70.7, na redacção dada pela revisão de 2020, analisadas *supra*, Parte II, Cap. V, 1.

¹⁸⁸³ Que no presente trabalho defendemos que sejam os tribunais de execução das penas; todavia, seja qual for o tribunal que tiver essa atribuição, deverá necessariamente ser dotado dos poderes que se indicam no texto.

exercício, em tempo útil, de direitos, liberdades e garantias. Devem ainda dispor dos poderes instrutórios necessários e adequados à apreciação da pretensão¹⁸⁸⁴.

Também neste ponto é de colher inspiração no direito comparado, em especial nos ordenamentos que têm vindo a adaptar-se às exigências da jurisprudência europeia dos direitos humanos, assim como em outros lugares do ordenamento jurídico português, em particular o contencioso administrativo, dada a evolução que aí se fez no sentido de assegurar tutela jurisdicional plena sem afectar a ordenação de poderes constitucionalmente estabelecida.

Com efeito, o contencioso administrativo reformado permite hoje aos cidadãos obter dos tribunais: o reconhecimento de situações jurídicas subjectivas; a anulação ou a declaração de nulidade ou de inexistência de acto administrativo a pedido de quem tenha sido por ele lesado nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos; a condenação da Administração à adopção de actos devidos, ilegalmente recusados ou omitidos, ao cumprimento de deveres de prestar, ao restabelecimento de direitos ou interesses violados ou à abstenção de perturbações ilegais; a célere emissão de uma decisão que intime a Administração à adopção ou à abstenção de uma conduta, quando indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia; a declaração de ilegalidade de normas regulamentares e a condenação à emissão de normas regulamentares necessárias a dar exequibilidade a actos legislativos; o decretamento de providências cautelares antecipatórias ou conservatórias que se mostrem adequadas a assegurar a utilidade da sentença a proferir¹⁸⁸⁵. Nas sentenças que condenem à emissão de actos administrativos ou de normas ou imponham o cumprimento de outros tipos de deveres à Administração, o tribunal tem o poder de fixar officiosamente um prazo para o cumprimento, prorrogável em casos justificados, bem como, quando tal se justifique, o poder de impor sanção pecuniária compulsória, destinada a prevenir o incumprimento¹⁸⁸⁶.

Vimos, aliás, como também no direito alemão o mecanismo de tutela judicial oferecido pela *Strafvollzugsgesetz* se aproxima do contencioso administrativo, o que se manifesta na faculdade não só de impugnar actos da Administração, mas também de reagir contra omissões e de solicitar a condenação da Administração à prática de actos omitidos ou recusados, na possibilidade de decretamento de providências cautelares e

¹⁸⁸⁴ CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada* II, p. 833, em anotação ao art. 268.º: ao juiz administrativo devem ser reconhecidos os poderes instrutórios necessários e adequados para compensar a desigualdade existente à partida entre o particular recorrente e a Administração recorrida.

¹⁸⁸⁵ Vide a descrição mais pormenorizada *supra*, Parte I, Cap. VII, 2.

¹⁸⁸⁶ Art. 95.º, n.º 4, do CPTA.

na aplicabilidade dos meios de execução coerciva previstos na lei do processo administrativo. Especificamente quanto aos poderes de decisão do tribunal, quando este verifique a ilegalidade da decisão da administração prisional e o prejuízo para os direitos do requerente, anula a decisão, podendo determinar a reposição da situação anterior, indicando o modo como a Administração deve fazê-lo. Mesmo quando a medida administrativa tenha sido entretanto revogada ou tiverem cessado os seus efeitos, o tribunal pode declarar a sua ilegalidade, se o requerente nisso tiver um interesse justificado (nomeadamente para obviar à repetição da ilegalidade, para permitir a reabilitação do recluso ou para basear uma acção de responsabilidade do Estado). Estando em causa uma omissão ou recusa por parte da Administração, o tribunal pode ordenar que esta realize a acção recusada ou omitida. Nas situações em que a Administração disponha de poderes discricionários ou de margem de livre decisão, o tribunal não pode substituir a sua decisão à da Administração, devendo limitar-se a aferir se se verificou abuso do poder discricionário, erro ou desvio de poder; nesses casos, o tribunal ordena à Administração que leve a cabo a acção de acordo com as vinculações fixadas. Somente nos casos em que há uma única decisão possível o tribunal pode determinar logo concretamente a acção a tomar.

Recorde-se ainda que, em França, o *juge des référés* pode decretar qualquer medida necessária à salvaguarda de uma liberdade fundamental, nomeadamente em casos de más condições de detenção, sindicáveis a título de *fonctionnement administratif du service pénitentiaire*¹⁸⁸⁷.

De interesse é também a solução adoptada pelo ordenamento italiano, no contexto da conformação com a jurisprudência *Torreggiani*: quando o juiz, em sede de impugnação judicial, considere verificada a ilegalidade da conduta da Administração e a subsistência e actualidade do prejuízo para o exercício dos direitos do recluso, ordena à Administração que o faça cessar, fixando prazo para o efeito.

Em Espanha, vimos que não são claros os poderes de decisão do *juez de vigilancia penitenciaria*, sendo a cláusula ampla *acordar lo que proceda* geradora de conflitos de atribuição entre Administração e tribunais. Contudo, no ordenamento

¹⁸⁸⁷ Relembrem-se os casos em que os tribunais administrativos franceses, intervindo em situações em que certos estabelecimentos estavam a funcionar em condições de insalubridade, emitiram diversas injunções à administração penitenciária, incluindo: garantir que todas as celas dispusessem de iluminação artificial e de janelas em bom estado de funcionamento; modificar o método de distribuição das refeições; assegurar a remoção de detritos; determinar as medidas necessárias a assegurar a desinfestação do estabelecimento, a curto e a longo prazo; tomar medidas aptas a garantir a segurança e a prevenção de riscos de incêndio; melhorar provisoriamente as condições de alojamento dos reclusos durante a noite; assegurar o acesso dos reclusos, com a regularidade suficiente, a roupa de cama e banho lavada e a produtos para a limpeza das celas (*supra*, Parte IV, Cap. III, 4).

espanhol, a existência da figura do *recurso de amparo*, a accionar perante o Tribunal Constitucional, com fundamento em violação de direitos fundamentais, confere tutela acrescida aos direitos dos reclusos.

3.2.8. *Amparo judicial de direitos, liberdades e garantias dos reclusos*

Quando em causa estejam direitos, liberdades e garantias pessoais, a Constituição portuguesa exige especificamente a disponibilidade de procedimentos judiciais céleres e prioritários que permitam uma tutela em tempo útil (artigo 20.º, n.º 5). Não se trata de obrigar à criação de um recurso de amparo constitucional, mas de impor a formatação legal de alguns processos (quanto a prazos, tipos de sentença ou execução), de forma a disponibilizar acções ou recursos adequados à tutela efectiva de direitos, liberdades e garantias¹⁸⁸⁸. Por outras palavras, trata-se de “reconhecer ao indivíduo o *direito constitucional de amparo* de direitos, liberdades e garantias, a efectivar através das vias judiciais normais”¹⁸⁸⁹.

O direito português já dispõe de alguns mecanismos deste cariz, como sejam o *habeas corpus*¹⁸⁹⁰ e a *intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*¹⁸⁹¹. Parece-nos que se justificaria adoptar um mecanismo semelhante a este último no seio dos tribunais de execução das penas, a accionar quando a carência de defesa de direitos, liberdades e garantias ocorra no âmbito da execução.

Tal introdução situar-se-ia na linha, aqui defendida, de concentração das competências em matéria de execução nos tribunais de execução das penas¹⁸⁹² e consolidaria a configuração dos TEP como *tribunais de “amparo” dos direitos dos*

¹⁸⁸⁸ CANOTILHO/Moreira, *CRP Anotada* I, anotação ao artigo 20.º, p. 419.

¹⁸⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁹⁰ Consagrado na própria Constituição (art. 31.º). O seu âmbito é restrito a situações de prisão ou detenção ilegal, não se tendo revelado apto a conferir tutela a situações relacionadas com as condições de execução da pena (cf. os exemplos relatados *supra*, Parte III, Cap. II, 3.4, n. 1236).

¹⁸⁹¹ Mecanismo consagrado no CPTA (arts. 109.º ss.), a accionar, portanto, junto dos tribunais administrativos. Pode ser requerida quando a emissão célere de uma decisão de mérito que imponha a adopção pela administração de uma conduta positiva ou negativa se revele indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia; o alcance dos poderes do tribunal no âmbito desta intimação permite apreciar a legalidade, reconhecer o direito violado e condenar a administração a adoptar ou abster-se de um comportamento. Sobre o mecanismo, Parte I, Cap. VII, 2, *d*).

¹⁸⁹² Naturalmente, caso um mecanismo com tais características não seja disponibilizado na esfera dos TEP, os reclusos terão de poder fazer uso da intimação do CPTA, sob pena de inconstitucionalidade por violação do princípio da tutela jurisdicional efectiva e do princípio da igualdade.

*reclusos*¹⁸⁹³. A disponibilização de tal mecanismo de tutela mostra-se ainda mais relevante à luz do facto de, em Portugal, não existir a figura da “queixa constitucional” ou do “recurso de amparo”, a accionar junto da jurisdição constitucional em caso de violação de direitos fundamentais¹⁸⁹⁴. Para a conformação legal do mecanismo, incluindo os inerentes poderes de decisão a atribuir ao tribunal, poderiam servir de modelo não só a intimação prevista no nosso contencioso administrativo como também os mecanismos de queixa ou amparo constitucional disponíveis nos ordenamentos espanhol e alemão¹⁸⁹⁵.

3.2.9. *Os limites aos poderes do tribunal*

Em segundo lugar, cumpre assegurar que a intervenção do tribunal, sem deixar de oferecer a tutela ampla que vimos ser hoje exigida, se contém dentro dos limites funcionais da jurisdição, que decorrem do princípio constitucional da separação dos poderes e da definição dos domínios funcionais da Administração e dos tribunais.

A solução deve, pois, ser tal que se coadune com a repartição de competências entre Administração e tribunais na fase de execução da pena¹⁸⁹⁶. Como vimos, à administração prisional está cometida a responsabilidade de garantir “a execução das penas e medidas privativas da liberdade, de acordo com as respectivas finalidades” e “a ordem, segurança e disciplina nos estabelecimentos prisionais”¹⁸⁹⁷; aos tribunais cabe

¹⁸⁹³ Recorde-se como o Tribunal Constitucional espanhol caracterizou o papel do *juez de vigilancia penitenciaria*, referindo-se à “função específica de ‘amparo’ dos direitos dos reclusos” que lhe está cometida (Sentença n.º 2/87).

¹⁸⁹⁴ É certo que, como já referimos, o sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade foi preenchendo, em certa medida, graças ao conceito funcional de norma adoptado pelo Tribunal Constitucional, o papel de um “recurso de amparo” (um “quase-recurso de amparo”, na expressão de Vital MOREIRA, «O Tribunal Constitucional português: a fiscalização concreta», p. 109); contudo, tal não invalida a exigência de criação de procedimentos judiciais com as características definidas no n.º 5 do art. 20.º da CRP.

¹⁸⁹⁵ No âmbito do recurso de amparo, com fundamento em violação de direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional espanhol tem ao dispor, designadamente: a título cautelar, a suspensão de eficácia do acto; quando conceda o amparo, a declaração de nulidade da decisão ou do acto causador da lesão; o reconhecimento do direito ou liberdade violado; e o restabelecimento da integridade do direito ou liberdade, com a adopção das medidas apropriadas, se for o caso (cf. arts. 53.º ss., esp. art. 55.º, da *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, n.º 2/1979, de 3-10). O Tribunal Constitucional Federal alemão tem uma actuação primordialmente cassatória, ou seja, se der provimento à queixa constitucional, anula a decisão judicial e devolve o processo ao tribunal competente (§ 95(2) da *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*); o Tribunal tem ao dispor a possibilidade de determinar medidas cautelares quando se tornem urgentes e necessárias para evitar graves prejuízos (§ 32 da mesma lei) e de determinar, na sentença que dê provimento à queixa, quem deve executá-la e o tipo e modo de execução (§ 35 da mesma lei).

¹⁸⁹⁶ Tal como a procurámos delinear *supra*, na Parte II.

¹⁸⁹⁷ Art. 135.º do CEP.

um papel de fiscalização da execução e de garantia da posição jurídica dos reclusos, bem como a prática dos actos que se integrem na reserva de função jurisdicional.

A responsabilização da Administração pela realização das finalidades da execução tem como contrapartida a concessão de uma esfera de autonomia funcional que lhe permita exercer auto-responsavelmente as suas competências, tais como constitucional e legalmente atribuídas – à qual corresponderão necessariamente *limites* ao controlo a efectuar pelos tribunais. A estes caberá *controlar*, mas não *substituir-se* à Administração.

Neste quadro, o tribunal deverá apreciar a legalidade – a juridicidade – da decisão administrativa, averiguando se a Administração actuou em conformidade com os princípios gerais de imparcialidade, igualdade, justiça, proporcionalidade e racionalidade a que está vinculada, mesmo quando actua na margem própria de avaliação e decisão administrativa. Deverá, em particular, verificar se a Administração baseou a decisão nos pressupostos materiais estipulados por lei, concretizando factualmente as razões que sustentam o seu juízo, e se cumpriu os demais pressupostos formais, orgânicos e procedimentais, incluindo o dever de fundamentação. Se o tribunal concluir pela invalidade, deve anular a decisão. A administração prisional poderá emitir nova decisão, se for possível fazê-lo respeitando as regras e princípios cujo incumprimento tiver dado lugar à anulação.

Por outras palavras, o tribunal deve dizer e aplicar o direito em toda a extensão com que as normas e princípios jurídicos sejam chamados a intervir, mas não pode intrometer-se no espaço de poder discricionário da Administração, devendo limitar-se a determinar as vinculações que esta deve observar¹⁸⁹⁸. Assim, é de concluir que, sempre que o tribunal, apreciando a validade de uma decisão, ou verificando a afectação de um direito ou interesse legalmente protegido, decida anular um acto da Administração, ordenar a reconstituição da situação anterior à violação ou condenar a Administração à prática de um acto ou à abstenção de um comportamento, deve indicar as vinculações legais a observar pela Administração mas não substituir-se a esta (seja emitindo ele próprio a decisão devida pela Administração, seja modificando a decisão desta, seja ainda indicando-lhe o modo concreto de dar cumprimento à decisão judicial, quando haja vários possíveis).

Esta “orientação constitucional de limitação e de autocontenção” do juiz perante a “esfera de avaliação e de decisão própria da Administração”¹⁸⁹⁹ recebe concretização

¹⁸⁹⁸ Aroso de ALMEIDA, O novo regime do processo nos tribunais administrativos, p. 224.

¹⁸⁹⁹ Vieira de ANDRADE, *Lições...*, p. 40.

clara no contencioso administrativo português reformado. Com efeito, o CPTA, definindo o âmbito dos poderes dos tribunais administrativos, estabelece emblematicamente que, “no respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação” (artigo 3.º). Na mesma linha, estatui que, quando condenem a Administração à adopção de actos ou comportamentos que envolvam a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa, os tribunais não podem determinar o conteúdo do acto ou comportamento a adoptar, devendo porém explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do acto devido¹⁹⁰⁰. Somente nos casos em que as circunstâncias concretas permitam identificar apenas uma actuação como legalmente possível (“discricionariedade reduzida a zero”) podem os tribunais determinar o conteúdo dos actos e operações a adoptar¹⁹⁰¹.

Também as soluções que, no direito comparado, se oferecem em conformidade com as orientações do TEDH procuram harmonizar as exigências de tutela com as de respeito pela repartição funcional¹⁹⁰².

Actualmente, no Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, os poderes de pronúncia do tribunal dependem do tipo de decisão impugnada: no caso do conjunto de decisões que a lei sujeita a verificação da legalidade pelo Ministério Público, o TEP pode anular a decisão; no conjunto de decisões

¹⁹⁰⁰ Arts. 71.º, n.ºs 2 e 3, e 95.º, n.º 5, do CPTA.

¹⁹⁰¹ Art. 95.º, n.ºs 5 e 6, do CPTA. Repare-se que, no caso da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, o juiz determina o comportamento concreto a adoptar e, sendo caso disso, o prazo para o cumprimento e o responsável pelo mesmo (art. 111.º, n.º 2); se estiver em causa a emissão de um acto administrativo estritamente vinculado, o tribunal pode mesmo emitir sentença que produza os efeitos do acto devido (art. 109.º, n.º 3) – uma verdadeira sentença substitutiva da pronúncia da Administração. Trata-se, como já havíamos assinalado, da única hipótese em que a lei concede ao juiz poderes de substituição em processos declarativos, numa intervenção judicial que, para Vieira de ANDRADE, «A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada», p. 231, consubstancia o exercício da função administrativa, embora limitado aos casos em que a Administração não disponha de espaços próprios de valoração e decisão.

¹⁹⁰² Nomeadamente na Alemanha, como vimos, nas situações em que a Administração disponha de poderes discricionários ou de margem de livre decisão, o tribunal não pode substituir a sua decisão à daquela, devendo limitar-se a aferir se se verificou abuso do poder discricionário, erro ou desvio de poder, ordenando, sendo esse o caso, à Administração que leve a cabo a acção de acordo com as vinculações fixadas. Somente nos casos em que haja apenas uma decisão possível o tribunal pode determinar logo, concretamente, a acção a tomar. É também com a mesma preocupação de evitar uma excessiva ingerência do juiz no exercício de um poder que é administrativo que, no ordenamento italiano, no caso de impugnação de decisões disciplinares, os poderes de decisão daquele se cingem à anulação da decisão disciplinar, não a podendo modificar. Repare-se também que, nos E.U.A. – e apesar de todas as diferenças que vimos separarem o respectivo ordenamento jurídico do nosso e dos demais ordenamentos europeus estudados –, em respeito pelo princípio da separação dos poderes, os tribunais, quando verificam violações de direitos fundamentais por parte da Administração, começam por dar a esta a oportunidade de dar-lhes remédio.

impugnáveis pelo recluso, o TEP pode anular ou alterar a decisão¹⁹⁰³. Em qualquer dos casos, o tribunal pode e deve pronunciar-se sobre todas as causas de invalidade, ainda que não expressamente invocadas pelo impugnante¹⁹⁰⁴. A Administração executa a sentença, no prazo nela fixado, e deve reconstituir a situação que existiria se a decisão não tivesse sido proferida, designadamente removendo no plano dos factos as consequências por ela produzidas; se assim o exigirem as circunstâncias do caso, toma nova decisão, respeitando os fundamentos da anulação¹⁹⁰⁵.

Parece-nos, contudo, que seria mais congruente com o domínio funcional próprio de cada órgão a solução em que o TEP anula a decisão considerada inválida, mas não a modifica – competindo à Administração, se for o caso, praticar novo acto sanado do vício assinalado pelo tribunal –, embora não seja de excluir que, em certos casos, por razões de economia processual, se admita que o tribunal altere logo a decisão, nomeadamente corrigindo a ilegalidade, se tal for possível, ou determinando o conteúdo do acto, quando só houver uma solução possível¹⁹⁰⁶. O que não deverá é substituir-se à

¹⁹⁰³ Art. 201.º, n.º 1, do CEP. Recorde-se que se trata de um quadro em que apenas um conjunto tipificado de decisões administrativas é susceptível de impugnação judicial – umas pelo recluso, outras pelo Ministério Público. Na exposição de motivos da Proposta de Lei (ponto 23), é explicada a opção por diferenciar, com base na matéria em causa, os casos em que o tribunal só pode anular e os casos em que pode anular ou modificar.

¹⁹⁰⁴ Art. 201.º, n.º 2, do CEP.

¹⁹⁰⁵ Art. 209.º do CEP.

¹⁹⁰⁶ Procurando concretizar o exposto com alguns exemplos: se o tribunal declarar inválida uma decisão de colocação em regime de segurança, a consequência imediata será o regresso ao regime-regra (o regime comum), salvo se a administração tomar entretanto nova decisão sanada da invalidade; se declarar inválida a revogação de um daqueles regimes, a consequência será a manutenção no regime invalidamente revogado, pelo menos enquanto a administração não o revogar validamente; não compete ao tribunal escolher o regime mais adequado para o recluso. Se o tribunal considerar inválida uma recusa da administração de colocação de um recluso em regime aberto, deverá competir à administração tomar nova decisão válida – a não ser que da invalidade apontada resulte como única solução a concessão do regime; contudo, neste caso, o tribunal pode determinar que a administração corrija a invalidade, emitindo decisão que coloque o recluso no regime aberto, mas não deve, em princípio, emitir ele próprio a decisão de colocação, até porque a decisão de colocação em regime aberto deve conter as condições concretas a que o regime fica sujeito, a afectação do recluso a outra unidade, etc., decisões que só a administração está em condições de tomar. Configurando outros exemplos, desta vez no quadro disciplinar: se considerar inválida a aplicação de determinada sanção disciplinar (por exemplo, por se tratar de infracção simples, que não admite a sanção disciplinar mais gravosa; se considerar a sanção desproporcionada; se a duração da sanção exceder o máximo permitido por lei), o tribunal, em princípio, deve limitar-se a apontar o vício, deixando à administração a modificação da decisão disciplinar em conformidade com a sentença; pode admitir-se que, quando esteja em causa apenas a duração da medida (por excesso, pois vale a proibição da *reformatio in pejus*, não podendo o tribunal alterar as medidas disciplinares em prejuízo do recluso, na sua espécie ou medida – cf. art. 210.º do CEP), o tribunal possa proceder à redução apropriada da duração, por razões de economia processual; mas já não parece admissível que, quando esteja em causa a modificação da espécie de sanção, possa ser o tribunal a efectuar a escolha da medida, pois tal decisão implica uma avaliação das circunstâncias concretas do recluso e do estabelecimento que só a administração está em condições de realizar. Naturalmente, casos haverá em que a solução é só uma possível (por exemplo, a conduta não integrar o catálogo de infracções, portanto não ser punível; ou o procedimento já ter prescrito), competindo então ao tribunal anular a decisão, sem que haja necessidade de nova decisão administrativa. Recorde-se que, no direito italiano, no

administração prisional nos casos em que exista margem de decisão, uma vez que esta é a entidade mais bem posicionada para decidir, nas matérias integradas no seu domínio funcional.

O alcance dos poderes de controlo do tribunal pode variar consoante a matéria em causa e o ponto onde esta se situe no domínio funcional da Administração. Onde se trate de matérias integrantes do domínio nuclear da Administração, ou do domínio funcional mais tipicamente administrativo, a margem de avaliação e de decisão própria da Administração será maior e corresponder-lhe-á um controlo judicial de juridicidade. Onde se trate de matérias que integrem um domínio funcional mais próximo da “zona cinzenta” ou “de fronteira”, onde mais fortemente se interpenetram as funções da Administração e do juiz na execução da pena, é de admitir um controlo mais intenso.

Assim, concretizando, no que contenda com a organização e o funcionamento dos estabelecimentos, a gestão da população prisional, a definição das actividades e serviços a disponibilizar pelos estabelecimentos, a forma de prestação dos serviços relacionados com as necessidades básicas dos reclusos ou a organização da segurança interior e exterior, os tribunais devem averiguar se foi dado cumprimento às normas e princípios jurídicos aplicáveis¹⁹⁰⁷, mas não substituir-se à Administração para efeitos de reponderação dos juízos administrativos; para tal não são funcionalmente adequados nem lhes cabe a responsabilidade. O controlo será aqui, em grande medida, semelhante ao realizado pelos tribunais administrativos.

No que respeita a decisões ainda relacionadas com a tarefa de manutenção da ordem, segurança e disciplina nos estabelecimentos que incumbe à Administração, mas de carácter individual (exemplificativamente, decisões disciplinares, aplicação de certas restrições e proibições ou de meios especiais de segurança), o controlo judicial terá de

caso de impugnação de decisões disciplinares, e com o propósito de evitar uma excessiva ingerência do juiz no exercício de um poder que é administrativo, o juiz pode anular a decisão administrativa, mas não modificá-la; competirá à administração emitir, sendo caso disso, nova decisão, sanando os vícios verificados.

¹⁹⁰⁷ Nomeadamente os princípios fundamentais que regem a actividade de toda a Administração Pública (art. 266.º da CRP): prossecução do interesse público, respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, subordinação à Constituição e à lei e respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé. Como anota Sérvulo CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo* I, p. 778, estes princípios constituem sobretudo “limites negativos de racionalidade jurídica na valoração e ponderação”, evitando uma intromissão administrativa desigualitária, desproporcionada, injusta, parcial ou de má-fé na esfera jurídica dos cidadãos, sob a capa de margem de livre decisão. Refira-se ainda que, mesmo nas decisões discricionárias, certos vícios têm de ser sempre sindicáveis pelos tribunais, como a incompetência, o desrespeito pelo fim habilitante ou a preterição de garantias procedimentais, incluindo do dever de fundamentação.

ser mais intenso¹⁹⁰⁸. Com efeito, trata-se de decisões que contendem mais directamente com os direitos individuais mas que são atribuídas à Administração e não aos tribunais por razões constitucionais atendíveis, sob a condição de que seja assegurado um *due process* administrativo e uma tutela judicial plena, que admita um verdadeiro reexame de facto e de direito¹⁹⁰⁹.

Já no caso das decisões de individualização e modelação da execução, na medida em que competirem à Administração, não se verifica uma margem de livre decisão com a mesma amplitude. Aliás, em muitos casos, está-se perante poderes-deveres, em que os pressupostos da medida estão tipificados na lei, pelo que, se é certo que há um espaço de valoração da Administração no que respeita aos pressupostos substanciais, já não se verifica margem de livre decisão, uma vez que, preenchidos os pressupostos, a medida deve ser aplicada (e, não se preenchendo, não pode sê-lo). Assim, não só se trata de competências em que a discricionariedade administrativa é reduzida, mas também de uma matéria em que se verifica uma co-responsabilidade entre Administração e tribunais pelo cumprimento das finalidades da execução. Os tribunais têm, com efeito, na execução da pena, um papel mais intenso que no normal controlo da Administração exercido pelos tribunais administrativos (que é esporádico e baseado num pedido): além de uma especial exigência de tutela judicial devida à maior intensidade da relação entre Administração e administrados na reclusão (caracterizada por uma tensão contínua sobre os direitos destes), pesa também o facto de a execução ser ainda uma fase da intervenção penal do Estado, em que o sistema judicial, tendo proferido a sentença, está incumbido de fazer cumprir a condenação. Releva, além disso, o propósito legislativo de conceder aos tribunais de execução das penas um papel de acompanhamento e fiscalização (neste sentido, “vigilância”) da execução, bem como de tomada de decisões relevantes relativas à execução, que não têm paralelo na jurisdição administrativa. Estes argumentos concorrem no sentido de uma fiscalização

¹⁹⁰⁸ Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 328, a propósito da concessão de poderes discricionários à Administração no domínio dos direitos, liberdades e garantias, pronunciando-se especificamente sobre o caso dos “poderes coactivos”, nota que, “ neste campo, a lei acaba por deixar, através de cláusulas gerais [...], um largo espaço de manobra à Administração, que pode, por meio de ordens (comandos ou proibições) ou de medidas de coacção, interferir com a esfera dos direitos, liberdades e garantias, em especial nas situações de necessidade”, pelo que estas medidas devem estar sujeitas a requisitos de legitimidade, incluindo serem idóneas para a eliminação do perigo, necessárias, proporcionais, tempestivas e de duração limitada ao perigo. O Autor defende ainda que, no caso de actos susceptíveis de pôr em causa o exercício de um direito, liberdade ou garantia, a concretização de conceitos normativos indeterminados deve estar sujeita ao controlo total do juiz (*ibidem*, p. 324).

¹⁹⁰⁹ Cf. *supra*, Parte II, Cap. II.

judicial mais ampla no que respeita às medidas de individualização¹⁹¹⁰, sendo de admitir que o controlo vá além da mera juridicidade e que os tribunais possam fazer um juízo sobre o mérito da decisão, nomeadamente quanto às valorações implicadas na verificação dos pressupostos materiais da medida e à adequação da decisão às finalidades da execução. Não resulta posto em causa o princípio da separação dos poderes, assegurado que não se verifique uma total substituição funcional que impeça a Administração de levar a cabo, auto-responsavelmente, a execução.

A diferenciação que se propõe não deixa de ser condicionada pelo esbatimento de fronteiras entre legalidade e mérito, reconhecido pela doutrina administrativa, a que já aludimos. Com efeito, “discricionariedade não significa, hoje, liberdade ou arbitrariedade administrativa, é uma concessão legal e está sujeita a princípios jurídicos, que constituem padrões e limites de actuação, mais ou menos intensos, susceptíveis de fiscalização jurisdicional”¹⁹¹¹. Num quadro em que os próprios juízos de mérito estão sujeitos à lei e aos princípios jurídicos que regem a actividade administrativa (a “juridicidade imanente” a que se fez referência), a sindicância judicial do cumprimento dos princípios torna inevitável alguma intromissão no mérito das decisões (especialmente observável no caso do princípio da proporcionalidade, que exige uma ponderação da adequação e necessidade da medida). Acresce que a autonomia administrativa está também condicionada pelo respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos, “que constituem um limite autónomo do poder discricionário”: “as normas relativas aos direitos fundamentais podem comprimir ou mesmo ‘reduzir a zero’ os poderes discricionários, se houver no caso concreto apenas um modo de realização do direito fundamental”¹⁹¹². Especificamente no domínio da execução da pena, é de notar que as finalidades da execução resultam expressamente da lei (artigo 2.º do CEP), pelo que a adequação da decisão administrativa às finalidades da execução se torna também questão de legalidade. Como conclui Vieira de Andrade, “a diferença entre vinculação à lei e discricionariedade é apenas de grau”¹⁹¹³. Em consequência, também a diferenciação aqui proposta em termos de intensidade do controlo judicial acaba por ser igualmente de grau.

¹⁹¹⁰ Podendo também militar a favor de soluções de homologação ou de validação judicial, como já foi referido.

¹⁹¹¹ Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 324.

¹⁹¹² *Ibidem*, p. 221.

¹⁹¹³ *Ibidem*, p. 324.

3.2.10. Garantias de efectividade das decisões judiciais

Outro aspecto essencial é a previsão de mecanismos aptos a garantir que as decisões judiciais são efectivamente cumpridas pelos destinatários, *maxime* pela Administração.

Com efeito, a jurisprudência do TEDH vem exigindo, como vimos, que os mecanismos de tutela a prever nos ordenamentos nacionais, nos termos do artigo 13.º da Convenção, sejam “efectivos” – no sentido de proporcionarem “remédio” adequado para as violações verificadas, apto a preveni-las, fazê-las cessar ou providenciar uma reparação adequada quando já ocorridas –, efectividade que não pode bastar-se com a previsão teórica ou no plano legal, antes tem de resultar comprovada na prática. Além disso, a autoridade competente, quer seja judicial quer seja uma autoridade administrativa independente, deve ter poderes para adoptar decisões vinculativas e susceptíveis de execução¹⁹¹⁴.

Vários ordenamentos penitenciários têm vindo a dotar-se de mecanismos tendentes a conferir vinculatividade prática às decisões judiciais em matéria de execução das penas. Recorde-se o exemplo do ordenamento italiano, que, nas suas reformas posteriores ao acórdão *Torreggiani*, adoptou o procedimento de *ottemperanza*, com vista a assegurar a execução das decisões judiciais proferidas em sede de *reclamo giurisdizionale*. Nos termos deste mecanismo, inspirado no contencioso administrativo, se a Administração não der cumprimento à decisão, o interessado pode requerer a execução desta ao juiz de vigilância; este fixa a modalidade e o prazo de cumprimento, sempre que possível com base num programa de actuação preparado pela Administração para esse fim; pode declarar nulos actos que tenham contrariado a decisão; pode até, se necessário, nomear um agente encarregado de acompanhar e verificar o cumprimento da decisão. Relembre-se também o exemplo da *Strafvollzugsgesetz* alemã, que fez aplicar aos casos de não cumprimento, por parte da administração prisional, da decisão judicial ou de medida cautelar decretada, os meios de execução coerciva vigentes para o processo nos tribunais administrativos, incluindo a aplicação de sanção pecuniária compulsória¹⁹¹⁵.

¹⁹¹⁴ *Capable of rendering binding and enforceable decisions – v. Ananyev e outros c. Rússia*, Ac. de 10-1-2012, §§ 214-216, e *Neshkov e outros c. Bulgária*, Ac. de 27-1-2015, § 183 (sobre este ponto, *supra*, Parte II, Cap. V, 2.2).

¹⁹¹⁵ Mecanismos já tratados *supra*, Parte IV, Cap. I, 4.2 (ordenamento italiano) e Cap. IV, 1 (ordenamento alemão). Recorde-se ainda, já fora do contexto europeu, as soluções adoptadas pelos tribunais dos Estados Unidos da América para fazer cumprir pela administração as suas decisões em matéria prisional (cf. *supra*, Parte IV, Cap. VI): ordenaram à Administração a adopção de medidas para pôr termo às

Também no direito português, como vimos, o CEP introduziu um mecanismo tendente a assegurar a execução das decisões judiciais proferidas em sede de impugnação. Com efeito, o Código estabelece a obrigação, por parte do autor da decisão impugnada, de executar a decisão judicial, reconstituindo a situação que existiria se a decisão administrativa anulada não tivesse sido proferida, designadamente removendo no plano dos factos as consequências por ela produzidas. Se tal obrigação não for cumprida, o interessado pode lançar mão do incidente de execução das sentenças, junto do tribunal que tiver proferido a decisão. Este, se julgar procedente a pretensão, determina os actos e operações a realizar pela Administração para dar execução à sentença e fixa um prazo para a sua prática; findo esse prazo sem que a entidade obrigada à execução o tenha feito, o tribunal, oficiosamente ou a requerimento do exequente, manda notificar o titular de poderes hierárquicos ou de superintendência sobre aquela entidade para que execute a sentença em sua substituição¹⁹¹⁶.

Sendo alargada a tutela judicial a oferecer à posição jurídica dos reclusos, nos termos aqui propugnados, nomeadamente ampliando o leque de pretensões que estes podem apresentar junto dos tribunais de execução das penas, bem como a panóplia de decisões que aqueles podem proferir, tal deverá naturalmente ser acompanhado de mecanismos de garantia de execução efectiva das correspondentes decisões judiciais, à semelhança da evolução também verificada no contencioso administrativo¹⁹¹⁷.

ilicitudes verificadas, dando-lhe, primeiramente, a oportunidade de remediá-las autonomamente, se necessário mediante um plano de acção; quando esta não o fizesse, ou não o fizesse no prazo estabelecido, os tribunais adoptaram medidas para assegurar a execução das suas decisões, que foram desde a imposição da obrigação de apresentar relatórios de progresso periódicos até à nomeação de *special masters* encarregados de supervisionar e reportar ao tribunal sobre a execução, chegando mesmo a determinar o encerramento de estabelecimentos e a redução da população de um sistema prisional estadual. Apesar das diferenças que separam o ordenamento norte-americano dos europeus continentais, e apesar de os tribunais federais que ordenaram aqueles “remédios” serem tribunais constitucionais, o que torna as soluções não inteiramente comparáveis, é de notar que intervenções como estas, apesar de questionáveis do ponto de vista do princípio da separação dos poderes, quer na dimensão negativa quer na positiva de adequação orgânico-funcional, se revelaram um importante “contrapeso” perante a não actuação reiterada da Administração para cumprir exigências constitucionais decretadas por decisões judiciais.

¹⁹¹⁶ Cf. arts. 209.º e 212.º a 215.º do CEP. É de mencionar que, na consulta que efectuámos nos TEP de Lisboa (Maio e Junho de 2019) e de Coimbra (Julho de 2019), não foi possível detectar qualquer processo de execução de sentenças, o que indicia que, de modo geral, a administração dá cumprimento às decisões dos tribunais de execução das penas.

¹⁹¹⁷ Com efeito, previamente à reforma, apontava-se como deficiência do contencioso administrativo português a carência de mecanismos de tutela executiva, que possibilitassem a execução judicial das decisões proferidas pelos tribunais administrativos (sobre o ponto, Aroso de ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, p. 366). Carência que a reforma procurou suprir, estabelecendo um processo executivo – cf. arts. 157.º ss. do CPTA, onde se regula a execução das sentenças proferidas pelos tribunais administrativos contra entidades públicas. Estabelece-se a obrigatoriedade e a prevalência das decisões dos tribunais administrativos sobre as de quaisquer autoridades administrativas, o que implica a nulidade de qualquer acto administrativo que desrespeite uma decisão judicial e faz incorrer os

3.2.11. O problema das condições materiais de detenção

O que se deixou proposto deverá permitir dar satisfação ao exigido pela jurisprudência do TEDH em matéria de tutela contra condições de privação da liberdade contrárias ao artigo 3.º da Convenção. Recorde-se que, no recente acórdão *Petrescu*, o Tribunal deixou uma recomendação ao Estado português no sentido da adopção de medidas de carácter geral tendentes a oferecer aos reclusos um recurso que permita impedir a continuação de violações alegadas ou obter uma melhoria das suas condições de detenção.

seus autores em responsabilidade civil, disciplinar e criminal, salvo verificando-se causa legítima de inexecução (arts. 158.º e 159.º). Constituem causa legítima de inexecução a impossibilidade absoluta e o excepcional prejuízo para o interesse público na execução da sentença, no seu todo ou em parte (art. 163.º); todavia, quando o tribunal julgue procedente a oposição da Administração com base em causa legítima de inexecução, há lugar a indemnização do interessado (art. 166.º). Quando a Administração não dê execução à sentença nem deduza oposição procedente, o tribunal adopta as providências necessárias para efectivar a execução da sentença, nomeadamente declarando nulos os actos desconformes com a sentença e anulando aqueles que mantenham, sem fundamento válido, a situação ilegal, bem como notificando o titular de poderes hierárquicos ou de superintendência sobre o órgão competente para a execução, para que dêem execução à sentença em substituição desse órgão (art. 167.º). Quando se trate de prestação de facto fungível, o tribunal pode determinar a prestação por outrem, a expensas da entidade obrigada (art. 167.º, n.º 5). Estando em causa a prática de acto administrativo legalmente devido de conteúdo vinculado, o próprio tribunal emite sentença que produza os efeitos do acto ilegalmente omitido (art. 167.º, n.º 6); são de incluir aqui também os casos em que, embora em abstracto resulte da lei um poder discricionário, se esteja perante uma situação de “redução da discricionariedade a zero”, quando no caso concreto a escolha já tenha sido realizada ou as concretas circunstâncias eliminem a possibilidade de escolha (Aroso de ALMEIDA, *ibidem*, p. 375). Para os casos em que esteja em causa a prestação de facto infungível (como será o caso da emissão de actos administrativos de conteúdo não vinculado ou da emanção de normas regulamentares), o tribunal fixa um prazo para a realização da prestação, podendo impor sanção pecuniária compulsória, ficando o titular do órgão pessoalmente obrigado ao pagamento de uma quantia por cada dia de atraso no cumprimento; o tribunal especifica ainda, no respeito pelos espaços de valoração próprios do exercício da função administrativa, o conteúdo dos actos e operações que devem ser adoptados (arts. 168.º e 169.º). Expirado o prazo fixado sem que a Administração tenha cumprido, pode o exequente requerer ao tribunal a fixação de indemnização a título de responsabilidade civil pela inexecução ilícita da sentença (art. 168.º, n.º 3).

Já para os casos de execução de sentenças de anulação de actos administrativos, estabelece-se o dever da Administração de executar a sentença, com efeito repristinatório, ou seja, constituindo a Administração no dever de reconstituir a situação que existiria se o acto anulado não tivesse sido praticado (art. 172.º). A Administração poderá eventualmente praticar novo acto a substituir o acto julgado ilegal, sem reincidir nas ilegalidades anteriormente cometidas (Aroso de ALMEIDA, *ibidem*, p. 387). Se a Administração não der execução espontânea à sentença, o interessado (ou o Ministério Público, quando tenha sido autor no processo ou estejam em causa determinados valores referidos no n.º 2 do art. 9.º) pode exigir o cumprimento perante o tribunal que a tiver proferido (art. 176.º). O tribunal especifica, no respeito pelos espaços de valoração próprios do exercício da função administrativa, o conteúdo dos actos e operações a adoptar para dar execução à sentença, bem como um prazo razoável para a sua prática (art. 179.º, n.º 1). O tribunal pode ainda declarar a nulidade dos actos desconformes com a sentença e anular os que mantenham, sem fundamento válido, a situação ilegal (art. 179.º, n.º 2), podendo, quando se justifique, estabelecer sanção pecuniária compulsória (art. 179.º, n.º 3). Estando em causa a prática de acto administrativo legalmente devido de conteúdo vinculado, se a Administração não o praticar, o interessado pode requerer ao tribunal a emissão de sentença que produza os efeitos do acto ilegalmente omitido (art. 179.º, n.º 5). Se a Administração invocar causa legítima de inexecução, que o tribunal julgue procedente, há lugar a indemnização do interessado (art. 178.º).

O mecanismo proposto de “amparo judicial” perante os tribunais de execução das penas, tendente a oferecer tutela em tempo útil aos reclusos que invoquem afectação de direitos, liberdades e garantias pessoais, deve ser aplicável de forma clara às situações em que os reclusos aleguem violação do seu direito a não ser sujeitos a tratamentos contrários ao artigo 3.º da CEDH.

Se considerar procedente a alegação, o tribunal declara violado o direito do recluso a não ser sujeito a condições de detenção cruéis, desumanas ou degradantes e ordena à Administração que ponha fim à violação.

Quando haja várias formas de fazer cessar a violação, o tribunal indica as vinculações a observar, mas caberá à Administração decidir o modo de lhes dar cumprimento¹⁹¹⁸. Caso a Administração não dê cumprimento atempado à decisão judicial, deverão funcionar os mecanismos de execução das sentenças indicados no ponto anterior.

Problemático é o caso das condições de detenção cuja deficiência seja *estrutural* ou *sistémica*. Tal sucederá, designadamente, nas situações em que o sistema prisional se encontre em situação de sobrelotação grave. Em tais situações pode verificar-se a *impossibilidade prática* de a Administração dar cumprimento à injunção do tribunal. Com efeito, a resolução do problema poderá estar dependente do poder político, nomeadamente ao nível da disponibilidade orçamental (que possibilite novas construções ou melhoria das instalações existentes, reforço de recursos humanos e de serviços) ou da tomada de decisões de política penal que abram caminho a uma diminuição da população prisional (descriminalização, redução das molduras penais, reforço das alternativas à privação da liberdade).

Este é o caso de mais difícil solução. Mesmo analisando as medidas que, no direito comparado, têm sido adoptadas com vista a dar cumprimento às exigências da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁹¹⁹, não parece que se tenham encontrado soluções plenamente satisfatórias do ponto de vista da efectividade do remédio¹⁹²⁰.

¹⁹¹⁸ Por exemplo, se estiverem em causa as deficientes condições do alojamento, o tribunal indicará quais as condições a fazer cessar (como a insuficiência do espaço individual na cela, a falta de separação das instalações sanitárias em relação ao espaço de dormida ou uma situação de insalubridade), mas não lhe compete determinar se tal deve ser cumprido mediante uma remodelação da cela (colocação de parede de separação da zona sanitária; limpeza ou desinfestação), mediante a diminuição do número de reclusos na cela ou mediante a transferência do recluso para outro espaço de alojamento. Do mesmo modo, se estiver em causa a falta de acesso a cuidados de saúde, o tribunal ordena que sejam assegurados os cuidados de saúde necessários, podendo fixar um prazo para o efeito, mas não lhe compete determinar se tal é cumprido mediante a contratação de mais médicos para o estabelecimento, o aumento dos horários de trabalho dos médicos existentes ou a prestação dos cuidados no exterior do estabelecimento.

¹⁹¹⁹ Em França, o *juge des référés* pode decretar qualquer medida necessária à salvaguarda de uma liberdade fundamental, nomeadamente em caso de más condições de detenção; na Hungria, em caso de

No processo de execução de sentenças do contencioso administrativo prevê-se, como vimos, a possibilidade de invocação pela Administração da “impossibilidade absoluta” como causa legítima de inexecução¹⁹²¹. Se o tribunal julgar procedente a oposição da Administração com base em causa legítima de inexecução, há lugar a indemnização do interessado¹⁹²². Contudo, se uma solução deste tipo pode aceitar-se quando se trate de normas a cumprir “na medida do possível”, admitindo-se que nesses casos o juiz possa ter em conta circunstâncias que justifiquem o não cumprimento, já quando se trate de “direitos absolutos”, como é considerado o do artigo 3.º da Convenção Europeia, não pode haver lugar a tal ponderação.

Em tais casos, perante a não execução da sentença por parte do órgão administrativo competente com base em impossibilidade prática, o tribunal deve notificar a verificação do incumprimento ao titular de poderes hierárquicos sobre o órgão competente para a execução (o Director-Geral e/ou o Ministro da Justiça)¹⁹²³.

condições de detenção inadequadas, se o director da prisão não tomar as medidas necessárias para pôr fim ou minorar a situação, o recluso pode recorrer ao juiz de execução das penas; na Bulgária, mediante acção especial contra alegadas violações do direito a não ser sujeito a tratamentos contrários ao art. 3.º da CEDH, os tribunais administrativos podem emitir injunções ou decretar medidas aptas a fazer cessar ou a prevenir a continuação das violações; na Polónia, estabeleceram-se na lei requisitos e limites temporais para o alojamento em espaços de reduzida dimensão, com possibilidade de impugnação de tal decisão junto do juiz da execução. Contudo, caso a administração não logre executar as decisões dos tribunais por se tratar de problemas estruturais, não é óbvia a solução. Mesmo soluções mais radicais previstas noutros quadrantes, como a da lei de execução penal brasileira, que atribui ao juiz de execução o poder de “interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei”, não oferecem solução para os casos em que as más condições perpassem todo o sistema prisional.

¹⁹²⁰ Refira-se, porém, a solução adiantada pelo Supremo Tribunal Federal da Alemanha, no já referido acórdão de 11-3-2010, em acção de responsabilidade por condições de detenção contrárias à dignidade da pessoa humana: considerando que esta não está sujeita a ponderação, o Tribunal afirmou que, para pôr fim a condições de detenção julgadas atentatórias da dignidade humana, devem ser tidas em conta todas as possibilidades ao dispor da administração, incluindo a transferência para outro estabelecimento; caso, ainda assim, a administração não logre dar cumprimento à sentença judicial, a execução da pena deve ser suspensa até que possa ocorrer em condições conformes ao respeito pela dignidade humana. Recorde-se ainda os recentíssimos desenvolvimentos jurisprudenciais em França, apontando no sentido de um dever dos tribunais judiciais de pôr fim a situações de prisão preventiva executada em condições indignas.

¹⁹²¹ Art. 163.º do CPTA.

¹⁹²² Arts. 166.º e 178.º do CPTA.

¹⁹²³ Solução semelhante à prevista no art. 215.º do CEP – e também no art. 167.º do CPTA – para os casos em que a Administração não dê execução à sentença (injustificadamente, no caso do CPTA); nestes casos, a notificação ao superior hierárquico tem como objectivo que este execute a sentença em substituição do órgão competente para a execução. A solução proposta é também análoga à prevista para a inconstitucionalidade por omissão: nos termos do art. 283.º da CRP, quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de violação da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, “dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente”. No caso que tratamos em texto, em que se verifique a tal impossibilidade fáctica de execução, a notificação terá como objectivo a tomada de medidas que superem os problemas estruturais que estão na origem daquela impossibilidade.

3.2.12. Mecanismos de carácter indemnizatório

O regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas colectivas de direito público por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa poderá constituir um meio adequado para assegurar a indemnização de pessoas que tenham sofrido privação de liberdade em condições contrárias aos direitos garantidos pela CEDH¹⁹²⁴. Todavia, como assinalou o TEDH no acórdão *Petrescu*, não existe jurisprudência que permita concluir com certeza que tal constitua, na prática, “remédio efectivo” na acepção do artigo 13.º da CEDH.

No estudo comparado que realizámos, verificou-se que, em certos Estados, a pretensão indemnizatória contra condições de detenção se faz valer através do regime geral da responsabilidade extracontratual do Estado¹⁹²⁵, enquanto, em outros países, se optou pela criação de um mecanismo específico – nuns casos, no seio dos tribunais de execução das penas¹⁹²⁶, noutros, no dos tribunais administrativos, mediante um processo especial de responsabilidade do Estado¹⁹²⁷.

¹⁹²⁴ Nomeadamente, mediante a imputação de danos a título de “anormal funcionamento do serviço”, nos termos dos arts. 7.º, n.º 4, e 9.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, de 31-12, alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17-7, como defende Carla Amado GOMES, «A responsabilidade civil extracontratual do Estado por factos decorrentes da gestão de estabelecimentos prisionais», pp. 55 ss.

¹⁹²⁵ Como sucede em França, onde o juiz administrativo é competente para o contencioso relacionado com as condições de detenção (a título de *fonctionnement administratif du service pénitentiaire*). Assim, quem tenha sofrido condições de detenção indignas ou violadoras dos seus direitos pode pedir uma indemnização ao Estado francês, através de um *recours en responsabilité*. O *Conseil d'Etat* tem vindo, na sua jurisprudência sobre a matéria, a desenvolver os critérios e a alargar o âmbito da responsabilidade do Estado por condições de detenção atentatórias da dignidade humana. O mecanismo, conjugado com a previsão de um *référé-provision*, que oferece uma via célere para a obtenção de indemnização, mediante uma antecipação do seu pagamento, parece ter sido considerado pelo TEDH, em princípio, um meio efectivo de natureza compensatória, embora não tenha ainda emitido um juízo aprofundado sobre a questão. Também na Alemanha os reclusos lesados por más condições de detenção podem intentar uma acção de responsabilidade (*Amtshaftungsverfahren*), com vista a obter indemnização pelos danos causados; os critérios judiciais para o reconhecimento do direito a indemnização pecuniária têm assumido, contudo, um pendor restritivo.

¹⁹²⁶ Foi o caso da Itália, que, na busca de conformação com a jurisprudência *Torreggiani*, criou um mecanismo compensatório próprio para condições de detenção contrárias ao art. 3.º da CEDH, da competência do juiz de vigilância; o ressarcimento pode assumir a forma de uma redução do tempo de pena a cumprir, na proporção de um dia por cada dez durante a qual o recluso tenha estado submetido a condições contrárias à CEDH, ou, quando tal já não seja possível, de arbitramento de uma quantia pecuniária de montante diário fixado na lei. Foi também o caso da Hungria, que, em cumprimento do acórdão-piloto *Varga e outros*, criou um meio compensatório, a instaurar junto do juiz de execução das penas, que pode dar lugar ao arbitramento de um montante pecuniário, via que o TEDH tem considerado constituir, em princípio, remédio efectivo.

¹⁹²⁷ Solução adoptada na Bulgária, onde, com vista a dar cumprimento ao acórdão-piloto *Neshkov e outros*, foi criado, a título de mecanismo compensatório, um processo especial de responsabilidade do Estado para as situações de tratamento contrário ao art. 3.º, a accionar perante os tribunais administrativos.

No ordenamento português, afigurando-se aceitável qualquer das referidas opções, o que importa assegurar é que a via de tutela compensatória a disponibilizar satisfaça os critérios desenvolvidos pelo TEDH: o mecanismo, podendo ser de cariz judicial ou administrativo, há-de estar disponível de forma suficientemente clara e acessível, ser apto a permitir uma reparação adequada de violações já ocorridas e oferecer razoáveis perspectivas de sucesso. Na conformação do mecanismo, é exigido, em especial, que a tramitação obedeça aos princípios do processo equitativo, incluindo a decisão em prazo razoável; que as custas ou taxas aplicáveis não constituam um obstáculo excessivo; que o ónus da prova que recaia sobre o requerente não seja desproporcional; que não se exija aos petiçãoários a prova de conduta ilícita por parte de agentes concretos, até porque as deficiências nas condições de detenção não se devem necessariamente a condutas ilícitas de concretos agentes, antes são geralmente o resultado de factores mais abrangentes; que a prova de que as condições de detenção foram contrárias ao artigo 3.º origine uma forte presunção de que aquelas causaram danos morais ao recluso; por fim, que o montante da indemnização por danos não patrimoniais não seja desrazoável em comparação com as compensações atribuídas pelo TEDH em casos análogos.

3.3. As funções de “vigilância” e o papel do Ministério Público

a) O juiz e as funções de “vigilância”

Cumpramos também interrogarmo-nos sobre se é de manter a vertente de “vigilância” nas funções do juiz de execução das penas.

Vários argumentos apontam para uma resposta tendencialmente negativa.

Desde logo, verifica-se que, nos países que adoptaram o modelo de juiz de vigilância, os resultados desta vertente da sua actividade ficaram muito aquém das expectativas, o que se deve sobretudo à falta de clareza quanto aos poderes de actuação ao dispor do juiz perante as situações com que depare no exercício dessas funções¹⁹²⁸.

¹⁹²⁸ Como vimos suceder não só no caso do juiz português mas também nos do italiano e do espanhol. No caso do juiz italiano, assinalaram-se os poderes diminutos de que dispõe na vertente de vigilância, limitado a reportar as situações ao Ministro da Justiça, muitas vezes sem obter resposta nem resolução do problema. Também no caso do juiz de vigilância espanhol se apontaram as dificuldades práticas, a falta de meios e a eficácia insuficiente, bem como as dúvidas ainda subsistentes sobre o alcance dos poderes deste juiz, sobretudo no caso das competências para “formular propostas” ou “decidir o que for adequado” sobre as petições ou queixas dos reclusos.

Além disso, a actividade implicada pela função de “vigilância” (visitar os estabelecimentos, ouvir os reclusos e interpelar os funcionários, tomar conhecimento da forma como se executam as condenações, apreciar exposições, orais ou escritas, dos reclusos, resolver informalmente pretensões destes¹⁹²⁹; formular propostas à Administração ou reportar os problemas ao Ministério da Justiça¹⁹³⁰) afigura-se pouco consentânea com a imagem funcional do juiz, como já tivemos ocasião de afirmar. É certo que, embora se deva caminhar no sentido de recentrar a intervenção de cada órgão naquilo que é o seu domínio funcional, podem admitir-se “desvios” no que se justificar pelas especificidades da execução da prisão: por exemplo, as exigências acrescidas de protecção da posição jurídica do recluso e de garantia da legalidade da execução podem legitimar, dentro dos limites que identificámos, que os tribunais adoptem modos de actuação específicos, que se afastem, até certo ponto, do típico *modus* de actuação dos órgãos judiciais.

Acrescem os riscos para a imagem de imparcialidade do juiz que podem advir de tal modo de actuação. Se é certo que o conhecimento dos estabelecimentos e o contacto próximo quer com os reclusos quer com a direcção e técnicos do estabelecimento apresentam inegáveis vantagens, ao permitir um melhor conhecimento do universo prisional e das suas exigências específicas, tal não pode ser conseguido à custa da imparcialidade do juiz, seja a real seja a aparente¹⁹³¹.

O modelo a adoptar deve obviar aos inconvenientes apontados, buscando o difícil equilíbrio entre a conveniência de um conhecimento próximo do sistema e a exigência de o juiz se manter (equi)distante.

Parece-nos que uma ideia de “vigilância” integrada nas funções do juiz de execução das penas deve ser entendida como controlo da juridicidade da execução. Afigura-se-nos que o alargamento, proposto no presente trabalho, das pretensões susceptíveis de serem formuladas junto do tribunal de execução das penas, bem como do tipo de pronúncias que este pode emitir, dará melhor resposta às necessidades de tutela da posição jurídica dos reclusos do que um modelo de visitas aos estabelecimentos, diálogo com os reclusos e apreciação de exposições, orais ou escritas, para cuja solução não resulta claro de que poderes o juiz dispõe.

Contudo, admitimos que são de manter na esfera do juiz as faculdades inerentes à função de vigilância, designadamente as de visitar as prisões, ouvir qualquer recluso e

¹⁹²⁹ Como resultava das competências do juiz de execução das penas português na legislação de setenta.

¹⁹³⁰ Como resulta das competências do juiz de vigilância espanhol e do italiano, respectivamente.

¹⁹³¹ Problema já abordado acima, 3.2.4, a propósito do conselho técnico.

qualquer membro do estabelecimento, sempre que o julgue necessário ou conveniente para o bom exercício das suas funções. Tratar-se-á – e aí reside a diferença – não de uma função própria que ao juiz caiba desempenhar, mas de *faculdades*, auxiliares da sua função de controlo da legalidade da execução e de tutela jurídica dos reclusos, que lhe permitem conhecer melhor a realidade da execução.

O caminho esboçado pelo Código da Execução das Penas em 2009 parece-nos ir no sentido do que acaba de se defender: mantendo embora o direito do juiz de aceder aos estabelecimentos prisionais, no exercício das suas funções, a qualquer hora, e de ouvir quaisquer reclusos sempre que o entenda necessário, em condições que assegurem a confidencialidade¹⁹³², o Código transferiu para o Ministério Público a *incumbência* de visitar os estabelecimentos prisionais.

b) O papel do Ministério Público

Com efeito, a partir de 2009, as “tradicionalis” funções de vigilância passaram a incumbir ao Ministério Público, em consonância com a opção do Código de recentrar o papel do juiz na função jurisdicional e de, simultaneamente, valorizar e robustecer a intervenção daquela magistratura na execução¹⁹³³.

Como já se descreveu, o CEP estabeleceu a competência do Ministério Público para “acompanhar e verificar a legalidade da execução”, para visitar os estabelecimentos prisionais, regularmente e sempre que necessário ou conveniente para o exercício das suas funções, para verificar a legalidade de determinadas decisões da administração prisional, podendo impugnar judicialmente as que repute feridas de ilegalidade, e para recorrer de decisões do tribunal de execução das penas, entre outras. Para o exercício das funções que lhe são cometidas, a lei garante aos magistrados do Ministério Público junto dos tribunais de execução das penas a faculdade de participar no conselho técnico, bem como o direito de aceder aos estabelecimentos prisionais, podendo, tal como o juiz, deslocar-se, a qualquer hora, a todos os locais e ouvir qualquer recluso sempre que o entenda necessário, em condições de confidencialidade.

Afigura-se que o propósito do Código não foi, porém, inteiramente conseguido. Apesar do acréscimo da intervenção desta magistratura, verifica-se que os respectivos magistrados visitam apenas esporadicamente os estabelecimentos, nem sempre

¹⁹³² Arts. 66.º, n.º 1, *b*), do CEP e 178.º do RGEP.

¹⁹³³ Como se descreveu *supra*, Parte III, Cap. II, 1.1.1.

participam nos conselhos técnicos e raramente impugnam decisões da administração prisional¹⁹³⁴.

Entendemos que é de prosseguir o caminho de redefinição do papel do Ministério Público na execução e de alargamento da sua acção no controlo da execução das penas e medidas privativas da liberdade¹⁹³⁵. Para tanto, dever-se-á repensar as funções de vigilância e o modo como o seu exercício se reflecte numa efectiva tutela da legalidade e dos interesses que cabe ao Ministério Público defender.

Com efeito, só fará sentido manter a atribuição de uma função de “vigilância” a uma magistratura se forem claros os poderes de actuação inerentes¹⁹³⁶. Naturalmente, visitar os estabelecimentos e ouvir os reclusos e os responsáveis é relevante para o exercício das demais competências, na medida em que as prisões são um meio muito particular e é fundamental conhecê-lo para o cabal exercício das funções; contudo, se se pretende com a função de “vigilância” algo mais que este carácter instrumental, há que dotar a magistratura dela incumbida de poderes de actuação efectivos.

Assim, entendemos que a “vigilância” cometida ao Ministério Público deve enquadrar-se de forma clara na missão desta magistratura, que consiste em defender a legalidade democrática e promover a realização do interesse público – no caso, o interesse de realização das finalidades da execução (reinserção do agente, protecção de bens jurídicos e defesa da sociedade)¹⁹³⁷.

À tarefa, que deve continuar a competir-lhe (e ser efectivamente exercida), de visitar os estabelecimentos, falar com os seus responsáveis e com os reclusos e ouvir as

¹⁹³⁴ Com efeito, tem sido feito uso reduzido pelo Ministério Público da faculdade de impugnação conferida pelo CEP. Embora não estejam disponíveis estatísticas oficiais relativas às impugnações da iniciativa do Ministério Público na sequência de processos de verificação da legalidade, na pesquisa realizada presencialmente nos TEP de Lisboa (Maio e Junho de 2019) e de Coimbra (Julho 2019), foi possível localizar somente 1 impugnação da iniciativa do Ministério Público. Estava em causa uma decisão do director de um estabelecimento prisional de manutenção de recluso em cela de separação. O Ministério Público, em verificação da legalidade (Proc. n.º 5111/10.1TXLSB-M do TEP de Lisboa), impugnou a decisão por entender não estarem verificados os pressupostos deste meio especial de segurança, que não pode ser utilizado a título disciplinar (cf. despacho de fls. 8); a impugnação foi julgada procedente pelo juiz do TEP de Lisboa, que anulou a decisão impugnada (cf. despacho de fls. 24).

¹⁹³⁵ Discordamos, porém, da possibilidade de que seja o Ministério Público a tomar decisões de modelação da execução, como a autorização de saídas ou outras. Parece-nos que o caminho deve ser o de consolidar a sua actuação de controlo, de promoção e de pronúncia.

¹⁹³⁶ Caso contrário, esta função pouco acrescentaria à monitorização que é assegurada por órgãos não jurisdicionais como o Mecanismo Nacional de Prevenção ou os organismos internacionais de prevenção da tortura e das penas ou tratamentos desumanos e degradantes. Em qualquer caso, não se exclui que, além da intervenção processual que defendemos no texto, o Ministério Público possa reportar à Administração ou ao Governo problemas de carácter não pontual que verifique no âmbito das suas funções; é mais adequado que tal seja feito por esta magistratura que por um juiz (como sucede, com algum desconforto, nos direitos espanhol e italiano).

¹⁹³⁷ Cf. arts. 219.º da CRP e 2.º e 134.º do CEP.

questões suscitadas por estes deve corresponder o poder de promover junto do tribunal as providências adequadas. Em particular, impugnando actos da administração prisional que repute ilegais ou requerendo a condenação da Administração à prática de actos ilegalmente omitidos. Com efeito – e sem prejuízo de se manter a comunicação obrigatória ao Ministério Público, introduzida pelo Código, de um leque tipificado de decisões, seleccionadas pelo legislador por especialmente importantes ou gravosas¹⁹³⁸ –, os respectivos magistrados devem poder suscitar perante o tribunal a ilegalidade de qualquer acto ou omissão da Administração de que tomem conhecimento no exercício das suas funções de vigilância¹⁹³⁹.

Na mesma linha, a participação do representante do Ministério Público no conselho técnico deve passar a ser a regra¹⁹⁴⁰.

3.4. Recorribilidade das decisões judiciais

Como tivemos ocasião de concluir, relativamente à tutela do recluso perante decisões judiciais, as “exigências próprias da execução” não poderão justificar uma eliminação do direito ao recurso nos casos em que ele resulte exigido pelo artigo 20.º da Constituição, com o alcance que lhe foi atribuído pela jurisprudência constitucional; poderão, somente, justificar uma conformação legal do exercício do direito, dos prazos de interposição e de decisão, dos efeitos do recurso e da sua tramitação funcionalmente adequada à salvaguarda daquelas exigências. Como se verificou também, resulta daquele artigo 20.º um direito a recorrer de decisões que determinem a privação ou a restrição da liberdade e das que, por si mesmas e de forma directa, lesem direitos fundamentais. Evidentemente, nada impede que o legislador alargue a faculdade de recorrer para além do que é exigido pela Constituição, em nome de uma tutela mais intensa dos direitos dos reclusos, atenta a especial vulnerabilidade da posição destes, bem como a particular sensibilidade da matéria penitenciária para os direitos

¹⁹³⁸ Em sentido próximo, defendendo o alargamento das decisões dos serviços prisionais cuja legalidade deve ser obrigatoriamente verificada, Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 116.

¹⁹³⁹ Em modelo que pode colher inspiração no contencioso administrativo, onde o Ministério Público (como pormenorizadamente descrito supra, n. 1867) pode impugnar qualquer acto administrativo, bem como pedir a condenação da Administração à prática de acto devido, quando o dever de praticar o acto resulte da lei e esteja em causa a ofensa de direitos fundamentais, de um interesse público especialmente relevante ou de valores e bens constitucionalmente protegidos. Fará também sentido adoptar previsão semelhante à do art. 62.º do CPTA, estabelecendo-se que, em caso de desistência de um processo iniciado pelo recluso ou por outro interessado com legitimidade, o Ministério Público pode requerer a prossecução do processo, para salvaguarda da legalidade e do interesse público.

¹⁹⁴⁰ Devendo repensar-se a facultatividade da participação, que hoje decorre do art. 143.º, n.º 1, do CEP.

fundamentais. Importa é que a conformação legal do regime dos recursos procure harmonizar o desígnio de reforço da tutela com a necessidade de assegurar que não é posto em risco o bom funcionamento da execução, atendendo à conveniência em que as decisões em matéria penitenciária se consolidem na ordem jurídica sem delongas excessivas.

Assim, embora tenhamos concluído no sentido de que o actual quadro normativo assegura o direito ao recurso nos casos constitucionalmente exigidos (nomeadamente, ao prever o direito a recorrer das decisões de recusa e de revogação da liberdade condicional, de recusa e de revogação da modificação da execução, bem como de revogação de licenças de saída judiciais), será de ponderar um alargamento da recorribilidade.

Tal alargamento abrangeria, em primeiro lugar, os casos de irrecorribilidade que assinalámos como questionáveis do ponto de vista da constitucionalidade: as decisões dos tribunais de execução das penas que recusem a concessão da adaptação à liberdade condicional e as que recusem licença de saída. No caso da adaptação, porque – independentemente da posição que se tome relativamente a estar ou não em causa o direito à liberdade – a sua concessão se traduz numa saída do meio prisional, com a consequente “libertação” da pesada carga de limitações inerentes às “exigências próprias da execução”, e ainda porque se trata de decisão que contém a concessão (antecipada) da própria liberdade condicional¹⁹⁴¹. No caso da licença de saída, porque, mesmo não estando em causa o direito à liberdade, estão em jogo posições subjectivas do recluso (desde o interesse na realização do seu percurso de socialização à participação na vida familiar fora do ambiente prisional) e porque a concessão de licenças de saída constitui requisito para a aplicação de outros institutos favoráveis ao recluso¹⁹⁴².

Em segundo lugar, as decisões cuja recorribilidade, ainda que não estritamente exigida pela Constituição, reforçaria a protecção dos direitos e dos interesses legalmente protegidos dos reclusos. Seria o caso, nomeadamente, da não homologação de decisões

¹⁹⁴¹ Cf. *supra*, Parte II, Cap. IV, 3.2.3.

¹⁹⁴² Cf., mais desenvolvidamente, as razões aduzidas *supra*, Parte II, Cap. IV, 3.2.5. Na doutrina, considerando exigível a recorribilidade pelo recluso da decisão judicial de não concessão de saída, Anabela Miranda RODRIGUES, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 123, Pedro MACHETE, «A irrecorribilidade pelo recluso da recusa de licença judicial», pp. 331 ss., e J. T. SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual...*, p. 281. O modelo de concessão de saídas que propusemos *supra* (Parte III, Cap. II, 1.2.1, b), n. 1103) poderia contribuir para evitar uma profusão de recursos, saída a saída, centrando a apreciação das instâncias judiciais na decisão de concessão ou não do gozo de saídas, em geral, e das condições genéricas a que estas ficariam sujeitas, deixando a posterior gestão das concretas saídas à administração, com possibilidade de impugnação para o TEP.

dos serviços prisionais favoráveis ao recluso, como o plano individual ou a concessão de regime aberto no exterior – decisões que afectam, pelo menos, interesses legalmente protegidos do condenado¹⁹⁴³.

Em terceiro lugar, uma reconfiguração do sistema de tutela judicial do recluso perante actos da administração prisional, como a que preconizamos no presente trabalho, conduzirá necessariamente a que também devam ser repensados os critérios de recorribilidade das decisões judiciais¹⁹⁴⁴. Vejamos alguns exemplos. O alargamento da sindicabilidade dos actos da administração penitenciária por parte do Ministério Público, no seu papel de garante da legalidade da execução, justificará que, nos casos em que este impugne decisões da administração prisional favoráveis ao recluso e o tribunal dê provimento à impugnação, se deva assegurar ao recluso a faculdade de recorrer (sob pena de, nestes casos, este ficar privado de um grau de acesso a uma instância judicial). Também será de lhe assegurar o direito a recorrer de decisões judiciais que neguem “amparo” dos seus direitos fundamentais (independentemente da configuração do mecanismo de tutela dos direitos que viesse a ser adoptado)¹⁹⁴⁵.

A reconfiguração do regime de recurso, determinada pelas modificações propostas do sistema de tutela judicial, deverá abranger igualmente a regulação da legitimidade. Também aqui fará sentido distinguir entre os processos em que a decisão compete, em primeira linha, ao tribunal e os processos em que o tribunal é chamado a apreciar actos ou omissões da administração prisional. No primeiro caso, a legitimidade para recorrer deve caber ao recluso e ao Ministério Público. No segundo caso, quando a decisão seja recorrível, a legitimidade deve caber ao recluso, se for prejudicado pela

¹⁹⁴³ Repare-se, aliás, que o recluso não intervém no processo judicial de homologação, sendo a sua audição facultativa; caso o Ministério Público se pronuncie pela não homologação, o recluso não tem oportunidade de contraditar e depois não pode recorrer da decisão judicial de não homologação.

¹⁹⁴⁴ Eventualmente adoptando soluções inspiradas no contencioso administrativo, uma vez que também a reconfiguração da tutela que se propõe colhe inspiração na evolução verificada neste ramo do direito. No sistema do CPTA, apesar de se estabelecerem alçadas com base no valor da causa, há decisões que admitem sempre recurso, como é o caso das decisões de improcedência de pedidos de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias e das decisões em matéria sancionatória. Refira-se ainda que, embora não se preveja geralmente o duplo grau de recurso, se instituiu um recurso de revista excepcional de decisões proferidas em 2.ª instância para o Supremo Tribunal Administrativo, quando se trate de matérias que, pela sua relevância jurídica ou social, se revelem de importância fundamental ou quando necessário para uma melhor aplicação do direito. Recorde-se ainda o mecanismo previsto no artigo 93.º do CPTA, tendente a promover a uniformidade da jurisprudência: sempre que num processo se suscite uma questão de direito nova, que suscite dificuldades sérias e possa vir a ser suscitada noutros litígios, o presidente do tribunal de 1.ª instância pode determinar que o julgamento se processe em formação alargada, com a intervenção de todos os juizes do tribunal e pode fazer uma “consulta prejudicial” ao Supremo Tribunal Administrativo, para que este indique, vinculativamente, o sentido em que a questão deve ser decidida, ficando o tribunal de origem obrigado a interpretar e aplicar a norma ao caso com o sentido definido por aquele.

¹⁹⁴⁵ Como já se referiu, no contencioso administrativo, as decisões judiciais que não dão provimento a pedidos de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias são sempre recorríveis.

decisão (se for o requerente, quando não obtenha provimento ou obtenha provimento parcial; se for o requerido, quando o requerente obtenha provimento), sendo ainda de ponderar a recorribilidade pelo Ministério Público, se a decisão tiver sido proferida com violação de disposições ou princípios constitucionais ou legais (à semelhança do que sucede no contencioso administrativo e em consonância com o papel que lhe incumbe de fiscalização da legalidade da execução), bem como a recorribilidade pela administração prisional, relativamente a vícios que o tribunal tenha considerado verificados ou relativamente a decisões que a condenem à prática de um acto ou à abstenção de um comportamento (também aqui à semelhança do que sucede no contencioso administrativo, embora se afigure igualmente admissível atribuir tal legitimidade ao Ministério Público). Finalmente, e como já foi indicado¹⁹⁴⁶, importa prever mecanismos que permitam reagir contra possíveis ingerências do poder judicial na esfera de competências do poder executivo, cuja legitimidade para accionar pode ser cometida à administração prisional ou ao Ministério Público.

3.5. Estrutura judiciária e procedimento administrativo

O caminho proposto de aprofundamento da tutela da posição jurídica dos reclusos e de ajustamento dos papéis dos órgãos que intervêm na execução traz consigo, imprescindivelmente, correspondentes necessidades organizatórias.

Desde logo, no plano da organização judiciária, importará reforçar a estrutura e a implantação territorial dos tribunais de execução das penas, capacitando-os para dar resposta às novas exigências e ao previsível acréscimo processual¹⁹⁴⁷. Uma maior cobertura territorial permitiria mais proximidade geográfica aos estabelecimentos prisionais e conseqüentemente um acompanhamento mais próximo da execução. É certo que um maior número de tribunais de execução das penas comporta o risco de menor homogeneidade jurisprudencial, mas tal factor pode ser superado, nomeadamente, através dos mecanismos de uniformização instituídos pelo Código.

Será também imprescindível o funcionamento de meios de comunicação expedita entre estabelecimentos e tribunais de execução das penas.

¹⁹⁴⁶ *Supra*, 3.2.5, b).

¹⁹⁴⁷ A aprovação do CEP, em 2009, pelo acréscimo de competências que já implicou para estes tribunais, deveria ter sido acompanhada de uma reorganização judiciária correspondente. Contudo, apenas se procedeu ao reforço do número de magistrados, mantendo-se o mesmo número e localização de tribunais de execução das penas. Só recentemente, pela Lei n.º 19/2019, de 19-2, foi criado um novo tribunal, o Tribunal de Execução das Penas dos Açores.

Igualmente essencial será assegurar uma sólida formação especializada dos magistrados, em contraste com o pouco relevo actualmente concedido à matéria da execução das penas nos currículos universitários, na investigação jurídica e na formação de magistrados e advogados¹⁹⁴⁸.

Aliás, a opção pela concentração nos tribunais de execução das penas quer das decisões jurisdicionais relacionadas com a execução, quer da função de tutela dos reclusos perante a Administração implica para os respectivos magistrados a conjugação de conhecimentos de direito penal (em sentido amplo, abrangendo o direito da execução das reacções criminais) com conhecimentos de direito administrativo. Os TEP terão de estar preparados para conhecer dos vícios das decisões da Administração, apreciar uma nova panóplia de tipos de pretensão e fazer uso de novos e mais amplos poderes de decisão.

Por seu turno, uma Administração bem preparada, dotada de recursos humanos adequados e suficientes, com conhecimentos técnicos especializados, com sólida interiorização da sua missão no sistema e dos princípios jurídicos que constitucionalmente vinculam a sua actividade e pautada por procedimentos dotados de transparência e das garantias próprias do Estado de direito, nos seus vários níveis de actuação, é condição indispensável para que se prossiga a ideia de autonomização e de responsabilização da administração prisional pela execução, defendida por Anabela Miranda Rodrigues¹⁹⁴⁹ e com a qual concordamos.

O caminho acabado de traçar é essencial para que a administração prisional possa reclamar a sua esfera de autonomia na realização dos fins da execução e para que os tribunais possam desempenhar plenamente o seu papel funcional na execução – a tomada de decisões reservadas ao juiz, a garantia da legalidade da execução e a tutela judicial efectiva da posição jurídica dos reclusos.

¹⁹⁴⁸ Sobre este ponto, OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA, *A reinserção social dos reclusos. Um contributo para o debate sobre a reforma do sistema prisional*, pp. 423 ss., relacionando a necessidade de formação de magistrados, advogados e técnicos dos serviços prisionais quer com o reforço da eficácia dos sistemas judicial e prisional, quer com uma sua “renovação cultural”.

¹⁹⁴⁹ Nomeadamente em Anabela Miranda RODRIGUES, «Da ‘afirmação de direitos’ à ‘protecção de direitos’ dos reclusos...», p. 192, e mais recentemente em *idem*, «A tutela dos direitos dos reclusos...», p. 116 – ideia também plasmada no Projecto de Proposta de Lei de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade, de 2001.

3.6. Reforço da assistência jurídica

Há ainda um longo caminho a fazer no sentido do aperfeiçoamento do sistema de assistência jurídica e apoio judiciário e da efectivação do direito de informação jurídica.

Perante os défices identificados¹⁹⁵⁰, revela-se imperiosa uma intervenção legislativa que estabeleça claramente o regime de acesso ao direito no âmbito específico da execução das penas e medidas privativas da liberdade. Desde logo, há que superar a actual incerteza jurídica, definindo-se claramente se o defensor nomeado para o processo penal se mantém na fase da execução, cabendo-lhe assegurar o aconselhamento e a assistência profissionais nos vários incidentes que o justifiquem ao longo da execução, ou se a intervenção do defensor cessa com o trânsito em julgado da sentença, carecendo nesse caso de ser definido se há lugar a uma nomeação *ad hoc* para cada intervenção processual em que se pretenda assistência por advogado ou se se estabelece um sistema que assegure continuidade no acompanhamento jurídico de cada recluso ao longo da execução da pena. Além disso, resulta necessária a adopção de medidas de simplificação do processo de apoio judiciário, evitando que as limitações práticas decorrentes da reclusão constituam um obstáculo à instrução e apresentação do pedido. Não menos importante é assegurar um serviço permanentemente acessível de prestação de consultas jurídicas nos estabelecimentos prisionais.

A ampliação da tutela proposta no presente trabalho, em especial o critério de impugnação de decisões da Administração baseada na alegação de violações da legalidade ou da afectação de direitos ou interesses legalmente protegidos, reforça a importância de uma adequada assistência jurídica (seja mediante a representação por advogado, seja mediante informação ou aconselhamento jurídicos) que garanta uma correcta formulação das pretensões.

Tais aperfeiçoamentos constituiriam um contributo determinante e indispensável para a efectivação prática dos direitos e garantias das pessoas privadas da liberdade.

¹⁹⁵⁰ *Supra*, Parte III, Cap. II, 3.9.

*

Com as vias de solução apontadas, pretendeu-se dar um contributo para o aperfeiçoamento do modelo de repartição funcional na execução da pena de prisão.

Trazendo à memória as palavras do preâmbulo da Reforma Prisional de 1936, da responsabilidade de Beleza dos Santos, poderíamos terminar afirmando:

«Contudo não se tem a pretensão de resolver definitivamente o problema – tantos insucessos anteriores impõem limitações a uma aspiração exagerada. Crê-se apenas que se melhora em muito o que existe e que o aperfeiçoamento dos meios de actuação deve trazer consigo resultados benéficos.»¹⁹⁵¹

¹⁹⁵¹ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 26643, de 28-5-1936 (“Organização Prisional”), ponto 1.

BIBLIOGRAFIA

- ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert, «L'exécution des arrêts pilote de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs aux prisons: un fardeau trop lourd à porter pour le système de la CEDH?», in *La protection des droits des personnes détenues en Europe, Actes – Conférences du projet constitutif du Réseau européen de contentieux pénitentiaire, 21 avril 2016, 14-15 juin 2016*, disponível em <https://journals.openedition.org/revdh/4230?file=1> [9-10-2019], pp. 42-55.
- ABREU, Carlos Pinto de, «As reformas do sistema de execução de penas e do sistema prisional e o papel do advogado», *Direito e Justiça*, vol. especial, 2004, pp. 285-299.
- AL TAMIMI, Yussef, «The protection of vulnerable groups and individuals by the European Court of Human Rights», *Journal européen des droits de l'homme/European Journal of Human Rights*, 2016, n.º 5, pp. 561-583.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, «O futuro dos estudos penitenciários», *Direito e Justiça*, vol. especial, 2004, pp. 301-329.
- , «A prisão à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 15, fasc. 3, Jul.-Set. 2005, pp. 369-389.
- , *Direito Prisional Português e Europeu*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/Ciuffolett, Sofia, «A question of space. Overcrowding, dignity and resocialization from Strasbourg to Italy», in *La protection des droits des personnes détenues en Europe, Actes – Conférences du projet constitutif du Réseau européen de contentieux pénitentiaire, 21 avril 2016, 14-15 juin 2016*, disponível em <https://journals.openedition.org/revdh/4230?file=1> [9-11-2019], pp. 80-103.
- ALIX, Julie/Giudicelli-Delage, Geneviève (et al.), «France», in Alessandro Bernardi (ed.), *Prison Overcrowding and Alternatives to Detention. European Sources and National Legal Systems*, Napoli: Jovene Editore, 2016, pp. 185-236.
- ALMEIDA, Arlindo Lopes de, «Das execuções», in *Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal*, org. Centro de Estudos Judiciários, Coimbra: Almedina, 1988, pp. 499-534.
- ALMEIDA, Francisco d', *Breves Considerações sobre a necessidade e meios de melhorar as prisões de Portugal*, Paris: Oficina Tipográfica de Casimir, 1834.
- ALMEIDA, Mário Aroso de, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, Coimbra: Almedina, 4.ª ed., 2005.
- ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, *El juez de vigilancia penitenciaria*, Madrid: Civitas, 1985.
- , «La institución del Juez de Vigilancia en el derecho comparado: sus relaciones con la Administración penitenciaria», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 39, fasc. I, Jan-Abr. 1986, pp. 75-88.
- , «El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria», *Cuadernos de política criminal* 40, 1990, pp. 147-164.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 4.ª ed., 2015 (vol. I)/4.ª ed., 2018 (vol. II).
- AMARAL, Maria Lúcia, *A forma da República. Uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

- , «Meios não jurisdicionais, internacionais e nacionais, de protecção dos direitos do recluso», in Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves (coord.), *Direitos do Homem e sistema penitenciário – Actas da Conferência*, Lisboa: AAFDL, 2019, pp. 15-22.
- AMOR, Paul, «La réforme pénitentiaire en France», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1947, pp. 1-30.
- , «Le système pénitentiaire de la France», in L. Huguency/H. Donnedieu de Vabres/Marc Ancel (org.), *Les grands systèmes pénitentiaires actuels: exposé systématique du régime appliqué dans les différents pays*, vol. I, Paris: Recueil Sirey, 1950, pp. 155-186.
- ANCEL, Marc, «Le rôle social du juge pénal», in *Estudos «in memoriam» do Prof. Doutor José Beleza dos Santos*, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, suplemento ao vol. XVI, 1966, pp. 203-213.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, Coimbra: Almedina, 1991.
- , «A reserva do juiz e a intervenção ministerial em matéria de fixação das indemnizações por nacionalizações», *Scientia Iuridica* XLVII, n.ºs 274/276, Jul.-Dez. 1998, pp. 213-235.
- , «O internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica na perspectiva dos direitos fundamentais», in *A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 71-91.
- , «A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada», *Revista de Legislação e Jurisprudência* 3929, ano 134, Dez. 2001, pp. 224-235.
- , *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 5.^a ed., 2017.
- , *A justiça administrativa (Lições)*, Coimbra: Almedina, 17.^a ed., 2019.
- , *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 6.^a ed., 2019.
- ANDRADE, Manuel da Costa, «Métodos ocultos de investigação (*plädoyer* para uma teoria geral)», in *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 525-551.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Valoração da prova e sentença penal*, org. Lédio Rosa de Andrade, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.
- ANTUNES, Maria João, «Direito penal, direito processual penal e direito da execução das sanções privativas da liberdade e jurisprudência constitucional», *Julgat* 21, Set.-Dez. 2013, pp. 89-117.
- , *Penas e medidas de segurança*, Coimbra: Almedina, 2017.
- , *Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2.^a ed., 2018.
- ANTUNES, Maria João/Pinto, Inês Horta, *Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade anotado*, Coimbra: Almedina, 2.^a ed., 2020.
- ASCENSÃO, José Oliveira, «A reserva constitucional da jurisdição», *O Direito*, ano 123, II/III, 1991, pp. 465-485.
- AYALA, Bernardo Diniz de, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa (considerações sobre a reserva de administração, as componentes, os limites e os vícios típicos da margem da livre decisão administrativa)*, Lisboa: Lex, 1995.
- BACHS I ESTANY, Josep Maria, «El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural», in I. Rivera Beiras (coord.), *Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona: Bosch, 1992, pp. 119-164.

- BARRETO, Ireneu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*, Coimbra: Almedina, 6.^a ed., 2020.
- BASILE, Tommaso, «Il ruolo della magistratura di sorveglianza nella riforma penitenziaria: qualche riflessione», in *La giustizia penale*, ano XC, Jan. 1985 (*parte prima*), pp. 219-223.
- BASSI, Franco, «Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, ano XV, 1965, pp. 17-113.
- BAUMANN, Jürgen, «Les problèmes actuels posés par la réforme pénitentiaire de 1973 en République fédérale d'Allemagne», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1974, fasc. 1, pp. 23-43.
- BAUMANN, Jürgen *et al.*, *Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes (vorgelegt von einem Arbeitskreis deutscher und schweizerischer Strafrechtslehrer)*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1973.
- BELDA, Béatrice, «L'innovante protection des droits du détenu par le juge européen des droits de l'homme», *L'Actualité Juridique Droit Administratif* n.º 8/2009, pp. 406-412.
- BERNARDONI, Pietro, «Dalla Corte di Strasburgo nuovi criteri in materia di condizioni detentive ed art. 3 CEDU?», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1, ano LX, Jan.-Mar. 2017, pp. 345-347.
- BLAU, Günter, «Die Mitwirkung des Richters beim Vollzug», in Arthur Kaufmann (org.), *Die Strafvollzugsreform: Eine kritische Bestandsaufnahme*, Karlsruhe: C.F. Müller, 1971, pp. 67-79.
- BOAVIDA, Joaquim, «Alguns nós górdios da jurisdição de execução das penas», *Julgar* 33, 2017, pp. 235-261.
- , *Direito disciplinar penitenciário*, Coimbra: Almedina, 2017.
- , *A flexibilização da prisão. Da reclusão à liberdade*, Coimbra: Almedina, 2018.
- BOLINGBROKE, Henry St. John, *The Craftsman*, vol. VII, n.º 225, de 24-10-1730, disponível em <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015016438882&view=1up&seq=7> [18-1-2017].
- BOUZAT, Pierre, «Le XI^e Congrès International Pénal et Pénitentiaire de Berlin», *Revue Internationale de Droit Pénal* XIV, 1937, pp. 38-48.
- , «Le mouvement français récent en faveur des réformes pénitentiaires, et ses résultats dans le régime pénitentiaire français», in *Estudos «in memoriam» do Prof. Doutor José Bezeza dos Santos*, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, suplemento ao vol. XVI, 1966, pp. 27-58.
- BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016.
- , «A libertação de reclusos em tempos de COVID-19. Um primeiro olhar sobre a Lei n.º 9/2020, de 10/4», *Julgar online*, Abril de 2020, pp. 1-16, disponível em <http://julgar.pt/2020/04/11/> [11-11-2020].
- BRANHAM, Lynn S., *The Law and Policy of Sentencing and Corrections*, St. Paul, Minnesota: Thomson/West, 7.^a ed., 2005.
- BRETONNEAU, A./Lessi, J., «Sanctions infligées aux agents publics», *L'Actualité Juridique Droit Administratif* n.º 42/2013, pp. 2432-2436.
- BUENO ARÚS, Francisco, «Notas sobre la Ley General Penitenciaria», *Revista de Estudios Penitenciarios* 220-223, 1978, pp. 113-139.
- BUFFARD, Simone, *Le froid pénitentiaire. L'impossible réforme des prisons*, Paris: Seuil, 1973.

- CAEIRO, Pedro/Fidalgo, Sónia/Rodrigues, João Prata, «The evolving notion of mutual recognition in the CJEU's case law on detention», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25, n.º 6, 2019, pp. 1-15 [DOI: 10.1177/1023263X18822787].
- CAETANO, Marcello, *A Constituição de 1933: Estudo de Direito Político*, Coimbra: Coimbra Editora, 2.ª ed., 1957.
- , *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra: Almedina, 6.ª ed., revista e ampliada por Miguel Galvão Teles, 1972 (reimp., 1983).
- , *Constituições Portuguesas*, Lisboa: Verbo, 4.ª ed., 1978.
- CALLIESS, Rolf-Peter/Müller-Dietz, Heinz, *Strafvollzugsgesetz: Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung mit ergänzenden Bestimmungen*, München: C.H. Beck, 11.ª ed., 2008.
- CANEPA, Mario/Merlo, Sergio, *Manuale di Diritto Penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Milano: Giuffrè, 5.ª ed., 1999.
- CANO MATA, Antonio, «Derecho administrativo penitenciario: protección al recluso», *Revista de Administración Pública* 76, Jan.-Abr. 1975, pp. 31-61.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Fidelidade à República ou fidelidade à NATO? O problema das credenciações e o poder discricionário da administração militar*, separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró)*, Coimbra, 1987.
- , «T. C., Acórdão n.º 1/97 – Processo n.º 845/96 (Criação de vagas adicionais de acesso ao ensino superior e princípios da igualdade e separação e interdependência de poderes)», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 130, 1997, pp. 48-83.
- , «T. C., Acórdão n.º 24/98 – Processo n.º 621/97 (Competência quanto à fixação e eliminação de portagens rodoviárias)», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 131, 1998, pp. 50-96.
- , *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 7.ª ed., 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes/Castro, Paulo Canelas de, «Constitucionalidade do sistema de liquidação coactiva administrativa de estabelecimentos bancários, previsto e regulado no Decreto-Lei n.º 30 689, de 27 de Agosto de 1940», *Revista da Banca* 23, Jul.-Set. 1992, pp. 57-87.
- CANOTILHO, J.J. Gomes/Moreira, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- , *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 3.ª ed., 1993; 4.ª ed., 2007 (vol. I), 2010 (vol. II).
- CARTIER, Marie Elisabeth, «La judiciarisation de l'exécution des peines», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2001, fasc. 1, pp. 87-106.
- CAUPERS, João/Eiró, Vera, *Introdução ao Direito Administrativo*, Lisboa: Âncora, 12.ª ed., 2016.
- CLUTE, Penelope D., *The Legal Aspects of Prisons and Jails*, Springfield, Illinois: Thomas, 1980.
- CONFALONIERI, Antonietta, «L'esecuzione della pena al cospetto della Corte europea dei diritti dell'uomo», in Adolfo Scalfati (org.), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova: Cedam, 2004, pp. 147-164.
- CORREIA, Eduardo, *Professor Doutor José Beleza dos Santos (alguns aspectos da sua obra como criminalista)*, separata do vol. XXXI do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1956.

- , *Prof. Dr. José Bezeza dos Santos (discurso proferido na sessão de homenagem à memória do Prof. Doutor José Bezeza dos Santos, realizada na Arrifana em 3 de Novembro de 1973)*, separata do vol. XLIX do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1973.
- CORREIA, Eduardo/Rodrigues, Anabela Miranda/Almeida Costa, A. M. de, *Direito Criminal III (I)*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1980.
- CORREIA, Fernando Alves, «Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdicional efectiva», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* LXXIX, 2003, pp. 63-96.
- CORREIA, Jorge André Alves, «Contrato administrativo e soberania do Estado: referência ao problema do ‘outsourcing de funções de soberania’ nos domínios da segurança pública, da defesa nacional e do sistema prisional», *Revista de Contratos Públicos* 10, Jan.-Abr. 2014, pp. 101-130.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987.
- , *Direito do Contencioso Administrativo*, vol. I, Lisboa: Lex, 2005.
- , «Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas: as afinidades e os seus limites», in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 379-402.
- COSTA, A. M. Almeida, «Passado, presente e futuro da liberdade condicional no direito português», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXV, 1989, pp. 401-456.
- COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da, «O recurso para os tribunais judiciais da aplicação de coimas pelas autoridades administrativas», *Ciência e Técnica Fiscal* 366, Abr.-Jun. 1992, pp. 41-69.
- , *O princípio da reserva do juiz face à administração pública na jurisprudência constitucional portuguesa* (dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), Coimbra, polic., 1994.
- , «A fixação das indemnizações por nacionalização e o princípio da reserva do juiz», in *Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Lourdes Órfão de Matos Correia e Vale, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal* 171, Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1995, pp. 131-169.
- CUNHA, José Damião, «Uma reflexão sobre actos decisórios dos juízes (da forma em processo penal)», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 26, fasc. 1-4, 2016, pp. 351-395.
- D’AGNOLO, Marco, «Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale: note sui provvedimenti punitivi», in Adolfo Scalfati (org.), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova: Cedam, 2004, pp. 109-145.
- DAVID, Sofia, *Das intimações: considerações sobre uma (nova) tutela de urgência no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra: Almedina, 2005.
- , «*Quo vadis*: intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias», *AMJAFP, Colóquios (2011-2012)*, pp. 225-240.
- DE VITO, Riccardo, «L’orologio della società e la clessidra del carcere. Riflessioni sul tempo della pena», *Questione Giustizia* 1/2017, pp. 39-46.
- DEITCH, Michele, «The Need for Independent Prison Oversight in a Post-PLRA World», *Federal Sentencing Reporter*, vol. 24, n.º 4, Abr. 2012, pp. 236-44, DOI: 10.1525/fsr.2012.24.4.236, disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/4-3-2020>].
- DELGADO LÓPEZ, Luis Maria, «Las medidas coercitivas (Artículo 45 L.O.G.P.)», in *Ministerio Fiscal y Sistema Penitenciario (III Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria)*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1992, pp. 173-188.

- DELLA BELLA, Angela, «Il divieto (relativamente) assoluto di trattamenti inumani e degradanti», in: C. E. Paliero/F. Viganò/F. Basile/G. L. Gatta (org.), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano: Giuffrè, 2018, vol. II, pp. 783-818.
- DELLA CASA, Franco, «Il *juge de l'application des peines*: dall'assedio alla liberazione (1975-1983)», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XXVIII, fasc. 2, Abr.-Jun. 1985, pp. 424-458.
- , «Una foto 'oversize' nella cella del detenuto? Se latita il buon senso, può supplire il reclamo ex art. 35-bis ord. penit.», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano LXI, fasc. 1, Jan.-Mar. 2018, pp. 273-282.
- DI GENNARO, Giuseppe/Bonomo, Massimo/Breda, Renato, *Ordinamento Penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano: Giuffrè, 1978.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1974 (reimp., 2004).
- , «Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro», *Revista da Ordem dos Advogados* 43, 1983, pp. 5-40.
- , «Para uma reforma global do processo penal português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais», in Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados (org.), *Para uma nova justiça penal*, Coimbra: Almedina, 1983, pp. 189-242.
- , «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal», in Centro de Estudos Judiciários (org.), *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 1988, pp. 3-34.
- , *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*, Lisboa: Editorial Notícias, 1993.
- DOLCINI, Emilio, «Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 3, ano LXI, Jul.-Set. 2018, pp. 1667-1692.
- , «Pena e Costituzione», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1, ano LXII, Jan.-Mar. 2019, pp. 3-33.
- DOÑATE MARTIN, Antonio, «Derecho a la protección a la salud en los centros penitenciarios», in *Ministerio Fiscal y Sistema Penitenciario (III Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria)*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1992, pp. 97-133.
- DORES, António Pedro, «Anomia em Durkheim – entre a sociologia e a psicologia prisionais», *Direito e Justiça*, vol. especial, 2004, pp. 95-117.
- DUARTE, Jacinto, «Os Tribunais de Execução das Penas», *Boletim do Ministério da Justiça* 130, 1963, pp. 89-289.
- DUARTE, Maria Luísa, «A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados (contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade)», *Boletim do Ministério da Justiça* 370, Nov. 1987, pp. 35-74.
- DUGUIT, Léon, «L'acte administratif et l'acte juridictionnel», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, tomo XXIII, ano XIII, 1906, pp. 413-471.
- , *Traité de Droit Constitutionnel*, tomo II, Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., Editeurs, E. de Boccard, Successeur, 3.^a ed., 1928.
- DÜNKEL, Frieder, «Die Rechtsstellung von Strafgefangenen und Möglichkeiten der rechtlichen Kontrolle von Vollzugsentscheidungen in Deutschland», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 143, 1996, pp. 518-538.

- , «Le système pénitentiaire allemand», in Jean-Paul Céré/Carlos Eduardo A. Japiassú (dir.), *Les systèmes pénitentiaires dans le monde*, Paris: Dalloz, 3.^a ed., 2017, pp. 5-25.
- DÜNKEL, Frieder/Rössner, Dieter/Schüler-Springorum, Horst, «L'évolution du traitement pénitentiaire en Allemagne», *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1992, n.º 1, pp. 9-53.
- DURNESCU, Ioan, «Prisoner's rights in Romania. A historical perspective», in *La protection des droits des personnes détenues en Europe, Actes – Conférences du projet constitutif du Réseau européen de contentieux pénitentiaire, 21 avril 2016, 14-15 juin 2016*, disponível em <https://journals.openedition.org/revdh/4230?file=1> [9-10-2019], pp. 125-131.
- ESPOSITO, Carmine Antonio, «Aspetti problematici delle misure alternative alla detenzione», in Adolfo Scalfati (org.), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova: Cedam, 2004, pp. 21-45.
- ESTEVEZ, Maria da Assunção, «Função administrativa ou função jurisdicional? As providências cautelares da Administração no Decreto-Lei n.º 234/99, de 25 de Junho», in *idem*, *Estudos de Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 111-143.
- , «Os limites do poder do Parlamento e o procedimento decisório da co-incineração», in *idem*, *Estudos de Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 7-48.
- FALCHI, Giuseppino Ferruccio, *Diritto Penale Esecutivo*, Padova: R. Zannoni, 1934 (vol. I), 1935 (vol. II, Parte Primeira e Parte Segunda).
- FALKOF, Bradley B., «Prisoner Representative Organizations, Prison Reform, and Jones v. North Carolina Prisoners' Labor Union: An Argument for Increased Court Intervention in Prison Administration», *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 70, fasc. 1, 1979, pp. 42-56.
- FARINHA, João de Deus Pinheiro, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e os reclusos*, separata do vol. LVI, de 1980, do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1981.
- FAVARD, J., *Le labyrinthe pénitentiaire*, Paris: Le Centurion, 1981.
- FEELEY, Malcolm M./Rubin, Edward L., *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, «Constitución Española y sistema penitenciario», in *40 Años de Constitución Española: perspectivas desde el Ministerio Fiscal*, Madrid: Fiscalía General del Estado/Ministerio de Justicia, 2018 (n.º especial da *Revista del Ministerio Fiscal*), pp. 87-104.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis/Nistal Burón, Javier, *Derecho Penitenciario*, Navarra: Thomson Reuters/Aranzadi, 3.^a ed., 2016.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Direito Penal Português – Parte geral II*, Lisboa/São Paulo: Verbo, 1982.
- FERRERAS CASTRILLO, Andres, «Algunas consideraciones generales sobre la situación actual de las relaciones entre los jueces de vigilancia y la administración penitenciaria», *Revista de Estudios Penitenciarios* 236, 1986, pp. 7-19.
- FIORIO, Carlo, «Salute del condannato e strumenti di tutela», in Adolfo Scalfati (org.), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova: Cedam, 2004, pp. 47-108.
- FLICK, Giovanni Maria, «I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale», *Diritto e società* 1/2012, pp. 187-201.
- FREUDENTHAL, Berthold, «Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis des öffentlichen Recht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* XXXII, 1911, pp. 222-248.

- GARCÍA VALDÉS, Carlos, «La ejecución de las penas privativas de libertad en la nueva legislación penitenciaria», *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, ano LI, n.º 1810, Dez. 1997, pp. 2377-2389.
- , «La legislación penitenciaria española: orígenes y Ley Orgánica General Penitenciaria», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXVIII, 2015, pp. 63-78.
- , «Orígenes y evolución del derecho penitenciario español», in Jesús-María Silva Sánchez *et al.* (coord.), *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2017, pp. 987-1001.
- GAZEAS, Nikolaos, «Die Menschenwürde ist zu teuer – Zu Entschädigungsansprüchen eines Strafgefangenen wegen menschenunwürdiger Unterbringung (Zugl. Anmerkung zu BGH III ZR 361/03, Urteil vom 4. November 2004 = HRRS 2004 Nr. 987)», *HRRS - Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 5/2005, pp. 171-177.
- GIANGREGORIO, Giulia, «Il ruolo e la funzione del giudice di sorveglianza nella pratica della sua azione. Indagine presso il tribunale di sorveglianza di Firenze», *L'altro diritto*, 2008, disponível em www.adir.unifi.it/rivista/2008/giangregorio.htm [9-10-2019].
- GIOSTRA, Glauco/Della Casa, Franco, *Ordinamento Penitenziario commentato*, Milano: Wolters Kluwer/CEDAM, 6.ª ed., 2019.
- GISBERT GISBERT, Antoni, «La normativa procesal española en la ejecución de penas privativas de libertad», in I. Rivera Beiras (coord.), *Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona: Bosch, 1992, pp. 165-194.
- GOFFMAN, Erving, «On the characteristics of total institutions: the inmate world», in Donald R. Cressey (ed.), *The Prison. Studies in Institutional Organization and Change*, New York: Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1961, pp. 15-67.
- GOMES, Carla Amado, *Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdiccional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- , «A responsabilidade civil extracontratual do Estado por factos decorrentes da gestão de estabelecimentos prisionais: um apontamento», in Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves (coord.), *Direitos do Homem e sistema penitenciário – Actas da Conferência*, Lisboa: AAFDL, 2019, pp. 55-73.
- GOUVEIA, António Aires de, *A reforma das cadeias em Portugal*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1860.
- GREVI, Vittorio/Giostra, Glauco/Della Casa, Franco, *Ordinamento Penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova: Cedam, 2.ª ed., 2000.
- GUYOMAR, Mattias, «La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif», *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, n.º 8/2009, pp. 413-415.
- HAMILTON, Alexander/Madison, James/Jay, John, *O Federalista* (trad. de Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2.ª ed., 2011.
- HERZOG-EVANS, Martine, «Le juge de l'application des peines, juridiction de premier degré», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1999, fasc. 2, pp. 289-301.
- , «Le juge administratif qualifie de contraires à la dignité humaine les conditions de détention d'une maison d'arrêt, note sous Tribunal Administratif de Rouen (1^{re} Chambre), 27 mars 2008», *Recueil Dalloz*, ano 184, n.º 28, 17-7-2008, pp. 1959-1963.
- , «Loi pénitentiaire n.º 2009-1436 du 24 novembre 2009: changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative», *Recueil Dalloz* 1/2010, pp. 31-38.
- , *Droit Pénitentiaire*, Paris: Dalloz, 3.ª ed., 2019.

- HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C.F. Müller, 20.^a ed., 1995.
- HOFFMEYER, Carsten, *Grundrechte im Strafvollzug: Verfassungsrecht als kriminalpolitischer Beitrag zur Reform des Strafvollzugs*, Heidelberg/Karlsruhe: C. F. Müller, 1979.
- ISHIY, Karla Tayumi, «A situação carcerária e a justiciabilidade dos direitos sociais das pessoas reclusas», in Marcos Machado (org.), *Impactos das Tecnologias nas Ciências Humanas e Sociais Aplicadas 5*, Ponta Grossa (PR): Atena Editora, 2019, livro electrónico, disponível em <https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/432599/1/Impactos-das-Tecnologias-nas-Ci%C3%A9ncias-Humanas-e-Sociais-Aplicadas-5.pdf> [5-12-2020], pp. 74-89.
- JACQUEMET-GAUCHE, Anne, «Contentieux de la responsabilité et dignité du détenu en Allemagne. Cour de justice fédérale allemande, 11 mars 2010», *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, n.º 87, Jul. 2011, pp. 641-651.
- JELLINEK, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin: O. Häring, 3.^a ed., 1914.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, «Principes et solutions de la politique criminelle dans la réforme pénale allemande et portugaise», in *Estudos «in memoriam» do Prof. Doutor José Beza dos Santos, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, suplemento ao vol. XVI, 1966, pp. 433-467.
- KAISER, Günther, *Strafvollzug im europäischen Vergleich*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1983.
- KAISER, Günther/Kerner, Hans-Jürgen/Schöch, Heinz, *Strafvollzug: Eine Einführung in die Grundlagen*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 4.^a ed., 1991.
- KANEV, Krassimir/Angelova, Dilyana, «The European Court of Human Rights and prison reform in Bulgaria», in *La protection des droits des personnes détenues en Europe, Actes – Conférences du projet constitutif du Réseau européen de contentieux pénitentiaire, 21 avril 2016, 14-15 juin 2016*, disponível em <https://journals.openedition.org/revdh/4230?file=1> [17-10-2019], pp.104-124.
- KELK, Constantijn, «Développements concernant le droit de plainte des détenus aux Pays-Bas», in *Position en droit et droit de plainte du détenu. Journée d'étude 16 février 1996, Société Belge de Criminologie, Les Dossiers de la Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, n.º 2, 1997, Bruxelas: La Charte, 1997, pp. 51-68.
- KELSEN, Hans, «Die Lehre von der drei Gewalten oder Funktionen des Staates», *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* XVII, 1923/24, pp. 374-408.
- , *Teoria Geral do Estado* (trad. de Fernando de Miranda de *Allgemeine Staatslehre*), Coimbra: Arménio Amado Editor, 1938.
- , «A garantia jurisdicional da Constituição (a justiça constitucional)» (trad. de Ana Bela Cabral), *Sub Judice* 20/21, Jan.-Jun. 2001, pp. 9-32.
- KOEPPEL, Thordis, *Kontrolle des Strafvollzuges: individueller Rechtsschutz und generelle Aufsicht; ein Rechtsvergleich*, Mönchengladbach: Forum-Verlag Godesberg, 1999.
- KUHL, Thomas, *Der Kernbereich der Exekutive*, Baden-Baden: Nomos, 1993.
- LABAND, Paul, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, vol. II, Aalen: Scientia Verlag, 1964 (reimp. da 5.^a ed., Tübingen: Mohr, 1911).
- LARRALDE, Jean-Manuel, «Les règles pénitentiaires européennes, instrument d'humanisation et de modernisation des politiques carcérales», *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 72, ano 18, Out. 2007, pp. 993-1015.
- , «Le contrôle des mesures d'aménagement des peines privatives de liberté par la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 87, ano 22, Jul. 2011, pp. 621-639.

- LATAS, António, «Intervenção jurisdicional na execução das reacções criminais privativas da liberdade – aspectos práticos», *Direito e Justiça*, vol. especial, 2004, pp. 205-268.
- LEITE, André Lamas, «Ressocializar, hoje? Entre o ‘mito’ e a realidade», *Revista do Ministério Público* 156, Out.-Dez. 2018, pp. 9-53.
- LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, ed. crítica de Peter Laslett, Cambridge: Cambridge University Press, 2.^a ed., 1967 (3.^a reimp., 1988).
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución* (trad. de Alfredo Gallego Anabitarte de *Verfassungslehre*, 2.^a ed., 1976), Barcelona: Ariel, 1986.
- LOPES, José António Mouraz, *A fundamentação da sentença no sistema penal português. Legitimar, diferenciar, simplificar*, Coimbra: Almedina, 2011.
- LOPES, José Guardado, «Acheegas para a história do direito penitenciário português», *Boletim do Ministério da Justiça* 430, Nov. 1995, pp. 5-172.
- MACHETE, Pedro, «A irrecorribilidade pelo recluso da recusa de licença jurisdicional (breve reflexão a propósito dos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 560/2014 e 752/2014)», in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 331-343.
- MACHETE, Rui Chancerelle de, «Poderes do tribunal: o juiz», in Centro de Estudos Judiciários (org.), *A nova justiça administrativa: trabalhos e conclusões do seminário comemorativo do 1.º ano de vigência da reforma do contencioso administrativo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 129-133.
- MADELAINE, Colombine, «Perspectives européennes: portée et fonctions de l'accès des personnes détenues à un recours effectif. Les obligations procédurales issues de la CEDH en matière de surpopulation carcérale», in *La protection des droits des personnes détenues en Europe, Actes – Conférences du projet constitutif du Réseau européen de contentieux pénitentiaire, 21 avril 2016, 14-15 juin 2016*, disponível em <https://journals.openedition.org/revdh/4230?file=1> [9-10-2019], pp. 21-41.
- MAGALHÃES, Inês, «Implicações constitucionais, penais e processuais penais da intervenção de atores privados no âmbito da execução penal: a reserva de administração», in Maria João Antunes/Cláudia Cruz Santos/Cláudio do Prado Amaral (coord.), *Os Novos Atores da Justiça Penal*, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 467-531.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «La problemática actual del juez de vigilancia», *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.ºs 232-235, Jan.-Dez. 1981, pp. 7-61.
- , «Relaciones entre la Administración Penitenciaria y los jueces de vigilancia», *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 37, fasc. 1, Jan.-Abr. 1984, pp. 81-101.
- , «Naturaleza de la jurisdicción de vigilancia: aspectos procesales y administrativos», *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º extra 1, 1989, pp. 117-125.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, Barcelona: Bosch, 1983.
- MARCHESELLI, Alberto, «La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca della effettività. Una ordinanza ‘rivoluzionaria’ della Corte costituzionale», *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2010, fasc. 3, pp. 95-106.
- MARGARA, Alessandro, «Considerazioni generali sulle attività degli Uffici di sorveglianza», in Franco Corleone (org.), *Alessandro Margara. La giustizia e il senso di umanità. Antologia di scritti su carcere, opg, droghe e magistratura di sorveglianza*, Firenze: Fondazione Michelucci Press, 2015, pp. 39-61.

- MARTINS, Patrícia Fragoso, «Recurso efectivo a nível interno», in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. III, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, pp. 2561-2589.
- MATA-MOUROS, Maria de Fátima, *Juiz das liberdades: desconstrução de um mito do processo penal*, Coimbra: Almedina, 2011.
- MELO, António Barbosa de, *Direito Administrativo II (A protecção jurisdicional dos cidadãos perante a Administração Pública). Sumários das lições proferidas na Faculdade de Direito de Coimbra no ano lectivo de 1986/87*, Coimbra, polic., 1987.
- MENDES, João de Castro, «Nótula sobre o artigo 208.º da Constituição – Independência dos Juízes», in Jorge Miranda (coord.), *Estudos sobre a Constituição*, 3.º vol., Lisboa: Petrony, 1979, pp. 653-660.
- MESQUITA, Paulo Dá, *Direcção do inquérito penal e garantia judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MESSINI, Ruggiero, «Il giudice di sorveglianza nell'ordinamento giudiziario», *Rivista di Diritto Penitenziario*, vol. II, 1933, pp. 865-877.
- 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, «La Ley penitenciaria sueca de 1974», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXIX, fasc. 1, Jan.-Abr. 1986, pp. 89-112.
- , *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Barcelona: Atelier, 3.ª ed., 2015.
- MIRANDA, Jorge, *Constituição e Democracia*, Lisboa: Petrony, 1976.
- , *Funções, órgãos e actos do Estado*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990.
- , *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- MIRANDA, Jorge/Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa anotada*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010 (tomo I), Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018 (tomo II), 2020 (tomo III).
- MITSILEGAS, Valsamis, «The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice», *New Journal of European Criminal Law* 6, 2015, n.º 4, pp. 457-484.
- , «European Criminal Law After Brexit», *Criminal Law Forum* 28, 2017, pp. 219-250, DOI: 10.1007/s10609-017-9314-y.
- , «Resetting the Parameters of Mutual Trust: From *Aranyosi* to *LM*», in Valsamis Mitsilegas/Alberto di Martino/Leandro Mancano (eds.), *The Court of Justice and European Criminal Law: Leading Cases in a Contextual Analysis*, Oxford, etc.: Hart Publishing, 2019.
- MOLINER-DUBOST, Marianne, «Le contrôleur général des lieux de privation de liberté. Commentaire de la loi n.º 2007-1545 du 30 octobre 2007», *L'actualité juridique. Droit administratif*, ano 64, n.º 2, 21 Jan. 2008, pp. 84-89.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, «A discricionariedade administrativa: reflexões a partir da pluridimensionalidade da função administrativa», *O Direito*, ano 144, fasc. III, 2012, pp. 599-651.
- MONTESQUIEU, Charles de, *De l'Esprit des lois*, vol. I, Paris: Gallimard, 1995.

- MONTEVERDE, Lino, «Tribunale della pena, processo bifasico e giusto processo», *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2002, n.^{os} 1 e 2, pp. 153-170, disponível em www.rassegnapenitenziaria.it.
- MORAIS, Carlos Blanco de, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2.^a ed., 2012.
- MOREIRA, Vital, «O Tribunal Constitucional português: a fiscalização concreta», *Sub Judice* 20/21, Jan.-Jun. 2001, pp. 95-110.
- MORGAN, Rod/Evans, Malcolm, «A European committee for the prevention of torture», in *The Challenges of a Greater Europe: The Council of Europe and Democratic Security*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1996, pp. 85-92.
- MOVILLA ALVAREZ, Claudio, «La cárcel como organización: posibilidades de control», in *Ministerio Fiscal y Sistema Penitenciario (III Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria)*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1992, pp. 155-172.
- NATALI, Karma, «Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti dei detenuti», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 4, ano LX, Out.-Dez. 2017, pp. 1457-1494.
- NEVES, A. Castanheira, *Sumários de Processo Criminal (1967-1968)*, Coimbra, 1968 (dactilografado).
- , *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1983 (reimp., 2014).
- , «O problema da discricionariedade», in *idem*, *Digesta*, vol. 1.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 531-596.
- , «Da ‘jurisdição’ no actual Estado de Direito», in AA.VV., *Ab Vno ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, pp. 177-227.
- NEVES, Ana Fernanda, «Os direitos do recluso à luz do Direito Internacional e do Direito Europeu», in Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves (coord.), *Direitos do Homem e sistema penitenciário – Actas da Conferência*, Lisboa: AAFDL, 2019, pp. 23-53.
- NIEBLER, Engelbert, «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug», in Walther Fürst/Roman Herzog/Dieter C. Umbach (org.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, vol. 2, Berlin: De Gruyter, 1987, pp. 1567-1588.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*, separata do vol. XXIX do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1987.
- , *Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República*, Lisboa: Lex, 1997.
- , *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2.^a ed., 2010.
- , *Sistema português de fiscalização da constitucionalidade: avaliação crítica*, Lisboa: AAFDL Editora, 2.^a ed., 2019.
- NOVELLI, Giovanni, «L’autonomia del diritto penitenziario», *Rivista di Diritto Penitenziario*, vol. I, 1933, pp. 5-56.
- , «L’intervento del giudice nell’esecuzione penale» (relatório ao 4.º Congresso Internacional de Direito Penal, Atenas, 1937), *Rivista di Diritto Penitenziario*, vol. II, 1936, pp. 1059-1097.
- NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 14.^a ed., 2017.

- OLIVEIRA, Mário Esteves de/Oliveira, Rodrigo Esteves de, *CPTA Vol. I e ETAF Anotados*, Coimbra: Almedina, 2004.
- OPPITZ, Daniela Gomes, *A crise do sistema prisional brasileiro: direitos fundamentais e o controle judicial de políticas públicas* (dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), 2018, disponível no Repositório da Universidade de Lisboa, <http://hdl.handle.net/10451/38373> [5-12-2020].
- OSSENBÜHL, Fritz, «Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung», in Fritz Ossenbühl, *Freiheit – Verantwortung – Kompetenz*, org. Mainhard Schröder *et al.*, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag, 1994, pp. 213-230.
- OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2013.
- PADFIELD, Nicola/Loucks, Nancy, «Le système pénitentiaire anglais et gallois», in Jean-Paul Céré/Carlos Eduardo A. Japiassú (dir.), *Les systèmes pénitentiaires dans le monde*, Paris: Dalloz, 3.^a ed., 2017, pp. 27-43.
- PALAZZO, Francesco, «Presente, futuro e futuribile della pena carceraria», in C. E. Paliero/F. Viganò/F. Basile/G. L. Gatta (org.), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano: Giuffrè, 2018, vol. II, pp. 521-551.
- PAZ RUBIO, José Maria, «Reflexión sobre el artículo 77 de la Ley Organica General Penitenciaria», in *Ministerio Fiscal y Sistema Penitenciario (III Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria)*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1992, pp. 227-237.
- PEREIRA, Luís de Miranda, «Tribunal de Execução das Penas – centro da dinâmica interactiva essencial a uma eficiente execução das sanções penais detentivas», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, fasc. 1, 1992, pp. 73-84.
- , «Os tempos e o tempo da reforma», *Direito e Justiça*, vol. especial, 2004, pp. 171-184.
- PIÇARRA, Nuno, «A separação dos poderes na Constituição de 1976. Alguns aspectos», in Jorge Miranda (org.), *Nos 10 anos da Constituição*, Lisboa: INCM, 1987, pp. 143-174.
- , *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional (um contributo para o estudo das suas origens e evolução)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- , «A reserva de administração», *O Direito*, ano 122, II, III-IV, 1990, pp. 325-353 e 571-601.
- PINATEL, Jean, *Traité élémentaire de Science Pénitentiaire et de Défense Sociale*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1950.
- PINTO, Inês Horta, «Tutela judicial efectiva na execução da pena privativa da liberdade. Impugnabilidade pelo recluso da aplicação do regime de segurança. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 20/2012», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 22, 2.º fasc., 2012, pp. 321-356.
- , *A harmonização dos sistemas de sanções penais na Europa. Finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- , «O Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, de 2009: ‘novos actores’ e novos papéis para ‘velhos actores’ na execução da pena de prisão», in Maria João Antunes/Cláudia Cruz Santos/Cláudio do Prado Amaral (coord.), *Os Novos Actores da Justiça Penal*, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 577-599.
- , «A jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria de execução da pena de prisão e a sua influência na tutela dos direitos das pessoas privadas da liberdade», in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 83-120.

- PIROSA, Rosaria, «England and Wales: the assessment of the remedial measures in a ‘particular Member State’», in *La protection des droits des personnes détenues en Europe, Actes – Conférences du projet constitutif du Réseau européen de contentieux pénitentiaire, 21 avril 2016, 14-15 juin 2016*, disponível em <https://journals.openedition.org/revdh/4230?file=1> [9-10-2019], pp. 132-151.
- PONCELA, Pierrette, «L’isolement carcéral sous le contrôle des juridictions administratives et de la Cour européenne des droits de l’Homme», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2005, fasc. 2, pp. 390-397.
- , «L’harmonisation des normes pénitentiaires européennes», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2007, fasc. 1, pp. 126-133.
- , «La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010, fasc. 1, pp. 190-200.
- , «Discipline pénitentiaire: un droit en mouvement», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2012, fasc. 1, pp. 208-216.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, *O poder discricionário da Administração*, Coimbra, polic., 1944.
- , *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, polic., 1959.
- , *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, polic., 1976.
- , «A função administrativa», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXIV, Jan.-Set. 1977, n.ºs 1-2-3, pp. 1-48.
- RANGEL, Paulo Castro, *Reserva de jurisdição: sentido dogmático e sentido jurisprudencial*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.
- , «A separação dos poderes segundo Montesquieu», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 347-365.
- , *Repensar o poder judicial: fundamentos e fragmentos*, Porto: Universidade Católica, 2001.
- REGO, Carlos Lopes do, «Acesso ao direito e aos tribunais», in *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa: Aequitas/Editorial Notícias, 1993, pp. 41-96.
- , «O direito fundamental do acesso aos tribunais e a reforma do processo civil», in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 731-766.
- , «Os princípios constitucionais da proibição da indefesa, da proporcionalidade dos ónus e cominações e o regime da citação em processo civil», in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 835-859.
- REMÉDIO, Alberto Esteves, «Irrecorribilidade da decisão que nega a liberdade condicional – Violação das garantias de defesa», *Revista do Ministério Público*, ano 14, n.º 55, Jul.-Set. 1993, pp. 145-155.
- RENNEVILLE, Marc, «Que tout change pour que rien ne change? Aux origines de la judiciarisation de l’exécution des peines en France (1789-1958)», *Criminocorpus* [em linha], publicado em 6-11-2013, <http://journals.openedition.org/criminocorpus/2517> [10-12-2019].
- RENOLDI, Carlo, «Una nuova tappa nella ‘lunga marcia’ verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti», *Giurisprudenza costituzionale*, ano LIV, fasc. 5, Set.-Out. 2009, pp. 3779-3788.
- REY SANCHEZ, Clara/Pascual Rodríguez, Esther, «The Spanish prison system and the mechanisms of redress available to prisoners», in *La protection des droits des personnes détenues en Europe, Actes – Conférences du projet constitutif du Réseau européen de contentieux pénitentiaire, 21 avril 2016, 14-15 juin 2016*, disponível em <https://journals.openedition.org/revdh/4230?file=1> [19-11-2019], pp. 163-176.

- RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos: la construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Barcelona: Bosch, 1997.
- ROBLES FERNÁNDEZ, Margarita, «La ejecución de las penas privativas de libertad. Tramitación según la competencia otorgada a los organos jurisdiccionales que en ella intervienen. Tribunal sentenciador y juez de vigilancia penitenciaria», in *Ministerio Fiscal y Sistema Penitenciario (III Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria)*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1992, pp. 211-223.
- ROCHA, João Luís de Moraes/Gomes, Ana Catarina Sá, «Algumas notas sobre direito penitenciário», in João Luís de Moraes Rocha (coord.), *Entre a reclusão e a liberdade. Estudos penitenciários*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 9-66.
- ROCHA, Manuel António Lopes, «Execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade», in *Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal*, org. Centro de Estudos Judiciários, Coimbra: Almedina, 1988, pp. 473-498.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito*, Coimbra, 1982.
- , «Polémica actual sobre o pensamento da reinserção social», separata de *Cidadão delincente: reinserção social?*, Lisboa: Instituto de Reinserção Social, 1983.
- , *A fase de execução das penas e medidas de segurança no direito português*, separata do *Boletim do Ministério da Justiça* 380, 1988, pp. 5-58.
- , «Sistema punitivo português. Principais alterações no Código Penal revisto», *Sub Judice* 11, Jan.-Jun. 1996, pp. 27-39.
- , *Relatório: justificação do programa, do conteúdo e dos métodos do ensino teórico e prático da disciplina de Direito Penitenciário*, Coimbra, polic., 1999 [citado como *Relatório Direito Penitenciário*].
- , «A fase preparatória do processo penal – tendências na Europa. O caso português», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 941-961.
- , *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*, Coimbra: Coimbra Editora, 2.^a ed., 2002.
- , «Da ‘afirmação de direitos’ à ‘protecção de direitos’ dos reclusos: a jurisdicionalização da execução da pena de prisão», *Direito e Justiça*, vol. especial, 2004, pp. 185-195.
- , *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- , «A jurisprudência constitucional portuguesa e a reserva do juiz nas fases anteriores ao julgamento ou a matriz basicamente acusatória do processo penal», in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 47-65.
- , «As relações entre o Ministério Público e o juiz de instrução criminal ou a matriz de um processo penal europeu», in *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 709-724.
- , «A tutela dos direitos dos reclusos – um caminho a ser caminhado», in Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves (coord.), *Direitos do Homem e sistema penitenciário – Actas da Conferência*, Lisboa: AAFDL, 2019, pp. 103-124.
- RODRIGUES, Cláudio Lima, «Contributo para a interpretação das normas jurídicas relativas à aplicação ou manutenção do regime de segurança no âmbito da execução de uma pena de prisão», *Julgar Online*, Dez. 2016, pp. 1-39.
- RODRIGUES, José Cunha, *A Constituição e os Tribunais*, Lisboa: Diabril, 1977.

- RODRÍGUEZ SAEZ, José Antonio, «El derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad. Un análisis del deber ser», in I. Rivera Beiras (coord.), *Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona: Bosch, 1992, pp. 195-232.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina, «Can a judicial authority refuse to execute a European Arrest Warrant due to the situation of Spanish prisons?: on the Catalán *procés*», *European Criminal Law Review*, v. 8, n.º 2, 2018, pp.186-195.
- , «Las prisiones en un mundo global: estándares europeos de derecho penitenciario», in Adán Nieto Martín/Beatriz García Moreno (dir.), *Ius puniendi y global law: hacia un derecho penal sin estado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 533-615.
- ROMÃO, Miguel, *Prisão e Ciência Penitenciária em Portugal*, Coimbra: Almedina, 2014.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social*, ed. crítica de J.-P. Siméon, Paris: Seuil, 1977.
- RUIZ VADILLO, Enrique, «Perfil del Juzgado de Vigilancia conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción», in *Ministerio Fiscal y Sistema Penitenciario (III Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria)*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1992, pp. 239-252.
- SANTORO, Arturo, *L'esecuzione penale*, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 2.^a ed., 1953.
- SANTOS, Cláudia Cruz, «O controlo judicial da violação dos prazos de duração máxima do inquérito», *Julgar* 32, Mai.-Ago. 2017, pp. 233-254.
- SANTOS, José Beleza dos, «Nova organização prisional portuguesa (alguns princípios e realizações)», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XXII, 1946, pp. 1-43.
- , «Os tribunais de execução das penas em Portugal (Razões determinantes da sua criação - Estrutura - Resultados e sugestões)», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, supl. XV (*Homenagem ao Prof. Doutor José Alberto dos Reis*), 1961, pp. 287-335.
- SCALFATI, Adolfo, «Procedimento di sorveglianza 'tipo' e art. 111 della Costituzione», in Adolfo Scalfati (org.), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova: Cedam, 2004, pp. 3-19.
- SCHLANGER, Margo, «Civil Rights Injunctions Over Time: A Case Study of Jail and Prison Court Orders», *New York University Law Review* 81, n.º 2/2006, pp. 550-630, disponível em <https://repository.law.umich.edu/articles/1292> [3-3-2020].
- SCHMITZ, Julia, «Responsabilité de l'État en raison de conditions de détention. CE 13 janvier 2017», *L' Actualité Juridique Droit Administratif*, n.º 11/2017, pp. 637-643.
- SCHWIND, Hans-Dieter/Böhm, Alexander, *Strafvollzugsgesetz (Kommentar)*, Berlin: De Gruyter, 3.^a ed., 1999.
- SILLASTE, Toomas, «Recent developments in the case-law of the European Court of Human Rights relating to the European Prison Rules of 2006» (relatório), TEDH, Set. 2010, disponível em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806f5521> [4-9-2019].
- SILVA, Isabelle de, «La rénovation du régime de responsabilité de l'État du fait des services pénitentiaires», *L' Actualité Juridique Droit Administratif*, n.º 8/2009, pp. 416-420.
- SILVA, Sandra Oliveira e, «A liberdade condicional no direito português: breves notas», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano I, 2004, pp. 347-401.
- SILVEIRA, Alessandra/Canotilho, Mariana (coord.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia comentada*, Coimbra: Almedina, 2013.

- SILVEIRA, João Tiago V. A. da, *Mecanismos de agilização processual e princípio da tutela jurisdicional efetiva no contencioso administrativo* (dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), 2015 (não publicada).
- SILVESTRI, Gaetano, *La separazione dei poteri*, Milano: Giuffrè, 1979 (vol. I), 1984 (vol. II).
- SIMON, Anne, «France : les réticences du juge judiciaire face aux conditions matérielles de détention», in *La protection des droits des personnes détenues en Europe, Actes – Conférences du projet constitutif du Réseau européen de contentieux pénitentiaire, 21 avril 2016, 14-15 juin 2016*, disponível em <https://journals.openedition.org/revdh/4230?file=1> [8-1-2020], pp. 152-162.
- SILWOWSKI, Georges, *Les pouvoirs du juge dans l'exécution des peines et des mesures de sûreté privatives de liberté*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1939.
- , «Caractère judiciaire ou administratif de l'exécution de la peine au regard du problème de son contrôle», *Revue Internationale de Droit Pénal*, ano 36, n.º 1-2, 1.º e 2.º trimestres 1965, pp.79-106.
- SMAERS, Greet, «Les possibilités de plainte existantes pour les détenus», in *Position en droit et droit de plainte du détenu. Journée d'étude 16 février 1996, Société Belge de Criminologie, Les Dossiers de la Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, n.º 2, 1997, Bruxelas: La Chartre, 1997, pp. 81-100.
- SOARES, Rogério Ehrhardt, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra: Tipografia da Atlântida, 1955.
- , *Direito Administrativo*, Coimbra, polic., s.d.
- , *Direito Administrativo*, Coimbra: João Abrantes, 1978.
- , «Administração Pública e controlo judicial», *Revista de Legislação e Jurisprudência* 3845, ano 127, Dez. 1994, pp. 226-233.
- SOUSA, António Francisco de, *A discricionariedade administrativa*, Lisboa: Danúbio, 1987.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de, «10 questões sobre a Constituição, o Orçamento e o Plano», in Jorge Miranda (org.), *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa: INCM, 1987, pp. 115-141.
- , «As indemnizações por nacionalização e as comissões arbitrais em Portugal», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, vol. II, Set. 1989, pp. 369-463.
- , *Orgânica Judicial, Responsabilidade dos Juizes e Tribunal Constitucional*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1992.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de/Matos, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, Lisboa: Dom Quixote, 5.ª ed., 2014.
- STĘPNIAK, Piotr, «Le système pénitentiaire polonais», in Jean-Paul Céré/Carlos Eduardo A. Japiassú (dir.), *Les systèmes pénitentiaires dans le monde*, Paris: Dalloz, 3.ª ed., 2017, pp. 281-296.
- SYKES, Gresham M., *The Society of Captives. A Study of Maximum Security Prison*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1958 (6.ª reimp., 1970).
- TAMARIT SUMALLA, Josep M.ª/Garcia Albero, Ramón/Rodríguez Puerta, María-José/Sapena Grau, Francisco, *Curso de Derecho Penitenciario*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2.ª ed., 2005.
- TCHEN, Vincent, «Droits des détenus et administration pénitentiaire», *Revue française de droit administratif*, n.º 3/1997, pp. 597-614.
- TIEDEMANN, Klaus, «La protection des droits des détenus», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1962, fasc. 1, p. 489-495.

- TOCQUEVILLE, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, ed. de J.-P. Mayer, Paris: Gallimard, 1968.
- UNTERREITMEIER, Johannes, «Geltenschädigung bei menschenwürdiger Unterbringung», *Neue Juristische Wochenschrift*, fasc. 8, 2005, pp. 475-477.
- VAN ZYL SMIT, Dirk/Dünkel, Frieder (eds.), *Imprisonment Today and Tomorrow: International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions*, The Hague: Kluwer Law International, 2.^a ed., 2001.
- VAN ZYL SMIT, Dirk/Snacken, Sonja, *Principles of European Prison Law And Policy: Penology And Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2009.
- VASSALLI, Giuliano/Erra, Carlo, «Le système pénitentiaire de l'Italie», in L. Hugueney/H. Donnedieu de Vabres/Marc Ancel (org.), *Les grands systèmes pénitentiaires actuels: exposé systématique du régime appliqué dans les différents pays*, vol. I, Paris: Recueil Sirey, 1950, pp. 219-247.
- VIGOUROUX, Christian, «La valeur de la justice en détention», *L' Actualité Juridique Droit Administratif*, n.º 8/2009, pp. 403-405.
- VILALONGA, José Manuel, «A constitucionalidade das medidas disciplinares aplicadas aos reclusos. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 161/95», *Themis*, ano I, n.º 1, 2000, pp. 207-218.
- , «A Carta dos Direitos Fundamentais e Direito Penal», *O Direito*, ano 137, 2005, IV-V (n.º especial: «Portugal e o Tratado 'que estabelece uma Constituição para a Europa'»), pp. 755-770.
- WILLEMS, Auke, «Improving detention conditions in the EU – Aranyosi's Contribution» (*working paper*), EUSA Fifteenth Biennial Conference May 4-6, 2017, Miami (FL), disponível em <https://www.eustudies.org/conference/papers/download/374> [1-10-2019].
- WOLFF, Hans Julius/Bachof, Otto/Stober, Rolf, *Direito Administrativo*, vol 1 (trad. de António Francisco de Sousa da 11.^a ed. revista, de 1999, do vol. I de *Verwaltungsrecht*), Lisboa: Gulbenkian, 2006.
- ZIMMER, Gerhard, *Funktion – Kompetenz – Legitimation. Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes*, Berlin: Duncker & Humblot, 1979.
- ZWEIGERT, Konrad/KÖTZ, Hein, *An Introduction to Comparative Law* (trad. de Tony Weir de *Einführung in die Rechtsvergleichung*), Oxford: Clarendon Press, 3.^a ed., 1998.

DOCUMENTOS CITADOS

- Código Penal Português*, tomo I (Relatório), tomo II (Projecto), Lisboa: Imprensa Nacional, 1864.
- COMISSÃO DE ESTUDO E DEBATE DA REFORMA DO SISTEMA PRISIONAL, *Relatório Final*, Coimbra: Almedina, 2005.
- COMISSÃO PARA A REFORMA DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE PENAS E MEDIDAS, *A execução das medidas privativas da liberdade. Relatório apresentado a S. Exa. o Senhor Ministro da Justiça em Novembro de 1997*, Lisboa, 1997 (políc.).
- «Commentary on Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules», in *European Prison Rules*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2006, pp. 39-99.

- COMMISSION INTERNATIONALE PENALE ET PENITENTIAIRE, *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin, août 1935*, Berna: Bureau de la Commission Internationale Pénale et Pénitentiaire, 1935 (vol. II), 1936 (vols. Ia e Ib).
- «Conclusions du X^e Congrès international de droit pénal, Rome, 29 septembre - 5 octobre 1969», *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 41, 1970, n.^{os} 1 e 2, pp. 9-162, e n.^{os} 3 e 4, pp. 317-638.
- «Die Satzung der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung vom 01.01.1889», in «Documentation historique de l'Association, 1889-2014», *Revue Internationale de Droit Pénal*, ano 86, fasc. 3-4, 2015, pp. 829-830.
- EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS (CDPC), «Recommendation Rec(2006)2-rev of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules – Commentary», ref. CM(2020)17-add2, 1-7-2020, disponível em https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016809c9086 [30-12-2020].
- HUMAN RIGHTS WATCH, *No Equal Justice. The Prison Litigation Reform Act in the United States*, 2009, disponível em www.hrw.org/sites/default/files/reports/us0609web.pdf [30-12-2020].
- «IV^e Congrès de l'Association Internationale de Droit Pénal (Paris 1937)», *Revue Internationale de Droit Pénal*, ano XIV, 1937, pp. 25-705.
- EUROJUST, «The EAW and Prison Conditions, Outcome Report of the College Thematic Discussion», 16-5-2017, disponível em https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Publications/Reports/2017-05_9197-17_Outcome-Report-on-EAW-and-Prison-Conditions_EN.pdf [30-12-2020].
- OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA, *A reinserção social dos reclusos. Um contributo para o debate sobre a reforma do sistema prisional*, Coimbra, 2003, disponível em <https://opj.ces.uc.pt/wp-content/uploads/pdf/14.pdf> [30-12-2020].
- PROVEDOR DE JUSTIÇA, *As nossas prisões. III Relatório*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 2003.
- «Rapports présentés au VII^e Congrès International de Droit Pénal (Athènes, 26 septembre – 2 octobre 1957)», *Revue Internationale de Droit Pénal*, ano 27, 1957, n.^{os} 1 e 2, pp. 5-484, e n.^{os} 3 e 4, pp. 479-709.

Notas:

Referem-se apenas as obras citadas na dissertação.

Ao longo da dissertação, as obras são citadas pelo apelido do autor (em VERSALETE, correspondente ao apelido ordenado alfabeticamente na lista bibliográfica) e pelo título da obra ou seu excerto inicial.

JURISPRUDÊNCIA CITADA

PORTUGAL

Comissão Constitucional

Parecer n.º 2/77, *Pareceres da Comissão Constitucional*, vol. 1.º, pp. 57-65

Acórdão n.º 6/77, AP DR de 6-6-1977, pp. 5-12

Acórdão n.º 41/77, AP DR de 30-12-1977, pp. 82-89

Parecer n.º 16/79, *Pareceres da Comissão Constitucional*, vol. 8.º, pp. 205-227

Parecer n.º 26/79, *Pareceres da Comissão Constitucional*, vol. 9.º, pp. 131-145

Acórdão n.º 155/79, AP DR de 31-12-1979, pp. 51-57

Parecer n.º 24/80, *Pareceres da Comissão Constitucional*, vol. 13.º, pp. 129-138

Tribunal Constitucional

Acórdão n.º 41/77

Acórdão n.º 25/84

Acórdão n.º 71/84

Acórdão n.º 72/84

Acórdão n.º 56/85

Acórdão n.º 104/85

Acórdão n.º 81/86

Acórdão n.º 178/86

Acórdão n.º 317/86

Acórdão n.º 7/87

Acórdão n.º 205/87

Acórdão n.º 461/87

Acórdão n.º 39/88

Acórdão n.º 98/88

Acórdão n.º 143/88

Acórdão n.º 114/89

Acórdão n.º 280/89

Acórdão n.º 317/89

Acórdão n.º 393/89

Acórdão n.º 410/89

Acórdão n.º 437/89

Acórdão n.º 23/90

Acórdão n.º 182/90

Acórdão n.º 211/90

Acórdão n.º 247/90

Acórdão n.º 358/91

Acórdão n.º 443/91

Acórdão n.º 52/92

Acórdão n.º 171/92

Acórdão n.º 321/93

Acórdão n.º 263/94

Acórdão n.º 114/95

Acórdão n.º 161/95

Acórdão n.º 223/95

Acórdão n.º 452/95

Acórdão n.º 474/95

Acórdão n.º 630/95

Acórdão n.º 16/96

Acórdão n.º 17/96

Acórdão n.º 496/96

Acórdão n.º 517/96

Acórdão n.º 610/96

Acórdão n.º 694/96

Acórdão n.º 963/96

Acórdão n.º 1144/96

Acórdão n.º 1/97

Acórdão n.º 407/97

Acórdão n.º 24/98

Acórdão n.º 235/98

Acórdão n.º 691/98

Acórdão n.º 104/99

Acórdão n.º 581/2000

Acórdão n.º 1/2001

Acórdão n.º 192/2001

Acórdão n.º 347/2001

Acórdão n.º 63/2003

Acórdão n.º 80/2003

Acórdão n.º 297/2003

Acórdão n.º 528/2003

Acórdão n.º 379/2004

Acórdão n.º 395/2004

Acórdão n.º 426/2005

Acórdão n.º 67/2006

Acórdão n.º 116/2006

Acórdão n.º 142/2006

Acórdão n.º 638/2006

Acórdão n.º 155/2007

Acórdão n.º 211/2007

Acórdão n.º 228/2007

Acórdão n.º 274/2007

Acórdão n.º 278/2007

Acórdão n.º 285/2007

Acórdão n.º 336/2008

Acórdão n.º 522/2008

Acórdão n.º 110/2009

Acórdão n.º 427/2009

Acórdão n.º 181/2010

Acórdão n.º 214/2011

Acórdão n.º 234/2011

Acórdão n.º 372/2011

Acórdão n.º 20/2012

Acórdão n.º 229/2012

Acórdão n.º 395/2012

Acórdão n.º 150/2013

Acórdão n.º 230/2013

Acórdão n.º 243/2013

Acórdão n.º 848/2013

Acórdão n.º 560/2014

Acórdão n.º 752/2014

Acórdão n.º 332/2016

Acórdão n.º 413/2016

Acórdão n.º 510/2016

Acórdão n.º 26/2017

(Consultados presencialmente na Base de Dados de Jurisprudência do Tribunal Constitucional. Também disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt)

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão n.º 14/2009, Proc. n.º 1746/7.8TXEVR-UJ, *DR*, I Série, 20-11-2009, pp. 8442-8450

Acórdão de 25-11-2010, Proc. n.º 143/10.2YFLSB, www.dgsi.pt

Acórdão de 22-6-2011, Proc. n.º 4281/10.3TXLSB.E, www.dgsi.pt

Acórdão de 26-10-2016, Proc. n.º 2313/13.2TXLSB-H.P1.S1, www.dgsi.pt

Acórdão de 9-8-2017, Proc. n.º 61/17.3YFLSB, www.dgsi.pt

Acórdão de 20-11-2019, Proc. n.º 529/17.1TXLSB-1.S1, www.dgsi.pt

Acórdão de 19-12-2019, Proc. n.º 1496/10.8TXEVR-Q.S1, www.dgsi.pt

Acórdão de 11-11-2020, Proc. n.º 5553/19.7T8LSB-L.S1, www.dgsi.pt

Supremo Tribunal Administrativo

Acórdão de 10-10-1979, Proc. n.º 10055, AP DR de 28-2-1984, p. 2293

Acórdão de 13-11-1980, Proc. n.º 13060, *Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo* 231, ano XX, p. 294

Acórdão de 15-12-1987, Proc. n.º 17139, *Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo* 319, ano XXVII, p. 946

Acórdão de 23-2-1988, Proc. n.º 14716, *Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo* 328, ano XXVIII, p. 487

Acórdão de 23-6-1988, Proc. 24700, *Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo* 328, ano XXVIII, p. 448

Acórdão de 3-7-1990, Proc. n.º 26288, AP DR de 15-2-1995, p. 4668

Acórdão de 27-9-1990, Proc. n.º 26434, AP DR de 15-2-1995, p. 5278

Acórdão de 18-12-1991, Proc. n.º 18882, AP DR de 10-9-1993, p. 813

Acórdão de 16-6-1992, Proc. n.º 29769, AP DR de 16-4-1996, p. 4067

Acórdão de 27-10-1994, Proc. n.º 31111, AP DR de 18-4-1997, p. 7254

Acórdão de 23-3-1995, Proc. n.º 27994, AP DR de 31-3-1997, p. 192

Acórdão de 7-10-2004, Proc. n.º 1924/03, www.dgsi.pt

Acórdão de 6-3-2007, Proc. n.º 1143/06, www.dgsi.pt

Acórdão de 30-10-2007, Proc. n.º 477/07, www.dgsi.pt

Acórdão de 3-4-2008, Proc. n.º 934/07, www.dgsi.pt

Acórdão de 20-5-2010, Proc. n.º 390/09, www.dgsi.pt

Tribunal dos Conflitos

Acórdão de 29-3-2007, Proc. n.º 17/06

Acórdão de 10-7-2007, Proc. n.º 1/07

(disponíveis em www.dgsi.pt)

Tribunais da Relação

Acórdão do TRL de 23-10-2008, Proc. n.º 8105/2008-9

Acórdão do TRL de 14-10-2009, Proc. n.º 8027/06.2TXLSB-A.L1-3

Acórdão do TRE de 15-12-2009, Proc. n.º 2272/05.5TXEVR-B.E1

Acórdão do TRL de 24-2-2010, Proc. n.º 4301/08.1TXLSB-A.L1-3

Acórdão do TRC de 24-2-2010, Proc. n.º 2492/08.0TXCBBR-A.C1

Acórdão do TRE de 21-10-2010, Proc. n.º 883/10.6TXEVR-CE1

Acórdão do TRC de 9-12-2010, Proc. n.º 968/10.3TXCBBR-C.C1

Acórdão do TRP de 15-12-2010, Proc. n.º 1622/06.1TXPRT-B.P1

Acórdão do TRC de 12-1-2011, Proc. n.º 1162/10.4TXCBR-A.C1
Acórdão do TRL de 5-5-2011, Proc. n.º 4372/10-0TXLSB-C.L1-9
Acórdão do TRL de 17-5-2011, Proc. n.º 2823/10.3TXLSB-C.L1-5
Acórdão do TRC de 25-5-2011, Proc. n.º 1050/10.4TXCBR-A.C1
Acórdão do TRC de 14-9-2011, Proc. n.º 242/11.3TXCBR-C.C1
Acórdão do TRL de 15-12-2011, Proc. n.º 455/08.5PCAMD-A.L1-3
Acórdão do TRL de 15-12-2011, Proc. n.º 4286/10.4TXLSB-F.L1-5
Acórdão do TRP de 11-1-2012, Proc. n.º 3394/10.6TXPRT-A.P1
Acórdão do TRL de 29-2-2012, Proc. n.º 968/10.3TXCBR-C.C1
Acórdão do TRL de 29-2-2012, Proc. n.º 2192/11.4TXLSB-B.L1-3
Acórdão do TRC de 7-3-2012, Proc. n.º 89/08.4GBALD-B.C1
Acórdão do TRL de 26-4-2012, Proc. n.º 1156/03.6GBMTA-A.L1-9
Acórdão do TRP de 3-10-2012, Proc. n.º 821/11.9TXPRT-G.P1
Acórdão do TRE de 16-10-2012, Proc. n.º 1673/10.1TXEVR-E.E1
Acórdão do TRG de 5-11-2012, Proc. n.º 316/09.0JABRG-E.G1
Acórdão do TRC de 12-12-2012, Proc. n.º 1354/10.6TXCBR-J.C1
Acórdão do TRE de 6-2-2013, Proc. n.º 1682/10.0TXEVR.-D.E1
Acórdão do TRP de 27-11-2013, Proc. n.º 188/06.7PAVFR.P3
Acórdão do TRC de 5-2-2014, Proc. n.º 917/11.7TXCBR-H.C1
Acórdão do TRP de 23-4-2014, Proc. n.º 361/10.3GAVLG.P1
Acórdão do TRP de 7-5-2014, Proc. n.º 119/01.0TAVLC-A.P1
Acórdão do TRC de 8-10-2014, Proc. n.º 630/10.2PBFIG-C.C1
Acórdão do TRC de 18-3-2015, Proc. n.º 527/14.7TXCBR-A.C1
Acórdão do TRP de 29-4-2015, Proc. n.º 1331/11.0TXPRT-D.P1
Acórdão do TRL de 26-6-2015, Proc. n.º 3540/10.0TXLSB-J.L1-5
Acórdão do TRP de 16-9-2015, Proc. n.º 395/15.1TXPRT-A.P1
Acórdão do TRP de 4-11-2015, Proc. n.º 2098/10.4JAPRT-A.P1
Acórdão do TRP de 9-12-2015, Proc. n.º 148/15.7TXPRT-B.P1
Acórdão do TRP de 10-2-2016, Proc. n.º 758/15.2TXPRT-A.P1
Acórdão do TRL de 16-2-2016, Proc. n.º 1451/05.0TACSC-A.L1-5
Acórdão do TRP de 25-2-2016, Proc. n.º 304/09.7GAVFR-A.P1
Acórdão do TRP de 9-3-2016, Proc. n.º 1331/11.0TXPRT-D.P2
Acórdão do TRP de 16-3-2016, Proc. n.º 1022/15.2TXPRT-A.P1
Acórdão do TRL de 10-5-2016, Proc. n.º 59/04.1PAVFX-A.L1-5
Acórdão do TRP de 11-5-2016, Proc. n.º 1047/15.8TXPRT-A.P1
Acórdão do TRC de 19-10-2016, Proc. n.º 550/09.3GBPMS-F.C1
Acórdão do TRC de 25-1-2017, Proc. n.º 239/15.4TXCBR-C.C1
Acórdão do TRC de 29-9-2017, Proc. n.º 690/05.8GAACB-A.C1
Acórdão do TRC de 18-10-2017, Proc. n.º 3466/11.0TALRA-A.C1
Acórdão do TRC de 29-11-2017, Proc. n.º 536/15.9GCLRA-B.C2
Acórdão do TRP de 7-3-2018, Proc. n.º 18/08.5SPEPRT-A.P1
Acórdão do TRP de 7-12-2018, Proc. n.º 928/17.9TXPRT-F.P1
Acórdão do TRC de 30-1-2019, Proc. n.º 559/12.0JACBR-E.C1
Acórdão do TRL de 24-11-2020, Proc. n.º 27/20.6GBALM-A.L1-5
(disponíveis em www.dgsi.pt)

Tribunais Centrais Administrativos

Acórdão do TCA Sul de 27-3-2008, Proc. n.º 3470/08

Acórdão do TCA Norte de 17-4-2015, Proc. n.º 481/14.5BEPNF

Acórdão do TCA Norte de 15-7-2016, Proc. n.º 984/16.7BEBRG

Acórdão do TCA Norte de 16-12-2016, Proc. n.º 203/16.6BEPRT

Acórdão do TCA Norte de 24-3-2017, Proc. n.º 984/16.7BEBRG-A

(disponíveis em www.dgsi.pt)

Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República

Parecer n.º 104/90, de 21-2-1991, *Boletim do Ministério da Justiça* 404, Mar. 1991, pp. 35-62.

JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA

ITÁLIA

Corte costituzionale

Sentenza 110/1974, de 5-4-1974

Sentenza 204/1974, de 27-6-1974

Ordinanza 87/1978, de 20-12-1978

Sentenza 114/1979, de 25-7-1979

Sentenza 103/1984, de 6-4-1984

Sentenza 274/1990, de 23-5-1990

Sentenza 313/1990, de 26-6-1990

Sentenza 53/1993, de 8-2-1993

Sentenza 306/1993, de 11-6-1993

Sentenza 349/1993, de 24-6-1993

Sentenza 410/1993, de 5-11-1993

Sentenza 227/1995, de 2-6-1995

Sentenza 351/1996, de 14-10-1996

Sentenza 212/1997, de 19-6-1997

Sentenza 376/1997, de 26-11-1997

Sentenza 445/1997, de 16-12-1997

Sentenza 26/1999, de 8-2-1999

Sentenza 255/2006, de 21-6-2006

Sentenza 341/2006, de 23-10-2006

Sentenza 266/2009, de 8-10-2009

Sentenza 190/2010, de 26-5-2010

Sentenza 135/2013, de 3-6-2013

Sentenza 279/2013, de 9-10-2013

Sentenza 149/2018, de 21-6-2018

Sentenza 186/2018, de 26-9-2018

(disponíveis na base de dados de jurisprudência do Tribunal, em www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do)

ESPAÑA

Tribunal Constitucional

Sentencia 73/1983, de 30-7

Sentencia 77/1983, de 3-10

Sentencia 74/1985, de 18-6

Sentencia 138/1986, de 7-11

Sentencia 2/1987, de 21-1

Sentencia 190/1987, de 1-12

Sentencia 120/1990, de 27-6

Sentencia 137/1990, de 19-7

Sentencia 54/1992, de 8-4

Sentencia 22/1994, de 27-1

Sentencia 48/1996, de 25-3

Sentencia 175/1997, de 27-10

(disponíveis na base de dados de jurisprudência do Tribunal, em <https://hj.tribunalconstitucional.es>)

Tribunal de Conflictos de Jurisdicción

Sentencia de 9-7-1986, conflito de jurisdição n.º 10/1986

Sentencia de 5-12-1986, conflito de jurisdição n.º 16/1986

Sentencia de 14-12-1990, conflito de jurisdição n.º 5/1988

Sentencia de 8-7-1991, conflito de jurisdição n.º 2/1991
Sentencia de 20-12-1993, conflito de jurisdição n.º 8/1993-T
Sentencia de 28-6-1995, conflito de jurisdição n.º 3-95-T
Sentencia de 7-7-1995, conflito de jurisdição n.º 7/1994-T
Sentencia de 25-6-1998, conflito de jurisdição n.º 18/1998
Sentencia 10/2012, de 29-5, conflito de jurisdição n.º 7/2012
(disponíveis em www.boe.es)

FRANÇA

Conseil Constitutionnel

Décision n.º 78-98 DC, de 22-11-1978, *Loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté* (*Journal Officiel de la République Française*, 23-11-1978)

Décision n.º 2009-593 DC, de 19-11-2009, *Loi pénitentiaire* (*Journal Officiel de la République Française*, 25-11-2009)

Décision n.º 2016-543 QPC, de 24-5-2016, *Section française de l'observatoire international des prisons (Permis de visite et autorisation de téléphoner durant la détention provisoire)* (*Journal Officiel de la République Française*, 29-5-2016)

Décision n.º 2020-858/859 QPC, de 2-10-2020, *M. Geoffrey F. et autre (Conditions d'incarcération des détenus)* (*Journal Officiel de la République Française*, 3-10-2020)

Tribunal des conflits

Dame Fargeaud d'Epied, n.º 1647, 22-2-1960 (*Recueil Lebon*, 1960, pp. 855 s.)

M. Caillol, n.º 2289, 4-7-1983 (www.legifrance.gouv.fr)

Conseil d'Etat

M. Cherbonnel, n.º 97149, 15-1-1992 (www.legifrance.gouv.fr)

M. Pascal Marie, n.º 97754, 17-2-1995 (www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses)

M. Fauqueux, n.º 106582, 28-2-1996 (www.legifrance.gouv.fr)

M. Druelle, n.º 191360, 18-3-1998 (www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses)

Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. Remli, n.º 252712, 30-7-2003 (www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses)

Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. Boussouar, n.º 290730, 14-12-2007 (*AJDA* n.º 3/2008, 28-1-2008, pp. 132 s.)

M. Planchenault, n.º 290420, 14-12-2007 (*AJDA* n.º 3/2008, 28-1-2008, p. 134)

M. Payet, n.º 306432, 14-12-2007 (*AJDA* n.º 3/2008, 28-1-2008, pp. 134 s.)

M. Rogier, n.º 308221, 9-4-2008 (*AJDA* n.º 33/2008, 6-10-2008, pp. 1827 s.)

Section française de l'Observatoire international des prisons, n.º 293785, 31-10-2008 (*AJDA* n.º 43/2008, 22-12-2008, pp. 2393 ss.)

M. Miloudi, n.º 322148, 27-5-2009 (www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses)

M. El Shennawy, n.º 315622, 14-11-2009 (*AJDA* n.º 43/2008, 22-12-2008, p. 2396)

Garde des sceaux, ministre de la justice c/ M. Ali Kehli, n.º 318589, 30-11-2009 (www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses)

M. Eric A., n.º 328768, 28-12-2009 (www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses)

Ministre d'Etat, Garde des sceaux, ministre de la justice c/ M. Hervé B., n.º 329564, 26-11-2010 (www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses)

Garde des sceaux, ministre de la Justice c/ M. A. B., n.º 316977, 28-3-2011 (www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses)

Section française de l'Observatoire international des prisons et autres, «affaire des Baumettes», n.º 364584, ordonnance do Juge des référés, 22-12-2012 (www.legifrance.gouv.fr)

M.T., n.º 363290, 6-12-2013 (www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses)

Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Mme G., n.º 359672, 21-5-2014 (www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses)

M.B.A., n.º 380449, 1-6-2015 (www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses)

M. L., n.º 370896, 5-6-2015 (www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses)

Section française de l'Observatoire international des prisons et ordre des avocats au barreau de Nîmes, n.º 392043, ordonnance do Juge des référés, 30-7-2015 (www.legifrance.gouv.fr)

M. D.S.P., n.º 383712, 9-11-2015 (www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses)

M.C., n.º 389711, 13-1-2017 (www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses)

Section française de l'Observatoire international des prisons, n.º 445873, 27-1-2021 (www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses)

Cour de Cassation (Chambre criminelle)

Acórdão n.º 1400, de 8-7-2020, Proc. n.º 20-81.739, ECLI:FR:CCAS:2020:CR01400

Acórdão n.º 1434, de 8-7-2020, Proc. n.º 20-81.739, ECLI:FR:CCAS:2020:CR01434

(*acessíveis em https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/*)

ALEMANHA

Bundesverfassungsgericht

Acórdão de 6-6-1967, Proc. n.ºs 2 BvR 375/60, 2 BvR 53/60, 2 BvR 18/65 (www.rechtsportal.de)

Acórdão de 14-3-1972, Proc. n.º 2 BvR 41/71 (*Juristen Zeitung*, 1972, pp. 357-360).

Acórdão de 16-2-1993, Proc. n.º 2 BvR 594/92 (www.rechtsportal.de)

Acórdão de 16-3-1993, Proc. n.º 2 BvR 202/93 (www.rechtsportal.de)

Acórdão de 30-4-1993, Proc. n.ºs 2 BvR 1605/92, 2 BvR 1710/92 (www.rechtsportal.de)

Acórdão de 8-7-1993, Proc. n.º 2 BvR 213/93 (www.rechtsportal.de)

Acórdão de 26-10-1993, Proc. n.º 2 BvR 1004/93 (www.rechtsportal.de)

Acórdão de 9-11-1993, Proc. n.º 2 BvR 2212/93 (www.rechtsportal.de)

Acórdão de 27-2-2002, Proc. n.º 2 BvR 553/01 (www.bverfg.de/e/rk20020227_2bvr055301.html)

Acórdão de 13-3-2002, Proc. n.º 2 BvR 261/01 (www.bverfg.de/e/rk20020313_2bvr026101.html)

Acórdão de 27-12-2005, Proc. n.º 1 BvR 1359/05 (www.bverfg.de/e/rk20051227_1bvr135905.html)

Acórdão de 13-11-2007, Proc. n.º 2 BvR 2201/05 (www.bverfg.de/e/rk20071113_2bvr220105.html)

Acórdão de 14-7-2015, Proc. n.º 1 BvR 1127/14 (www.bverfg.de/e/rk20150714_1bvr112714.html)

Acórdão de 22-3-2016, Proc. n.º 2 BvR 566/15 (www.bverfg.de/e/rk20160322_2bvr056615.html)

Bundesgerichtshof

Acórdão de 4-11-2004, Proc. n.º III ZR 361/03 (www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/03/iii-zr-361-03.php)

Acórdão de 11-3-2010, Proc. n.º III ZR 124/09 (<https://juris.bundesgerichtshof.de>)

Tribunais estaduais

Oberlandesgericht de Hamm, Acórdão de 23-6-1967, Proc. 1 VAs 12/67 (*Neue Juristische Wochenschrift*, fasc. 43, 1967, pp. 2024-2026)

Kammergericht de Berlim (KG), Acórdão de 17-2-2015, Proc. n.º 9 U 129/13 (www.rechtsportal.de)

BRASIL

Supremo Tribunal Federal

Acórdão de 13-8-2015 (Plenário), Recurso Extraordinário 592.581/RS
(<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>)

Acórdão de 9-9-2015, ADPF nº 347 MC/DF
(<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>)

Acórdão de 20-2-2018, HC 143641/SP
(<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>)

Supremo Tribunal de Justiça

Súmula n.º 520, de 25-3-2015 (https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_44_capSumulas520-524.pdf)

REINO UNIDO

England and Wales High Court (Administrative Court), *Gordon-Jones, R (on the application of) v The Secretary of State for Justice*, Proc. n.º CO/2081/2014, decisão de 5-12-2014
(<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2014/3997.html>)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Supreme Court of the United States

Cooper v. Pate, 22-6-1964, 378 U.S. 546 (1964)

Procurier v. Martínez, 29-4-1974, 416 U.S. 396 (1974)

Wolff v. McDonnell, 26-6-1974, 418 U.S. 539 (1974)

Bell v. Wolfish, 14-5-1979, 441 U.S. 520 (1979)

Rhodes v. Chapman, 15-6-1981, 452 U.S. 337 (1981)

Turner v. Safley, 1-6-1987, 482 U.S. 78 (1987)

Wilson v. Seiter, 17-6-1991, 501 U.S. 294 (1991)

McCarthy v. Madigan, 4-3-1992, 503 U.S. 140 (1992)

Brown, Governor of California, et al. v. Plata et al., 23-5-2011, 563 U.S. 493 (2011)

Outros tribunais federais

Coffin v. Reichard, U. S. Circuit Court of Appeals, Sixth Circuit, 3-7-1944, 143 F.2d 443 (1944)

Carothers v. Folette et al., U. S. District Court, S. D. New York, 15-7-1970, 314 F. Supp. 1014 (1970)

Wright v. McMann, U. S. District Court, N. D. New York, 31-7-1970, 321 F. Supp. 127 (1970)

JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Golder c. Reino Unido, Queixa n.º 4451/70, Ac. de 21-2-1975

Silver e outros c. Reino Unido, Queixas n.ºs 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, Ac. de 25-3-1983

Campbell e Fell c. Reino Unido, Queixas n.ºs 7819/77 e 7878/77, Ac. de 28-6-1984

Ashingdane c. Reino Unido, Queixa n.º 8225/78, Ac. de 28-5-1985

Boyle e Rice c. Reino Unido, Queixas n.ºs 9659/82 e 9658/82, Ac. de 27-4-1988

Bellet c. França, Queixa n.º 23805/94, Ac. de 4-12-1995
Ganusauskas c. Lituânia, Queixa n.º 47922/99, Dec. de 7-9-1999
Messina c. Itália (n.º 2), Queixa n.º 25498/94, Ac. de 28-9-2000
Kudla c. Polónia, Queixa n.º 30210/96, Ac. de 26-10-2000 (Pleno)
Peers c. Grécia, Queixa n.º 28524/95, Ac. de 19-4-2001
Iwańczuk c. Polónia, Queixa n.º 25196/94, Ac. de 15-11-2001
Magalhães Pereira c. Portugal, Queixa n.º 44872/98, Ac. de 26-2-2002
Kalashnikov c. Rússia, Queixa n.º 47095/99, Ac. de 15-7-2002
Mastromatteo c. Itália, Queixa n.º 37703/97, Ac. de 24-10-2002 (Pleno)
Ezeh e Connors c. Reino Unido, Queixas n.ºs 39665/98 e 40086/98, Ac. de 9-10-2003 (Pleno)
Ganci c. Itália, Queixa n.º 41576/98, Ac. de 30-10-2003
Kadlec e outros c. República Checa, Queixa n.º 49478/99, Ac. de 25-5-2004
Musumeci c. Itália, Queixa n.º 33695/96, Ac. de 11-1-2005
Hirst c. Reino Unido (n.º 2), Queixa n.º 74025/01, Ac. de 6-10-2005 (Pleno)
Schemkamper c. França, Queixa n.º 75833/01, Ac. de 18-10-2005
Szabó c. Suécia, Queixa n.º 28578/03, Dec. de 27-6-2006
Ramírez Sánchez c. França, Queixa n.º 59450/00, Ac. de 4-7-2006 (Pleno)
Young c. Reino Unido, Queixa n.º 60682/00, Ac. de 16-1-2007
Black c. Reino Unido, Queixa n.º 56745/00, Ac. de 16-1-2007
Dickson c. Reino Unido, Queixa n.º 44362/04, Ac. de 4-12-2007 (Pleno)
Gülmez c. Turquia, Queixa n.º 16330/02, 20-5-2008
Khider c. França, Queixa n.º 39364/05, Ac. de 9-7-2009
Enea c. Itália, Queixa n.º 74912/01, Ac. de 17-9-2009 (Pleno)
Orchowski c. Polónia, Queixa n.º 17885/04, Ac. de 22-10-2009
Norbert Sikorski c. Polónia, Queixa n.º 17599/05, Ac. de 22-10-2009
Maiorano e outros c. Itália, Queixa n.º 28634/06, Ac. de 15-12-2009
Stegarescu e Bahrin c. Portugal, Queixa n.º 46194/06, Ac. de 6-4-2010
Latak c. Polónia, Queixa n.º 52070/08, Dec. de 12-10-2010
Łomiński c. Polónia, Queixa n.º 33502/09, Dec. de 12-10-2010
Payet c. França, Queixa n.º 19606/08, Ac. de 20-1-2011
Csüllög c. Hungria, Queixa n.º 30042/08, Ac. de 7-6-2011
Lienhardt c. França, Queixa n.º 12139/10, Dec. de 13-9-2011
Ananyev e outros c. Rússia, Queixas n.ºs 42525/07 e 60800/08, Ac. de 10-1-2012
Boulois c. Luxemburgo, Queixa n.º 37575/04, Ac. de 3-4-2012 (Pleno)
Torreggiani e outros c. Itália, Queixas n.ºs 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, Ac. de 8-1-2013
Stella c. Itália, Queixa n.º 49169/09 e 10 outras queixas apensadas, Dec. de 16-9-2014
Rexhepi c. Itália, Queixa n.º 47180/10 e 7 outras queixas apensadas, Dec. de 16-9-2014
Vasilescu c. Bélgica, Queixa n.º 64682/12, Ac. de 25-11-2014
Neshkov e outros c. Bulgária, Queixas n.ºs 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 e 9717/13, Ac. de 27-1-2015
Varga e outros c. Hungria, Queixas n.ºs 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 e 64586/13, Ac. de 10-3-2015
Yengo c. França, Queixa n.º 50494/12, Ac. de 21-5-2015
Mironovas e outros c. Lituânia, Queixas n.ºs 40828/12, 29292/12, 69598/12, 40163/13, 66281/13, 70048/13 e 70065/13, Ac. de 8-12-2015
Murray c. Holanda, Queixa n.º 10511/10, Ac. de 26-4-2016 (Pleno)
Muršić c. Croácia, Queixa n.º 7334/13, Ac. de 20-10-2016 (Pleno)

Bokor c. Portugal, Queixa n.º 52909/15, Dec. de 4-4-2017
Butuc c. Portugal, Queixa n.º 2582/16, Dec. de 4-4-2017
Patenaude c. Portugal, Queixa n.º 26986/16, Dec. de 4-4-2017
Rezmiveş e outros c. Roménia, Queixas n.ºs 61467/12, 39516/13, 48231/13 e 68191/13, Ac. de 25-4-2017
Sylla e Nollomont c. Bélgica, Queixas n.ºs 37768/13 e 36467/14, Ac. de 16-5-2017
Dragan c. Portugal, Queixa n.º 56503/15, Dec. de 23-5-2017
Dumitru c. Portugal, Queixa n.º 28794/16, Dec. de 13-6-2017
Atanasov e Apostolov c. Bulgária, Queixas n.ºs 65540/16 e 22368/17, Dec. de 27-6-2017
Domján c. Hungria, Queixa n.º 5433/17, Dec. de 14-11-2017
Fischer Rodrigues Cruz da Costa c. Portugal, Queixa n.º 3145/2015, comunicada em 5-3-2018 (ainda sem decisão)
Annear c. Portugal, Queixa n.º 33561/17, Dec. de 15-5-2018
Popa c. Portugal, Queixa n.º 41906/17, Dec. de 15-5-2018
Wahed Hassad c. Portugal, Queixa n.º 70531/17, Dec. de 5-3-2019
Cucicea c. Portugal, Queixa n.º 41636/18, e 13 outras queixas, comunicadas em 29-8-2019 (ainda sem decisão)
Petrescu c. Portugal, Queixa n.º 23190/17, Ac. de 3-12-2019
J.M.B. e outros c. França, Queixa n.º 9671/15 e 31 outras queixas, Ac. de 30-1-2020
Bădulescu c. Portugal, Queixa n.º 33729/18, Ac. de 20-10-2020

(disponíveis na Base de Dados do TEDH, <https://hudoc.echr.coe.int>)

Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão de 5-4-2016 (Grande Secção), *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru*, Proc. apensos C-404/15 e C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198
Despacho de 15-11-2017, *Pál Aranyosi*, Proc. C-496/16, ECLI:EU:C:2017:866
Acórdão de 25-7-2018 (Grande Secção), *LM/Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, Proc. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586
Acórdão de 25-7-2018, *ML/Generalstaatsanwaltschaft (Conditions de détention en Hongrie)*, Proc. C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589
Acórdão de 15-10-2019 (Grande Secção), *Dumitru-Tudor Dorobantu*, Proc. C-128/18, ECLI:EU:C:2019:857

(disponíveis na Base de Dados do TJUE, <https://curia.europa.eu>)

Notas:

No caso da jurisprudência disponível integralmente em sítio electrónico, indicam-se os dados necessários à respectiva identificação e consulta.

Nas referências a acórdãos feitas ao longo da dissertação, indica-se a página quando a consulta tenha sido feita em suporte impresso.

NOTAS SOBRE ASPECTOS FORMAIS

O presente trabalho segue a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990. Para manter a uniformidade da grafia ao longo do trabalho, adoptou-se a grafia pré-acordo quer nas citações de textos em grafia portuguesa antiga quer nas de textos em grafia portuguesa pós-acordo e de textos do Brasil.

Emprega-se preferencialmente a expressão “direitos humanos”, excepto na referência a instituições ou instrumentos que guardem oficialmente no seu nome a expressão “direitos do Homem”.

As transcrições em português de excertos de textos em língua estrangeira resultam de tradução nossa. Excepcionalmente, mantém-se o texto na língua original onde se considera justificado para melhor apreensão do seu sentido ou para preservar a expressividade da linguagem. No que respeita às transcrições de decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, segue-se a versão oficial em língua portuguesa, sempre que exista.

Ao longo da dissertação, as obras são citadas pelo apelido do autor (em VERSALETE) e pelo título da obra ou seu excerto inicial, encontrando-se a referência completa na lista bibliográfica, ordenada alfabeticamente pelo apelido citado. A jurisprudência é identificada pelos seus elementos essenciais, encontrando-se a referência completa na lista de jurisprudência citada.

Os sítios da Internet referenciados foram acedidos pela última vez em 30-12-2020, excepto onde diferentemente assinalado.

O presente trabalho foi concluído no final de Janeiro de 2021, estando por conseguinte a investigação actualizada até essa data.

ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac./Acs.	Acórdão/Acórdãos
AP DR	<i>Apêndice ao Diário da República</i>
art./arts.	artigo/artigos
CC	Comissão Constitucional
CEDERSP	Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional (2003)
CEDH	Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais
CEP	Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade
CPP	Código de Processo Penal
CPT	Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
DAR	<i>Diário da Assembleia da República</i>
Dec.	Decisão
DGRSP	Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais
DOI	<i>Digital Object Identifier</i>
DR	<i>Diário da República</i>
ECLI	<i>European Case Law Identifier</i> (identificador europeu da jurisprudência)
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
JO	Jornal Oficial da União Europeia
LOGP	<i>Ley Orgánica General Penitenciaria</i> (espanhola)
MP	Ministério Público
n.	nota
ONU	Organização das Nações Unidas
p./pp.	página/páginas
RGEP	Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais
RP	<i>Reglamento Penitenciario</i> (espanhol)
s./ss.	e seguinte/e seguintes
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TCA	Tribunal Central Administrativo
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TEP	Tribunal[is] de Execução das Penas
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia

ÍNDICE

RESUMO	3
ABSTRACT	5
INTRODUÇÃO	8
PARTE I ENQUADRAMENTO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL	17
CAP. I – SIGNIFICADO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES ENQUANTO DOCTRINA POLÍTICA E ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL	18
1. Doutrina da separação dos poderes: história do seu surgimento e versões	18
1.1 Origem histórica.....	18
1.1.1. A Constituição de Inglaterra.....	19
1.1.2. O pensamento de Locke	19
1.1.3. A ideia de balanço dos poderes	21
1.1.4. A doutrina de Montesquieu.....	21
1.1.5. A obra de Rousseau.....	23
2. As concretizações constitucionais do princípio.....	24
2.1. As primeiras constituições escritas.....	24
2.1.1. A Constituição americana de 1787.....	24
2.1.2. O constitucionalismo francês revolucionário	27
2.2. A separação dos poderes como pilar do Estado de direito: o princípio no Estado de direito liberal	29
2.3. O princípio no Estado de direito contemporâneo, democrático e social	30
CAP. II – A CARACTERIZAÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO	34
1. Teorizações da distinção entre as funções estaduais	34
2. Novas concepções do princípio da separação dos poderes – de separação orgânico- funcional a princípio de organização óptima das funções do Estado. Sentido negativo e sentido positivo do princípio	40
3. Superação da teorização abstracta das funções em favor de uma análise da ordenação constitucional concreta.....	46

CAP. III – O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO CONSTITUCIONALISMO PORTUGUÊS	48
1. Antecedentes históricos – período anterior à Constituição de 1976.....	48
2. A separação de poderes na Constituição de 1976	54
CAP. IV – A FUNÇÃO JURISDICIONAL E A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS – TENTATIVAS DOUTRINAIS E JURISPRUDENCIAIS DE CARACTERIZAÇÃO	61
1. A função jurisdicional	62
1.1. A incorporação do elemento orgânico na definição da função – ligação ao conceito de tribunal.....	64
1.2. Caracterização material da função jurisdicional.....	68
1.3. As teorias funcionais	75
2. A função administrativa	77
CAP. V – “RESERVA DE JUIZ” E “RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO” NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS.....	80
1. Tratamento doutrinal da questão das “reservas”	80
2. A “reserva de juiz”	82
2.1. Análise das normas constitucionais, da doutrina e da jurisprudência	82
2.2. A reserva de juiz no domínio penal.....	99
3. A “reserva de administração”.....	104
3.1. Análise das normas constitucionais, da doutrina e da jurisprudência	104
3.2. Reserva e responsabilidade	130
CAP. VI – O RELACIONAMENTO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO E OS TRIBUNAIS: CONTROLO JUDICIAL DA ACTIVIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS LIMITES ...	134
1. O controlo judicial da actividade da Administração e seus limites.....	135
2. A jurisdição administrativa	140
CAP. VII – O DIREITO A UMA TUTELA JURISDICIONAL EFECTIVA PERANTE OS ACTOS DA ADMINISTRAÇÃO	147
1. Conteúdo do direito a uma tutela jurisdicional efectiva no ordenamento constitucional português	147
2. A evolução recente no contencioso administrativo português	156

3. Acesso aos tribunais e tutela jurisdicional efectiva no direito internacional.....	166
4. A admissibilidade de restrições aos direitos de acesso aos tribunais e de tutela jurisdicional efectiva	169
5. A tutela perante actos jurisdicionais – o direito ao recurso.....	174
PARTE II FUNÇÃO JURISDICIONAL E FUNÇÃO ADMINISTRATIVA NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE	180
CAP. I – OS CRITÉRIOS DE REPARTIÇÃO DE FUNÇÕES E AS ESPECIFICIDADES DO DOMÍNIO PENITENCIÁRIO	181
1. A natureza do direito penitenciário	181
2. As especificidades da execução de uma pena de prisão.....	189
3. Os critérios de repartição.....	192
CAP. II – O DOMÍNIO FUNCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO NA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO	197
CAP. III – O DOMÍNIO FUNCIONAL DOS TRIBUNAIS NA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO.....	202
1. A função jurisdicional na fase da execução da pena – o domínio funcional dos tribunais	202
2. Reserva de juiz na fase da execução da pena	205
2.1. Reservas especificadas	205
2.2. Reservas não especificadas	206
2.3. O domínio funcional não reservado	209
2.4. As decisões de individualização da execução da pena.....	210
CAP. IV – A TUTELA JURISDICIONAL EFECTIVA NA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO.....	222
1. Podem as especificidades da execução justificar uma diminuição da tutela?	223
2. As especificidades da execução justificam um acréscimo da tutela?	233
3. A tutela perante actos jurisdicionais – o direito ao recurso na fase da execução	236
3.1. O parâmetro constitucional relevante.....	237
3.2. Casos de recorribilidade exigida pela Constituição.....	240
3.2.1. Decisões relativas à liberdade condicional.....	240
3.2.2. Outras decisões de individualização da pena	241

3.2.3. Adaptação à liberdade condicional.....	242
3.2.4. Modificação da execução da pena de prisão	244
3.2.5. Licenças de saída do estabelecimento prisional	245
3.2.6. Decisões de não homologação de planos ou de regime aberto	247
3.2.7. Decisões proferidas em sede de impugnação de actos da administração prisional	248
3.3. Requisitos da conformação legal do recurso	249
CAP. V – AS VINCULAÇÕES DE DIREITO INTERNACIONAL	252
1. Instrumentos internacionais de direitos humanos e pessoas privadas da liberdade	252
2. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.....	255
2.1. Os direitos procedimentais. Direito de acesso a um tribunal e direito a um “recurso efectivo”	257
2.2. O artigo 13.º e o problema das condições de detenção	263
2.3. Portugal e a conformidade com o artigo 13.º da Convenção.....	270
3. União Europeia – um novo actor relevante em matéria de execução de penas?	274
3.1. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia	280
PARTE III A REPARTIÇÃO DE FUNÇÕES ENTRE ADMINISTRAÇÃO E TRIBUNAIS NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS – EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ANÁLISE CRÍTICA	291
CAP. I – EVOLUÇÃO LEGISLATIVA, DOUTRINAL E JURISPRUDENCIAL	292
1. História da intervenção judicial na execução da pena. A criação dos tribunais de execução das penas em Portugal e a evolução do seu papel e competências.....	292
1.1. Contexto internacional do movimento de jurisdicionalização	292
1.2. A criação dos tribunais de execução das penas em Portugal.....	300
1.2.1. Antecedentes	300
1.2.2. Reforma prisional de 1936	307
1.2.3. A Lei 2000, de 1944.....	310
1.2.4. Evolução posterior.....	317
1.2.5. Apreciação.....	319

1.3. A reforma prisional dos anos setenta	320
1.3.1. A lei de execução das penas de 1979	322
1.3.2. Aprofundamento da jurisdicionalização – a Lei Orgânica dos Tribunais de Execução das Penas de 1976	324
1.3.3. Apreciação.....	329
1.3.4. Jurisprudência proferida ao abrigo deste quadro legislativo	332
1.4. O processo de revisão da legislação penitenciária	335
1.4.1. Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas	336
1.4.2. Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional.....	341
CAP II – O QUADRO JURÍDICO VIGENTE	344
1. O novo quadro legislativo – o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.....	344
1.1. O modelo de repartição de competências.....	346
1.1.1. O novo papel do Ministério Público.....	350
1.1.2. Modificações organizatórias e processuais	351
1.1.3. Poderes de decisão	353
1.1.4. Execução das decisões dos tribunais de execução das penas	353
1.1.5. Recurso das decisões dos tribunais de execução das penas	354
1.1.6. Patrocínio judiciário	355
1.1.7. Outros meios de tutela.....	356
1.2. Caracterização das competências dos tribunais de execução das penas e da Administração no actual quadro legal.....	357
1.2.1. As competências dos tribunais de execução das penas	357
1.2.2. As competências da Administração	380
2. Aplicação do novo regime pela jurisprudência	393
2.1. A jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa à reserva de juiz e à tutela judicial efectiva na vigência do novo Código	393
2.1.1. O Acórdão n.º 427/2009, sobre a competência para a colocação em regime aberto no exterior	394

2.1.2. O Acórdão n.º 20/2012, relativo à impugnabilidade da decisão de colocação em regime de segurança.....	400
2.2. Considerações sobre a jurisprudência dos tribunais de execução das penas e dos tribunais superiores após o alargamento da intervenção judicial operado pelo novo Código	402
3. Apreciação crítica do ordenamento jurídico português à luz das exigências da Constituição e do direito internacional.....	408
3.1. Actos da administração prisional insusceptíveis de impugnação perante os tribunais de execução das penas.....	411
3.2. A tutela dos reclusos perante actos não expressamente impugnáveis perante os tribunais de execução das penas.....	416
3.3. A tutela pelos tribunais administrativos	417
3.4. A tutela relativamente a condições materiais de detenção contrárias ao artigo 3.º da CEDH.....	423
3.5. Carência de meios de tutela cautelar nos tribunais de execução das penas.....	427
3.6. Indisponibilidade de um mecanismo de “amparo” dos direitos fundamentais.....	428
3.7. Pretensões formuláveis e poderes do tribunal	428
3.8. Tutela perante decisões judiciais.....	429
3.9. Assistência jurídica aos reclusos	430
3.10. Conclusão.....	433
PARTE IV ESTADO DA QUESTÃO EM OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS, ESPECIALMENTE EUROPEUS. TENDÊNCIAS DE EVOLUÇÃO.....	435
CAP. I – ITÁLIA	439
1. A criação do <i>giudice di sorveglianza</i> e as suas competências.....	439
2. Evolução das competências do juiz de vigilância	443
3. O papel da jurisprudência constitucional	447
4. A influência da jurisprudência da <i>Corte costituzionale</i> e do TEDH na evolução do sistema de tutela jurisdicional dos reclusos.....	455
5. Caracterização das competências actuais do juiz de vigilância.....	461
CAP. II – ESPANHA	465
1. A criação do <i>juez de vigilancia</i> e o seu contexto constitucional	465
2. As competências do juiz de vigilância e da Administração	467

3. O papel da jurisprudência constitucional na delimitação de funções entre juiz e Administração e na afirmação da função de <i>amparo</i> do juiz de vigilância.....	486
4. Apreciação.....	487
CAP. III – FRANÇA.....	491
1. Criação e evolução da figura do juiz de execução das penas.....	491
2. As actuais competências do juiz e do <i>tribunal de l’application des peines</i>	497
3. O controlo jurisdicional da actividade da administração prisional.....	501
4. A influência da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.....	505
5. Apreciação.....	511
CAP. IV – ALEMANHA.....	514
1. A tutela judicial oferecida pela <i>Strafvollzugsgesetz</i>	514
2. A tutela pelo Tribunal Constitucional Federal.....	519
3. Outros meios de tutela.....	521
4. Apreciação.....	522
CAP. V – O CONTEXTO EUROPEU – BREVE PANORAMA.....	527
1. Polónia.....	527
2. Hungria.....	528
3. Bulgária.....	529
4. Roménia.....	530
5. Croácia.....	530
6. Bélgica.....	531
7. Holanda.....	532
8. Inglaterra e País de Gales.....	534
9. Países Nórdicos.....	536
CAP. VI – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	538
1. Da atitude <i>hands-off</i> aos <i>prison reform cases</i>	538
2. “ <i>One hand on, one hand off</i> ”.....	544
CAP. VII – BRASIL.....	550

1. O sistema misto de controlo da execução	550
2. Desenvolvimentos recentes da jurisprudência e a questão da separação dos poderes ..	554
CAP. VIII – SENTIDO DA EVOLUÇÃO NO PLANO INTERNACIONAL, EM ESPECIAL EUROPEU. EXEMPLOS A REter PARA A EVOLUÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS	
	559
PARTE V LINHAS DE EVOLUÇÃO PARA UMA REPARTIÇÃO DE FUNÇÕES ENTRE ADMINISTRAÇÃO E TRIBUNAIS NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE CONFORME À CONSTITUIÇÃO E AO DIREITO INTERNACIONAL	
	562
1. Intervenção do juiz e da Administração na execução	562
2. Garantias do procedimento administrativo.....	564
3. Tutela jurisdicional.....	565
3.1. A jurisdição competente.....	565
3.2. Vias de aprofundamento da tutela oferecida pelos tribunais de execução das penas	573
3.2.1. Ampliação do leque de actos da administração prisional impugnáveis perante os tribunais de execução das penas.....	574
3.2.2. Configuração do processo jurisdicional	576
3.2.3. Orientação pro actione	579
3.2.4. Garantias de processo equitativo.....	580
3.2.5. Legitimidade processual e intervenientes no processo.....	584
3.2.6. Tutela cautelar	589
3.2.7. Poderes do tribunal.....	590
3.2.8. Amparo judicial de direitos, liberdades e garantias dos reclusos.....	594
3.2.9. Os limites aos poderes do tribunal	595
3.2.10. Garantias de efectividade das decisões judiciais.....	602
3.2.11. O problema das condições materiais de detenção	604
3.2.12. Mecanismos de carácter indemnizatório	607
3.3. As funções de “vigilância” e o papel do Ministério Público.....	608
3.4. Recorribilidade das decisões judiciais.....	612
3.5. Estrutura judiciária e procedimento administrativo	615

3.6. Reforço da assistência jurídica.....	617
BIBLIOGRAFIA.....	619
JURISPRUDÊNCIA CITADA.....	638
NOTAS SOBRE ASPECTOS FORMAIS.....	647
ABREVIATURAS E SIGLAS.....	648
ÍNDICE	649