

**SEMINARIO IBEROAMERICANO SOBRE  
“DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS  
PRIVADAS DE LIBERTAD”**

**28-30 de septiembre, La Antigua, Guatemala**

**CUESTIONARIO**

Tribunal Constitucional de Portugal

Inês Horta Pinto, Gabinete do Presidente

- 1. ¿Existe en los diferentes textos constitucionales de los países participantes alguna referencia expresa a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad?**

Sim.

A Constituição da República Portuguesa (CRP), de 1976, ocupa-se expressamente da posição jurídica das pessoas privadas de liberdade, no n.º 5 do artigo 30.º (norma aditada pela revisão constitucional de 1989), cuja redacção é a seguinte:

«Os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativa da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da execução».

Assim, o *princípio geral* é o de que o preso mantém *todos* os direitos fundamentais e com *o mesmo âmbito normativo* que os dos demais cidadãos; admitem-se somente as limitações *que sejam inerentes à própria privação da liberdade* (impossibilidade de deslocação para fora do estabelecimento prisional; impossibilidade de emigrar; etc.) *ou que sejam justificadas por exigências próprias da execução* da pena ou medida (por exemplo, compressões à liberdade de reunião e manifestação, ou outras restrições implicadas pela necessidade de manutenção da ordem e segurança no estabelecimento prisional). As restrições devem estar previstas na lei (princípio da legalidade) e devem observar os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade (artigo 18.º da Constituição). Rejeita-se, deste modo, constitucionalmente, a sujeição dos reclusos a uma “relação especial de poder”.

O Tribunal Constitucional português já recorreu à norma constitucional citada para basear julgamentos de inconstitucionalidade.

Nomeadamente, no Acórdão n.º 20/2012, o Tribunal julgou inconstitucional uma norma da legislação penitenciária (artigo 200.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade), quando interpretada no sentido de o recluso não ter o direito de impugnar judicialmente a decisão administrativa de manutenção em regime de segurança, por violação dos artigos 20.º, n.º 1 («A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos»), e 30.º, n.º 5, da Constituição. Na fundamentação da decisão, o Tribunal deixou claro que a norma contida no n.º 5 do artigo 30.º da CRP não deve ser entendida como restritiva para efeitos de tutela judicial dos direitos dos reclusos. Sobre esta norma constitucional, o Acórdão faz a seguinte interpretação:

«Desta norma constitucional extraem-se três consequências: *i*) o recluso permanece titular de todos os seus direitos fundamentais; *ii*) a restrição destes direitos fundamentais pressupõe sempre uma lei, que obedecerá aos princípios estabelecidos no artigo 18.º da Constituição; e *iii*) a restrição tem que ter por fundamento o sentido da condenação e as exigências próprias da execução (assim, Damião da Cunha *in* Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, 690).

«Ou seja, o princípio geral é o de que o preso mantém todos os direitos e com um âmbito normativo de proteção idêntico ao dos outros cidadãos, salvo, evidentemente, as limitações inerentes à própria pena de prisão (v. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, 505).

«Mas às limitações inerentes à privação da liberdade (*maxime* a impossibilidade de deslocação) podem acrescer outras limitações, desde que justificadas pela própria execução da pena (v.g., limites à liberdade de correspondência ou de reunião).

«Estas imposições ou restrições têm que estar justificadas em função do “sentido da condenação” e das “exigências próprias da respetiva execução” (n.º 5 do artigo 30.º). Ou seja, estão subordinadas a um princípio de legalidade (exigim previsão legal) e de proporcionalidade (adequação e necessidade).

«É unânime o entendimento de que está constitucionalmente negado conceber a relação presidiária (e a posição jurídica do recluso nessa relação) como uma “relação especial de poder” (cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, 505; e Damião da Cunha, *ob. cit.*, 690). Essa “relação de poder” foi substituída por «relações jurídicas com recíprocos direitos e deveres», em que o recluso não é mais “objeto” mas passou a ser «sujeito da execução» (Anabela Rodrigues, *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária*, 2.ª ed., Coimbra, 2002, 69).

«Sobre o estatuto jurídico do recluso estabelece o artigo 6.º do CEPMPL [Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade] que o recluso «mantém a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da sentença condenatória ou da decisão de aplicação de medida privativa da liberdade e as impostas, nos termos e limites do presente Código, por razões de ordem e de segurança do estabelecimento prisional». Mantém-se, assim, atual, a afirmação de Figueiredo Dias (*Direito Penal Português, Parte Geral - II, As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa,

1993, 111-112) – emitida a propósito do correspondente artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 265/79 – segundo a qual a visão do recluso «é agora a de uma pessoa sujeita a um mero “estatuto especial”, jurídico-constitucionalmente credenciado (CRP, art. 27.º-2) e que deixa permanecer naquela a titularidade de todos os direitos fundamentais, à exceção daqueles que seja indispensável sacrificar ou limitar (e só na medida em que o seja) para realização das finalidades em nome das quais a ordem jurídico-constitucional credenciou o estatuto especial respetivo».

O mesmo Acórdão afirma ainda, relativamente ao direito do recluso à tutela judicial:

«Pode dizer-se que o direito do recluso à tutela judicial – na vertente de garantia de impugnação judicial de quaisquer atos 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” [...].

«Pode também perspetivar-se a intervenção do poder jurisdicional na execução como decorrência da garantia constitucional do direito de acesso ao direito e aos tribunais, estabelecido no artigo 20.º da Constituição [...].

«Mas a razão decisiva para o problema em apreciação decorre do próprio estatuto constitucional do recluso.

«Embora o citado n.º 5 do artigo 30.º da Constituição não se refira expressamente à tutela judicial, pode dizer-se que «tal tutela estará sempre pressuposta em todo o seu conteúdo» (assim Damião da Cunha, *ob. cit.*, 691). Na verdade, o direito de acesso ao tribunal não é mais do que a garantia adjetiva necessária à efetivação dos direitos fundamentais do recluso e, por isso, é necessariamente um dos direitos cuja titularidade o recluso mantém. »

Refira-se ainda o Acórdão n.º 748/93, pelo qual o Tribunal Constitucional declarou inconstitucionais, com força obrigatória geral, normas de direito eleitoral, na parte em que estabeleciam a incapacidade eleitoral activa das pessoas definitivamente condenadas em pena de prisão por crime doloso, enquanto não houvessem expiado a respectiva pena. Neste caso, o Tribunal baseou a sua decisão na violação da proibição constitucional da perda de quaisquer direitos políticos enquanto efeito necessário da pena (artigo 30.º, n.º 4, da CRP: «Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos»), não tendo ponderado autonomamente o n.º 5 do artigo 30.º.

Hoje, o direito de sufrágio está expressamente consagrado na lei penitenciária, integrando o estatuto jurídico do recluso (artigo 7.º, n.º 1, *b*) do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade).

## 2. ¿Qué alcance tiene la regulación constitucional de los diferentes supuestos de privación de libertad? Regulación de la privación de libertad policial y judicial: procedimiento y garantías.

Nos termos do artigo 27.º da CRP, “todos têm direito à liberdade e à segurança” (n.º 1) e “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**” (n.º 2).

Quanto à condenação judicial, “ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de **lei anterior** que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior” (princípio da legalidade criminal) – artigo 29.º, n.º 1 – e “não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em **lei anterior**” – artigo 29.º, n.º 3. “Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido” (artigo 29.º, n.º 4).

Quanto aos limites das penas e das medidas de segurança, a Constituição estabelece a **proibição** de penas ou medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com **carácter perpétuo** ou de **duração ilimitada ou indefinida** (artigo 30.º, n.º 1), embora admitindo, no caso das medidas de segurança, a possibilidade de sucessivas prorrogações judiciais em caso de perigosidade baseada em grave anomalia psíquica e na impossibilidade de terapêutica em meio aberto, enquanto tal estado de perigosidade se mantiver (artigo 30.º, n.º 2).

Relativamente ao processo penal, a CRP prevê a exigência de o processo penal assegurar todas as garantias de defesa, incluindo o direito ao recurso (artigo 32.º, n.º 1); a garantia da presunção de inocência do arguido até ao trânsito em julgado da sentença de condenação (artigo 32.º, n.º 2, primeira parte); o dever de o arguido ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa (artigo 32.º, n.º 2, parte final); o direito de escolher defensor e ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e fases em que a assistência por advogado é obrigatória (artigo 32.º, n.º 3); a competência reservada do juiz para a prática dos actos instrutórios que se prendam directamente com os direitos fundamentais (artigo 32.º, n.º 4); a estruturação do processo

segundo o modelo acusatório (artigo 32.º, n.º 5); a submissão da audiência de julgamento e dos actos instrutórios que a lei determinar ao princípio do contraditório (artigo 32.º, n.º 5).

As **excepções** ao princípio de que ninguém pode ser privado da liberdade senão por sentença judicial condenatória são as seguintes (previstas no n.º 3 do artigo 27.º):

- a) Detenção em flagrante delito;
- b) Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos;
- c) Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;
- d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;
- e) Sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente;
- f) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente;
- g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários;
- h) Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente.

As condições e a duração destes casos de privação da liberdade têm de ser determinadas por lei. Porém, vários princípios e normas constitucionais conformam o seu regime.

Nomeadamente, a **detenção efectuada por autoridades não judiciais** é obrigatoriamente submetida a apreciação do juiz no prazo máximo de 48 horas, para restituição à liberdade ou para aplicação judicial de medida de coacção, devendo o juiz conhecer das causas que determinaram a detenção e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa (artigo 28.º, n.º 1).

Especificamente quanto à **prisão preventiva**, estabelece-se a natureza excepcional desta medida de coacção, que deverá estar sujeita aos prazos estabelecidos na lei (artigos 27.º, n.º 1, alíneas b) e c), e 28.º, n.ºs 2 e 4), bem como o dever de comunicação, a parente ou a pessoa da confiança do detido, da decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação da liberdade (artigo 28.º, n.º 3).

Garante-se o direito de toda a pessoa privada da sua liberdade a ser informada, “imediatamente e de forma compreensível”, das razões da sua prisão ou detenção e dos seus direitos (artigo 27.º, n.º 4).

O Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 416/2003, julgou inconstitucional o n.º 4 do artigo 141.º do Código do Processo Penal, interpretado no sentido de que, no decurso do interrogatório do arguido detido, a “exposição dos factos que lhe são imputados” pode consistir na formulação de perguntas gerais e abstractas, sem concretização das circunstâncias de tempo, modo e lugar em que ocorreram os factos que integram a prática desses crimes, nem comunicação ao arguido dos elementos de prova que sustentam aquelas imputações e na ausência da apreciação em concreto da existência de inconveniente grave naquela concretização e na comunicação dos específicos elementos probatórios em causa, por violação do direito de defesa do arguido (artigos 28.º, n.º 1, e 32º, n.º 1, da Constituição).

Na sequência desse julgamento do Tribunal Constitucional, o legislador introduziu, em 2007, alterações no Código de Processo Penal, dispondo agora o artigo 141.º, n.º 4, que, no decurso do primeiro interrogatório de arguido detido, o juiz informa o arguido dos motivos da detenção, dos factos que lhe são concretamente imputados, incluindo, sempre que forem conhecidas, as circunstâncias de tempo, lugar e modo e dos elementos do processo que indiciam os factos imputados, sempre que a sua comunicação não puser em causa a investigação, não dificultar a descoberta da verdade nem criar perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime, ficando as informações a constar do auto de interrogatório. Por seu turno, no n.º 1 do artigo 61.º do Código foi acrescentado ao elenco dos direitos processuais do arguido o direito de ser informado dos factos que lhe são imputados antes de prestar declarações perante qualquer entidade, em qualquer fase do processo. Também o artigo 194.º, n.º 5, alíneas a) e b) do Código passaram a prever que a fundamentação do despacho que aplicar qualquer medida de coacção (incluindo a prisão preventiva) contém, sob pena de nulidade, a descrição dos factos concretamente imputados ao arguido, incluindo, sempre que forem conhecidas, as circunstâncias de tempo, lugar e modo, bem como a enunciação dos elementos do processo que indiciam os factos imputados, desde que a sua comunicação não ponha gravemente em causa a investigação, impossibilite a descoberta da verdade ou crie perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas.

Refira-se ainda que a CRP estabelece o dever do Estado de indemnizar a pessoa que sofra privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei (artigo 27.º, n.º 5). Estabelece ainda que os cidadãos injustamente condenados têm direito à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos, nas condições que a lei prescrever (artigo 29.º, n.º 6).

### **3. ¿Cuáles son las garantías establecidas en la Constitución frente a las privaciones de libertad acordadas sin una resolución o control judicial?**

Como já foi referido, a Constituição (artigo 27.º, n.º 3) apenas admite a privação da liberdade sem prévia decisão judicial, “pelo tempo e nas condições que a lei determinar”, nos casos seguintes:

- a) Detenção em flagrante delito;
- b) Detenção (...) por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos;
- c) Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;
- d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;
- g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários;
- h) Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente.

A detenção é “submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a apreciação judicial, para restituição à liberdade ou imposição de medida de coacção adequada, devendo o juiz conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa” (artigo 28.º, n.º 1).

A toda a pessoa privada da liberdade é assegurado o direito a ser informada, “imediatamente e de forma compreensível”, das razões da sua detenção ou prisão e dos seus direitos (artigo 27.º, n.º 4).

Como protecção contra prisão ou detenção ilegal, a Constituição consagra a providência de *habeas corpus*, um mecanismo expedito de libertação imediata em caso de abuso de poder, que pode ser requerido pelo próprio ou por qualquer cidadão e que é decidido no prazo de 8 dias por juiz, em audiência contraditória (artigo 31.º). Este mecanismo é regulado pelo Código de Processo Penal (artigos 222.º a 224.º), onde se estabelece que a petição de *habeas corpus* deve fundar-se em ilegalidade da prisão por uma das seguintes razões: «ter sido efectuada ou ordenada por entidade incompetente»; «ser motivada por facto pelo qual a lei a não permite»; ou «manter-se para além dos prazos fixados na lei ou por decisão judicial». A petição é apresentada ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e é decidida pela secção criminal deste Supremo Tribunal.

A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado, nos termos que a lei estabelecer (artigo 27.º, n.º 5).

#### 4. ¿Está recogido en el texto constitucional la reinserción social como un derecho o principio constitucional?

O princípio da socialização dos condenados não está previsto de forma expressa no texto constitucional.

Porém, a **jurisprudência constitucional** autonomiza esse princípio a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 25.º, n.º 1) e de outras normas constitucionais escritas (artigos 2.º, 9.º d), 18.º e 26.º, n.º 1), concluindo que incumbe ao Estado a tarefa de proporcionar ao condenado as condições necessárias para a sua reintegração na sociedade.

Dispõe o artigo 1.º da Constituição:

«Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária».

Tanto a **dignidade da pessoa humana** como a dimensão de **solidariedade** social em que a República Portuguesa, nos termos da disposição citada, se baseia exigem que cada cidadão tenha um lugar na sociedade, devendo o Estado não só não obstar mas também garantir condições dignas de existência para todos os cidadãos.

O artigo 2.º da Constituição caracteriza a República Portuguesa como um «Estado de direito democrático» que visa a realização da democracia social.

Como afirma FIGUEIREDO DIAS, esta «vertente social» do Estado de Direito conduz à aceitação de um «princípio da socialidade ou da solidariedade». «Segundo este princípio (que assumirá dignidade jurídico-constitucional em toda a parte onde vigore a cláusula do Estado de Direito social), ao Estado que faz uso do seu *ius puniendi* incumbe, em compensação, um **dever de ajuda e de solidariedade para com o condenado**, proporcionando-lhe o máximo de condições para prevenir a reincidência e prosseguir a vida no futuro sem cometer crimes» (Figueiredo Dias, *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, Ed. Notícias, 1993, p. 74).

A proibição constitucional da pena de morte e das penas perpétuas (artigos 24.º, n.º 2, e 30.º, n.º 1, respectivamente) são – não só, mas também – manifestação do princípio da socialização.

A preocupação com a ressocialização e com a não estigmatização dos condenados manifesta-se ainda na proibição dos efeitos automáticos das penas em matéria de perda de direitos civis, profissionais ou políticos, assim como na garantia de que os condenados em pena ou medida privativa da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvo as limitações derivadas do sentido da condenação ou das exigências da execução (n.ºs 4 e 5 do artigo 30.º).



Exemplificativos da leitura do texto constitucional como estabelecendo um princípio de socialização são os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 1/2001, 336/2008 ou 427/2009.

No plano infra-constitucional, refira-se que a lei penal afirma expressamente a ressocialização como finalidade das penas e das medidas de segurança (artigo 40.º, n.º 1, do Código Penal: «A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade»). É essa também a finalidade primordial da *execução* das penas e medidas privativas da liberdade (artigo 43.º, n.º 1, do Código Penal: «A execução da pena de prisão, servindo a defesa da sociedade e prevenindo a prática de crimes, deve orientar-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes»; no mesmo sentido o artigo 2.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.

Saliente-se que também o regime de registo criminal assegura o cancelamento do registo passado um determinado número de anos, dependendo da duração da pena aplicada (artigo 11.º da Lei n.º 37/2015, de 5 de Maio).

##### **5. En relación con el derecho a la defensa, ¿está regulado constitucionalmente ese derecho? ¿Cómo se tutela por los Poderes públicos la actuación de los abogados que atienden a los presos?**

A Constituição assegura o acesso ao direito e aos tribunais, o direito ao patrocínio judiciário e as garantias de defesa em processo criminal.

No plano das **garantias de defesa em processo criminal** (o que, para o presente Questionário, tem relevância para os presos preventivos), o artigo 32.º assegura, entre outras garantias de defesa, que «O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória» (n.º 3).

No artigo 20.º («acesso ao direito e tutela jurisdiccional efectiva»), estabelece-se que «A todos é assegurado o **acesso ao direito e aos tribunais** para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos» (n.º 1) e que «Todos têm **direito**, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao **patrocínio judiciário** e a **fazer-se acompanhar por advogado** perante qualquer autoridade» (n.º 2).

No artigo 208.º («patrocínio forense»), inserido no Título relativo aos Tribunais, prevê-se que «A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o **patrocínio forense** como **elemento essencial à administração da justiça**».

Também perante a Administração é assegurada aos cidadãos a tutela jurisdicional: nos termos do artigo 268.º, relativo aos «direitos e garantias dos administrados», «É garantido aos administrados **tutela jurisdicional efectiva** dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, (...) a **impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem**» (n.º 4).

**Todos estes direitos são necessariamente mantidos pelas pessoas condenadas em pena ou medida privativa da liberdade, por força do já mencionado n.º 5 do artigo 30.º da CRP, segundo o qual estes cidadãos «mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da execução».**

O Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 20/2012, julgou inconstitucional uma norma do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (artigo 200.º), interpretada no sentido de o recluso não ter o direito de impugnar judicialmente uma decisão da Administração Prisional que o manteve em regime de segurança. O Tribunal fundamentou a sua decisão na violação dos artigos 20.º, n.º 1, e 30.º, n.º 5, da Constituição. Na fundamentação da decisão, o Tribunal afirmou:

«Pode dizer-se que o direito do recluso à tutela judicial – na vertente de garantia de impugnação judicial de quaisquer atos 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” (...).

«Pode também perspetivar-se a intervenção do poder jurisdicional na execução como decorrência da garantia constitucional do direito de acesso ao direito e aos tribunais, estabelecido no artigo 20.º da Constituição (em defesa do reforço daquela intervenção, com fundamento nesta garantia constitucional, v. Anabela Rodrigues, “Da afirmação de direito à proteção de direitos dos reclusos: a jurisdicionalização da execução da pena de prisão”, *Direito e Justiça*, Vol. Especial, 2004, FDUCP, 183-195, 195).

«Mas a razão decisiva para o problema em apreciação decorre do próprio estatuto constitucional do recluso.

«Embora o citado n.º 5 do artigo 30.º da Constituição não se refira expressamente à tutela judicial, pode dizer-se que «tal tutela estará sempre pressuposta em todo o seu conteúdo» (assim Damião da Cunha, *ob. cit.*, 691). Na verdade, o direito de acesso ao tribunal não é mais do que a garantia adjetiva necessária à efetivação dos direitos fundamentais do recluso e, por isso, é necessariamente um dos direitos cuja titularidade o recluso mantém.»

Na legislação infra-constitucional, estão previstas normas especiais para a assistência por advogado às pessoas privadas de liberdade.

O estatuto jurídico do recluso incorpora expressamente o direito “à informação, consulta e aconselhamento jurídico por parte de advogado” (artigo 7.º, al. *n*), do CEPMPL).

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»; 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»; e 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 (artigo 7.º, alíneas *j*), *l*), *m*)).

Quando um recluso ingressa num estabelecimento prisional, é-lhe imediatamente garantido o direito de contactar familiar, pessoa da sua confiança e advogado (artigo 16.º, n.º 2).

As visitas do advogado ao recluso têm um regime próprio, previsto no artigo 61.º, cuja redacção é a seguinte:

«Visitas de advogados, notários, conservadores e solicitadores

1 - O recluso tem direito a receber a visita de advogado, notário, conservador ou solicitador, em horário próprio fixado em articulação com as respectivas entidades representativas da profissão e adequado à resolução de assuntos jurídicos a ele respeitantes, sem prejuízo da autorização de visitas urgentes.

2 - O controlo dos visitantes realiza-se através de equipamentos de detecção e por exibição do interior da pasta ou objecto similar de que se façam acompanhar.

3 - Durante a visita é assegurada a confidencialidade das conversas.

4 - Durante a visita apenas pode ser trocada com o recluso documentação necessária ao tratamento de assuntos jurídicos a ele respeitantes, não podendo o seu conteúdo ser controlado.»

Prevê-se expressamente o direito do recluso a ser assistido por advogado no procedimento disciplinar (artigo 110.º, n.º 2).

Mesmo quando se encontra em cumprimento de uma medida disciplinar que implique isolamento, o recluso mantém o direito ao contacto com o advogado (artigos 107.º e 108.º).

O Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, aprovado em 2009, alargou significativamente o acesso dos reclusos aos Tribunais de Execução das Penas

para impugnarem decisões da Administração Prisional. Contudo, para a efectivação prática dessas garantias, o papel do advogado é fundamental.

O Código estabelece, como regra geral, quanto à intervenção de advogado nos Tribunais de Execução das Penas, que esta «é permitida (...), nos termos gerais de direito» (n.º 1 do artigo 147.º). Porém, nos termos do n.º 2 do artigo 147.º, a assistência por advogado só é obrigatória “nos casos especialmente previstos na lei ou quando estejam em causa questões de direito”.

Suscita-se, portanto, a questão de saber como se efectiva o direito à assistência por advogado no caso de cidadãos privados de liberdade que não tenham recursos financeiros para pagar honorários de advogado (tanto mais quanto a generalidade das pessoas privadas da liberdade sofre de carências financeiras). Fora dos casos especiais em que a lei estabelece obrigatoriedade de assistência por advogado (nestes casos, é inquestionável que, se o recluso ou internado não tiver advogado constituído, o tribunal terá que assegurar a nomeação de advogado), o direito a ser assistido por advogado não deve ser esvaziado de sentido por razões de insuficiência económica.

A lei que regula o acesso ao direito e aos tribunais (Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, na redação dada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto) parece assegurar o direito à protecção jurídica dos reclusos em caso de insuficiência económica. Com efeito, «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» (artigo 1.º). Quanto ao âmbito pessoal da protecção jurídica, «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 para questões ou causas judiciais concretas ou suscetíveis de concretização em que o utente tenha um interesse próprio e que versem sobre direitos diretamente 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».

Assim, parece que o regime de protecção jurídica se aplicará 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, na prática, não parece estar a verificar-se um acréscimo significativo da representação por advogados nos processos de execução das penas. Tal deve-se, possivelmente, seja a algum desconhecimento dos direitos, seja às dificuldades que a própria situação de reclusão impõe à obtenção dos documentos necessários à instrução do pedido de apoio judiciário junto da Segurança Social.

## 6. ¿Cómo se regula la posible modulación de las penas privativas de libertad? Agravantes y atenuantes en la ejecución de una pena privativa de libertad.

Não se trata de matéria especificamente regulada pela Constituição. O que não significa, naturalmente, que a sua conformação legal não esteja vinculada pelos princípios e normas constitucionais.

Nos termos do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, a execução baseia-se nos princípios da especialização e da **individualização** do tratamento prisional, devendo este apoiar-se na avaliação das necessidades e riscos próprios de cada recluso (artigos 3.º, n.º 4, e 5.º). O tratamento prisional é programado e, sempre que a duração da pena exceda 1 ano, é elaborado um “**plano individual de readaptação**”, que “visa a preparação para a liberdade, estabelecendo as medidas e atividades adequadas ao tratamento prisional do recluso, bem como a sua duração e faseamento, nomeadamente nas áreas de ensino, formação, trabalho, saúde, atividades sócio-culturais e contactos com o exterior” (artigo 5.º, n.º 3, e 21.º).

A execução da pena de prisão pode decorrer em três regimes distintos: **regime comum, regime aberto ou regime de segurança**. O regime aberto comporta duas modalidades: no interior e no exterior. Este último caracteriza-se pelo desenvolvimento de atividades de ensino, formação profissional, trabalho ou programas em meio livre, sem vigilância directa. A execução é individualizada – não é um sistema progressivo rígido –, pelo que deve aplicar-se o regime que “mais favoreça a reinserção social, salvaguardados os riscos para o recluso e para a comunidade e as necessidades de ordem e segurança” (artigo 12.º).

O Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 20/2012, julgou inconstitucional a norma do artigo 200.º do Código da Execução das Penas, interpretada no sentido de o recluso não poder impugnar junto do tribunal uma decisão administrativa que o manteve em regime de segurança, por violação do disposto nos artigos 20.º, n.º 1, e 30.º, n.º 5, da Constituição.

O Código prevê também a concessão de **licenças de saída** do estabelecimento. As saídas têm como objectivo “a manutenção e promoção dos laços familiares e sociais e a preparação para a vida em liberdade” (artigo 76.º, n.º 2).

A **liberdade condicional** pode ser concedida, pelo Tribunal de Execução das Penas, depois de cumprida metade da pena, desde que o Tribunal considere que é de esperar que o condenado conduzirá a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes, e que a libertação é compatível com a defesa da ordem e da paz social. A partir do cumprimento de 2/3 da pena, basta que o Tribunal conclua que o condenado conduzirá a vida sem cometimento de crimes. No caso de penas longas, superiores a 6 anos de prisão, é obrigatória a libertação condicional quando se atingem os 5/6 da pena, por se entender que é precisamente nas penas mais longas que é mais necessário assegurar um período de transição acompanhada entre a prisão e a liberdade (artigo 61.º do Código Penal).

O Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 734/2005, julgou inconstitucional a norma do artigo 127.º do Decreto-lei n.º 783/1976, na parte em que não admitia o recurso das decisões que recusem a concessão de liberdade condicional, por violação do princípio do Estado de Direito (artigo 2.º da CRP), do direito à liberdade (artigo 27.º, n.º 1, da CRP), do direito de acesso aos tribunais (artigo 20.º da CRP) e das garantias de defesa, incluindo recurso (artigo 32.º, n.º 1).

A liberdade condicional pode ser antecipada por 1 ano, pelo tribunal, em regime de **permanência na habitação**, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância (artigo 62.º do Código Penal).

Está ainda previsto um regime de **modificação da execução** da pena para reclusos com doença grave, evolutiva e irreversível, com deficiência grave e permanente ou de idade superior a 70 anos (artigo 118.º e seguintes do CEPMPL). A modificação tem duas modalidades: internamento em estabelecimento de saúde ou de acolhimento; ou permanência obrigatória na habitação.

## 7. ¿Qué alcance tiene en la doctrina constitucional el derecho a la intimidad de los presos en relación con la posibilidad de ser cacheado, registrada su celda o intervenidas sus comunicaciones?

A Constituição consagra expressamente o **direito à integridade pessoal** (artigo 25.º) e o **direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar** (artigo 26.º):

### Artigo 25º

(Direito à integridade pessoal)

1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável.
2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.

### Artigo 26º

(Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à (...) reserva da intimidade da vida privada e familiar (...).

Existem também normas constitucionais específicas respeitantes à **protecção do domicílio e das comunicações**:

## Artigo 34º

### (Inviolabilidade do domicílio e da correspondência)

1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.
2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei.
3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei.
4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

No âmbito das garantias do processo criminal (artigo 32.º), prevê-se ainda:

8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

As pessoas privadas da liberdade não perdem a titularidade do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, de acordo com o já citado n.º 5 do artigo 30.º da Constituição (segundo o qual os condenados em pena ou medida privativa da liberdade *mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da execução*).

Assim, se o *sentido da condenação* não abrange a afectação deste direito, só serão admitidas as restrições tornadas necessárias pelas *exigências próprias da execução*.

É à luz deste quadro constitucional que devem ser analisadas as disposições do CEPML que possam contender com a intimidade da vida privada.

O Código procura dar cumprimento a esse quadro, não só na vertente *negativa* (de abstenção de interferência no direito para além do necessário) mas também numa vertente *positiva* (de promoção do direito).

Assim, naquela vertente negativa, a constitucionalidade exigirá que o direito à reserva da intimidade da vida privada não seja limitado mais que o implicado pelas exigências próprias da execução. Especialmente relevante serão aqui os **requisitos legais das revistas e buscas**: o artigo 89.º do CEPMPL estabelece um critério de subsidiariedade para o recurso à revista pessoal; ordena que esta, quando ocorra, seja levada a cabo por pessoa do mesmo sexo e com respeito pelo sentimento de pudor; estabelece exigências acrescidas para a revista por desnudamento (esta é obrigatória quando o recluso ingressa no estabelecimento ou é transferido, ou após uma visita íntima; nos demais casos, só pode ser feita com autorização do director do estabelecimento prisional, quando existam suspeitas de que o recluso traz consigo objectos não permitidos; decorre em local reservado, de forma a respeitar a privacidade do recluso, é realizada por dois funcionários do mesmo sexo do recluso e é registada em documento escrito, com indicação da data, hora e identidade dos funcionários que a realizaram, bem como dos seus resultados – artigo 5.º do Regulamento Geral); só é admitida a intrusão corporal, com vista a extracção de objectos, mediante autorização do tribunal de execução das penas, a requerimento do director do estabelecimento, sendo a intrusão sempre executada sob orientação médica; estabelece ainda requisitos legais para as buscas na cela de alojamento (é efectuada com respeito pelos objectos pessoais do recluso e, sempre que possível, na presença deste; o artigo 153.º do Regulamento Geral especifica que a busca depende de ordem ou autorização do director do estabelecimento, salvo em situações que exijam actuação imediata; é sempre feito um registo da data, hora, local, motivo e resultado da busca).

Quanto ao **controlo da correspondência e das comunicações**, o Código estabelece (artigos 68.º e 71.º) que a correspondência e encomendas do recluso são verificadas por razões de ordem e segurança do estabelecimento prisional e para detecção de objectos proibidos; a leitura de correspondência pode ser ordenada, por despacho fundamentado do director do estabelecimento, quando a correspondência possa pôr em perigo as finalidades da execução, quando exista fundada suspeita da prática de crime ou por justificadas razões de protecção da vítima do crime ou de ordem e segurança. Quanto aos contactos telefónicos, podem ser objecto de controlo presencial, por despacho fundamentado do director, quando coloquem em perigo as finalidades da execução, quando exista fundada suspeita da prática de crime ou por justificadas razões de protecção da vítima do crime ou de ordem e segurança. O recluso é informado da decisão de leitura de correspondência ou de controlo de contactos telefónicos, salvo em caso de receio de prejuízo grave para os valores que com aqueles controlos se pretende acautelar. Os contactos com advogados ou outros profissionais jurídicos, entidades diplomáticas ou consulares, órgãos de soberania, magistrados, organizações internacionais com atribuições em matéria de protecção dos direitos dos reclusos nunca podem ser objecto de qualquer controlo.

Outro aspecto importante é a protecção de dados pessoais do recluso, concretizada no regime de sigilo profissional e de acesso restrito ao processo individual do recluso (artigo 18.º, n.º 4 do CEP, bem como decreto-lei que regula o sistema informático de informação prisional) e na exigência legal de consentimento do recluso para, por exemplo, a transmissão do processo



médico a autoridades de saúde não prisionais ou a recolha e divulgação da imagem ou entrevista do recluso por parte da comunicação social.

Mas o Código vai além do dever de abstenção, expressando também uma visão de que o Estado deve, num sentido *activo*, agir para preservar e mesmo promover a reserva. Esta preocupação *positiva* com a preservação da reserva e da vida privada e familiar exprime-se desde logo no artigo 7.º sobre os direitos do recluso: a alínea *f*) prevê o direito do recluso à *protecção* da vida privada, sem prejuízo das limitações decorrentes de razões de ordem e segurança e de prevenção da prática de crimes. Exemplos concretos desta perspectiva encontram-se, por exemplo: na previsão de que o ingresso inicial do recluso deve ocorrer em condições de privacidade (artigo 16.º); na preocupação com que as condições de alojamento preservem, na medida do possível, a privacidade (cela individual como alojamento-regra – artigo 26.º; higiene pessoal – artigo 27.º); na possibilidade de o recluso manter consigo objectos pessoais (artigo 26.º, n.º 6); na previsão expressa do direito às visitas íntimas; na promoção dos laços familiares e sociais e dos contactos com o mundo exterior; na previsão de que, nas licenças de saída, o recluso não use vestuário que o identifique como tal (artigo 30.º, n.º 4); ou na proibição de que dos diplomas escolares obtidos durante a execução da pena conste menção da condição de recluso (artigo 38.º, n.º 6).

Apesar de todas as cautelas legais, num sistema como o prisional serão constantes, na prática, as situações susceptíveis de ofender a reserva da intimidade da vida privada. As situações subsistentes de partilha de celas, o uso de instalações comuns, o problema da sobrelotação, a vigilância dos guardas, a videovigilância em alguns locais (embora nunca permitida nas celas) desafiam permanentemente o respeito pela privacidade, num espaço fechado de vida em comum em que a segurança – interna e externa - é uma preocupação constante da administração prisional.

Porém, e apesar da rica jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria de revistas, buscas e interceptação de comunicações no âmbito do processo criminal, não existem decisões deste Tribunal especificamente no âmbito penitenciário.

Nomeadamente, a especial protecção que a Constituição dispensa ao domicílio originou jurisprudência abundante, onde se intenta delimitar/definir o conceito constitucional de “domicílio” (cf., por exemplo, os Acórdãos n.ºs 452/89, 507/94, 364/2006, 216/2012, 126/2013). Contudo, não foram proferidas decisões em que o Tribunal se tenha debruçado sobre a questão de saber qual a protecção conferida à cela de alojamento de uma pessoa privada da liberdade.

## **8. ¿Cómo está regulado el régimen disciplinario penitenciario? ¿Qué garantías formales y materiales se regulan para garantizar los derechos de los reclusos?**

A Constituição não se ocupa especificamente dos processos disciplinares. Porém, o artigo 32.º, relativo às «garantias do processo criminal», prevê, no seu n.º 10, que: «Nos processos de contra-ordenação, bem como **em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa**».

Assim, se bem que não se aplicam ao processo disciplinar as garantias do processo penal, na sua totalidade nem com a mesma intensidade, a Constituição exige, pelo menos, que se assegure o direito de defesa e o direito a ser ouvido.

O Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, de 2009, introduziu garantias acrescidas no processo disciplinar, face à legislação penitenciária anterior, que datava de 1979.

O Código adoptou novos princípios e regras, como: a proibição da analogia para qualificar um facto como infracção; a proibição da dupla punição pelo mesmo facto; a definição de reincidência disciplinar, de concurso de infracções e de infracção disciplinar continuada; a enumeração legal das infracções disciplinares (classificadas em dois escalões de gravidade); a possibilidade de suspensão da execução da medida disciplinar; a estatuição de regras sobre prescrição e suspensão do procedimento disciplinar; e a possibilidade expressa de o recluso apresentar provas para sua defesa.

A matéria está prevista nos artigos 98.º a 115.º do CEPMPL, sendo ainda regulamentada pelos artigos 162.º a 176.º do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais.

A aplicação de medida disciplinar compete ao director do estabelecimento prisional. Se a infracção disciplinar tiver sido praticada contra o director, a aplicação de medida disciplinar competirá ao Director-Geral dos Serviços Prisionais.

A aplicação de medida disciplinar é precedida de procedimento escrito ou gravado, salvo tratando-se de mera sanção de repreensão escrita.

Ao determinar a abertura do procedimento disciplinar, o director nomeia um instrutor, preferencialmente um jurista, e sempre que possível um funcionário pertencente a grupo profissional diverso daquele a que pertence o funcionário que reportou a infracção.

Iniciado o procedimento, o recluso é informado dos factos que lhe são imputados, sendo-lhe garantidos os direitos de ser ouvido e de apresentar provas para sua defesa.

Prevê-se expressamente o direito do recluso a ser assistido por advogado no procedimento disciplinar.

O recluso tem o direito de, por si ou por intermédio do seu advogado, consultar o processo disciplinar.

A instrução do processo é concluída com um relatório, que é transmitido ao director, no qual se descrevem resumidamente as diligências realizadas e o seu resultado, os factos

provados e a sua relevância disciplinar e se elabora proposta final fundamentada, propondo o arquivamento do processo ou a aplicação de medida disciplinar.

São aplicáveis as seguintes medidas disciplinares:

- a) Repreensão escrita;
- b) Privação do uso e posse de objectos pessoais não indispensáveis, por período não superior a 60 dias;
- c) Proibição de utilização do fundo para despesas de uso pessoal, por período não superior a 60 dias;
- d) Restrição ou privação de actividades sócio-culturais, desportivas ou de ocupação de tempo livre, por período não superior a 60 dias;
- e) Diminuição do tempo livre diário de permanência a céu aberto, por período não superior a 30 dias, salvaguardado sempre o limite mínimo diário estabelecido no Código (1 hora por dia);
- f) Permanência obrigatória no alojamento até 30 dias;
- g) Internamento em cela disciplinar até 21 dias.

A medida referida na alínea g) só é aplicável às infracções graves.

A escolha e a determinação da duração da medida disciplinar são feitas em função da natureza da infracção, da gravidade da conduta e das suas consequências, do grau de culpa do recluso, dos seus antecedentes disciplinares, das exigências de prevenção da prática de outras infracções disciplinares e da vontade de reparar o dano causado.

O recluso pode impugnar a decisão de aplicação das medidas disciplinares mais graves (a de permanência obrigatória no alojamento e a de internamento em cela disciplinar) junto do Tribunal de Execução das Penas. A impugnação tem efeito suspensivo.

Refiram-se ainda alguns aspectos relativos à **execução** das medidas disciplinares.

Mesmo quando se encontre em cumprimento de uma medida disciplinar que implique confinamento, o recluso mantém o direito à correspondência e a contactos com o seu advogado e com o assistente religioso.

O recluso que se encontre a cumprir as medidas disciplinares que impliquem confinamento fica sob vigilância clínica, sendo observado com a frequência necessária pelo médico, que se pronuncia por escrito sempre que considere necessário interromper ou alterar a execução da medida disciplinar. O médico do estabelecimento prisional é ouvido antes da aplicação de medida disciplinar a recluso que se encontre em tratamento médico psiquiátrico ou que revele ideação suicida ou, no caso de gravidez, puerpério ou após interrupção de gravidez.

Em ocasiões de particular significado humano ou religioso, o director do estabelecimento prisional pode interromper o cumprimento das medidas disciplinares mais graves, pelo período máximo de vinte e quatro horas.

A cela disciplinar deve reunir as indispensáveis condições de habitabilidade, no que respeita às dimensões, ventilação e luz natural, bem como luz artificial, estando dotada de sistema de alarme e comunicação que permita, a todo o tempo, entrar em contacto com o pessoal.

### **9. Dentro de la regulación de extranjería, ¿está prevista alguna medida que lleve aparejada la privación de libertad dentro del procedimiento de expulsión de extranjeros irregulares?**

Como já foi referido na Questão 2, uma das excepções admitidas pela Constituição ao princípio de que ninguém pode ser privado da liberdade senão por sentença judicial condenatória é a seguinte (alínea c) do n.º 3 do artigo 27.º da CRP):

« c) Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão».

Apesar desta permissão constitucional, a Lei relativa à entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros (Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto) exclui a possibilidade de prisão preventiva, recorrendo a medidas menos gravosas para a liberdade da pessoa. Com efeito, nos termos da referida Lei:

« O cidadão estrangeiro que entre ou permaneça ilegalmente em território nacional é **detido** por autoridade policial e, sempre que possível, entregue ao SEF [Serviço de Estrangeiros e Fronteiras], acompanhado do respetivo auto, devendo o mesmo ser **presente, no prazo máximo de 48 horas a contar da detenção, ao juiz** (...), para validação e eventual aplicação de medidas de coação» (artigo 146.º, n.º 1).

«No âmbito de processos de expulsão, para além das **medidas de coação** enumeradas no Código de Processo Penal, com **exceção da prisão preventiva**, o juiz pode, havendo perigo de fuga, ainda determinar as seguintes:

- a) Apresentação periódica no SEF;
- b) Obrigação de permanência na habitação com utilização de meios de vigilância eletrónica, nos termos da lei;
- c) Colocação do expulsando em centro de instalação temporária ou em espaço equiparado, nos termos da lei» (artigo 142.º).

«A colocação [em centro de instalação temporária] não pode prolongar-se por mais tempo do que o necessário para permitir a execução da decisão de afastamento coercivo, **sem que possa exceder 60 dias**» (artigo 146.º, n.º 3).

## 10. ¿Cómo se regula en los diferentes ordenamientos la posibilidad de suspender la ejecución de una pena privativa de libertad, o incluso su perdón a través de un indulto?

O Código da Execução das Penas prevê um mecanismo de «**modificação da execução da pena de prisão de reclusos portadores de doença grave, evolutiva e irreversível ou de deficiência grave e permanente ou de idade avançada**».

A modificação pode ser aplicada, desde que não se oponham fortes exigências de prevenção ou de ordem e paz social, a reclusos que se encontrem em uma das seguintes circunstâncias (artigo 118.º do CEPMPL):

- 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 tem duas modalidades (artigo 120.º):

- a) Internamento em estabelecimentos de saúde ou de acolhimento adequados; ou
  - b) Regime de permanência na habitação,
- com ou sem fiscalização por meios técnicos de controlo à distância.

O tempo de duração do internamento ou do regime de permanência em habitação é considerado tempo de execução da pena, nomeadamente para efeitos de liberdade condicional.

A decisão é da competência do Tribunal de Execução das Penas. A decisão deste tribunal é passível de recurso.

O mecanismo de modificação da execução foi criado em 1996, pela Lei n.º 36/96, de 29 de Agosto; nessa altura, a medida dirigia-se apenas a condenados que padecessem de doença grave e irreversível **em fase terminal**. O contexto da criação desta medida, nos anos 90, foi a epidemia da SIDA, verificando-se um elevado número de presos com esta doença, tendo o

legislador considerado que razões de humanidade impunham que os doentes terminais pudessem terminar a sua vida fora da prisão.

Durante a vigência da Lei n.º 36/96, o Tribunal Constitucional apreciou um recurso de constitucionalidade apresentado por uma reclusa, com 79 anos de idade e padecendo de doença grave, a quem o Tribunal de Execução das Penas tinha recusado a modificação da execução da pena, por não preencher o requisito legal “em fase terminal”. A recorrente invocava, nomeadamente, violação do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade e do direito social à protecção da terceira idade. O Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 493/1999, não julgou inconstitucional a norma que previa os requisitos da modificação. Considerou o Tribunal, quando ao princípio da dignidade da pessoa humana, que:

« a previsão de modificação da execução da pena em tais circunstâncias *visa justamente tutelar* a dignidade da pessoa humana, inscrita como valor em que se baseia a República Portuguesa logo no pórtico da Constituição. E que a utilização de um conceito amplo para exprimir a irreversibilidade e fatalidade da patologia – sem restrição a um tipo especial de doença e com remissão da determinação do conceito para critérios técnico-científicos – se determina justamente pela tutela dessa dignidade, com salvaguarda do princípio da igualdade».

E, quanto ao princípio da igualdade:

« há que reconhecer que no plano legislativo em face do sentido do conceito "fase terminal", só por si, *não há discriminação alguma*: a situação dos portadores de doença grave e irreversível *em fase terminal* não é idêntica à dos portadores de idêntica doença grave e irreversível que se encontre ainda *em fase não terminal* – e, em verdade, a requerente também não o alega, defendendo antes que a sua situação concreta *devia ter sido assimilada* à de doença grave e irreversível *em fase terminal*, e que este conceito é inconstitucional por indeterminado».

Quanto à protecção da terceira idade:

«Finalmente, também o invocado artigo 72º da Constituição (sobre a protecção da terceira idade) não permite concluir por qualquer inconstitucionalidade de uma solução normativa que concedeu relevância à fase terminal da vida por razão de doença grave e irreversível, sem a estender à fase terminal da vida por razão de idade.

Na verdade, não pode dizer-se que da consagração do direito social à protecção da terceira idade (designadamente, do direito à segurança económica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social) resulte a obrigação de estender uma norma determinada por razões de tutela de reclusos que, por razões de *enfermidade* irreversível, se encontrem próximos de um desfecho fatal, a todas as pessoas idosas – ou mesmo apenas a pessoas com uma certa idade avançada –, que não padeçam de doença irreversível e terminal. Sendo a hipótese normativa determinada para situações de *doença* – e qualquer opção geral e abstracta, determinada por opções de política criminal (a qual, aliás, recorde-se, residiu na atenção para a situação dos reclusos com SIDA, que

constitui a *occasio* da presente lei), implica uma definição dos sujeitos abrangidos e excluídos da possibilidade de modificação da pena –, não se pode, aliás, dizer que a exclusão da possibilidade de modificação da pena de um recluso idoso, mesmo que se encontre próximo da (ou até que já tenha ultrapassado a) esperança de vida média do cidadão português, deixe de ter um fundamento *razoável*, relevante quer para o princípio da igualdade – a diferença entre cidadãos de idade avançada e doentes em fase terminal afigura-se *evidente*, uma vez que aqueles não são vítimas de qualquer *patologia* –, quer para a tutela da dignidade da pessoa humana – em vista, justamente, da *desfecho fatal próximo* da enfermidade».

De qualquer forma, o legislador, em 2009, aquando da aprovação do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, decidiu alargar o âmbito de aplicação deste instituto, por razões de humanidade. O legislador justificou esta opção do seguinte modo, na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 252-X:

«A presente proposta de lei visa ainda incorporar no Código o instituto da modificação da execução da pena de prisão – previsto actualmente na Lei n.º 36/96, de 29 de Agosto – e alargar o seu âmbito de aplicação aos condenados afectados por doença grave, evolutiva e irreversível que já não respondam às terapêuticas disponíveis; aos condenados portadores de deficiência permanente grave, que obrigue à dependência de terceiro e seja incompatível com a normal manutenção em meio prisional; e aos condenados de idade avançada, quando 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. Com efeito, por um lado, o regime da Lei n.º 36/96, de 29 de Agosto, – aplicável a condenados afectados por doença grave e irreversível em fase terminal – acabou por ter escassa aplicação, em parte devido aos termos estritos em que foi definido o seu âmbito de aplicação. Por outro lado, é sabido que, no caso de reclusos de idade avançada ou portadores de deficiências graves, a reclusão traz problemas para que os serviços prisionais não estão vocacionados: de facto, para além do acompanhamento médico necessário, existe geralmente uma perda de autonomia nas actividades básicas do dia-a-dia, como a locomoção, a alimentação ou a higiene pessoal, a exigir cuidados individualizados e especializados, nem sempre compatíveis com a situação de reclusão. O alargamento proposto parece assim justificado, por razões de humanidade, sempre que a tal se não oponham exigências de prevenção ou de ordem e paz social.»

Existe também a possibilidade de **perdão** individual de pena (**indulto**). A Constituição atribui tal poder ao Presidente da República (artigo 134.º, al. f) da CRP):

«Compete ao Presidente da República (...): indultar e comutar penas, ouvido o Governo».

A audição prévia do Governo é, portanto, o único limite constitucionalmente estabelecido para esta prerrogativa do Presidente da República.

O indulto pode ser total ou parcial (perdoando toda a pena ou parte dela) e pode incidir sobre qualquer espécie de pena. Na prática, os indultos incidem, naturalmente, sobretudo, sobre penas de prisão, mas também têm sido concedidos indultos a penas de expulsão do território nacional.

O procedimento para a instrução e apreciação dos pedidos de indulto é estabelecido no Código da Execução das Penas (artigos 223.º e seguintes). De acordo com essa regulamentação, o indulto pode ser pedido pelo próprio condenado ou seu representante legal ou por familiar, ou ser proposto pelo director do estabelecimento prisional.

O processo de indulto não está sujeito ao pagamento de custas.

O pedido é depois instruído com os seguintes elementos:

a) Informações constantes do processo individual do recluso;

b) Relatório dos serviços prisionais contendo avaliação da evolução da personalidade do recluso durante a execução da pena, das competências adquiridas nesse período, do seu comportamento prisional e da sua relação com o crime cometido;

c) Parecer do director do estabelecimento prisional;

d) Relatório dos serviços de reinserção social, contendo avaliação das necessidades subsistentes de reinserção social, das perspectivas de enquadramento familiar, social e profissional do condenado e da necessidade de protecção da vítima;

e) Sempre que o pedido ou proposta se baseie em razões de saúde, informação sobre o estado de saúde e o modo como este se compatibiliza com a execução da pena;

f) Registo criminal actualizado do condenado;

g) Cópia da sentença ou acórdão condenatório;

h) Cômputo da pena, homologado pela autoridade judiciária competente.

Após a instrução do processo, o Ministério Público e o Juiz do Tribunal de Execução das Penas emitem parecer. O Ministro da Justiça leva os pedidos à decisão do Presidente da República, dando também o seu parecer. A decisão sobre os pedidos de indulto é anual, ocorrendo no período de Natal.

## **11. ¿Cómo se determinan los límites de cumplimiento de las condenas? Régimen jurídico de la refundición y liquidación de condenas.**

No direito penal português, em caso de concurso de crimes (condenação pela prática de vários crimes), não é feita a acumulação material das penas, mas sim um **cúmulo jurídico**, aplicando-se uma única pena (artigos 77.º e 78.º do Código Penal). A determinação da medida da **pena única** faz-se do seguinte modo: determina-se primeiramente a pena concreta para



cada crime; o limite mínimo da pena única é a mais elevada das penas concretamente aplicadas aos vários crimes; o limite máximo será a soma das penas aplicadas aos vários crimes, sem nunca ultrapassar 25 anos; dentro desses limites mínimo e máximo, a pena única é determinada considerando, conjuntamente, os crimes praticados e a personalidade do agente.

Diferente é o caso de **execução sucessiva de várias penas** (artigo 63.º do Código Penal). Nesse caso, para efeitos de decisão quanto à liberdade condicional, a execução da pena que é cumprida em primeiro lugar interrompe-se quando estiver cumprida metade da pena, iniciando-se o cumprimento da seguinte, e assim sucessivamente. O tribunal decide sobre a liberdade condicional no momento em que possa fazê-lo, simultaneamente, quanto à totalidade das penas. Se a soma das penas exceder 6 anos de prisão, o tribunal coloca o condenado em liberdade condicional, obrigatoriamente, quando estiverem cumpridos 5/6 (se não tiver sido libertado anteriormente).

O **cômputo** (ou **liquidação**) da pena consiste na indicação das datas calculadas para o termo da pena e para a decisão sobre a liberdade condicional. O cômputo é indicado pelo Ministério Público e homologado pelo juiz, sendo comunicado ao condenado e ao seu advogado (artigo 477.º do Código de Processo Penal).

A **contagem do tempo de prisão** realiza-se nos termos do artigo 479.º, n.º 1, do Código de Processo Penal:

«Na contagem do tempo de prisão, os anos, meses e dias são computados segundo os critérios seguintes:

a) A prisão fixada em anos termina no dia correspondente, dentro do último ano, ao do início da contagem e, se não existir dia correspondente, no último dia do mês;

b) A prisão fixada em meses é contada considerando-se cada mês um período que termina no dia correspondente do mês seguinte ou, não o havendo, no último dia do mês;

c) A prisão fixada em dias é contada considerando-se cada dia um período de vinte e quatro horas, sem prejuízo do que no artigo 481.º se dispõe quanto ao momento da libertação».

## Bibliografia

GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.<sup>a</sup> edição revista, Coimbra Editora, 2007 (em especial, anotação VI ao artigo 30.º, p. 505).

JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.<sup>a</sup> edição, 2010 (em especial, anotação XVII ao artigo 30.º, da autoria de Damião da Cunha, pp. 690-1).

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*, Lisboa: Editorial Notícias, 1993.

ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*, Coimbra Editora, 2000 (2.<sup>a</sup> ed., 2002).

ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Da afirmação de direitos à protecção de direitos dos reclusos: a jurisdicionalização da execução da pena de prisão», *Direito e Justiça*, n.º especial, 2004, pp. 185-195.

MARIA JOÃO ANTUNES, «A Constituição e os princípios penais», relatório apresentado à XIII Conferência Trilateral entre os Tribunais Constitucionais de Portugal, Espanha e Itália, Madrid, Outubro de 2011, disponível em [http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri\\_13\\_2011\\_madrid.pdf](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri_13_2011_madrid.pdf).

INÊS HORTA PINTO, «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* n.º 22, 2.º fasc., 2012, pp. 321-356.

## Siglas

CRP – Constituição da República Portuguesa

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

**Nota:** todos os Acórdãos do Tribunal Constitucional estão disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>.