

EXECUÇÃO DE PENAS E MEDIDAS COM VIGILÂNCIA ELECTRÓNICA

Em especial: o regime de permanência na habitação
previsto no artigo 44.º do Código Penal

Pelo Dr. Carlos Pinto de Abreu

1. A prisão, a privação de liberdade e o regime de permanência na habitação

A privação da liberdade e a reclusão institucional, tal como se têm tradicionalmente delineado, decidido e executado, serão vistas, e porventura num futuro bem próximo, como um anacronismo e um símbolo triste, degradante e humilhante de uma sociedade, de um legislador, de uma justiça e de uma administração com falta de imaginação e de discernimento e com um vazio de ideias e de soluções modernas, respeitadoras e eficazes para, em liberdade ou em liberdade vigiada, combater eficaz e inteligentemente a criminalidade e reintegrar adequada e eficientemente na sociedade a generalidade dos agentes do crime.

Já se disse, e bem, que “a prisão, nomeadamente, como paradigma da reacção penal dos últimos 150 anos não será conhecida pelos bons resultados obtidos, mas antes pela constância temporal e pelos números massivos de pessoas que tem albergado”⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Cfr. de NUNO FRANCO CAIADO, o seu *Vigilância Electrónica em Portugal — contributos para da história do primeiro ciclo de vigilância electrónica (2002-2005) — 1.ª parte*; in Ousar Integrar, n.º 1, 2008, p. 79.

Nem sempre, porém, mesmo neste já longo período de século e meio, a prisão foi tida como a solução milagrosa ou a pena principal. Para bom entendedor... meia palavra e a citação *infra*⁽²⁾ bastarão!

A prisão como sanção padrão, como pena principal e dominante, cairá paulatinamente em desuso, terá o seu enquadramento jurídico, histórico e social limitado e temporalmente definido, será analisada como fruto da incapacidade de superação dos Estados na sua relação com as Pessoas e será vista como uma solução céptica, mas rápida, e hipócrita, mas fácil, sempre ou quase sempre ineficaz; aparente e socialmente desejada, adequada e necessária, mas inútil, retrógrada e destrutiva, bem como, muitas vezes, na generalidade das situações, e no limite, violadora dos Direitos Humanos, não só, mas também, pelo modo concreto como se processa, na prática, a sua execução.

E sê-lo-á assim considerada, a prisão, em confinamento de natureza institucional, uma pena ineficaz, retrógrada, antiquada, regressiva e degradante, porque alternativas haverá — senão sempre, quase sempre — que não sejam desrespeitadoras da liberdade possível - núcleo fundamental da dignidade humana, e causadoras, mais tarde ou mais cedo, de indução da exclusão, de incremento da

(2) “Há muitos annos que temos, no animo, arreigada, a convicção de que o degredo é a pena por excellencia. Em virtude d’isto, dissemos ser perfeitamente legitimo o poder que a sociedade tem de prender ou por outro qualquer modo restringir a área de acção aos criminosos convictos. Degredo em colónia penal precedido de prisão cellular para os crimes gravissimos, degredo em colónia penal seguido de degredo simples, para os crimes graves, prisão correccional, multa, reprehensão e as especiaes dos empregados públicos, para os crimes de menor gravidade — são as penas que convêm figurem no nosso codigo. Devêmos, porém, ter sempre em vista que o degredo é a pena por excellencia e que, entre nós, tem produzido magnificos resultados. Separa-o dos individuos com quem habitualmente convivia; aparta-o do sitio em que delinuiu e onde deu azo a um alarme social perturbando o estado de direito; segrega-o para longe das pessoas a quem offendeu; distancial-o da pátria, cujas leis infringiu: tudo isto impressiona o criminoso, agita-o, consterna-o profundamente e obriga-o a pensar na sua desgraça e nos motivos que a determinam. [...] Apresentando-se á auctoridade e conversando, depois, com os degradados mais antigos, fica sabendo que, na sua nova posição, só tem um caminho a seguir — o do bem, pelo qual alcançará a rehabilitação — e que, se por acaso trilhar o do mal, sevêros castigos o esperam. É naturalissimo, então, comparar o criminoso o seu presente com o passado e pedir a Deus melhor futuro.” Cfr. de ABÍLIO ADRIANO DE SÁ o seu *Prisões, Fianças e Registo Criminal*; Porto, Artur José de Souza e Irmão, 1902, pp. 4 e 5.

marginalidade, de promoção da criminalidade e de aumento da reincidência. *In prison... nothing works.*

Infelizmente, a grave crise económica e moral e a impotência dos Estados, bem como a incapacidade da Sociedade Civil para com ela lidar, são o caldo de cultura para que se ceda à tentação, errada, de optar pela penalização da pobreza, pela “criminalização da miséria para colmatar a generalização da insegurança salarial e social”.

Esta tendência de hiper-criminalização gerará a anormalidade e a ineficácia de um “punho de ferro do aparelho penal intrusivo e onnipresente” e o retrocesso histórico da “passagem do Estado-providência ao Estado-penitenciário”⁽³⁾.

Em conclusão, as exigências de humanidade, de estrita necessidade e de equilibrada subsidiariedade da intervenção penal e o reconhecimento de que só prementes finalidades de prevenção, geral e especial, podem justificar a aplicação de uma pena, conduzem à óbvia proibição do excesso — que afastará na maioria dos casos a prisão — e à imposição de um princípio de socialidade — que imporá “ao Estado um dever de ajuda e solidariedade para com o condenado, proporcionando-lhe as condições necessárias [em liberdade ou em liberdade vigiada] para a reintegração na sociedade”⁽⁴⁾.

Não negamos também que algumas das experiências de *probation* tiveram resultados que “...não foram os mais animadores, [não pelo instituto em si, dizemos nós, mas] pela ineficácia dos modelos de intervenção, ainda marcados por certo cariz assistencialista ou pedagógico” e reconhecemos que é verdade que “a tentação de uma mera substituição de cárcere particular e domiciliário foi até hoje posta de parte”⁽⁵⁾.

⁽³⁾ “Denúncia das «violências urbanas», intensificação do policiamento dos bairros sensíveis, repressão crescente da delinquência juvenil (e em particular dos jovens ditos emigrados), flexibilização ou diluição da fronteira jurídica entre menores e adultos, perseguição dos sem-abrigo, «tolerância zero», crescimento contínuo da população prisional, vigilância punitiva dos beneficiários da assistência social: por toda a Europa se faz sentir a tentação de usar as instituições policiais e penitenciárias para jugular as desordens geradas pelo desemprego, pela precarização do trabalho e pelo recuo da protecção social”. Cfr. de LOÏC WACQUANT o seu *As Prisões da Miséria*; Oeiras, Celta, 2000.

⁽⁴⁾ Cfr. de MARIA JOÃO ANTUNES, o seu *Consequências Jurídicas do Crime*; Coimbra, 2007-2008; pp. 8 e 9.

⁽⁵⁾ Idem, ibidem, p. 81.

Mas já não vou tão longe, nem defendo, relativamente à tentativa, que “devemos pugnar para que ela não surja, nem na lei, nem no desenho dos programas, nem encapotada, na prática dos serviços”(6).

Porquê? O sistema vigente, assente na prisão, tem dado resultados? Não.

E isto porque “nenhuma pena infligida segundo a lei se estabelece para causar um mal, mas para converter em melhor o que a sofre (...) É necessário dizer que o fim da justiça tende a isto — a quê? — a que a lei instrua a quem comete a injustiça, grande ou pequena, e o constranja a não praticar jamais acções voluntárias no futuro”(7). Esse é, pois, o desafio a que a vigilância electrónica veio dar um poderoso impulso e uma preciosa ajuda — substituir a breve trecho, na maioria dos casos, a reclusão institucional(8).

Iniciando este trilho espinhoso e difícil, mas corajoso, rumo à inovação e à modernidade, e pleno de humanidade e de inteligência, o legislador português criou uma nova pena — o regime de permanência na habitação, ao qual, entre outros, se referem directamente os artigos 44.º (regime de permanência na habitação), 62.º (adaptação à liberdade condicional) e 80.º (medidas processuais) todos do Código Penal, o artigo 487.º do Código de Processo Penal, e a Lei n.º 122/99, de 20 de Agosto, aplicável por força do artigo 9.º da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro.

(6) Cfr. de NUNO FRANCO CAIADO, o seu *Vigilância Electrónica em Portugal — contributos para da história do primeiro ciclo de vigilância electrónica (2002-2005)* — 2.ª parte; in Ousar Integrar, n.º 1, 2008, p. 79.

(7) PLATÃO, *Leis IX-854 e IX-862*.

(8) Contra esta “utopia” está NUNO FRANCO CAIADO, no seu *Vigilância Electrónica em Portugal — contributos para a história do primeiro ciclo de vigilância electrónica (2002-2005)* — 1.ª parte; in Ousar Integrar, n.º 2, 2009, p. 94.

2. O regime de permanência na habitação previsto no artigo 44.º do Código Penal — a natureza da nova sanção impede a sua aplicação em caso de multa não paga, de pena de prestação de trabalho a favor da comunidade não satisfeita ou de revogação da suspensão de execução da pena?

Como sanção, o regime de permanência na habitação há muito era reclamado em Portugal quer porque impellido, a partir do Direito Comparado, pela experiência de sucesso *extra muros* (de aplicação de verdadeiras penas de substituição ou regimes de execução das penas com recurso à vigilância electrónica), quer *intra muros* e pela intervenção do legislador e do aplicador português, também no Direito e na jurisprudência nacionais, desde logo, pelo exemplo de sucesso da medida de coacção obrigação de permanência na habitação com vigilância electrónica.

Limitar-me-ei a tratar neste seminário internacional algumas questões que se suscitam a propósito do artigo 44.º do Código Penal, no qual expressamente se estabelece que:

1. Se o condenado consentir, podem ser executados em regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, sempre que o tribunal concluir que esta forma de cumprimento realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição:

- a) A pena de prisão aplicada em medida não superior a um ano;
- b) O remanescente não superior a um ano da pena de prisão efectiva que exceder o tempo de privação da liberdade a que o arguido esteve sujeito em regime de detenção, prisão ou obrigação de permanência na habitação.

2. O limite máximo previsto no número anterior pode ser elevado para dois anos quando se verificarem, à data da condenação, circunstâncias de natureza pessoal ou familiar do condenado que desaconselhem a privação da liberdade em estabelecimento prisional, nomeadamente:

- a)* Gravidez;
- b)* Idade inferior a 21 anos ou superior a 65 anos;
- c)* Doença ou deficiência graves;
- d)* Existência de menor a seu cargo;
- e)* Existência de familiar exclusivamente ao seu cuidado.

3. O tribunal revoga o regime de permanência na habitação se o condenado:

- a)* Infringir grosseira ou repetidamente os deveres decorrentes da pena; ou
- b)* Cometer crime pelo qual venha a ser condenado e revelar que as finalidades do regime de permanência na habitação não puderam por meio dele ser alcançadas.

4. A revogação determina o cumprimento da pena de prisão fixada na sentença, descontando-se por inteiro a pena já cumprida em regime de permanência na habitação.

Em Portugal, o regime de permanência na habitação é aqui, neste caso, pena de substituição, mas também é, noutro caso, e basta ler atentamente o artigo 62.º do Código Penal, regime de cumprimento de pena de prisão:

“Para efeito de adaptação 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.”

Ou seja, não me parece que haja qualquer impedimento legal, obstáculo jurisprudencial ou óbice doutrinal a que o regime de per-

manência na habitação seja também, “em segunda linha”, uma pena de substituição⁽⁹⁾.

Sendo, na previsão do artigo 44.º do Código Penal, pena de substituição — e não, neste caso (antecipação da liberdade condicional), mero regime de cumprimento de pena de prisão — compete ao tribunal de julgamento, seja ele o de primeira instância, seja ele o de recurso (e não ao tribunal de execução das penas como no caso da antecipação da liberdade condicional) aplicar ou ordenar a substituição, sobretudo em função da situação pessoal e familiar do visado à data da sua condenação.

Tal natureza em nada impede, no nosso entender, que o tribunal de julgamento (ou o tribunal de recurso) aplique em vez da prisão o regime de permanência na habitação em caso de multa não paga, de pena de prestação de trabalho a favor da comunidade não satisfeita ou de revogação da suspensão de execução da pena.

Desde logo, porque o argumento da natureza em nada tem que relevar, neste caso, em sede de regime, sendo certo que também há quem considere o regime de permanência na habitação como pena de substituição detentiva, respondendo, como responde, ao requisito da determinação prévia da medida de pena de prisão, sendo aplicado e executado em vez desta, e que, por isso, em nada difere da prisão em dias livres ou da prisão em regime de semidetenção.

E, assim sendo, como é, pode concluir-se que, nessa medida, trata-se, verdadeiramente, de uma forma de execução da pena de prisão que é, ainda, da competência do tribunal de condenação.

Sem entrar em polémicas inúteis, certo é que, por um lado, nos termos do artigo 80.º do Código Penal, pode tratar-se da execução em regime de permanência na habitação do remanescente não

⁽⁹⁾ Só assim, aliás, como é referido nos objectivos deste seminário internacional, se logrará “o respeito pela dignidade humana, pelos direitos individuais dos condenados e pela sua reinserção na sociedade”. E só assim, também, se evitará “o carácter estigmatizante e criminógeno da pena de prisão”. Tudo finalidades [que] “obriga[m] a ponderar e a promover formas de reacção criminal alternativas e valorativas das vertentes reparadoras e ressocializadoras das penas”, para que se cumpra “o princípio da ressocialização de pessoas condenadas, designadamente no que respeita ao reconhecimento do direito ao trabalho, da justa remuneração e da sua integração social”.

superior a um ano da pena de prisão efectiva que exceder o tempo de privação de liberdade a que o arguido esteve sujeito.

E não menos certo é que, por outro lado, também se afirma que as circunstâncias que o n.º 2 do artigo 44.º do Código Penal prevê, exemplificativamente, são circunstâncias que só podem relevar, de forma autónoma, ao nível da execução da pena de prisão, não em sede de escolha de pena...”(10).

Depois, porque, salvaguardando o necessário preenchimento dos pressupostos legais, em nada difere a decisão da aplicação desta sanção do raciocínio jurídico presente na decisão de mandar, ou não, prender; e, nesse acto de escolha da espécie de pena, em nada diverge o juízo a ter nas revogações da ponderação da necessidade, ou não, da pena e, nessa ponderação, da ponderação também da justificação política, abstracta, jurídica e casuística do instituto da permanência na habitação com vigilância electrónica, para a substituição permitida e devida.

Finalmente, será sempre, e nestes casos, possível aplicar o regime da permanência na habitação, porque não há qualquer proibição ou limitação a este entendimento quer no artigo 44.º, que vimos já, quer nos artigos 43.º, 49.º e 56.º também do Código Penal, sendo que se imporá sempre uma decisão actualizada “à data da condenação” e essa não pode deixar de equacionar o momento diverso da revogação e a sanção mais justa e adequada mesmo em caso de incumprimento de uma pena alternativa.

O juiz não é um mero autómato, limitado e acrítico, nem o cidadão condenado um simples objecto de uma decisão sem actualidade, inadequada e simplesmente formal.

É, pois, possível, e desejável, aplicar o regime de permanência na habitação em caso de multa não paga, de prestação de trabalho a favor da comunidade não satisfeita ou de revogação de suspensão da pena.

Assim a lei o permita, e permite; o defensor o requeira, o procurador o promova e o juiz o decida, e estamos em crer que o farão sem problemas, uma vez bem cientes, e justamente convencidos pelo exemplo das boas práticas, da eficácia, da bondade, da fiabili-

(10) Cfr. de PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *idem*, *ibidem*, pp. 46 e 47.

dade e da segurança do novo sistema, bem como pela constatação da competência e dos esforços dos seus operadores na Direcção-Geral de Reinserção Social.

3. O conteúdo e o regime da nova sanção — regime de permanência na habitação previsto no artigo 44.º do Código Penal. Em especial: a manutenção da competência *anti natura* do tribunal de julgamento, os pressupostos de aplicação ou de revogação da sanção, as autorizações de saída e a possibilidade, ou não, de aplicação do instituto da liberdade condicional

O conteúdo do regime de permanência na habitação não é rígido nem estrito, pois a sanção visa precisamente realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição e esse objectivo fundamental pressupõe a aplicação de um regime aberto e flexível com possibilidade, regularidade e efectividade de autorizações de saída.

O tribunal de julgamento (ou o de recurso) pode — e deve, no nosso entendimento — permitir todas as saídas da habitação que se justifiquem e sejam compatíveis com as necessidades de saúde, de ensino, de formação profissional, profissionais ou outras.

Para quem — na sua sensibilidade empedernida, visão formal ou limitação cultural, e sem quaisquer preocupações de ressocialização — considere a prisão a única resposta à criminalidade, uma pena padrão e o fio condutor da punição, o conteúdo da pena de permanência na habitação seria, preferente ou primacialmente, a permanência ininterrupta do condenado na habitação sujeito à vigilância electrónica. Ora, quem defende este regime não percebe minimamente as virtualidades do sistema de vigilância electrónica e as finalidades das penas.

É que o Direito Penal e o seu exercício pelo Estado de Direito fundamenta-se na necessidade estatal de subtrair à disponibilidade (e à autonomia) de cada pessoa o mínimo dos seus direitos, liberdades e garantias, indispensável ao funcionamento, tanto quanto pos-

sível sem entraves, da sociedade, à preservação dos bens jurídicos essenciais e a permitir por aqui, em última análise, a realização mais livre possível da personalidade de cada um enquanto indivíduo e enquanto membro da comunidade, desenvolvimento da personalidade esse assente na mais ampla liberdade com responsabilidade.

Desde logo, não é aceitável uma tendencial eternização e permanência da total privação da liberdade, porque a permissão ou a autorização de saídas, genérica ou casuisticamente determinadas pelo tribunal, nada tem que ver com a presunção de inocência já ultrapassada ou com o grau de ilícito ou de culpa e com a censura já decididas, mas sim com a personalidade do agente e com a sua capacidade de beneficiar de uma liberdade vigiada.

E depois porque a permissão ou a autorização de saídas genérica ou casuisticamente determinadas parte, sim, não apenas da ponderação da personalidade do agente, mas das próprias finalidades da pena (prevenção geral e prevenção especial, nas suas vertentes positiva e negativa), da constatação da ausência de perigos e de riscos de insucesso da medida com aquela formulação concreta e da aferição das necessidades de manutenção ou promoção dos vínculos de normalidade, de socialidade e de afectividade das relações familiares, sociais e profissionais para o sucesso da medida sancionatória.

São todas estas as finalidades que se pretendem salvaguardar num percurso de educação para o direito, de reinserção eficaz e participada, de autodisciplina e contenção, para preparar e alcançar uma adesão de cidadania útil e responsável no respeito pelos comandos legais e pelos direitos dos outros.

Não faz pois qualquer sentido defender que o regime de saídas há-de “necessariamente ser mais apertado do que aquele [que] seria aplicável antes do trânsito em julgado da condenação...”⁽¹¹⁾ Até porque são bastante claros, e têm que ter algumas consequências úteis de regime, quer os pressupostos materiais, quer os pressupostos formais, da pena de permanência na habitação com vigilância electrónica.

⁽¹¹⁾ Cfr. de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, o seu *Comentário ao Código Penal*; Lisboa, Universidade Católica, 2008; p. 182 e 185.

Pressupostos materiais são, para além dos critérios gerais de escolha da espécie da pena (cfr. artigo 70.º do Código Penal), os da adequação e os da suficiência. Ou seja, será sempre aplicado o regime de permanência na habitação ponderados todos os factores e variáveis relevantes se se “...concluir que esta forma de cumprimento realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”.

Já “os pressupostos formais de aplicação desta pena de substituição são os seguintes: a condenação em pena concreta de prisão até um ano, nos termos do n.º 1, al. a), ou a existência de um remanescente [de pena] não superior a um ano de prisão nas penas de prisão até quatro anos e dez meses, nos termos do n.º 1, al. b), desde que o arguido já tenha sofrido prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação”.

Excepcionalmente, “a existência de uma situação pessoal ou familiar de especial fragilidade é exigida para o alargamento do prazo da pena de prisão ou do remanescente para dois anos”⁽¹²⁾, dando-se na lei como exemplos meramente indicativos, entre outros, a gravidez em curso e a existência de familiar exclusivamente ao seu cuidado.

Questiona-se, no âmbito de aplicação do artigo 44.º do Código Penal, a competência para o acompanhamento e para a revogação do regime de permanência na habitação (tanto que não há norma de atribuição de competência no direito vigente), assim como se questiona também, *in casu*, a aplicabilidade, ou não, do instituto da liberdade condicional (porque também nesta particular mas relevante questão há lacuna de previsão)⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ Idem, *ibidem*; p. 182 e 185.

⁽¹³⁾ Como se pode ler na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 98/X (quanto às alterações do CP) “(...) foram ponderadas as recomendações constantes do Relatório concluído em 12-2-2004 pela Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional. (...) É no quadro desta política de combate ao carácter criminógeno das penas detentivas que se deve ainda compreender o regime previsto nos artigos 61.º e seguintes para a liberdade condicional, definitivamente ultrapassada a sua compreensão como medida de clemência ou de recompensa por boa conduta, a libertação condicional serve, na política do Código, um objectivo bem definido: o de criar um período de transição entre a prisão e a liberdade, durante o qual o delinquente possa equilibradamente recobrar o sentido de orientação social fatalmente enfraquecido por efeito da reclusão”.

De iure constituendo tal primeira lacuna estará já ultrapassada pelo disposto no n.º 1 do artigo 138.º do *Anteprojecto de Proposta de Lei que aprova o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade* que estatui que “após o trânsito em julgado da sentença que determinou a aplicação de pena ou medida de privativa da liberdade, compete ao Tribunal de Execução de Penas acompanhar e fiscalizar a respectiva execução e decidir da sua modificação, substituição e extinção...”.

Contudo, *de iure constituto* e face ao elenco das actuais competências dos tribunais de execução de penas (artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 222/77, de 30 de Maio) e das competências do juiz de execução de penas (artigo 23.º do mesmo diploma legal), dúvidas não restam que não está prevista⁽¹⁴⁾ a competência material que seria natural⁽¹⁵⁾.

Assim, quando esteja em causa o regime de permanência na habitação previsto no artigo 44.º do Código Penal, “o tribunal de

(14) Cfr. de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, o seu *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária — estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*; Coimbra, Coimbra Editora, 2000; pp. 137 a 139. Ai se refere expressamente que “*de acordo com o sistema vigente, o reforço da intervenção jurisdicional traduzir-se-ia, em abstracto, na atribuição de novas competências ao tribunal de execução de penas. Sucede que, em nosso entender, a intervenção directa de um magistrado no processo de execução de penas e medidas de segurança privativas de 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. 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 jurisdicional que se preconiza não supõe sempre uma relação conflitual (...)*” sendo que há um “*...espaço de conflito que reclama a intervenção do tribunal (juiz de execução das penas). Só nestas circunstâncias, como tribunal de garantia da posição jurídica e dos direitos do recluso, o tribunal de execução das penas se assumiria como necessária instância jurisdicional. Competir-lhe-ia, então, designadamente, apreciar e decidir os requerimentos que lhe fossem dirigidos pelos reclusos ou os recursos da administração penitenciária que a lei determinasse.*” Acrescenta-se ainda que a necessidade, diria mesmo, a imprescindibilidade do juiz de execução de penas não resulta apenas da necessidade de evitar o sempre possível erro da administração, colmatar as deficiências da sua falta de isenção, ultrapassar a subjectividade e de postergar os desvios possíveis por abuso ou arbitrio, sobretudo em caso de conflito, mas também de emprestar a uma decisão relevante a sua especialização e especial sensibilidade para questões de acompanhamento e pedagogia da sanção.

(15) Entretanto foi aprovado pela Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade que, no seu artigo 138.º, estabelece os critérios de atribuição da competência material do tribunal de execução das penas.

juízo [aqui o tribunal de primeira instância] acompanha a execução desta pena de substituição” o que fará sempre “de acordo com a informação dos serviços da Direcção-Geral da Reinserção Social”.

Nesta medida, de acordo com a gravidade e/ou a reiteração do incumprimento dos deveres, o tribunal de primeira instância pode decidir revogar o regime de permanência na habitação.

A revogação implica a prisão efectiva em meio prisional de cariz institucional pelo que há que ponderar todos os efeitos da decisão⁽¹⁶⁾.

E “o tribunal revoga o regime se (1) o condenado infringir grosseira ou repetidamente os seus deveres... (2) se cometer crime na pendência da pena e vier a ser condenado por ele, revelando que os fins da pena não podem ser alcançados com a permanência na habitação, (3) se revogar o seu consentimento ou (4) se danificar o equipamento de monitorização com propósitos ilícitos (artigo 8.º,

⁽¹⁶⁾ Citando parecer da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados sobre as propostas e a metodologia da Comissão de Estudos e Debate da Reforma do Sistema Prisional, e mesmo sabendo que “(...) o problema do nosso sistema prisional nunca foi — como continua a não ser hoje, no essencial — um problema de má legislação ou falta dela, antes consiste num problema de falta de visão global da estratégia adequada à execução das leis elaboradas (falta de vontade política e administrativa, falta de organização e de gestão, falta de empenhamento da própria sociedade no seu conjunto)” certo é que “...a Comissão não tem no seu seio, que se saiba, qualquer representante permanente dos profissionais do foro, juizes, magistrados do Ministério Público e advogados, o que, pelo menos simbolicamente, marginaliza estes e sobretudo não permite os contributos que estes poderiam prestar e sugestões que poderiam melhorar a Reforma. (...). Assim, também não temos dúvidas em subscrever a opinião de que o grau de respeito dos direitos e garantias dos reclusos é insuficiente. Acrescentando, porém, que, do ponto de vista prático, é no mínimo altamente deficiente o grau de respeito da dignidade da pessoa humana na maioria dos estabelecimentos prisionais, apesar dos esforços louváveis em melhorar as condições materiais e os meios humanos. O problema não se encontra tanto na legislação ou na falta dela, não é culpa do legislador, mas sim da incapacidade de colocar em prática as soluções já plasmadas na lei, fruto da falta de infra-estruturas e na ausência ou insuficiência de meios humanos e técnicos que possibilitem o tratamento penitenciário, isto é, uma real readaptação e reintegração social do recluso. Mas tais desideratos dificilmente serão prosseguidos com a real e excessiva sobrelotação prisional, com uma cultura judiciária crescentemente securitária com o aumento das penas longas de prisão e a não aplicação de penas substitutivas e com o excesso de prisão preventiva. Mais a mais com espaços mal localizados e dimensionados, degradados e sem condições de higiene e salubridade.”

n.º 1, al. b) e c) da Lei nº 122/99, de 20.8, por força do artigo 9.º da Lei n.º 59/2007, de 4.9)”⁽¹⁷⁾.

Vejamos agora a questão da aplicabilidade, ou não, do instituto da liberdade condicional. Ao contrário do que alguns defendem (veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, bem recente, datado de 28.01.2009, proferido no âmbito do processo n.º 7119/08 — “a liberdade condicional não tem aplicação no caso de pena de prisão a ser cumprida em regime de permanência na habitação”) não se antevê a impossibilidade de aplicação da figura da liberdade condicional a quem esteja em regime de permanência na habitação com vigilância electrónica aplicada e executada nos termos previstos no artigo 44.º do Código Penal.

A liberdade condicional é um instituto de flexibilização da pena de prisão, mas não menos certo é que o regime de permanência na habitação em tudo é equiparado ao regime da pena de prisão, até por se tratar sempre, quer num caso, quer noutro, de uma reclusão, de uma pena privativa da liberdade com maior ou menor possibilidade de válvulas de escape, consoante as decisões concretas de autorizações de saída que se forem sucedendo, algumas verdadeiramente restritivas e insuficientes para uma verdadeira finalidade de reinserção social⁽¹⁸⁾.

O que o artigo 61.º do Código Penal estatui é que:

1. A aplicação da liberdade condicional depende sempre do consentimento do condenado.

2. O tribunal coloca o condenado a prisão em liberdade condicional quando se encontrar cumprida metade da pena e no mínimo 6 meses se:

⁽¹⁷⁾ Cfr. de Paulo Pinto de Albuquerque, o seu *Comentário ao Código Penal*; Lisboa, Universidade Católica, 2008; pp. 182 e 185.

⁽¹⁸⁾ Ou seja, e para o que ora interessa, sendo que esse não é sequer o critério distintivo ou ordenador, há regimes de permanência na habitação muito mais restritivos da liberdade que algumas execuções da pena de prisão. Bastará perceber que alguém pode estar confinado em espaço muito mais reduzido, 24 sobre 24 horas numa habitação sem quaisquer condições de salubridade mínima, sem sequer uma hora diária de saída para o exterior e de “céu aberto”; ou, por exemplo, comparar qualquer regime aberto virado para o exterior na execução de uma pena de prisão ou saídas precárias prolongadas com uma simples autorização de saída, três vezes por semana, para um condenado a prisão domiciliária, porque insuficiente renal crónico, poder fazer diálise em centro de hemodiálise.

- a) For fundadamente de esperar, atentas as circunstâncias do caso, a vida anterior do agente, a sua personalidade e a evolução desta durante a execução da pena de prisão, que o condenado, uma vez em liberdade, conduzirá a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes; e
- b) A libertação se revelar compatível com a defesa da ordem e da paz social.

3. O tribunal coloca o condenado a prisão em liberdade condicional quando se encontrarem cumpridos dois terços da pena e no mínimo 6 meses desde que se revele preenchido o requisito constante da alínea a) do número anterior.

4. Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, o condenado a pena de prisão superior a seis anos é colocado em liberdade condicional logo que houver cumprido cinco sextos da pena.

5. Em qualquer das modalidades 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.

Não refere este artigo senão as expressões “condenado” (n.º 1), “prisão” (n.º 2), “condenado” e “prisão” novamente (n.º 2, al. a) e n.ºs 1, 3 e 4), bem como a expressão “libertação” (n.º 2, al. b)) e nunca nele se refere qualquer conceito de “prisão efectivamente sofrida” e, muito menos, qualquer noção de “cadeia efectivamente sofrida”, sobretudo com o carácter restritivo da prisão ou, melhor, da reclusão institucional.

Estabelecendo, como estabeleceu o legislador, a integral equiparação do regime de permanência na habitação à prisão, no n.º 4 do artigo 44.º, não se poderá, pois, defender que “...não é admissível a «liberdade condicional» do regime de permanência na habitação”.

Tanto mais que não se percebe porque é que “viola frontalmente a natureza desta pena de substituição” ou porque é que a aplicabilidade *in casu* da figura e do regime da permanência na habitação com vigilância electrónica “viola frontalmente a própria natureza do instituto da liberdade condicional”.

Não se vê porque é que a liberdade condicional se deve circunscrever a um incidente da execução da pena de prisão⁽¹⁹⁾ e, muito menos, como é que se pode defender que só na prisão *tout court* é possível “avaliar a evolução da personalidade do agente durante a execução da pena”.

O “comportamento prisional”, que deve ler-se o comportamento do condenado em situação de reclusão, e qualquer que seja a natureza desta⁽²⁰⁾, é sempre fruto de uma análise de um indivíduo num meio artificial de contenção e de confinamento, o que é o caso da reclusão institucional, mas é também o caso da reclusão domiciliária.

É, até, muito mais útil a análise do comportamento do condenado em situações bem mais próximas das da vida real, em liberdade ou, o que é aqui o caso, em liberdade vigiada⁽²¹⁾.

Também é possível e desejável, no regime de permanência na habitação, aferir da possibilidade de verificação do “...índice de ressocialização e de um futuro comportamento responsável em liberdade” e isto porque o regime de permanência na habitação com vigilância electrónica também é reclusão e está integralmente equiparado à prisão. E isto sem as desvantagens da prisão!

(19) Como se salienta na Resolução do Conselho de Ministros n.º 144/2004 (Resolução que aprova o Programa de acção para o desenvolvimento da vigilância electrónica no sistema pena, de 30-9-2004) “é sobretudo no contexto da execução de penas que a vigilância electrónica tem vindo a afirmar-se no panorama internacional, ao longo dos últimos anos, como alternativa ao sistema prisional, face ao qual apresenta um inquestionável conjunto de vantagens. Ao permitir evitar a execução de penas efectivas de curta duração e flexibilizar a execução ou antecipar a concessão de liberdade condicional, no caso de penas mais longas, o Governo antevê que a vigilância electrónica poderá constituir um meio eficaz ao serviço da redução da elevada taxa de encarceramento que Portugal regista, o que constitui um objectivo central de política criminal”, e daí que então tenha resolvido estabelecer que o Governo adoptasse medidas legislativas adequadas à definição do regime jurídico da vigilância electrónica no âmbito da execução de sanções privativas de liberdade, designadamente como alternativa de execução de penas de prisão efectivas de curta duração e como condição de antecipação da liberdade condicional.

(20) E daí que qualquer análise ao “comportamento prisional” não prescinda, por exemplo, da ponderação e apreciação do comportamento do condenado na fase anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória, nomeadamente quando tenha estado em situação de prisão preventiva.

(21) Não há, pois, mais uma vez no meu parco entendimento, qualquer impedimento legislativo, qualquer obstáculo jurisprudencial ou qualquer óbice doutrinal à aplicação do instituto da liberdade condicional.

É que no dia-a-dia ⁽²²⁾, os reclusos ⁽²³⁾ confrontam-se com todos os problemas das condições de alojamento⁽²⁴⁾; da alimentação⁽²⁵⁾; no campo da saúde⁽²⁶⁾; relativos às matérias da ocupação e dos tempos livres e convívio⁽²⁷⁾; às relações com o exterior e questões de segurança e disciplina e de administração penitenciária em sentido estrito⁽²⁸⁾.

⁽²²⁾ Cfr. os três Relatórios da Provedoria de Justiça sobre “As Nossas Prisões”, e sobretudo o III Relatório, de onde são retirados os trechos *infra* citados nas notas 22 a 27.

⁽²³⁾ No que toca à situação dos reclusos é afirmado que “o nosso País detém a maior taxa de encarceramento”, reafirma-se “que, na prática, a prisão preventiva seja, de facto, a última das medidas de coacção”; propõe-se “o recurso a modalidades menos penosas, de que são exemplo as chamadas «pulseiras electrónicas»”; constata-se “um aumento das penas longas” e “o desajustamento do paradigma prisional existente”, bem como uma situação endémica de sobrelotação prisional em que “8 EPR superam 200% e 23 EP (dos quais 21 regionais) colocam-se acima de 150% da sua lotação disponível”.

⁽²⁴⁾ Quanto às condições de alojamento, verificou-se ainda o “degradante uso do chamado «balde higiénico»” para além de “condições inaceitáveis em termos de higiene, ventilação e salubridade em alguns estabelecimentos, de que são exemplos negativos Alcoentre, Montijo e Setúbal e o sector feminino de Coimbra”.

⁽²⁵⁾ No que concerne à alimentação verificou-se que, não obstante as melhorias, “continuam a existir no sistema cozinhas muito degradadas e com más condições higio-sanitárias e armazéns sem as menores condições para armazenagem e distribuição das refeições”, tendo resultado ainda uma “impressão de assistemática com que se ficou da fiscalização feita pelos serviços centrais da DGSP” das empresas privadas a quem compete o fornecimento de refeições.

⁽²⁶⁾ No campo da saúde “deparou-se com um panorama geral de insuficiências”; sobretudo espaços físicos próprios e de meios humanos, designadamente, “a presença de psiquiatras, estomatologistas, psicólogos e [de] uma enfermagem permanente”, com a “falta de visitas das autoridades de saúde” e de “controlos regulares aos estabelecimentos”, bem como “1139 casos de seropositivos” e ainda “um aumento dos casos de sida declarada, de 379 para 396 casos”, isto para além de “exemplos impressionantes... Sintra, com 666 reclusos, tinha 468 portadores das duas hepatites” e “metade dos reclusos do regional de Coimbra estava infectada com o tipo C”.

⁽²⁷⁾ Quanto às matérias da ocupação e dos tempos livres e convívio, e apesar de “um fraco nível de habilitações escolares na população reclusa”, verificou-se “uma quebra de reclusos a frequentar o ensino”, uma “reduzida percentagem de 6,3% da população prisional” em formação profissional, sendo que apenas “51 % dos reclusos” trabalham e o fazem sobretudo na faxinagem, “sendo perceptível a sua fraca mais valia para o regresso em meio livre”, isto para além de ocorrerem menos actividades, designadamente culturais e desportivas, do que seria desejável.

⁽²⁸⁾ No que toca às relações com o exterior, às matérias da segurança e disciplina e à administração penitenciária recomenda-se “que se estenda o direito de recebimento de visitas íntimas”; “que só se proceda à revista pessoal dos visitantes quando existam fortes suspeitas sobre a tentativa de introdução de objectos proibidos, esgotados ou impossível que seja o recurso a outros meios de controlo menos invasivos, designadamente o controlo

E, mais uma vez, se reafirma que, em meio institucional, os atentados à dignidade humana são graves e os meios humanos e materiais são insuficientes. Até porque as prisões não dão votos e os reclusos não têm voz⁽²⁹⁾.

Calam, consentem, adaptam-se⁽³⁰⁾.

Mas não se educam, nem reformam ou integram!

Mais, o regime de permanência na habitação com vigilância electrónica, além de, no essencial, preencher as necessidades de prevenção geral e especial, evitará o penoso efeito estigmatizante sempre associado ao cárcere.

É que, e há que dizê-lo com frontalidade e honestidade, muitas vezes o tempo passado em estabelecimento prisional só serve para se aprofundarem conhecimentos e técnicas de crime, que levam, não raras vezes, à reincidência, desta feita em grupo mais alargado, com técnicas mais aperfeiçoadas e com novas manobras de fuga às autoridades.

Embora reclusão não institucional, embora prisão domiciliária, há que recordar todas as vantagens que a medida alternativa comporta: ausência de estigmatização grave, maior dificuldade de contaminação criminógena, inexistência dos riscos específicos da institucionalização para a saúde física, social e mental, maior economia de meios, facilidade de acompanhamento em meio mais adequado à ressocialização, etc., etc.

Aliás, não faz nenhum sentido o tribunal de execução de penas ter como competência própria simplesmente “conceder a liberdade condicional e decidir sobre a sua revogação...” (I parte do n.º 8 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 222/77, de 30 de Maio) e, depois, querer restringir tal concessão da liberdade condicional

sobre a pessoa do recluso após a visita”, isto para além de serem “assegurados em cada estabelecimento prisional espaços próprios e dignos para a revista pessoal dos visitantes”.

(²⁹) “Fácil é criticar as cadeias, a lei, a sociedade de estrutura mais ou menos burguesa: mais difícil é pôr os pés na terra, entrar na cadeia, falar com o delinquente, visitar-lhe a casa, conhecer-lhe o meio, vê-lo antes e depois do crime, vê-lo e acompanhá-lo na volta à sociedade...” in a Primeira Página, de *O Cidadão Delinquente: reinserção social?*; Lisboa, IRS, 1983, p. 5.

(³⁰) Cfr. *Delinquência Crime e Adaptação à Prisão*, de RUI ABRUNHOSA GONÇALVES, Coimbra, Quarteto, 2002.

apenas às situações de prisão e não (cfr. artigo 80.º do Código Penal) às penas a ela totalmente equiparadas.

Com efeito o artigo 80.º do Código Penal estatui que:

1. A detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação sofridas pelo arguido são descontadas por inteiro no cumprimento da pena de prisão, ainda que tenham sido aplicadas em processo diferente daquele em que vier a ser condenado, quando o facto por que foi condenado tenha sido praticado anteriormente à decisão final do processo no âmbito do qual as medidas foram aplicadas.

2. Se for aplicada pena de multa, a detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação são descontadas à razão de um dia de privação da liberdade por, pelo menos, um dia de multa.”

Seria o mesmo que dizer que quer a prisão por dias livres (artigo 45.º do Código Penal), quer a prisão em regime de semi-detenção (artigo 46.º do Código Penal), também não seriam susceptíveis de beneficiar do desconto ou da medida de flexibilização permitida pelo instituto da liberdade condicional.

Assim como é possível aplicar o regime de permanência na habitação em caso de multa não paga, de pena de prestação de trabalho a favor da comunidade não satisfeita ou de revogação de suspensão da pena; assim como não há qualquer impedimento legal, obstáculo jurisprudencial ou óbice doutrinal à aplicação do instituto da liberdade condicional a uma pena aplicada em regime de permanência na habitação, será possível e desejável a breve trecho alargar, ainda que timidamente, o âmbito de aplicação do artigo 44.º do Código Penal.

Numa primeira fase, e após a avaliação da experiência de aplicação do novo sistema que iniciou a sua vigência em 15 de Setembro de 2007, deveria propor-se o alargamento dos pressupostos materiais e formais do regime de permanência na habitação com vigilância electrónica. Ou seja, alargar, nos casos normais, para dois anos, e alargar, nos casos excepcionais, para cinco anos, a possibilidade de ponderação da aplicação de pena substitutiva.

Nestes últimos, isto é, nos casos de excepção, há que prever também para além da imputabilidade diminuída, os casos em que se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 72.º do Código Penal, ou seja o facto de “existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena”, designadamente, mas não só, “ter o agente actuado sob influência da ameaça grave ou sob ascendente de pessoa de quem dependa ou a quem deva obediência, ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte solicitação ou tentação da própria vítima ou por provação injusta ou ofensa imerecida, ter havido demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados; [e] ter decorrido muito tempo sobre a prática do crime, mantendo o agente boa conduta”. Em todas estas situações se justifica o alargamento, significativo, do prazo de execução da pena.

Propõe-se, pois, a seguinte alteração ao disposto no artigo 44.º do Código Penal:

1. Se o condenado consentir, podem ser executados em regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, sempre que o tribunal concluir que esta forma de cumprimento realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição:

- a) A pena de prisão aplicada em medida não superior a dois anos;
- b) O remanescente não superior a dois anos da pena de prisão efectiva que exceder o tempo de privação da liberdade a que o arguido esteve sujeito em regime de detenção, prisão ou obrigação de permanência na habitação.

2. O limite máximo previsto no número anterior pode ser elevado para cinco anos quando se verifique, em concreto, alguma das circunstâncias previstas no artigo 72º ou quando se verifiquem, à data da condenação, circunstâncias de natureza pessoal ou familiar

do condenado que desaconselhem a privação da liberdade em estabelecimento prisional, nomeadamente:

- a) Gravidez;
- b) Idade inferior a 21 anos ou superior a 65 anos;
- c) Imputabilidade diminuída;
- d) Doença ou deficiência graves;
- e) Existência de menor a seu cargo;
- f) Existência de familiar exclusivamente ao seu cuidado.

3. O tribunal revoga o regime de permanência na habitação se o condenado:

- c) Infringir grosseira ou repetidamente os deveres decorrentes da pena; ou
- d) Cometer crime pelo qual venha a ser condenado e revelar que as finalidades do regime de permanência na habitação não puderam por meio dele ser alcançadas.

4. A revogação determina o cumprimento da pena de prisão fixada na sentença, descontando-se por inteiro a pena já cumprida em regime de permanência na habitação.

E propõe-se também a seguinte alteração ao disposto no artigo 62.º do Código Penal:

“Para efeito de adaptação 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.”

Mas essa será uma decisão legislativa que não prescindirá da plena compreensão e esperada consolidação das boas experiências

em curso e que só dará frutos com uma convicta, fundada, articulada e esforçada colaboração de todos os operadores do sistema.

A sociedade contemporânea e as suas instituições judiciárias, bem como a administração pública, e designadamente a administração prisional, ainda não encontraram forma, nem tiveram a inteligência prática, para superar a necessidade da privação da liberdade — por via da reclusão institucional, na acção punitiva — e substituí-la por medidas sancionatórias, reparadoras e de contenção mais adequadas, humanas e eficazes e, sobretudo, efectivas no que toca à educação e reinserção, à protecção da sociedade e à prevenção da reincidência.

Experiências como a da substituição da prisão por regime de permanência na habitação são já um primeiro passo no alvor de uma nova modernidade em que se passa da imposição da privação de liberdade *intra muros*, hetero-imposta e institucional, para uma restrição consentida da liberdade *extra muros*, auto-infligida e aceite, tanto que pode potenciar a responsabilidade individual pelo que de adesão, confiança, disciplina e auto-contenção implica e exige.

“Com efeito, é hoje reconhecidamente aceite que um tratamento forçado é um tratamento fracassado”⁽³¹⁾.

A utopia é possível, porque o sonho comanda a vida e esta não prescinde de uma liberdade responsável, liberdade essa, ainda que vigiada, só possível e desejável, em caso de sanção, pela via da adesão activa, interessada e consciente e muito difícil senão impossivelmente obtida pela via da imposição inerte, forçada e indiferente.

Carlos Pinto de Abreu
Advogado

VICE-PRESIDENTE DO CONSELHO SUPERIOR DA ORDEM DOS ADVOGADOS

⁽³¹⁾ Cfr. de ANABELA RODRIGUES o seu *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária — estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*; Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 175.