
6

O DIREITO DE EXECUÇÃO DAS PENAS E A CONSTITUIÇÃO: PARA UMA APLICAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL PENAL A NORMAS PROCESSUAIS E DE EXECUÇÃO DAS PENAS

*Miguel da Câmara Machado*¹

¹ Docente na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Investigador do Centro de Direito Privado (CIDP), Advogado e Chief Legal Counsel do Banco de Investimento Global (BiG).

Este texto repete, quase sem alterações, um texto preparado para os Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas – GUEDES, Armando Marques; BRITO, Maria Helena; DUARTE, Rui Pinto; GOUVEIA, Mariana França (Org.), v. 2. Coimbra: Coimbra Ed. 2013 (p. 1175-1270) – correspondendo no essencial a um dos relatórios apresentados no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 2010/2011, na disciplina de Direito Penal, com o tema “Direito Constitucional Penal”, sob regência da Professora Doutora Maria Fernanda Palma. A essa Professora, agradeço toda a orientação e acompanhamento. Pela ajuda na preparação, agradeço a Filipa Lemos Caldas, por tudo o que é impossível parar de agradecer e pela importância que tem, teve e sempre terá na minha vida.

Tal como nessa primeira versão, este trabalho continua dedicado ao Professor Doutor José Lebre de Freitas, a agradecer o seu entusiasmo e vontade de questionar fronteiras dentro do Direito e além-Direito, com tanta admiração por um jurista que vive o Direito e dá vontade de, sendo jurista, o viver e questionar e também, em tudo o resto, viver bem e feliz. A agradecer conversas e passeios que, mais do que aulas, foram exemplos práticos de como viver e gostar de Direito e da vida. Obrigado, Senhor Professor.

Para além destas advertências, queria ainda acrescentar agradecimentos ao Professor Waldir de Pinho Veloso, Editor da Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica, pela amabilidade, pelo convite e pelo desafio para esta publicação e por todo o trabalho de divulgação de conhecimento jurídico no mundo de Língua

SUMÁRIO: I Introdução. Colocação do problema. II O Regime Aplicável às Alterações do Direito de Execução das Penas. 1 A Delimitação de um Núcleo de Direito Penal Material. 2 Os critérios para a identificação de normas processuais materialmente penais. 3 A Identificação de Normas de Direito de Execução das Penas Materialmente Penais. 1 Normas de Execução das Penas que não Influem na Livre Determinação do Agente pela Norma. 2 Normas de Execução das Penas que não Influem na Determinação Concreta da Medida da Pena pelo Juiz. 3 O Critério Adoptado. III Consequências da Aplicação do Rgime Constitucional. 1 Normas de Execução das Penas Materialmente Penais. 2 Normas de Execução das Penas Processuais Formais e Normas de Execução das Penas Formais ou Técnicas. IV Conclusões. Referências.

I INTRODUÇÃO

“Oui, la chute de cette Bastille, c’était la chute de toutes les Bastilles. L’écroulement de cette citadelle, c’était l’écroulement de toutes les tyrannies, de tous les despotismes, de toutes les oppressions. C’était la délivrance, la mise en lumière, toute la terre tirée de toute la nuit. C’était l’éclosion de l’homme. La destruction de cet édifice du mal, c’était la construction de l’édifice du bien. Ce jour-là, après son long supplice, après tant de siècles de torture, l’immense et vénérable Humanité s’est levée, avec ses chaînes sous ses pieds et sa couronne sur sa tête. [...] Le monde n’aura plus qu’à marcher dans le progrès tranquille vers l’avenir superbe.” (Victor Hugo)²

Aproximidade entre o Direito Constitucional e o Direito Penal é visível logo no período das revoluções liberais do fim do século

Portuguesa e não só, do Brasil a Portugal. Espero que tanta reflexão jurídica sirva para construir um mundo mais justo e melhor.

Todas as posições expressas nesta apresentação são estritamente pessoais e nenhuma vincula ou representa a posição ou entendimento de qualquer entidade com que o autor tem vindo a colaborar a título académico ou profissional. Endereço eletrónico: mcamaramachado@fd.ulisboa.pt.

² Excerto do discurso de Victor Hugo na reunião do Senado francês de 3 de julho de 1880.

XVIII. A Revolução Francesa começou exactamente com a queda de uma prisão, a famosa “tomada da Bastilha”, em Paris, sendo a defesa dos reclusos de então – na sua maioria, presos políticos, perseguidos pelo regime autoritário (cujos principais crimes consistiam na distribuição de livros banidos, em criticar o rei ou a sua família e na prática de imoralidades), que viviam nesta prisão em condições degradantes³ – não apenas uma consequência lógica da ideia de liberdade, fraternidade e igualdade, mas um imperativo de justiça.

As declarações de Direitos Humanos que se destacaram nessa época foram contributos preciosos na evolução da ideia de proporcionalidade da sanção ao delito e da humanização das penas, caminho já iniciado muitos séculos antes (recorde-se a lei de talião, o combate à Inquisição e o declínio das penas de morte, corporais, degradantes e cruéis, entre outros). No mesmo sentido, as novas ideias sobre o Estado implicaram necessariamente novas ideias sobre a forma como este deve investigar crimes, conduzir os processos e punir (e reinserir) aqueles que infringem as normas penais⁴.

Desde então, o Direito Penal progrediu e ganhou uma nova configuração, tendo sido criados novos crimes, novas penas, novas formas de imputar e responsabilizar ou de justificar, desculpar e conceber a culpa, o processo penal, os fins das penas, que penas atribuir em concreto, e com que medida, a sua execução e o tratamento a dar aos condenados.

Especialmente quanto a esta última fase – a execução das penas – parece-nos possível identificar, nos países europeus, uma tendência clara de maior protecção dos reclusos, nomeadamente através da criação de melhores condições de vida nas prisões, que dura até ao início do século XXI.

³ Acerca da prisão da Bastilha e da sua importância na Revolução Francesa de 1789, v. Lüsebrink; Reichardt, 1997, em especial p. 23-24.

⁴ Seguindo e identificando esta perspectiva de aproximação não apenas entre o Direito Penal mais restritivamente entendido, mas também do Direito Processual Penal ao Direito Constitucional, cf. Carvalho, 2008, p. 350-351.

No Estado Liberal (necessariamente limitando-se a intervenção do Estado e proclamando-se direitos fundamentais mesmo para os criminosos, reclusos e ex-condenados), mas principalmente no Estado Social (pela ideia de reinserção social), fomos assistindo a investimentos no sistema prisional, a preocupações com a saúde, a educação, o trabalho, o alojamento e tempos de descanso dos reclusos, entre outros, que as revelam.

Há, assim, um movimento de crescente preocupação com a assistência prisional e pós-prisional. Assim, também o Direito da Execução das Penas (DEP) sofreu alterações profundas, essencialmente no sentido de reforçar os direitos dos reclusos e de tornar as prisões mais humanas e também mais direccionadas à reinserção social.

Entendemos como DEP, na definição de Dias (2007, p. 6-8), toda “a regulamentação jurídica da efectiva execução da pena e/ou da medida de segurança decretadas na condenação proferida no processo penal”, compreendendo as normas, regras e princípios que se debruçam sobre todos os momentos que se seguem à condenação. Assim, são paradigmáticas do DEP as normas – legislativas ou administrativas⁵ – acerca do internamento no estabelecimento prisional, o dia a dia do recluso, a concessão de liberdade prisional, a tramitação do processo perante o Tribunal de execução de penas, o registo criminal, os benefícios para a reinserção social e a assistência pós-prisional⁶. Não se confunde, deste modo, com o âmbito do

⁵ Referindo esta distinção quanto à origem das normas, e apresentando o DEP como conjunto das disposições legislativas e administrativas que correspondem à introdução, cumprimento e seguimento das medidas de força adoptadas, como as penas, medidas de segurança e penas (ou medidas) acessórias, cf. Hans-Heinrich; Weigend, 2002, p. 18-19.

⁶ Não sendo este o objecto do trabalho, nem a finalidade de uma investigação deste tipo, com os limites de espaço e tempo com que podemos abordar estas matérias, não nos debruçaremos, pelo menos directamente, sobre o que é o Direito de Execução das Penas, pelo que não pretendemos delimitar um (sub-) ramo do Direito Penal ou identificar outros sub-ramos dentro desse Direito

*Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal*⁷, havendo até quem o caracterize como Direito Penal Executivo⁸.

Também no Direito português, verificou-se, ao longo dos últimos séculos, com particular importância na construção do Estado Social, um percurso de verdadeira *humanização* das penas, de protecção dos condenados com vista à reinserção social dos reclusos. Assim, o sucesso e o progresso do Estado social foram acompanhados por melhores condições na execução das penas, maior qualidade e novos sistemas dentro e fora das prisões, para acompanhar aqueles que cometeram crimes e foram condenados a penas, essencialmente de prisão.

Também em Portugal, no século XIX, a Carta Constitucional de 1826, previa, sobre a execução das penas, no § 20.º do seu artigo

de Execução das Penas. Infelizmente, principalmente por acreditarmos que o Direito de Execução das Penas não tem tido a atenção que merece, não nos é possível, num trabalho deste tipo, alongar-nos em matérias que são extensas e merecem aprofundamento e autonomia científica, dado a relevância que têm não apenas como conformação das penas concretamente atribuídas, mas como parte do Direito Penal. Parece-nos que conhecer as penas que verdadeiramente temos e pensar as que queremos e podemos ter é terreno fértil para o futuro das investigações em Direito Penal. Sobre a identificação da disciplina científica do Direito Penal e a sua subdivisão, v. Jakobs, 2008.

⁷ Ainda sobre a linguagem jurídica actual, Dias (2007, p. 7) distingue os dois sentidos que vêm sendo atribuídos a “Direito Penal”. Um sentido amplo (ou o de um “ordenamento jurídico penal”) que abrange: (i) o Direito Penal substantivo ou material; (ii) o Direito Processual Penal, adjectivo ou formal; (iii) e o Direito de Execução das Penas e medidas de segurança, Direito Penal Executivo (ou, considerando Dias esta designação inexacta, direito penitenciário) e um sentido corrente, quando normalmente se fala em “Direito Penal” referimo-nos apenas ao *Direito Penal Substantivo*.

⁸ Utilizando também este conceito, a distinção de Rodrigues (1988, p. 5-6) parte de uma analogia lógica com o sentido em que se fala de “equilíbrio da sentença” no processo civil. Rodrigues, seguindo uma perspectiva mais processualista, limita a definição do DEP à “regulamentação imediatamente respeitante ao efeito executivo da sentença e, portanto, aos preliminares e ao controlo geral da execução”. Sobre o processo executivo no Direito Civil v., entre outros, Freitas (2009); Marques (2000); Ferreira (2010) e Sousa, 1998.

145.º, que “as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes”⁹, mas já desde o reinado de D. Maria I estavam abolidas de facto as penas cruéis e corporais, e também a Reforma Penal de 1884 “matriz do Código de 1886, aboliu a prisão perpétua e os trabalhos públicos, completando medidas já iniciadas pela Lei de 1867, e fixou em 30 anos o máximo da duração da pena de prisão”¹⁰, como ilustração dessa mesma evolução das normas de execução das penas desde as Revoluções Liberais a que fizemos referência acima¹¹.

Lembrámos que essa Lei de 1867 continha as bases do sistema penitenciário que só viria a aplicar-se plenamente no decorrer do século XX, depois da construção de estabelecimentos adequados. Neste século destacam-se a Reforma Prisional de 1936 (pela entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 26.643), introduzindo verdadeiramente o princípio da subordinação da execução das penas a fins de ressocialização que, a partir de 1954, passou a estar expressamente previsto no Código Penal (no seu art. 58.º). Nesse mesmo ano, concluindo o que já se propunha desde o Decreto-Lei n.º 34.674, de 1945, foi regulamentado o resgate das penas de prisão pelo trabalho, bem como continuados e implementados os regimes da providência extraordinária de *habeas corpus* (introduzida pelo Decreto-Lei

⁹ Da Carta Constitucional de 1826, com relevância para a execução das penas, v. também o § 18.º, que refere: “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”, e § 19.º, que dispõe que “Nenhuma pena passará da pessoa do delincente. Portanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do Réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja”.

¹⁰ Sintetizando a História das penas no Direito Português, cf. Veloso (1999, p. 543-545).

¹¹ Mais uma vez, pela natureza e objecto do trabalho, não podemos desenvolver nem estender-nos na riqueza da evolução histórica do DEP português, razão pela qual, para abordar a “evolução das penas no Direito português” desde a Reconquista Cristã até ao período imediatamente posterior a 1852 e identificar esta mesma tendência de um DEP “mais favorável” aos condenados, recorremos também ao estudo exaustivo e pormenorizado Correia (1977).

n.º 35.043, de 1945) e a da jurisdicionalização das decisões sobre execução das penas e medidas de segurança, confiadas em exclusivo a Tribunais de Execução das Penas desde 1949, pela Lei 2000.

Depois da Constituição de 1976, salienta-se a Reforma Prisional de 1979 (através do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1.º de agosto)¹², seguida pela introdução de legislação dispersa concretizando os regimes da execução das penas privativas de liberdade e que apenas foram concentradas através das mais recentes reformas do DEP.

Assistimos assim, recentemente, em 2010 à entrada em vigor do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEP)¹³ que entrou em vigor em 2010, e depois de ter sido devidamente regulamentado, pelo Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais (RGEP)¹⁴, em 2011. Estas mais recentes

¹²Sobre essa reforma e principalmente sobre o sistema complementar decorrente do regime especial para jovens com idade entre 16 e 21 anos (de acordo com o Decreto-Lei 401/82, de 23 de setembro), Veloso (1999, p. 546) lamentou: “como tantas vezes acontece entre nós com os programas legislativos mais importantes, também nestes pontos as lustrosas proclamações não têm sido acompanhadas do maçador trabalho de criação das condições de aplicação prática”.

¹³ Aprovado pela Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro, alterado pela Lei n.º 40/2010, de setembro.

¹⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 51/2011, de 11 de abril, procurando uniformizar o tratamento, entre outras matérias, ilustrativas da extensão dos aspectos cobertos pelo DEP:

- i - os procedimentos de ingresso no estabelecimento prisional;
- ii - a transferência de reclusos entre estabelecimentos prisionais (e as suas saídas e transporte);
- iii - os equipamentos e objectos admitidos nos espaços de alojamento;
- iv - as condições de utilização das instalações para actividades da vida diária;
- v - o tipo, quantidade e conservação do vestuário;
- vi - o tipo, quantidade, acondicionamento e frequência da recepção de alimentos do exterior;
- vii - as condições das visitas a reclusos;
- viii - as condições de recepção e expedição de encomendas;
- ix - a concretização os incentivos ao ensino e à formação;
- x - as condições de organização das actividades sócio-culturais e desportivas;
- xi - a colaboração com instituições particulares e organizações de voluntários.

alterações dificilmente podem ser caracterizadas como “reformas” e como novas leis de execução das penas, uma vez que essa codificação, mais do que inovar, veio organizar, arrumar e sistematizar as normas de DEP já pré-existentes e dispersas em legislação avulsa.

Esforço do legislador que, por si, e em matérias que careciam de organização foi aplaudido por muitos, mas não alterou os quadros legais em vigor, limitando-se a codificar direitos e deveres dos reclusos que foram sendo reconhecidos nas décadas anteriores e a repetir regras que decorriam das leis revogadas tácita ou expressamente pelo CEP, não se alterando relevantemente (e, portanto, nem favorável, nem desfavoravelmente) a execução de qualquer pena com estes novos instrumentos jurídicos. Terá sido talvez facilitada, pela reunião das normas aplicáveis (de resto como acontece em qualquer movimento codificador) a consulta e o conhecimento da lei e assim, também, propiciadas alterações legislativas, como as que anteciparemos neste trabalho.

Assim, esta panorâmica geral, muito simplista, sobre o percurso histórico do DEP permite-nos identificar e evidenciar uma curva ascendente de melhoria das condições de vida prisional e dos direitos, benefícios e protecção de condenados e ex-condenados. No entanto, parece-nos que este movimento internacional terá abrandado, parado ou mesmo regredido, pois a recente evolução do Direito Penal, posterior à queda das torres gémeas em Nova Iorque a 11 de setembro (como segundo momento simbólico, que escolhemos para, em oposição à “Tomada da Bastilha”, ilustrar a inflexão num paradigma de Direito Penal), tem apontado um sentido oposto.

De facto, durante a última década, tem aumentado consideravelmente o número de vozes pedindo mais segurança e mais efectividade da justiça penal. Por todo o mundo ocidental, legisladores, autoridades, julgadores e estudiosos do Direito Penal revelaram e defenderam estas novas ideias mais securitárias e castigadoras, o que resultou em reforços das formas de investigação criminal (desde

logo com sacrifício da liberdade de cada um). Mas, também num aumento do número de incriminações e de instrumentos ao serviço da justiça penal¹⁵, verificando-se movimentos sociológicos de defesa

¹⁵ Esta tendência para as neocriminalizações verificou-se em inúmeras áreas, do combate ao terrorismo ao Direito Penal do ambiente, passando pelo combate à corrupção. Neste sentido, também será possível enquadrar estes movimentos de nova atenção aos sistemas de execução das penas na inclinação do Direito Penal na sociedade de risco para o chamado “Direito Penal Simbólico” (identificando esta tendência do Direito Penal Português, cf. Fernandes (2001, p. 53-56 e 72), e em movimentos de verdadeiro “fortalecimento da corrente de pensamento denominado Lei e Ordem, que pugna [...] [pela] maior ingerência do Estado no combate à criminalidade”, como tantas vezes identificam os movimentos de criação de “Direito Penal Simbólico”. Neste sentido, cf. Almeida 2007, p. 13.

Ainda acerca dos fóruns populares, de uma certa “guerra santa contra certo tipo de delinquência”, cf. também Silva (2011, p. 47-63). A propósito desses movimentos, vêm questionando algumas vozes, as defesas desse um Direito Penal chamado “Direito Penal Simbólico”. Este fenómeno vem sendo muito criticado, como “um direito Penal incapaz, desacreditado, criador de bodes expiatórios e produto de certas conjunturas políticas e ideológicas oportunistas, em que alguns programas eleitorais ou políticos transformam o “trágico” o “imoral” ou o “horror” numa ‘simples’ e milagrosa qualificação penal” (assim, ALBUQUERQUE, 2011, p. 56-57). Também assim, na medida em se pedem agravamentos das penas e “penas exemplares” poderemos estar a permitir a criação de um DEP que seja simbólico nestes termos e contrarie o núcleo de valores do Direito Penal. E isto não quer dizer que não se procure o sucesso e resultados (nomeadamente de reinserção social e reposição da paz social, questão a que regressaremos abaixo – um Direito de Execução das Penas que busque o sucesso só será perigoso se esse sucesso for exclusivamente político e se tornar o fim da própria criação e aplicação das normas e sistemas, não buscando cumprir as suas funções e os fins das penas, mas antes outros fins paralelos, superficiais e simbólicos. Isso será diametralmente oposto de um DEP que busca a eficiência e a maximização de resultados, orientado por esses mesmos fins e funções.

Assim, novas normas de execução das penas poderão ajudar ao desenho e implementação de um sistema de justiça penal mais eficiente e uma maior defesa dos bens jurídicos em causa, não se verificando a “falácia” de que o “Direito Penal Simbólico substitui um necessário combate à criminalidade” (apontada por JESUS; GRAZZIOTIN, 2011, p. 4).

Sobre estes mesmos problemas, da tensão entre segurança e liberdade ao “Direito Penal do Inimigo”, é muito oportuno – mesmo para outras questões tratadas neste trabalho – ler jurisprudência recente do Tribunal da Relação do Porto, nomeadamente no Ac. de 28 de maio de 2008, Proc. n.º 0812167, e no Ac. de 29 de outubro de 2008, Proc. n.º 0814711, ambos relatados por Maria do Carmo Silva Dias, em que é dito: “É certo que, hoje em dia [...] há uma certa tensão entre a ideia de segurança por um lado e a liberdade por outro. Mas, não é pelo facto de no Direito Penal liberal se dar preferência (primazia) à segurança, que vamos cair

agravamento censurabilidade dos crimes, estigmatizando-se reclusos, condenados e ex-condenados, multiplicando-se os discursos pedindo penas mais severas e maior rigor e severidade na concessão de liberdade condicional, aceitando efeitos prolongados da pena, quase como uma “desistência da reinserção social”, tida por muitos como impossível e impraticável (GOMES; DUARTE; ALMEIDA, 2004, p. 32).

Para além destas novas concepções filosófico-ideológicas e do fim de um certo paradigma “liberal” do direito penal, a crise económico-financeira global que se vem sentindo nos anos mais recentes tem implicado repensar o “Estado Social” em todos os sectores da actuação do Estado, incluindo-se a Justiça e o Direito Penal.

A partir dos problemas de sustentabilidade das finanças públicas, nomeadamente no contexto da União Económica e Monetária, Portugal e outros países europeus têm adoptado rigorosos planos de estabilização e austeridade, e justificado restrições de direitos e verdadeiros regimes excepcionais, que vão justificando e motivando reformas em vários ramos do Direito.

Sobre estas questões e os limites aos poderes do legislador, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 396/2011, defendeu recentemente que

não se pode ignorar, todavia, que atravessámos reconhecidamente uma conjuntura de absoluta excepcionalidade, do ponto de vista

na defesa do “direito penal do inimigo”. E, não obstante aderirmos à posição dos que concluem que o “Direito Penal do Inimigo” desconsidera a noção de pessoa (tal como, por outro lado, o Direito Penal Simbólico só quer sucesso simbólico, sucesso político e, nessa medida, não contribui para um melhor Direito Penal), a verdade é que é preciso não esquecer que há muito que o legislador abandonou aquela ideia da pena como retribuição e expiação. Todos sabemos que qualquer reforma penal não pode prescindir da protecção dos Direitos Fundamentais que são assegurados a qualquer pessoa em sociedades democráticas, liberais, tolerantes e solidárias”.

da gestão financeira dos recursos públicos. O desequilíbrio orçamental gerou forte pressão sobre a dívida soberana portuguesa, com escalada progressiva dos juros, colocando o Estado português e a economia nacional em sérias dificuldades de financiamento [...] Neste contexto, e no quadro de uma estratégia global delineada a nível europeu, entrou na ordem do dia a necessidade de uma drástica redução das despesas públicas (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 396/2011. Lisboa, **Diário da República**, 2.^a série, n.º 199, 17 de outubro de 2011, p. 41.096).

A propósito destas circunstâncias, o mesmo Tribunal veio exigir

um justo balanceamento entre a protecção das expectativas dos cidadãos decorrentes do princípio do Estado de direito democrático e a liberdade constitutiva e conformadora do legislador, também ele democraticamente legitimado, legislador ao qual, inequivocamente, há que reconhecer a legitimidade (senão mesmo o dever) de tentar adequar as soluções jurídicas às realidades existentes, consagrando as mais acertadas e razoáveis, ainda que elas impliquem que sejam “tocadas” relações ou situações que, até então, eram regidas de outra sorte (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 304/2001. Lisboa, **Diário da República**, II Série, n.º 260, 9 de novembro de 2001, p. 1860).

Esta crise económica, restrições orçamentais e falta *de facto* de verbas para remunerar guardas prisionais e mesmo reclusos trabalhadores¹⁶, indiciam não apenas a iminência, mas também a necessidade de alterações no sistema prisional, estando já em curso projectos de reforma, com preocupações de eficiência, economia e maior severidade, também nos âmbitos da Justiça Penal¹⁷.

¹⁶ Sobre estes protestos e mesmo greves e dificuldades sentidas no sistema prisional durante o último ano, veja-se, entre muitas outras notícias, ADESÃO (2011) e GREVE (2010).

¹⁷ E repare-se que é também neste contexto que o novo XIX Governo Constitucional iniciou funções, repare-se, quanto ao sistema de Justiça, nomeadamente penal, e

Repare-se que, com este trabalho, pretendemos antecipar os problemas referidos acima, especialmente a previsibilidade de entrada em vigor, nos tempos mais próximos, de normas mais *desfavoráveis* relativas à execução das penas, quando comparadas com o quadro normativo actualmente existente. As previsíveis reformas e alterações nestas matérias exigem uma resposta pronta do intérprete e do aplicador do Direito Penal, assegurando a integridade do sistema de justiça penal e garantindo as soluções mais adequadas em cada caso. Assim, quando tiverem lugar alterações de DEP (previsivelmente em sentido desfavorável, embora a questão também seja relevante se em sentido favorável ao recluso), será necessário questionar a forma como as novas normas se aplicarão no tempo.

Em geral, aprendemos que o regime da aplicação no tempo das leis penais decorre do artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), resultando dessas normas uma proibição de retroactividade das normas penais que criem ou agravem a responsabilidade criminal, e a aplicação retroactiva das de conteúdo mais favorável ao arguido.

as preocupações de eficiência, o que sobre isso vem nas p. 64 e ss. do Programa do XIX Governo Constitucional, disponível em <http://www.portugal.gov.pt/pt/GC19/Documentos/Programa_GC19.pdf>. É também paradigmática e explícita em matéria de execução das penas, a proposta, concreta, quanto à liberdade condicional, de um dos partidos eleitos para o Governo, no sentido de propor alterações ao Código Penal e à legislação complementar no sentido de: “tornar mais rigoroso o regime da concessão de liberdade condicional, tornando regra a sua concessão apenas após o cumprimento de dois terços da pena, de três quartos para a criminalidade grave e violenta e impedindo a sua concessão em crimes dolosos, e em caso de reincidência, com pena aplicável superior a 15 anos. Reforçaremos a fiscalização das denominadas saídas precárias dos reclusos, impedindo a sua concessão a reclusos condenados por crimes violentos ou reincidentes e, quando concedidas, tornando obrigatória a utilização de meios de vigilância electrónica; agravar, nos casos de criminalidade violenta, para 3/4 o mínimo de pena que terá de ser cumprido, tornando regra geral o cumprimento de 2/3 de pena (actualmente, é apenas metade)” (Disponível em: <http://esteeomomento.cds.pt/images/stories/medidas/cds_p_manifesto%2019maio.pdf>. Acesso em: 10 out. 2011. Especialmente, p. 70.

Alguma doutrina tem procurado definir o âmbito de aplicação desse artigo, nomeadamente para saber se se pode aplicar a normas processuais penais¹⁸. Conforme desenvolveremos adiante, alguns autores têm defendido que existe um conjunto de normas de Processo Penal que devem ser consideradas como lei penal, para efeitos de aplicação da “Constituição Penal” (na qual se incluem as regras quanto à aplicação das suas alterações) (PALMA, 2006, *passim*, em especial, p. 68).

É a esse debate que nos queremos juntar, procedendo a raciocínios semelhantes no campo do DEP, no sentido de saber se as normas de execução penal também preenchem a previsão destas normas constitucionais, beneficiando do seu regime especial. Ao contrário do processo penal, a execução das penas é uma matéria em relação à qual, sem motivo aparente, estas dúvidas não se têm colocado.

Um dos motivos poderá ser o facto de, durante os últimos anos, se terem vindo a colocar problemas de sucessão de leis processuais penais, que mereceram, assim, a atenção da doutrina, e exigiram decisões da jurisprudência, mas ainda não se terem verificado problemas deste tipo quanto a sucessão de normas de execução das penas. De facto, esta questão tem sido muito desprezada, ainda que haja recomendações e apelos a que esse aprofundamento seja feito, para começar a responder às questões que necessariamente se irão colocar (DIAS, 2007, p. 7-8).

Mesmo no plano legislativo, também é reveladora desta indiferença em relação ao tema a ausência de qualquer norma dedicada à aplicação no tempo das leis de execução das penas no CEP, ao contrário do que acontece no CP (art. 2.º) e no CP (art. 5.º),

¹⁸ Para além de muitos outros, cujas posições paradigmáticas serão descritas mais à frente, veja-se, acerca da aplicação da lei processual no tempo, na doutrina portuguesa, também Caeiro (2001, p. 231-253); Moutinho (1994, p. 77-117); Rocha (1983, p. 85-151); e Canotilho (1990), quanto à aplicação no tempo de lei nova que altera prazos de prisão preventiva.

existindo apenas uma disposição transitória que se aplica apenas às normas do seu Livro II (normas processuais).

Procurámos, assim, poder contribuir para o desenvolvimento do estudo desta matéria, respondendo a uma questão essencial: o Direito de Execução das Penas é “Direito Penal”, no sentido constitucional do termo?

Seguindo a definição ampla do DEP que adoptámos, é importante notar que, no ordenamento jurídico português, as suas normas se encontram não apenas nos já referidos CEP e RGEP, mas também do Código Penal (CP) e Código de Processo Penal (CP), e até dispersas em outros instrumentos jurídicos, como os orçamentos dos estabelecimentos prisionais, as leis de identificação criminal, as normas fiscais relativas à contratação de ex-condenados, a Constituição da República Portuguesa (CRP) – nomeadamente ao fixar limites explícitos à execução das penas – e tratados internacionais – entre outras, as proibições de tortura ou maus tratos.

Assim, quando nos referimos a *normas de DEP*, estas podem encontrar-se em qualquer um destes diplomas e referir-se a qualquer um dos momentos que se seguem à condenação: ingresso no estabelecimento prisional, dia a dia do recluso, liberdade condicional, registo criminal, benefícios para a reinserção social e assistência pós-prisional.

É importante fazer ainda uma ressalva quanto ao âmbito, extensão e conceitos utilizados neste trabalho. Pretendemos reflectir sobre todas as normas de execução das penas e das medidas privativas de liberdade a partir das normas de execução das penas de prisão, pelo que, em geral, faremos referência a pena no seu sentido mais comum – como pena de prisão – e, quando referirmos “determinação da medida da pena” esta expressão quererá significar a operação tem como objecto a pena de prisão. Repare-se que é assim que a doutrina vem estudando as penas e que a grande maioria de normas de

execução das penas incide sobre este tipo de penas. Contudo, todas as conclusões sobre essas normas de execução das penas de prisão deverão alargar-se às normas de execução de penas alternativas ou distintas das penas de prisão, e as referências a “recluso” e “estabelecimento prisional” deverão adaptar-se e aplicar-se para condenados e para os locais onde as penas sejam executadas.

COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O objecto deste trabalho é, então, saber qual é o regime aplicável às alterações em matéria de execução de penas, isto é, à sucessão destas normas no tempo, procurando saber se estamos perante Direito Penal e se as regras e princípios que identificámos como pertencendo a esse *Direito de Execução das Penas* são materialmente penais, devendo ser tratadas como tal, especialmente para efeitos de proibição ou imposição de retroactividade das novas leis e alterações.

Desta forma, o nosso relatório pretende responder às seguintes questões:

- (i) qual é o regime aplicável à sucessão de leis de Direito de Execução das Penas?
- (ii) estamos perante Direito Penal?
- (iii) que critério utilizar para saber se estas normas são materialmente penais?
- (iv) quais são as consequências dessa escolha de regime para o Direito de Execução das Penas?

Considerámos que procurar saber se o Direito de Execução das Penas se inclui no conceito constitucional de Direito Penal é uma interrogação que pertence evidentemente à análise do Direito Penal

sob uma perspectiva constitucional, para a qual fomos estimulados no Curso de Mestrado. Pretendemos, assim, problematizar os limites impostos pela Constituição ao Direito de Execução das Penas, compreendendo de que forma estão restringidas as opções do decisor legislativo e administrativo nestas matérias (PALMA, 2006, p. 126).

Pretendemos, então, contribuir para o enquadramento jurídico, constitucional penal, das alterações em matéria de Direito de Execução das Penas. Para tal, seguiremos, assim, dois níveis de análise, que orientam a estrutura do relatório:

(i) no plano dos pressupostos e conceptual, importa saber que regime aplicar quando tiver lugar uma alteração ao Direito de Execução das Penas, procurando saber se é (totalmente ou em parte) materialmente Direito Penal e que critério utilizar nessa determinação (capítulo II), com o objectivo de identificar um núcleo de Direito Penal material sujeito aos limites constitucionais, particularmente em matéria de sucessão de leis;

(ii) no plano da aplicação do Direito, é necessário identificar as consequências do regime e critérios adoptados, designadamente em matéria de aplicação da lei de execução das penas no tempo, impondo-se a aplicação da lei mais favorável e proibindo-se a aplicação da lei desfavorável, apontando-se o momento de referência e a competência para essa decisão (capítulo III).

II O REGIME APLICÁVEL ÀS ALTERAÇÕES DO DIREITO DE EXECUÇÃO DAS PENAS

O primeiro passo para determinar qual o regime aplicável à sucessão de normas de execução das penas no tempo é compreender se as podemos enquadrar na previsão do art. 29.º, n.º 4, CRP. Assim, a pergunta que aqui colocámos não é “o que é o Direito Penal?”, mas antes “o que é o Direito Penal que a Constituição refere?”. A primeira pergunta tem vindo a ser respondida pela doutrina ao

procurar apresentar a disciplina, a ciência, o estudo e mesmo o objecto e o regime do Direito Penal. Nesse sentido, tem-se definido o Direito Penal como o

conjunto de normas jurídicas que ligam a certos comportamentos humanos, os crimes, determinadas consequências jurídicas privativas deste ramo de direito” e que “visa a definição dos pressupostos do crime e das suas concretas formas de aparecimento; e a determinação tanto em geral, como em espécie das consequências ou efeitos que à verificação de tais pressupostos se ligam (penas e medidas de segurança), bem como das formas de conexão entre aqueles pressupostos e estas consequências (DIAS, 2007, p. 7).

No entanto, neste capítulo, pretendemos responder à segunda questão, no sentido de saber se podemos enquadrar as normas de execução das penas no conceito de lei penal da Constituição, para lhes aplicar o seu regime. Assim, tentaremos delimitar que normas de execução das penas são normas de direito substantivo penal (pois só essas desfrutam da aplicação das normas constitucionais).

1 A DELIMITAÇÃO DE UM NÚCLEO DE DIREITO PENAL MATERIAL

Como já temos vindo a referir, para saber que regime aplicar aos processos em curso e aos reclusos já condenados quando for feita uma alteração ao Direito de Execução das Penas, é necessário saber se esse Direito, ou pelo menos algumas das suas normas, é Direito Penal, e que critério utilizar para o descobrir.

Já anteriormente avançámos que existe na doutrina um “lugar paralelo” deste problema: a sucessão de leis processuais penais no tempo. Assim, considerámos útil começar por estudar quais as formas como, de entre as normas de DP, a doutrina delimitou as materialmente penais, para lhes aplicar a estatuição constitucionalmente prevista no

art. 29.º, n.º 4, CRP.

Note-se que, quanto ao DP, o chamado problema da retroactividade *in pejus* das suas normas é abordado pelo próprio CP, que, no n.º 2 do seu artigo 5.º, proíbe a sua aplicação imediata nos casos em que desta resulta um “agravamento sensível da situação processual do arguido”¹⁹ (al. a), “quebra da harmonia e unidade

¹⁹ O art. 5.º do CP foi ao encontro da posição que já vinha sendo defendido por Dias (1981) antes da entrada em vigor do CP aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro, em 1988. Cf. o número dedicado ao “âmbito de aplicação temporal do Direito Processual Penal” em Dias (1981, p. 110-112).

Nas suas lições de Processo Penal, este autor parte da regra geral da diferenciação entre Direito Processual Penal e Direito Penal, e, tal como aceita, em geral, a analogia para as normas processuais (DIAS, 1981, p. 95-98), também as submete, quanto à aplicação no tempo, à regra geral do artigo 12.º do Código Civil, acentuando que, em regra, a lei processual penal “só dispõe para o futuro” (seguindo a “ideia de que o princípio da legalidade só tem incidência substantiva e não processual, a que acresceria o carácter instrumental e a natureza publicística das normas processuais” (DIAS, 1981, p. 110-111). Contudo, já nessa data, este autor sublinhava que aplicar a regra geral sem excepções seria errado: “esta doutrina é a dominante; mas não parece que seja a melhor”.

Apontava, então, uma primeira via que assume em Direito Processual Penal “uma particular importância”, através do chamado “Direito transitório” – especialmente relevante para processos cujo início da tramitação precede a entrada em vigor da lei nova, e cujo termo só acontece posteriormente. E, em segundo lugar “*e sobretudo*” (sublinhado pelo autor), Dias defendia que “o princípio jurídico-constitucional da legalidade se estende, em certo sentido, a toda a repressão penal e abrange, nesta medida, o próprio Direito Processual Penal” (cf. não apenas DIAS, 1981, p. 112, mas também as p. 77 e 78 e 96 e 97), alcançando, assim, a extensão por si dada na conjugação do princípio *nulla poena sine legem* com o princípio *nulla poena sine processu* (*sine iudicio*), concebendo uma exigência constitucional de “legalidade da inteira ‘repressão’ que põe em jogo a liberdade da pessoa desde o momento em que o mecanismo repressivo se movimenta até àquele em que a reacção declarada é concretamente executada” (DIAS, 1981, p. 77), defendendo ainda que “só com este entendimento, obterá o cidadão uma garantia efectiva e concreta, que não de simples expressão formal”). Concretizando essa exigência e procurando otimizar a aplicação do princípio da legalidade neste âmbito, Dias formulou o critério geral que viria a ser utilizado no CP, afastando a nova lei processual penal quando dela “resulte um agravamento da posição processual do arguido ou, em particular, uma limitação do seu direito de defesa” (DIAS, 1981, p. 112).

dos vários actos do processo” (al. b). No entanto, alguns autores têm considerado que os limites à aplicação imediata das normas processuais penais, por vezes, não resulta do art. 5.º, n.º 2, CP, mas sim da aplicação directa do art. 29.º CRP. Seriam estas as normas processuais materiais ou substantivas, que, portanto, enquadrariam o conceito de “lei penal” para efeitos constitucionais.

Há, no entanto, outros autores que consideram que o art. 5.º afasta a aplicação do Direito Processual Penal das normas constitucionais relativas à proibição de retroactividade *in pejus* por as situações do n.º 2 salvaguardarem suficientemente as garantias impostas pelo princípio da legalidade (como a previsibilidade e a proibição do arbítrio) (PALMA, 2008, p. 17): havendo lei especial, não haveria necessidade de recorrer à Constituição. Apesar desse entendimento, os mesmos autores vêm-se na inevitabilidade de averiguar da aplicabilidade da Constituição às normas processuais penais quanto à retroactividade *in melius*, visto que o CP não a prevê. Assim, quer em relação à retroactividade *in melius* como *in*

Também Ferreira (1955-1956, p. 62-63) construiu e desenvolveu um princípio geral da aplicação da lei processual no tempo, nas suas lições dos anos 50. Dessa sua formulação resultava que (i) se o processo termina durante a vigência de uma lei revogada, deverá manter o seu pleno valor, (ii) se o processo se não iniciou ainda, embora o facto que constitua o seu objecto tenha sido cometido no domínio da anterior legislação, deverá ser-lhe inteiramente aplicável a nova legislação (o que, repare-se, aponta no sentido da aplicação imediata das novas normas processuais penais); ressaltando no entanto os casos em que (iii) a lei nova surge durante a marcha do processo, devendo ser válidos todos os actos processuais realizados de harmonia com a lei anterior, sendo submetidos à nova lei todos os actos ulteriormente praticados.

Apesar de a considerarmos datada, e sublinhamos o desenvolvimento e aprofundamento conseguidos na jurisprudência mais recente, esta formulação do princípio por Ferreira (1955-1956) vem sendo recebida e repetida pela jurisprudência, mesmo em decisões recentes. Assim, cf. Acórdão do STJ de 28 de novembro de 2007, e, repetindo e citando as mesmas p. 62 e 63 que contém esta exacta enunciação, também o Acórdão do STJ de 20 de fevereiro de 2008; o Acórdão do STJ de 5 de novembro de 2008; e o Acórdão do STJ de 4 de fevereiro de 2009.

pejus tem-se colocado a questão de saber se se aplicam às normas processuais penais os limites constitucionais à aplicação da lei no tempo.

Como já referimos, não existe qualquer regra geral de aplicação do DEP no tempo nos vários diplomas. No entanto, a lei que aprova o CEP (Lei n.º 115/2009) contém uma disposição transitória, o art. 9.º, que se aplica apenas às normas processuais relativas a processos que decorrem perante os tribunais de execução das penas, que determina no seu n.º 1 que

As disposições do livro II do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade não se aplicam aos processos iniciados anteriormente à sua vigência quando da sua aplicabilidade imediata possa resultar agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do recluso ou quebra da harmonia e unidade dos vários actos do processo, continuando, nesses casos, os processos a reger-se, até final, pela legislação ora revogada.

Há o acréscimo no n.º 2 que “O disposto no número anterior não prejudica a aplicação imediata das normas sobre renovação da instância nos processos de liberdade condicional.”. Assim, o critério adoptado pela lei em relação a estas normas processuais é muito semelhante à norma do CP. O diploma é, no entanto, omissivo em relação à aplicação no tempo das restantes normas (não processuais) que se situam nos restantes livros do Código, pelo que dessa omissão parece resultar a aplicação da regra geral do art. 12.º CC, isto é, a sua aplicação imediata. Deste modo, também para o DEP é insuficiente a regulação da lei, sendo necessário averiguar se são aplicáveis as normas da Constituição.

Por outro lado, também não há notícia na jurisprudência de casos que consistam num problema de sucessão de leis de

execução das penas²⁰. A verdade é que, na prática, as alterações verificadas se têm aplicado imediatamente, e isso não tem causado o descontentamento dos reclusos (a ponto de ser levado a Tribunal) pois, como referimos no enquadramento introdutório, pelas reformas das leis de execução das penas e pelas novidades legislativas em diplomas dispersos, apenas fomos assistindo e sentindo uma evolução favorável das situações dos condenados, reclusos, e ex-condenados, só sendo possível sentir hodiernamente a iminência de alterações *in pejus* de DEP. Pelo contrário, estas alterações têm-se verificado no DP, das alterações de normas que alteram prazos de procedimento prescricional às alterações da natureza dos crimes, criando situações de conflito que propiciaram o seu estudo.

Assim, parece-nos da maior relevância e utilidade para a nossa investigação começarmos por compreender de que forma é que alguma doutrina tem defendido que a certa norma processual penal não se deve aplicar o art. 5.º do CP mas sim o regime constitucional. Como já referimos, este raciocínio tem passado pela distinção entre normas processuais formais e normas processuais materiais, sendo que a estas última se deveria aplicar o mesmo regime que à “lei penal” (isto é, a própria Constituição).

²⁰ A única referência ao problema parece encontrar-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 27 de maio de 2008, ainda que indirectamente, mas a Resolução da questão acaba por se basear noutros fundamentos que não a aplicação no tempo. No entanto no acórdão refere-se que, em termos de imposição de retroactividade da lei mais favorável interessa não só a diminuição quantitativa da pena, em termos de moldura penal, mas também os pressupostos da suspensão da execução e de concessão da liberdade condicional. Assim, é dito que: “A questão residirá, pois, em, concretamente, analisar se se verificou alteração legal e se esta, por mais favorável ao condenado, não poderia ter sido atendida no momento da sua condenação. Relevantes para o efeito, serão sempre alterações na moldura penal e nos pressupostos da suspensão da execução da pena e da concessão da liberdade condicional”. Já é dado, por isso, um passo em frente quanto à aplicação do regime constitucional a normas de execução das penas, embora sem qualquer justificação.

Apontem-se as raízes históricas desta distinção na melhor tradição jurídico-penal portuguesa, sendo já centenários os estudos em que se defende existirem normas processuais que devem ser tratadas como materialmente penais. Neste sentido, António Henriques da Silva (1905, p. 145) defendeu que “as leis formulárias podem envolver frequentemente a ofensa de direitos, e, sempre que possa haver ofensa de direitos fixados à sombra da lei, é substantiva a lei formulária e não deve aplicar-se retroactivamente, por implicar com os direitos dos cidadãos”²¹.

Este pensamento foi retomado e desenvolvido nos vários estudos sobre a sucessão de leis processuais penais das últimas duas décadas, seguindo os critérios, que iremos referir, para reconhecer e qualificar algumas normas processuais como materialmente penais.

Posteriormente à análise destes critérios, importará, então, saber se alguns desses raciocínios se podem aplicar também ao Direito de Execução de Penas ou se, pelo contrário, será necessário seguir um caminho completamente novo, pela autonomia e características destas normas jurídicas, para descobrir se há algumas das suas normas (ou até todas) que preenchem a previsão do art. 29.º CRP.

Em suma, quanto à base e ponto de partida para identificação do regime a aplicar, parece-nos que tal como no Direito Processual Penal se distinguiram normas materialmente penais e processuais penais *proprio sensu* ou formais, também deveremos procurar distinguir DEP material e formal. Defendemos que essa distinção é a concretização possível e adequada da pergunta com que terminámos

²¹ A adaptação para português moderno desta citação é de Silva (2010, p. 122). O texto original é de Silva (1905, p. 145). Parece-nos extremamente interessante e útil recuperar os estudos de “Direito Constitucional Penal” elaborados por este autor, designadamente as análises das normas e das alterações de Direito Penal (e processual) à luz das normas da Carta Constitucional de 1826, nomeadamente o art. 145.º, §2. Estudando exactamente os limites fixados por essa norma, cf. Silva (1905, p. 153-157), devendo consultar-se, neste caso, as p. 332 a 336 do documento.

a introdução: perguntar “o que é o Direito Penal de que fala a Constituição?” é, para os efeitos do nosso trabalho, perguntar “há normas de Direito de Execução das Penas que são Direito Penal no sentido em que é referido na Constituição?” ou, melhor, “há Direito de Execução das Penas que é Direito Penal material?”.

Podemos, ao fim, chegar à conclusão de que todo o DEP é materialmente penal²², ou de que apenas algumas das suas normas o são. Assim, o trabalho que nos propomos a fazer é de delimitação de um núcleo materialmente penal dentro do DEP, se este existir, procurando no final concluir que normas o integram.

2 OS CRITÉRIOS PARA A IDENTIFICAÇÃO DE NORMAS PROCESSUAIS MATERIALMENTE PENAI

Se parece que a quase totalidade da doutrina do Processo Penal que trata este problema adopta a metodologia de distinguir as normas processuais formais das normas processuais materiais, já não será possível encontrar o mesmo consenso quanto aos critérios utilizados para o fazer. Olhando para a literatura sobre o tema, verificámos que os vários autores defendem diferentes critérios para a delimitação de um núcleo de lei penal (no sentido constitucional do termo) dentro da lei processual penal.

Após o estudo aprofundado dos principais autores que tratam a sucessão de leis processuais penais no tempo, procurámos sintetizar – pois esse não é em si o objecto do trabalho, sendo apenas um lugar paralelo que complementa a investigação – e agrupar os vários critérios defendidos para considerar certa norma processual como contendo também regulação substantiva em cinco essenciais.

²² Se bem que uma total coincidência entre DEP e DP nos pareça, à partida, estranha e improvável, dada a amplitude de normas que defendemos serem DEP. De facto, como a evolução do estudo demonstrará, há normas de DEP que são meramente técnicas, e a que não se justifica a aplicação do regime constitucional.

Assim, as normas processuais materiais seriam:

- (i) normas processuais sistematicamente localizadas no Código Penal;
- (ii) normas processuais que afectam directamente a relação jurídica punitiva;
- (iii) normas processuais que afectam direitos fundamentais;
- (iv) normas que representam uma pré-conformação da penalidade a que o arguido poderá ficar sujeito;
- (v) normas que não meramente técnico-processuais.

Assim, importa conhecer esses critérios, que já foram estudados para o processo penal, e procurar saber se algum deles é, também, adequado para a delimitação das normas de execução das penas materialmente penais, ou se, pelo contrário, é necessário encontrar critérios próprios para esta matéria²³.

Relembre-se que às normas de execução das penas que se conclua que são materialmente penais se aplica o regime constitucional especial do Direito Penal, para todos os efeitos e consequências (nomeadamente, aplicação dos princípios da legalidade, retroactividade das normas mais favoráveis, aplicação jurisdicional do Direito Penal, proporcionalidade, igualdade, necessidade, entre outros).

²³ A defesa de um critério para o processo penal está fora do âmbito deste trabalho, razão pela qual não desenvolvemos a análise crítica dos critérios propostos pela doutrina para a selecção das normas processuais penais a submeter aos regimes constitucionais do Direito Penal, mas apenas uma análise crítica da possibilidade da sua transposição para a execução de penas.

(i) Normas Processuais Sistemáticamente Localizadas no Código Penal

Começámos, assim, esta exposição com um critério que, na verdade, consiste num “vício metodológico” apontado por Carvalho (2008, p. 352) ao analisar o problema da sucessão de leis processuais penais.

Um aplicador do Direito “imediatista” e “preguiçoso” poderia pensar que o lugar das normas penais coincidiria com a sua natureza substantiva, processual ou de execução das penas. Assim, seriam normas materialmente penais apenas aquelas que pertencem ao CP, seriam formalmente penais, ou processuais *proprio sensu*, as que pertencem ao CP, e seriam normas de execução das penas *proprio sensu* as que pertencem ao CEP (ou ao RGEP).

Repare-se que este critério parte da ideia de que o legislador faz a distinção, distribui e arruma as normas segundo a sua natureza (o que até pode ser a sua intenção, pretendendo cada codificação ser uma globalidade ordenada que contem o núcleo, e até a generalidade, das regras jurídicas sobre determinada matéria²⁴), mas, se utilizado, acabaria por permitir ao legislador determinar a natureza das normas, e fugir aos limites às suas opções legislativas que decorrem do regime constitucional que vámos referindo²⁵.

²⁴ Sobre esta noção e causas da codificação, v. Ascensão (2006, p. 203 a 211), apontando, muito resumidamente, quanto aos Códigos e movimentos codificadores, vantagens (permitirem um conhecimento mais fácil do Direito aplicável, evitarem a incompatibilidade entre as fontes, destacarem os princípios gerais e darem ao intérprete um mapa para a aplicação do Direito) e desvantagens (as mesmas desvantagens da existência de lei, maior rigidez e, por isso, maior desatualização em relação à evolução da sociedade), p. 206.

²⁵ Assim, através de “mudanças ou burlas de etiquetas” poderia o legislador, como o aplicador do Direito, contribuir para a violação dos limites e princípios estruturantes do Direito Penal. Referindo problemas similares, de permitir qualificações ao aplicador do Direito, no Processo Penal, cf. Dias (1988/1989, p. 7).

Assim, tem sido afastado – e bem – pela doutrina, que tem estudado este problema, o tipo de critérios que recorre a argumentos como a pertença das normas a determinado Código ou mesmo o órgão de que provêm, apesar de, segundo Carvalho alguma doutrina e jurisprudência o estarem a seguir e, para responder aos problemas que vamos referindo – a sucessão de leis processuais penais –, se tem socorrido de “argumentos superficiais, formais e, portanto, inconsistentes (como, p. e., a localização sistemática, o facto de condicionarem o procedimento) para decidir a natureza jurídica (material ou processual) das normas penais em causa” (CARVALHO, 2008, p. 352).

Também no DEP, por estas razões, o critério deve ser afastado. O reconhecimento de natureza materialmente penal apenas às normas de execução das penas que pertençam ao CP (e que existem – basta lembrar desde logo algum do regime da liberdade condicional, nos arts. 81.º a 84.º CP) é desadequado, desajustado e contrário às regras de interpretação das normas que são essenciais para uma boa aplicação da lei.

Ainda que reconheçamos ao legislador o esforço de seleccionar as matérias com maior relevância materialmente penal para o Código Penal, não podemos aceitar que a mera “deslocalização” de normas para outros Códigos ou diplomas (por exemplo, para o CEP ou para o REGP), altere a sua natureza penal.

As normas de execução das penas não passarão ou deixarão de ser penais apenas por uma escolha do legislador, mas pelos efeitos que produzirem na esfera dos arguídos, condenados e ex-condenados. Caso contrário, este critério permitiria os maiores disparates jurídicos, podendo o legislador contornar os limites que lhe são impostos pela mera inclusão de quaisquer normas penais que quisesse aplicar imediatamente num Código de Execução das Penas!

(ii) Normas Processuais que Afectam Directamente a Relação Jurídica Punitiva

Explica Palma (1998, p. 417)²⁶ que se aplicam directamente as normas constitucionais a “todas as normas do Processo Penal que não se possam caracterizar como puras normas processuais, mas que sejam de natureza substantiva penal numa conexão fundamentadora da responsabilidade do arguido” (PALMA, 1998, p. 417), concretizando, mais à frente, que estas seriam as “normas que se refiram às condições de procedibilidade ou causas de extinção do procedimento criminal, como acontece com as normas que regulam os prazos prescricionais, na medida em que estas delimitem directa e exclusivamente a relação jurídica punitiva” (PALMA, 1998, p. 417-418).

A autora explica ainda que os limites à aplicação retroactiva de normas processuais resultam também do art. 5.º, n.º 2, CP, que se aplicaria a casos diferentes dos que vimos anteriormente. Deste modo, prevê a sua aplicação quanto às

normas processuais das quais derive um efeito essencial para a posição processual do arguido na relação jurídica punitiva, na sua fase processual. São normas que, embora não afectando

²⁶ Esta autora já estudou variadas vezes esta questão, sendo que as publicações mais gerais (isto é, que não tratam problemas específicos de certas normas) são Palma (1998, p. 413-430) e, da mesma autora, Palma (2008, p. 9-21). No entanto, a posição exposta pela autora em 1998 parece já não se manter em 2008, sendo que as opiniões que aqui descrevemos são as anteriores. Assim, ao contrário do que aqui dissemos, no estudo mais recente, Palma afirma que “as situações do art. 5.º, n.º 2, são, [...] a expressão no Processo Penal das garantias de previsibilidade e proibição do arbítrio”, parecendo desconsiderar a aplicação do art. 29.º (embora não seja claro), e restringe também a aplicação retroactiva *in melius* a situações muito mais limitadas (em articulação com juízos de inconstitucionalidade). É de notar, no entanto, que o artigo de 2008 é sobre um tema mais amplo, sendo apenas feita uma referência breve ao tema, na perspectiva da reforma do Processo Penal de 2007. Consideramos, por isso, que é, ainda assim, da maior utilidade expor a posição anterior, quer porque o novo texto não é definitivo no seu abandono, quer por ser muito relevante e paradigmática neste âmbito, como veremos.

a existência da relação jurídica punitiva nem a modificando substancialmente, atingem a possibilidade do comportamento do arguido realizar os direitos que lhe são reconhecidos no processo penal, como por exemplo o direito de defesa (PALMA, 1998, p. 420).

Neste sentido, tanto o art. 29.º CRP como o art. 5.º, n.º 2, CP seriam limites ao art. 5.º, n.º 1, restando aplicar imediatamente (como decorre do n.º 1 do art. 5.º CP) as normas que se limitassem a regular o modo de proceder dos tribunais e não às condições de procedibilidade ou causas de extinção do poder criminal, nem às normas que atingissem direitos do arguido que resultam da existência de um processo penal²⁷.

Há que notar, no entanto, que no decorrer da exposição, a autora analisa casos concretos – como o das normas relativas aos prazos de prescrição e à natureza dos crimes – adoptando uma metodologia um pouco diferente. De facto, embora centre a aplicação do art. 29.º CRP na existência de uma afectação da relação punitiva pela norma em causa, na análise casuística acaba por não procurar, expressamente, saber se certa norma afecta de facto essa relação, mas sim se a aplicação dessa mesma norma exige o respeito pelo princípio da legalidade (objectividade, previsibilidade e segurança

²⁷ Podemos, no entanto, conceber normas que não afectem directamente a relação jurídica punitiva nem Direitos reconhecidos ao arguido no Processo Penal, mas que afectem outros Direitos Fundamentais – por exemplo, uma norma que limite o Direito à Intimidade da vida privada (que é um Direito que embora se manifeste no processo penal, tem uma abrangência muito mais ampla, e não resulta directamente deste). Em relação a essas, não há dúvidas de que Palma também defende a sua aplicação retroactiva, pois, no início do texto em causa, é logo referido que da “fundamentação da proibição da retroactividade resulta o seu âmbito no Direito Penal. São, deste modo, contempladas com a proibição da retroactividade: [...] todas as normas processuais que afectem direitos, liberdades e garantias”. Assim, se não se considerassem já estes direitos como protegidos da retroactividade pelo art. 29.º CRP ou pelo 5.º CP, poderíamos sempre aplicar o art. 18.º, n.º 3, CRP, visto tratarem-se de normas restritivas de direitos, liberdades e garantias.

jurídica).

Deste modo, é a teleologia do art. 29.º CRP que leva a que Palma conclua que certa norma se inclui na sua previsão. Assim, por exemplo, conclui que se deve aplicar a proibição de retroactividade do art. 29.º CRP à lei que transforma um crime particular em público, pois “a aplicação imediata da lei no caso de não ter sido deduzida queixa antes de ela ter entrado em vigor não garantiria suficientemente o princípio da objectividade da vinculação do Estado ao seu direito. A solução deste tipo de casos deve ser, diferentemente, a aplicação pura e simples da lei antiga”.

Esta determinação da materialidade das normas não só por uma definição abstracta do seu conteúdo, mas também por uma verificação concreta da sua *ratio* e do resultado a que concluem parece-nos do maior interesse, sendo que iremos retomá-la a propósito das normas de execução das penas.

(iii) Normas Processuais que Afectam Direitos Fundamentais

A opinião dos Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto (2009, p. 34 a 37, em anotação ao art. 5.º) enquadra-se na daqueles que não consideram necessário aplicar a Constituição às normas processuais penais, para efeitos de proibição de retroactividade, pois assumem que o regime do art. 5.º, n.º 2 CP, salvaguarda suficientemente a posição do arguido neste âmbito.

No entanto, estes autores não parecem considerar que o art. 5.º, n.º 2 CP, dê ao arguido todas as garantias que o princípio da legalidade exigiria. Assim, da sua exposição resulta que estes autores, para efeitos de proibição da retroactividade *in pejus*, aplicam o art. 5.º, n.º 2 CP, e que, sempre que concluem que certa norma agrava sensivelmente a posição jurídica do arguido, lhe aplicam, como consequência, o regime do art. 29.º, n.º 4, CRP, quanto à imposição da retroactividade *in melius*.

Posto isto, resta apenas compreender que, para estes autores, apenas há agravamento sensível da situação processual do arguido quando as normas processuais “afectam os direitos fundamentais” (MAGISTRADOS, 2009, p. 35), acrescentando, no sentido do que já expusemos, que, constatando-se a existência dessas normas que atingem direitos fundamentais, “poderá existir, assim, justificação para a aplicação do princípio da retroactividade da lei processual penal mais favorável” (MAGISTRADOS, 2009, p. 35).

Apesar de não ser esse o critério a que parece dar maior importância (abaixo faremos referência à sua principal proposta), a construção de Carvalho sobre a retroactividade das normas processuais penais também aparenta repousar nessa necessidade de assegurar e garantir os direitos e as liberdades – aplicando o regime constitucional da aplicação da lei penal no tempo, logicamente, às alterações de normas cuja aplicação imediata não os garanta. E é assim que este autor chega à sua leitura do princípio constitucional:

o art. 29.º da CRP assume-se, no campo da responsabilização penal, como garantia dos direitos e liberdades, direitos e liberdades que tanto podem ser arbitrariamente afectados pela aplicação retroactiva de leis sobre a criminalização ou a agravamento da pena como pela mesma retroactividade de alterações legislativas desfavoráveis de normas processuais penais materiais” (CARVALHO, 2008, p. 363)²⁸.

²⁸ Segundo este autor, seria possível que a Constituição não contivesse previsão expressa destes regimes de aplicação no tempo para as leis penais favoráveis e desfavoráveis, já resultando jurídico-constitucionalmente essas imposições do regime geral dos direitos, liberdades e garantias, do art. 18.º CRP. Assim, esse artigo já proíbe a retroactividade das leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias e também impõe que essas restrições se limitem ao indispensável para realizar os fins que fundamentem as restrições das leis referidas. Desta forma Carvalho (2008, p. 364) concebe, enfim, os princípios do art. 29.º que vimos estudando, como não mais do que “a concretização, no campo jurídico-penal, das razões de garantia política e da máxima restrição possível das intervenções estaduais nos direitos, liberdades e garantias, proclamadas pelo art. 18.º”.

Sem pretendermos alongarmo-nos no tema, à primeira vista, parece-nos que o regime próprio da aplicação lei criminal previsto nas Constituições ultrapassa

(iv) Normas que Representam uma Pré-Conformação da Penalidade a que o Arguido Poderá Ficar Sujeito

Outro dos critérios apresentados para estabelecer a distinção entre normas processuais formais e materiais é a qualificação como materialmente penais das normas que “representam, em termos materiais, uma verdadeira pré-conformação da penalidade a que o arguido poderá ficar sujeito” (ALBUQUERQUE, 2009, n.º 2 da anotação ao art. 5.º, p. 56). Assim, as normas processuais materiais estariam sujeitas ao princípio da legalidade e, assim, ao regime constitucional que se aplica ao Direito Penal.

No mesmo sentido parece-se pronunciar-se Silva (2010, p. 122), que entende que “se a lei tem efeitos sobre a penalidade concreta aplicável ao arguido, ela deve ser considerada de natureza material, ainda que o seja também de natureza processual, ou seja, de natureza mista penal-processual”.

Contudo, qualquer um destes autores se limita a enunciar este critério, sem aprofundar o que se deve entender por “pré-conformação da penalidade”. Assim, aparentando ser mais restritivo (limitando as normas processuais materiais àquelas que verdadeiramente conformam a penalidade), este critério ainda é mais vago e amplo do que os outros critérios propostos, sem, no entanto, parecer acrescentar qualquer instrumento para a interpretação e aplicação dos regimes.

(v) Normas que não Meramente Técnico-Processuais

O último critério que queremos referir, ao contrário das hipóteses anteriores, identifica as normas processuais materiais pela negativa. Isto é, os autores que o adoptam procuram reconhecer e qualificar das normas processuais formais ou *proprio sensu*, para

a mera concretização do regime geral das restrições do art. 18.º, sendo tão necessário como o catálogo de Direitos Fundamentais o é em relação ao princípio geral da dignidade da pessoa humana: há normas que exigem a presença de outras para que ganhem sentido e força e possam ser aplicadas devidamente.

dizer que todas as outras serão materiais.

Assim, o estudo de Carvalho (2008, p. 347 e ss.) sobre a sucessão de normas processuais penais parte precisamente da exclusão da aplicação dos regimes constitucionais especiais ao “direito processual técnico” (CARVALHO, 2008, p. 361), que seria o conjunto das normas processuais formais. Conforme se vê, a consideração como materialmente penal passa, segundo esta perspectiva, a ser a regra geral, sendo o carácter meramente adjectivo, a excepção.

Considerando desadequadas e abusivas as classificações tradicionais que diferenciam as leis “de fundo” das leis “formais”, o autor recupera os estudos de Levasseur²⁹, que parte de uma proibição geral de retroactividade de todas normas desfavoráveis do “direito repressivo” (LEVASSEUR, 1971, p. 189-254), e que inclui todas as normas relacionadas com a repressão criminal (portanto, o direito penal no sentido mais amplo que se lhe pode atribuir, apontando já este autor algumas normas de “processo executivo”, como repressivas), defendendo que apenas se poderão aplicarem imediatamente aquelas normas processuais que se refiram aos “actos de pura técnica processual” (LEVASSEUR, 1971, p. 197).

No entanto, continua a ser necessário concretizar o que é o carácter meramente técnico, e quais as normas que se integram nesse grupo. Embora Carvalho deixe essa questão em aberto (2008, p. 362)³⁰, Levasseur distingue quatro tipos de “normas repressivas”,

²⁹ Levasseur (1971, p. 206-207, *apud* CARVALHO, 2008, p. 359) considera que esta “categoria das leis ditas ‘formais’ é complexa e heterogénea, abrangendo normas sobre constituição e competência dos tribunais criminais, processo penal e normas sobre a execução das penas”. Abaixo, retomaremos o pensamento e argumentos deste autor que, contrariamente à maioria da doutrina que tem estudado a extensão do que se deve considerar objecto destes princípios específicos sobre a aplicação da lei penal no tempo, autonomiza o Direito de Execução das Penas, propondo soluções próprias que nos interessa trazer para esta discussão.

³⁰ Assim, a partir da indicação deste critério de identificação de “Direito Processual Técnico” – fazendo-o representar todas as normas Processuais Penais Formais – o autor limita-se, então, a partir daí a justificar e sujeitar apenas as outras normas

procurando encontrar normas que regulem actos meramente técnicos em cada um desses âmbitos, (i) as normas relativas à organização judiciária e competência dos tribunais; (ii) as normas relativas à condução (e tramitação) do processo; (iii) as normas relativas à decisão e às provas em que ela se fundamenta; e (iv) as normas relativas à execução das penas³¹. Assim, embora não defina em geral quais as normas meramente técnico-processuais, dá exemplos concretos para cada um destes quatro grandes domínios processuais, considerando ser relativamente fácil identificar normas técnicas (sendo, pelo menos, mais fácil do que o definir o que são normas materiais).

Esta inversão, excluindo apenas do regime constitucional as normas processuais sobre as quais, após a sua análise, se conclua que são meramente técnicas, parece-nos a melhor forma de garantir os direitos e as liberdades, pois parte de um princípio de que, salvo “prova” em contrário, as normas processuais são materiais – esta metodologia parece-nos a mais segura e adequada já no campo

(Processuais Penais Materiais) aos princípios constitucionais da aplicação da lei penal favorável, pela proibição da retroactividade desfavorável e imposição da retroactividade desfavorável, concretizando esses regimes, sem mais regressar ao critério para reconhecer as normas a que se aplicam (CARVALHO, 2008, p. 362 e ss.).

³¹ Neste sentido, Levasseur (1971). Os quatro tipos de normas repressivas: (i) as normas relativas à organização judiciária e competência dos tribunais, (p. 207 a 211); (ii) as normas relativas à condução (e tramitação) do processo, subdivididas em (a) normas sobre a investigação e constatação das infracções (p. 211 a 212), (b) normas sobre o início da acção penal (p. 212 a 223), (c) normas relativas à instrução e suas formalidades (p. 223 a 227), (d) normas relativas ao “encaminhamento” para o julgamento (p. 227 a 230), (e) normas relativas à discussão em julgamento (p. 230 a 232) e (f) as normas relativas às vias de recurso (p. 232 a 238); (iii) as normas relativas à decisão e às provas em que ela se fundamenta, v. p. 238 a 243; e (iv) as normas relativas à execução das penas, também subdivididas em (a) normas relativas ao adiamento e suspensão da execução da pena (p. 244) e (b) à prescrição da própria pena (p. 245), (b) normas relativas à liberdade condicional (p. 245 a 247) e (c) normas relativas às modalidades materiais ou técnicas para a execução das penas (p. 247 a 254). A este quarto tipo de normas repressivas, regressaremos abaixo.

do Direito Processual Penal, como forma de melhor garantir os direitos e liberdades. Defendemos que ainda haverá mais razões para a utilização desta inversão de perspectiva no campo do DEP, relacionado com a execução diária de intervenções na vida, direitos e liberdades dos condenados.

3 A IDENTIFICAÇÃO DE NORMAS DE DIREITO DE EXECUÇÃO DAS PENAS MATERIALMENTE PENAIS

Após este brevíssimo resumo dos principais critérios que se têm utilizado para distinguir a que normas se aplica o regime constitucional penal, e que normas são puramente processuais, é então momento de procurar compreender se algum destes critérios se podem transpor para uma distinção semelhante, no DEP, entre normas de execução das penas que são materialmente penais, meramente processuais e de execução das penas *proprio sensu*.

Já anteriormente afastámos liminarmente o critério que se baseia na localização sistemática das normas, concluindo que não faria sentido aceitar a mera “deslocalização” de normas para outros Códigos ou diplomas (por exemplo, para o CEP ou para o REGP) como forma de alterar a materialidade penal. As normas de execução das penas só passam ou deixam de ser penais pelos efeitos que produzirem na esfera dos arguídos, condenados e ex-condenados e não pela uma escolha do legislador que as introduz na ordem jurídica.

No entanto, a própria localização sistemática (manterá sempre, como auxiliar interpretativo da lei, alguma relevância) poderá indiciar – e nunca mais do que isso – materialidade penal. Desta forma, o CP contém muitas das mais relevantes normas de execução das penas, designadamente: (i) as respeitantes à suspensão da execução da pena de prisão, seus pressupostos e duração³²,

³² Assim, pelo regime legal, no art. 50.º CP, o Tribunal (i) suspende a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a cinco anos se, atendendo

mas também logo os deveres e regras de conduta a que pode ser subordinada³³, a “suspensão com regime de prova”³⁴, o regime do plano de reinserção social³⁵, a falta de cumprimento das condições da suspensão, a sua revogação, e as regras sobre a extinção da pena³⁶;

à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, sendo que o período da suspensão terá duração igual à da pena de prisão determinada na sentença (art. 50.º, n.ºs 1 e 5 do CP), (ii) contudo, se julgar conveniente e adequado à realização das finalidades da punição, subordina esta suspensão ao cumprimento de deveres ou à observância de regras de conduta (que podem ser impostos cumulativamente), ou determina que seja acompanhada de regime de prova (art. 50.º, n.ºs 2 e 3 do CP), (iii) é sempre obrigado a especificar os fundamentos da suspensão e das suas condições, na decisão condenatória (art. 50.º, n.º 4 do CP).

³³ Os deveres e regras de conduta a que a suspensão pode ser subordinada vêm regulados pelos arts. 51.º e 52.º CP.

³⁴ O Tribunal pode determinar que a suspensão seja acompanhada de regime de prova, se o considerar conveniente e adequado a promover a reintegração do condenado na sociedade, de acordo com o art. 53.º CP.

³⁵ A redacção do artigo aplicável (54.º CP) e da epígrafe também foi dada pela já referida Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, passando a prever o CP que o plano de reinserção social contém os objectivos de ressocialização a atingir pelo condenado, as actividades que deve desenvolver, o respectivo faseamento e as medidas de apoio e vigilância a adoptar pelos serviços de reinserção social, sendo dado a conhecer ao condenado procurando-se o seu acordo prévio (n.ºs 1 e 2). Será também possível ao Tribunal impor deveres e regras de conduta e outras obrigações que interessem ao plano de readaptação e ao aperfeiçoamento do sentimento de responsabilidade social do condenado, nomeadamente (i) responder a convocatórias do magistrado responsável pela execução e do técnico de reinserção social, (ii) receber visitas do técnico de reinserção social e comunicar-lhe ou colocar à sua disposição informações e documentos comprovativos dos seus meios de subsistência, (iii) Informar o técnico de reinserção social sobre alterações de residência e de emprego, bem como sobre qualquer deslocação superior a oito dias e sobre a data do previsível regresso, (iv) obter autorização prévia do magistrado responsável pela execução para deslocações ao estrangeiro (n.º 3).

³⁶ A falta de cumprimento das condições da suspensão vem regulada no art. 55.º CP, e a sua revogação no art. 56.º CP e as regras sobre a extinção da pena são as previstas no art. 57.º CP.

(ii) toda a regulação (complementada por disposições do CEP³⁷) da prestação de trabalho a favor da comunidade³⁸; (iii) também o regime principal (actualmente complementado pelo CEP³⁹, anteriormente, pelo CP) da liberdade condicional, seus pressupostos e duração⁴⁰ e os

³⁷ Nomeadamente os arts. 169.º e 170.º do CEP, sobre a substituição da prisão por prestação de trabalho a favor da comunidade e a revogação da prestação de trabalho a favor da comunidade.

³⁸ De acordo com a definição legal, a prestação de trabalho a favor da comunidade consiste na prestação de serviços gratuitos ao Estado, a outras pessoas colectivas de Direito Público ou a entidades privadas cujos fins o Tribunal considere de interesse para a comunidade e deve ser aplicada pelo Tribunal em substituição de pena de prisão não superior a dois anos, sempre que concluir que por este meio se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, v. os arts. 58.º e 59.º do CP.

³⁹ As regras sobre a liberdade condicional constantes no CEP, encontram-se principalmente nos seus arts. 173.º a 182.º, quanto à concessão de liberdade condicional, designadamente: a instrução, tramitação, consulta do conselho técnico, audição do recluso, parecer do Ministério Público, decisão, suspensão da decisão, recurso e renovação da instância, prazos especiais e regras sobre a substituição da liberdade condicional pela execução da pena de expulsão; nos arts. 183.º a 187.º CEP, quanto à execução e incumprimento da liberdade condicional, nomeadamente: relatórios de execução, comunicação de incumprimento e incidente de incumprimento, recurso, extinção da pena; e no art. 188.º CEP quanto ao período de adaptação à liberdade condicional; ainda poderão ser relevantes os arts. 151.º CEP (processos urgentes), 155.º CEP (formas de processo), e 79.º, n.º 2, d) e 80.º, n.º 1, d) CEP (licenças de saída jurisdicionais que não podem ser concedidas quando se verifique a revogação da liberdade condicional nos 12 meses que antecederem o pedido), 120.º, n.º 3 CEP (considerando-se os tempos de duração do internamento ou do regime de permanência em habitação como tempo de execução da pena para efeitos de liberdade condicional), 136.º, n.ºs 1 e 2 (sobre o acompanhamento pelos serviços de reinserção social), 138.º, n.ºs 1 e 4, c), p) e r) CEP sobre a competência para a decisão do Tribunal de execução das penas; 141.º, i) CEP, sobre a competência do MP proceder ao cômputo, em caso de execução sucessiva de penas, para efeitos de concessão de liberdade condicional e art. 142.º, n.º 2, a) CEP, competência do conselho técnico (órgão auxiliar do Tribunal de execução das penas com funções consultivas) para emitir parecer sobre a concessão de liberdade condicional.

⁴⁰ Assim, liberdade condicional deverá sempre ter duração igual ao tempo de pena de prisão que falte cumprir, até ao máximo de cinco anos, considerando-se nessa altura extinto o excedente da pena. Necessariamente, o condenado a pena de prisão superior a seis anos é colocado em liberdade condicional após

regimes da adaptação, da liberdade condicional em caso de execução sucessiva de várias penas e a remissão para o regime da suspensão da pena como regime da liberdade condicional (arts. 62.º a 64.º do CP); (iv) e ainda se refira o regime da reincidência cujas normas, relativamente à pena anterior, também podem ser consideradas “de execução”, sendo regulados os seus pressupostos⁴¹.

Considerando, também, a localização sistemática como indício da natureza das normas e, já estudando a relação CP-CP, Rodrigues (1988), quanto às normas que regulavam o conteúdo da sentença condenatória, afirmava que essa matéria “foi – e bem – desentranhada do Código de Processo Penal, fazendo jus à sua natureza substantiva”⁴². Não podemos deixar de concordar com a autora neste ponto. No entanto, se essas normas se mantivessem no CP, não perdiam a sua natureza substantiva, como é óbvio.

o cumprimento de cinco sextos da pena (art. 61.º, n.º 5 CP). Pode, contudo, o condenado a prisão ser colocado pelo Tribunal em liberdade condicional quando se encontre cumprida metade da pena e no mínimo seis meses se for fundamentamente expectável, de acordo com as circunstâncias do caso, a vida anterior do agente, a sua personalidade e a evolução desta durante a execução da pena de prisão, que este, uma vez em liberdade, conduzirá a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes; e a libertação se revele compatível com a defesa da ordem e da paz social (art. 61.º, n.º 2 CP). Estes últimos pressupostos, compatibilidade “*com a defesa da ordem e da paz social*”, devem ser desconsiderados pelo Tribunal quando encontrarem cumpridos dois terços da pena e no mínimo seis meses (art. 61.º, n.º 3 CP). Atente-se, ainda que a aplicação da liberdade condicional depende sempre do consentimento do condenado (art. 61.º, n.º 1 CP).

⁴¹ Assim, o art. 75.º CP define os pressupostos da reincidência, determinando que é punido como reincidente aquele que cometer crime doloso punido com pena de prisão efectiva superior a 6 meses depois de condenação por sentença transitada em julgado condenatória em pena semelhante, também de 6 meses, por crime doloso, “de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime”.

⁴² Encontrando-se, à data (1988), a matéria da execução das penas regulada no Livro X do Código de Processo Penal – “Execuções”.

De facto, como já referimos, embora não pareça que o legislador do CP se tenha dedicado a regular actos meramente técnico-processuais (ou procedimentais) da execução da pena, a localização sistemática nunca será argumento suficiente para determinar a natureza de uma norma.

Assim, o primeiro critério que temos de tentar transpor para o domínio do DEP seria o de que todas as normas de DEP que afectam directamente a relação jurídica punitiva são materialmente penais (ii). Ao contrário do Processo Penal, este não parece ser um bom critério quando nos situámos no âmbito da execução das penas, pois qualquer alteração, mesmo a mais técnica e insignificante (que, claramente, não justifica a aplicação do regime constitucional), tem necessariamente de afectar a relação punitiva, pois todas as normas incidem precisamente sobre a forma como a pena é cumprida.

Assim, este critério não se revela adequado para distinguir quais as normas de execução das penas que são materialmente penais, pois o próprio conceito de “execução da pena” coloca as suas normas no âmbito da relação jurídica entre o recluso e o Estado, que pune. Assim, por exemplo, a alteração dos horários do dia a dia dos reclusos não parece justificar a protecção de confiança, a previsibilidade e a segurança jurídica que resultam da Constituição; mas repare-se que, se o responsável pelo estabelecimento prisional, ao serviço do Estado, altera o horário, está a agir no âmbito da relação jurídica punitiva Estado-recluso.

Este exemplo, assim como muitos outros, levam-nos a concluir que a transposição deste critério – que no Processo Penal parece adequado – para o Direito de Execução das Penas, levaria a resultados não desejáveis, nem pela teleologia dos regimes, nem por juízos de proporcionalidade e necessidade, nem por serem estas realidades que o critério do Processo Penal pretenderia acautelar.

Já o critério que considera Direito Penal substantivo as normas processuais que afectam direitos fundamentais (iii), ao ser

transposto para o DEP resultaria na ideia de que seriam Direito Penal substantivo todas as normas de execução de penas que afectam direitos fundamentais. Também aqui seria muito difícil conceber aspectos da execução da pena que não afectem direitos, liberdades e garantias.

Mais uma vez, o critério da afectação de direitos fundamentais parece demasiado vago, levando à conclusão de que praticamente todas as normas de DEP seriam materialmente penais, o que, quando levado ao limite, poderia significar que qualquer alteração das condições do alojamento ou dos tempos livres, que não alterasse significativamente as condições de vida dos reclusos, fosse, ainda assim, considerada uma alteração de Direito Penal substantivo, por *afectar* o direito à habitação e à cultura. Recorde-se que este critério não implica a *restrição* dos direitos fundamentais, mas simplesmente a sua *afecção*. Considerámos, por isso, que as características naturalmente repressivas do Direito de Execução das Penas (que não existem no Direito Processual Penal) tornam este critério demasiado vago e indeterminado, e pouco adequado.

Quanto ao critério defendido por Albuquerque (2009) e Silva (2010) (iv), se aplicado ao DEP, resultaria em que seriam materialmente penais as normas que representam uma pré-conformação da penalidade a que o arguido poderá ficar sujeito se for condenado. O problema deste critério é exactamente o mesmo que identificámos quanto ao Processo Penal: se não compreendemos o que se entende por “pré-conformação da penalidade” será muito difícil de o aplicar.

Contudo, tentámos aproveitar o sentido útil dessa expressão, que serviria para distinguir as normas de execução das penas que verdadeiramente conformam a pena das normas que se limitem a regulamentar aspectos acessórios (imagine-se, por exemplo, os procedimentos de internamento ou registo interno dos reclusos num estabelecimento prisional). No entanto, se fosse este o sentido a dar ao critério, encontrar-nos-íamos perante o mesmo problema: se as normas de execução das penas determinam de que forma a pena será

cumprida, então há sempre uma conformação da penalidade inerente a qualquer regra. Desta forma, ao aplicar este critério, constataríamos que as regras penais do CP conformam quantitativamente a penalidade e as normas materialmente penais do CEP conformam qualitativamente a penalidade.

Se esta afirmação nos parece inteiramente verdadeira – e voltaremos a defender esta perspectiva ao longo do trabalho – a verdade é que, como critério distintivo do DEP materialmente penal, nos volta a parecer demasiado amplo. Se é verdade que todas as normas de DEP conformam de alguma forma, mesmo que muito diminuta, a forma como a pena vai ser vivida pelo recluso (por exemplo, se o estabelecimento dispõe ou não de televisão), já não parece correcto que todas as suas regras mereçam desfrutar do regime constitucionalmente previsto para o Direito Penal.

Há, assim, que encontrar um critério que explique quais as normas que têm dignidade penal para que lhes seja aplicado o seu regime constitucional.

Repare-se que, quando a doutrina procurou critérios para considerar certa norma processual como material (e não apenas adjectiva) acabou sempre por chegar a critérios que, embora distintos, incidem sobre a projecção dessas normas sobre a esfera de direitos do arguido ou sobre o resultado final do processo, em que este conflui com o Direito substantivo: a sentença, e a determinação da pena.

É por esse motivo que os critérios que até agora analisámos não parecem adequados quando se transpõem para a fase de execução das penas: nesta fase, pela natureza das coisas, as normas incidem necessariamente sobre a pena (pois é este o seu único objecto) e sobre os direitos dos condenados (pois a pena tem sempre como efeito a sua limitação, ou a modificação do seu exercício)⁴³.

⁴³ Estas conclusões confirmam a noção de que o Direito de Execução das Penas tem autonomia em relação ao Direito Processual Penal, pelo que faz sentido defender um critério autónomo e adequado às características deste conjunto de normas.

Tendo em conta esta autonomia, pode ser útil para o presente estudo referirmos

sumariamente alguns dos princípios vigentes no Direito Penal português para a execução das penas. Assim, a execução da pena (principalmente de prisão), deve, segundo o art. 42.º CP sobre a “execução da pena de prisão”, servir a defesa da sociedade e prevenir a prática de crimes, orientando-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes. Para tal, é regulada em legislação própria que fixa os deveres e os direitos dos reclusos (essencialmente, mas não só, os já referidos CEP e RGEP). Lembremos, assim, os princípios discutidos a propósito dos fins das penas o já referido princípio da reinserção social, mas também o princípio da legalidade (conformador de todo o Direito Penal) e que consiste em várias exigências no que respeita ao Direito Processual de Execução das Penas (cuja regulação está contida em primeiro lugar no CP, arts. 467.º e ss., e depois no CEPMLP), implicando, desde logo, a existência de um *título judiciário de execução* - título executivo (e decisão) cujos requisitos e exequibilidade vêm regulados no CP, o princípio da execução imediata das penas (RODRIGUES, 1988, p. 12), que não vem expressamente consagrado legislativamente (nomeadamente no CP), mas decorre de imperativos, razões e fundamentação que nos parecem lógicos e tornam necessária a execução imediata de qualquer pena – seja por motivos relacionados com a dignidade da pessoa humana (imagine-se a crueldade de retardar um castigo que se sabe inevitável), seja por motivos de prevenção geral, e de manifestação do funcionamento da justiça (para além da *exemplaridade* da condenação, a justiça proferida pelo Juiz tem de ganhar forma pela concretização da execução). Apenas por motivos *humanitários* e excepcionais se poderá admitir adiamentos na execução da pena (compressões do princípio). Por fim, outro princípio com relevância é o princípio da continuidade na execução das penas, por motivos muito próximos aos que sustentam o princípio da execução imediata das penas (ainda que se admitam casos de execução fraccionada da pena (cf., p. e., o regime do art. 47.º, n.º 3 do CP, sobre o pagamento em prestações de multas, e regimes de saídas do estabelecimento (CEPMLP), entre outros).

Desta forma, sendo a pena concebida como um período contínuo, estruturado de acordo com um plano e programa devidamente construído, é fácil perceber que, idealmente, se deverá tender para uma continuidade no regime aplicável (e, portanto, evitar-se a aplicabilidade imediata de novas normas). Em teoria, a pena deve ser executada como um todo, planificado e programado cada um dos seus momentos e fases, com vista à reinserção social do recluso, deveriam manter-se todos os aspectos, sob pena desse plano se tornar supervenientemente desajustado ou mesmo inútil. A propósito deste assunto, Investigadores do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa e do Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, referem um “absoluto consenso quanto à verificação de uma enorme disjunção entre o quadro teórico previsto e a sua concretização prática, que decorre, designadamente, da não elaboração do plano individual de readaptação, embora consagrado na lei, que acompanhasse e programasse o percurso do recluso durante o cumprimento da sua pena; da inexistência de um plano formal que acompanhe o recluso pós-libertação” (GOMES; DUARTE; ALMEIDA, 2004, p. 32).

Desta forma, parece-nos que será mais adequado seguir a metodologia de Levasseur, considerando que, à partida, todo o Direito de Execução das Penas é substantivamente penal. Se, eventualmente, encontrarmos normas meramente técnicas (por exemplo, as que determinem de que forma é distribuída a roupa lavada pelos reclusos), essas serão excluídas desse âmbito, aplicando-se as regras gerais de aplicação no tempo, interpretação, etc.

No entanto, falta a este critério, na nossa opinião, uma forma de determinar se a norma é meramente técnica (em termos de execução da pena ou em termos processuais), que se baseie na *ratio* do princípio da legalidade. Explicando melhor: se às normas puramente técnicas não se aplicará o regime constitucional previsto para a lei penal (pois não são materialmente penais), então nunca poderemos considerar como técnica uma norma cuja aplicação imediata, ou analógica, violasse, na prática, o princípio da legalidade. Assim, as exigências de objectividade, previsibilidade e segurança jurídica devem relevar na ponderação de quais as normas que, ainda que aparentemente técnicas, devem, pelo contrário, ser consideradas materialmente penais, pois a sua aplicação viola o princípio de legalidade penal.

(i) Algumas Referências da Doutrina Portuguesa à Aplicação do Princípio da Legalidade Penal a Certas Normas que Regulam a Execução de Penas

Apesar de a doutrina portuguesa não se ter ainda dedicado ao estudo dos problemas de relação entre princípio da legalidade penal

Sendo este o quadro legal – de continuidade, programação e planificação individual da pena, não se alegue que a realidade não tem acompanhado as previsões legais. Deve-se, ao conceber o sistema de justiça penal como um todo, obedecer-se aos princípios legais enquanto estes estiverem consagrados, sob pena de violação da lei e mesmo da Constituição, na medida em que também ela valoriza a importância da reinserção social, tendo vindo a doutrina a encontrar esse valor na CRP e defendido que as penas, não apenas em abstracto, mas também em concreto, devem ser orientadas a esse fim (também prevalecendo em relação à aplicação imediata).

e Direito de Execução das Penas, não somos os primeiros a notar que o problema existe e é relevante.

Assim, a propósito da distinção entre Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito de Execução das Penas, tem-se que

Seja quais forem as dificuldades de determinação do carácter substantivo, processual ou executivo de certas normas jurídico-penais, uma tal determinação é relevante para muitos efeitos e não deve ser escamoteada. Assim, p. ex., para efeito de proibição da retroactividade da lei [...], de proibição de aplicação da norma por analogia [...], de aplicação da lei no espaço [...]. Ponto é que a atribuição da norma ou instituto ao Direito Penal, ao Direito Processual Penal ou ao Direito Penal Executivo não seja levada a cabo numa base puramente lógico-formal e conceitualista, mas por apelo a considerações teleológicas, axiológico-normativas e político-criminais decisivas no contexto de um sistema funcional e racional (DIAS, 2007, p. 7-8).

É, exactamente, isto que nos propomos a fazer, na sequência do que temos vindo a dizer.

Já quase trinta anos antes, Ferreira (1981) alertava para a necessidade de discernir e diferenciar materialidades diferentes no âmbito das normas de execução das penas:

Relativamente às leis sobre execução das penas há que distinguir. Quando elas se reportam à essência das penas, os princípios aplicáveis são os que ficam expostos [princípios aplicáveis à “lei penal”]. Se respeitam às modalidades administrativas de execução da pena, são de aplicação imediata. Mas não deve alterar-se, através de tais modalidades, a substância da pena, porque seria alteração da própria pena por regulamentação administrativa (FERREIRA, 1981, p. 128).

No entanto, este autor é omissos quanto ao critério a adoptar para distinguir quais as normas “que se reportam à essência da pena” e as normas que apenas “respeitam às modalidades administrativas

de execução da pena”. Como vemos, este critério aproxima-se do critério acima referido de “conformação” da pena, padecendo da vagueza e indeterminação que pretendemos evitar. No entanto, é notória já uma preocupação com a delimitação de um núcleo de normas materialmente penais, dentro do âmbito alargado de normas que regulam o modo como a pena é executada.

Por sua vez, na sua obra sobre a sucessão de leis, Carvalho (2008) chega mesmo a considerar a posição de Correia (1961) como “ultrapassada” (CARVALHO, 2008, p. 361), por este autor recusar a aplicação do princípio da não retroactividade à execução das penas, considerando que ninguém na doutrina moderna irá contestar que as “normas que concretizam a estrutura ou grandes linhas do regime penitenciário (p. e., regime de isolamento, a assistência social, religiosa ou médica, a obrigação ou não do trabalho e respectiva remuneração)” (CARVALHO, 2008, p. 360) deverão estar sujeitas aos princípios da lei penal, sendo inconstitucional qualquer disposição de uma nova lei de execução de penas que preconizasse a sua auto-aplicação imediata. No entanto, também não desenvolve de que forma se delimitam quais as normas que “concretizam a estrutura ou as grandes linhas do regime penitenciário”.

Cabe-nos ainda referir que Santos e Leal-Henriques também afirmam, contudo sem mais desenvolvimentos, que certa lei é mais favorável quando, entre outros,

a pena cominada actualmente ao crime é, quanto à sua natureza, mais branda que a anterior; a pena actual, embora da mesma natureza, é menos rigorosa quanto ao modo de execução; [...] se instituem benefícios (no sentido da eliminação, suspensão ab initio ou interrupção da execução da pena) desconhecidos na lei pretérita, ou se facilita a sua obtenção (SANTOS; LEAL-HENRIQUES, 2003, p. 29).

E se lhe aplica o regime do art. 29.º, n.º 4 CRP.

Também Palma, ainda que não referindo o assunto directamente, parece ser sensível ao problema quando afirma que “quanto às sanções criminais a retroactividade afectará sobretudo a segurança, permitindo quaisquer abusos do poder, pela alteração a todo o tempo possível das espécies e limites das sanções” (PALMA, 1998, p. 413). Não fica, no entanto, claro, se a autora se refere apenas à definição de limites quantitativos das penas, ou também da sua configuração qualitativa.

No entanto, a maioria dos autores ignoram, simplesmente, o problema, incluindo no âmbito do princípio da legalidade apenas as

disposições legais que prevêm crimes ou contravenções na parte especial do Código Penal e na legislação penal extravagante [...] as disposições da parte geral que estabelecem os critérios positivos de punibilidade (*lato sensu*) das primeiras, os pressupostos genéricos das medidas de segurança, as causas de agravamento das penas e das medidas de segurança (não apenas as circunstâncias agravantes), e a extensão da punibilidade a outras formas de infracção (cláusulas de extensão da tipicidade dos factos previstos) – a tentativa, a participação (BRITO, 1978, p. 234).

O autor ainda explica que alguns excluem até a sua aplicação à parte geral do CP. Assim, submetem à Constituição as normas que definem quantitativamente as penas para cada tipo penal, mas não as normas que definem o modo como a pena se configura qualitativamente.

(ii) O Tratamento do Problema pela Doutrina Estrangeira

Em 1935, o Congresso da Associação de Internacional de Direito Penal, reunido em Berlim, defendeu que “uma nova regulamentação relativa à execução das penas, quer adoce quer agrave a execução, deve ser aplicada mesmo às pessoas cuja execução

já tenha sido ordenada, a não ser que essa mesma regulamentação preveja de forma diferente” (LEVASSEUR, 1971, p. 248, nota 126). Discutindo esta posição, e defendendo solução em sentido oposto, Levasseur contestou referindo os exemplos históricos em que se demonstrou o contrário: “modificações no regime de execução das penas [que] redundam, muitas vezes, numa substituição da pena prevista pela lei ou pronunciada pelo Juiz” (LEVASSEUR, 1971, p. 252).

Já mais recentemente, há notícia na doutrina e jurisprudência estrangeiras dos primeiros problemas de sucessão de leis de execução das penas, experimentando-se a “inflexão de paradigma” de Direito Penal a que fizemos referência na introdução deste estudo, abrindo-se estudos que ainda nos parecem pioneiros, a propósito de recentes alterações legislativas nestas matérias, sem, no entanto, se identificarem verdadeiros critérios para a qualificação das normas como materialmente penais, nos vários autores consultados, apenas se lendo considerações sobre as alterações, em concreto, e sobre a necessidade, ou não, de se aplicar a essas alterações os regimes constitucionalmente previstos para o Direito Penal.

Desta forma, Picozzi (2010, p. 78-79) dá conta de “*un problema di successione di norme penitenziarie sfavorevoli riguardanti la materia dei colloqui*” (um problema de sucessão de normas de execução das penas, desfavoráveis, respeitantes às comunicações dos reclusos), a propósito da entrada em vigor da “*legge 15 luglio 2009, n. 94, Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*”, especialmente da previsão do seu “*art. 2, comma 25, lettera f), n. 2.1*”, que veio modificar o regime anteriormente previsto e diminui o número de comunicações mensalmente consentidas aos reclusos em regime de detenção especial.

Para a aplicação dessas normas no tempo, Picozzi defende não se deverem aplicar os novos e mais apertados limites às comunicações, proibindo a retroactividade de tais normas, não

aceitando que se possa “agravar” as penas por via legislativa, sem se demonstrar, em concreto, as necessidades de segurança jurídica (e eventualmente ligações com o crime organizado) que justificarão a limitação em concreto dos direitos às comunicações dos arguídos (PICOZZI, 2010, p. 75).

Este autor encontra nas normas de execução das penas respeitantes às comunicações e visitas indícios de materialidade penal e constrói, não apenas pelos regimes do Direito Penal, mas também através de contraposição entre regimes, procurando determinar o mais favorável aos condenados.

A discussão sobre este tema tem sido bastante enriquecida no Peru, depois da promulgação da Ley n.º 27.770, publicada a 28 de junho de 2002. Prevendo a sua vigência desde o dia seguinte e da decisão sobre esse regime constante da “Resolución de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en el caso Mantilla”, a Resolución n.º 2, de 6 de janeiro de 2004, que, segundo Caro Coria (2011, folhas 1), suscitou no Peru inúmeros debates académicos à volta dos alcances do princípio constitucional da irretroactividade penal.

A discussão essencial nesse país “*se cifra en establecer si el art. 103 pf. 2 de la Constitución, que recoge este principio fundamental, comprende tan sólo la Ley Penal material o si también se extiende, a la procesal penal y de ejecución penal*” (CARO CORIA, 2011, folhas 1). O problema relaciona-se com o regime introduzido por aquela Ley que estabelece condições mais restritas para a concessão de benefícios penitenciários para aqueles que cometam crimes contra a administração pública ou conexos.

Assim, vem-se discutindo a natureza dos benefícios penitenciários (se são direitos, graças ou estímulos) e o seu âmbito temporal de aplicação (*tempus comissi delicti*, momento da condenação ou do requerimento do benefício), designadamente, aumentando-se os requisitos e pressupostos para dificultar a concessão de liberdade

condicional aos condenados por certo tipo de crimes como, por exemplo, corrupção. A decisão referida daquela *Corte Suprema* veio entender que a lei podia prever a sua aplicação imediata e que o Direito de Execução das Penas não estava coberto pelo regime de Direito Constitucional para o Direito Penal.

Muitíssimo sucintamente, refram-se os argumentos em sentidos opostos apresentados nessa discussão. Apoiando a decisão e a aplicação imediata, Meini Méndez (2011) considera que

el Derecho penitenciario, por su parte, no es ni Derecho penal sustantivo ni procesal. Él tiene su propia naturaleza, y su propio ámbito de regulación. No versa, el derecho penitenciario, sobre las condiciones que deben verificarse para la imposición de una pena, ni abarca los criterios en virtud de los cuales se determina la pena imponible. Es pues una tercera forma, independiente y autónoma, de leyes penales, en la que rige el principio de aplicación inmediata de la Ley.

O autor considera a retroactividade e irretroactividade como características apenas das normas de conduta, fazendo decorrer do princípio da igualdade a aplicação de um regime igual da execução a todos os reclusos, e adiantando que os “benefícios penitenciários” não serão direitos e, por essa razão, não estarão protegidos pelas normas que proíbem a retroactividade, visto que

no versan pues sobre la comisión del delito, sino sobre la excarcelación del condenado. Para decirlo a modo de tesis: el primer argumento que descarta la aplicación retroactiva de los preceptos que regulan beneficios penitenciarios es que no constituyen parte del Derecho penal sustantivo, y por lo tanto no deben ser entendidos como leyes de materia penal en el sentido que el art. 103 de la Constitución Política del Perú se expresa (MEINI MÉNDEZ, 2011, folhas 4).

Em sentido contrário e considerando esta posição formalista

e contrária à vontade dos legisladores constituintes, Caro Coria desenvolve a sua tese a partir da ideia de

ya Roxin había precisado que “el Derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas”. Así, la sistemática del Derecho penal demanda la vigencia de sus principios rectores independientemente de la oportunidad en que se realizan sus fines, esto es en tanto conminación, imposición de condenas y ejecución. Por ello, toda modificación posterior – material, adjetiva o ejecutiva que afecte la pena en perjuicio del imputado, no puede tener efectos retroactivos bajo ningún punto de vista, debiendo siempre regir la regla *tempus comissi delicti*, es decir, la ley vigente al momento de la comisión del hecho punible (CARO CORIA, 2011, folhas 9, § 24).

Caro Coria defende, assim que não deve ser feita distinção entre as normas penais materiais, processuais ou penitenciárias que afectam direitos fundamentais (referindo a esse propósito que esse critério e tese:

podemos encontrarla en la sentencia de 15.3.91 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, según la cual “[...]debe observarse, ante todo, que ni el texto constitucional, ni los textos legales citados, que en una forma categórica consagran y reiteran el canon de la retroactividad de la ley penal permisiva o favorable en materia penal, y por tanto, a contrario sensu, el canon de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, no hacen distinción alguna entre leyes sustantivas o adjetivas ni procesales (CARO CORIA, 2011, folhas 9, § 24).

O mesmo autor considera, portanto, que as decisões da *Corte Suprema* sobre os alcances do princípio da irretroactividade das disposições desfavoráveis em matéria penal, a propósito da *Ley n.º 27.770* são desadequadas e desajustadas, contra a Constituição em causa e também contra o que o próprio *Código de Ejecución*

Penal, no seu *art. VIII del Título Preliminar* determina. Assim, “*La retroactividad y la interpretación de este Código se resuelven en lo más favorable al interno*” e também contra o disposto no *artículo 3 del Reglamento* daquele Código quando determina que

La ejecución de la pena se cumplirá respetando los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución Política del Perú, y en el resto del ordenamiento jurídico peruano. Esta protección se extiende a todos los internos, tanto procesados, como sentenciados, respetando las disposiciones que establezcan los Tratados Internacionales sobre la materia.

Pelo que, para Caro Coria, a lei terá violado a Constituição e o Tribunal não soube identificar e corrigir esta violação.

Repare-se que, para este autor, o critério para reconhecer normas de execução das penas materialmente penais é o que afectarem direitos fundamentais, sem, no entanto, aprofundar e determinar como o aferir ou conceber que todas as normas – do mais simples registo à restrição propriamente dita – afectam direitos fundamentais. Apliquem-se, portanto, em termos paralelos aos que já defendemos acima, as críticas a critérios muito próximos deste, também nesta doutrina estrangeira não conseguimos encontrar soluções que nos satisfaçam (REVIRIEGO PICÓN, 2006; MAPELLI CAFFARENA, 1994; TELLEZ AGUILERA 1998; JUANATEY DORADO, 2004).

(iii) Critérios para a Delimitação de Direito de Execução das Penas Meramente Técnico ou Executivo

Como referimos anteriormente, considerámos que o ponto de partida mais adequado para resolver a questão objecto deste estudo será a de considerar que todo o Direito de Execução das Penas é substantivamente penal, excepto aquele sobre o qual se demonstre ser executivo ou processual penal. Assim, essas serão excluídas do

âmbito de aplicação do regime constitucional previsto para a lei penal, aplicando-se-lhes as regras gerais de aplicação no tempo, interpretação, etc.

Em termos de metodologia a adoptar para esse fim, considerámos que a forma mais correcta de determinar se certa norma é meramente executiva ou processual é através da *ratio* dos princípios constitucionais penais em geral, ou do princípio concreto que se pretende aplicar. Neste mesmo sentido, Palma (1998, p. 426) explica que “sendo justificada a retroactividade *in melius* pela igualdade na aplicação da pena e pela necessidade da mesma, o âmbito do conceito de lei penal é aferido pela *ratio legis*”. Ainda determinando a teleologia do art. 29.º CRP, neste caso no que diz respeito ao princípio da retroactividade *in pejus*, explica a autora que

Os fundamentos de tal proibição são, quanto às normas incriminadoras, os princípios da culpa e da segurança jurídica. A possibilidade de uma conduta ser retroactivamente incriminada contradiria uma responsabilidade penal fundamentada na livre determinação do agente pela norma jurídica – a culpa jurídica – e destruiria a garantia das expectativas dos cidadãos quanto ao que é proibido – a segurança jurídica. Já quanto às sanções criminais a retroactividade afectará sobretudo a referida segurança, permitindo quaisquer abusos do poder, pela alteração a todo o tempo possível das espécies e limites das sanções. A proibição da retroactividade corresponde, assim, à garantia de que o poder punitivo seja exercido de acordo com critérios e limites conhecidos antecipadamente e não alteráveis por força de um interesse particular ou para resolver um caso concreto antes não previsto (PALMA, 1998, p. 413).

Assim, partindo destes princípios, e da sua teleologia, importa tentar compreender que critério poderá definir correctamente quais as normas substantivas – aquelas cuja aplicação retroactiva (no caso de ser menos favorável) violaria os princípios da culpa e da segurança jurídica, ou cuja não aplicação retroactiva (no caso de ser

mais favorável) violaria os princípios da igualdade na aplicação da pena e da necessidade –, e quais as normas processuais ou executivas – aquelas cuja aplicação imediata não entra em confronto com o princípio da legalidade penal.

A pergunta a que temos, então, de responder, para delimitar as normas de execução das penas sem conteúdo penal substantivo é, então, perguntar: se entrar em vigor uma lei nova, quais das suas normas se poderiam aplicar imediatamente aos condenados, por um órgão administrativo ou jurisdicional, sem violar o princípio da culpa, da segurança jurídica, da igualdade, da jurisdicionalidade da aplicação do Direito Penal e da proporcionalidade da pena?

Por exemplo, se entrasse em vigor uma norma administrativa que determinava que, nos estabelecimentos prisionais, se passaria a dormir em camaratas de 25 reclusos, em vez de celas individuais, a aplicação imediata desta norma, pelos responsáveis dos estabelecimentos prisionais, a todos os reclusos, violaria a Constituição?

Responder a estas questões em abstracto é muito difícil, sendo que enunciar meramente este raciocínio não é suficiente para concluirmos que certa norma é ou não “lei penal”, no sentido constitucional do termo. É necessário ainda determinar de que forma é que devemos raciocinar para responder a essa pergunta.

Assim, afiguram-se-nos possíveis dois caminhos: pensar se o agente, ao cometer o crime, foi determinado por uma certa percepção sobre a pena que teria de cumprir, que se alteraria se soubesse que a pena seria executada de outra forma; ou pensar se o Juiz, ao condenar o arguido numa certa pena, foi determinado por uma certa percepção sobre a forma como a pena seria executada que se alteraria se soubesse que a pena seria executada de outra forma.

Mantendo o nosso exemplo, os dois raciocínios traduzem-se em duas perguntas: o agente teria agido de outra forma se soubesse

que a sua pena consistiria em viver 10 anos em camaratas conjuntas de 25 pessoas, com menor privacidade, com todos os riscos para a sua segurança que isso acrescenta e com todos os incómodos adicionados que implica (em relação à cela privativa com que “contava” quando cometeu o crime)? Ou então: o Juiz teria condenado aquele arguido em menos anos de prisão, se soubesse que esse período seria muito mais duro e difícil, e com menos chances de conduzir a uma boa ressocialização, se soubesse que essa pena seria cumprida em camaratas de 25 reclusos?

Após esta apresentação inicial vejámos, então, um pouco melhor, cada um destes critérios.

1 NORMAS DE EXECUÇÃO DAS PENAS QUE NÃO INFLUEM NA LIVRE DETERMINAÇÃO DO AGENTE PELA NORMA

De acordo com este critério determinação do carácter substantivo ou executivo *proprio sensu* das normas jurídico-penais exige compreender se a norma de execução das penas a alterar cumpre uma “função motivadora do comportamento da generalidade dos cidadãos” (DIAS, 2007, p. 180). E essa compreensão está intimamente relacionada com os fundamentos do princípio da legalidade penal, que aqui tem a maior relevância. Aprendemos em Direito Penal que o princípio da legalidade será violado se os cidadãos “não puderem saber, através de lei anterior, estrita e certa, por onde passa a fronteira que separa os comportamentos criminalmente puníveis dos não puníveis” (DIAS, 2007, p. 180). Essa fronteira é traçada pelas normas materialmente penais.

Com esta mesma perspectiva, perante as normas penais se tem pronunciado o Supremo Tribunal de Justiça considerando, sobre a reprovação penal, que esta deverá ser feita “quando o agente dirigir a vontade no sentido de quebrar a função motivadora da norma

penal”⁴⁴ e afirmando que “as normas penais existem não apenas para valorar uma certa conduta como criminosa, mas para terem uma certa eficácia motivadora, que é a de determinar os indivíduos a agirem pela forma que não se considera ilícita” (STJ, 2003).

Assim, se as normas penais são “a forma através da qual as proposições de fins político-criminais se vazam no modus da validade jurídica”, como as apresenta Roxin (1972, p. 77), esses fins político-criminais só serão conseguidos e só haverá verdadeira validade jurídico-penal pela previsão de penas, exigidas pela função motivadora das normas penais. De facto, aquilo que determina e motiva o agente é a norma jurídico-penal, não podendo conceber-se, no ordenamento jurídico-penal português, uma dessas normas que não preveja, para um crime, uma consequência jurídica desfavorável, que é a pena^{45/46}.

⁴⁴ Assim, em Acórdão do STJ de 16 de maio de 2002, Relator Dinis Alves, contudo em contexto muito diferente, sobre um caso em que é plurimamente realizado o mesmo tipo legal, considerando que deve haver tantas infracções quantas vezes a conduta deva ser reprovada.

⁴⁵ Neste sentido recupere-se uma afirmação pública, recente, sobre a intimidade da relação entre crimes e penas, de Moreira (2007): “A ideia de um crime sem punição é totalmente insólita em termos de Direito Penal, sendo uma verdadeira contradição nos termos. Não faz nenhum sentido que certas condutas sejam qualificadas como crimes e depois garantir aos responsáveis a impunidade. Qualificar uma conduta como crime e prescindir antecipadamente de punir os “criminosos” traduzir-se-ia em subverter a própria razão de ser do Direito Penal. Só pode haver despenalização com descriminalização, como qualquer dicionário indica”. Ideia que, de resto, traduz um dos brocardos do princípio da legalidade: *nullum crimen sine poena legali* (não há crime se não há pena prevista na lei) e que é amplamente desenvolvida e tomada como ponto de partida na doutrina que tem estudado o princípio da legalidade. Assim, entre outros, Dias (2007, p. 180); Albuquerque (2010, em anotação ao art. 2.º, p. 54 a 62); Canotilho; Moreira (2007, em anotação ao artigo 29.º, p. 491 a 499).

⁴⁶ Contudo, não queremos deixar de referir algumas das teses sobre um “Direito Penal sem pena”, em nome de argumentos teóricos, psiquiátricos ou mesmo de “falência da pena” tal como a concebemos. Neste sentido, por todos, v. Grazia (1952, p. 746-764), especialmente, sistematizando posições e argumentos, v. p. 749-753, sobre as justificações para a abolição das penas.

A pena, como ensina (DIAS, 2007, p. 3), é a mais importante das consequências que a lei determina para o crime “tanto do ponto de vista quantitativo, como qualitativo” e só pode ser aplicada ao agente do crime que tenha actuado com culpa. Isto significa que a pena não varia apenas quanto ao tipo, ou até, no que à prisão diz respeito, quanto ao número de anos, mas também quanto à forma como esta é executada. De facto, ninguém nega que se certo comportamento deixar de se considerar uma mera contra-ordenação, para se passar a considerar crime, esta alteração está sujeita ao princípio da não retroactividade.

Do mesmo modo, uma alteração que mude a pena máxima para um determinado crime de 10 para 15 anos também está sujeita ao princípio da não retroactividade. Estas duas dimensões da pena – o tipo e a quantidade – são, assim, indiscutivelmente substantivamente penais, aplicando-se-lhe o regime constitucional para as leis penais.

No entanto, parece-nos que a dimensão qualitativa da pena – a que está relacionada com a forma como esta é executada – não pode ser desvalorizada. Se para uma pena de igual duração for alterada a sua execução para passar a ser cumprida, não numa cela individual, mas em camaratas com dezenas de reclusos, ou, num caso menos extremo, passar de se ter uma cama para dormir, para se dormir sempre no chão, estamos perante agravamentos da própria pena. Todas essas alterações da execução da pena são por todos nós facilmente vistas como introdução de normas desfavoráveis ao agente.

Assim, perante tudo o que acabámos de referir, podemos concluir que a forma como a pena é executada tem um papel determinante na motivação do agente. Se o agente é dissuadido ou motivado a praticar um certo comportamento, conforme a existência ou não de uma qualificação da sua conduta como crime, com a inerente pena que lhe está associada, as condições em que essa pena é cumprida também terá uma função intimidatória (e

independentemente de ser ou não finalidade teórica de prevenção!). Para um agente, não é indiferente que a sua pena seja cumprida com ou sem luz do dia, com ou sem possibilidade de ver os filhos todas as semanas, com ou sem acesso à educação, com ou sem actividades recreativas. A própria pena motiva os cidadãos a não delinquir.

Assim, e porque caso contrário estaremos a escapar ao princípio da legalidade, na vertente em que também é formulado, como *nulla poena sine lege*, devemos estudar as penas em toda a sua extensão normativa, que não se limita à norma incriminadora, mas ao bloco de legalidade que, de facto, enquadra a forma como as penas são cumpridas. E, nesse conjunto de normas, o DEP evidencia-se como *Direito das penas* e, nessa medida, como direito motivador dos cidadãos, ou, melhor, como direito que determina os agentes pelas suas normas jurídicas.

Desta forma, se conseguirmos perceber que a norma de execução das penas motiva o agente, saberemos que estamos perante uma norma jurídico-penal. E isso retira-se do princípio da culpa: se a culpa, ou a livre determinação do agente, decorrem da norma penal, então serão normas penais serão aquelas que tenham relevância na formação da culpa do agente, aquelas normas que sejam relevantes para a formação da vontade.

No mesmo sentido, o momento em que o agente pratica o crime é também muito relevante em termos da sua segurança face à arbitrariedade do poder punitivo. Como afirma Palma (1998, p. 413), os limites da pena devem ser conhecidos antecipadamente, e não podem ser alterados para um caso concreto que anteriormente não estavam previstos. Estes “limites” não são apenas quantitativos, mas também qualitativos, isto é, relativos à forma como a pena é executada. Permitir que todas as alterações na execução da pena se apliquem imediatamente significaria que as condições em que a pena é cumprida poderiam ser alteradas para prejudicar um recluso em concreto. Assim, e repare-se que, se esta autovinculação do Estado

ao Direito que cria tem relevância até quando as normas criadas são inconstitucionais⁴⁷, por maioria de razão, o mesmo se deve verificar na criação de normas de execução das penas.

Afastar a produção legislativa de DEP dessa vinculação implicaria certamente enfraquecer “a contenção do Estado pelo direito que criou num determinado momento, não assegurando a auto-limitação própria do Estado de direito” (PALMA, 1998, p. 417), e uma subversão das formas de intervenção penal que são próprias, características e impostas por esse mesmo Estado de direito.

Assim, este critério permite-nos perceber se certa norma de execução das penas pode ter alguma influência da formação da culpa jurídica, isto é, na determinação do agente pela norma jurídico-penal, e daí, concluir onde houve autolimitação do Estado, com o sentido de objectividade garantística decorrente do “princípio da vinculação

⁴⁷ Sobre a relevância de normas penais inconstitucionais, cf. Pereira (1991), defendendo que as normas inconstitucionais de conteúdo mais favorável ao arguido não devem ser aplicadas, porque tal aplicação violaria o regime do art. 204.º CRP, como derivação dos princípios de Estado de direito democrático e da legalidade.

Em sentido oposto, pela aplicação de normas inconstitucionais mais favoráveis), cf. Miranda (1989).

Ainda sobre este mesmo problema, Palma (2006, p. 94-96) questiona a existência de princípios constitucionais de Direito Penal que se sobreponham “à própria lógica intrínseca do juízo de constitucionalidade das normas penais”. A mesma autora afirma, também, que no estudo desta questão “perpassa a importância do princípio da aplicação da lei penal mais favorável para o núcleo intrínseco do Estado de direito democrático, em confronto com os outros princípios e normas constitucionais que poderão determinar a inconstitucionalidade”, concretizando este problema em dois planos de solução: (i) a identificação de um conflito entre os regimes dos arts. 29.º, n.º 4, e 207.º, ambos da CRP, ou (ii) um interpretação do regime do art. 29.º, n.º 4, que, por si, abranja as leis julgadas ou declaradas inconstitucionais em razão da autovinculação do poder punitivo do Estado ao Direito que produziu as normas, seja válidas ou inválidas (no primeiro plano, identifica a posição de Rui Pereira, fundamentado na prioridade lógica da inconstitucionalidade da norma, que determina a inexistência de sucessão de leis, sobre a aplicação da lei penal mais favorável, preferindo o regime do art. 207.º).

à lei e conseqüentemente a proibição da retroactividade atingir tanto quanto seja necessário pela garantia de objectividade”⁴⁸.

Através deste critério conseguimos delimitar quais as normas cuja aplicação imediata violaria o princípio da culpa e a segurança jurídica.

Em suma, à partida as normas de execução das penas, na medida em que configuram qualitativamente a pena, influenciam a determinação do agente à prática do ilícito penal, pelo que devem ser consideradas lei materialmente penal, para efeitos de regime constitucional. No entanto, quando se conclua que o aspecto que a norma altera é absolutamente irrelevante na determinação do agente, podemos considera-la meramente técnica e, assim, não lhe aplicar as regras constitucionais, como veremos adiante.

2 NORMAS DE EXECUÇÃO DAS PENAS QUE NÃO INFLUEM NA DETERMINAÇÃO CONCRETA DA MEDIDA DA PENA PELO JUIZ

O segundo critério que considerámos válido relaciona-se, então, com a decisão, pelo Juiz, de qual a pena a aplicar a certo arguido. Aqui, até mais do que no critério anterior, é evidente a relevância das normas de execução de penas. Quando o Juiz analisa certa situação, e chega ao ponto em que tem de determinar qual a pena adequada para certo indivíduo, com as suas circunstâncias subjectivas, tem de ter em conta em que condições essa pena será cumprida.

Assim, por exemplo, o tempo de prisão ser passado com ou sem acesso à educação, pode influenciar o Juiz na determinação de em quantos anos irá condenar um arguido que está a meio de um curso de ensino superior. Do mesmo modo, se a lei determinar que o tempo

⁴⁸ Propondo este princípio e sentido de objectividade garantística, cf. Jakobs (1991, p. 67 e ss. e 95), *apud* Palma (1998, p. 418, nota 12).

necessário para que certo condenado seja colocado em liberdade condicional é de 2/3 da pena, ou, se pelo contrário, determinar que esse tempo é de 1/2 da pena, essa diferença poderá, sem dúvida, reflectir-se na determinação da medida da pena de prisão a atribuir a certo arguido, pelo Juiz. Por outro lado, há outro tipo de normas que não influenciarão o Juiz: essas seriam as normas não materialmente penais, isto é, meramente executivas.

Como sabemos, no sistema de justiça penal português, cabe ao Juiz do processo apreciar a culpa e decidir a concreta medida da pena. E repare-se mesmo que não se esgotam “os poderes concedidos ao Juiz para, através da escolha e graduação da pena, alcançar a justa punição do agente e a realização do objectivo geral da prevenção do crime pelo tratamento do condenado”⁴⁹, como refere o artigo 71.º do CP. Assim, se o Juiz relaciona a determinação do agente com as normas jurídicas (definidoras do que pode ser a pena pelo princípio da legalidade – *nulla poena sine lege* –, visto que o Juiz não pode inventar ou criar penas), deve ilustrar o seu juízo pela fundamentação da sua decisão, conforme decorre, desde logo, do n.º 3 do art. 71.º do CP, que obriga a que na sentença sejam expressamente referidos os fundamentos da medida da pena. Os critérios e o conceito concreto de pena que vimos defendendo obrigam a que esta medida não seja meramente um valor quantitativo, mas uma apreciação também qualitativa, tendo em conta o bloco de legalidade de execução das penas.

O que vimos escrevendo decorre da ideia que temos na base deste trabalho: uma lei que agrava a pena não é apenas aquela lei que aumenta a chamada “moldura penal”. Em Direito Penal não pode bastar um critério quantitativo, antes é exigida uma articulação entre a qualidade e a quantidade, o mesmo é dizer, entre o número de meses ou anos da pena com as regras da sua execução. Assim, a medida da pena é também qualitativa, abrangendo essa “qualidade” as normas da sua execução.

⁴⁹ Cfr. o n.º 8 do Preâmbulo do Código Penal.

Diz-nos o CP que essa determinação qualitativa da medida da pena deve ser feita dentro dos limites definidos na lei e em função da culpa do agente e das exigências de prevenção (é o que decorre do art. 71.º, n.º 1 – cf ALBUQUERQUE, 2010, em anotação ao art. 71.º, p. 266-272), devidamente ilustrados na sentença que tem de conter expressamente todos os fundamentos da decisão do Juiz e da escolha concreta daquela pena⁵⁰.

Sendo o Juiz o destinatário e aplicador privilegiado das normas de execução de penas, faz sentido verificar quais dessas leis novas influenciariam ou implicariam a atribuição de uma pena com duração mais longa – impedindo-se, assim, a sua aplicação retroactiva – ou mais curta – exigindo-se, assim, a sua aplicação retroactiva.

Se isto assim não fosse, poderia acontecer que o Juiz determinasse para certo indivíduo uma pena de prisão de x anos, considerando que essa pena seria cumprida de acordo com determinadas condições de execução previstas na lei, e que essas condições, a meio do período, fossem alteradas por lei, ou por norma administrativa. Mantendo os exemplos anteriores, a meio do cumprimento da pena de prisão o recluso poderia ser impedido de concluir o seu curso universitário, ou poderia ter de esperar mais anos até que lhe fosse atribuída a liberdade condicional. Se, de facto, considerarmos – e é essa a nossa opinião – que o Juiz teria atribuído

⁵⁰ Seguindo este raciocínio será aberrante imaginar um Juiz que desconheça as concretas condições em que a pena que atribui vai ser executada, parecendo-nos desejável que os magistrados conheçam a realidade dos estabelecimentos prisionais onde as suas condenações produzirão efeitos, até para perceber as verdadeiras consequências das suas decisões. A especialização dos juizes decorrente da autonomização de tribunais de execução das penas, não pode conduzir a que os juizes das instâncias criminais, que condenam, desconheçam o regime jurídico (e a realidade) da execução da pena que estão a atribuir. Noutro lugar, e com outra extensão permitida, será interessante estudar a importância, na formação dos magistrados, do conhecimento das realidades penitenciárias concretas e do Direito de Execução das Penas (*in action* e não apenas *in books*) para que melhor compreendam as penas que estão a decidir.

uma pena mais curta se tivesse consciência destas alterações isto tem consequências preocupantes.

Por um lado, esta aplicação imediata poderia violar o princípio da proporcionalidade da pena ao mal do crime, que, como explica Veloso (1999, p. 548), “aparece sob a veste de uma combinação eclética, no elenco dos critérios de graduação judicial da pena, do critério da “culpa” com as “exigências de prevenção”. O mesmo autor explica que

Uma interpretação que tomasse como ponto de apoio as normas do Código e da Reforma Prisional que omitem toda e qualquer alusão a fins de justiça punitiva (salvo enquanto estes se refugiem no critério do limite da “medida da culpa”, arts. 40.º do Código e 2.º da Reforma Prisional: mas confronte-se com as disposições muito melhores da legislação anterior) poderia certamente levar a radicais subversões do modelo clássico (VELOSO, 1999, p. 548).

De facto, se o Juiz escolhe a pena a aplicar, considerando que esta será executada de uma certa forma, e estas condições se agravam durante o período de execução, isto pode alterar completamente a proporção ente “pena” e “mal do crime”, nas palavras do autor.

Neste mesmo sentido, a aplicação imediata da nova norma levaria a que se tratasse de uma pena diferente daquela em que o Juiz condenou o agente (pois, se o Juiz conhecesse as novas normas, esse conhecimento teria influenciado a sua determinação da pena a aplicar). Isto significa que a aplicação imediata da norma legislativa ou executiva viola o princípio da jurisdicionalidade da aplicação do Direito Penal, nos termos do qual é sempre o Juiz quem verifica, para cada caso, a culpa e estabelece a pena com base nessa culpa.

Se um órgão administrativo agrava as condições de execução da pena, de forma a que o Juiz teria diminuído o número de anos da condenação, estaria a aplicar uma nova pena (ainda que fosse uma

diferença muito pequena), violando o princípio da proporcionalidade e da jurisdicionalidade.

Quanto à comparação com o critério anterior, há que notar que ao se ter em conta a influência da nova norma na determinação da pena pelo Juiz, também se está a ter em conta culpa do agente e, por isso, a sua motivação pela norma. De facto, em concreto e pelo regime da atenuação especial, que obriga a que o Tribunal atenuie especialmente a pena quando 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, as novas alterações não devem ser aplicadas sem esta ponderação sob a mesma perspectiva da culpa jurídica – relacionada com a determinação pelo bloco de normas (prevendo a incriminação e a conformação da pena) vigentes no momento da prática do facto.

Por fim, este critério permite ainda verificar se a aplicação imediata de certa norma mais favorável violaria o princípio da igualdade, na medida em que o Juiz, para dois indivíduos nas mesmas circunstâncias, e que estarão, na prática, sujeitos às mesmas condições de execução das penas, atribui duas penas quantitativamente diferentes (uma vez que, quando define o tempo de prisão do arguido que é condenado posteriormente à entrada em vigor da nova norma, já tem em conta as novas condições de execução, com que não podia contar quando condenou o primeiro indivíduo, antes da entrada em vigor da lei nova).

Assim, todas as normas de execução das penas que motivem o aplicador do Direito a condenar, escolher determinada pena e sua duração (pertencendo à concreta medida de cada pena atribuída) terão de ser consideradas normas materialmente penais, o que parece simples quando formulado da seguinte forma: as normas que influenciam condenações penais serão necessariamente normas penais, e normas a que se deve aplicar o regime constitucional da

lei criminal, e todas as consequências decorrentes do princípio da legalidade. Assim, *nulla poena sine lege* também implicará que não poderá existir *decisão de atribuir uma pena* sem lei prévia, incluindo-se nessa lei as *leis de execução penal*.

3 O CRITÉRIO ADOPTADO

Pelo que acabámos de expor, parece-nos que o critério da determinação da pena pelo Juiz é o mais adequado para delimitar o núcleo de normas de DEP que têm dignidade penal para estarem submetidos ao seu regime constitucional. Ainda que o critério da motivação do agente também levasse a resultados adequados, como cremos que demonstrámos, a verdade é que a posição que adoptámos parece estar mais alinhada com a Constituição, pois considera certas normas de execução de penas são conformadoras e determinadoras da própria pena, sendo que, como referimos, isso leva a que, para essas normas, que são indubitavelmente substantivas, haja exigências constitucionais que se têm de respeitar, como o próprio princípio da legalidade, entre outros.

Assim, este critério ajuda-nos a compreender quais as normas de DEP cuja aplicação imediata viola os princípios constitucionais, logo, quais as normas de DEP que têm, necessariamente, de respeitar a Constituição (isto é, estar-lhe submetidas).

Considerámos, desta forma, que as normas de execução das penas materialmente penais são aquelas normas que influenciam a concreta decisão do Juiz ao atribuir determinada pena em sentença condenatória.

Do que vimos defendendo fica reforçada a ideia de que partimos: uma lei que agrava a pena não é só uma lei que aumenta a “moldura penal”. A ciência do Direito Penal não pode ter uma dogmática tão rica quanto à imputação, à descoberta da culpa às justificações e terminar (cronologicamente – numa perspectiva de

tramitação processual) num número. A pena concretamente atribuída não é “um período de tempo”, ou a mera privação da liberdade; a pena é um conjunto de circunstâncias a que o agente é condenado e que decorrem de um bloco de normas que necessária e logicamente inclui as condições em que a pena é cumprida, isto é, em que o “período de tempo” é vivido pelos condenados.

Recorde-se que, quanto ao ponto de partida metodológico, na esteira de Georges Levasseur, estendemos o conceito de Direito Penal Material, ou o “Direito Penal tal como vem referido na Constituição”, a todo o “direito repressivo” - e, portanto, abarcando tanto as normas incriminadoras, como as processuais como todas as normas de execução das penas. Há, assim, uma presunção de que as normas de execução de penas influenciam a decisão judicial.

A demonstração e reconhecimento necessários para a qualificação de uma norma de execução das penas e decisão sobre o regime para a aplicar, designadamente para a aplicação no tempo, deverá passar sempre pela demonstração de que a norma em causa não é “materialidade penal”, mas apenas executiva. Assim, o aplicador do Direito, deverá seguir sempre, face a qualquer direito repressivo, um princípio de *in dubio pro libertate*.

Será necessário justificar e fundamentar a “não materialidade” através da verificação objectiva e abstracta de que a nova normas de execução das penas em análise não é idónea para conformar a pena, sendo essas considerações genéricas concretizadas pela irrelevância da norma na ponderação judicial necessária à escolha da pena e determinação da medida da pena, relacionando-se com aspectos “puramente técnicos” da sua execução. Só passando este processo se poderá justificar a aplicação imediata da lei nova, estando provado que o regime constitucional é dispensável.

Exemplos de normas técnicas seriam, então, a alteração de horários de sono, alimentação ou bibliotecas prisionais, tramitação de procedimentos internos do estabelecimento – das ementas às

orientações sobre higiene. Claro que nos referimos a pequenas alterações, pois se as alterações nestes mesmos âmbitos forem muito substanciais, talvez já determinassem o Juiz. De facto, não é irrelevante na determinação do Juiz que a pena de prisão seja cumprida com liberdade de horários de sono e descanso, ou com o limite máximo inultrapassável de 4 horas diárias, seguido de trabalho árduo (tentemos, agora, abstrair da licitude desta regra). A dureza, o desgaste, físicos e emocionais, até prejudiciais à saúde, pioram, sem dúvida, o “mal” que se inflige ao condenado, e, nesse sentido, podem alterar a ponderação que o Juiz faz da necessidade da pena e da sua proporcionalidade (logo, da sua duração).

Pelo contrário, uma reformulação do sistema penitenciário que apostasse fortemente na ressocialização, implementando planos de acompanhamento psicológico, de formação profissional, de preparação para o mercado de trabalho, entre outros, poderia influenciar o Juiz a considerar que a passagem daquele indivíduo pela prisão poderia ser mais curta do que seria se esta regulamentação não existisse. No entanto, se no âmbito da ressocialização, se desse uma alteração, mas apenas de metodologia, insignificante na decisão do Juiz, esta já seria meramente técnica.

É por isso que rejeitámos qualquer critério que distinga as normas técnicas e as normas substantivas pelo seu conteúdo (por exemplo, dizer que alterações que toquem em direitos fundamentais são sempre substantivas, e alterações ao nível de horários são sempre técnicas). Este entendimento não nos parece correcto, sendo que considerámos que o que importa é a amplitude da alteração, averiguada em termos de conformação da pena: se a lei nova alterasse a ponderação do Juiz no momento da condenação, então essa lei é substantivamente penal, devendo ser-lhe aplicadas as consequentes normas constitucionais.

Apesar de termos considerado, em termos de método, que a regra é a materialidade penal, devendo a mera formalidade ser justi-

ficada, a verdade é que nos parece que, em termos práticos e numéricos, a maioria das alterações na execução das penas (decorrentes da evolução da vida prisional) será traduzida em “actos puramente técnicos”.

Conforme dissemos, só a utilização deste critério que adoptámos poderá concretizar o entendimento que nos impeliu a fazer este trabalho: uma lei que agrava a pena não é apenas a lei que aumenta a chamada moldura penal - quase parece ridículo esgotar-se as considerações de Direito Penal num critério quantitativo -, exigindo-se um equilíbrio entre a qualidade e a quantidade da pena.

Assim, os exemplos que demonstram que se em certa lei nova o limite máximo de um crime passar de 10 anos a 9 anos, mas as condições de vida na prisão durante esses 9 anos passarem a ser muitíssimo mais degradadas, esta lei agrava a pena (quantitativamente não, mas globalmente sim). Pense-se, desde logo, no cumprimento de penas em celas partilhadas com mais um recluso – ou mesmo em camaratas –; celas sem janelas ou sem iluminação nocturna, restrição de direitos à cultura, à educação ou ao desporto; pressupostos mais apertados na liberdade condicional ou diminuição das condições para a efectiva reinserção social.

É fundamental estarmos conscientes de que, perante qualquer alteração em matéria de execução das penas, não podemos esquecer princípios estruturantes do nosso Estado de Direito: a aplicação imediata das leis de execução das penas materialmente penais contraria o princípio da objectividade e a vinculação do Estado ao seu direito e o próprio princípio do Estado de direito “como regra de objectividade, de previsibilidade e de segurança jurídica geral”⁵¹, podendo violar também a igualdade, a proporcionalidade e até a jurisdicionalidade na aplicação do Direito Penal, como já vimos.

⁵¹ Concretizando desta forma o princípio do Estado de direito para os problemas da retroactividade de leis penais, cf. Palma (1998, p. 419).

O critério da influência do Juiz na determinação da pena traduz, no fundo, uma proposta de reconhecimento dinâmico de o que é o Direito Penal: o enquadramento normativo de todo o percurso do acto até à pena. Daí termos procurado fugir à centralização tradicional do estudo no início desse percurso (das formas de imputação ou justificação), para nos dedicarmos à investigação da ponta final desse percurso: a concreta atribuição de uma pena.

Podemos então concluir, conforme vimos, que a pena é importante em termos de determinação do comportamento dos cidadãos, sendo o enquadramento jurídico da sua execução importante em termos de definição da pena (o Juiz atribuir algo concreto através do estabelecimento da relação crime pena), consubstanciando os aspectos e actos de execução penal a materialização e a realização da própria pena.

Assim, decorre das normas de execução das penas o desenho das consequências jurídicas do crime, consequências essas que, pelas formas de conexão com os pressupostos do crime, só podem ser definidas pelo Direito Penal (que também se define por prever pressupostos, formas de conexão e consequências dos crimes).

Torna-se, então, inegável que muitas das normas de execução das penas são normas jurídicas que, conformando essas consequências jurídicas privativas deste ramo de Direito – as penas –, também se ligam a certos comportamentos humanos, os crimes (o que é, enfim, Direito Penal como o fomos definindo acima).

Através deste critério podemos identificar as normas de execução das penas a considerar como Direito Penal, que devem merecer o mesmo regime que quaisquer normas incriminadoras, e que passaremos a referir, muitíssimo sinteticamente, no próximo capítulo.

Podemos, então, considerar que existem os seguintes tipos de normas de DEP:

- (i) normas de execução das penas materialmente penais: aquelas que influenciam o Juiz na determinação da pena aplica num caso concreto;
- (ii) normas de execução das penas processuais formais: as normas que, não sendo materialmente penais, regulam a tramitação e os actos nos processos de execução das penas;
- (iii) normas penais executivas ou normas de execução das penas técnicas: normas que, não sendo materialmente penais, regulam aspectos relacionados com a própria execução da pena, designadamente aspectos do dia a dia dos reclusos, liberdade condicional e alguns aspectos momentos posteriores à libertação, entre outros.

Assim, às primeiras deverá aplicar-se o regime previsto na Constituição (e na lei ordinária) para a lei penal; às segundas deverá aplicar-se o regime previsto na lei ordinária para a lei processual penal (em termos gerais ou em disposições transitórias dos diplomas que as criem); e às terceiras deverá aplicar-se o regime comum e geral para a aplicação das leis novas.

III CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL

Relembrámos que o objectivo deste trabalho foi o de saber que Direito de Execução das Penas é Direito Penal, no sentido constitucional do termo, para identificação dos regimes que se deve seguir para resolver as questões de aplicação no tempo e os limites às suas opções que o legislador da execução penal deve ter presentes, em suma, qual o regime aplicável às alterações em matéria de execução de penas ou, melhor, à sucessão de leis e de normas relativas à execução das penas.

Cumpre-nos, então, muitíssimo abreviadamente, pela natureza do trabalho a que nos propusemos (e por não ser esse o objecto), indicar as principais consequências dos regimes e critérios propostos.

Recordámos que acabámos de distinguir três tipos de normas: (i) normas de execução das penas materialmente penais; (ii) normas de execução das penas processuais formais; e (iii) normas de execução das penas formais ou técnicas.

Em relação às outras normas do ordenamento jurídico português as normas de execução das penas materialmente penais são aquelas que têm maiores particularidades – são Direito Penal no sentido constitucional do termo – razão pela qual nos deteremos (ainda que muito brevemente) em alguns aspectos desse regime, devendo tratar-se as outras normas, cuja materialidade penal não é detectada, como qualquer norma jurídica.

1 NORMAS DE EXECUÇÃO DAS PENAS MATERIALMENTE PENAIS

Concentremo-nos no primeiro tipo de normas, aquelas cuja materialidade penal verificámos pelo critério proposto: normas de execução das penas que influenciam a concreta decisão do Juiz ao atribuir determinada pena em sentença condenatória.

Repare-se que, no nosso trabalho, temos concentrado as referências às consequências do regime nas regras de aplicação no tempo da lei penal, essencialmente por ter sido a propósito desse problema, quanto às regras de processo penal, que se tem reflectido sobre a natureza materialmente penal de normas. Contudo, o resultado da consideração destas normas como materialmente penais é terem de ser tratadas como quaisquer normas incriminadoras para todos os efeitos, principalmente para lhes aplicar todos os limites impostos pela Constituição ao Direito Penal (tanto quanto às fontes

como aos seus fins).

Sumariamente, como anunciámos, refiram-se os princípios constitucionais centrais e que serão, sem exclusão de outros, o princípio da aplicação da lei mais favorável em matéria criminal e o princípio da legalidade penal (que se pode examinar em três ideias básicas: a legalidade *qua tale*, a não retroactividade e a tipicidade⁵²).

Quanto ao princípio da legalidade, decorre da Constituição desde logo uma reserva de lei, nos termos do art. 29.º, n.ºs 1 e 3 e também do art. 165.º, n.º 1, alínea c) CRP. Esta reserva de lei impede tanto as normas penais em branco⁵³, como proíbe a analogia incriminadora e a definição do ilícito criminal por simples regulamento e impõe que as normas penais configurem o ilícito como lesão de bens jurídicos, como normas de valoração e não como de pura desobediência, com base em normas de dever⁵⁴ – assim, devemos identificar e ter presentes estes limites na produção de normas materialmente penais de execução das penas: também não poderemos admitir normas de execução das penas em branco (sendo necessário compreender e adaptar o que se tem reflectido sobre esse problema para as normas incriminadoras, parecendo-nos, à primeira vista, que serão normas de execução das penas em branco as que conferirem demasiado poder aos responsáveis pela execução das penas ou que admitam indeterminações intoleráveis nas formas, meios e instrumentos da execução das penas, remetendo para instrumentos que, na prática,

⁵² Miranda (1989, p. 685) propõe esta divisão para análise, com a ressalva de que, apesar de ser possível fazer esta dissociação conceitual e historicamente, as três ideias formam “uma unidade incindível no plano ético e valorativo”.

⁵³ Sobre este tema e os limites à produção de normas penais – cujas consequências materiais terão de ser devidamente adaptadas às características das normas de execução de penas, v., entre outros: Patrício (2004); Patrício (2000) e Beleza (1999).

⁵⁴ Neste sentido, estes regimes implicam uma reserva de controlo democrático e uma reserva de segurança, sobre essas reserva de controlo ou de garantia e de segurança, cf. Siniscalco (1969). Palma (1996-1998, p. 230) importa a opinião deste autor para a ordem jurídico-constitucional portuguesa.

signifiquem violar a reserva de lei), nem poderemos aceitar analogia para justificar novos regimes mais severos na execução das penas, nem mesmo a previsão de muitas dessas normas em regulamento simples⁵⁵.

Note-se ainda que, estudando os âmbitos da competência reservada da Assembleia, a doutrina vem tentando interpretar tanto a extensão das matérias reservadas quanto à “definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos, bem como processo criminal”⁵⁶ como outros problemas que nos parecem ter particular relevância na execução das penas, especialmente a tudo o que for matéria de direitos, liberdades e garantias, também reservada à AR como decorre do art. 165.º, n.º 1, alínea b) CRP.

Assim, essa reserva deverá incluir “seguramente a regulamentação de todos os direitos enunciados no Título II da Parte I da Constituição” (CANOTILHO; MOREIRA, 2010, p. 327-330, notas VIII a X), valendo não apenas para as restrições (previstas no artigo 18.º CRP), mas também para toda a intervenção nesse âmbito.

Veámos, então que, quanto à extensão da reserva, a CRP não estabelece qualquer delimitação material entre domínio legislativo e domínio regulamentar, o que, segundo Canotilho e Moreira, decorre directamente do princípio da reserva de lei da AR, devendo, em dúvida, e devido à preeminência legislativa da AR, preferir-se

⁵⁵ Repare-se que, neste sentido, e sem podermos desenvolver a questão – até por ter perdido muita da sua utilidade prática depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 51/2011, que, conforme dissemos, aprovou o RGEP, e visou regulamentar o CEP, concretizando os princípios fundamentais nele definido –, a multiplicidade de regulamentos internos nos estabelecimentos prisionais pode ter consubstanciado um sem número de violações do princípio da legalidade, tema que não terá sido tratado devidamente, provavelmente pela desatenção a que se vai votando o DEP.

⁵⁶ Neste sentido, pertence à reserva legislativa da AR todo o Direito Penal e Processual Penal, como decorre do disposto na alínea c) do mesmo artigo 165.º, n.º 1, CRP. Traçando estes paralelismos cf. Canotilho e Moreira (2010, em anotação ao artigo 165.º, p. 328).

“a interpretação mais favorável ao alargamento da competência reservada da AR” (CANOTILHO; MOREIRA, 2010, p. 327), identificando-se quase um princípio de *in dubio pro legem*.

A propósito da relação entre o domínio legislativo reservado da AR e o poder regulamentar do Governo, será exigida à AR regulamentação exaustiva (uma verdadeira *reserva absoluta de lei material*) para conformar o desenho de todas as concretizações, como especificamente enunciam os autores (CANOTILHO; MOREIRA, 2010, p. 326, nota V), em matérias como a restrição de *direitos, liberdades e garantias* ou a *definição dos crimes e penas*. Assim, todo o regime jurídico das matérias reservadas pertencerá à reserva de lei “não podendo elas ser objecto de regulamento, salvo nos casos previstos pela própria lei” (CANOTILHO; MOREIRA, 2010, p. 326, nota V). Esta concepção extensiva favorável à reserva de lei (estudada a propósito do *poder regulamentar do Governo*) também deverá ser a seguida na reserva de leis que contenham normas de execução das penas.

Tem aqui particular relevância o alerta lançado por Rodrigues (1998) quanto aos limites a ter em conta na conformação do DEP, considerando que

nos situámos num plano especialmente adequado à defesa e respeito pela dignidade humana – base em que deve assentar qualquer construção de Direito Penal que vise defender os direitos e liberdades fundamentais do indivíduo –, o que há-de constituir o mais forte obstáculo erguido a um Direito Penal Defensivo que degrada o criminoso a mero meio de obter a intimidação, e, com ela, a defesa da sociedade (RODRIGUES, 1998).

Razão pela qual se deverá procurar compreender e clarificar o sentido jurídico-criminal útil da dignidade da pessoa humana, redescobrimo-a como referência, norma, valor e critério de

interpretação do Direito Penal, que impõe que se procure compreender a essa luz os regimes referidos.

Quanto à imposição de não retroactividade das normas de execução das penas materialmente penais, sintetize-se dizendo que esta significa que essas normas têm de ser anteriores ao facto, têm de estar em vigor antes da sua perpetração e não podem ser estabelecidas para alterar ou criar relações jurídicas punitivas⁵⁷ que não existiam no momento em que o facto foi cometido.

Quanto à tipicidade dessas normas descobertas pelos critérios propostos, adapte-se o sentido geral (de que as normas penais têm de descrever os factos puníveis com toda a precisão, delimitando, caracterizando e especificando sem utilizar conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais ou incertas), procurando sempre assegurar que as tarefas dos julgadores e, mais ainda, dos responsáveis pela execução da pena, sejam apenas de subsunção ao tipo e ao regime de execução das penas que lhe é associado, os factos concretos e a situação do condenado (donde se deva ter os referidos cuidados com a analogia, a interpretação extensiva e, eventualmente, “normas de execução das penas em branco”⁵⁸).

Por fim, ainda devemos referir e importar para este âmbito alguns dos outros “limites claros à opção criminalizadora”⁵⁹, que devem ser devidamente adaptados e compreendidos na análise de normas de execução das penas – não se poderá prever normas que prevejam sanções criminais conexas com um ilícito puramente

⁵⁷ Repare-se que, assim, mantemos a coerência da proposta de critérios para identificação das normas, exigindo que a relação jurídica punitiva que se irá verificar na execução da pena deve estar estabelecida (prevista em lei) no momento em que o facto foi cometido.

⁵⁸ Neste sentido, também Miranda (1989, p. 686) defende que a legalidade (desde sempre reivindicada) “vale mutatis mutandis, no domínio das penas, assim como no das medidas de segurança e dos respectivos pressupostos demais sistemas sancionatórios, como o disciplinar e o de mera ordenação social”.

⁵⁹ Seguindo esta mesma noção, Palma (1996-1998, p. 231-233) aponta alguns dos limites às opções do legislador penal.

civil laboral ou disciplinar (imagine-se um agravamento de alguma forma na execução da pena, relacionado com outros factos, por exemplo, violação de direitos de crédito pelo condenado – antes, no momento ou depois da condenação)⁶⁰.

Mais, se o princípio da necessidade da pena já limita a construção das normas incriminadoras, mais relevância terá na previsão de normas de execução das penas, exigindo-se sempre a ponderação de meios alternativos aos estipulados, estudando-se a sua adequação (quase num juízo de indispensabilidade) para a protecção dos bens jurídicos, e verificando-se as normas de execução das penas efectivamente desenhadas cumprem a função de forma superior em relação às alternativas afastadas, aferindo-se da sua probabilidade para a protecção através da efectiva aplicação das penas assim executadas, tudo isto devidamente relacionado com os fundamentos do poder punitivo no Estado de direito democrático, o que implica, como propõe Palma (PALMA, 1996-1998, p. 232), a dispensa do “Estado de evitar restrições à liberdade onde existam alternativas provavelmente eficazes”⁶¹.

Note-se ainda que, segundo a mesma autora, a “Constituição apenas impõe a necessidade de punir, não especificando os critérios da própria necessidade” (PALMA, 1996-1998, p. 233), o que, no nosso entender, parece sustentar um outro limite à previsão de novas normas e alterações na execução das penas: não poderão prever-se normas que violem essa necessidade constitucional, sob pena de,

⁶⁰ E só assim não esqueceremos os princípios básicos da necessidade de intervenção penal, “só onde estejam em causa bens com relevância social externa, atinentes aos valores da sociedade em geral, é que o Direito Penal pode legitimamente intervir. Assim, o Direito Penal pressupõe a dignidade punitiva das condutas que prevê, definida pela essencialidade do bem lesado ou posto em perigo, na perspectiva das condições da existência e realização dos fins do Estado de direito democrático, e pelo desvalor das condutas incriminadas, na dimensão de uma clara gravidade ética”, Palma (1996-1998, p. 232).

⁶¹ Propondo este juízo de probabilidade e ponderação entre meios alternativos, cf. Palma (1996-1998, p. 232).

também assim, violar o Direito Constitucional Penal.

Assim, sintetizando e sistematizando os já referidos princípios primordiais que a Constituição contém limitando as opções do legislador penal, lembremos o princípio da legalidade criminal (a reserva de lei, a proibição de regulamentos penais delegados e a exclusão do Direito Consuetudinário), o princípio da tipicidade (sendo exigida suficiente especificação do crime, proibição de analogia na definição criminal e exigência de determinação de qual o tipo de pena – e sua execução – para cada crime), e o princípio da não retroactividade da lei penal desfavorável (exigida pela racionalidade e razoabilidade da censura penal, decorrendo do princípio da confiança, concretizada na proibição total da qualificação de crimes passados que valha para o futuro e no impedimento de novas leis aplicarem a crimes anteriores penas mais graves).

Repare-se que a legalidade em Estado de direito não é apenas a sujeição ao Direito

nem sequer a sujeição ao Direito Positivo criado pelo Estado, mas ao Direito correspondente à lei em sentido formal e material, à norma legislativa. O princípio da legalidade criminal significa então que só a lei como acto da função legislativa pode criar infracções, considerar ilícitos e culposos certos comportamentos das pessoas, estabelecer tipos de crimes; só a lei, não o regulamento ou o costume (MIRANDA, 1989, p. 688).

Este autor estabelece ainda uma ponte entre estas exigências defendendo que só se tem de compreender, e mesmo exigir que o sistema seja configurado desta maneira, devido às características do Direito Penal⁶²

⁶² Sobre as características próprias do Direito Penal decorrentes da relação íntima que mantém com os Direitos Fundamentais, cf. ainda Sarlet (2004) e Palazzo (1985).

que confere imediata realização à Constituição e está em ligação dialéctica com os Direitos Fundamentais [assim] os meios de que se serve — as reacções criminais — têm de se ajustar aos seus critérios e somente podem ser aplicados em processo jurisdicional, também este constitucionalmente regulado. As normas de Direito Penal – bem como as de Direito Processual Penal – entroncam, necessariamente, na função legislativa do Estado (MIRANDA, 1989, p. 688-689).

Pelo que Miranda (1989) conclui que a criação de normas penais é um domínio em que o princípio da separação de poderes tem uma projecção privilegiada, estendendo, por maioria de razão, a regra *no taxation without representation*⁶³, uma vez que “nenhuma norma afecta mais a liberdade e a segurança do que a norma penal” (MIRANDA, 1989, p. 689). Sublinhemos que, considerando o Direito da Execução das Penas materialmente penal, as suas normas farão parte (o que está em concordância com o que pensamos desde o início da investigação sobre essas normas) desse núcleo restrito de normas que, como, nenhuma outras, afectam a liberdade e a segurança.

Sublinhe-se ainda, quanto a estas normas, para efeitos de proibição de retroactividade *in pejus*, o que já foi defendido nestas linhas: o momento determinante é necessariamente o momento da prática do facto, devendo ser sempre considerado o quadro normativo vigente nessa data para quaisquer normas materialmente penais.

Como manifestação da “mesma de ideia de segurança (ou de segurança e justiça) e de salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias individuais frente ao poder punitivo do Estado”⁶⁴ que está na base do princípio da legalidade, o qual a melhor tradição da doutrina e da ciência do Direito Penal, conforme vimos, vem decompondo e

⁶³ Pelo que, segundo o mesmo autor, deve constar de lei e deve provir, por princípio, do órgão legislativo primário, o Parlamento.

⁶⁴ Estabelecendo esta relação entre os dois princípios, cf. Miranda (1989, p. 696).

analisando de forma muito aprofundada⁶⁵ é fundamental referir ainda o princípio do tratamento legislativo temporalmente mais favorável.

A fundamentação do princípio da imposição da retroactividade *in melius* da lei penal tem partido da ideia da necessidade da punição, dos limites ao poder punitivo do Estado, e da formulação do princípio da igualdade no Direito Penal.

Assim, recordemos as considerações de Correia cruzando a necessidade de aplicação da lei vigente no momento da prática do facto com os fins das penas

na verdade, de retribuição não se pode falar, visto que deixou de entender-se que a censura fosse devida; de prevenção geral igualmente não é ilícito falar-se, pois deixando o facto de ser ilícito não interessa mais que os outros o pratiquem. Igualmente é inútil a necessidade de prevenção especial. É certo que o agente, praticando um certo facto, mostrou-se perigoso. Simplesmente, não basta que um certo agente seja perigoso: é necessário que essa perigosidade seja criminal, para que haja necessidade de reacção. Ora, se o facto que indiciava essa perigosidade deixou de ser criminalmente ilícito, automaticamente a perigosidade de quem o pratica deixou de se poder considerar verificada” (CORREIA, 1963, p. 154).

⁶⁵ Neste trabalho apenas quisemos recuperar esse tesouro adquirido pela doutrina e pela jurisprudência, sem poder, pela natureza da investigação e extensão permitida, desenvolver todas as consequências que a sua consideração para o Direito de Execução das Penas implicará. Apelamos, portanto, a estudos futuros sobre esse Direito Constitucional de Execução das Penas que decorrerá, desde logo, da articulação dos regimes aqui referidos. E repare-se que será necessário ponderar as particularidades nos limites e desenho do sistema de execução das penas, designadamente pelos seus próprios fins, neste sentido, merece desenvolvimento pensar os limites do que, com ou sem o consentimento do condenado, pode ser feito e adaptado em nome da reinserção social. Como pista para esses estudos sobre os limites materiais às normas de execução das penas, cf. a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, (BVerfGE, 40, ss) de 29 de outubro de 1975, em que se defendeu que a finalidade de reinserção social não se esgotava na concessão de direitos, podendo também legitimar limitações de direitos fundamentais, especialmente de reinserção social, importará perceber verdadeiramente que execução das penas é que a nossa Constituição permite e, mais, prevê.

Desta forma, se as novas normas consideram que as consequências dos factos devem ser menos adversas para o agente, é porque o legislador entende, numa “*melhor visão das coisas*” que o crime não merece tão severas consequências e, desta forma, não haverá necessidade de se aplicarem as normas anteriores. Assim se passa evidentemente com as novas normas de execução das penas: o legislador considera que os novos regimes são mais adequados aos fins das penas, ao bom funcionamento do sistema prisional e ao que se pretende conseguir no final da execução da pena.

Já Ferreira (1981, p. 115) justifica este princípio quer como garantia dos cidadãos, quer como limitação do poder do Estado, que deixará de ter os direitos de punir tão amplos como aqueles que detinha no momento da prática do facto, uma vez que esses direitos e poderes são restringidos pela lei nova. E repare-se que também isto deverá decorrer do princípio da igualdade na execução das penas, que, como princípio decorrente da Constituição para o Direito Penal (desde logo, no entender de Rui Pereira⁶⁶), parece-nos apontar também como consequência que os condenados sujeitos a um regime anterior mais severo beneficiem do novo regime mais favorável a que os outros condenados com quem executam a pena estão sujeitos.

Também Miranda concebe este princípio como “precioso” para a Constituição

⁶⁶ Assim, estabelecendo também o princípio da igualdade como princípio constitucional de Direito Penal, v. Pereira (1988), afirmando que “quando se afirma que a lei penal se funda na Constituição em sentido material, pretende significar-se que todas as normas constitucionais, a começar pelas que estabelecem o regime de direitos liberdades e garantias, na medida em que exprimem opções axiológicas fundamentais, devem ser consideradas pelo legislador penal [...]. A Constituição estabelece, de forma expressa ou implícita, um conjunto de princípios de política criminal que se fundamentam em valores essenciais da ordem jurídica por si própria tutelados. Devem considerar-se princípios de política criminal, o princípio da culpa [...] e o princípio da igualdade”.

tão grande realce presta a nossa Constituição à lei penal mais favorável que a antepõe ao respeito do caso julgado; tão preciosas são para a Lei Fundamental as garantias jurídico-criminais dos cidadãos que prevalecem sobre a garantia do caso julgado; entre a liberdade e a segurança individual em concreto ou subjectiva e a segurança objectiva da comunidade dá preferência, numa postura personalista, à primeira” (MIRANDA, 1989, p. 698-699).

O que faz alcançar esta imposição de retroactividade da lei mais favorável, pela consideração do Direito de Execução das Penas como Direito Penal, o resultado da aplicação imediata de novas normas menos severas para os condenados ou ex-condenados.

Recupere-se, ainda, o entendimento de Canotilho e Moreira sobre estes princípios, encontrando duas dimensões em cada um, (i) “uma dimensão subjectiva, conferindo aos cidadãos um Direito subjectivo de não serem criminalmente punidos à margem deles [...] conferindo assim aos cidadãos um direito de defesa, imediatamente vinculante (cfr. art. 18º-1) contra as autoridades públicas” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 496, em anotação ao art. 29.º) e (ii) “uma dimensão objectiva, impondo ao Estado uma obrigação de conformação legislativa do direito e do processo penal de acordo com aqueles princípios” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 496, em anotação ao art. 29.º) parecendo-nos, conforme vimos defendendo, estender-se esta obrigação de conformação legislativa ao Direito de Execução das Penas, salientando-se que só assim se traduzirá a ideia de que só podem ser praticados actos de execução penal – a materialização da pena – quando esses actos vierem previstos em lei prévia, pelo princípio da legalidade que já é consequência do regime a adoptar.

Quanto à aplicação no tempo, devemos, então, seguir o seguinte esquema para as normas materialmente penais:

(i) para a proibição da retroactividade das normas de execução

das penas mais severas, aplique-se o regime do n.º 1 do art. 29.º da CRP (e, no mesmo sentido, o art. 2.º, n.º 1, do CP);

(ii) para a imposição da aplicação retroactiva das leis penais de conteúdo mais favorável ao agente, siga-se o regime do n.º 4 do art. 29.º da CRP (e, no mesmo sentido, os n.ºs 2 e 4 do art. 2.º do CP).

Sublinhe-se que será sempre necessária uma operação fundamental para a aplicação destes regimes: a determinação do momento da decisão (ou prática) do facto (uma vez que a proibição de retroactividade tem como consequência o critério da decisão do facto, a lei penal, ter de existir antecipadamente, no momento dessa decisão do facto).

2 NORMAS DE EXECUÇÃO DAS PENAS PROCESSUAIS FORMAIS E NORMAS DE EXECUÇÃO DAS PENAS FORMAIS OU TÉCNICAS

Como sabemos, todo este regime associado ao princípio da legalidade em Direito Penal, com todas as consequências e decorrências que histórica e cientificamente estão relacionadas com ele, “implica desvios importantes da teoria geral das fontes de Direito, pelo que não se pode fundar nela” (BRITO, 1978, p. 214).

Para todas as normas de execução das penas que considerarmos meramente executivas, estes desvios à teoria geral das fontes de Direito e aos princípios gerais da aplicação da lei no tempo não se aplicam, pelo que lhes devemos seguir as regras gerais da aplicação das leis no tempo, para quaisquer normas – apenas relevando, como desvios com importância muito menor, as normas sobre a aplicação de normas processuais e as normas transitórias que eventualmente se apliquem.

Quanto às normas de execução das penas cuja materialidade penal é excluída pelos critérios propostos, podemos distinguir aquelas normas que se limitam a incidir sobre aspectos da execução da pena das regras e princípios atinentes aos pressupostos, formas e trâmites das acções judiciais relativas a processos relacionados com a execução da pena (e, eventualmente, outras providências de tutela jurisdicional destinadas a obter o reconhecimento ou a realização coactiva de direitos dos condenados, bem como a prevenir ou reparar a sua violação)⁶⁷.

Conforme dissemos, não sendo normas materialmente penais, à partida todas estas normas estarão sujeitas aos princípios gerais de aplicação da lei no tempo, designadamente os constantes no art. 12.º do Código Civil, cuja âmbito de aplicação se vem reconhecendo a todas as normas do ordenamento jurídico português, o princípio geral que decorre dessa norma é que qualquer norma rege para o futuro e deve respeitar os factos passados, não atingindo situações que se devam considerar consumadas.

Muito sucintamente, recorde-se o que sobre essa regra escreve Machado:

As leis sucedem-se no tempo. A cada passo o legislador modifica os regimes jurídicos. Por força do princípio *lex derogat legi priori* (art. 7.º), esta sucessão de leis não chega a gerar um conflito real de normas aplicáveis (um conflito intra-sistemático). Mas isto não significa que se não possa configurar um conflito de leis

⁶⁷ Repita-se que não nos encontramos perante a distinção tradicional, concentrada no carácter instrumental das normas, visto que reconhecemos materialidade penal a normas que são, também, normas instrumentais em relação a outras normas penais, visto que haverá normas materiais penais que também são processuais, no sentido em que não fornecem directamente as soluções jurídicas e disciplinam meramente os meios necessários para se obter essa solução para se conseguir essa solução. Contudo, seguindo este entendimento na delimitação entre Direito material e Direito processual nos Direitos Romano-Germânicos, cf. Vicente (2008, especialmente as p. 150 e 151); e, quanto à identificação de normas processuais no Processo Civil português, v. Sousa (1994, p. 337-438, especialmente as p. 341 e ss.).

no tempo – conflito extra-sistemático a resolver necessariamente antes de se proceder à aplicação das leis aos factos em causa (MACHADO, 1987, p. 220)⁶⁸

Contudo, como esse autor explica, é sempre possível identificar a verificação de factos e situações antes da entrada em vigor da lei nova, mas que, no entanto, tendem a continuar no futuro ou a projectar-se nele, e situações jurídicas constituídas no passado que se prolongam no futuro^{69/70}.

Machado explica ainda que a função social do Direito é principalmente uma função estabilizadora (ou ordenadora-estabilizadora) de condutas e expectativas de conduta, sendo as normas jurídicas primárias, antes de mais, regras de conduta (*regula agendi*) destinadas a encaminhar, a motivar ou a determinar a conduta dos seus destinatários, defendendo que, por essas razões, à partida essas normas não deverão orientar ou dirigir tais condutas antes de serem postas em vigor, contudo, no Direito português, este autor aponta que “o princípio da não retroactividade não tem força de princípio constitucional senão no domínio do Direito Penal, pelo que o legislador ordinário bem pode dar às leis que edita eficácia

⁶⁸ E, para este problema, veja-se a secção I do capítulo VIII, p. 220-253.

⁶⁹ A fundamentação filosófica e de política jurídica desta solução é paralela à da teoria da não retroactividade – “cabem ao Direito duas funções diferentes, tendencialmente antinómicas: uma função estabilizadora, capaz de garantir a continuidade da vida social e os direitos e expectativas legítimas das pessoas, e uma função dinamizadora e modeladora, capaz de ajustar a ordem estabelecida à evolução social e de promover mesmo esta evolução num determinado sentido”. Assim e abordando a evolução histórica do princípio da não retroactividade das leis, cf. Machado (1987, p. 224 e 225).

⁷⁰ Desenvolvendo essa teoria geral das fontes de Direito podemos distinguir legisladores de inspiração conservadora e legisladores reformistas. Se os primeiros se inclinam para a escolha de sistemas de normas que permitem preservar a estabilidade e a segurança das situações adquiridas, os segundos tendem a fixar disposições transitórias que facilitem a mais rápida aplicação da lei nova a todas as situações em curso, justificando essa preferência com a consideração das novas normas como melhores ou mais justas que as antigas.

retroactiva” (MACHADO, 1987, p. 227), adiantando o poder do legislador para resolver os problemas suscitados pela sucessão de leis através de disposições transitórias⁷¹.

Isto, apesar de o comum no ordenamento jurídico português ser a introdução de leis que nada estabelecem quanto à sua aplicação no tempo, pelo que, nesses casos, Machado defende, a partir das regras do Direito Civil, vigorar em todos os ramos do Direito o princípio da não retroactividade da lei, cabendo à doutrina e à jurisprudência, analisar cada situação e definir a retroactividade, ou seja, distinguir claramente os âmbitos de competência (de aplicabilidade) da lei antiga e da lei nova, para a resolução desse problema da definição do conceito de retroactividade, o mesmo autor defende vigorar, em Portugal e na maioria dos sistemas ocidentais, a doutrina do “facto passado” complementada “pelo chamado princípio da aplicação imediata da lei nova às situações em curso no momento da sua entrada em vigor” (MACHADO, 1987, p. 232-233)⁷².

Esta doutrina tem como retroactiva toda a lei que se aplique a factos passados antes da sua entrada em vigor, não se aplicando (sob pena de retroactividade) a lei nova a factos passados e aos seus efeitos (só se aplicaria a factos futuros)⁷³.

Desta forma, a teoria da aplicação das leis no tempo pode ser arrumada na distinção entre constituição e conteúdo das situações jurídicas.

⁷¹ Neste sentido, Machado defende que os limites de competência das leis, no Direito Transitório tenderão a coincidir com os limites da eficácia temporal das leis, para que não se viole o princípio da não transconexão” ou “não-transactividade” que deve delimitar o âmbito de eficácia (espacial e temporal) de qualquer lei, isto é, o princípio segundo o qual uma lei não pode aplicar-se a factos que com ela se não acham em contacto (MACHADO, 1970, p. 141) e, desenvolvendo a explicação sobre o princípio nas p. 119 e 120.

⁷² E assim, segundo este autor, “é a doutrina do facto passado, na formulação que lhe foi dada por Niperdey, que inspira o art. 12.º do nosso Código”, (MACHADO, 1987, p. 234).

⁷³ Para mais desenvolvimentos sobre as doutrinas da retroactividade no Direito Civil e na Teoria Geral do Direito, v. Lima; Varela (1957, p. 199 ss.).

À constituição das situações jurídicas (requisitos de validade, substancial e formal, factos constitutivos) devemos aplicar a lei do momento em que essa constituição se verifica; ao passo que ao conteúdo das situações jurídicas que subsistam à entrada em vigor da lei nova deverá aplica-se imediatamente a lei nova, pelo que respeita ao regime futuro deste conteúdo e seus efeitos, assim se passará com as penas a serem executadas.

Em síntese:

(i) se estivermos perante DEP meramente técnico ou formal (designadamente regulando aspectos técnicos da execução das penas, dos horários das lavandarias ou bibliotecas dos estabelecimentos, ao arquivamento e registo de dados internos, deverão ter aplicação imediata (pelo regime do art. 12.º CC), a não ser que normas transitórias disponham de forma diferente;

(ii) se estivermos perante DEP processual penal (designadamente, trâmites pouco específicos do processo de execução da pena, cuja materialidade penal foi por nós excluída), deveremos aplicar o regime que decorre da norma transitória da lei que introduziu o CEP (no art. 9.º) e do art. 5.º CP – como vem sendo aplicado pela doutrina – mas que, conforme recordámos, dispõe que as normas processuais penais são de aplicação imediata, sem prejuízo da validade dos actos realizados, na vigência da lei anterior: as normas de execução das penas processuais penais não se aplicam aos processos iniciados anteriormente à sua vigência quando da sua aplicabilidade imediata possa resultar: (i) agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do condenado (nomeadamente uma limitação do seu direito de defesa); ou (ii) quebra da harmonia e unidade dos vários actos do processo.

Para estes casos em que não há aplicação imediata das novas normas, também será exigida uma operação indispensável para a aplicação destes regimes: a determinação do momento em que

se estabelece o regime que deve vigorar durante todo o processo. O momento de referência deverá ser, segundo os arts. 9.º da Lei n.º 115/2009 e 5.º, n.º 1 e n.º 2, al. a) do CP, o do início do processo concreto, relacionado com a execução da pena (uma vez que a proibição de retroactividade tem como consequência essas normas processuais, regime e tutela processual terem de existir antecipadamente e manterem-se, desde o início do processo).

IV CONCLUSÕES

*Senhor, quando Te vimos doente ou na prisão, e fomos visitar-
-Te?*

*Em verdade vos digo: sempre que fizestes isto a um destes meus
irmãos mais pequeninos, a Mim mesmo o fizestes.*

Mt. 25, 39-40

Ao longo deste trabalho procurámos revisitar o estudo sobre as normas penais a partir das normas de execução das penas. Assim, procurámos enriquecer o estudo acerca das normas de Direito Penal, através da análise das consequências a que estas normas conduzem – as penas –, ou, melhor, das normas que regulam a execução dessas consequências.

A investigação sobre as penas e sobre as normas da sua execução desde sempre nos fascinou e desafiou a repensar o Direito Penal que tantas vezes se parece tão concentrado no estudo do crime que esquece as consequências com que lhe responde. Se estudámos em Direito Penal “clássico” princípios como os da presunção de inocência, a protecção dos denunciados, dos arguidos ou dos acusados, concentrando-se, geralmente, as investigações da doutrina no momento do crime e no decorrer do processo, não parece ser apenas isso que resulta da Constituição, prevendo-se, também, uma

protecção dos condenados.

Foi esse o ponto de partida deste trabalho: reflectir sobre o Direito Constitucional de Execução das Penas, os limites que são colocados ao legislador, o conceito material de pena e procurar um “estatuto constitucional do condenado”.

Conforme fomos desde cedo percebendo, a natureza, extensão e propósitos do trabalho aconselharam a uma delimitação de um problema mais circunscrito no conjunto das questões que continuámos a achar exigirem respostas e tratamentos aprofundados pela doutrina⁷⁴, desde logo questionando se a Constituição vincula o legislador ordinário a determinado tratamento do condenado, se será possível descobrir direitos fundamentais específicos dos condenados ou ao que, afinal, obriga o princípio da dignidade da pessoa humana em matéria de execução e fins das penas.

Todas estas questões continuam a interpelar a doutrina do Direito Penal e a convidar a novos estudos sobre as penas, e provam que este ramo do Direito está vivo e, ao contrário de outros temas de Direito Penal, em que se parece caminhar para uma pacificação na doutrina, há muitas matérias por aprofundar, e que até hoje tiveram escasso ou nenhum tratamento na doutrina nacional.

Assim, através deste trabalho procurámos analisar a primeira das questões: os limites que a Constituição coloca ao legislador de Direito de Execução das Penas, perguntando-se, então, se é possível aplicar a Constituição Penal ao Direito de Execução das Penas.

A tese que temos vindo a defender demonstra que há normas de DEP que são Direito Penal substantivo e que, por isso, integram o

⁷⁴ Assim, parece-nos que continuam a faltar análises e estudos com uma interpretação conforme à Constituição do Código de Execução das Penas e, mais ainda, do novo Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais; continua também a ser necessário clarificar o sentido jurídico-criminal e útil da “dignidade da pessoa humana” (que aparentemente é tantas vezes abusado); e continuam a ser exigidos regressos ao tema tradicional dos fins e ou finalidades das penas com olhos postos na sua execução.

conceito de “lei criminal” e “lei penal” a que a Constituição se refere. Contudo, nem todo o DEP é Direito Penal, no sentido constitucional do termo:

- (i) há DEP substantivo ou material, ao qual se devem aplicar os princípios constitucionais e os limites colocados ao Direito Penal;
- (ii) há DEP processual, a que se deve aplicar o regime geral afastando-se o Direito Constitucional Penal;
- (iii) há DEP meramente executivo ou técnico, também afastado desses limites constitucionais.

A forma de identificar se as normas pertencem ao domínio do DEP processual ou executivo, passa por perceber se uma alteração dessas normas modificaria a decisão do Juiz acerca da pena a atribuir àquele arguido em concreto, parecendo-nos que apenas este critério respeita os princípios para cuja protecção a Constituição está teleologicamente orientada, e que fomos referindo ao longo deste estudo.

Repare-se que deverão ser estas as normas que “se reportam à essência das penas” (FERREIRA, 1981, p. 128), vistas pelos efeitos que produzem: se as alterações representarem modificações das penas, deverão estar cobertas pela protecção que a Constituição dá às modificações da lei penal.

Recordemos que, em Portugal, podemos identificar, no último século, quatro grandes épocas de tratamento ou aprofundamento destes temas na nossa doutrina, procurando abordar a execução das penas partindo do Direito Penal: nos anos 40, por José Beleza dos Santos – (SANTOS, 1958; SANTOS, 1961; SANTOS, 1959; SANTOS, 1947; SANTOS, 1957) – nos anos 60, por Eduardo Correia (CORREIA, 1961; CORREIA, 1966), nos anos 80, por Anabela Miranda Rodrigues (RODRIGUES, 1982; RODRIGUES,

1995; RODRIGUES, 2002), e nos anos 2000 por Paulo Pinto de Albuquerque (ALBUQUERQUE, 2004; ALBUQUERQUE, 2006). As ideias deste estudo procuraram partir das conclusões que foram tomadas por estes autores, pretendendo regressar a muitas afirmações com as quais concordámos e retirar as consequências que defendemos imporem-se, designadamente pela consideração como substantivas de algumas das suas normas.

Neste sentido, as considerações de Direito Constitucional Penal neste âmbito não se podem esgotar no princípio basilar de que as restrições aos direitos fundamentais dos reclusos têm de ser feitas com base em outros valores constitucionais, como determina o art. 18.º CRP, ou num ataque ou numa defesa actualizadora das antigas “relações especiais de poder”.

Procurámos superar a separação tradicional entre Direito Penal e Direito Penitenciário (notando-se que esta distinção muitas vezes é feita mesmo com as melhores intenções, para desenvolver um catálogo de direitos do recluso, seu estatuto e formas de assistência), pois essa distinção faz com que muitas vezes seja esquecido que esse “Direito Penitenciário” é também Direito Penal na medida em que define o conteúdo do que é a própria pena. Perceber quais desses direitos são verdadeiramente conformadores da pena só é possível, objectivamente, colocando-se no lugar do julgador e percebendo se a medida da pena atribuída era diferente sem aqueles direitos ou condições.

Repare-se que os limites decorrentes da qualificação das normas como Direito Penal (princípio da legalidade, entre outros) se devem articular com outras proibições constantes da mesma Constituição: desde logo, a proibição de penas contra a vida e contra a integridade (arts. 24.º, n.º 2 e 25.º, n.º 2 CRP) – que proibiriam, por exemplo, quaisquer juízos de censura penal que implicassem prejudicar os reclusos no acesso a cuidados médicos –; ou a proibição de penas infamantes que deverá passar por limites mais claros aos processos mediáticos e à publicidade das condenações;

a proibição de maus tratos, tortura ou penas cruéis, degradantes ou desumanos (art. 25.º, n.º 2 CRP), cuja extensão na conformação do sistema prisional e de execução das penas deve ser compreendida e ponderada em cada reforma penitenciária.

Um dos pontos de partida deste trabalho passou pela impressão de que se aproximam alterações em matéria de execução das penas e pelo sentimento da inflexão nos movimentos humanizadores das penas que se vêm verificando desde o início do Estado Liberal, reforçados pelas concepções sobre a assistência prisional e pós-prisional do Estado Social. O facto de parecerem próximas essas alterações não pode querer significar que esses movimentos tenham cessado ou tenham chegado ao fim – os estabelecimentos prisionais continuam a ser realidades terríveis, assustadoras, degradantes, dependentes do esforço e boa vontade de muitos dos que trabalham nesses espaços, sem condições e instrumentos adequados às finalidades das penas que por lá se executam, bastando entrar em alguns desses estabelecimentos para perceber que se devem repensar à luz da dignidade da pessoa humana.

Sobre este problema lembremos que “o conceito constitucional de ‘dignidade da pessoa humana’, base da Republica nos termos do art. 1º da CRP, será talvez dos mais indeterminados (e ao mesmo tempo *et pour cause*, dos mais fundantes) de todos os conceitos constitucionais” (AMARAL, 2002, p. 2) e, apesar de “o princípio da dignidade da pessoa humana parece[r] pertencer àquele lote de realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão directa do esforço despendido para o clarificar” (ALEXANDRINO, 2008), essas dificuldades não podem justificar a falta de aprofundamento dos efeitos dessa norma, valor, fonte e critério de interpretação de Direitos Fundamentais, no âmbito do DEP.

A realidade e o dia a dia nas prisões não parecem representar uma concretização das garantias que decorrem da lei, nem, assim, uma correspondência com as penas atribuídas. Veja-se que, de

acordo com dados recentemente anunciados pela Direção-Geral dos Serviços Prisionais (DGSP), se vivem situações preocupantes nas prisões portuguesas (principalmente nos estabelecimentos prisionais regionais e nos estabelecimentos prisionais centrais das principais cidades)⁷⁵: da sobrelotação a falta de condições e meios, a execução das penas não tem andado bem.

Defendemos que todos estes problemas merecem ser estudados em Direito Penal e que deve compreendido o que a Constituição pede e impõe nestas matérias. Visitar os reclusos – pelo menos através de investigações e de reflexões sobre a pena – tem de fazer parte dos estudos de Direito Penal, equilibrando-se a análise dos crimes com análises das penas.

⁷⁵ Os dados da DGSP sobre 2010 foram divulgados no final do primeiro trimestre de 2011 e foram amplamente divulgados na comunicação social, v. assim, notícia do Jornal Público de 30 de abril de 2011, “Prisões portuguesas com 99 por cento de taxa de ocupação e algumas sobrelotadas”. Disponível em: <<http://www.publico.pt/Sociedade/prisoes-portuguesas-com-99-por-cento-de-taxa-de-ocupacao-e-algumas-sobrelotadas-1492019?all=1>>. (Acesso em: 13 out. 2011). Aí relata-se que, em geral, “as prisões portuguesas estão à beira da sobrelotação, tendo, no final do primeiro trimestre deste ano, albergado um total de 11.808 reclusos, que ocupavam 99,1 por cento dos lugares disponíveis, a que acrescem 153 detidos em unidades psiquiátricas fora do sistema”, e, quanto aos estabelecimentos prisionais regionais, “a taxa de ocupação destas 27 cadeias é de 122 por cento, mas há estabelecimentos, como o de Viseu, onde, no final do ano passado, estavam quase o dobro dos presos permitidos pela lotação”. E, ainda, quanto aos estabelecimentos prisionais centrais: “é em Lisboa e no Porto que se vivem as situações de sobrelotação mais problemáticas. No final do ano passado, estavam na cadeia de Custóias mais 210 reclusos do que os 686 previstos na lotação e, em Lisboa, a ocupação ultrapassa em 25 por cento os lugares disponíveis”. E também é noticiado que, segundo António Pedro Dores, investigador do Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa e dirigente da Associação contra a Exclusão pelo Desenvolvimento (ACED), Portugal regista cerca de “50 mortes por cada dez mil reclusos”, correspondendo esses valores ao “dobro da média dos países do Conselho da Europa [...] uma taxa de mortalidade extremamente elevada que resulta das condições miseráveis de funcionamento das prisões portuguesas”. Dados que impressionam e nos parecem dever ser compreendidos também pela doutrina do Direito Penal.

Assim, a construção e desenvolvimento destes critérios para reconhecimento de materialidade penal às normas de execução das penas parece-nos apenas um começo do que devem ser os estudos sobre os limites ao legislador de execução das penas, impondo-se aos cultores do Direito Penal a defesa deste ramo de Direito quando aplicado, não apenas pelos tribunais, mas também, e principalmente, pelo Estado-Administração. Assim, estes estudos sobre os limites às alterações das normas de execução das penas (alterações que decorram de decisões do legislador, mas também, eventualmente, da própria Administração), pretendem contribuir e reforçar este apelo para que o Direito Penal (da doutrina à jurisprudência) não esqueça a fase de execução das penas, os condenados e ex-condenados. Tudo isto porque, afinal, os fins e funções do Direito Penal estão também (talvez principalmente) pensados para esses destinatários das normas penais.

Em tempos que são de questionar os limites e procurar restringir direitos, importa clarificar esses mesmos limites e âmbitos protegidos inerentes ao Estado de Direito – como vimos que é o princípio da legalidade penal previsto na Constituição –, sob pena de, justificados na defesa desse mesmo Estado, não sabermos reagir perante alterações e modificações nas penas concretamente atribuídas, nem visitar os nossos reclusos e defendê-los, aceitando-se a subversão dos princípios que proclamámos na Lei Fundamental.

REFERÊNCIAS

ADESÃO à greve dos guardas prisionais perto dos 100%, indica o sindicato. SIC Notícias. Lisboa, 28 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://sicnoticias.sapo.pt/pais/2011/10/28/adesao-a-greve-dos-guardas-prisionais-perto-dos-100-indica-o-sindicato>>. Acesso em: 28 out. 2011.

ALBUQUERQUE, José P. Ribeiro de. A infração às regras de segurança no trabalho. Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt/>>

pgdl/textos/files/acidente_de_trabalho.pdf>. Acesso em: 21 set. 2011.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário ao código de processo penal à luz da constituição da república portuguesa e da convenção europeia dos direitos do homem**. 3. ed. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2009.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário ao código penal à luz da constituição da república portuguesa e da convenção europeia dos direitos do homem**. 2. ed. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2010.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Direito prisional português e europeu**. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. O futuro dos estudos penitenciários. **Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa**. v. especial, 2004. (Separata).

ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. In: **Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**. v. I. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

ALMEIDA, Judson Pereira de. Os meios de comunicação de massa e o direito penal: a influência da divulgação de notícias no ordenamento jurídico penal e no devido processo legal. Vitória da Conquista, 2007. Disponível online em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/almeida-judson-meios-de-comunicacao-direito-penal.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2011.

AMARAL, Diogo Freitas do. Relatório da Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional. Coimbra, 2005.

AMARAL, Maria Lúcia. Introdução. In: PEREIRA, Marcos Keel. **O lugar do princípio da dignidade da pessoa humana**

na jurisprudência dos tribunais portugueses: uma perspectiva metodológica. n.º 4. Lisboa, Ed. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2002, p. 2.

ANQUETIL, M.; BUFFARD, Simone; CASTAN, Yves; PONCELA, Pierrette; RAINGEARD DE LA BLÉTIÈRE, Louis; ROBERT, Philippe. La peine quel avenir?: approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire. Centre Thomas More des 23-24 mai 1981. **Actes du colloque**. Paris: Cerf, 1983.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito:** introdução e teoria geral. 13. ed. Refundida. Coimbra: Almedina, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. In: **Law and economics**. v. II, por Richard a. Posner e Francesco Parisi, p. 427 ss.

BELEZA, Teresa Pizarro. O erro sobre normas penais em branco. In: **Colectânea de estudos de homenagem a Francisco Lucas Pires**. Lisboa: Ed. Universidade Autónoma de Lisboa, 1999, p. 265-279.

BERISTAIN, Antonio. **Medidas penales en derecho contemporâneo**. Madrid: Reus, 1974.

BETTIOL, Giusepe. **Direito Penal:** parte geral. Coimbra: Coimbra Ed., 1977.

BODSON, Pierre-Louis. **L'individualisation de l'incrimination pénale:** principes de législation et implications judiciaires. Liège: Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Liège, 1985.

BOULOC, Bernard. **Pénologie**. Paris: Dalloz, 1991.

BRITO, José de Sousa e. A lei penal na constituição. In: **Estudos**

sobre a constituição, v. 2. Lisboa: Petrony, 1978. (Separata).

CAEIRO, Pedro. Aplicação da lei penal no tempo e prazos de suspensão da prescrição do procedimento criminal: um “caso prático”. In: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**. v. I, Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 231-253.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 70/90. In: **Revista de Legislação e Jurisprudência**, a. 123, n.º 3.792, 1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. v. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. v. II. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado. Lima (Peru). Disponível em: <<http://www.ccfirma.com/ingles/publicaciones/pdf/caro/Benef-Penit.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2011.

CARVALHO, Américo Taipa de. **Sucessão de leis penais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena. **Penas alternativas a la prisión**. Barcelona: Bosch, 1997.

CORNIL, Paul. La peine de prison. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. XXX. p. 169-190, 1954. (Separata).

CORREIA, Eduardo. Assistência prisional e post-prisional. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**: homenagem ao Doutor José Alberto dos Reis. v. I. Coimbra, 1961,

p. 337-376. (Suplemento XV).

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. v. I. Coimbra: Almedina, 1963. (Com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias),

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. v. II. Coimbra: Almedina, 1965.

CORREIA, Eduardo. Estudos sobre a evolução das penas no direito português. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, Ed. Universidade de Coimbra, v. LIII, 1977 (Separata, v. I).

CORREIA, Eduardo. La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du code penal portugais de 1963. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**: estudos 'in memoriam' do Prof. Doutor José Beleza dos Santos. Coimbra, Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1966.

D'AGOSTINO, Francesco. **La sanzione nell'esperienza giuridica**. Torino: G. Giapichelli, 1989.

DAYEZ, Bruno. **À quoi sert la justice pénale?** Bruxelas: Larcier, 1999.

DELMAS-MARTY, Mireille (Dir.). **Procédures pénales d'Europe**. Paris: Puf, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A nova constituição da república e o processo penal. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, a. 36, p. 99-109, 1976.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português**: parte geral: as consequências jurídicas do crime. v. II. Lisboa, 1993.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**: lições policop. coligidas por Maria João Antunes. Coimbra, 1988/1989.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. v. 1. Coimbra: Coimbra Ed., 1981.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O sistema sancionatório do direito penal português no contexto dos modelos da política criminal. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**: estudos em homenagem ao Professor Eduardo Correia. Coimbra, Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 783-825, 1988.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Oxford: Hart, 1998.

ÉVORA. Tribunal da Relação de Évora. Processo 887/08-1. Relator Carlos Berguete Coelho. Diário da República Eletrónico. Lisboa, 27 de maio de 2008.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FERREIRA, Fernando Amâncio. **Curso de processo de execução**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Curso de processo penal**: lições proferidas no ano lectivo 1954-1955. v. 1. Lisboa, 1955-1956.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Direito penal português**. v. I. Lisboa: Verbo, 1981.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de direito penal**: parte geral: penas e medidas de segurança. v. II. Lisboa, 1989.

FREITAS, José Lebre de. **A acção executiva**: depois da reforma da reforma. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

GARRAUD, Pierre; LABORDE-LACOSTE, Marcel. **Précis elementaire de droit penal**. Paris, 1943.

GISEL-BUGNION, Monique. L'individualisation d'une peine mesurée sur la culpabilité du délinquant. In: **Mémoires Publiés par La Faculté de Droit de Genève**, n.º 56, Genève: Georg - Librairie de L'université, 1978.

GOMES, Conceição (Coord.). **A reinserção social dos reclusos**: um contributo para o debate sobre a reforma do sistema prisional. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2003.

GOMES, Conceição (Coord.). **As tendências da criminalidade e das sanções penais na década de 90**: problemas e bloqueios na execução da pena de prisão e da prestação de trabalho a favor da comunidade. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2002.

GOMES, Conceição; DUARTE, Madalena; ALMEIDA, Jorge. Crimes, penas e reinserção social: um olhar sobre o caso português. Comunicação, 2003. Congresso Português de Sociologia, Sociedades Contemporâneas: Reflexividade e Acção, Atelier: Direito, Crimes e Dependências. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa "A Reinserção Social dos reclusos: um contributo para o debate sobre a reforma do sistema prisional. In: **Actas dos ateliers do V Congresso Português de Sociologia, Sociedades Contemporâneas: reflexividade e acção, atelier: direito, crimes e dependências**. Braga, 2004, p. 27-34.

GRAZIA, Edward de. Crime without punishment: a psychiatric conundrum. In: **Columbia Law Review**, New York, Ed. Columbia Law Review Association, v. 52, n.º 6, p. 746-764, jun. 1952.

GREVE divide guardas e há reclusos que podem protestar. Diário de Notícias, 10 de dezembro 2010. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1731515>. Acesso em: 28 out. 2011.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luiz Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid, 1995.

JAKOBS, Günther. **El derecho penal como disciplina científica**. Navarra: Aranzadi, Thomson-Civitas, 2008.

JAKOBS, Günther. **Strafrecht, allgemeiner teil**. 2. ed. Kusterding (Germany): De Gruyter, 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Mauricio Neves de; GRAZZIOTIN, Paula Clarice Santos. Direito penal simbólico: o anti-direito penal. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/artigos/pdf/anti.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2011.

JUANATEY DORADO, Carmen. La ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del derecho penal. In: **La Ley Penal, Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario**, Madrid, Ed. Wolters Kluwer, a. 1, n.º 9, p. 1-27, octubre 2004.

KELLENS, Georges. **La mesure de la peine**: précis de penologie et de droit des sanctions penales. Liège: Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Liège, 1982.

LARGUIER, Jean. **Criminologie e science pénitentiaire**. 9. ed. Paris: Dalloz, 2001.

LEVASSEUR, Georges. Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps. In: **En hommage a Jean Constant**. Liège: Faculté de Droit de Liège, 1971.

LIMA, Fernando Pires de; VARELA, João Antunes. **Noções fundamentais de direito civil**. Coimbra: Coimbra Ed., 1957.

LÜSEBRINK; Hans-Jürgen; REICHARDT, Rolf. **Bastille: a history of a symbol of despotism and freedom: bicentennial reflections on the french revolution.** Durham: Duke University Press, 1997.

MACHADO, João Baptista. **Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis: limites das leis e conflitos de leis.** Coimbra: Almedina, 1970.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador.** Coimbra: Almedina, 1987. 2.^a reimp.

MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO. **Código de processo penal: comentários e notas práticas.** Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudência constitucional. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). **Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales: jornadas penitenciarias.** Barcelona: Bosch, 1994.

MARQUES, J. P. Remédio. **Curso de processo executivo comum à face do código revisto.** Coimbra: Almedina, 2000.

MEINI MÉNDEZ, Iván. Aplicación temporal de la ley penal y beneficios penitenciários. Disponível em: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_29.pdf>. Acesso em: 18 set. 2011.

MIRANDA, Jorge. Os princípios constitucionais da legalidade e da aplicação da lei mais favorável em matéria criminal. In: **O Direito**, Lisboa, a. 121, n.º 4, p. 685 a 699, out.-dez. 1989.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada.** t. I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

MOREIRA, Vital. Os contra-sensos do não: comunicado à imprensa em 5 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://>>

cidadaniapelosim.blogspot.com/2007/02/conferencia-de-imprensa-os-contra-sensos.html>. Acesso em: 29 set. 2011.

MOUTINHO, José Lobo. A aplicação da lei penal no tempo segundo o direito português. In: **Direito e Justiça**, Lisboa, Ed. Universidade Católica, v. 8, tomo II, p. 77-117, 1994.

NEVES, António Castanheira. O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático. In: **Boletim da Faculdade de Direito: estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia**. Coimbra, Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 307-469, 1984.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

PALAZZO, Francesco C. Valori costituzionali e diritto penale: un contributo comparatistico alla studio del tema. In: PIZZORUSSO, Alessandro; VARANO, Vincenzo (Coord.). **L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei**. v. 1. Milão: Giuffrè, 1985, p. 531-574.

PALMA, Maria Fernanda. A proibição da retroactividade *in pejus*. In: PALMA, Maria Fernanda; BELEZA, Teresa Pizarro (Org.). **Jornadas sobre a revisão do código penal**. Lisboa: AAFDL, 1998, p. 413-430.

PALMA, Maria Fernanda. Constitucionalidade e justiça: novos desafios para a justiça constitucional. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, a. 1, n.º 1, 2000.

PALMA, Maria Fernanda. Constituição e direito penal: as questões inevitáveis. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Ed., 1996-1998, p. 227-237.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito constitucional penal**. Coimbra: Almedina, 2006.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito penal: parte geral**. Lisboa: AAFDL, 1994.

PALMA, Maria Fernanda. Linhas estruturais da reforma penal: problemas de aplicação da lei processual no tempo. In: **O Direito**, n.º 140, p. 9-21, 2008.

PATRÍCIO, Rui. Apontamentos sobre um crime de perigo comum e concreto complexo: artigo 277º, n.º 1, alínea a) do código penal: infração de regras de construção. In: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, a. 21, n.º 81, p. 91-127, jan.-mar. 2000.

PATRÍCIO, Rui. Norma penal em branco: em comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 17-4-2001. In: PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VIALONGA, José Manuel (Coord.). **Casos e materiais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 327-344.

PEÑA, Federico Puig. **Derecho penal: parte general**. t. II, v. II. 5. ed. Barcelona: Nauta, 1959.

PEREIRA, Marcos Keel. **O lugar do princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência dos tribunais portugueses: uma perspectiva metodológica**. n.º 4. Lisboa, Ed. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2002.

PEREIRA, Rui. A relevância da lei penal inconstitucional de conteúdo mais favorável ao arguido. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a. 1, n.º 1, p. 55-76, 1991.

PEREIRA, Rui. O princípio da igualdade em direito penal. In: **O direito**, Lisboa, a. 120, n.º 1-2, p. 109-155, jan.-jun. 1988.

PICOZZI, Francesco. L'ambito temporale di applicazione delle norme sui colloqui dei detenuti e degli internati. In: **Rassegna Penitenziaria e Criminologica**, Roma, Ed. Ministero della Giustizia. Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, n.º 1, 2010, p. 59-81.

PORTO. Tribunal de Relações do Porto. Acórdão RP200810290814711. Proc. n.º 4711/08-1. Relatora Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias. Data do julgamento: 29 out. 2008.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 02P1096. Relator Dinis Alves. Data do julgamento: 16 maio 2002.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 03P2606. Relator Santos Carvalho. Data do julgamento: 2 out. 2003.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 07P3987. Relator Oliveira Mendes. Data do Julgamento: 28 nov. 2007.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 07P4838. Relator Oliveira Mendes. Data do Julgamento: 20 fev. 2008.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 08P2867. Relator Fernando Fróis. Data do Julgamento: 5 nov. 2008.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 08P4137. Relator Fernando Fróis. Data do Julgamento: 4 fev. 2009.

PROVEDOR de Justiça. As nossas prisões: III Relatório. Lisboa: Provedoria da Justiça, 2003.

REVIRIEGO PICÓN, Fernando. Los derechos de los reclusos. In: SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (Coord). **Dogmática y práctica de los derechos fundamentales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 451-483.

ROCHA, Manuel António Lopes da. A função de garantia da lei penal e a técnica legislativa. In: **Legislação**, n.º 6, p. 25-43, jan.-mar. 1993.

ROCHA, Manuel António Lopes da. Aplicação da lei criminal no tempo e no espaço. In: **O novo código penal português e legislação complementar: jornadas de direito criminal**. Lisboa: CEJ, 1983, p. 85-151.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra Ed, 1995.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A fase de execução das penas e medidas de segurança no direito português. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, Ed. Ministério da Justiça, Serviço do Boletim, n.º 380, 1988, p. 5-58.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1982. (Separata do v. XXIII do Suplemento).

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão, projecto de proposta de lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade. 2 ed. Coimbra: Coimbra Ed. 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: fundamentos: la estructura de la teoria del delito. Tradução e notas (da 2ª ed.) de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. t. I. Madrid, 1997.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1972.

SANDEL, Michael J. **Justice**: what's the right thing to do? Penguin, 2009.

SANTOS, José Beleza dos. A prevenção especial: os delinquentes habituais e os multi-ocasionais: valor e limites. **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, Ed. Ministério da Justiça, Serviço do Boletim, n.º 87, 1959. (Separata).

SANTOS, José Beleza dos. **Nova organização prisional portuguesa**: alguns princípios e realizações. Coimbra, 1947.

SANTOS, José Beleza dos. O fim da prevenção especial das sanções criminais, valor e limites. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, Ed. Ministério da Justiça, Serviço do Boletim, n.º 73, fev. 1958.

SANTOS, José Beleza dos. Os tribunais de execução das penas em Portugal (razões determinantes da sua criação – estrutura – resultados e sugestões). In: **Boletim da Faculdade de Direito**: homenagem ao Doutor José Alberto dos Reis. (Suplemento XV). v. I. Coimbra, Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1961.

SANTOS, José Beleza dos. Tratamento e libertação de delinquentes habituais: relatório apresentado na III sessão do Grupo Consultivo Europeu para a prevenção e tratamento dos delinquentes. In: **Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia**, Coimbra, 1957. (Separata do 1.º volume).

SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel. **Noções elementares de direito penal**. 2. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: **Revista Brasileira De Ciências Criminais**, São Paulo, a. 12, n.º 47, p. 60-122, mar.-abr. 2004.

SERRA, Adriano Vaz. O papel do juiz na interpretação da lei. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, a. I. v. I. p. 2 a 14, 1941.

SILVA, António Henriques da. **Elementos da sociologia criminal e direito penal**: lições do anno lectivo de 1905-1906 na 14.^a cadeira da Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra. v. II. 1906. Coimbra: Imprensa Universidade de Coimbra, 1905.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**: noções gerais, elementos do processo penal. v. I. 6. ed. Lisboa: Verbo, 2010.

SILVA, Germano Marques da. Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado): breves

considerações nas perspectivas dogmática e de política criminal. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (Coord.). **Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Ed. 2011. p. 47-63.

SINISCALCO, Marco. **Irretroattività delle leggi in materia penale**: disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi. Milano: Giuffrè, 1969.

SINISCALCO, Marco. Ratio di “certeza” e ratio di “garanzia” nella riserva di legge dell’art. 25, comme della costituzione. In: **Giurisprudenza Costituzionale**, a. 14, tomo I, p. 993-999, 1969.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Acção executiva singular**. Lisboa: Lex, 1998.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos metodológicos e didáticos do direito processual civil. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. 35, n.º 2, p. 337-438, 1994.

TELLEZ AGUILERA, Abel. Aproximación al derecho penitenciario de algunos países europeos. In: **Boletín de Información del Ministerio de Justicia**, Madrid, Ministério de Justicia, n.º 1.818, p. 699-713, 1998.

VELOSO, José António. Pena criminal. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 59, v. II, p. 519-563, abr. 1999. (Separata).

VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado**: introdução e parte geral. v. I. Coimbra: Almedina, 2008.

VON FEUERBACH, Paulo Johann. **Tratado de derecho penal**: comun vigente en Alemania. Tradução de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

Recebido em: 11/2/2021
Aprovado em: 17/4/2021