

JUSTIÇA PROCEDIMENTAL E PRISÃO

PROCEDURAL JUSTICE AND PRISON

Cláudia Cruz Santos¹

RESUMO: Trata da justiça Procedimental, aplicada ao contexto de direito Penitenciário. O artigo levanta direitos dos reclusos previstos em Leis, especificamente na Lei nº 115/2009, que aprova o Código da Execução da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. Dessa forma, aborda alguns procedimentos, previstos no código que ainda carecem de aperfeiçoamento.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Procedimental. Direito Penitenciário. Execução da Pena.

ABSTRACT: It deals with procedural justice, applied to the context of Penitentiary law. The article raises the rights of prisoners provided for in Laws, specifically in Law No. 115/2009, which approves the Code of Execution of Execution of Sentencing and Deprivation of Liberty. Thus, it addresses some procedures provided for in the code that still need improvement.

KEYWORDS: Procedural Justice. Penitentiary law. Execution of the penalty.

INTRODUÇÃO

A justiça procedimental pressupõe a correcção e a transparência dos processos de tomada de decisão e impõe que aqueles que podem ser desfavorecidos por essa decisão sejam sempre ouvidos. O conceito de justiça procedimental é particularmente adequado ao questionamento do modo como na execução da pena de prisão se desenvolvem as relações entre aqueles que exercem autoridade e aqueles que são sujeitos ao exercício da autoridade, os reclusos. A ideia que se sustenta é a de que há procedimentos que são indispensáveis à obtenção de uma finalidade e a finalidade de reintegração do recluso na sociedade sem cometer crimes pressupõe que lhe sejam garantidos, na execução da pena, mecanismos de reclamação e espaços de relevância da sua vontade, nomeadamente através da promoção de soluções de consenso.

¹ Doutora em Direito. Professora auxiliar da faculdade de Direito da Faculdade de Coimbra. Email: claudias@fd.uc.pt.

A existência de uma ligação decisiva entre um certo procedimento e a obtenção das finalidades especificamente penais parece irrecusável: o respeito pela dignidade da pessoa que o recluso é favorecerá a sua reintegração na sociedade como cidadão. Mais: a adopção de certos procedimentos que evitem a dessocialização pode até, pelo menos em alguns casos, contribuir para que as finalidades da pena sejam atingidas de modo mais eficiente, com implicações óbvias no que respeita à (desnecessidade) de execução de mais pena. Pode encurtar-se, assim, dentro de certos limites, o tempo de encarceramento, pela adopção de procedimentos que favoreçam a socialização porque evitam a dessocialização² e que permitam, por exemplo, a libertação condicional logo no primeiro momento em que ela é possível (ou outros modos de flexibilização da execução da pena).

Em sentido não muito distante daquele que se quer evidenciar, afirma Jesús-Maria Silva Sánchez que a pena cumpre funções de comunicação e que por isso supõe alguma imposição de um mal ao condenado, como a privação da liberdade – seja para neutralizar simbolicamente a infracção do direito numa perspectiva retrospectiva que aproxima do pensamento de Hegel, seja para prospectivamente cumprir funções de prevenção. Nas palavras de Silva Sánchez

uma aproximação à realidade da pena torna patente uma facticidade inegável: um sofrimento que é padecido pelo condenado pelo menos como privação ou restrição de direitos (...) alguns autores empreenderam a tarefa de justificar que a permanência do preso no cárcere é, sobretudo, também comunicação.³

Através desta comunicação, passar-se-iam duas mensagens: a neutralização retrospectiva da infracção do direito associada ao mal do crime; a prevenção prospectiva da prática de outros crimes no futuro. O Autor considera, porém, que existem “factos ou circunstâncias posteriores à prática do crime, e directamente relacionadas com ele, que mostram traços similares a alguns que se apresentaram como próprios da pena”,⁴ e que por isso podem funcionar como equivalentes funcionais da pena. Entre estes, contam-se, por exemplo, a manifestação de arrependimento ou a reparação dos danos causados à vítima. Que

² RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária. Estatuto Jurídico do Recluso e Socialização. Jurisdicionalização. Consensualismo e prisão**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. p. 51. distingue duas dimensões da *socialização*: (i) promover a não dessocialização, prevenindo os efeitos criminógenos associados ao próprio encarceramento e à marginalização que inevitavelmente acarreta; (ii) evitar a dessocialização, garantindo que o recluso é visto como um cidadão que é sujeito de direitos fundamentais.

³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Equivalentes funcionales de la pena. In: COSTA, José de Faria, et al (org.). **Estudos em homenagem ao prof. Doutor Manuel da Costa Andrade**. v. II. Coimbra: Faculdade de Direito Universidade, 2017. p.186.

⁴ Idem.

podem, precisamente, acontecer num determinado procedimento de execução da pena, reforçando a conexão estreita entre os aspectos procedimentais e a justiça.

Pretende-se, nesta reflexão curta, evidenciar aspectos associados à execução da pena de prisão que contribuem para a concretização de uma justiça procedimental alicerçada na correcção dos procedimentos que pressupõe a exigência de que seja dada voz aos reclusos. Só haverá justiça procedimental na execução da pena de prisão – essa justiça procedimental que é indispensável para que se cumpram as próprias finalidades da execução da pena – se os presos forem ouvidos e se for atribuída alguma relevância à manifestação da sua vontade.

O direito penitenciário português tem evoluído no sentido de reconhecer que a prisão se traduz exclusivamente numa privação da liberdade ambulatoria e que por isso deve preservar-se o respeito por todas as outras dimensões da liberdade do recluso. Em certo sentido, parece poder afirmar-se a intenção de tornar a prisão cada vez menos fechada, cada vez mais aberta à comunicação com o exterior e mais atenta à autonomia do recluso, cada vez menos parecida com a prisão – o que não deixa de comportar um certo paradoxo, como bem nota Teresa Beleza quando dá conta de um propósito:

encacerrem-se os condenados, mas depois tudo se faça para que a sua vida seja como se não estivessem presos. O que não só está nos antípodas da lógica penitenciarista do início desse movimento e da própria lógica da prisão como pena, como (me) parece consumir o reconhecimento final do Aburdo Prisional.⁵

Nos termos do art. 3.º, n.º 2 do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade – doravante CEPMPL –, “a execução respeita a personalidade do recluso e os seus direitos e interesses jurídicos não afectados pela sentença condenatória ou decisão de aplicação da medida privativa da liberdade”.⁶ Defende-se, portanto, um respeito cada vez maior pela autonomia da vontade do recluso e um favorecimento das soluções de consenso. Procura-se tornar a prisão um espaço menos autoritário e mais consensual, acreditando-se que os procedimentos consensuais favorecem as soluções mais justas e mais socializadores. A previsão do nº 6 do artigo 3º do CEPMPL não podia ser mais clara: “a execução promove o sentido de responsabilidade do recluso, estimulando-o a participar no planeamento e na

⁵ BELEZA, Teresa. À espera dos bárbaros? Prisão, tortura e civilização, trinta anos depois. In: ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória (org.). **Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 1321.

⁶ BRASIL. Lei nº 115/2009. Aprova o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. **Diário da República**, n. 197/2009, série I de 10 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-ult2/lei-n-115-2009-de-12-de/downloadFile/file/lei%20115.2009.pdf?nocache=1255335513.64>. Acesso em: 03 de out. de 2019.

execução do seu tratamento prisional e no seu processo de reinserção social, nomeadamente através do ensino, formação, trabalho e programas”.⁷ Apesar desta nova perspectiva, que se saúda, nem sempre se garanta ainda, na praxis penitenciária, o exercício desses direitos de escolha por parte do recluso. Existem vários procedimentos carecidos de aperfeiçoamento. Considerar-se-ão, de seguida, apenas alguns deles.

1 COMO SE DÁ VOZ AOS RECLUSOS? E COMO SE GARANTE QUE A SUA VOZ SEJA OUVIDA?

1.1 O DIREITO A SER OUVIDO, A RECLAMAR E A IMPUGNAR

Nos termos do artigo 7.º, n.º 1, al. m) do CEPMPL, o recluso tem o direito “a ser ouvido, a apresentar pedidos, reclamações, queixas e recursos e a impugnar perante o tribunal de execução das penas a legalidade de decisões dos serviços prisionais”.⁸ A afirmação de que o arguido é sujeito de direitos fundamentais perante a administração prisional exige a jurisdicionalização da execução da pena de prisão e impõe a existência de tribunais de execução das penas. A prisão tem de abrir os portões aos juízes dos tribunais de execução de penas, que devem visitar os estabelecimentos prisionais e decidir sobre todas as questões relativas à execução da pena que claramente contendam com direitos fundamentais. A decisão dos conflitos jurídicos entre a administração prisional e o recluso deve caber ao juiz de execução de penas, que assegura assim a protecção dos direitos fundamentais dos reclusos. Nos termos do artigo 200.º do CEPMPL, “as decisões dos serviços prisionais são impugnáveis, nos casos previstos no presente Código, perante o tribunal de execução penal”.⁹

⁷ Ibidem

⁸ Ibidem

⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. A tutela dos direitos dos reclusos: um caminho a ser caminhado. In: GOMES, Carla; NEVES, Ana Fernanda (coord.). **Direitos do Homem e Sistema Penitenciário**, Lisboa: AAFDL Editora, 2019. p. 111. refere-se a casos em que “o legislador previu também expressamente (...) que o recluso tem o direito a impugnar perante o tribunal de execução das penas a legalidade das decisões da administração penitenciária. O que pode acontecer nos casos das decisões de não autorização, de proibição e de prorrogação da proibição de visita (art. 65.º, n.º 5), de restrição à realização de chamadas telefónicas a expensas suas (art. 70.º, n.ºs 5 e 1), de não autorização de realização de entrevistas a reclusos (art. 75.º, n.ºs 4 e 2), de revogação de licença de saída administrativa (art. 85.º, n.º 2) e de aplicação das medidas disciplinares de permanência obrigatória no alojamento e de internamento em cela disciplinar (art. 114.º, n.º 1) ”.

Para além disso, há casos em que o recluso pode ainda recorrer da decisão do juiz de execução de penas para o tribunal da Relação.¹⁰

Uma forma excepcional de reagir a uma prisão ilegal relaciona-se com o pedido de *habeas corpus*, que é dirigido ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça pelo próprio preso ou por qualquer outra pessoa no gozo dos seus direitos políticos. Apesar de o artigo 222.º do CPP consagrar este direito em moldes que se julgam adequados, subsiste uma jurisprudência muito restritiva no que respeita à prisão preventiva ilegal. Ultrapassou-se, com a nova redacção do artigo 219.º, n.º 2 do CPP, a ideia – incompreensível – de que só se podia fazer um pedido de *habeas corpus* depois de se esgotarem os recursos ordinários.¹¹ Todavia, as exigências jurisprudenciais cumulativas de que “a matéria de facto sobre que há-de assentar a decisão” seja “certa, ou, pelo menos, estabilizada” e de que “o aspecto jurídico da questão” não se apresente “problemático” restringem de forma excessiva o âmbito de aplicação do *habeas corpus*¹² sobretudo nos casos de prisão preventiva ilegal.

1.2 O DIREITO A ESTUDAR E/OU A TRABALHAR

A alínea h) do artigo 7.º do CEPMPL consagra os direitos do recluso “a participar nas actividades laborais, de educação e ensino, de formação (...) e em programas orientados para o tratamento de problemáticas específicas”.¹³ O recluso não tem, portanto, um dever de trabalhar ou de estudar. O que ele tem é o *direito* de estudar e de trabalhar. Especificamente quanto ao trabalho prisional, dispõe-se no art. 41.º, n.º 2 que “deve ser assegurado ao recluso,

¹⁰ Os exemplos dados por RODRIGUES, Anabela Miranda. (op. cit., p. 112) são o da recusa de liberdade condicional ou da sua revogação (arts. 179.º e 186.º) e o da revogação da licença de saída jurisdicional (art. 196.º, n.º 2). A Autora pronuncia-se criticamente sobre a inexistência de direito de recurso pelo recluso para o tribunal da relação quando o tribunal de execução de penas recusa uma licença de saída jurisdicional por si requerida: «nem a previsão legal de que o Ministério Público pode recorrer da decisão funciona como uma garantia substitutiva do direito paralelo que assiste ao próprio recluso. A justificar a não consagração deste direito só pode estar uma “menorização” do recluso, em cujo estatuto jurídico se produz, sem qualquer justificação aparente, a limitação do direito de recurso, quando o legislador “ate já” tomou a opção de garantir a reapreciação judicial da decisão em causa através da atuação do Ministério Público» (ult. ob. cit., p. 124).

¹¹ Sobre o assunto, bastante antes de se esclarecer no n.º 2 do artigo 219.º do CPP que “não existe relação de litispendência ou de caso julgado entre o recurso previsto no número anterior e a providência de *habeas corpus*, independentemente dos respectivos fundamentos”, SANTOS, Cláudia. Prisão preventiva – *habeas corpus* – recurso ordinário. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, n. 10, 2000, p. 303.

¹² Esta jurisprudência foi acolhida, por exemplo, no Acórdão do STJ de 01.02.2007 (processo 07P353), com o voto de vencido do Conselheiro Santos Carvalho, cuja fundamentação parece, no essencial, acertada.

¹³ BRASIL. Lei nº 115/2009. Aprova o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. **Diário da República**, n. 197/2009, série I, de 10 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-ult2/lei-n-115-2009-de-12-de/downloadFile/file/lei%20115.2009.pdf?nocache=1255335513.64>. Acesso em: 03 de out. de 2019.

de acordo com as ofertas disponíveis, trabalho em unidades produtivas de natureza empresarial (...).¹⁴ Esclarece-se no artigo 41.º que este trabalho não visa satisfazer exclusivamente finalidades lucrativas ou interesses do estabelecimento prisional ou de terceiros, pretendendo sobretudo promover capacidades para exercer uma actividade laboral após a libertação. Mas, haverá trabalho para todos os que querem trabalhar? Não basta que a lei garanta um direito. É preciso que se promovam as condições para o seu efectivo exercício.

E, por outro lado, dispendo-se no n.º 6 do artigo 41.º que “a assiduidade e o empenho do recluso nas actividades laborais são tidos em conta para efeitos de flexibilização da execução da pena”, não seria interessante, também sob o ponto de vista da justiça procedimental, a consagração da possibilidade de remição de tempo de prisão em função do tempo de trabalho (ou também do tempo de estudo)?

O instituto da remição de pena está, no direito comparado, previsto nomeadamente no sistema brasileiro, através dos artigos 126.º a 129.º da Lei n.º 12.433, de 29 de Junho de 2011. Existirão vantagens na previsão, pela lei, da possibilidade de o condenado remir, pelo trabalho ou pelo estudo, um certo tempo de pena de prisão? A consideração deste problema pressupõe uma reflexão mais ampla sobre o sentido do trabalho e do estudo em contexto prisional, sob o enfoque das finalidades que presidem à execução da pena e dos princípios que norteiam este regime jurídico. Todavia, a transparência e a segurança que são exigidos pela justiça procedimental parecem favorecidos pela previsão, na lei, dos exactos modos pelos quais o trabalho e o estudo influem na execução da pena de prisão.

1.3 O DIREITO A PARTICIPAR EM PROGRAMAS RESTAURATIVOS DE MEDIAÇÃO VÍTIMA-AGRESSOR

O direito de participar em programas restaurativos de mediação pós-sentencial é reconhecido no artigo 47.º, n.º 4 CEPML, onde se dispõe que “o recluso pode participar, com o seu consentimento, em programas de justiça restaurativa, nomeadamente através de sessões de mediação com o ofendido”.¹⁵ O alcance desta disposição deve ser avaliado tendo também em conta o previsto nos artigos 91.º e 92.º do Regulamento Geral dos

¹⁴ Ibidem

¹⁵ BRASIL. Lei nº 115/2009. Aprova o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. **Diário da República**, n. 197/2009, série I de 10 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-ult2/lei-n-115-2009-de-12-de/downloadFile/file/lei%20115.2009.pdf?nocache=1255335513.64>. Acesso em: 03 de out. de 2019.

Estabelecimentos Prisionais.¹⁶ Entre as finalidades visadas pelos programas específicos que os estabelecimentos prisionais devem desenvolver, conta-se “a promoção da empatia para com a vítima e a consciencialização do dano provocado, nomeadamente através do envolvimento dos reclusos em programas de mediação e de justiça restaurativa”.¹⁷

Todavia, como se concretiza esse direito se tais programas não forem efectivamente implementados nos estabelecimentos prisionais portugueses?

A possibilidade de participação do recluso nestes programas restaurativos pós-sentenciais, já admitida pelo legislador português, deve ser compreendida por apelo às finalidades da execução das penas e das medidas de segurança privativas da liberdade, expressas logo no artigo 2.º daquele Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. Tal execução “visa a reinserção do agente na sociedade, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes, a protecção de bens jurídicos e a defesa da sociedade”.¹⁸ A prova de que o legislador entendeu que aquela participação do recluso em programas restaurativos pode favorecer a sua reinserção resulta do n.º 6 do artigo 47.º, nos termos do qual “a participação do recluso em programas é tida em conta para efeitos de flexibilização da execução da pena”.

Todavia, se estas práticas restaurativas podem contribuir para a obtenção das finalidades inerentes à execução da pena – sendo que a flexibilização desta pena depende de um juízo centrado no cumprimento daquelas finalidades –, também parece claro que, concomitantemente, contribuirão para as finalidades específicas da justiça restaurativa associadas à pacificação dos intervenientes no conflito e à reparação dos danos causados à vítima.

Sob um ponto de vista metodológico, julga-se que é útil uma referência à relevância específica das práticas restaurativas ditas pós-sentenciais. A sua existência favorece o

¹⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Decreto-Lei nº 51/2011 de 11 de abril de 2011. Aprova o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais, em cumprimento do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. **Diário da República**, n. 71/2011, Série I, 11 abr. 2011. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/276858/details/maximized>. Acesso em: 03 de out. de 2019

¹⁷ O art. 91.º, n.º 1, al. d) do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais. No art. 92.º dispõe-se, ainda com interesse, que “a participação pressupõe a adesão expressa do recluso”, que “os programas assentam na celebração de um contrato, do qual constam obrigatoriamente as regras, condições e eventuais prémios de participação e as causas de exclusão do programa”. Estatui-se, ainda, que “os programas são preferencialmente executados dentro do estabelecimento prisional”.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 115/2009. Aprova o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. **Diário da República**, n. 197/2009, série I de 10 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-ult2/lei-n-115-2009-de-12-de/downloadFile/file/lei%20115.2009.pdf?nocache=1255335513.64>. Acesso em: 03 de out. de 2019.

esclarecimento da conexão entre uma análise sobre as diversas finalidades das intervenções penal e restaurativa. A aceitação de práticas restaurativas pós-sentenciais parece confirmar, segundo se crê, dois vectores que se julgam essenciais na compreensão das finalidades subjacentes às práticas restaurativas, assim como na definição daquele que pode ser o seu âmbito, sendo que cada um dos tópicos é indiciário de um certo modelo de relacionamento entre a justiça penal e a justiça restaurativa.

Em primeiro lugar, a existência de práticas restaurativas pós-sentenciais indicia que nada impede a sua aplicação ao universo dos conflitos desencadeados pelos crimes mais graves (a ideia forte é, precisamente, a de que a justiça restaurativa não deve ser utilizada para expandir o controlo social face a bagatelas, mas antes para oferecer uma possibilidade de pacificação dos conflitos mais graves);¹⁹ em segundo lugar, se tais práticas surgem *depois* do funcionamento completo da justiça penal, é porque com elas se perseguem finalidades que aquela justiça penal, por si só, não logra cumprir.

Esclareça-se, porém, que sob esta designação de “práticas restaurativas pós-sentenciais” se agrupam realidades diversas, porque se há casos em que elas têm lugar durante o cumprimento da pena, outros existem em que elas só surgem posteriormente. Assim, em bom rigor, só relativamente a estas últimas se poderia afirmar a sua aplicação depois de um funcionamento integral da justiça penal, que inclui a fase de execução da pena. E, não sendo esta fase da execução da pena alheia às finalidades da prevenção, poder-se-ia considerar que o recurso a programas restaurativos, nesse momento, operaria apenas como coadjuvante na prossecução de tais finalidades. Ora, se não se enjeita que as práticas restaurativas possam, neste contexto, favorecer a reintegração do agente ou a pacificação da comunidade, julga-se, porém, que a forma como prevalece e como se processa a mediação *vítima-agressor* pós-

¹⁹ Um dos muitos Autores que têm insistido na importância de não se limitar a proposta restaurativa (e a mediação penal) à criminalidade menos grave é BRAITHWAITE, Jonh. **Restorative Justice and Responsive Regulation**, op. cit, p. 29). Escolhe como exemplo o crime de roubo e afirma que devemos desafiar o preconceito segundo o qual o agente de tal infracção deve ser sempre sujeito a julgamento e, fazendo-se prova da sua culpa, condenado a pena de prisão. Considera que podem existir alternativas a este processo se, v.g., o agente estiver disposto a reparar os danos causados às vítimas ou abandonar os seus hábitos de consumo de estupefacientes. Em estudo publicado muito recentemente, também Ramon VALCÁRCEL refere a adequação de práticas restaurativas pós-sentenciais no âmbito da criminalidade mais grave, nomeadamente do terrorismo. Sustenta as vantagens de tais práticas em depoimentos de participantes, como o da filha de Aldo Moro (morto em Maio de 1978 por integrantes das *Brigate Rosse*) que, depois de ter contactado, durante a execução da pena, com uma das integrantes do grupo terrorista, afirmou “imaginava-os tão diferentes e eram normais. Sentiam algumas das coisas que eu também sentia...quero dizer que não eram cruéis. Perdoei porque acredito que uma pessoa pode tornar-se melhor do que é se perdoa. O meu pai, como jurista, ensinou-me que uma pena só tem sentido se é para reabilitar. Caso contrário, não é pena, é vingança. E perdoei porque creio que odiar não me teria dado a serenidade que agora tenho”. VALCÁRCEL, Ramon. Algunos problemas de la mediación penal. In: DEL VAL, Teresa (coord.). **Gestión del Conflicto Penal**. Beunos Aires: Editorial Astrea, 2012. p. 48.

sentencial confirma um objectivo primacial de pacificação individual e/ou interpessoal que é estranho às finalidades especificamente penais.

Em rigor, em muitos destes casos, porventura até mais do que em oferta de uma possibilidade de pacificação do conflito interpessoal, deve falar-se antes em oferta de uma possibilidade de pacificação individual. O que se pretende significar com esta afirmação é que, em casos particularmente graves – como os relacionados com a perda de uma vida –, pode não existir qualquer conflito interpessoal entre o agente e as vítimas “indirectas” que careça de pacificação; ou, a existir, talvez ele não seja sequer susceptível de pacificação. Todavia, nestas situações também pode suceder – como o comprova a prática da mediação pós-sentencial por exemplo em vários programas levados a cabo nos Estados Unidos – que o agente do crime ou as vítimas, apesar de reconhecerem a impossibilidade de uma reparação suficiente dos danos causados, expressem a necessidade de um encontro, que vêm como favorável ao encerramento possível de um segmento das suas vidas e à sua recuperação face ao acontecimento desvalioso.

Um dos países do nosso contexto cultural onde tais práticas restaurativas pós-sentenciais vêm sendo aplicadas – e vêm sendo sujeitas a avaliações largamente favoráveis – é a Bélgica²⁰. Ora, a opção que aí se faz por configurar esta mediação penal a partir de uma “perspectiva externa” (ainda que, em alguns casos, mitigada) é, segundo se crê, também relevante sob o ponto de vista da compreensão da autonomia dos fins das práticas restaurativas. Explique-se, porém, o que se vem de afirmar.

Em uma “perspectiva interna”²¹, a mediação é vista como um elemento da execução da pena, sendo os funcionários da administração prisional os elementos centrais na sua promoção e execução. Para além disso, o sucesso dessa mediação terá consequências ao nível da execução da pena, nomeadamente flexibilizando-a ou encurtando-a. Pelo contrário, em uma “perspectiva externa”, o recurso à mediação pós-sentencial só se distingue das outras práticas de mediação pelo meio em que ocorre – a prisão – permanecendo, em tudo o resto, a

²⁰ Para uma descrição e uma avaliação da mediação pós-sentencial em context prisional na Bélgica. EYCKMANS, David; DUFRAING, Dirk; REGELBRUGGE, Mariane. The concept of restorative justice in prison seen from the community and illustrated by the practice of victim-offender mediation. Bélgica, [s. n.], 2002. p. 69. Nas palavras dos Autores, o objectivo principal destes programas é “criar a oportunidade para reparar as relações entre o agente do crime, a vítima e a comunidade, que foram danificadas”. Muito interessante é a sua informação de que, desde Novembro de 2000, os “restorative justice consultants” estão presentes em todas as prisões belgas.

²¹ Adota-se a terminologia “perspectiva interna” versus “perspectiva externa” utilizada por EYCKMANS, David; DUFRAING, Dirk; REGELBRUGGE, Mariane. (op. cit. p. 72).

ele alheia. É encarada como faculdade pela qual os sujeitos podem ou não optar – à semelhança de quaisquer outros cidadãos – e supõe a intervenção de mediadores neutros (no sentido em que são alheios à instituição prisional). Nesta “perspectiva externa”, a participação na mediação, ainda que bem-sucedida, não significa qualquer vantagem para o agente (agora recluso), nomedamente no que respeita à concessão da liberdade condicional. São, ainda, pensáveis configurações mistas, em que, por exemplo, a participação na mediação penal é sempre voluntária para o agente e a vítima, com mediadores estranhos ao meio prisional, mas com uma possibilidade de ponderação dos resultados obtidos nessa mediação para efeitos de alterações na execução da pena.

Ora, segundo se crê, quer a adopção de programas a partir de uma “perspectiva externa”, quer a partir desta sua consideração mitigada (por admitir o relevo das práticas restaurativas para efeitos especificamente penais), mostram uma certa margem (seguramente maior na primeira hipótese) de autonomia das finalidades das práticas restaurativas pós-sentenciais. E, ainda que se vislumbrem vantagens nas práticas de mediação penal pós-existencial conformadas a partir daquela perspectiva externa,²² assume-se uma certa preferência por esta sua abordagem mitigada.²³

O que se julga é que, nesta perspectiva, sem se perder o sentido especificamente restaurativo destas práticas que impõe a voluntariedade, a idêntica importância e grau de participação do agente e da sua vítima (essa vítima que parece ser relativamente

²² A propósito de uma reflexão, no plano comparatístico, sobre estas práticas restaurativas pós-sentenciais, WEMMERS, Joanne; CANUTO, Marisa. **Victim's experiences with, expectations and perceptions of restorative justice: a critical review of the literature** cit. Departament Of Justice Canada: Canada, 2002. p. 23. sublinham que elas “geralmente não afectam as sanções”, sendo o seu valor “largamente psicológico – permitindo que as vítimas e os agressores se reconciliem com o crime e o ultrapassem”, para além de serem “programas que lidam tipicamente com crimes mais graves”. Dão o exemplo de um programa que se iniciou em Haia, na Holanda, em 1997, de participação estritamente voluntária, posterior à condenação e sem consequências ao nível da execução da pena, relativo a crimes graves (em 2000 houve uma primeira avaliação deste programa – em que, em cerca de um quarto dos crimes que fundaram a condenação, ocorreu a morte da vítima, sendo a participação nesta prática restaurativa “oferecida aos seus familiares” – que sustenta a conveniência da sua manutenção, também por permitir às vítimas “encontrarem uma forma de perdoar, confrontarem o agressor, compreenderem porque se passaram assim as coisas, ultrapassarem os seus medos”).

²³ Esta parece ser, de resto, a orientação de que parte o sistema belga, quando favorece a reparação pelo recluso dos danos causados à sua vítima, não atribuindo a essa reparação um efeito automático em sede de execução da pena, mas admitindo esse efeito, depois de uma ponderação pelas instâncias competentes. Sobre a questão, cfr. KELLENS, Georges. Trabajo Penitenciario. In: ZAPATERO, Luis Alberto. (coord.). **Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam**. v. I. Espanha: Universidad de Catilla – La Mancha, 2001. p. 320, que analisa o trabalho prisional como uma liberdade que não pode “amputar-se atrás dos muros da prisão” e que refere o incentivo – mas não a obrigação – a que os proventos resultantes do trabalho prisional sejam direccionados para a reparação voluntária dos danos causados à vítima, o que poderá ser valorado para a flexibilização da execução da pena privativa da liberdade. O Autor menciona ainda, com interesse, a decisão do Ministro da Justiça belga de admitir, a partir de Maio de 2000, a existência, «em cada uma das trinta e duas prisões belgas, de um “consultor em justiça restaurativa” com formação universitária».

desconsiderada a partir de uma perspectiva interna), a preocupação com as necessidades de ambos e a orientação para a reparação,²⁴ vai-se além de uma sua conformação sobretudo assistencial, fazendo-as ainda contribuir para a existência de uma intervenção penal que seja o mais mínima que é possível.

1.4 O DIREITO DE PEDIR A ANTECIPAÇÃO DA EXECUÇÃO DA PENA ACESSÓRIA DE EXPULSÃO

Os reclusos estrangeiros a quem deve ser aplicada pena acessória de expulsão têm o direito de ser ouvidos caso queiram regressar mais cedo aos seus países? Relativamente à pena acessória de expulsão de condenados estrangeiros, já se analisou criticamente o regime jurídico constante do artigo 151.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho (a denominada “lei dos estrangeiros”) e do artigo 188.º - A do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade²⁵. Mas deve reflectir-se, mais concretamente, sobre um regime jurídico que se mostrasse adequado e que superasse as objecções suscitadas ao regime actualmente vigente.

Nos termos do artigo 151.º da Lei 23/2007, de 4 de Julho:

Artigo 151.º

Pena acessória de expulsão

1 - A pena acessória de expulsão pode ser aplicada ao cidadão estrangeiro não residente no País, condenado por crime doloso em pena superior a seis meses de prisão efetiva ou em pena de multa em alternativa à pena de prisão superior a seis meses.

2 - A mesma pena pode ser imposta a um cidadão estrangeiro residente no País, condenado por crime doloso em pena superior a um ano de prisão, devendo, porém, ter-se em conta, na sua aplicação, a gravidade dos factos praticados pelo arguido, a sua personalidade, eventual reincidência, o grau de inserção na vida social, a prevenção especial e o tempo de residência em Portugal.

3 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, a pena acessória de expulsão só pode ser aplicada ao cidadão estrangeiro com residência permanente, quando a sua conduta constitua perigo ou ameaça graves para a

²⁴ Uma das limitações de ordem prática a estes programas restaurativos pós-sentenciais prende-se com a dificuldade de gizar comportamentos reparadores que sejam exequíveis, tendo em conta aquelas que são as circunstâncias da reclusão. Apesar de se saber que essa reparação não tem de assumir natureza patrimonial, houve uma tentativa de contornar a indisponibilidade financeira de muitos agentes criminais que são reclusos através da criação de fundos. Sucedeu assim em alguns estabelecimentos prisionais belgas, onde se deu a reclusos interessados em participar na mediação vítima-agressor a possibilidade de recorrerem a esses “Restoration Funds”, sempre com a obrigação de reposição das quantias utilizadas, através de recursos que depois obtenham com o seu trabalho, em contexto prisional ou fora dele. Sobre a questão, EYCKMANS, David; DUFRAING, Dirk; REGELBRUGGE, Mariane. (op. cit. P. 76-7).

²⁵ SANTOS, Cláudia. Todos os presos são estrangeiros? algumas especificidades do encarceramento de estrangeiros em Portugal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 28, p. 147.

ordem pública, a segurança ou a defesa nacional.
 4 - Sendo decretada a pena acessória de expulsão, o juiz de execução de penas ordena a sua execução logo que cumpridos:

- a) Metade da pena, nos casos de condenação em pena igual ou inferior a cinco anos de prisão;
- b) Dois terços da pena nos casos de condenação em pena superior a cinco anos de prisão.

5 - O juiz de execução de penas pode, sob proposta fundamentada do diretor do estabelecimento prisional, e sem oposição do condenado, decidir a antecipação da execução da pena acessória de expulsão logo que cumprido um terço da pena, nos casos de condenação em pena igual ou inferior a cinco anos de prisão e desde que esteja assegurado o cumprimento do remanescente da pena no país de destino.²⁶

Esta pena acessória de expulsão é merecedora de reflexão particular porque só pode ser aplicada a estrangeiros e sobretudo na medida em que dos números 4 e 5 do seu regime decorrem consequências atinentes à duração da pena de prisão executada em Portugal. A solução constante do n.º 4 parece significar que a expulsão acontece no primeiro momento em que seria possível a flexibilização da execução da pena através do regime da liberdade condicional – a expulsão acontece a meio da pena e sem referência expressa à valoração das necessidades de prevenção geral ou especial. Mas só é assim se a pena de prisão não for superior a 5 anos; se a pena for superior a 5 anos de prisão, a execução da pena de expulsão só pode acontecer quando estiverem cumpridos dois terços da pena, o que é questionável face ao actual regime da liberdade condicional previsto no artigo 61.º do Código Penal. Já nos termos do número 5, se a pena não for superior a 5 anos de prisão, permite-se a expulsão cumprido um terço da pena desde que o remanescente seja cumprido no país do destino. Ou seja: o estrangeiro condenado a pena superior a 5 anos de prisão só pode ver executada a pena acessória de expulsão quando estiverem cumpridos dois terços da sua pena.

Este é um dos aspectos do regime jurídico da pena acessória de expulsão que mais dúvidas nos suscita: como se justifica, à luz das finalidades das penas, que o estrangeiro tenha de passar tanto tempo preso num país de onde vai ser, logo de seguida, expulso?

Aquilo que se questiona é o tempo em que essa expulsão, a ser possível, deverá acontecer. Se o Estado português vai expulsar o cidadão estrangeiro que condenou por um ou mais crimes, quando deverá fazê-lo? A resposta que se procurará não deve desconsiderar uma ideia nuclear, uma espécie de fio condutor do raciocínio: a ser inevitável a expulsão, um seu

²⁶ BRASIL. Lei nº 23/2007 de 4 de julho de 2007. Aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional. **Diário da República**, n. 127/2007, série I de 04 de julho de 2007. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/635814/details/maximized>. Acesso em 03 de nov. de 2019.

retardamento contribuirá, provavelmente, para que o recluso que é estrangeiro em Portugal se venha a tornar cada vez mais estrangeiro no seu país, no país para onde irá regressar.

Centremo-nos, portanto, na questão que suscita especiais dúvidas. Como se compreende que, sempre que o estrangeiro seja condenado a pena superior a 5 anos, a sua expulsão só possa acontecer depois de ter cumprido dois terços da sua pena em Portugal, como resultaria do artigo 151.º da Lei 23/2007, de 4 de Julho?

Esta solução, muito questionável sob o enfoque das finalidades preventivas da pena – especialmente da finalidade de prevenção especial de socialização, mas também à luz de um correcto entendimento da prevenção geral positiva – pode, a partir da alteração a que o Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade foi sujeito em 2013, sofrer uma correcção no sentido de se facilitar a expulsão em momento anterior. Com efeito, nos termos do novo artigo 188.º - A deste Código:

Artigo 188.º-A

Execução da pena de expulsão

1 - Tendo sido aplicada pena acessória de expulsão, o juiz ordena a sua execução logo que:

- a) Cumprida metade da pena, nos casos de condenação em pena igual ou inferior a 5 anos de prisão, ou, em caso de execução sucessiva de penas, logo que se encontre cumprida metade das penas;
- b) Cumpridos dois terços da pena, nos casos de condenação em pena superior a 5 anos de prisão, ou, em caso de execução sucessiva de penas, logo que se encontrem cumpridos dois terços das penas.

2 - O juiz pode, sob proposta e parecer fundamentado do diretor do estabelecimento prisional, e obtida a concordância do condenado, decidir a antecipação da execução da pena acessória de expulsão, logo que:

- a) Cumprido um terço da pena, nos casos de condenação em pena igual ou inferior a 5 anos de prisão, ou, em caso de execução sucessiva de penas, logo que se encontre cumprido um terço das penas;
- b) Cumprida metade da pena, nos casos de condenação em pena superior a 5 anos de prisão, ou, em caso de execução sucessiva de penas, logo que se encontre cumprida metade das penas.

3 - Independentemente de iniciativa do diretor do estabelecimento prisional, o juiz, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público ou do condenado, solicita o parecer fundamentado ao diretor do estabelecimento.²⁷

²⁷ BRASIL. Lei nº 115/2009. Aprova o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. **Diário da República**, n. 197/2009, série I de 10 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-ult2/lei-n-115-2009-de-12-de/downloadFile/file/lei%20115.2009.pdf?nocache=1255335513.64>. Acesso em: 03 de out. de 2019.

A possibilidade de antecipar a execução da pena acessória de expulsão para o momento em que se encontrar cumprida metade da pena (no caso das penas mais graves) ou quando estiver cumprido um terço da pena (quando a condenação não exceder os cinco anos de prisão) não depende, neste regime, do cumprimento em outro país do remanescente da pena. Compreende-se bem que assim seja, porque a realidade tem-nos mostrado o quão ilusória é a possibilidade, garantida pela lei²⁸, de transferência de pessoas condenadas. Os reclusos estrangeiros em Portugal são com frequência provenientes de países onde não se respeitam os direitos humanos dos cidadãos encarcerados, pelo que tal transferência é requerida num número diminuto de casos. O estrangeiro preso em Portugal, que virá a ser expulso, não dispõe, portanto, em muitos casos, de uma escolha real no que respeita à transferência para o país onde conta viver no futuro, onde eventualmente tem laços familiares e algumas expectativas de uma vida conforme ao dever ser jurídico-penal. Ou seja: o argumento da possibilidade de transferência, como óbice à necessidade de se antecipar a expulsão através de um encurtamento da prisão executada em Portugal, com frequência não colhe.

O regime jurídico actualmente previsto para a pena acessória de expulsão no artigo 188.º - A do Código de Execução de Penas, se favorece o encurtamento da pena de prisão executada em Portugal quando se vai aplicar de seguida a sanção de expulsão, não prescinde, porém, nem de uma valoração judicial, nem do consentimento do condenado. Ademais, independentemente de quem tem a iniciativa relativa à antecipação, requer-se parecer fundamentado do director do estabelecimento prisional.

Todavia, aquilo que ainda assim se pode questionar é se não seria possível ir um pouco mais longe, tendo em conta a indispensabilidade do consentimento do condenado, assim como a ausência de automaticidade desta antecipação da expulsão e a possibilidade de se adequar a decisão às circunstâncias específicas de cada condenado. Com uma precisão essencial: o que se pretende não é facilitar a expulsão de estrangeiros condenados pela prática de crimes em Portugal. Muito pelo contrário, apoiam-se as restrições que vêm sendo introduzidas a essa expulsão não desejada pelo cidadão estrangeiro. O problema que aqui

²⁸ Cfr., nomeadamente, o artigo 235.º do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais, onde se dispõe que “o recluso estrangeiro é informado da faculdade que lhe assiste de pedir transferência para o país de origem para cumprir o remanescente da pena em que tiver sido condenado (...), dirigindo para o efeito um pedido ao Ministério Público junto do Tribunal de Execução de Penas”.

merece reflexão é outro e prende-se, apenas, com a questão de saber quando se deverá expulsar nos casos em que a expulsão é inevitável. Aquilo que se pretende sustentar tornar-se-á porventura mais claro através da invocação de um exemplo, que não é escolhido ao acaso, antes corresponde a uma amostra preponderante do cidadão estrangeiro preso em Portugal: a mulher oriunda de países onde subsistem grandes desigualdades económicas e sociais, a mulher pobre que é condenada por tráfico de droga por ter desempenhado a função conhecida como de “mula”. Suponha-se que essa mulher é condenada a uma pena de nove anos de prisão. Em princípio, a sua expulsão só poderia ocorrer quando estivessem cumpridos seis anos (dois terços da pena). Todavia, a possibilidade de antecipação da expulsão agora consagrada no artigo 188.º - A do Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade, *a ser usada*, permitiria que estivesse presa em Portugal durante quatro anos e meio, sendo expulsa de seguida. Talvez se possa – e se deva –, porém, estender a momento anterior a possibilidade de antecipação daquela expulsão, tendo em conta a escassa probabilidade de aquela reclusa voltar a praticar crimes de tráfico internacional de drogas, não só porque a sua condenação a torna um instrumento menos eficiente na perspectiva da organização criminosa, mas ainda porque fica impedida, por força da expulsão, de reentrar em território português durante um certo período de tempo. Também não se vê, por outro lado, como se possam invocar considerações de prevenção geral *positiva* para obstar a tal solução, na medida em que a afirmação do desvalor do tráfico de estupefacientes e da reprovação social que deve merecer, se pode fazer algum sentido relativamente aos líderes da organização criminosa, não será de nenhuma pertinência relativamente a estas “mulas” do tráfico. Assim sendo, estando a antecipação da expulsão dependente quer do consentimento do condenado, quer de uma valoração judicial necessariamente atenta às finalidades preventivas que norteiam a pena, não se vislumbram argumentos de peso contra a possibilidade de não prender durante demasiado tempo cidadãos estrangeiros também condenados numa pena acessória de expulsão.

Como escreveu Teresa Beleza, “o mundo e o país mudaram muito. Mas as prisões mantêm-se no centro do sistema penal. E com elas, de um lado, a necessidade de justificação

da sua existência e, do outro, o reconhecimento da violência institucional que comportam e a consequente urgência da protecção das pessoas a ela sujeitas”.²⁹

REFERÊNCIAS

BELEZA, Teresa. À espera dos bárbaros? Prisão, tortura e civilização, trinta anos depois. In: ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória (org.). **Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral**. Coimbra:Almedina, 2010.

BRASIL. Lei nº 115/2009 de 10 de dezembro de 2009. Aprova o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. **Diário da República**, n. 197/2009, série I de 10 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-ult2/lei-n-115-2009-de-12-de/downloadFile/file/lei%20115.2009.pdf?nocache=1255335513.64>. Acesso em: 03 de out. de 2019.

BRASIL. Lei nº 23/2007 de 4 de julho de 2007. Aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional. **Diário da República**, n. 127/2007, série I de 04 de julho de 2007. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/635814/details/maximized>. Acesso em 03 de out. de 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Decreto-Lei nº 51/2011 de 11 de abril de 2011. Aprova o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais, em cumprimento do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. **Diário da República**, n. 71/2011, Série I de 11 de abril de 2011. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/276858/details/maximized>. Acesso em 03 de out. de 2019

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária. Estatuto Jurídico do Recluso e Socialização. Jurisdicionalização. Consensualismo e prisão**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A tutela dos direitos dos reclusos – um caminho a ser caminhado. In: GOMES, Carla; NEVES, Ana Fernanda (coords.). **Direitos do Homem e Sistema Penitenciário**, Lisboa: AAFDL Editora, 2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Equivalentes funcionales de la pena. In. COSTA, José de Faria, et al (orgs.). **Estudos em homenagem ao prof. Doutor Manuel da Costa Andrade**. v. II. Coimbra: Faculdade de Direito Universidade, 2017.

²⁹ BELEZA, Teresa. À espera dos bárbaros? Prisão, tortura e civilização, trinta anos depois. In: ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória (org.). **Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral**. Coimbra:Almedina, 2010. p. 1310.

SANTOS, Cláudia. Prisão preventiva : habeas corpus – recurso ordinário. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, n. 10, 2000.

SANTOS, Cláudia. Todos os presos são estrangeiros? (algumas especificidades do encarceramento de estrangeiros em Portugal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 28

VALCÁRCEL, Ramon. Algunos problemas de la mediación penal. *In*: DEL VAL, Teresa (coord.). **Gestión del Conflicto Penal**. Beunos Aires: Editorial Astrea, 2012.