

ALGUNS NÓS GÓRDIOS DA JURISDIÇÃO DE EXECUÇÃO DAS PENAS

JOAQUIM BOAVIDA

Resumo: aborda-se neste artigo o problema da repartição de competências entre os tribunais de execução das penas e os tribunais da condenação, bem como a incongruência do actual regime da contumácia. São também tratadas questões relativas à ineficácia dos incidentes de incumprimento da execução das penas.

Palavras-chave: modelos de jurisdicionalização da execução das penas; transferência de competências; conflitos de competência; regras de interpretação; contumácia; incidentes de incumprimento.

1. A JURISDICIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DAS PENAS E DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Apesar das múltiplas excepções¹, no direito comparado é actualmente predominante a tendência para considerar como fundamental a intervenção judiciária na fase de execução das penas de prisão e das medidas de segurança. E tal intervenção, mais ou menos ampla, pode contemplar o exercício de poderes de modificação, suspensão, substituição e extinção dessas medidas privativas da liberdade.

Portugal foi um dos primeiros países do mundo — o segundo na Europa — a consagrar a jurisdicionalização da execução da pena de prisão², embora o tenha feito, numa primeira fase, de forma incipiente. A Lei n.º 2000, de 16 de Maio de 1944, criou os tribunais de execução das penas e através do

¹ O carácter estritamente administrativo da execução penal constitui uma tradição nos países anglo-saxónicos. Sendo esse um dos exemplos paradigmáticos, está longe de ser o único. Nenhum texto de direito internacional — v. g., as Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos das Nações Unidas ou as Regras Penitenciárias Europeias — exige um controle jurisdicional da execução.

² A jurisdicionalização é aqui entendida como a atribuição de competências a um tribunal para intervir no acompanhamento da execução das penas de prisão e das medidas de segurança detentivas.

Decreto n.º 34.540, de 27 de Abril de 1945, foi posta em execução³. A regulamentação dos tribunais assim criados, no que respeita à sua organização e competência, foi estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 34.553, de 30 de Abril de 1945.

A intenção de jurisdicionalizar a execução das medidas privativas da liberdade já vinha do século XIX. Logo no projecto de Código Penal de 1861 se pretendeu confiar ao tribunal de primeira instância da localidade do estabelecimento prisional a aplicação da detenção suplementar⁴ ao delinquentes que, terminado o cumprimento da pena, não mostrasse melhorias. Embora sem seguimento imediato, devido a vicissitudes de diversa ordem, ficou a ideia de ser necessário o acompanhamento da execução por parte de um tribunal.

O primeiro país a acolher duradouramente o princípio fundamental da intervenção judiciária na execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade foi a Itália, que criou a figura do juiz de vigilância no Código Penal de 1930. Os termos em que foi acolhido no direito italiano podem considerar-se mais próximos da actual matriz, em que predomina um leque alargado de competências no âmbito do acompanhamento da execução das medidas privativas da liberdade. Ao contrário dos juizes de execução portugueses, os italianos pronunciavam-se sobre a evolução dos presos no sistema progressivo, tinham funções de inspecção dos estabelecimentos prisionais e intervinham em questões laborais, salariais, disciplinares e de outra ordem entre os presos e a administração prisional. No fundo, o juiz de vigilância italiano, ao contrário do português, intervinha também na vida interna das prisões, na fiscalização do regime penitenciário que aí devia observar-se e na resolução dos conflitos entre os reclusos e a administração prisional.

O tratamento legislativo da execução das medidas privativas da liberdade veio a ser revisto com o Decreto-Lei n.º 783/76, de 29 de Outubro, que estabeleceu a orgânica e regras de funcionamento do tribunal de execução das penas. Por um lado, foram conferidas competências próprias a uma magistratura especializada no cumprimento das penas e medidas de segurança privativas da liberdade e, por outro, foi alargado o âmbito da jurisdicionalização, estabelecendo uma nova forma de repartição de competências entre os tribunais de execução das penas e os tribunais da condenação. A execução continuava a decorrer exclusivamente perante o tribunal da condenação, que decidia as mais variadas questões, designadamente acerca do momento em que a pena se deve considerar cumprida, a extinção da responsabilidade, a aplicação da amnistia e, em geral, todas as questões incidentais não emergentes dos institutos próprios do acompanhamento da fase de execução da

³ SANTOS, José Beleza dos, *Os Tribunais de Execução das Penas em Portugal*, separata do volume de estudos do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, em honra do Prof. Dr. José Alberto dos Reis, Suplemento XV, vol. I, Coimbra, 1961, pág. 287 e segs.

⁴ A detenção suplementar tinha um claro carácter de medida de segurança.

pena e medida de segurança privativas da liberdade. Noutro plano, onde claramente ocorreu uma evolução significativa, o juiz do tribunal de execução das penas passou a ter competência para intervir nas relações entre os reclusos e a administração, controlar a actividade da administração prisional e verificar a forma como estavam a ser executadas as condenações; no fundo, tutelando o núcleo essencial dos direitos do recluso.

2. A ACTUAL REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE OS TRIBUNAIS DE EXECUÇÃO DAS PENAS E OS TRIBUNAIS DA CONDENAÇÃO

A recente reforma prisional e do sistema de execução das penas e medidas privativas da liberdade, corporizada na Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, que aprovou o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL) e alterou o Código de Processo Penal (CPP), e demais diplomas complementares, aprofundou a forma de repartição de competências entre o tribunal de execução das penas (TEP) e o tribunal da condenação.

Operou-se uma transferência de certas competências dos tribunais da condenação para os tribunais de execução das penas.

A questão que tem sido objecto de profundo dissídio entre estas duas jurisdições, bem patente nos inúmeros conflitos negativos de competência entretanto suscitados, consiste essencialmente em saber se o tribunal da condenação continua a ter atribuídas algumas competências na fase de execução da pena de prisão ou da medida de segurança e, na afirmativa, quais.

E a base do conflito assenta na diferente interpretação dada ao n.º 1 do artigo 470.º do CPP, onde se dispõe que «[a] execução corre nos próprios autos perante o presidente do tribunal de 1.ª instância em que o processo tiver corrido, sem prejuízo do disposto no artigo 138.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade».

Os juízes dos tribunais de execução das penas interpretam a ressalva contida na parte final do aludido n.º 1 do artigo 470.º como não atribuindo a esses tribunais a competência para todos e quaisquer actos no âmbito da execução da pena de prisão ou da medida de segurança. Assim, nessa interpretação, tal disposição não transforma o TEP no tribunal da execução, antes tem em vista clarificar que a regra contida na primeira parte desse preceito, que atribui a competência ao tribunal da condenação, tem uma excepção, consubstanciada na dita ressalva. No fundo, há uma regra geral e uma regra especial: a regra geral é a competência executiva ser do tribunal da condenação, sendo que só nos casos expressamente previstos no CEPMPL — regra especial — se pode considerar que os actos são da competência do TEP. Quer isto dizer, no essencial, que o tribunal da condenação mantém uma competência residual na fase de execução da pena ou da medida de segurança privativas da liberdade.

Por seu turno, grande parte dos juizes dos tribunais da condenação sustenta que após o trânsito em julgado da sentença que determinou a aplicação de pena ou medida privativa da liberdade todos os actos subsequentes são da competência do TEP. Socorrem-se do disposto no n.º 2 do artigo 138.º do CEPML, onde consta que «[a]pós o trânsito em julgado da sentença que determinou a aplicação de pena ou medida privativa da liberdade, compete ao tribunal de execução das penas acompanhar e fiscalizar a respectiva execução e decidir da sua modificação, substituição e extinção, sem prejuízo do disposto no artigo 371.º-A do Código de Processo Penal».

Paradoxalmente, existem bons argumentos a sustentar ambas as interpretações. Quando assim é, algo está mal e não é necessariamente a posição que os magistrados sustentam, mas o próprio direito positivo.

Em abstracto, são admissíveis vários modelos de repartição de competência entre o tribunal da condenação e o TEP, pressupondo sempre a jurisdicionalização da execução das medidas privativas da liberdade e a existência de ambas as jurisdições. Um primeiro modelo, extremo mas congruente, implica uma intervenção exclusiva do TEP na fase subsequente ao trânsito em julgado da sentença, logo que o condenado dá entrada no estabelecimento destinado ao cumprimento da medida definitiva privativa da liberdade. Um outro modelo admissível, no quadro da nossa tradição de coexistência das duas jurisdições, é o do TEP cingir a sua intervenção à decisão das questões atinentes aos institutos e figuras jurídicas privativas da fase de execução das penas e das medidas de segurança, mantendo o tribunal da condenação a competência para todas as demais questões. Qualquer um destes modelos é coerente e praticável, sendo possível a existência de modelos mistos, com diferentes gradações⁵.

O problema é que ao fazer-se a reforma do sistema de execução prisional de penas subsistiram várias disposições legais que tornam o regime incongruente em alguns aspectos e dificultam a tarefa do aplicador do direito. É tarefa árdua estabelecer a linha divisória entre as competências dos tribunais de execução das penas e os tribunais da condenação quando existem disposições legais que são contraditórias entre si ou, pelo menos, muito difíceis de compatibilizar.

Vejamos alguns exemplos.

Em primeiro lugar, os artigos 23.º, n.º 1, e 31.º, n.º 4, do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais (RGEP), aprovado pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 51/2011, de 11 de Abril, mantiveram a regra de que a medida

⁵ Nenhum desses modelos é isento de crítica. Mesmo no modelo aparentemente mais coerente, que é o da competência exclusiva do TEP, surgem problemas práticos, como é o caso da apreciação das consequências de uma lei de amnistia que apenas versa sobre um dos crimes que foi englobado no cúmulo jurídico de penas. Nesse caso, sempre seria necessária a intervenção do tribunal da condenação para a resolução da questão.

privativa da liberdade é sempre cumprida à ordem do tribunal que a aplicou⁶ e não do TEP. Ora, se a pessoa privada da liberdade continua vinculada — ligada — a um determinado processo e tribunal, à ordem do qual cumpre a medida, necessariamente que esse tribunal alguma competência há-de manter na fase de execução dessa medida. Além disso, o RGEP estabelece no seu artigo 29.º um regime de confirmação da autenticidade das ordens de libertação recebidas⁷ e impõe no n.º 2 do seu artigo 31.º, no caso de cumprimento de mandados de desligamento/ligamento sucessivos⁸, que seja prestada informação imediata aos “correspondentes tribunais”. Se na fase da execução das penas a competência fosse exclusiva do TEP não haveria a apontada necessidade de comunicar o cumprimento de mandados aos tribunais da condenação.

Por isso, não é admissível afirmar que com o trânsito em julgado da sentença termina a intervenção do “tribunal de 1.ª instância em que o processo tiver corrido”. Esse modelo, pura e simplesmente, não foi o acolhido na sua integralidade.

Em segundo lugar, não é correcto afirmar-se que a intervenção do TEP começa antes do início da execução da medida privativa da liberdade, com a natural excepção da matéria relativa à contumácia, que oportunamente se abordará de forma autónoma, atentos os inúmeros problemas práticos que suscita. Além de não existir em Portugal qualquer tradição no sentido de que, proferida a decisão condenatória e transitada a mesma, se encerra de imediato o processo de condenação, sem mais intervenção do tribunal da condenação, o certo é que o n.º 2 do artigo 138.º do CEPMPL expressamente consagra que compete ao TEP “acompanhar e fiscalizar a respectiva execução”, o que pressupõe que o condenado se encontra em efectivo cumprimento da pena ou medida privativa da liberdade⁹. A expressão “respectiva execução” refere-se à pena/medida de segurança, pois é esta, como objecto, que é susceptível de modificação, substituição ou extinção. O TEP não tem qualquer poder de modificar ou substituir a sentença condenatória, mas sim de modificar o regime de execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade.

Portanto, antes do início da execução o TEP não é competente para a apreciação de quaisquer questões, as quais são decididas pelo tribunal da

⁶ Em rigor é o “tribunal à ordem do qual cumpre a medida privativa da liberdade”, o qual pode não corresponder ao tribunal que aplicou a medida. É o que sucede no caso de pena de prisão aplicada por tribunal estrangeiro e que se executa em Portugal — art. 103.º, n.º 1, da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto.

⁷ Ordens de libertação que sejam recebidas no quadro do n.º 2 do artigo 23.º do CEPMPL.

⁸ São os mandados de libertação e subsequente detenção, que em jargão de execução de penas se denominam de mandados de desligamento.

⁹ Não existe execução antes de a mesma se ter iniciado. Só é possível acompanhar e fiscalizar determinado acto se o mesmo já se iniciou. Não se fiscaliza ou acompanha o que ainda não existe. Antes de iniciada, a execução da medida privativa da liberdade não existe; o que antes desse momento se realizam são actos preparatórios da respectiva execução.

condenação. E não se argumente com o disposto na alínea t) do n.º 4 do artigo 138º, no que respeita aos mandados de detenção, de captura e de libertação, a qual necessariamente se reporta à fase de execução da medida privativa da liberdade.

Em terceiro lugar, a liquidação da pena continua a ser um acto regulado no artigo 477.º do CPP e a praticar nos próprios autos do tribunal de 1.ª instância em que o processo tiver corrido.

Desde logo, em lado algum se estabelece a competência do representante do Ministério Público junto do TEP para elaborar a liquidação da pena. Do mesmo modo, nenhuma disposição estabelece a competência do juiz do tribunal de execução das penas para homologar a liquidação da pena.

Pelo contrário, o n.º 1 do artigo 477.º do CPP mantém a obrigatoriedade de o Ministério Público enviar ao TEP cópia da sentença que aplicar pena de privativa da liberdade. Se “envia ao tribunal de execução das penas”, é bom de ver que não é o representante do Ministério Público junto desse tribunal, mas sim o que acompanha os autos do tribunal de 1.ª instância em que o processo tiver corrido. Além disso, o mesmo magistrado do Ministério Público, nos termos do n.º 2 do artigo 477.º do CPP, “indica as datas calculadas para o termo da pena e, nos casos de admissibilidade de liberdade condicional, para os efeitos previstos nos artigos 61.º e 62.º e no n.º 1 do artigo 90.º do Código Penal”¹⁰, ou seja, procede ao que habitualmente se denomina de liquidação da pena¹¹. Essa liquidação é submetida à apreciação do juiz do tribunal da condenação¹² para efeitos de homologação e posterior notificação

¹⁰ No caso de estar em execução uma pena relativamente indeterminada, o Ministério Público indica ainda a data calculada para o efeito previsto no n.º 3 do artigo 90.º do Código Penal, ou seja, a data prevista para o termo do cumprimento da pena que concretamente caberia ao crime cometido — v. n.º 3 do artigo 477.º do CPP.

¹¹ A Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, ao dar uma nova redacção ao artigo 477.º do CPP, eliminou do n.º 2 o dever de “comunicar futuramente eventuais alterações que se verificarem na execução da pena”, o que parece legitimar a interpretação de que futuras reformulações da liquidação da pena já não serão operadas pelo representante do Ministério Público junto do tribunal da condenação.

¹² No mesmo sentido aponta o artigo 35.º da Portaria n.º 280/2013, onde se esclarece que a liquidação da pena de prisão subsequente à condenação e respectiva homologação competem ao tribunal da condenação, ao estabelecer:

«1 — As comunicações previstas no artigo 477.º do Código de Processo Penal são realizadas pela secretaria judicial, a requerimento do Ministério Público, por transmissão electrónica de dados, nos termos dos números seguintes.

2 — São transmitidos os seguintes dados:

a) Número do processo;
 b) Identificação do condenado;
 c) Crime ou crimes pelos quais houve condenação, identificados pelas designações dos tipos legais e pelas disposições legais onde estão previstos;
 d) Pena ou penas aplicadas na sentença;
 e) Datas calculadas e homologadas nos termos dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 477.º do Código de Processo Penal.

3 — Quando for aplicada ao arguido prisão preventiva ou internamento preventivo são transmitidos ao tribunal de execução das penas e aos serviços prisionais os seguintes dados:

a) Número do processo;

ao condenado e ao seu advogado, tal como impõe o n.º 4 do artigo 477.º do CPP. É compreensível que assim seja, na medida em que é nesses autos que se encontram os elementos necessários à elaboração da liquidação da pena. Outro entendimento, para além de não alicerçado na letra da lei, teria consequências práticas nefastas, alicerçadas no facto de o magistrado que elabora a liquidação não ter qualquer contacto directo com os autos onde constam os pertinentes elementos. Sabedor dessas implicações práticas, o legislador nunca poderia ter querido consagrar uma solução que atribuísse ao magistrado do Ministério Público junto do TEP a competência para a liquidação da pena e ao magistrado judicial desse tribunal a competência para proceder à homologação de tal liquidação.

Além disso, o n.º 4 do artigo 477.º do CPP impõe que a liquidação (aí designada por cômputo, com o significado de cálculo, conta ou contagem — conjunto de operações aritméticas sucessivas que têm por finalidade determinar certas datas juridicamente relevantes, em especial a do termo do cumprimento da pena) seja notificada ao advogado do condenado, que no âmbito do processo penal está necessariamente patrocinado por advogado. No processo perante o TEP, tal como resulta do disposto no artigo 147.º do CEPMPL, o recluso não está necessariamente patrocinado por advogado, pois a sua intervenção não é obrigatória mas facultativa. Se a liquidação da pena for efectuada no TEP isso implicará uma diminuição das garantias de defesa do recluso, ao contrário do que sucede se a liquidação for feita no processo da condenação.

Tanto quanto se sabe, nunca foi discutida, no âmbito da reforma do sistema de execução das penas, a atribuição da competência para a liquidação da pena ao representante do Ministério Público junto do TEP. Sempre se partiu do pressuposto de que tanto a detenção para cumprimento da pena, como a subsequente liquidação dessa pena eram actos a praticar no processo do tribunal da condenação, enquanto actos executivos da decisão condenatória. Isso mesmo resulta evidente do facto de a Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, ter no mesmo acto aprovado o CEPMPL e alterado o CPP, continuando o n.º 2 do artigo 477.º deste último a prever a liquidação da pena pelo magistrado do Ministério Público junto do tribunal de 1.ª instância em que o processo tiver corrido. Aliás, o mesmo legislador da Lei n.º 115/2009, de 12

b) Identificação do arguido;

c) Crime ou crimes imputados, identificados pelas designações dos tipos legais e pelas disposições legais onde estão previstos;

d) Medida de coacção aplicada.

4 — Sempre que necessário, os dados referidos nos n.ºs 2 e 3 são preenchidos previamente pelo oficial de justiça.

5 — À comunicação são anexados os ficheiros contendo a sentença e o cômputo da pena homologado ou o despacho de aplicação da medida de coacção, respectivamente.

6 — Quando não seja possível o envio dos documentos referidos no número anterior por via electrónica ou quando estes estejam sujeitos a segredo de justiça, o envio é feito em suporte físico, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 1 a 4.»

de Outubro, teve o cuidado de modificar o n.º 4 do referido artigo 477.º do CPP, que anteriormente apenas previa a comunicação da liquidação da pena ao condenado, estabelecendo que a liquidação (cômputo ou contagem da pena, como quer que se lhe queira chamar) é homologada pelo juiz titular dos autos onde a mesma é feita — pondo fim a uma lacuna até aí existente — e comunicada também ao advogado do condenado. Portanto, nesta parte, é clara a intenção do legislador e não é legítima qualquer interpretação correctiva, como se aquele se tivesse esquecido de actualizar disposições conexas. Existe uma incompatibilidade de princípio que leva a considerar que a liquidação da pena é um acto da única e exclusiva competência do tribunal da condenação: se no âmbito da mesma reforma legislativa se consagra no CEPMPL a intervenção facultativa de advogado na fase de execução da pena e se reformula o n.º 4 do artigo 477.º do CPP, estabelecendo a obrigatoriedade de a liquidação da pena ser notificada ao advogado do condenado, então necessariamente que se há-de concluir, sem sombra de dúvida, que tais actos decorrem exclusivamente no âmbito dos próprios autos do tribunal de 1.ª instância em que o processo tiver corrido, ou seja, no tribunal da condenação.

E carece de sentido apelar ao disposto no artigo 141.º, alínea i), do CEPMPL, onde se atribui ao representante do Ministério Público junto do TEP a competência para proceder ao cômputo das penas de execução sucessiva, para efeitos de liberdade condicional, o qual deve ser submetido ao juiz respectivo para homologação. O que se consagra na referida disposição é a competência exclusiva do magistrado do Ministério Público junto do TEP para elaborar o cômputo das penas de execução sucessiva, o que pressupõe a existência de várias penas autónomas que devam ser cumpridas de forma sucessiva. Tal cômputo tem uma função instrumental, pois visa permitir a fixação das datas em que a liberdade condicional será apreciada, bem como o termo da mesma. A liquidação da pena e o cômputo das penas de execução sucessiva são figuras jurídicas distintas. O segundo não torna inútil a primeira. A liquidação da pena é indispensável mesmo quando exista uma situação de penas de execução sucessiva, designadamente para efeitos de permitir ao TEP ordenar a interrupção do cumprimento da pena na data em que o recluso cumpre metade da pena (ou seis meses nas penas inferiores a um ano), mas sobretudo para determinar a data em que o recluso termina o respectivo cumprimento e se impõe o necessário desligamento¹³. Já a função do cômputo não é essa, mas sim a de exclusivamente determinar as datas relevantes para efeitos de liberdade condicional.

Finalmente, decorre do n.º 2 do artigo 144.º do CEPMPL que o processo no TEP se inicia com base na comunicação a que se refere o artigo 477.º do CPP, que inclui a sentença e a liquidação/homologação. Decorre das citadas disposições — artigos 477.º do CPP e 144.º do CEPMPL — que no nosso

¹³ Na data do termo da pena o recluso deixa de estar “à ordem” do tribunal da condenação — artigo 31.º, n.º 4, do RGEP.

sistema se pretendeu que a liquidação e a homologação ocorressem no tribunal competente para proferir a decisão a executar. Se outra tivesse sido a intenção legislativa, mal se compreenderia que, ao regulamentar-se pela primeira vez a homologação da liquidação da pena, esta viesse a ser prevista no artigo 477.º do CPP, em virtude da alteração da redacção introduzida pelo artigo 3.º da Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, e não, como seria então natural, no CEPMPL, acabado de aprovar no artigo 1.º da mesma lei. Se a liquidação da pena e a subsequente homologação judicial fossem actos a praticar no processo de acompanhamento da execução da pena — o processo de liberdade condicional — estariam reguladas no CEPMPL e não no CPP.

Em quarto lugar, até em matéria de extinção da medida privativa da liberdade, que à partida seria a situação mais linear, subsistem discrepâncias entre normas. Por um lado, logo no n.º 2 do artigo 138.º do CEPMPL, que é uma disposição genérica de enquadramento, se enuncia que o TEP é o competente para decidir da extinção da execução. Essa atribuição é depois concretizada, além do mais, nas alíneas r) e s) do n.º 4 do referido artigo 138.º, ao dispor que compete ao TEP «*declarar cumprida a pena de prisão efectiva que concretamente caberia ao crime cometido por condenado em pena relativamente indeterminada*» e «*declarar cumprida a pena de prisão efectiva¹⁴, a pena relativamente indeterminada e a medida de segurança de internamento*». Porém, os artigos 474.º, n.º 1, e 475.º, n.º 1, do CPP continuam a pressupor que compete ao tribunal da condenação a “extinção da responsabilidade” e declarar “extinta a pena”. Repare-se que o n.º 2 do artigo 474.º contrapõe o TEP ao “tribunal referido no número anterior”, o que só pode significar que este não corresponde àquele. E é difícil de sustentar que tais preceitos não são aplicáveis se o condenado se encontrar preso, pois o próprio artigo 475.º impõe ao tribunal da condenação que após declarar extinta a pena remeta “cópias para os serviços prisionais”, o que só se compreende se o arguido estiver preso, pois de outro modo a referida remessa não teria qualquer utilidade. Portanto, face às apontadas discrepâncias, é legítima a interrogação sobre se a medida privativa da liberdade deve ser sempre declarada extinta pelo TEP ou se só é da sua competência no caso de ter ocorrido alguma alteração da execução decorrente da actividade deste tribunal, em sede de apreciação de incidentes da respectiva execução, por via da liberdade condicional, da liberdade para prova ou da modificação da execução da pena.

Em quinto lugar, a transferência total de competências para o TEP tornaria desnecessária a ressalva da parte final do n.º 1 do artigo 470.º do CPP, na parte em que se menciona “sem prejuízo do disposto no artigo 138.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade”. Qual o sentido útil de estabelecer que o tribunal da condenação é o competente para

¹⁴ Ao aludir a “pena de prisão efectiva”, afasta a prisão subsidiária, cuja declaração de extinção é da competência do tribunal que a aplicou, em conformidade com o disposto no artigo 475.º do CPP.

a execução se nenhum acto deve praticar no caso de condenação em pena de prisão ou medida de segurança privativas da liberdade?

Tal disposição só é compreensível no quadro da manutenção de um modelo de repartição de competências entre as duas jurisdições na fase de execução das penas, subsistindo uma competência residual do tribunal da condenação. Se a intenção fosse a de atribuir ao TEP a competência exclusiva para tomar toda e qualquer decisão após o trânsito em julgado da decisão condenatória, cessando aí, por completo, a competência do tribunal da condenação, a redacção desse n.º 1 seria necessariamente diferente. Se fosse esse o caso, até se justificaria acrescentar um outro número ao artigo 470.º, a prever que, no caso de condenação em pena de prisão ou medida de segurança privativas da liberdade, a execução corria perante o TEP. Mesmo que não se quisesse proceder a essa autonomização, a parte final teria uma formulação que se aproximaria de “excepto no caso de condenação em pena de prisão ou medida de segurança privativas da liberdade, em que a execução corre perante o tribunal de execução das penas”.

Em sexto lugar, várias disposições legais continuam a prever a intervenção jurisdicional do tribunal da condenação na fase de execução da pena de prisão ou da medida de segurança.

Sem pretensão de exaustividade, apontam-se os seguintes exemplos:

- a) Reabertura da audiência para aplicação da lei penal mais favorável — artigo 371.º-A do CPP;
- b) Conhecimento superveniente do concurso de crimes — artigo 471.º do CPP;
- c) Intervenção no recurso de revisão — artigo 451.º do CPP;
- d) Execução em Portugal de sentenças penais estrangeiras — artigo 103.º, n.º 1, da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto¹⁵;
- e) Execução no estrangeiro de sentenças penais portuguesas — artigo 109.º, n.º 3, da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto¹⁶;
- f) Transferência de pessoas condenadas para o estrangeiro — artigo 121.º da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto;
- g) Elaboração da liquidação da pena e sua homologação — artigo 477.º do CPP.

Em sétimo lugar, verifica-se que, no momento da entrada em vigor do CEPMLP e das alterações que então se fizeram a diversos diplomas legais, nenhuma intervenção complementar foi feita nos tribunais de execução das penas, designadamente em termos de reorganização da sua estrutura e de

¹⁵ «É competente para a execução da sentença e revista e confirmada o tribunal de 1.ª instância da comarca da residência ou da última residência em Portugal do condenado ou, se não for possível determiná-las, o da comarca de Lisboa».

¹⁶ «A informação recebida nos termos do número anterior é enviada ao tribunal da condenação».

dotação de novos meios humanos e materiais. Ora, se a transferência de competências fosse total, dos tribunais de condenação para os tribunais de execução das penas, então o curial teria sido dotar estes últimos tribunais de meios que lhes permitissem cumprir essas novas competências, com as correspondentes reduções nos tribunais da condenação.

Com efeito, não é crível que o legislador, consciente da elevada dimensão da população prisional existente no nosso país, assim como das escassas estruturas, materiais e humanas ao dispor dos tribunais de execução das penas, fosse imprudente ao ponto de atribuir exclusivamente a estes tribunais a competência para todos os actos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão condenatória, sem adoptar qualquer medida complementar em termos de reorganização de meios humanos e materiais. A realidade é que, no dia em que entrou em vigor a reforma introduzida pela Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, os meios eram exactamente os mesmos que existiam anteriormente e, se a ideia tivesse sido a transferência total de competências, o legislador estaria consciente de que isso implicaria a imediata paralisação do normal funcionamento do serviço, com incremento substancial do risco de ocorrência de situações de prisão ilegal, por não atempada emissão de mandado de libertação¹⁷.

Em oitavo lugar, o artigo 133.º do CEPMPL, ao consagrar a regra fundamental da jurisdicionalização da execução, definiu que «*compete aos tribunais judiciais administrar a justiça penal em matéria de execução das penas e medidas privativas da liberdade, nos termos da lei*».

Enfatiza-se que a lei fala em “tribunais judiciais”, que tanto o são os da condenação, como os de execução das penas. Se os tribunais da condenação não tivessem qualquer competência em matéria de execução das penas e medidas privativas da liberdade, objecto do CEPMPL, então a lei apenas aludiria, no referido artigo 133.º do CEPMPL, aos tribunais de execução das penas.

Tal disposição afasta um modelo de jurisdicionalização da execução das penas e medidas privativas da liberdade assente na intervenção exclusiva dos tribunais de execução das penas.

2.1. O esboço de uma solução definitiva

Após este excursus podemos assentar, pelo menos, no seguinte:

- a) Foi intenção do legislador transferir competências dos tribunais da condenação para os tribunais de execução das penas;

¹⁷ Este é um argumento que tem sido defendido pelos Exmos. Juizes do TEP do Porto, cuja autoria aqui se atribui.

- b) Não foi consagrado um modelo de jurisdicionalização da execução das penas e medidas privativas da liberdade assente na intervenção exclusiva dos tribunais de execução das penas;
- c) Existem várias disposições que são contraditórias entre si ou, pelo menos, muito difíceis de compatibilizar.

O ideal seria uma intervenção legislativa que tornasse o sistema coerente. Essa intervenção deveria incidir sobre as disposições legais que se apontaram em 2.

Na ausência da mesma, apesar da dificuldade em estabelecer a linha divisória entre as competências dos tribunais de execução das penas e dos tribunais da condenação, não pode deixar de se tentar dar alguma coerência ao sistema através da interpretação da lei, com recurso aos critérios estabelecidos no artigo 9.º do Código Civil.

Sabe-se que o pensamento legislativo — a intenção do legislador da Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro — era o de estabelecer que após o início da execução da pena ou medida privativa da liberdade competiria ao TEP acompanhar e fiscalizar a respectiva execução.

Tal intenção do legislador não tem um mínimo de correspondência verbal em várias disposições que consagrou, enquanto outras estão consonância com o referido propósito.

Todas as disposições que sejam literalmente compatíveis com o referido pensamento legislativo têm de ser interpretadas de harmonia com o mesmo¹⁸, ou seja, considerando que os referidos actos são da competência do TEP.

Na parte em que a letra da lei e a sua natureza não tiverem um mínimo de correspondência verbal com a intenção do legislador da Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, prevalece a letra da lei. Nesse caso, os actos em causa são da competência do tribunal da condenação.

Vejamos a situação acto a acto.

2.1.1. Mandados de detenção

Existem decisões que determinam a execução de penas ou medidas de segurança mas que não são proferidas pelo tribunal da condenação, por se inserirem entre os actos da competência do TEP. É o caso, além do mais, da revogação da liberdade condicional, revogação da adaptação à liberdade condicional e revogação da modificação da execução da pena.

Em todos estes casos está em causa o cumprimento de uma anterior decisão proferida pelo TEP, pelo que é este tribunal o competente para emitir os respectivos mandados de detenção.

¹⁸ Artigo 9.º, n.º 2, do Código Civil.

Também nos casos de evasão ou de ausência ilegítima do recluso, os mandados de captura são emitidos pelo TEP.

A questão que se coloca respeita à emissão de mandados de detenção na imediata sequência do trânsito em julgado da decisão que aplica a pena ou a medida de segurança privativas da liberdade.

Será o TEP também o competente para a emissão de tais mandados de detenção?

A resposta é inequivocamente negativa.

Execução da decisão que aplicou a pena e execução da pena são realidades jurídicas diferentes, existindo diferenças substanciais entre elas.

Actos de execução são aqueles que se limitam a dar expressão material a efeitos jurídicos determinados¹⁹. A emissão do mandado de detenção representa a expressão material da decisão que determinou o cumprimento de pena ou medida privativa da liberdade. Consubstancia a execução da decisão e não a execução da medida privativa da liberdade.

Mesmo que a lei não fosse suficientemente esclarecedora, sempre se deveria entender, com recurso ao bom senso, que a detenção do condenado para cumprir a pena, na sequência do trânsito em julgado da decisão que a aplicou, é um acto a praticar pelo tribunal da condenação.

E qual é a razão?

Simplesmente porque é no processo do tribunal da condenação que constam os elementos que permitem levar a bom porto a tarefa de deter o condenado. Quando a decisão transita em julgado não existe processo no TEP e este não dispõe do conhecimento da situação do condenado. Na generalidade dos casos, constam dos autos do tribunal de 1.^a instância em que o processo tiver corrido informações susceptíveis de tornar célere a realização do acto de detenção, evitando-se diligências inúteis. No fundo, o TEP, nessa fase, nunca terá um conhecimento tão perfeito do condenado como o tribunal da condenação.

Vistas as coisas no plano da razoabilidade, vejamos agora se o legislador nos dá alguma luz para a resolução da apontada questão da competência para a prática de tal acto.

Primeiro, o artigo 17.º do CEPMPL estabelece, na sua alínea a), que o ingresso em estabelecimento prisional tem lugar através de mandado do tribunal que determine a execução da pena ou medida privativa da liberdade. Fora dos casos já atrás referidos, em que a competência está atribuída ao TEP, é o tribunal da condenação que determina a execução da pena ou medida de segurança privativas da liberdade.

Segundo, é relevante o disposto no n.º 2 do artigo 138.º do CEPMPL, onde constam duas realidades não coincidentes: uma é a execução da decisão condenatória e outra é a execução da pena ou medida privativa da liberdade. Como já se referiu, a emissão de mandados de detenção insere-se

¹⁹ SILVA, Germano Marques da, Curso de Processo Penal, vol. II, Verbo, pág. 12.

na execução da decisão e não na execução da pena. E o momento que determina o acompanhamento por parte do TEP é o do início da execução da pena. Quando a disposição citada se refere à “respectiva execução”, não se está a referir à execução da decisão, no sentido de actos complementares que derivam da mesma para a tornar perfeita, eficaz e exequível, onde se inserem os mandados de detenção. A expressão “respectiva execução” refere-se à pena, pois é esta, como objecto, que é susceptível de modificação, substituição ou extinção. O TEP não tem qualquer poder de modificar a sentença condenatória.

Uma vez aqui chegados, a conclusão lógica é que a intervenção do TEP pressupõe que exista uma pena em execução. No momento em que se emitem mandados de detenção não existe pena em execução, existe, isso sim, uma pena para executar.

Por isso, trata-se de um acto da competência do tribunal da condenação, em conformidade com o disposto, também, no artigo 470.º, n.º 1, do CPP.

2.1.2. Liquidação da pena

Tal como já anteriormente se expôs, de harmonia com o disposto no artigo 477.º do CPP, a liquidação da pena e a sua homologação são actos a praticar nos próprios autos do tribunal de 1.ª instância em que o processo tiver corrido.

Não só a letra da lei e a sua inserção no CPP, e não no CEPMPL, apontam no sentido de ser um acto a praticar no tribunal da condenação, como não é legítimo concluir que a intenção do legislador tenha sido a de atribuir ao representante do Ministério Público junto do TEP a competência para liquidar a pena.

Com efeito, tendo o legislador no mesmo acto — Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro — aprovado o CEPMPL e alterado a redacção do artigo 477.º do CPP, prevendo no n.º 4 deste a necessidade de o cômputo (liquidação da pena) ser comunicado ao advogado do condenado e estabelecendo naquele — artigo 147.º, n.º 2, do CEPMPL — uma intervenção facultativa de advogado, a intenção do legislador só pode ter sido a de atribuir a competência para a homologação do cômputo ao juiz do “tribunal de 1.ª instância onde o processo tiver corrido”. Se a intenção do legislador tivesse sido a de atribuir a competência para esse acto ao TEP, teria regulado tal matéria no CEPMPL e estabelecido a regra da intervenção obrigatória de advogado no processo do TEP. Prever a comunicação obrigatória da liquidação da pena a advogado e uma assistência facultativa de advogado no processo perante o TEP são situações incompatíveis entre si. A única forma de as compatibilizar é através da consideração de que o cômputo é realizado no processo do tribunal da condenação, onde a assistência por advogado é obrigatória.

Em conclusão: tanto a letra da lei, como a intenção do legislador foram no sentido de atribuir ao representante do Ministério Público junto do “tribunal

de 1.^a instância onde o processo tiver corrido” a competência para liquidar a pena e ao respectivo juiz a competência para a homologar.

Aliás, nesta parte, o sistema é coerente: os elementos necessários à elaboração da liquidação encontram-se no processo do tribunal da condenação, pelo que é aí que deve ser feita a liquidação da pena.

E mais coerente se tornou o sistema quando o legislador da Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, ao dar uma nova redacção ao artigo 477.º do CPP, eliminou do n.º 2 o dever de “comunicar futuramente eventuais alterações que se verificarem na execução da pena”. Salvo melhor opinião, através da supressão desse trecho pretendeu o legislador esclarecer que futuras reformulações da liquidação da pena já não serão operadas pelo representante do Ministério Público junto do tribunal da condenação. Assim, sempre que seja necessário reformular a liquidação da pena, designadamente para considerar um período de privação da liberdade de que não havia conhecimento ou em virtude de interrupção do cumprimento para a execução de outra pena, tal acto é da competência do representante do Ministério Público junto do TEP, com a conseqüente apresentação da reformulação ao juiz do TEP para homologação.

O referido entendimento surge ainda reforçado com a circunstância de o CEPMPPL prever expressamente que a liquidação da pena deve ser efectuada pelo representante do Ministério Público junto do TEP nos casos de revogação de licença de saída ou da liberdade condicional, que a submete ao juiz do TEP para homologação — alínea j) do artigo 141º. Tal disposição seria redundante e desnecessária se a competência para liquidar a pena em todos os casos tivesse sido atribuída ao magistrado do Ministério Público junto do TEP. Para quê regular a competência para um acto específico se já estivesse definida a competência para todos os actos?

2.1.3. Mandados de desligamento

Ao TEP compete acompanhar e fiscalizar a execução da pena ou medida privativa da liberdade.

Não existe qualquer disposição legal que atribua directamente ao tribunal da condenação a competência para emitir mandados de desligamento.

Por isso, atento o pensamento legislativo insito à Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, tal acto é inequivocamente da competência do TEP.

Além disso, o preceito do artigo 63.º, n.º 1, do Código Penal, que impõe a interrupção do cumprimento da pena, logo que cumprida metade, é claramente dirigido ao TEP. Existindo uma pluralidade de penas em execução quem decide sobre a ordem por que são cumpridas é necessariamente o TEP, pelo que é congruente que os mandados de desligamento sejam emitidos por esse tribunal.

Carece de sentido que seja o tribunal da condenação a emitir mandados de desligamento quando se está perante uma situação de penas de execução

sucessiva, pois, nesse caso, é o TEP que está em melhores condições para os emitir, na medida em que todas as decisões que apliquem penas de prisão têm de lhe ser comunicadas e, por isso, tem conhecimento das várias penas aplicadas.

2.1.4. Mandados de desligamento na sequência do cúmulo jurídico de penas

Em contrapartida, a emissão de mandados de desligamento, decorrentes do cúmulo jurídico de penas, é um acto a praticar pelo tribunal cuja pena perdeu autonomia, por ter sido englobada no dito cúmulo.

Tais mandados de desligamento têm uma função absolutamente diferente dos já referidos (emitidos no caso de penas em execução sucessiva, seja por interrupção do cumprimento ou no termo da execução da pena). Visam resolver a questão formal de a pena em cumprimento ter perdido entretanto autonomia, sendo que o concurso de crimes e o cúmulo jurídico são matérias absolutamente alheias às competências do TEP.

E o argumento decisivo é este: tal acto — a emissão de mandados de desligamento decorrentes do cúmulo jurídico de penas — consubstancia a execução da decisão e não a execução da pena única, sendo que só o acompanhamento desta última compete ao TEP. Não compete ao TEP praticar actos materiais que representam apenas a execução da decisão que procedeu ao cúmulo. Por conseguinte, a emissão do mandado de desligamento representa a expressão material da decisão que procedeu ao cúmulo jurídico de penas.

A execução da decisão que fixou a pena única implica que o tribunal cuja pena perdeu autonomia pratique um único acto, que é a emissão de mandados de desligamento, logo que chegue ao seu conhecimento o trânsito em julgado daquela decisão. A partir daí, se os mandados não forem emitidos, o recluso está indevidamente à ordem do processo cuja pena foi englobada no cúmulo jurídico de penas.

2.1.5. Emissão de mandados de libertação e extinção da pena

O n.º 2 do artigo 138.º do CEP MPL delimita o período de intervenção do TEP, entre o início da execução da pena ou medida de segurança privativas da liberdade e o da sua extinção. Entre esses dois momentos, na fase de acompanhamento da “respectiva execução”, todos os actos discriminados no n.º 4 do artigo 138.º do CEP MPL devem ser praticados pelo TEP.

A extinção da pena/medida de segurança está logo referida no n.º 2 do aludido artigo 138.º como um acto da competência do TEP. Mas a alínea s) do n.º 4 do artigo 138.º explicita que ao TEP compete, em razão da matéria,

«declarar extinta a pena de prisão efectiva, a pena relativamente indeterminada e a medida de segurança de internamento»²⁰.

Também a alínea t) do n.º 4 do artigo 138.º do CEPMPL atribui ao TEP a emissão de mandados de libertação. Além disso, a alínea u) do n.º 4 do artigo 138.º impõe ao TEP a obrigação de informar o ofendido da libertação do condenado, preceito que dificilmente se compatibilizaria com uma cisão, entre duas entidades, das competências para libertar e para comunicar a libertação; pelo contrário, é curial que quem liberta o condenado tenha o dever de avisar o ofendido dessa libertação.

Portanto, estando a letra da lei em consonância com o pensamento legislativo, tais actos — libertação e extinção da pena/medida de segurança de internamento — inserem-se na competência corrente do TEP.

2.1.6. Mandado de libertação na sequência da decisão de suspensão da execução da pena única

A situação que aqui se pretende abordar é esta: o recluso está a cumprir uma pena de prisão à ordem do tribunal A e este realiza o cúmulo jurídico de penas, englobando a própria e as aplicadas por outros tribunais, e condena o recluso numa pena de prisão até cinco anos de prisão e decide suspender a execução da pena única.

Transitada em julgado a decisão, quem emite os mandados de libertação: o tribunal que realizou o cúmulo ou o TEP?

In casu, o acto de libertação não representa o culminar da execução da pena — o termo do cumprimento da pena — ou a aplicação de institutos jurídicos inerentes ao exercício de competências próprias do TEP²¹. A libertação consubstancia o cumprimento da decisão que suspendeu a execução da pena de prisão.

A libertação não representa a execução da pena, mas a execução da decisão que suspendeu a execução da pena de prisão, pelo que tal acto é da competência do tribunal da condenação.

Não faz qualquer sentido que não sejam imediatamente emitidos mandados de libertação e se solicite ao TEP a sua emissão, quando está em causa o mero cumprimento material da decisão²².

²⁰ V. ainda a alínea r) do n.º 4 do artigo 138.º do CEPMPL, nos termos da qual compete ao TEP «declarar cumprida a pena de prisão efectiva que concretamente caberia ao crime cometido por condenado em pena relativamente indeterminada, tendo sido recusada ou revogada a liberdade condicional».

²¹ Incidentes da execução da pena ou medida de segurança privativas da liberdade.

²² A mesma solução deve ser aplicada quando, por força de prévia execução de medida de coacção privativa da liberdade, a pena de prisão se mostra integralmente cumprida no momento do trânsito em julgado da respectiva decisão condenatória. Suponha-se que o arguido foi condenado numa pena de dois anos de prisão e já se encontra em prisão

2.1.7. O caso específico da prisão subsidiária

Estando em causa a detenção de um arguido para cumprimento de uma pena de prisão subsidiária, a competência para emitir mandados de detenção e de libertação está claramente atribuída ao tribunal da condenação.

Com efeito, nos termos do artigo 474.º, n.º 1, do CPP, compete ao tribunal da condenação decidir todas as questões relativas “ao cumprimento da prisão subsidiária”. O que bem se compreende não só por ser esse tribunal que vai declarar extinta a pena [nos termos do artigo 138.º, n.º 4, alínea s), do CEPML, compete ao tribunal de execução das penas “declarar extinta a pena de prisão *efectiva*” e não a prisão subsidiária], mas também por assistir ao condenado o direito de efectuar o pagamento da multa (v. artigo 491.º-A, n.ºs 1 e 2, do CPP), da qual é destinatário o tribunal da condenação (art. 491.º-A, n.º 4, do CPP), pelo que é a entidade que está em melhores condições de emitir tanto os mandados de detenção, como os de libertação, em consonância com os elementos constantes dos seus autos.

3. OS INCIDENTES DE INCUMPRIMENTO

Pese embora a regulamentação legislativa substantiva da liberdade condicional pudesse ser mais desenvolvida e completa, o certo é que, fruto dos contributos doutrinários e jurisprudenciais, consegue dar resposta às necessidades da sociedade e aos anseios dos reclusos.

Os critérios para a concessão da liberdade condicional são explícitos e não existem divergências significativas na sua interpretação e aplicação.

As alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, no artigo 61.º do Código Penal, restabelecendo a possibilidade de concessão da liberdade condicional quando se encontrar cumprida metade da pena e no mínimo seis meses para todos os tipos de crime, em conjunto com a reintrodução, através do artigo 180.º do CEPML, da regra da anualidade da renovação da instância, permitem hoje um acompanhamento regular da situação do recluso e da evolução das suas condições para poder beneficiar daquela medida.

Mas se é assim na fase da execução efectiva da pena, uma vez concedidas a liberdade condicional, a modificação da execução da pena ou a adaptação à liberdade condicional, facilmente se constata que o sistema legislativo não corresponde às exigências de defesa da sociedade e de prevenção à prática de crimes.

É predominante a ideia de que é necessário nessa fase um sistema mais “musculado”, eventualmente próximo dos modelos anglo-saxónicos, que tenha

preventiva há dois anos; nesse caso, o tribunal da condenação deve de imediato restituir o arguido à liberdade e não solicitar ao TEP a emissão de mandado de libertação.

aptidão para intervir de forma relevante numa situação de incumprimento e de persuadir o condenado a aderir aos objectivos que presidiram à concessão de formas de flexibilização da execução da pena.

Não se podendo aqui expor, devido à insuficiência de espaço e à natureza do presente estudo, o modelo que se preconiza, pelo menos, existem algumas alterações pontuais a introduzir na legislação que, a nosso ver, teriam a virtualidade de melhorar o sistema e de o tornar mais eficaz.

3.1. Incumprimento da liberdade condicional

São raras as decisões que revogam a liberdade condicional com fundamento apenas no incumprimento de regras de conduta e são ainda mais raras as que são mantidas quando escrutinadas em sede de recurso. Na base de tal realidade está a circunstância de apenas se atribuir relevância à prática de crimes como forma significativa de incumprimento da liberdade condicional.

Tal entendimento conduz a que os condenados encarem a liberdade condicional como um mero proforma, em que podem não observar as regras de conduta estabelecidas desde que não cometam novos crimes.

Porém, o incumprimento de meras condições ou regras de conduta pode representar, e em regra representa, a manifestação de uma incapacidade de readaptação social. É a ponta do “iceberg” da sua vontade de não observar um comportamento socialmente responsável. É o caso do pedófilo que começa a rondar uma escola de menores em desobediência à correspondente obrigação de não o fazer, o condenado por violência doméstica que se aproxima da vítima, contra a vontade desta e em violação da obrigação de não a contactar, ou o toxicodependente que abandona o programa de tratamento a que ficou subordinada a liberdade condicional. Sendo certo que todos esses actos não constituem crime, não é difícil de antecipar que mais tarde ou mais cedo vão ocorrer factos criminalmente desvaliosos. É expectável, segundo a experiência comum, que a esses actos se sigam outros que devem ser evitados, sendo que o futuro cometimento de crimes apenas dependerá de circunstâncias externas e imprevisíveis.

Vejamos algumas propostas concretas que podem alterar o actual estado da situação.

3.1.1. A relevância da fixação de residência

É vulgar os libertados condicionalmente abandonarem a morada judicialmente fixada pelo TEP para a sua residência, correspondente àquela que voluntariamente indicaram nos autos, sem formularem qualquer pedido de autorização ou, pelo menos, indicarem a nova morada. Daí resulta que a liberdade condicional deixa de ser sujeita a qualquer acompanhamento por parte dos serviços de reinserção social e do TEP. Mais: impede o prosseguir

mento do incidente de incumprimento entretanto instaurado, pois, para se poder apreciar a relevância da não observância da condição, é necessário ouvir o condenado e não se consegue realizar a sua notificação para a diligência de audição.

De harmonia com o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 52.º do Código Penal, aplicável por remissão do 64.º, n.º 1, do mesmo código, o tribunal pode impor ao condenado, pelo período da liberdade condicional, a condição de residir em determinado lugar.

Essa obrigação tornar-se-ia efectiva e coerciva se lhe fosse dada equivalência legal ao termo de identidade e residência, designadamente para efeitos de notificação — v. artigo 196.º, n.ºs 1 e 2, do CPP.

3.1.2. O efeito do recurso

A liberdade condicional ainda é execução da pena. É uma forma de execução já muito próxima da liberdade plena, mas ainda assim condicionada.

E o facto de ser uma liberdade condicionada tem de ter repercussões em caso de revogação daquela forma de flexibilização da execução da pena.

Por princípio, havendo um incumprimento e tendo o mesmo sido judicialmente reconhecido, o efeito do recurso não deveria ser suspensivo. A circunstância de a decisão ser imediatamente executável permitiria evitar a futura prática de crimes e defender a sociedade, que são finalidades ínsitas à pena aplicada e que ainda não se mostra extinta.

Mesmo que se mantivesse o efeito suspensivo do recurso no caso de a revogação da liberdade condicional se fundamentar na violação de obrigações, é de todo injustificável que esse mesmo efeito seja atribuído no caso de cometimento de novo crime a que foi aplicada pena de prisão efectiva. Nesse caso, o efeito do recurso deveria ser meramente devolutivo. De outro modo, temos a situação contraditória de na nova decisão condenatória já se ter reconhecido o fracasso do processo de ressocialização e de mesmo assim a decisão de revogação da liberdade condicional, em conformidade com o juízo já formulado no novo processo, ainda não ser executável. O efeito suspensivo constitui um benefício a quem prevaricou e não torna a justiça pronta e eficaz.

3.2. Incumprimento da adaptação à liberdade condicional

A adaptação à liberdade condicional constitui uma antecâmara da liberdade condicional e é uma medida por natureza transitória, limitada ao período máximo de um ano. Sendo concedida, o condenado fica sujeito a um regime específico, que contempla o cumprimento de um conjunto de obrigações, a mais relevante das quais a permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância. Não está assim em liberdade condi-

cional, a qual envolve liberdade física e ambulatoria, mas antes em liberdade limitada. Continua privado da liberdade, havendo apenas uma alteração do conteúdo da execução da respectiva pena de prisão, reconduzindo-se a um novo modo de cumprimento da pena privativa da liberdade.

Quem analisar detalhadamente o regime de adaptação à liberdade condicional chega à conclusão surpreendente de que, caso o condenado abandone, injustificada e definitivamente, a residência onde decorre o regime de permanência obrigatória na habitação, no caso, obrigatoriamente sujeita a vigilância electrónica, não existe qualquer meio de pôr fim imediato ao incumprimento.

Num caso como esse, em que o condenado se está a eximir claramente ao cumprimento da pena, não se sujeitando sequer à vigilância electrónica, irá permanecer em liberdade plena até que o incidente de incumprimento esteja concluído e a decisão que vier a ser proferida transite em julgado. E, enfatiza-se, na adaptação à liberdade condicional está ainda em cumprimento uma pena de prisão, embora sob uma forma atenuada.

No fundo, mesmo que o condenado esteja a incumprir de uma forma total o regime inerente à adaptação à liberdade condicional, segue-se a designação de data para a sua audição, procede-se à respectiva audiência, profere-se decisão e em todos esses momentos continua em liberdade plena.

Além disso, como o n.º 7 do artigo 188.º do CEPML manda aplicar o disposto nos seus artigos 183.º a 186.º, o recurso que venha a ser interposto da decisão que revoga a adaptação à liberdade tem efeito suspensivo — artigo 186.º, n.º 2. Portanto, só com o trânsito em julgado da decisão é que se conseguirá pôr fim à situação de incumprimento, o que é destituído de qualquer justificação, atenta a natureza da adaptação à liberdade condicional e a finalidade inerente à mesma.

Aliás, se o condenado se ausentar para paradeiro desconhecido, nem sequer será possível notificá-lo da abertura do incidente de incumprimento e, conseqüentemente, proferir decisão de revogação da medida.

Em conclusão, é absolutamente necessária uma intervenção legislativa que permita ao TEP tomar medidas para fazer face a uma situação de incumprimento da adaptação à liberdade condicional, salvaguardando a natureza da medida e os interesses em presença.

3.3. Incumprimento da modificação da execução da pena de prisão

O artigo 221.º do CEPML manda aplicar à substituição da modalidade de execução e à revogação da modificação da execução, com as necessárias adaptações, o disposto quanto ao incidente de incumprimento da liberdade condicional, ou seja, as regras previstas nos artigos 185.º e 186.º.

A modificação da execução da pena reveste a modalidade de sujeição do condenado ao regime de permanência na habitação ou a modalidade de internamento em estabelecimento de saúde ou de acolhimento adequados.

A revogação desde regime de flexibilização²³, com o conseqüente regresso em estabelecimento prisional, ocorre quando:

- a) O condenado infrinja grosseira ou repetidamente deveres resultantes da modificação da execução da pena;
- b) Cometa crime pelo qual venha a ser condenado;
- c) Se verifique a alteração dos pressupostos da aplicação da forma de flexibilização.

Tal como na liberdade condicional ou na adaptação a esta, o regime inerente à modificação da execução da pena pode ser completamente subvertido pelo condenado ao ausentar-se injustificadamente da morada judicialmente fixada. Atento o facto de essa ausência, sobretudo quando é definitiva, não ter outro efeito que não seja a mera constatação da violação de uma obrigação, o incidente de incumprimento pode tornar-se absolutamente ineficaz, não se conseguindo sequer notificar o condenado da abertura do incidente e, conseqüentemente, proferir decisão. A solução passa por atribuir efectiva relevância jurídica à residência judicialmente fixada, permitindo o prosseguimento do incidente e a conseqüente decisão.

Nos termos do artigo 186.º, n.º 3, aplicável por remissão do artigo 221.º, ambos do CEPML, o recurso da revogação da modificação da execução da pena tem sempre efeito suspensivo. Tal efeito carece de sustentação nos casos em que o fundamento da revogação é a prática de novo crime durante o período da modificação da execução da pena, à semelhança do que já se expôs a propósito dos incidentes de incumprimento das outras duas formas de flexibilização da execução da pena.

4. A CONTUMÁCIA

A contumácia é uma medida judicial tendente a persuadir o arguido a comparecer em julgamento ou o condenado a apresentar-se para cumprimento da pena.

A declaração de contumácia tem um efeito processual, *ope legis*, traduzido na suspensão dos termos do processo até à apresentação ou detenção do arguido ou condenado — artigo 336.º, n.º 1, do CPP. Tem também um efeito substantivo, que funciona *ope judicis*. Trata-se da anulabilidade dos negócios jurídicos de natureza patrimonial celebrados após a declaração de contumácia — artigo 337.º, n.º 1, do CPP.

É ainda possível decretar um conjunto de medidas tendentes a desmotivar a situação de contumácia, que o juiz considere adequadas e proporcionais à situação, consistentes no arresto repressivo (diferente do previsto no artigo

²³ Artigo 120.º, n.º 4, alínea b), do CEPML.

228.º do CPP, de natureza preventiva) e na proibição de obter determinados elementos junto de autoridades públicas — artigo 337.º, n.º 3, do CPP.

4.1. A revogação do artigo 476.º do Código de Processo Penal

A contumácia era um instituto coerente na sua aplicação prática até a Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, através do seu artigo 8.º, n.º 2, alínea a), ter procedido à revogação do artigo 476.º do CPP.

Até aí, o tribunal do julgamento ou da condenação declarava a contumácia em todos os casos, excepto no que respeita a condenados cuja pena de prisão ou medida de segurança já estivesse em execução. No caso de um condenado em pena de prisão efectiva ou em medida de segurança se ter ausentado ilegitimamente do estabelecimento onde decorria a respectiva execução, era o TEP que deveria declarar a contumácia.

Classifica-se como coerente tal forma de repartir a competência por a contumácia ser declarada pelo tribunal que melhor conhecimento tem da situação do arguido ou condenado, permitindo uma resposta célere e eficaz à postura inadimplente daquele.

Além disso, tinha a virtualidade de cobrir todas as situações de ausência voluntária do arguido ou condenado.

4.2. Inconvenientes do actual sistema

Após a entrada em vigor do CEPMPL, transitada que esteja a decisão condenatória em pena de prisão efectiva ou em medida de segurança, a ausência voluntária do condenado, cumprida que esteja a sua notificação por éditos, acarreta a declaração de contumácia pelo tribunal de execução de penas territorialmente competente.

Pressuposto da intervenção do TEP é o trânsito em julgado da sentença que condena em pena de prisão efectiva ou medida de segurança.

Ao contrário do anterior sistema, nos casos em que a sentença já transitou em julgado, mas ainda não se iniciou a execução da pena ou medida de segurança, ou seja, antes de existir qualquer processo no TEP, é este tribunal que deve declarar a contumácia.

E é relativamente a esses casos que se verificam múltiplos inconvenientes na solução adoptada.

Ao atribuir-se, nesses casos (respeitantes ao hiato temporal entre a sentença transitada em julgado e até ao início da execução), a competência para a declaração de contumácia a um tribunal diferente do da condenação, isso implica:

- a) um desperdício dos meios humanos, ao ocupar dois tribunais (funcionários e magistrados) com a mesma questão, sendo que no pri-

- meiro tribunal (o da condenação) a declaração de contumácia era uma consequência lógica de todo o processado anterior;
- b) um desperdício dos meios materiais, pois para que a questão seja colocada ao segundo tribunal (ao TEP) é necessário extrair certidão do processado, com dezenas ou centenas de páginas, seguindo-se depois um processo absolutamente supérfluo, ficando o primeiro processo dependente do segundo e sendo necessário efectuar múltiplas comunicações entre os dois tribunais, sempre que a situação de contumácia se prolongue por vários anos, como é habitual suceder;
 - c) uma inconsistência jurídica, na medida em que, além do mais, a declaração de contumácia implica a suspensão dos termos do processo onde é proferida e no caso o que faz sentido suspender são os termos do processo no tribunal da condenação;
 - d) um adulteramento de um instituto jurídico coerente, sendo certo que para a detenção do condenado para cumprimento da medida privativa da liberdade continua a ser competente o tribunal da condenação.

Por isso, é indispensável proceder à alteração legislativa do regime jurídico da contumácia.

4.3. Questões problemáticas

4.3.1. Os actos preparatórios da declaração de contumácia

A questão que se coloca é esta: quem pratica os actos preparatórios da declaração de contumácia?

Não existe dúvida relevante de que é o tribunal da condenação que deve praticar os actos de execução da respectiva sentença — artigo 470.º, n.º 1, do CPP.

Portanto, transitada em julgado a sentença condenatória, deve o tribunal da condenação encetar diligências com vista à detenção do condenado e à sua condução ao estabelecimento onde deve cumprir a medida privativa da liberdade.

Esgotadas tais diligências e constatado o desconhecimento do paradeiro do condenado, impõe-se a notificação edital para se apresentar em juízo sob pena de ser declarado contumaz.

Como o que se pretende é persuadir o condenado a apresentar-se em juízo para cumprir a pena e a detenção foi ordenada pelo tribunal da condenação, é congruente com os actos anteriores que a notificação edital seja realizada por esse tribunal. Se realizada pelo TEP, a notificação edital acaba por revelar um contra-senso, na medida em que o condenado será notificado para se apresentar nesse tribunal, onde prestará novo termo de identidade e residência, mas com a finalidade última de ser executado o mandado de detenção emitido pelo tribunal da condenação. Significa isto que o tribunal

que, por éditos, chama o condenado até si acaba por apenas exercer uma função instrumental de um outro tribunal.

Todavia, a jurisprudência dos tribunais superiores tem sido no sentido de considerar que a notificação edital deve ser realizada pelo TEP.

Portanto, atenta tal posição jurisprudencial uniforme, o TEP deve declarar a contumácia e praticar todos os actos necessários a esta.

4.3.2. Admissibilidade da declaração de contumácia de condenado com paradeiro conhecido no estrangeiro

Está em causa a situação do condenado, por sentença transitada em julgado, em pena de prisão ou medida de internamento, que reside em país estrangeiro, não sendo possível a sua extradição para Portugal ou a execução de um mandado de detenção europeu (pena inferior a quatro meses).

Tal situação pode ocorrer tanto antes como no decurso da execução da pena de prisão ou medida de segurança. Veja-se o caso da subtracção à execução da pena decorrente de uma evasão.

No fundo, sabe-se onde se encontra o condenado mas não se consegue efectuar a sua detenção.

O artigo 335.º, n.º 1, do CPP permite a declaração de contumácia nos casos em que não for possível:

- a) a notificação do arguido do despacho que designa dia para a audiência de julgamento;
- b) executar a detenção ou a prisão preventiva referidas no n.º 2 do artigo 116.º e no artigo 254.º;
- c) executar a detenção ou a prisão preventiva consequentes de uma evasão.

Este artigo não regula expressamente o caso do arguido que se encontre ausente em morada conhecida no estrangeiro.

Todavia, o artigo 97.º, n.º 2, do CEPMLP estende a aplicabilidade do regime da contumácia “ao condenado que dolosamente se tiver eximido, total ou parcialmente, à execução de pena de prisão ou de medida de internamento”.

Parece assim ser suficiente, para declarar a contumácia, a impossibilidade de executar a detenção para o cumprimento da pena, não sendo exigível o desconhecimento do seu paradeiro.

4.3.3. A emissão de mandados de detenção

O pressuposto da intervenção do TEP é o «*trânsito em julgado da sentença que determinou a aplicação de pena ou medida privativa da liberdade*», tal como resulta do disposto no artigo 138.º, n.º 2, do CEPMLP.

Isso também resulta claro do disposto na alínea x) do n.º 4 do referido artigo 138.º, ao estabelecer que compete aos tribunais de execução das penas, em razão da matéria, «*proferir a declaração de contumácia e decretar o arresto de bens, quanto a condenado que dolosamente se tiver eximido, total ou parcialmente, à execução de pena de prisão ou de medida de internamento*».

Só se pode considerar que alguém se está a eximir dolosamente à execução da medida privativa da liberdade se tiver conhecimento de que se encontra condenado nessa sanção penal. O dolo envolve saber e querer.

E a medida privativa da liberdade só se torna juridicamente relevante, para efeitos de execução, se tiver transitado em julgado — artigo 467.º, n.º 1, do CPP.

Sendo a sentença condenatória exequível, o tribunal da condenação tem o dever de emitir mandado de detenção para cumprimento da pena de prisão ou da medida de internamento.

Portanto, quando se solicita ao TEP que diligencie pela declaração de contumácia do condenado, necessariamente que estarão pendentes mandados de detenção para cumprimento da pena.

Tendo já sido emitidos mandados para detenção do condenado, com a finalidade de cumprir a respectiva pena, seria incongruente e supérfluo a emissão de novos mandados de detenção por parte do TEP para ser presente a juízo, quando aquilo que se impõe é o cumprimento dos mandados já anteriormente emitidos pelo tribunal da condenação.

4.3.4. Contumácia no caso de pluralidade de penas

A situação prática é esta: uma pessoa foi condenada, em diversos processos, por sentenças já transitadas em julgado, em várias penas de prisão e não foi possível cumprir os mandados de detenção emitidos nesses processos por se desconhecer o seu paradeiro.

As comunicações dos tribunais das condenações devem dar origem a um único processo ou vários, tantas quantas as sentenças condenatórias?

Nos tribunais de execução das penas o processo tem natureza individual — artigo 144.º do CEPMPL. É organizado, relativamente a cada indivíduo, um único processo — artigo 145.º, n.º 1, do CEPMPL. Porém, esse processo único é composto, se necessário, por vários apensos.

A questão só se coloca pelo facto de a lei ter autonomizado a competência para declarar a contumácia, relegando-a para o TEP.

Até à revogação do artigo 476.º do CPP, a declaração de contumácia era necessariamente proferida em cada um dos processos onde o arguido foi condenado.

Revogado tal artigo e não existindo qualquer disposição a impor uma declaração de contumácia conjunta, a solução também passa pela criação de um apenso — processo supletivo — por cada uma das decisões condenatórias, atenta a sua autonomia.

Com efeito, em primeiro lugar, o regime legal parece apontar para essa solução, tal como resulta do disposto nos artigos 334.º a 337.º do CPP.

Em segundo lugar, os processos das condenações não estão sincronizados em termos de marcha processual, pelo que as comunicações não são efectuadas ao TEP ao mesmo tempo. O normal é um tribunal efectuar a comunicação com vista à declaração de contumácia num determinado momento e outro tribunal fazê-la noutra altura. Como é óbvio, seria juridicamente insustentável que, sendo possível a imediata declaração de contumácia relativamente a determinada condenação, os autos aguardassem que relativamente a uma outra condenação se praticassem actos ainda em falta — a notificação edital — para se poder declarar conjuntamente a contumácia. Além disso, os efeitos das condenações correm autonomamente, como é o caso do decurso do respectivo prazo de prescrição, pelo que dificilmente se justificaria a tramitação conjunta.

Em terceiro lugar, é uma forma mais prática de tramitar o respectivo processo supletivo e que permite um maior controlo dos seus termos.

4.3.5. Diligências com vista à detenção do condenado após a declaração de contumácia

As diligências com vista a apurar o paradeiro do condenado devem ser feitas pelo tribunal da condenação ou pelo TEP?

Não oferece dúvida que, no caso de recluso/internado evadido ou ausente ilegítimamente do estabelecimento onde cumpria a pena/medida de segurança, tais diligências devem ser asseguradas pelo TEP, que necessariamente já emitiu mandados de detenção para continuação do cumprimento da medida privativa da liberdade.

No caso de condenado que ainda não iniciou o cumprimento da medida privativa da liberdade, tendo o tribunal da condenação a incumbência legal de emitir mandados de detenção, então compete-lhe desenvolver todas as diligências com vista ao cumprimento desses mandados, entre as quais forçosamente se contam as necessárias ao apuramento do seu actual paradeiro.

Portanto, neste último caso, o processo supletivo relativo à contumácia deve ficar a aguardar a concretização dos mandados de detenção para cumprimento da pena de prisão ou da medida de internamento.