

...un droit est un droit quel que soit le côté du mur où l'on se trouve.

Christian VIGOUROUX, membro do *Conseil d'Etat* francês,
«La valeur de la justice en détention», p. 405

*– Tu voltas para um mundo em que poderás carregar cada minuto de significado.
Aqui, as horas só marcam o transcorrer do nada.*

Palavras ditas pelo personagem recluso Fernández,
ao oferecer o seu relógio ao companheiro Ángel Santiago,
como presente de despedida no momento da sua libertação por amnistia

Antonio Skármeta, *El Baile de la Victoria*
(tradução de José Colaço Barreiros)

ÍNDICE

NOTA PRÉVIA E AGRADECIMENTOS	17
ABREVIATURAS E SIGLAS	21
INTRODUÇÃO.	23
1. O problema a tratar e a sua relevância	23
2. A necessidade de um renovado tratamento dogmático do problema	25
3. Delimitação do objecto do estudo.	28
4. Objectivos da investigação	29
5. Organização da exposição.	30
PARTE I	
ENQUADRAMENTO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL	33
CAP. I – SIGNIFICADO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES ENQUANTO DOUTRINA POLÍTICA E ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL	35
1. Doutrina da separação dos poderes: história do seu surgimento e versões	35
1.1 Origem histórica	35
1.1.1. A Constituição de Inglaterra	36
1.1.2. O pensamento de Locke	37

1.1.3. A ideia de balança dos poderes	39
1.1.4. A doutrina de Montesquieu	39
1.1.5. A obra de Rousseau	42
2. As concretizações constitucionais do princípio.	43
2.1. As primeiras constituições escritas	43
2.1.1. A Constituição americana de 1787	43
2.1.2. O constitucionalismo francês revolucionário.	46
2.2. A separação dos poderes como pilar do Estado de direito: o princípio no Estado de direito liberal.	48
2.3. O princípio no Estado de direito contemporâneo, democrático e social	49
 CAP. II – A CARACTERIZAÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO	 55
1. Teorizações da distinção entre as funções estaduais	55
2. Novas concepções do princípio da separação dos poderes – de separação orgânico-funcional a princípio de organização óptima das funções do Estado. Sentido negativo e sentido positivo do princípio	62
3. Superação da teorização abstracta das funções em favor de uma análise da ordenação constitucional concreta	69
 CAP. III – O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO CONSTITUCIONALISMO PORTUGUÊS.	 71
1. Antecedentes históricos – período anterior à Constituição de 1976.	71
2. A separação de poderes na Constituição de 1976.	78
 CAP. IV – A FUNÇÃO JURISDICIONAL E A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS – TENTATIVAS DOUTRINAIS E JURISPRUDENCIAIS DE CARACTERIZAÇÃO	 87
1. A função jurisdicional	89
1.1. A incorporação do elemento orgânico na definição da função – ligação ao conceito de tribunal	91
1.2. Caracterização material da função jurisdicional.	96
1.3. As teorias funcionais	104
2. A função administrativa	105

CAP. V – “RESERVA DE JUIZ” E “RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO” NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS	111
1. Tratamento doutrinal da questão das “reservas”	111
2. A “reserva de juiz”	113
2.1. Análise das normas constitucionais, da doutrina e da jurisprudência	113
2.2. A reserva de juiz no domínio penal	133
3. A “reserva de administração”.	140
3.1. Análise das normas constitucionais, da doutrina e da jurisprudência	140
3.2. Reserva e responsabilidade	169
 CAP. VI – O RELACIONAMENTO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO E OS TRIBUNAIS: CONTROLO JUDICIAL DA ACTIVIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS LIMITES.	 175
1. O controlo judicial da actividade da Administração e seus limites.	176
2. A jurisdição administrativa	182
 CAP. VII – O DIREITO A UMA TUTELA JURISDICIONAL EFECTIVA PERANTE OS ACTOS DA ADMINISTRAÇÃO.	 191
1. Conteúdo do direito a uma tutela jurisdicional efectiva no ordenamento constitucional português	191
2. A evolução recente no contencioso administrativo português	202
3. Acesso aos tribunais e tutela jurisdicional efectiva no direito internacional	213
4. A admissibilidade de restrições aos direitos de acesso aos tribunais e de tutela jurisdicional efectiva.	217
5. A tutela perante actos jurisdicionais – o direito ao recurso	223
 PARTE II FUNÇÃO JURISDICIONAL E FUNÇÃO ADMINISTRATIVA NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE	 229
 CAP. I – OS CRITÉRIOS DE REPARTIÇÃO DE FUNÇÕES E AS ESPECIFICIDADES DO DOMÍNIO PENITENCIÁRIO	 231
1. A natureza do direito penitenciário	231

2. As especificidades da execução de uma pena de prisão	241
3. Os critérios de repartição	245
CAP. II – O DOMÍNIO FUNCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO NA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO	251
CAP. III – O DOMÍNIO FUNCIONAL DOS TRIBUNAIS NA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO	257
1. A função jurisdicional na fase da execução da pena – o domínio funcional dos tribunais	258
2. Reserva de juiz na fase da execução da pena	260
2.2. Reservas não especificadas	262
2.3. O domínio funcional não reservado.	266
2.4. As decisões de individualização da execução da pena	267
CAP. IV – A TUTELA JURISDICIONAL EFECTIVA NA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO	281
1. Podem as especificidades da execução justificar uma diminuição da tutela?	283
2. As especificidades da execução justificam um acréscimo da tutela?	294
3. A tutela perante actos jurisdicionais – o direito ao recurso na fase da execução.	298
3.1. O parâmetro constitucional relevante.	299
3.2. Casos de recorribilidade exigida pela Constituição	303
3.2.1. Decisões relativas à liberdade condicional	303
3.2.2. Outras decisões de individualização da pena	305
3.2.3. Adaptação à liberdade condicional	306
3.2.4. Modificação da execução da pena de prisão	308
3.2.5. Licenças de saída do estabelecimento prisional.	308
3.2.6. Decisões de não homologação de planos ou de regime aberto.	311
3.2.7. Decisões proferidas em sede de impugnação de actos da administração prisional	312
3.3. Requisitos da conformação legal do recurso.	313

CAP. V – AS VINCULAÇÕES DE DIREITO INTERNACIONAL.	317
1. Instrumentos internacionais de direitos humanos e pessoas privadas da liberdade	317
2. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem	321
2.1. Os direitos procedimentais. Direito de acesso a um tribunal e direito a um “recurso efectivo”.	323
2.2. O artigo 13.º e o problema das condições de detenção.	330
2.3. Portugal e a conformidade com o artigo 13.º da Convenção	339
3. União Europeia – um novo actor relevante em matéria de execução de penas?	343
3.1. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia	351
PARTE III	
A REPARTIÇÃO DE FUNÇÕES ENTRE ADMINISTRAÇÃO E TRIBUNAIS NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS – EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ANÁLISE CRÍTICA.	365
CAP. I – EVOLUÇÃO LEGISLATIVA, DOUTRINAL E JURISPRUDENCIAL	367
1. História da intervenção judicial na execução da pena. A criação dos tribunais de execução das penas em Portugal e a evolução do seu papel e competências	367
1.1. Contexto internacional do movimento de jurisdicionalização	368
1.2. A criação dos tribunais de execução das penas em Portugal	376
1.2.1. Antecedentes.	376
1.2.2. Reforma prisional de 1936.	384
1.2.3. A Lei 2000, de 1944	388
1.2.4. Evolução posterior	397
1.2.5. Apreciação	398
1.3. A reforma prisional dos anos setenta	400
1.3.1. A lei de execução das penas de 1979	402
1.3.2. Aprofundamento da jurisdicionalização – a Lei Orgânica dos Tribunais de Execução das Penas de 1976	405
1.3.3. Apreciação	410
1.3.4. Jurisprudência proferida ao abrigo deste quadro legislativo	414
1.4. O processo de revisão da legislação penitenciária.	417

1.4.1. Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas	418
1.4.2. Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional.	424
CAP II – O QUADRO JURÍDICO VIGENTE	429
1. O novo quadro legislativo – o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade	429
1.1. O modelo de repartição de competências	432
1.1.1. O novo papel do Ministério Público	436
1.1.2. Modificações organizatórias e processuais	438
1.1.3. Poderes de decisão	439
1.1.4. Execução das decisões dos tribunais de execução das penas	440
1.1.5. Recurso das decisões dos tribunais de execução das penas	441
1.1.6. Patrocínio judiciário	443
1.1.7. Outros meios de tutela	444
1.2. Caracterização das competências dos tribunais de execução das penas e da Administração no actual quadro legal	444
1.2.1. As competências dos tribunais de execução das penas	444
1.2.2. As competências da Administração	472
2. Aplicação do novo regime pela jurisprudência	487
2.1. A jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa à reserva de juiz e à tutela judicial efectiva na vigência do novo Código	487
2.1.1. O Acórdão n.º 427/2009, sobre a competência para a colocação em regime aberto no exterior	488
2.1.2. O Acórdão n.º 20/2012, relativo à impugnabilidade da decisão de colocação em regime de segurança.	495
2.2. Considerações sobre a jurisprudência dos tribunais de execução das penas e dos tribunais superiores após o alargamento da intervenção judicial operado pelo novo Código	497
3. Apreciação crítica do ordenamento jurídico português à luz das exigências da Constituição e do direito internacional.	505
3.1. Actos da administração prisional insusceptíveis de impugnação perante os tribunais de execução das penas	508
3.2. A tutela dos reclusos perante actos não expressamente impugnáveis perante os tribunais de execução das penas	514
3.3. A tutela pelos tribunais administrativos	515
3.4. A tutela relativamente a condições materiais de detenção contrárias ao artigo 3.º da CEDH	522

3.5. Carência de meios de tutela cautelar nos tribunais de execução das penas.	528
3.6. Indisponibilidade de um mecanismo de “amparo” dos direitos fundamentais	529
3.7. Pretensões formuláveis e poderes do tribunal.	530
3.8. Tutela perante decisões judiciais	531
3.9. Assistência jurídica aos reclusos	532
3.10. Conclusão.	535
PARTE IV	
ESTADO DA QUESTÃO EM OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS. TENDÊNCIAS DE EVOLUÇÃO	537
CAP. I – ITÁLIA	541
1. A criação do <i>giudice di sorveglianza</i> e as suas competências	541
2. Evolução das competências do juiz de vigilância	546
3. O papel da jurisprudência constitucional	551
4. A influência da jurisprudência da <i>Corte costituzionale</i> e do TEDH na evolução do sistema de tutela jurisdicional dos reclusos	560
4.1. Configuração do processo jurisdicional.	561
4.2. Garantias de efectividade da tutela	562
4.3. Apreciação.	565
5. Caracterização das competências actuais do juiz de vigilância	567
CAP. II – ESPANHA	573
1. A criação do <i>juez de vigilancia</i> e o seu contexto constitucional.	573
2. As competências do juiz de vigilância e da Administração	576
2.1. Caracterização das funções do juiz de vigilância	576
2.2. Repartição de competências entre administração penitenciária e juiz de vigilância	580
2.3. Os conflitos de atribuição entre juiz e Administração	582
2.4. Regime processual	596
3. O papel da jurisprudência constitucional na delimitação de funções entre juiz e Administração e na afirmação da função de amparo do juiz de vigilância	598
4. Apreciação	600

CAP. III – FRANÇA	605
1. Criação e evolução da figura do juiz de execução das penas.	605
2. As actuais competências do juiz e do <i>tribunal de l'application des peines</i>	613
2.1. Estrutura, processo e recorribilidade das decisões	615
2.2. Repartição de funções com a Administração	616
3. O controlo jurisdicional da actividade da administração prisional	617
4. A influência da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem	622
5. Apreciação.	631
CAP. IV – ALEMANHA.	635
1. A tutela judicial oferecida pela <i>Strafvollzugsgesetz</i>	635
2. A tutela pelo Tribunal Constitucional Federal	642
3. Outros meios de tutela	644
4. Apreciação	645
CAP. V – O CONTEXTO EUROPEU – BREVE PANORAMA.	651
1. Polónia	651
2. Hungria	652
3. Bulgária	654
4. Roménia	654
5. Croácia	655
6. Bélgica	656
7. Holanda	657
8. Inglaterra e País de Gales	659
9. Países Nórdicos	661
CAP. VI – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	665
1. Da atitude <i>hands-off</i> aos <i>prison reform cases</i>	665
2. “ <i>One hand on, one hand off</i> ”	673
CAP. VII – BRASIL.	679
1. O sistema misto de controlo da execução	679

2. Desenvolvimentos recentes da jurisprudência e a questão da separação dos poderes	684
CAP. VIII – SENTIDO DA EVOLUÇÃO NO PLANO INTERNACIONAL, EM ESPECIAL EUROPEU. EXEMPLOS A RETER PARA A EVOLUÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS.	
	689
PARTE V	
LINHAS DE EVOLUÇÃO PARA UMA REPARTIÇÃO DE FUNÇÕES ENTRE ADMINISTRAÇÃO E TRIBUNAIS NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE CONFORME À CONSTITUIÇÃO E AO DIREITO INTERNACIONAL	
	693
1. Intervenção do juiz e da Administração na execução	694
2. Garantias do procedimento administrativo	695
3. Tutela jurisdicional	697
3.1. A jurisdição competente.	697
3.2. Vias de aprofundamento da tutela oferecida pelos tribunais de execução das penas.	707
3.2.1. Ampliação do leque de actos da administração prisional impugnáveis perante os tribunais de execução das penas	707
3.2.2. Configuração do processo jurisdicional.	710
3.2.3. Orientação <i>pro actione</i>	714
3.2.4. Garantias de processo equitativo	714
3.2.5. Legitimidade processual e intervenientes no processo	720
3.2.6. Tutela cautelar	726
3.2.7. Poderes do tribunal.	727
3.2.8. Amparo judicial de direitos, liberdades e garantias dos reclusos	731
3.2.9. Os limites aos poderes do tribunal.	733
3.2.10. Garantias de efectividade das decisões judiciais	740
3.2.11. O problema das condições materiais de detenção	744
3.2.12. Mecanismos de carácter indemnizatório	746
3.3. As funções de “vigilância” e o papel do Ministério Público	748
3.4. Recorribilidade das decisões judiciais	753
3.5. Estrutura judiciária e procedimento administrativo	757
3.6. Reforço da assistência jurídica	758

BIBLIOGRAFIA	761
JURISPRUDÊNCIA CITADA	781
NOTAS	793

NOTA PRÉVIA E AGRADECIMENTOS

O estudo que agora se publica corresponde – com alterações de pormenor e uma ou outra actualização – à dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Janeiro de 2021, com o título *Repartição de funções entre Administração e Juiz e tutela jurisdicional efectiva na execução da pena privativa da liberdade: contributo para um modelo conforme à Constituição e ao Direito Internacional*, discutida em provas públicas no dia 31 de Janeiro de 2022, perante um júri constituído pelos Professores Doutores José Manuel Aroso Linhares (presidente), Carla Amado Gomes, Pedro Miguel Freitas (arguente), Anabela Miranda Rodrigues, Pedro Costa Gonçalves, Cláudia Cruz Santos (arguente) e Miguel João de Almeida Costa, tendo sido aprovada com distinção e louvor por unanimidade.

Justifica-se uma breve explicação sobre a escolha do tema e a sua relevância. Se a delimitação das funções do Estado é questão sobejamente tratada nos domínios do direito constitucional e administrativo, a sua concretização no que respeita à execução da pena de prisão afigurava-se insuficiente – o mesmo se podendo afirmar quanto ao princípio da tutela jurisdicional efectiva. Todavia, a sua importância é manifesta: é na execução da sanção imposta pelo tribunal, no culminar do processo penal, como consequência da prática de um crime que se joga todo o esforço despendido na detecção e julgamento dos crimes; e o modo como for definido o papel dos órgãos intervenientes na execução repercute-se determinantemente quer na prossecução das respectivas finalidades, quer na garantia da posição jurídica das pessoas privadas da liberdade.

Nos trabalhos de revisão da legislação portuguesa relativa à execução da pena de prisão, que se prolongaram por mais de uma década e culminaram na aprovação do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade em 2009, entre as questões que suscitaram mais discussão avultaram precisamente a da legitimidade da administração prisional para tomar certas decisões ou a da reserva da prática de certos actos ao tribunal, bem assim como a exigência de impugnabilidade das decisões administrativas. A necessidade de um tratamento aprofundado e actualizado dessas questões veio a ser confirmada pela evolução posterior da jurisprudência nacional e europeia.

Tendo participado nos referidos trabalhos legislativos, propus-me, através da presente investigação, aprofundar o estudo do problema e contribuir para a resposta às seguintes interrogações: qual o papel da Administração e do Juiz na execução da pena de prisão? Que critérios devem orientar o legislador na distribuição de competências entre ambos? Como assegurar que esses critérios, simultaneamente, obedecem à repartição de funções entre órgãos de soberania estabelecida pela Constituição, asseguram a atribuição de cada competência ao órgão funcionalmente mais adequado para a exercer e contribuem para a mais eficiente possível realização das finalidades da execução? Como prosseguir o caminho da intervenção judicial na execução, que em Portugal conta já mais de 75 anos de história, assegurando que ela se mantém no domínio funcional da jurisdição, centrando-se na garantia da posição jurídica dos reclusos e da legalidade da execução? E como garantir aos cidadãos privados da liberdade uma tutela jurisdiccional efectiva, na plenitude do conteúdo deste princípio, atribuído quer pela Constituição quer pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem?

No dealbar deste terceiro milénio, é tempo de a Humanidade ultrapassar definitivamente a pena de prisão como forma principal de reacção ao crime. Os sofrimentos que lhe estão indelevelmente associados, que excedem em muito a mera afectação da liberdade, e o insuperável paradoxo da preparação para a vida em sociedade através da privação da liberdade tornam premente a sua progressiva substituição por algo melhor. Os estudos e as experiências de aplicação de penas não privativas da liberdade e de mecanismos de justiça restaurativa constituem passos esperançosos no sentido da efectiva *ultima ratio* da prisão e do decrescer da sua relevância nos sistemas punitivos.

Contudo, enquanto esta pena subsistir e na medida em que subsista, não pode ser abandonado o seu tratamento doutrinário nem os esforços para que a sua execução alcance, o mais eficientemente possível, as respectivas finalidades e se faça no mais rigoroso respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos a ela sujeitos.

No momento da publicação deste estudo, são devidas algumas palavras de agradecimento.

À Senhora Doutora Anabela Miranda Rodrigues expresseo o meu reconhecimento por, através das suas lições e obra, me ter despertado o gosto pelas questões das penas e da sua execução e por todo o estímulo enquanto orientadora desta dissertação.

Aos Senhores Magistrados dos Tribunais de Execução das Penas de Lisboa e de Coimbra agradeço a prestabilidade com que me acolheram durante os períodos que ali passei, entre Maio e Julho de 2019, a recolher informação para a presente investigação.

A dissertação beneficiou de uma bolsa de doutoramento concedida pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia, financiada com verbas do Orçamento do Estado e do Fundo Social Europeu (Ref.: SFRH/BD/84726/2012). Considero devida uma expressão de reconhecimento à FCT por este apoio que me permitiu dedicar-me à investigação com o tempo e a tranquilidade necessários.

Foram inúmeras as pessoas que, pelas mais variadas formas, contribuíram para o resultado do presente trabalho ou para a forma como se desenrolaram os quatro anos que a ele dediquei.

A hospitalidade de que beneficiei na Biblioteca do Tribunal Constitucional, onde passei boa parte do tempo da investigação, marcará sempre a memória destes anos. Agradeço, em particular, a Margarida Pimentel, Ana Carona, Teresa Escalera e Paula Quintela pela sua presença sempre amável e disponível e por me terem feito ali sentir em casa.

À Senhora Doutora Maria João Antunes quero agradecer o permanente incentivo e amizade nas várias etapas do meu percurso.

Ao António Rocha agradeço o cuidado de me chamar sempre a atenção para novas decisões do Tribunal Constitucional em matéria de execução da pena e à Vânia Costa Ramos por me alertar para desenvolvimentos relevantes em outros países.

Quero deixar também uma palavra de apreço para com as pessoas dos Serviços Prisionais com quem trabalhei de perto durante os anos que passei no Ministério da Justiça. Tudo o que aprendi e debati com eles foi determinante para o meu conhecimento do sistema prisional e para a reflexão que desenvolvi.

A fase final desta investigação foi marcada pela pandemia de covid-19, que trouxe restrições significativas à possibilidade de deslocação a bibliotecas. O serviço de digitalização prestado nesse período pelas Bibliotecas da Faculdade de Direito de Coimbra e do Tribunal Constitucional e a generosidade de vários amigos, como o Gonçalo Duarte e a Sandra Lobo, que me enviaram elementos de França e de Itália, e o Afonso Patrão, que me deixou vários livros à porta durante os períodos de isolamento profilático, atenuaram muitas dessas dificuldades.

À Paula Távora Vítor e à Sónia Fidalgo agradeço os conselhos e companhia nos preparativos da discussão pública da tese.

À minha família, em especial aos meus Pais, por todo o apoio, ao Pedro, que foi o responsável por me ter decidido a empreender a tarefa do doutoramento, e ao nosso filho Rafael, que encheu de alegria os anos deste trabalho.

A todos os meus amigos que, numa inestimável prova de amizade, quiseram estar presentes na discussão pública da tese, tornando esse dia inesquecível.

Lisboa, Março de 2022