

A libertação de reclusos em tempos de COVID-19. Um primeiro olhar sobre a Lei n.º 9/2020, de 10/4

Nuno Brandão

(Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

1. Entre as inúmeras medidas adoptadas pelas autoridades públicas nacionais para fazer face à pandemia da doença COVID-19, destacam-se, no domínio penal, as que visam prevenir os elevados riscos de contágio que incidem sobre a população prisional portuguesa. Num primeiro momento, a Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais aprovou várias medidas que visam diminuir os riscos de introdução do coronavírus SARS-CoV-2 no sistema prisional a partir do exterior¹. Mais recentemente, por iniciativa do Governo, a Assembleia da República interveio no problema, tendo aprovado um “Regime excepcional de flexibilização da execução das penas e das medidas de graça, no âmbito da pandemia da doença COVID-19” (Lei n.º 9/2020, de 10 de Abril). É desse diploma que aqui pretendemos dar notícia.

¹ “Entre as medidas adotadas pela DGRSP relativamente aos estabelecimentos prisionais e de reinserção contam-se: a suspensão provisória das visitas em todos os estabelecimentos prisionais e centros educativos; a suspensão das transferências de reclusos entre estabelecimentos prisionais; a suspensão do regime aberto para o exterior em zonas identificadas como de risco (Porto, Felgueiras e Lousada); possibilidade das secções de segurança de Paços de Ferreira e de Linhó possam vir a funcionar como zonas de contenção ou quarentena alargada” – <https://justica.gov.pt/COVID-19-Medidas-adotadas-na-Justica#ServiosdeReinseroePrisionaisDGRSP>.

2. As pessoas em situação de reclusão em estabelecimentos penitenciários – em cumprimento de pena de prisão ou de medida de coacção de prisão preventiva – estão particularmente expostas ao risco de contágio com o novo coronavírus.

Considera a Organização Mundial da Saúde que as pessoas privadas da liberdade em estabelecimentos prisionais ou afins se encontram num estado de elevada vulnerabilidade em relação a surtos da doença COVID-19, em virtude das condições de confinamento prolongado com outros reclusos em que vivem. A inevitável aglomeração de pessoas inerente ao meio prisional é, além disso, um factor de amplificação e disseminação de doenças infecciosas, dentro e fora do espaço prisional². A OMS chama ainda a atenção para o facto de existir uma tendência para que a população prisional padeça de mais e mais pesados problemas de saúde do que a população em geral. O tabagismo, as condições insalubres dos estabelecimentos prisionais e as debilidades do sistema imunitário que geralmente afectam uma parte significativa dos reclusos, decorrentes do *stress*, de má nutrição e do padecimento de doenças da mais variada ordem, são factores adicionais de risco de contracção e desenvolvimento de doenças a que a população prisional está especialmente sujeita³.

Constituindo o distanciamento físico entre pessoas um dos meios fundamentais para prevenir a infecção pelo coronavírus, o certo é que tal distanciamento é muito difícil, senão mesmo frequentemente impossível nos estabelecimentos prisionais⁴. Como sublinha a Provedora de Justiça, o meio prisional é um “meio fechado por excelência, funcionando em edifícios que não

² WHO REGIONAL OFFICE FOR EUROPE, *Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention. Interim guidance*, 15 March 2020, p. 1.

³ *Idem*, p. 2.

⁴ Na descrição, bem gráfica de Home Venters, médico citado pela revista *The Atlantic*, 31.03.2020, “«Prisons are almost perfectly designed to promote the transmission of communicable disease,» says Homer Venters, the former chief medical officer at New York City’s Rikers Island. Forget about social distancing: Prisoners eat together, use the same showers, work or watch television side by side, and often sleep in the same dorm room with dozens of other inmates. Forget about hygiene: Prisons are «incredibly filthy, unsanitary places» Venters says, where there’s often no soap, much less the freedom for hand-washing. But what makes prisoners especially vulnerable to this virus is the years of medical neglect” – www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/americas-innocent-prisoners-are-going-die-there/609133.

facilitam ou propiciam a separação entre quem se encontra em reclusão, a proximidade do quantitativo da população presente com as vagas existentes no sistema não faz esquecer a desigual distribuição daquela, em termos que significam, em muitos casos, sobrelotação acentuada e, em geral, dificuldade para adopção de esquemas que propiciem, nesta ocasião, distância social mais marcada”⁵. E como bem nota o Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa, “em muitos países europeus, a pandemia surge num contexto de prisões sobrelotadas e de más condições de privação da liberdade em celas colectivas de pequenas dimensões, com serviços de saúde insatisfatórios, bem como altos índices de infecções e doenças crónicas entre os reclusos, como tuberculose, diabetes e HIV”⁶.

Alguns destes males fazem-se sentir no sistema carcerário português. Numerosos estabelecimentos prisionais registam sobrelotação: no final de 2018, embora a taxa de ocupação das prisões fosse de 99% da capacidade instalada, havia 25 penitenciárias (num total de 49) com excesso de lotação⁷. A taxa de incidência de tuberculose é elevada, quer na comparação com a população portuguesa em geral, quer com a população reclusa na União Europeia⁸. Subsistem estabelecimentos penitenciários com condições de salubridade que deixam ainda muito a desejar, para dizer o menos⁹. A taxa de encarceramento é das mais elevadas da União Europeia: em Janeiro de 2018, ascendia a 124,9 reclusos por cada 100.000 habitantes¹⁰.

⁵ Recomendação n.º 4/B/2020 da Provedora de Justiça, dirigida à Ministra da Justiça, datada de 26.03.2020.

⁶ “Statement: COVID-19 pandemic: urgent steps are needed to protect the rights of prisoners in Europe” –

<https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/covid-19-pandemic-urgent-steps-are-needed-to-protect-the-rights-of-prisoners-in-europe> .

⁷ KARLA TAYUMI ISHIY, “Relatório sobre população reclusa em Portugal em 2018”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2/2019, p. 423 e ss.

⁸ KARLA TAYUMI ISHIY, *cit.*, p. 435 e s.

⁹ Cf. o relatório do Comité para a Prevenção da Tortura, reportado à visita efectuada no ano 2016, publicado em 27.02.2018 (<https://hudoc.cpt.coe.int/>).

¹⁰ KARLA TAYUMI ISHIY, *cit.*, p. 438 e ss.

2. Perante este quadro, têm-se multiplicado as recomendações e os apelos à adopção de medidas destinadas a prevenir e diminuir os riscos de contágio pelo novo coronavírus no meio prisional especificamente pensadas em função das características do sistema penitenciário. Além das restrições de contactos entre reclusos e a comunidade, através da suspensão ou condicionamento das visitas¹¹, preconizam-se ainda medidas mais drásticas, designadamente, a libertação temporária ou mesmo definitiva de parte dos reclusos. Esta última solução permite que aqueles que forem libertados deixem de estar expostos aos mencionados riscos acrescidos de contágio, contribuindo, do mesmo passo, para a diminuição da lotação das prisões, da maior utilidade para a redução de tais riscos para aqueles que continuarem presos.

Entre nós, a Provedora de Justiça, depois de (bem) frisar “que o Estado não pode deixar de ser particularmente responsável pela salvaguarda dos direitos à vida e à integridade física e psíquica de quem, por execução de pena de prisão ou em razão de qualquer outra medida, se encontra privado da liberdade”, recomendou uma libertação temporária dos reclusos que já hajam beneficiado, com sucesso, de licenças de saída (cf. art. 76.º/2, do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade – doravante CEPMPL). No âmbito do Conselho da Europa, o Comissário para os Direitos Humanos lançou um forte apelo, dirigido a todos os Estados Membros, para que, sempre que possível, façam uso de meios alternativos à privação da liberdade, incluindo libertações temporárias ou antecipadas, amnistias, prisão domiciliária ou atenuações de penas. Várias destas medidas – ora por iniciativa legislativa, ora por via judicial, mediante aplicação de normas legais

¹¹ WHO REGIONAL OFFICE FOR EUROPE, *cit.*, p. 8.

anteriores ao início da pandemia – vêm sendo postas em prática em diversos países europeus, nomeadamente, Espanha¹², França¹³, Alemanha¹⁴ e Irlanda¹⁵,

Foi este o contexto que, no início de Abril de 2020, levou o Governo a propor à Assembleia da República¹⁶ a aprovação de uma lei que permitisse a libertação – nuns casos definitiva, noutros temporária – de uma parte substancial dos reclusos em cumprimento de pena de prisão nas penitenciárias portuguesas¹⁷ (Proposta de Lei n.º 23/XIV). Depois de discutida e modificada na especialidade, a proposta foi aprovada com os votos a favor do PS, BE, PCP e PEV, tendo contado com os votos contra do PSD, CDS-PP, Chega e IL. O diploma foi publicado no Diário da República no dia 10.04.2020 e entrou em vigor no dia 11.04.2020: Lei n.º 9/2020 (Regime excepcional de flexibilização da execução das penas e das medidas de graça, no âmbito da pandemia da doença COVID-19). Estima-se que as medidas nele instituídas possam abranger cerca de 2.200 condenados¹⁸, num universo que, no início de Abril de 2020, ascendia praticamente a 12.729 reclusos¹⁹.

3. A Lei n.º 9/2020 prevê: a) um perdão parcial de penas de prisão (art. 2.º); b) um regime especial de indulto das penas (art. 3.º); c) um regime extraordinário

¹² <https://www.fairtrials.org/news/short-update-spain-more-prisoners-are-granted-home-confinement> .

¹³ <https://www.fairtrials.org/news/short-update-french-emergency-law-impacts-criminal-law-and-criminal-procedure> .

¹⁴ <https://www.fairtrials.org/news/short-update-imprisonment-germany-can-be-interrupted-or-postponed> .

¹⁵ <https://www.fairtrials.org/news/short-update-ireland-grants-early-release-200-prisoners-response-outbreak> .

¹⁶ Cf. art. 161.º/f) da CRP.

¹⁷ Ministra da Justiça Francisca Van Dunem, “Um Estado decente não abandona os seus cidadãos, mesmo os presos”, na edição de 04.04.2020 do *Diário de Notícias* – <https://www.dn.pt/edicao-do-dia/04-abr-2020/um-estado-decente-nao-abandona-os-seus-cidadaos-mesmo-os-presos-12029165.html>.

¹⁸ <https://www.tsf.pt/portugal/sociedade/nao-ha-condicoes-governo-opta-por-libertacao-de-presos-em-vez-de-pulseira-eletronica-12045787.html>: de acordo com esta notícia, o número de reclusos que beneficiará do perdão total ou parcial de pena andarà na ordem dos 1.000; aqueles que gozarão de uma saída temporária serão cerca de 1.200.

¹⁹ Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 23/XIV, aprovada em Conselho de Ministros no dia 02.04.2020: “Portugal tem atualmente uma população prisional de 12 729 reclusos, 800 dos quais com mais de 60 anos de idade, alojados em 49 estabelecimentos prisionais dispersos por todo o território nacional”.

de licença de saída administrativa de reclusos condenados (art. 4.º); e d) a antecipação extraordinária da colocação em liberdade condicional (art. 5.º)²⁰.

Todas as medidas implicam uma *libertação prisional imediata* dos reclusos por elas abrangidas, sendo que nos casos de perdão e de indulto (artigos 2.º e 3.º)²¹ a pena até aí em execução cessará por extinção (art. 128.º do CP) e nos casos de licença de saída e de antecipação da colocação da liberdade condicional (artigos 4.º e 5.º) a execução da pena subsiste, mas ocorrerá fora do estabelecimento penitenciário.

Tratando-se das medidas que provavelmente terão maior incidência na realidade penitenciária, centraremos a nossa atenção no *perdão* (art. 2.º) e na *licença de saída administrativa extraordinária* (art. 4.º).

3.1 As circunstâncias extintivas ou flexibilizadoras do cumprimento da pena de prisão previstas na Lei n.º 9/2020 só são aplicáveis a condenados que se encontrem a cumprir pena de prisão²² no momento da sua entrada em vigor (11.04.2020). Com efeito, além de exigirem o trânsito em julgado da sentença condenatória em pena de prisão²³, tais medidas pressupõem ainda que *a execução dessa pena se encontre já em curso*.

As razões excepcionais que determinaram a aprovação da presente Lei só valem em relação aos condenados que se encontrem privados da liberdade no momento da sua entrada em vigor. Nessa medida, e para que fique claro que só esses condenados são destinatários deste regime excepcional, nos artigos 2.º/1, 3.º/1

²⁰ As referências a preceitos legais desacompanhadas da menção ao diploma a que se reportam que de seguida se farão em texto respeitam à Lei n.º 9/2020.

²¹ Para uma contraposição entre o *perdão* (uma amnistia, em sentido impróprio, com carácter geral, que incide sobre penas aplicadas por sentenças já transitadas em julgado) e o *indulto* (que também incide sobre uma pena criminal fixada por decisão já transitada em julgado, mas detém carácter individual, sendo dirigido a pessoas específicas), *vd.* JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas / Editorial Notícias, 1993, § 1103 e ss.

²² Além da pena de prisão, abrange-se ainda a privação da liberdade decorrente do cumprimento de prisão subsidiária fundada no incumprimento da pena de multa principal (art. 49.º do CP) – cf. art. 2.º/3. Por simplicidade de exposição, ao longo do texto faremos referência apenas à pena de prisão no sentido próprio do termo (cf. artigos 41.º e 42.º do CP).

²³ Cf., *v. g.*, o art. 2.º/7.

e 4.º/1 faz-se menção expressa aos reclusos – sc., os condenados privados da liberdade – como destinatários deste regime excepcional.

Assim, o *perdão* que se prevê no art. 2.º *não abrange*, desde logo, crimes que não hajam sido objecto de uma decisão condenatória transitada em julgado à data da entrada em vigor da Lei n.º 9/2020. Por exemplo, o agente de um crime de furto simples cometido em 2019 que venha a ser condenado em 2021 não beneficiará do perdão concedido pelo art. 2.º, sendo-lhe inaplicável o disposto no art. 2.º/4 do CP. Do mesmo modo, tendo em conta o disposto no art. 2.º/7, *não haverá perdão* (e concomitante libertação ao abrigo do art. 2.º) nos casos de reclusos que se encontrem em regime de *prisão preventiva* no momento da entrada em vigor do diploma e cuja condenação transite em julgado ainda durante o período da pandemia da doença COVID-19.

De fora deste perdão ficarão ainda aqueles que hajam sido condenados por decisão já transitada em julgado aquando do início de vigência da Lei n.º 9/2020, 11.04.2020, mas que nessa data *ainda não haviam ingressado* num estabelecimento penitenciário para iniciar a execução da pena de prisão que lhes foi aplicada. Voltando ao exemplo do furto simples cometido em 2019, se a condenação transitou em julgado em Janeiro de 2020, sem que, todavia, se tenha iniciado a execução da pena antes do dia 11.04.2020, não haverá lugar a perdão. Nestas situações, será aconselhável aguardar pelo termo da presente situação excepcional²⁴ para se dar início ao cumprimento de tais penas.

3.2 O regime de graça *não abrange* certos tipos de *crimes* e de *agentes*.

O art. 2.º/6 contém um extenso catálogo de crimes que ficam à margem do perdão. Exclusão que vale também para o indulto excepcional previsto no art. 3.º (cf. art. 3.º/5). Em caso de cumprimento de pena única conjunta, resultante da condenação por vários crimes, em concurso efectivo, bastará que um dos crimes se

²⁴ Cf. artigos 7.º/2 da Lei n.º 1-A/2020 e 10.º da Lei n.º 9/2020.

integre nesse catálogo para inviabilizar a aplicação do perdão e do indulto (art. 2.º/6).

Entre os crimes que ficam à margem do regime de graça contam-se, desde logo, os que correspondem a *criminalidade contra pessoas*: entre outros, crimes de homicídios cometidos sob a forma dolosa, de violência doméstica, contra a integridade física (designadamente, crimes de ofensa à integridade física grave), contra a liberdade pessoal (v. g., ameaça, coacção, perseguição, sequestro, tráfico de pessoas, rapto, etc.), contra a liberdade e autodeterminação sexual (v. g., coacção sexual, violação, abuso sexual de crianças, etc.), de tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, contra membros das forças policiais e de segurança, das forças armadas e funcionários e guardas dos serviços prisionais, no exercício das respectivas funções. Também não poderão beneficiar do perdão ou do indulto agentes condenados por crimes de organização criminosa, branqueamento, corrupção e por certos crimes de tráfico de estupefacientes (os mais graves).

A inaplicabilidade do perdão e de indulto aos casos de criminalidade contra pessoas é, na generalidade dos casos, *autoexplicativa*. A exclusão dos demais crimes decorrerá, porventura, da consideração de que as finalidades da respectiva punição, sobretudo de prevenção geral, não se compadecem com perdões ou indultos, mesmo em tempos de pandemia. Não ficam abrangidos pela exclusão, incompreensivelmente, os crimes de roubo cometidos na forma simples (210.º/1 do CP) ou na forma agravada prevista no art. 210.º/2/b) do CP e o crime de propagação de doença contagiosa (art. 283.º/1/a) do CP).

Dada a especial prevalência dos crimes patrimoniais no universo das condenações criminais²⁵, poderá antecipar-se que as medidas de graça abrangerão sobretudo reclusos condenados por crimes de dessa natureza (furtos, burlas, roubos).

²⁵ KARLA TAYUMI ISHIY, *cit.*, p. 429 e ss.

A exclusão do regime de graça é igualmente feita num plano subjectivo: certos tipos de condenados não poderão beneficiar do perdão ou do indulto. Concretamente, os condenados por crimes cometidos enquanto membro das forças policiais e de segurança, das forças armadas ou funcionários e guardas dos serviços prisionais, no exercício das suas funções, envolvendo violação de direitos, liberdades e garantias pessoais dos cidadãos, independentemente da pena (art. 2.º/6/l)) e enquanto titular de cargo político ou de alto cargo público, magistrado judicial ou do Ministério Público, no exercício de funções ou por causa delas (art. 2.º/6/m)).

4. A mas importante medida de graça adoptadas na Lei n.º 9/2020 é o *perdão de penas de prisão*. Perdão que pode ser total, nas penas de prisão de duração igual ou inferior a 2 anos (art. 2.º/1); ou parcial, nas penas de duração superior a 2 anos, se o tempo que faltar para o seu cumprimento integral for igual ou superior a 2 anos, e o recluso tiver cumprido, pelo menos, metade da pena (art. 2.º/2).

4.1 Este perdão, caso concedido, não apaga o crime praticado, mas apaga a pena ou parte da pena aplicada em virtude do seu cometimento²⁶. Na realidade, como já se referiu, “o perdão genérico extingue a pena, no todo ou em parte” (art. 128.º/3 do CP). Pois, como acentua Figueiredo Dias, “o exercício do direito de graça só pode ter a ver, em qualquer dos casos, com a consequência jurídica, não com o facto ou o crime praticado”²⁷.

Não obstante a extinção da pena que tenha implicado, o perdão recebido ao abrigo do disposto no art. 2.º ficará sem efeito se o beneficiário praticar infracção dolosa no ano subsequente ao da sua concessão²⁸. Sendo condenado por tal (nova)

²⁶ FIGUEIREDO DIAS, *cit.*, § 1110 e s.

²⁷ FIGUEIREDO DIAS, *cit.*, § 1106.

²⁸ No sentido da não inconstitucionalidade de uma norma em tudo semelhante – o art. 11.º da Lei n.º 15/94 –, cf. o Ac. do TC n.º 25/2000, sob a perspectiva dos princípios constitucionais da

infracção, deverá cumprir a pena entretanto perdoada. Para a reprimenda da pena perdoada não se exige qualquer tipo de conexão material ou objectiva entre o novo crime e o crime cuja pena foi perdoada. Mas será necessário que o novo crime seja cometido em momento posterior à entrada em vigor da Lei n.º 9/2020: crimes praticados em data anterior ao do seu início de vigência, que venham a ser objecto de condenação transitada em julgado depois dela, não relevarão como condição resolutive do perdão.

A competência para a aplicação das normas legais que estatuem o perdão é exclusivamente judicial, pertencendo aos Tribunais de Execução das Penas (art. 138.º/2 do CEPMPL). A aplicação do perdão não carecerá de requerimento do recluso que nele tenha interesse, mas nada obsta à sua apresentação. Da decisão indeferimento de tal requerimento de perdão cabe recurso (arts. 155.º/2 e 235.º/2/c) do CEPMPL). De igual modo, da decisão que extinguir a pena, mediante aplicação de norma que conceda o perdão, pode ser interposto recurso (desde logo, ao abrigo do art. 235.º/2/a) do CEPMPL), pelo Ministério Público (art. 236.º/1/a) do CEPMPL) – recurso este que terá efeito meramente devolutivo (art. 408.º, *a contrario*, do CPP, *ex vi* art. 239.º do CEPMPL), pelo que a sua admissibilidade não obstará à imediata libertação do recluso a quem seja concedido o perdão.

Implicando o perdão a extinção da pena, com a sua concessão deve o recluso dele beneficiário ser colocado em liberdade – assim se cumprindo o propósito que animou a aprovação desta Lei n.º 9/2020 –, devendo ser observados os procedimentos indicados pela Direcção-Geral da Saúde (art. 8.º). A partir da libertação, *o condenado passa a estar sujeito aos mesmos direitos e deveres dos demais cidadãos*, nomeadamente, em matéria de confinamento no domicílio enquanto durar o estado de emergência. Não estará, por exemplo, sujeito a um dever de permanecer continuamente na habitação como aquele que se impõe aos beneficiários da licença de saída (art. 4.º/2).

irretroactividade da lei penal e da igualdade. Com interesse, ainda o Ac. do TC n.º 298/2005, que versou sobre o art. 4.º da Lei n.º 29/99.

4.2 O perdão representa, assim, uma verdadeira e própria *libertação definitiva* dos reclusos que dele beneficiem. Solução que, em face da possibilidade de sujeitar esses reclusos a um regime de execução da pena de prisão na habitação, leva a que se questione se não se terá ido longe de mais, aproveitando-se a presente ocasião para promover, por via legislativa, uma diminuição da lotação dos estabelecimentos prisionais portugueses. Devendo o perdão abranger, como se estima, cerca de 1.000 reclusos, conseguir-se-á, assim, de uma penada, reduzir praticamente em 8% a lotação do sistema penitenciário.

Creemos que será legítimo supor que nos casos de penas de prisão efectiva de duração igual ou inferior a 2 anos cumpridas em meio penitenciário as exigências preventivas não só não serão baixas, como serão, pelo contrário, elevadas.

Em face da pluralidade de normas legais²⁹, da mais diversa natureza, mas sempre vinculadas ao cumprimento das finalidades da punição definidas no art. 40.º/1 do CP, que viabilizam a imposição de penas não detentivas em casos de pequena e média gravidade como aqueles aos quais são aplicadas penas de prisão de duração não superior a 2 anos³⁰, somos levados a crer que o perdão tenderá a abranger condenados em relação aos quais as necessidades preventivas são particularmente intensas. Poderão estar em causa, em primeiro lugar, situações em que ao condenado foi imposta, *ab initio*, pena de prisão efectiva a cumprir em estabelecimento prisional. Uma pena, portanto, não substituída por alguma das várias penas de substituição abstractamente aplicáveis e não beneficiária de uma execução em regime de permanência na habitação, como admitido pelo art. 43.º/1/a) do CP. Em segundo lugar, poderão entrar aqui casos de penas de prisão que foram inicialmente substituídas por penas não privativas da liberdade, mas

²⁹ Designadamente, sem pretensões de exaustão, a norma que estabelece o critério de escolha da pena (art. 70.º do CP, por referência ao art. 40.º do CP), as normas que prevêem e regulam as penas de substituição em sentido próprio (arts. 45.º, 46.º e 50.º do CP) e as normas relativas ao cumprimento domiciliar da pena de prisão efectiva (art. 43.º do CP).

³⁰ MARIA JOÃO ANTUNES, *Penas e Medidas de Segurança*, Almedina, 2017, pp. 30 e ss. e 75 e ss.

acabaram depois por ser revogadas, em virtude de condenação por novo crime ou de incumprimento culposo do regime de execução da pena de substituição aplicada. Também nesses casos será possível a execução da prisão efectiva em regime de permanência na habitação (art. 43.º/1/c) do CP), pelo que, se não é isso que concretamente sucede, tal é sinal de que as finalidades da punição o não consentem.

O quadro normativo que rodeia a execução de penas de prisão de duração não superior a 2 anos em estabelecimento prisional indicia, deste modo, que a tais penas subjazem exigências preventivas de especial gravidade. E o mesmo poderá supor-se nas situações a que se refere o art. 2.º/2: “São também perdoados os períodos remanescentes das penas de prisão de reclusos condenados por decisão transitada em julgado, de duração superior à referida no número anterior, se o tempo que faltar para o seu cumprimento integral for igual ou inferior a dois anos, e o recluso tiver cumprido, pelo menos, metade da pena”. Dada esta última exigência temporal mínima, esta norma abrangerá reclusos que poderiam já ter beneficiado de liberdade condicional (art. 61.º/2 do CP). Se se encontravam ainda em reclusão à data da entrada em vigor da Lei n.º 9/2020, isso é sinal de que a sua libertação foi até aí (judicialmente) considerada como incompatível com o cumprimento das finalidades preventivas da punição.

Face ao exposto, *difícilmente se compreende o perdão* previsto no art. 2.º

Não queremos com isto significar, evidentemente, que o legislador nacional devesse ficar inerte diante da necessidade premente de poupar esses reclusos ao perigo de contágio pela doença COVID-19. O que nos parece é que poderia, e deveria, ter adoptado medidas de contingência não tão drásticas. Por exemplo, como se referiu, determinando a sujeição desses reclusos a um regime temporário de execução da pena de prisão na habitação. Para esse efeito, teria ao seu dispor *várias alternativas*: instituir um regime similar ao que se prevê nos arts. 43.º e 44.º do CP; conceder a esses reclusos uma licença de saída extraordinária, limitada ao período da pandemia, a cumprir continuamente na habitação,

semelhante à que se prevê no art. 4.º; alargar a estes reclusos, com as devidas adaptações, o regime de “modificação da execução da pena de prisão de reclusos portadores de doença grave, evolutiva e irreversível ou de deficiência grave e permanente ou de idade avançada”, previsto no art. 118.º do CEPMPL. Qualquer uma destas soluções permitiria satisfazer a necessidade de libertação temporária deste grupo de reclusos e seria, do ponto de vista do cumprimento das finalidades da punição, preferível ao perdão que foi aprovado.

5. No art. 4.º, dando-se acolhimento à recomendação da Provedora de Justiça³¹, prevê-se uma possibilidade de *concessão administrativa de licença de saída extraordinária*. Com esta medida procura-se criar condições para que reclusos não beneficiários do perdão ou do indulto possam, transitoriamente, enquanto tal for recomendável em função do contexto sanitário decorrente da doença COVID-19 (art. 4.º/3), cumprir em regime de permanência na habitação a pena de prisão que se encontre em execução.

Os limites objectivos (em função do tipo de crime) e subjectivos (em função do tipo de agente) estabelecidos à aplicabilidade do perdão (art. 2.º/6) e do indulto (art. 2.º/6, *ex vi* art. 3.º/5) não são extensíveis a esta licença de saída administrativa extraordinária prevista no art. 4.º A inaplicabilidade desses limites a esta última medida ter-se-á ficado a dever à circunstância de ela não implicar uma extinção da pena, como no perdão e no indulto, mas somente uma libertação (prisional) temporária, acompanhada de uma reclusão domiciliária (art. 4.º/2); e é compensada pela exclusão do regime do art. 4.º dos reclusos que se encontrem a cumprir pena em regime de segurança (cf. art. 15.º do CEPMPL). Só os reclusos em *regime comum* (cf. art. 13.º do CEPMPL) e em *regime aberto* (cf. art. 14.º do CEPMPL) poderão ser temporariamente libertados.

A concessão da licença de saída administrativa extraordinária depende da verificação cumulativa dos seguintes requisitos, estabelecidos no n.º 1 do art. 4.º:

³¹ Recomendação n.º 4/B/2020.

a) o preenchimento dos pressupostos e critérios gerais de concessão da licença de saída previstos no art. 78.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade; b) o gozo prévio de pelo menos uma licença de saída jurisdicional ao recluso que cumpre pena em regime aberto ou o gozo prévio de duas saídas jurisdicionais ao recluso que cumpre pena em regime comum; e c) a inexistência de qualquer situação de evasão, ausência ilegítima ou revogação da liberdade condicional nos 12 meses antecedentes.

Tal como as licenças de saída ordinárias que se prevêem no CEPMPL, também a licença de saída extraordinária prevista no art. 4.º exige que se verifiquem os seguintes requisitos, definidos no art. 78.º/1 do CEPMPL: a) fundada expectativa de que o recluso se comportará de modo socialmente responsável, sem cometer crimes; b) compatibilidade da saída com a defesa da ordem e da paz social; e c) fundada expectativa de que o recluso não se subtrairá à execução da pena ou medida privativa da liberdade.

Só serão *candidatos* a beneficiar desta licença de saída extraordinária os reclusos que *já tenham gozado* previamente uma (no regime aberto) ou duas (no regime comum) *saídas jurisdicionais*³². A lógica parece ser a seguinte: se o recluso já mereceu a confiança do Tribunal de Execução das Penas, manifestada na concessão de licenças de saída de entre 5 e 7 dias, e essa confiança não foi traída por comportamentos posteriores, pode admitir-se que estão reunidas as condições mínimas para que seja temporariamente libertado da prisão na presente conjuntura pandémica. Essa prévia pronúncia judicial positiva será sinal ainda da compatibilidade da saída com a defesa da ordem jurídica e da paz social. Compatibilidade que, aliás, se deverá presumir nos casos em que se atingiu já 2/3 da pena de prisão aplicada (cf. art. 61.º/3 do CP)³³.

³² Os limiares mínimos de cumprimento efectivo de pena de prisão pressupostos pelas licenças de saída jurisdicionais são de um sexto da pena e no mínimo 6 meses, tratando-se de pena não superior a 5 anos, ou um quarto da pena, tratando-se de pena superior a 5 anos. Assim, por exemplo, numa pena de prisão de 5 anos, exige-se, pelo menos, o cumprimento de 10 meses e numa pena de prisão de 6 anos o cumprimento, pelo menos, de 18 meses.

³³ MARIA JOÃO ANTUNES, *Penas e Medidas de Segurança*, p. 99 e s.

Nessa linha, ter-se-á considerado que se um juiz de execução das penas já anteriormente deu luz verde a saídas dessa natureza, afiançando assim a verificação dos requisitos e critérios gerais das licenças de saída estabelecidos no art. 78.º do CEPMPL, poder-se-á agora, no difícil cenário actual, dispensar a intervenção judicial. Nesse sentido, entrega-se a decisão à administração penitenciária – o director-geral de Reinserção e Serviços Prisionais ou, por delegação deste, os subdirectores-gerais de Reinserção e Serviços Prisionais (art. 4.º/1) –, com obrigação de imediata comunicação ao Ministério Público (art. 4.º/9).

Do ponto de vista material, a solução adoptada no art. 4.º parece-nos razoável e equilibrada, dando uma resposta satisfatória ao problema de concordância prática entre os interesses de protecção da vida e da saúde física e psíquica dos reclusos e os interesses inerentes às finalidades da punição.

Onde receamos que se possam vir a suscitar *dúvidas* sobre o regime desenhado no art. 4.º é *no plano da administrativização da competência* para a libertação transitória dos reclusos. É que o período previsto para a presente licença de saída extraordinária – 45 dias, renovável, mais do que uma vez e por períodos de até 45 dias (art. 4.º/1/3) – nada tem que ver com as típicas licenças de saída não custodiadas que são da competência da administração penitenciária³⁴. Poderá, por isso, questionar-se se esta licença de saída administrativa extraordinária não terá um significado tal sobre a pena que, mais do que uma simples “alteração do conteúdo da execução da pena de prisão”, representa já uma “alteração do conteúdo da sentença condenatória” – critérios que a nossa jurisprudência constitucional mobiliza, pela negativa e pela positiva, respectivamente, para densificar o princípio da reserva de juiz em matéria de execução de penas (art. 202.º da CRP)³⁵. Terá o legislador, porventura, temido que os Tribunais de Execução das Penas não dispusessem de meios humanos suficientes para, no presente quadro de

³⁴ V. g., as licenças de saída de curta duração têm uma duração máxima de 3 dias (art. 80.º/3 do CEPMPL) e as licenças de saída de preparação para a liberdade, que podem ser concedidas nos últimos 3 meses de cumprimento da pena ou nos 3 meses anteriores à chamada liberdade condicional obrigatória, têm a duração máxima de 8 dias (art. 83.º do CEPMPL).

³⁵ Ac. do TC n.º 427/2009, esp. 13. e ss.

urgência, intervir em tempo útil neste domínio, tendo-se decidido se pela administrativização do procedimento, a qual, em todo o caso, é compensada pelo monopólio da última palavra que também aqui deve ser reconhecido ao poder judicial.

6. Numa palavra final e conclusiva, parece-nos que a iniciativa legislativa para acautelar os dramáticos riscos de propagação da doença COVID-19 nos estabelecimentos penitenciários deve ser louvada. O modo como tal propósito foi concretizado não deixa, porém, de suscitar reservas. Se, como acabámos de referir, a solução da libertação temporária, através de uma licença de saída extraordinária que implica uma obrigação de permanência na habitação, se afigura adequada a responder ao risco da pandemia e acautela suficientemente as finalidades da punição, o mesmo já não se poderá dizer do perdão instituído no art. 2.º, por nele se ter ido muito para além do que seria necessário para proteger a vida e a saúde dos reclusos dele beneficiários, com sacrifício das finalidades da punição por eles sofrida. Como há muito preveniu Figueiredo Dias, o exercício do direito de graça está longe de constituir uma forma desejável e legítima de reduzir a população prisional³⁶. Advertência que não parece ter sido tomada em devida conta na Lei n.º 9/2020, claramente (também) motivada por um propósito de súbita e substancial diminuição da sobrelotação do sistema prisional português por via de uma amnistia imprópria.

³⁶ FIGUEIREDO DIAS, *cit.*, § 1102.