

Processo n.º 12/2023

1.ª Secção

Relator: Conselheiro José António Teles Pereira

Acordam na 1.ª Secção do Tribunal Constitucional

I – A Causa

1. A. (o ora recorrente), recluso em cumprimento de pena de prisão no Estabelecimento Prisional de Évora, apresentou pedido de concessão de licença de saída jurisdicional, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 79.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL).

1.1. Sobre tal pedido recaiu despacho datado de 10/11/2022, com o seguinte teor: “[...] conforme resulta do apenso de liberdade condicional (apenso A), a situação jurídico-penal do recluso não se encontra estabilizada, o que por ora impede que se possa aferir do preenchimento dos pressupostos formais para eventual concessão de licença de saída jurisdicional (artigo 79.º, n.ºs 2 e 3, do CEPMPL). Assim, aguardem os presentes autos a estabilização da situação do recluso, depois se conbecendo do seu requerimento”.

1.1.1. Desta decisão pretendeu o recluso recorrer para o Tribunal da Relação de Évora, mas o recurso não foi admitido, por se considerar a decisão irrecorrível, em aplicação do disposto nos artigos 235.º, n.º 1, e 196.º do CEPMPL.

1.1.2. O recluso reclamou da decisão de não admissão do recurso para o Presidente do Tribunal da Relação de Évora, invocando, *inter alia*, a inconstitucionalidade “[...] da interpretação normativa segundo a qual os artigos 235.º e 196.º do CEPMPL, singularmente considerados ou em conjugação com quaisquer outras normas, no sentido de considerar irrecorrível o despacho que indefere liminarmente o pedido de saída jurisdicional fundamentado na existência de situação jurídico-penal não estabilizada”.

1.1.3. A reclamação foi indeferida, por despacho do Presidente da Relação de Évora de 14/12/2022, com os fundamentos seguintes:

“[...]”

1 – Quanto à admissibilidade do recurso, por aplicação (subsidiária) do Código de Processo Penal Dispõe o artigo 235.º, n.º 1, do CEPMPL, que ‘[d]as decisões do tribunal de execução das penas cabe recurso para a Relação nos casos expressamente previstos na lei’.

E especificamente quanto a licença de saída jurisdicional – que é o que aqui releva – prescreve o artigo 196.º do compêndio legal em referência:

‘1 – O Ministério Público pode recorrer da decisão que conceda, recuse ou revogue a licença de saída jurisdicional.

2 – O recluso apenas pode recorrer da decisão que revogue a licença de saída jurisdicional.

3 – O recurso interposto da decisão que conceda ou revogue a licença de saída jurisdicional tem efeito suspensivo’.

Assim, decorre – inequívoco, segundo entendemos – dos normativos legais citados que o CEPMPL regula expressamente as situações referentes a licença de saída jurisdicional em que é admissível recurso e, no que respeita ao recluso, apenas pode recorrer da decisão que revogue a licença de

saída jurisdicional, mas já não, como é o caso em apreço, da decisão que indeferiu liminarmente o pedido de concessão de licença de saída jurisdicional.

Por isso, ressalvado o devido respeito pelo entendimento do reclamante, não pode convocar-se quanto a esta matéria o disposto no Código de Processo Penal, por remissão do artigo 239.º do CEPMP, maxime o princípio geral consagrado no artigo 399.º daquele, nos termos do qual “[é] permitido recorrer dos acórdãos, das sentenças e dos despachos cuja irrecorribilidade não estiver prevista na lei”.

Note-se, aliás, que a admissibilidade de recurso no CEPMPL está consagrada pela positiva (das decisões do tribunal de execução das penas cabe recurso para a Relação apenas nos casos expressamente previstos na lei), enquanto no Código de Processo Penal está pela negativa (apenas não é admissível recurso dos acórdãos, das sentenças e dos despachos nos casos previstos na lei).

Saliente-se ainda, a este propósito e no que respeita à tramitação do pedido de licença jurisdicional, que o artigo 190.º, n.º 1 do CEPMPL prevê expressamente a possibilidade de o juiz indeferir liminarmente o requerimento, e apenas no caso de tal se não verificar é que convoca a reunião do conselho técnico.

Aliás, face aos termos do despacho, designadamente a invocação de que a situação jurídico-penal do recluso não se encontra estabilizada e o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 79.º compêndio legal em referência, e ainda para o processo aguardar essa estabilização, tendo em conta um declaratório normal (cfr. artigo 236.º do Código Civil) tal só pode significar que, nas circunstâncias existentes, naquela data o tribunal entendeu indeferir liminarmente o pedido de concessão de licença de saída jurisdicional.

E foi assim, de resto, que o reclamante interpretou tal despacho, como se constata da reclamação, nomeadamente quando afirma ser inconstitucional a interpretação dos artigos 235.º e 196.º do CPEMPL, “(...) singularmente considerados ou em conjugação com quaisquer outras normas, no sentido de considerar irrecorrível o despacho que indefere liminarmente pedido de saída jurisdicional fundamentado na existência de situação jurídico-penal não estabilizada”, por violação das garantias de defesa, incluindo o direito ao recurso (artigo 32.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa).

Deste modo, face à tramitação do processo em causa, aos casos expressamente previstos de admissibilidade de recurso em relação ao mesmo, e considerando ainda que está em causa um despacho de indeferimento liminar do pedido de concessão de licença de saída jurisdicional, não se alcance a relevância das considerações apresentadas pelo reclamante em torno da consideração jurídica de que o despacho não é de mero expediente.

Assim, reitera-se, no caso que nos ocupa o artigo 196.º, em conjugação com o artigo 235.º, ambos do CPEMPL, não prevê a admissibilidade de recurso interposto pelo recluso do despacho que lhe indeferiu o pedido de licença de saída jurisdicional, o mesmo é dizer que a decisão que recuse a concessão de licença de saída jurisdicional é irrecorrível pelo recluso, aqui reclamante.

Por consequência, improcede, nesta matéria, o alegado pelo reclamante.

2 – Da (alegada) inconstitucionalidade de tais normativos, por violação das garantias de defesa.

Argumenta o reclamante que é inconstitucional a interpretação dos artigos 235.º e 196.º do CEPMPL nos termos que se deixaram expostos, por violação direta do n.º 1 do artigo 32.º da CRP (nos termos do qual “[o] processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso”).

Mais uma vez, não podemos anuir ao entendimento do reclamante.

Importa atender, por um lado, que o artigo 32.º, n.º 1, da CRP reporta-se fundamentalmente ao processo penal e não ao processo penitenciário e, por outro, que o direito ao recurso ali consagrado não determina a possibilidade de impugnação de toda e qualquer decisão proferida ao longo do processo, mas apenas de decisões condenatórias que afetem direitos fundamentais do arguido, designadamente a sua liberdade

Refira-se que esta problemática já foi analisada pelo Tribunal Constitucional, não julgando inconstitucionais os referidos artigos 196.º e 235.º, quando interpretados no sentido de não poder ser admitido o recurso interposto pelo recluso da decisão que recuse a concessão de licença de jurisdicional.

Fê-lo, designadamente, no acórdão n.º 752/14, proferido em 12-11-2014 no processo n.º 1320/13, e na decisão sumária n.º 160/2020, proferida em 03-03-2020 no processo n.º 211/20, ambos disponíveis no respetivo sítio da internet.

Aí se desenvolve uma análise exaustiva sobre a matéria, pelo que, a fim de evitarmos ser tautológicos, nos dispensamos de aqui transcrever. [...]

Acompanha-se integralmente o entendimento transcrito, remetendo-se, quanto a mais desenvolvimentos sobre a matéria, para a análise que é feita nas referidas decisões do Tribunal Constitucional.

Aqui chegados, impõe-se concluir – tal como concluiu o despacho reclamado – que face ao disposto nos artigos 235.º e 196.º do CEPMPL, o despacho que indeferiu liminarmente o pedido de saída jurisdicional é irrecorrível pelo recluso, sendo que tal interpretação não viola o disposto no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa.

Nesta sequência, sem desdouro pela argumentação do reclamante, a reclamação não pode proceder, pelo que deve confirmar-se o despacho reclamado.

[...]" (sublinhados acrescentados).

1.2. Desta decisão recorreu o recluso para o Tribunal Constitucional, ao abrigo da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, nos termos seguintes (transcrição parcial do requerimento de interposição do recurso de fls. 226 e ss., que aqui se dá por integralmente reproduzido):

“[...]

Decisão objeto do recurso

A decisão singular proferida a 14DEZ22 pelo Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal da Relação de Évora (adiante TRE) que indeferiu a reclamação apresentada.

Nessa decisão foi apreciada a constitucionalidade da interpretação emanada dos artigos 235.º e 196.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (adiante designado CEPMPL) concluindo que face ao disposto nesses artigos o despacho que indeferiu liminarmente o pedido de saída jurisdicional é irrecorrível pelo recluso, sendo que tal interpretação não viola o disposto no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição.

Fundamento do recurso

** No presente recurso está em causa a norma contida no artigo 235.º e 196.º do CEPMPL, na interpretação segundo a qual não é recorrível a decisão que indefere liminarmente pedido de saída jurisdicional fundamentado na existência de situação jurídico-penal não estabilizada.*

** A interpretação destas normas em causa viola o direito à tutela jurisdicional efetiva previsto no artigo 20.º, n.º 1 como ainda o n.º 1 do artigo 32.º, ambos da Constituição,*

Histórico processual

Por reputar estarem preenchidos os pressupostos de facto e de direito para a concessão de saída jurisdicional, o Recorrente submeteu pedido nesse sentido.

Por despacho sobre o qual se apresentou recurso, o TEP decidiu indeferir liminarmente aquele pedido, o que teve por consequência a não convocação do Conselho Técnico.

De tal despacho resultava: “...a situação jurídico-penal do recluso não se encontra estabilizada, o que por ora impede que se possa aferir do preenchimento dos pressupostos formais para eventual concessão de licença de saída jurisdicional (art. 79.º, n.ºs 2 e 3, do CEPMPL).

** No recurso apresentado, levantou-se o problema de, ao não convocar o Conselho Técnico e, conseqüentemente, nem sequer apreciar o pedido de concessão de saída jurisdicional, o TEP incorreu em violação dos artigos 190.º e 79.º, ambos do CEPMPL, particularmente ao fundamentar-se na pretensa existência do conceito de situação jurídico-penal não estabilizada como tendo a capacidade de impedir a apreciação da licença de saída jurisdicional.*

** Confrontado com esse recurso, o TEP, por despacho de 30NOV22, não o admitiu.*

* Deste despacho, o Recorrente submeteu reclamação para o Presidente do TRE, o qual, por decisão de 14DEZ22, a indeferiu.

* Nessa reclamação, o Recorrente levantou o problema de o despacho do TEP, ao não conhecer o pedido de saída jurisdicional, ter real e efetiva interferência no conflito de interesses em juízo, dado que não convocou Conselho Técnico, e que, por esse motivo, não constitui decisão irrecurável.

* O despacho do TEP sustenta-se num entendimento que obsta a que, sequer, se aprecie a saída jurisdicional nos momentos legalmente determinados no CEPMPL, e essa circunstância tem a virtualidade de afetar um direito e interferir com um interesse, pelo que, sustentar que o pedido de saída jurisdicional não deve ser conhecido e, conseqüentemente, não deve ser designado o Conselho Técnico enquanto pender um processo judicial, põe em causa o interesse direto do Recorrente e ao não convocar o Conselho Técnico limita injustificadamente o direito à tutela jurisdicional efetiva e o direito ao recurso.

* O entendimento posto em crise nega o regular estabelecimento das condições necessárias para a reintegração na sociedade do Recorrente, tal como preconiza o C. Penal.

* O Recorrente levantou a inconstitucionalidade na reclamação que dirigiu ao TRE.

Fundamentação do recurso de constitucionalidade

* Com relevante interesse para a apreciação da questão, recentemente, o Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 764/2022, relativamente a questão semelhante, decidiu nos seguintes termos, que com a devida vénia se transcrevem: [...].

* Ainda no mesmo Acórdão, resulta, com interesse direto para o presente recurso, a seguinte citação de voto de vencido: [...].

* Perante o exposto, o entendimento preconizado na decisão que decidiu a reclamação é inconstitucional, por violação do artigo 20.º e do n.º 1 do artigo 32.º, ambos da CRP, porquanto realiza interpretação normativa segundo a qual os artigos 235.º e 196.º do CEPMPL não permitem o recurso do despacho que indefere liminarmente pedido de saída jurisdicional fundamentado na existência de situação jurídico-penal não estabilizada.

Termos em que, por terem sido aplicados critérios normativos inconstitucionais, cuja inconstitucionalidade foi devida e atempadamente suscitada, sendo o recurso ora interposto legal e tempestivo, requer-se a sua admissão, seguindo-se os demais termos até final.

[...]" (sublinhados acrescentados).

1.2.1. O recurso foi admitido no tribunal recorrido, com efeito suspensivo.

1.2.2. No Tribunal Constitucional, foi determinada a notificação das partes para alegarem.

1.2.3. Alegou o recorrente, assim concluindo:

“[...]

1. Negar o direito de recurso no contexto de recusa de apreciação de pedido de saída jurisdicional e, conseqüentemente, não designar Conselho Técnico e/ou os procedimentos atinentes à apreciação daquele pedido, negação justificada ou não com a pendência de processo judicial no qual não foi aplicada qualquer medida de coação privativa da liberdade, afronta o direito de recurso e o direito à tutela jurisdicional efetiva, tal como garantidos pela Constituição.

2. Está, assim, em causa a norma contida nos artigos 235.º e 196.º do CEPMPL na interpretação segundo a qual não é recorrível a decisão que indefere liminarmente pedido de saída jurisdicional fundamentado na existência de situação jurídico-penal não estabilizada, sendo que a interpretação daquelas normas no sentido apontado viola o direito à tutela jurisdicional efetiva e de recurso previstos no artigo 20.º, n.º 1 e no n.º 1 do artigo 32.º, ambos da Constituição.

3. A licença de saída jurisdicional prevista nos artigos 76.º, n.º 2, e 79.º, ambos do Código da Execução das Penas tem uma conexão tal com o bem jurídico liberdade, em especial com a liberdade física ou liberdade de movimentos, que a eventual ilegalidade (material) da sua recusa deve poder ser sindicada junto de um outro tribunal.

4. Para quem se encontra a cumprir uma pena de prisão, a liberdade, temporária mas não custodiada, inerente a uma saída de licença jurisdicional, não pode deixar de significar um bem de valor incomensurável, não só pela liberdade em si, como também pela relevância em termos de manutenção e promoção dos laços familiares e sociais.

5. A licença de saída jurisdicional, à semelhança da liberdade condicional e de outras medidas aplicáveis no âmbito da execução da pena de prisão, constitui um «limite aos limites» próprios da execução da pena de prisão, para mais justificado pela ideia de ressocialização que a própria pena de prisão também serve.

6. A partir do momento em que a lei prevê a possibilidade de recurso da decisão de recusa de licença de saída jurisdicional – e, desse modo, a insuficiência e inadequação da tutela jurisdicional conferida pela mesma decisão aos interesses em causa –, não é constitucionalmente admissível impedir o principal interessado de recorrer. Aliás, tal impedimento configura uma denegação do direito de tutela jurisdicional adequada dos seus interesses legalmente protegidos.

7. Por maioria de razão, se há violação daqueles direitos com a impossibilidade de recurso da decisão que indefere, depois de apreciado, pedido de saída precária, mais severa é a violação nos casos em que se interpreta as normas de forma a negar a própria apreciação da licença de saída jurisdicional.

8. Deve ser proferido um juízo de inconstitucionalidade, por violação do artigo 20.º e do n.º 1 do artigo 32.º, ambos da Constituição, a interpretação normativa segundo a qual os artigos 235.º e 196.º do CEPMLP não permitem recurso do despacho que indefere liminarmente pedido de saída jurisdicional fundamentado ou não na existência de situação jurídico-penal não estabilizada.

Neste termos, e conforme os melhores de Direito que V. Exas. doutamente suprirão, deverá ser julgada inconstitucional a interpretação normativa supra exposta, determinando-se a reformulação da decisão recorrida em conformidade com o precedente juízo de inconstitucionalidade, fazendo-se, assim, justiça.

[...].”

1.2.4. Também o Ministério Público ofereceu alegações, que rematou com as seguintes conclusões:

“[...]

A – A., ao abrigo do disposto na alínea b), do n.º 1, do artigo 70.º da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC), interpôs recurso da decisão singular prolatada, em 14 de dezembro de 2022, pelo Presidente do Tribunal da Relação do Évora, no âmbito do Processo n.º 1683/20.OTXPLSB-E do Juízo de Execução de Penas de Évora.

B – A dita decisão recorrida indeferiu a reclamação apresentada pelo condenado, ora recorrente, do despacho proferido, em 30 de novembro de 2022, pelo Juízo de Execução de Penas de Évora no sentido da não admissão de recurso da decisão, de 10 de novembro de 2022, deste mesmo tribunal de 1.ª instância, onde se determinou deverem os autos ficar a aguardar a estabilização da situação jurídico-penal do recluso, por não se encontrarem ainda os mesmos em condições para a apreciação do seu requerimento de licença de saída jurisdicional (artigo 79.º, n.ºs 2 e 3 do CEPMLP).

C – O Tribunal a quo confirmou o aludido despacho reclamado do Mm.º Juiz de Execução de Penas de Évora dado ter-se concluído que «face ao disposto nos artigos 235.º e 196.º do CEPMLP, o despacho que indeferiu liminarmente o pedido de saída jurisdicional é irrecorrível pelo recluso, sendo que tal interpretação não viola o disposto no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa”

D – Constitui, assim, objeto do presente recurso a “norma contida nos artigos 235.º e 196.º do CEPMLP na interpretação segundo a qual não é recorrível a decisão que indefere liminarmente pedido de saída jurisdicional fundamentad[a] na existência de situação jurídico-penal não estabilizada.”

E – O condenado, ora recorrente, extraiu das suas motivações de recurso as conclusões seguintes: [...].

F – Os artigos 235.º e 196.º do Código de Execução de Penas e Medidas Privativas de Liberdade preceituam o seguinte:

Artigo 235.º (Decisões recorríveis)

1 – Das decisões do tribunal de execução de penas cabe recurso para a Relação nos casos expressamente previstos na lei.

2 – São ainda recorríveis as seguintes decisões do tribunal de execução das penas:

- a) Extinção da pena e da medida de segurança privativas da liberdade;
- b) Concessão, recusa e revogação do cancelamento provisório do registo criminal;
- c) As proferidas em processo supletivo.

Artigo 196.º (Recurso)

1 – O Ministério Público pode recorrer da decisão que conceda, recuse ou revogue a licença de saída jurisdicional.

2 – O recluso apenas pode recorrer da decisão que revogue a licença de saída jurisdicional.

3 – O recurso interposto da decisão que conceda ou revogue a licença de saída jurisdicional tem efeito suspensivo.

G – A douta decisão recorrida funda-se em argumentação que se acompanha e da qual se respigam aqui algumas das passagens essenciais, dada a transcrição já efetuada supra: [...].

H – Ora tendo presente essa argumentação, que se acompanha, verifica-se que a irrecorribilidade do despacho que, fundamentado na existência de situação jurídico-penal não estabilizada, indeferiu o pedido de concessão do período de saída jurisdicional não implica a violação tanto da garantia consagrada no artigo 32.º n.º 1 como do direito de acesso aos tribunais previsto no artigo 20.º, ambos da CRP.

I – Na verdade, para além da «forma de "licença" que reveste a decisão sobre a autorização de saída do estabelecimento prisional admit[ir] um certo grau de discricionariedade», importa notar que «as ponderações inscritas no domínio das finalidades de prevenção geral da pena assum[em] maior intensidade» «em momentos mais próximos do cometimento do crime» ou, como é o caso, quando a situação jurídico-penal do recluso não se encontra ainda estabilizada.

J – Acresce que tendo sido conferida ao legislador, em sede do direito infra constitucional, a delimitação das decisões do tribunal de execução de penas de que cabe recurso para a Relação, «o estatuto jurídico constitucional do arguido em processo penal» – como bem se refere no Acórdão 332/2016 – não pode nem deve ser confundido «com o estatuto jurídico constitucional do condenado, mormente daquele em execução de pena de prisão» e, para mais ainda, quando existe uma “situação jurídico-penal não estabilizada”.

L – Além disso cabe notar também que «a licença de saída jurisdicional não comporta alteração substancial do estatuto jurídico do recluso» nem «assume a natureza de "incidente da execução no sentido restrito e técnico de lbe cabe, isto é, de questão que tem como objeto "dúvidas de caráter contencioso acerca da interpretação, aplicação ou eficácia da sentença condenatória"».

M – Daí que, ressaltando-se melhor entendimento, se nos afigure pois, considerando a dimensão normativa em causa e ratio decidendi da douta decisão recorrida, que a interpretação extraída das normas dos artigos 235.º e 196.º do CEPMPL segundo a qual não é recorrível a decisão que indefere liminarmente pedido de saída jurisdicional fundamentado na existência de situação jurídico-penal não estabilizada, não viola, como pretende o recorrente, “o direito à tutela jurisdicional efetiva e de recurso previstos no artigo 20.º, n.º 1 e no n.º 1 do artigo 32.º, ambos da Constituição”.

Termos em que, por tudo o acabado de expor, se entenda:

a) não ser inconstitucional a interpretação normativa extraída dos artigos 235.º e 196.º do CEPMPL segundo a qual não é recorrível a decisão que, fundamentada na existência de situação jurídico-penal não estabilizada, indefere liminarmente pedido de saída jurisdicional.

b) E dever, por isso, manter-se a douta decisão recorrida.

[...].”

Cumpre apreciar e decidir.

II – Fundamentação

2. Está em causa, nos presentes autos, na enunciação do recorrente, “[...] a interpretação normativa segundo a qual os artigos 235.º e 196.º do CEPMPL não permitem recurso do despacho que indefere liminarmente pedido de saída jurisdicional fundamentado na existência de situação jurídico-penal não estabilizada”. Os referidos preceitos têm a seguinte redação:

Artigo 196.º

(Recurso)

1 – O Ministério Público pode recorrer da decisão que conceda, recuse ou revogue a licença de saída jurisdicional.

2 – O recluso apenas pode recorrer da decisão que revogue a licença de saída jurisdicional.

3 – O recurso interposto da decisão que conceda ou revogue a licença de saída jurisdicional tem efeito suspensivo.

Artigo 235.º

(Decisões recorríveis)

1 – Das decisões do tribunal de execução de penas cabe recurso para a Relação nos casos expressamente previstos na lei.

2 – São ainda recorríveis as seguintes decisões do tribunal de execução das penas:

a) Extinção da pena e da medida de segurança privativas da liberdade;

b) Concessão, recusa e revogação do cancelamento provisório do registo criminal;

c) As proferidas em processo supletivo.

Resulta do exposto que, rigorosamente, e não obstante as referências genéricas a artigos completos, só o n.º 2 do artigo 196.º e o n.º 1 do artigo 235.º do CEPMPL são convocáveis e foram convocados como critério de decisão.

Assim, ajustando o enunciado do recorrente aos preceitos efetivamente relevantes e procedendo a um ajustamento meramente formal, que respeita o seu sentido substancial, entende-se que **o recurso tem por objeto a norma contida nos artigos 196.º, n.º 2, e 235.º, n.º 1, do CEPMPL, interpretados no sentido da irrecorribilidade do despacho que indefira liminarmente o pedido de concessão de licença de saída jurisdicional com fundamento na verificação de que a situação jurídico-penal do recluso não se encontra estabilizada.**

2.1. Poderia, eventualmente, perspetivar-se dúvida sobre a viabilidade do recurso. Na verdade, a norma refere-se a “despacho que indefira liminarmente o pedido de concessão de licença de saída jurisdicional”, mas a decisão de primeira instância foi no sentido de os autos aguardarem a estabilização da situação do recluso. A dúvida consistiria, pois, na correspondência entre a norma objeto do recurso e a *ratio decidendi* adotada pelo tribunal.

Sucedem que, *numa apreciação que não cabe ao Tribunal Constitucional reponderar*, o Tribunal da Relação de Évora qualifica inequivocamente a decisão do tribunal de primeira instância como indeferimento liminar (posição, aliás, compreensível, se considerarmos que o pedido de saída tem uma indelével marca de atualidade, pelo que não é difícil ligar o diferimento da sua apreciação, sem prazo, a um efetivo indeferimento) – cfr., designadamente, os seguintes excertos do acórdão recorrido: “[...] face à tramitação do processo em causa, aos casos expressamente previstos de admissibilidade de recurso em relação ao mesmo, e considerando ainda que está em causa um despacho de indeferimento liminar do pedido de concessão de licença de saída jurisdicional, não se alcance a

relevância das considerações apresentadas pelo reclamante em torno da consideração jurídica de que o despacho não é de mero expediente [...]”; “[...] no caso que nos ocupa o artigo 196.º, em conjugação com o artigo 235.º, ambos do CPEMPL, não prevê a admissibilidade de recurso interposto pelo recluso do despacho que lhe indeferiu o pedido de licença de saída jurisdicional [...]”.

Tendo em conta que a decisão recorrida, face à qual se determina a correspondência entre a norma objeto do recurso e a *ratio decidendi*, é o acórdão do Tribunal da Relação de Évora e não a decisão do Tribunal de Execução das Penas, tem-se, pois, por verificada essa correspondência, nada obstando ao conhecimento do objeto do recurso.

2.2. No Acórdão n.º 560/2014, decidiu-se não julgar inconstitucional a norma do artigo 196.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, aprovado pela Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro, na medida em que confere ao Ministério Público a possibilidade de recorrer da decisão que conceda, recuse ou revogue a licença de saída jurisdicional, enquanto o recluso apenas pode recorrer da decisão que revogue a licença de saída jurisdicional. Aí se ponderou, designadamente, o seguinte:

“[...]”

13. Decorre da argumentação inscrita nas alegações que o recorrente enceta tal discussão como resposta à afirmação do Tribunal a quo de que «o catálogo e direitos do artigo 32.º da Constituição está perspetivado tendo em vista fundamentalmente o arguido e não o condenado», para concluir que na fase de execução das penas não tem aplicação a garantia constante do n.º 1 do preceito. O recorrente discorda dessa asserção, tanto assim que invoca a violação de tal parâmetro constitucional pela norma submetida a controlo deste Tribunal, e contrapõe a consagração no direito ordinário de um estatuto do “arguido condenado”, no qual confluíam tanto os direitos e deveres do arguido, tal como consagrados no artigo 61.º do CPP, como o elenco de direitos e de deveres do recluso, constantes dos artigos 7.º e 8.º do CEP.

Porém, essa visão não merece acolhimento.

Desde logo, porque o âmbito de proteção do n.º 1 do artigo 32.º da Constituição carece de ser encontrado no quadro jurídico-constitucional, e não na consagração densificadora que o legislador ordinário confira a tal imposição constitucional, enquanto “cláusula geral englobadora de todas as garantias que, embora não explicitadas nos números seguintes, hajam de decorrer do princípio da proteção global e completa dos direitos de defesa do arguido em processo criminal” (cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, Constituição da República anotada, vol I, 4.ª edição revista, anotação II ao artigo 32.º, p. 516).

Ora, o estatuto jurídico-constitucional do arguido encontra, de facto, concretização nuclear no preceituado no artigo 32.º da Constituição, disposição que aloja os princípios estruturantes do processo criminal, implicando a sua conjugação a assunção plena pelo arguido da condição de sujeito da relação processual – e não de seu objeto – dotado de efetivos meios de proteção, reação e de influência sobre as decisões – em especial as decisões condenatórias – suscetíveis de afetar a sua esfera jurídica. Como refere Figueiredo Dias, referindo-se às injunções constitucionais a que o legislador do Código de Processo Penal de 1987, na versão original, dera obediência: “O Código confere ao arguido o papel de sujeito do processo sob um duplo ponto de vista, que corresponde essencialmente à dupla referência que lhe é feita no texto constitucional: enquanto a arma, por um lado, com um direito de defesa (art. 32.º-1) a que por várias formas confere efetividade e consistência; e enquanto lhe confere, por outro lado, uma fundamental presunção de inocência até ao trânsito em julgado da condenação (art. 32.º-2)” (Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal, Jornadas de Direito Processual, O Novo Código de Processo Penal, Almedina, 1988, p. 27).

Justamente, as garantias de defesa em processo criminal, em que se inclui o recurso, estão perspetivadas no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição no quadro de uma estrutura lógico material moldada pela dialética entre acusação e defesa, posições contrapostas que não persistem a partir do momento que transita em julgado a condenação numa pena ou medida de segurança. Ultrapassado esse

marco, em que o sujeito deixa de estar confrontado por uma acusação – e a exercer um direito de defesa face à mesma – para passar a suportar os efeitos restritivos decorrente do título judiciário de execução de uma pena, o estatuto jurídico-constitucional relevante para efeito de aferir das garantias do sujeito em reclusão por efeito de execução de sanção criminal, como aqui acontece, passa a ser o de condenado, na espécie de condenado em pena ou medida de segurança privativas da liberdade, que encontra a sua esfera jurídica conformada no plano jusfundamental pelo disposto no n.º 5 do artigo 30.º, da Constituição: “[O]s condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução”.

O Tribunal Constitucional tomou já posição no sentido da exclusão dos condenados que se encontrem em cumprimento de pena privativa da liberdade relativamente a medida de flexibilização do cumprimento de pena privativa da liberdade (por passagem do regime de confinamento intramuros para o de vinculação à permanência na habitação) do âmbito subjetivo de proteção do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, tendo em atenção a norma do artigo 179.º, n.º 1 do CEP, que veda o direito ao recurso da decisão do juiz do Tribunal de Execução das Penas que indefira o pedido do recuso de aplicação do regime de adaptação à liberdade condicional. Fê-lo no Acórdão n.º 150/2013, em que se firmou o entendimento de que “não estamos perante um arguido em processo penal ‘tout court’, mas antes perante um recluso em cumprimento de pena privativa da liberdade (condenado), que, obviamente, mantendo a titularidade dos direitos fundamentais, não poderá deixar de suportar as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução – artigo 30.º n.ºs 4 e 5 da Constituição”, para concluir que “(...) não se vê, mau grado o direito ao recurso consagrado no artigo 32.º, n.º 1 da Constituição, que tal norma possa ser convocada no caso ‘sub judicio’, não obstante a maior judicialização que o novo CEPMLP veio trazer ao Processo de Execução de Penas, porquanto não estamos perante um processo criminal que nela se prevê.”

Daí que o Tribunal tenha, sempre que chamado a pronunciar-se sobre a (in)constitucionalidade de norma inscrita no âmbito da execução de pena ou medida de segurança privativas da liberdade, relevado fundamentalmente o estatuto jurídico do recluso (o problema coloca-se em termos distintos perante reclusão em cumprimento de medida de coação privativa da liberdade, em que confluem as condições de arguido e de recluso, como acontecia no caso sobre que versou o Acórdão 848/2013), cuja consagração no direito ordinário, mais propriamente no artigo 6.º do CEP, foi explicitada no Acórdão n.º 20/2012, nos termos seguintes:

«(...) Desta norma constitucional [o n.º 5 do artigo 30.º] extraem-se três consequências: i) o recluso permanece titular de todos os seus direitos fundamentais; ii) a restrição destes direitos fundamentais pressupõe sempre uma lei, que obedecerá aos princípios estabelecidos no artigo 18.º da Constituição; iii) a restrição tem que ter por fundamento o sentido da condenação e as exigências próprias da execução (assim, *Damião da Cunha*, in *Jorge Miranda/Rui Medeiros*, *Constituição da República Anotada*, I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, 690).

Ou seja, o princípio geral é o de que preso mantém todos os direitos e com um âmbito normativo de proteção idêntico aos dos outros cidadãos, salvo, evidentemente, as limitações inerentes à própria pena de prisão (v. *Gomes Canotilho/Vital Moreira*, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed. 2007, 505).

Mas às limitações inerentes à privação da liberdade (maxime a impossibilidade de deslocação) podem acrescer outras limitações, desde que justificadas pela própria execução da pena (v.g., limites à liberdade de correspondência ou de reunião).

Estas imposições ou restrições têm que estar justificadas em função do “sentido da condenação” e das “exigências próprias da respetiva execução” (n.º 5 do artigo 30.º). Ou seja, estão subordinadas a um princípio de legalidade (exigem previsão legal) e de proporcionalidade (adequação e necessidade).

É unânime o entendimento de que está constitucionalmente negado conceber a relação presidiária (e a posição jurídica do recluso nessa relação) como uma “relação especial de poder” (cfr. *Gomes Canotilho/Vital Moreira*, *ob. cit.*, 505; e *Damião da Cunha*, *ob. cit.*, 690). Essa “relação de poder” foi substituída por «relações jurídicas com recíprocos direitos e deveres», em que o recluso não é mais

“objeto”, mas passou a ser «sujeito da execução» (Anabela Rodrigues, *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária*, 2.^a ed., Coimbra, 2002, 69).

Sobre o estatuto jurídico do recluso estabelece o artigo 6.º do CEPMPPL que o recluso «mantém a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da sentença condenatória ou da decisão de aplicação de medida privativa da liberdade e as impostas, nos termos e limites do presente Código, por razões de ordem e de segurança do estabelecimento prisional». Mantém-se, assim, a afirmação de Figueiredo Dias (*Direito Penal Português, Parte Geral – II, As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, 1993, 111-112) – emitida a propósito do correspondente artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 265/79 – segundo a qual a visão do recluso «é agora a de uma pessoa sujeita a um mero “estatuto especial”, jurídico-constitucionalmente credenciado (CRP, art. 27.º-2) e que deixa permanecer naquela a titularidade de todos os direitos fundamentais, à exceção daqueles que seja indispensável sacrificar ou limitar (e só na medida em que o seja) para realização das finalidades em nome das quais a ordem jurídico-constitucional credenciou o estatuto especial respetivo».

14. O recorrente convoca em apoio da invocação da garantia do direito ao recurso constante do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, o entendimento acolhido no Acórdão n.º 638/2006, que transcreveu integralmente nas suas alegações (cfr. 70.º), reputando os dois casos de “comparáveis e conciliáveis”.

É certo que o apontado aresto considerou inconstitucional, por violação do artigo 32.º, n.º 1, da Constitucional, a norma que vedava o recurso da decisão judicial que negue a concessão da liberdade condicional. Porém, como decorre dos seus fundamentos, não deixou de admitir margem de discussão sobre “se o processo para concessão da liberdade condicional deve ser considerado processo penal para efeitos do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição” (cfr. ponto 6), vindo o Tribunal a mobilizar via alternativa de fundamentação do juízo de inconstitucionalidade, assente em diferentes parâmetros (artigos 20.º, n.º 1, e 27.º, n.º 1, da Constituição), e subsistente “seja qual for o entendimento quanto à exata qualificação dos processos de execução das penas, para o efeito da sua subsunção na noção de «processo criminal» utilizada no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição”.

De qualquer modo, os elementos em que se alicerçou esse entendimento não encontram aplicação no caso sub judicio. Não estamos, como então acontecia com o procedimento de que depende a concessão de liberdade condicional, perante norma do Código de Processo Penal; ao invés, a concessão pelo juiz de licença de saída sempre encontrou assento na regulação adjetiva específica da execução das penas, encontrando-se agora inserida em diploma codificador autónomo, no qual estão precipitados os princípios e regras da execução das penas e medidas privativas da liberdade, incluindo aqueles que regem o sistema de recursos próprio.

Também do ponto de vista substantivo, o grau de afetação subjetiva comportado na decisão que nega a libertação condicional e na decisão que nega a licença de saída jurisdicional não é comparável, pois não é exata a afirmação do recorrente de que “em ambas as situações, o arguido condenado preso continua sempre em prisão, mas em diferente modo de execução da pena privativa da liberdade”.

A incorreção da expressão não reside no seu segmento final: quer o tempo correspondente à liberdade condicional, quer os dias passados no gozo de licença de saída jurisdicional, normativamente equivalentes aos passados no estabelecimento prisional (artigo 77.º, n.º 1 do CEP), constituem modos de execução de pena privativa da liberdade e, do ponto de vista do sujeito, comportam em comum o significado de que não passará confinado ou sob custódia por todo o tempo fixado na pena ditada pela sentença condenatória. Nesse sentido, há razões para dizer que ambas comportam um nexo com a privação da liberdade sofrida pelo recluso. O ponto de afastamento encontra-se na afirmação inicial, que tem implícito o sentido de que o grau de afetação da posição jurídica do recluso presente na concessão de liberdade condicional, por um lado, e na emissão de licença de saída jurisdicional, por outro, – máxima nas decisões judiciais que deneguem uma ou outra – são jurídico materialmente assimiláveis, pois assim não acontece.

A liberdade condicional constitui uma etapa do cumprimento da pena de prisão e prossegue essencialmente finalidades de prevenção especial, em função de uma prognose positiva sobre a suficiência da continuação da socialização do condenado pelo tempo que lhe resta cumprir inteiramente em meio livre. Assume hoje claramente a natureza de incidente da execução da pena (cfr. o Acórdão n.º

181/2010 sobre a sua evolução), justificado político criminalmente pela “vertente social ou intervencionista do modelo do Estado de Direito material, implícito à C.R.P. de 1976”, inscrevendo-se neste âmbito a “ressocialização dos criminosos como concretização do dever geral de solidariedade e de auxílio às pessoas que deles se encontrarem carecidas” (cfr. A. Almeida Costa, *Passado, presente e futuro da liberdade condicional no direito português*, B.F.U.C., Separata, 1989, p. 54) e por apelo ao princípio da necessidade da intervenção penal que se extrai dos artigos 27.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da Constituição (cfr. Acórdão n.º 427/2009 e Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, Coimbra Ed., 2007, p. 128).

Daí que, uma vez colocado o condenado em liberdade condicional, cesse a ligação jurídica e material entre o recluso e o estabelecimento prisional, completado que foi o iter de progressiva aproximação à vida livre (pese embora com condicionamentos e vigilância) e cujo programa encontra ligação direta com a duração da pena fixada. A própria liquidação da pena concretiza a noção de inscrição da medida com parte principal de um plano de (res)socialização a desenvolver ao longo da execução da sentença condenatória ao impor a contagem e comunicação ao condenado dos momentos relevantes para a admissibilidade de liberdade condicional (artigo 477.º, n.ºs 2 e 3 do CPP). Mesmo o regresso do condenado colocado em liberdade condicional à condição de reclusão, em caso de revogação da liberdade condicional, não posterga o que se vem de dizer. A concretização dessa eventualidade será consequência de conduta do condenado em meio livre, e não do desenvolvimento de qualquer modo descontínuo de execução da pena que esteja insito na condenação (cfr. Lopes Rocha, *Execução das Penas e Medidas de Segurança Privativa da Liberdade, Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, 1988, p. 484).

A clara diferenciação entre a reclusão e a colocação do condenado em liberdade condicional, ainda que ambas as condições sejam, no plano do exercício da ação punitiva do Estado, estados de cumprimento de pena, encontra-se sublinhada no Acórdão n.º 161/2010:

«A liberdade condicional consiste na antecipação da liberdade de condenado a pena de prisão durante um período não superior a cinco anos, depois de aquele haver cumprido um período mínimo legal de reclusão e mediante o seu consentimento. Trata-se de substituição parcial de um período detentivo por outro não detentivo; é uma medida não detentiva, substituindo a pena de prisão e aquela é um incidente da execução da pena de prisão, mas de carácter não institucional ou não detentivo (“extramuros”), executada na comunidade, tal como aquela, e como alternativa à continuidade de execução de penas de prisão mais longas. Embora sujeita a deveres e regras de conduta, tem de ser vista como uma verdadeira antecipação da liberdade, à qual o interessado dá a sua adesão, com vigilância do seu comportamento, solidificando as bases de uma real reintegração social. Abandonando a reclusão, tem a oportunidade de retomar o contacto com o seu grupo familiar e participar ativamente na vivência quotidiana do mesmo, bem como enveredar por atividade profissional lícita, sendo certo que as regras de conduta e obrigações a que fica sujeito o condenado apresentam um diminuto grau de densidade comparadas com a verdadeira reclusão, não justificando a sua equiparação a esta.»

Importa ainda notar que a liberdade condicional encontra os seus pressupostos previstos no Código Penal, em consonância com os efeitos materiais duradouros na esfera jurídica do condenado que produz, de passagem até ao final do tempo fixado como pena de um estado de reclusão para outro, de liberdade, ainda que sujeito ao cumprimento vigiado de regras de conduta. Integra, pois, a regulação diretamente atinente à determinação prática do conteúdo da sentença condenatória e, portanto, à realização concreta da reação criminal, integrando a dimensão substantiva do direito de execução das penas (cfr. Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal, 1.º Volume*, Coimbra Ed., 1981, pp. 37-38; Anabela Miranda Rodrigues, *Novo Olhar ...*, cit., p. 24).

Compreende-se, a esta luz, que se tenha entendido no Acórdão n.º 638/2006, que, mais do que uma modelação da execução da pena de prisão que contedia com os direitos do recluso, necessariamente sujeita a controle jurisdicional, as decisões sobre liberdade condicional deveriam ser reconduzidas “ao figurino normal das decisões judiciais em matéria penal”, para concluir que “a decisão que nega a liberdade condicional, por ter como efeito a manutenção da privação da liberdade, tem uma indiscutível conexão com a restrição de direitos, liberdades e garantias, afetando um bem jurídico essencial que é o direito à liberdade, protegido no n.º 1 do artigo 27.º da Constituição”.

15. Diversamente, a licença de saída jurisdicional não comporta alteração substancial do estatuto jurídico do recluso e não assume a natureza de “incidente da execução”, no sentido restrito e técnico de lhe cabe, isto é, de questão que tem como objeto “dúvidas de caráter contencioso acerca da interpretação, aplicação ou eficácia da sentença condenatória” (cfr. Beleza dos Santos, Os Tribunais de Execução das Penas em Portugal, B.F.U.C., Separata, 1953, p. 12).

O estado de privação da liberdade continua a ser, ainda que pontualmente interrompido pelo contacto com o ambiente externo, em obediência aos princípios da socialização e da individualização do tratamento prisional, “inevitavelmente programado e faseado, favorecendo a aproximação progressiva à vida livre, através das necessárias alterações do regime de execução” (cfr. Acórdão n.º 427/2009). No seu termo, o recluso tem o dever de se apresentar no estabelecimento prisional (artigo 8.º, alínea b), do CEP), sinalizando a continuidade da vinculação derivada da condição de reclusão.

Assim, a saída jurisdicional, pela sua condição transitória e duração de dias – insuscetível de fundar por si só um novo sentido de orientação social –, não extravasa a condição de medida de flexibilização do cumprimento da pena privativa da liberdade, que se reconduz à compatibilização da modelação da vida do recluso em ambiente prisional com a manutenção e promoção dos laços familiares e sociais e à sua preparação para que conduzir a vida em ambiente livre de modo socialmente responsável, sem cometer crimes (artigos 42.º do CP e 2.º do CEP).

Mesmo que os deveres diretamente relacionados com a permanência no interior do estabelecimento se suspendam formalmente durante o tempo de saída – o que acontece naturalmente também com as licenças de saída administrativas, em particular com as que não comportam custódia –, o estatuto vigente continua a ser, durante todo esse período, o de recluso, permanecendo todas as vinculações e o feixe de ligações ao sistema prisional nele comportadas. Em consonância, o mandado emitido pelo juiz de execução das penas e executado pelos serviços prisionais é normativamente designado como mandado de saída (artigo 193.º), e não de liberdade, dando tradução à alteridade do significado do contacto com o meio livre por parte do recluso relativamente à liberdade condicional.

Por outro lado, como nota Anabela Rodrigues, a própria forma de “licença” que reveste a decisão sobre a autorização de saída do estabelecimento prisional admite um certo grau de discricionariedade (cfr. A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade, Seu Fundamento e âmbito, Coimbra, 1982, pp. 50-52, nota 145), a que se junta a circunstância de, podendo ter lugar em momentos mais próximos do cometimento do crime, as ponderações inscritas no domínio das finalidades de prevenção geral da pena assumirem maior intensidade.

Temos então que o cotejo que vimos de fazer permite concluir que a normação relativa à licença de saída jurisdicional não reveste as características de regulamentação diretamente atinente à realização concreta da reação criminal, que encontre inscrição nas garantias de defesa em processo criminal asseguradas pela Constituição (artigo 32.º, n.º 1, da Constituição).

16. Aqui chegados, importa dizer que o afastamento do parâmetro do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, não significa que fique removida a possibilidade de se reconhecer a presença de vinculação constitucional na concretização pelo legislador do direito ao recurso, como, na perspetiva inversa, da pretendida inscrição do recurso no elenco das garantias de defesa em processo criminal não decorreria, como sustenta o recorrente, a necessária abertura da via de impugnação recursória relativamente a todas as decisões proferidas contra o visado pela ação punitiva do Estado.

Conforme o Tribunal tem afirmado reiteradamente, o direito ao recurso expressamente consignado no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, entre as garantias de defesa do arguido, não exige a possibilidade de impugnação de toda e qualquer decisão proferida ao longo do processo, impondo apenas que necessariamente se assegure um segundo grau de jurisdição relativamente às decisões condenatórias e àquelas que afetem direitos fundamentais do arguido, designadamente a sua liberdade (v., entre muitos, os Acórdãos n.º 265/94, 387/99, 430/2010, 153/2012 e 848/2013, este com proximidade com o problema em análise). Ora, sempre seria de entender que a decisão de não concessão de licença de saída, que aqui se discute, não atinge diretamente o direito à liberdade, pois a sua restrição resulta do título judiciário de execução ínsito na decisão condenatória transitada em julgado e, em todo o caso, como se viu, não altera substancialmente o estatuto do recluso.

Esta asserção comporta igualmente resposta à questão do direito ao recurso por parte do recluso quanto a tais decisões, perante os parâmetros de controlo do direito à liberdade (artigo 27.º, n.º 1) e do direito de acesso ao direito e aos tribunais (artigo 20.º, n.º 1), os quais, aliás, o recorrente não aponta expressamente como violados no requerimento de interposição de recurso (cfr. supra ponto 3) ou em alegações (cfr. supra ponto 4, 86.º e 87.º). Aqui, tal como aconteceu no caso decidido pelo Acórdão n.º 150/2013, o recluso viu assegurado o acesso ao direito e aos tribunais em virtude da decisão proferida ter natureza judicial, emitida pelo juiz do Tribunal de Execução das Penas, mantendo-se na sua essência inalterado o modo de cumprimento da pena privativa da liberdade, ínsita na condenação, e as restrições jusfundamentais inerentes ao seu sentido e às exigências próprias da sua execução (artigo 30.º, n.º 5, da Constituição), qualquer que seja o sentido da decisão em matéria de licença de saída jurisdicional.

Em suma, não se encontra na decisão judicial denegatória da sua saída por um período de dias do estabelecimento prisional em que o condenado se encontra a cumprir reação criminal privativa da liberdade, cujo recurso é regulado pela norma questionada, afetação do bem jurídico essencial que é o direito à liberdade, em termos de fundar a imposição constitucional do direito ao recurso por parte do recluso.

17. O recorrente indicou no seu requerimento de interposição de recurso como violados, para além do artigo 32.º, n.º 1 da Constituição – que já vimos não ser aqui convocável – os princípios da igualdade, proporcionalidade, não discriminação e dos fins das penas. Em alegações, afirma a violação do disposto nos artigos 9.º, alíneas b) e d), 12.º, n.º 1, 13.º, n.ºs 1 e 2, 18.º, n.ºs 1 e 2 e, novamente, o 32.º, n.º 1, todos da Constituição, para além dos princípios da sociabilidade e “o dever de ajuda que incumbe ao Estado perante os seus cidadãos”, os quais, porém, não reconduz a qualquer preceito constitucional.

Importa considerar que a questão normativa colocada versa problema atinente ao direito ao recurso, cingindo-se ao plano adjetivo e, dentre este, aos meios de impugnação para o tribunal da relação conferidos ao recluso de decisões do juiz do Tribunal de Execução das Penas sobre licença de saída jurisdicional. Os princípios que orientam em geral toda a ação punitiva do Estado são, por certo, relevantes para a apreciação da questão normativa de constitucionalidade em apreço, enquanto opções político-criminais fundamentais (cfr. Acórdão n.º 698/2009), mas deles não resulta valor paramétrico preciso, suscetível por si só de fundar juízo de desconformidade com a Constituição da solução normativa contida no artigo 196.º, n.ºs 1 e 2 do CEP.

Por seu turno, as tarefas fundamentais do Estado, prescritas no artigo 9.º da Constituição, mormente a garantia dos direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelo princípio do Estado de direito democrático, constante da alínea b) do preceito, coincidem, no plano em que são convocados, com os concretos direitos, liberdades e garantias que se tenham por afetados e o princípio do Estado de direito democrático consagrado no artigo 2.º da Constituição. Por outro lado, a invocação do disposto na alínea d) do mesmo artigo 9.º, na parte em que consagra como tarefa fundamental do Estado a promoção da igualdade real dos portugueses, encontra conexão com a invocação de infração do princípio da igualdade, constante do artigo 13.º da Constituição, na ótica dos diferentes poderes dos sujeitos da relação jurídico-processual da execução das penas privativas da liberdade. O mesmo acontece, na perspetiva da proibição da discriminação compreendida no âmbito de proteção do preceito, com a paralela invocação do princípio da universalidade constante do artigo 12.º da Constituição, de acordo com o qual todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição.

Em todo o caso, a argumentação que conduz o recorrente à afirmação da violação de tais princípios constitucionais toma como boa premissa que vimos já não ser correta. O recluso não beneficia de um direito generalizado ao recurso, nem a norma questionada respeita a decisão judicial que comporte direta restrição do direito à liberdade, dela não resultando restrição jusfundamental relativamente à qual caiba apreciar a sua conformidade com o princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2 da Constituição).

Então, a análise a que resta proceder versa a conformidade da norma colocada a exame com o princípio da igualdade, constante do artigo 13.º da Constituição.

18. O princípio da igualdade, enquanto parâmetro constitucional capaz de limitar as ações do legislador, comporta reconhecidamente várias dimensões: proibição do arbítrio legislativo; proibição de discriminações negativas, não fundadas, entre os sujeitos; assim como eventual imposição de discriminações positivas, com projeções distintas tendo em conta as especificidades do âmbito material em causa. Da jurisprudência constitucional resulta que o princípio não proíbe em absoluto toda e qualquer diferenciação de tratamento, mas apenas as diferenciações (e a sua medida) materialmente infundadas, sem qualquer fundamento razoável ou sem qualquer justificação objetiva e racional. O recorrente invoca aqui a vertente da igualdade de armas, que a doutrina e a jurisprudência foram retirando do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e que ganha expressão no artigo 20.º, n.º 4, da Constituição, por via da densificação do princípio do processo equitativo (assim, Gomes Canotilho/Vital Moreira, vol. ob. cit., pp. 415-416).

Cabe assinalar que o princípio da igualdade de armas tem sido amiúde equacionado no âmbito criminal na sua relação com o artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, e a consagração do direito ao recurso como uma das garantias de defesa do arguido em processo penal. Assim aconteceu, tomando uma das decisões mais recentes, no Acórdão n.º 540/2012, em que se julgou inconstitucional norma do Código do Processo Penal que admitia o recurso de assistente de decisão absolutória proferida em recurso quando a decisão condenatória não permitia recurso do arguido, a partir do seguinte entendimento:

«O princípio da igualdade no âmbito do processo criminal tem de ser perspetivado em consonância com a específica natureza de um processo que assegura ao arguido todas as garantias de defesa, “podendo significar aí, não que os sujeitos do processo devam ter estatutos processuais absolutamente idênticos e paritários, simetricamente decalcados, mas essencialmente que o arguido poderá, por vezes, beneficiar de um estatuto fortemente «privilegiado», como forma de compensar uma presumida fragilidade ou maior debilidade relativamente à acusação, no confronto processual penal”. O que significa também que o arguido não deve ter menos direitos do que a acusação, mas não que não possa mais” (...).»

Não é esse, porém, o âmbito de aplicação da norma aqui em análise. Como se disse supra, não estamos perante relação jurídico-processual que tenha como sujeito o arguido e em que se possa considerar presente uma “radical desigualdade material de partida entre a acusação (normalmente apoiada no poder institucional do Estado) e a defesa” em que “só a compensação desta, mediante específicas garantias, [possa] atenuar essa desigualdade de armas” (cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, vol. ob. cit., p. 516).

19. A questão colocada versa uma desigualdade entre sujeitos do processo de execução de penas privativas da liberdade, apontando o recorrente diferença de tratamento no campo do direito ao recurso (cfr. supra, ponto 4, 38.ª e 39.ª). Diferenciação essa que, de facto, decorre da norma constante do CEP.

Com efeito, mostra-se inequívoco que o legislador do CEP conformou o sistema de recursos em termos díspares quanto ao Ministério Público e quanto ao recluso. Por regra, sempre que a decisão jurisdicional admite recurso – o que, de acordo com o disposto no artigo 235.º do CEP, carece de previsão legal expressa – o Ministério Público dispõe de legitimidade para o interpor, mas nem sempre ao recluso assiste idêntica faculdade. É o que acontece com a impugnação perante o Tribunal da Relação da decisão do juiz do Tribunal de Execução das Penas em matéria de saída jurisdicional, pois o Ministério Público pode recorrer da decisão em qualquer um dos seus sentidos possíveis – concessão, recusa ou revogação – enquanto o recluso apenas tem ao seu dispor a impugnação deste último sentido decisório.

Entende o recorrente que, podendo o Ministério Público recorrer em seu desfavor, ou seja, impugnar perante tribunal superior a decisão que lhe conceda a licença jurisdicional, está criada uma “desigualdade de direitos das partes”, na medida em que o recluso, pessoal e diretamente afetado, se encontra impedido de obter a reapreciação por tribunal superior da decisão judicial de sentido oposto, denegando-lhe a pretensão de saída.

Porém, toda essa argumentação enferma do vício de encarar os sujeitos e as relações intersubjetivas comportadas na dimensão adjetiva da execução das penas como “partes”, condição que, tal como em geral na relação processual no domínio criminal, não assenta à posição jurídica do Ministério Público

(ou à de qualquer outro sujeito) na fase de execução da reação criminal. Tem aqui inteira aplicação a asserção proferida por Figueiredo Dias: “De início até ao fim do processo a vocação do Ministério Público não é a de “parte”, mas a de entidade unicamente interessada na descoberta da verdade e na realização do direito” (Sobre os sujeitos..., cit, p. 31).

Por ser assim, Anabela Miranda Rodrigues considerou que a extensão do controlo jurisdicional a qualquer questão relativa à modelação da execução que possa contender com os direitos do recluso deveria ser acompanhada de uma “nova repartição de competências em que deveriam participar o Ministério Público e o juiz”, que poderia significar “por um lado, que deve ser o Ministério Público que compete, nomeadamente, visitar os estabelecimentos prisionais para audição dos reclusos, bem como decidir, por exemplo, da concessão de licenças de saída”, com possibilidade de impugnação pelo recluso das decisões negativas perante o Juiz de Execução das Penas, por entender que “[a] intervenção do Ministério Público não significa uma menor garantia dos direitos do recluso” (Novo Olhar..., cit., p. 138); no mesmo sentido, Da «afirmação de direitos» à «proteção de direitos» dos reclusos: a jurisdicionalização da execução da pena de prisão, *Direito e Justiça*, 2004, p. 191-192).

A posição jurídica do Ministério Público concretizada no Código de Execução das Penas não se afastou do modelo de intervenção como órgão de justiça encarregado de efetivar a harmonização prática entre os valores da liberdade e segurança consagrados na Constituição e de sustentar o princípio da legalidade, como fundamento do Estado (cfr. Cunha Rodrigues, *Sobre o Princípio da Igualdade de Armas*, RPCC, Ano I, Fasc. 1, p. 86), pese embora sem levar avante a repartição de competências sugerida pela Autora atrás referida. Ainda assim, afirma-se na Proposta de Lei n.º 252/X que o CEP opera “uma genérica revalorização e alargamento da intervenção do Ministério Público no controlo jurisdicional da execução de medidas privativas da liberdade”.

Nos termos do artigo 134.º do CEP, ao Ministério Público cabe acompanhar e verificar a legalidade da execução das penas e medidas privativas da liberdade, para o que dispõe de um conjunto de competências, elencadas no artigo 141.º, entre as quais funções alargadas de vigilância da legalidade das decisões dos serviços prisionais (al. b)) e as de recorrer das decisões do tribunal de execução das penas (al. c)).

A possibilidade de o Ministério Público recorrer amplamente de decisões em matéria de saída jurisdicional carece de ser compreendida neste contexto. Por um lado, o legislador configurou o sistema de recursos no domínio da execução das penas e medidas privativas de modo a reservar as vias de recurso para os Tribunais da Relação às decisões que, pelo seu grau de afetação, considerou merecedoras de reapreciação, de forma a racionalizar o âmbito de intervenção dos tribunais de recurso e evitar o respetivo congestionamento. Mas, por outro, no exercício da sua liberdade de conformação, o legislador optou por conferir apenas ao Ministério Público – vinculado por um poder-dever de promoção – legitimidade para suscitar o controle da legalidade das decisões negativas, agindo aí em benefício da pretensão do recluso, encontrando em tais poderes de intervenção adstritos a regras estritas um ponto de equilíbrio, capaz de, a um tempo, assegurar adequada tutela dos direitos dos reclusos e prevenir o afluxo excessivo de recursos em matéria de saídas jurisdicionais (cfr. *A Reinserção Social dos Reclusos. Um contributo para o Debate sobre a Reforma do Sistema Prisional*, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2003, pp. 285-292, denotando o elevado número de pedidos formulados e objeto de apreciação jurisdicional, ainda que no regime anterior ao CEP). Ou seja, entre a radical proibição do recurso das decisões judiciais que neguem ao recluso a pretensão de saída e a irrestrita possibilidade de impugnação por parte dos sujeitos da relação processual de execução quanto a tais decisões, o legislador escolheu uma via intermédia, reputada capaz de assegurar a reponderação das decisões negativas por tribunal distinto e superior nos casos em que tal se justifique: confiou essa iniciativa a órgão de justiça dotado de autonomia, constitucionalmente vinculado pelo princípio da legalidade (artigo 219.º, n.º 1, da Constituição), designadamente, face ao artigo 2.º do CEP, a promover a socialização do recluso durante a execução das penas privativas da liberdade.

Não se vê que, atendendo à natureza e alcance da decisão, que a norma do artigo 196.º, n.ºs 1 e 2 do CEP mereça censura face aos parâmetros de controlo do princípio da igualdade (artigo 13.º, n.º 1) ou à garantia do processo equitativo (artigo 20.º, n.º 4). A apontada diferenciação opera entre sujeitos que não se encontram em posições comparáveis e não se pode considerar desrazoável, nem

*desproporcionada, face às finalidades que persegue. Também não se vê que se opere na relação jurídica da execução da pena privativa da liberdade um desequilíbrio em desfavor do recluso e que se possa reconduzir à promoção da estabilização – e renovação – de decisão modeladora do iter de cumprimento da pena que o prejudique – para além do que decorre do sentido da condenação – ou que o simples reconhecimento do recurso ao Ministério Público (negando semelhante possibilidade ao recluso em caso simétrico) comprometa a sua pretensão – não o direito subjetivo – à ressocialização, assente no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da Constituição; cfr. Anabela Miranda Rodrigues, *A posição jurídica ...*, cit., pp. 82-83). O recluso preserva os instrumentos que lhe permitem exercer o contraditório e fazer valer a sua posição jurídica perante o Tribunal superior nos casos em que uma decisão positiva seja objeto de recurso interposto pelo Ministério Público.*

20. Cabe dizer que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, também invocada pelo recorrente, não oferece outras ponderações. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) vem entendendo que toda a privação da liberdade regularmente produzida, à luz artigo 5.º da Convenção, leva implícita uma certa restrição à vida privada e familiar do interessado, pelo que o controlo dos contactos dos reclusos com o mundo do exterior é admissível e não infringe em si mesmo a Convenção (*Messina c. Itália*, n.º 25498/94, 28 de setembro de 2000, §61; *Schemkamper c. França*, n.º 75833/01, de 18 de janeiro de 2006, §30, *Banaszkowski c. Polónia*, n.º 40950/12, 25 de março de 2014, §20). E, na espécie, pese a importância dos laços familiares e sociais, considera o TEDH que o direito do recluso de beneficiar de autorizações de saída não é garantido enquanto tal pela Convenção (*Marincola et Sesito c. Itália*, n.º 42662/98, de 29 de março de 1999, reafirmado em *Banaszkowski c. Polónia*), sem prejuízo de dever ser assegurada ao recluso a possibilidade de ver apreciada – de forma efetiva e mediante processo equitativo – a sua pretensão de saída por órgão judiciário independente e imparcial (*Boulois c. Luxemburgo (GC)*, n.º 37575/04, de 3 de abril de 2012). Garantia que, note-se, foi respeitada no caso vertente com a intervenção jurisdicional do juiz do Tribunal de Execução das Penas.

21. O recorrente qualifica de injusta a solução legislativa adotada. Todavia, a análise da questão normativa posta a exame não poderá ser efetuada com base em pressupostos de razoabilidade do sistema, ou da bondade da escolha do legislador democraticamente legitimado, tomada em exercício da ampla liberdade de conformação que a Constituição lhe confere quando à admissibilidade de um segundo grau de jurisdição em domínios que não relevem da afetação de direitos fundamentais.

O recorrente chama ainda à colação a distinta opção tomada pelo legislador espanhol, relativamente aos termos de saída penitenciários ordinários (artigo 47.2 da *Ley Orgánica General Penitenciaria*, n.º 1/1979, de 26 de setembro) em que, de facto, o recluso pode recorrer da decisão dos *Juzgados de Vigilancia Penitenciaria* sobre essa matéria. Não obstante, nessa escolha não se encontra implicada distinta consideração de quanto à não afetação do direito fundamental do condenado à liberdade pela recusa de saída penitenciária. Como aponta o Tribunal Constitucional de Espanha, chamado em sede de amparo, na denegação da permissão de saída não se encontra atingido o direito fundamental à liberdade, cuja restrição decorre da sentença condenatória, sendo de entender que tal medida não representa para o recluso “*el paso a una auténtica situación de libertad, sino tal sólo una medida de ‘preparación para la vida en libertad’*”, y, por lo tanto, su denegación tampoco puede ser interpretada propiamente como um empeoramiento del status libertatis del interno modificado por la condena privativa de libertad” (cfr. *STC 204/1999*, de 8 de novembro).

Não se verificando a violação dos parâmetros de controlo invocados pelo recorrente, ou de quais outras regras ou princípios constitucionais (artigo 79.º-C da LTC), cumpre concluir pela prolação de juízo de não inconstitucionalidade e pela improcedência do recurso.

[..]” (sublinhados acrescentados).

Esta decisão não foi, porém, tomada por unanimidade. Outra é a perspetiva que decorre da declaração de voto que lhe foi aposta pelo Juiz Conselheiro Pedro Machete, com o seguinte teor:

“[...]

Votei vencido quanto ao mérito da decisão, por duas ordens de razões autónomas, ainda que interligadas.

A) Em primeiro lugar, porque entendo que a licença de saída jurisdicional prevista nos artigos 76.º, n.º 2, e 79.º, ambos do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, aprovado pela Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro (adiante referido simplesmente como “CEP”), tem uma conexão tal com o bem jurídico liberdade, em especial com a liberdade física ou liberdade de movimentos, que a eventual ilegalidade (material) da sua recusa deve poder ser sindicada junto de um outro tribunal, conforme decorre do entendimento jurisprudencial firmado a partir do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 40/2008: o direito de acesso aos tribunais consignado no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição garante o direito à impugnação judicial de atos dos tribunais – o direito ao recurso – nos casos em que a respetiva atuação, por si mesma, e de forma direta, lesa direitos fundamentais de um cidadão, mesmo fora da área penal.

Para quem se encontra a cumprir uma pena de prisão, a liberdade, temporária mas não custodiada, inerente a uma saída de licença jurisdicional, não pode deixar de significar um bem de valor incomensurável, não só pela liberdade em si, como também pela relevância em termos de manutenção e promoção dos laços familiares e sociais (cfr. os artigos 76.º, n.º 2, e 79.º, n.º 5, ambos do CEP). O próprio acórdão reconhece no seu ponto 14 que, à semelhança do que sucede com a liberdade condicional, também “os dias passados no gozo da licença de saída jurisdicional [...], do ponto de vista do sujeito, [também comportam] o significado de que não passará confinado ou sob custódia por todo o tempo fixado na pena ditada pela sentença condenatória. Nesse sentido, há razões para dizer que ambas comportam um nexo com a privação da liberdade sofrida pelo recluso”. E, do ponto de vista jurídico-constitucional, nomeadamente tomando como referência os bens jurídicos fundamentais concretamente em causa, é esse o aspeto decisivo.

Sem questionar a relevância infraconstitucional e o acerto dogmático da distinção entre liberdade condicional e licença de saída jurisdicional, no plano constitucional avulta o aspeto comum a ambos os institutos de uma estreita conexão com o bem jurídico fundamental da liberdade. Na verdade, tal como “a decisão que nega a liberdade condicional, por ter como efeito a manutenção da privação da liberdade, tem uma indiscutível conexão com a restrição de direitos, liberdades e garantias, afetando um bem jurídico essencial que é o direito à liberdade, protegido no n.º 1 do artigo 27.º da Constituição” (assim, v. o Acórdão n.º 638/2006); também a eventual recusa ilegal (por vícios materiais) de licença de saída jurisdicional implica que alguém possa permanecer encarcerado em situações em que, de acordo com a lei, deveria estar em liberdade. Por ser assim, não me parece defensável a afirmação feita no ponto 16 do acórdão, segundo a qual “a decisão de não concessão da licença de saída, que aqui se discute, não atinge diretamente o direito à liberdade, pois a sua restrição resulta do título judiciário de execução insito na decisão condenatória transitada em julgado”. Ao invés, e como referido: o recluso a quem tenha sido recusada arbitrariamente, ou por desvio de poder (cfr., por exemplo, o artigo 77.º, n.º 3, do CEP) ou por erro sobre os pressupostos de facto uma licença de saída jurisdicional pode ter de permanecer encarcerado – e, portanto, privado da sua liberdade – numa situação em que, de acordo com a lei, e não obstante a condenação em pena de prisão efetiva, deveria estar fora do estabelecimento prisional. E tanto basta para comprovar que, em tal eventualidade, a privação da liberdade (já) não encontra o seu fundamento imediato na sentença condenatória.

Como justamente se refere no artigo 30.º, n.º 5, da Constituição, “os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução”. Ora, a licença de saída jurisdicional, à semelhança da liberdade condicional e de outras medidas aplicáveis no âmbito da execução da pena de prisão, constitui um «limite aos limites» próprios da execução da pena de prisão, para mais justificado pela ideia de ressocialização que a própria pena de prisão também serve (cfr. os artigos 2.º, n.º 1, e 76.º, n.º 2, do CEP). E tal «limite ao limite» traduz-se no reconhecimento, ainda que condicionado e temporário, de um «tempo de liberdade» que coexiste com o tempo de execução da pena de prisão (sendo inclusivamente aquele tempo computado neste último – cfr. o artigo 77.º, n.º 1, do CEP). Com efeito, o recluso que se encontre no gozo de licença de saída jurisdicional é um cidadão que, ressalvadas as restrições próprias e específicas

decorrentes do gozo de tal licença, é titular dos demais direitos fundamentais, como qualquer outro cidadão.

Acresce, reforçando a importância da lesividade da recusa de licença de saída jurisdicional, que o gozo prévio com êxito deste tipo de licença constitui o pressuposto da concessão de licenças (administrativas) de saída de curta duração e da colocação do recluso em regime aberto no exterior (cfr., respectivamente, o artigo 80.º, n.º 1, alínea b), e o artigo 14.º, n.º 4, ambos do CEP).

B) Em segundo lugar, considero que o princípio da dignidade da pessoa humana consignado no artigo 1.º da Constituição impõe o reconhecimento de todos como sujeitos e a consequente possibilidade de cada um, autonomamente, exigir o respeito das leis que diretamente visem (também) tutelar os respetivos interesses. Deste modo, a todo o interesse juridicamente protegido deve corresponder tutela adequada junto dos tribunais (cfr. o artigo 20.º, n.º 1, da Constituição – direito à tutela jurisdicional efetiva).

A concessão de licença de saída jurisdicional é necessariamente requerida pelo recluso (cfr. o artigo 189.º, n.º 1, do CEP) e visa a manutenção e promoção dos laços familiares e sociais e a preparação para a vida em liberdade (cfr. o artigo 76.º, n.º 2, do CEP). Por outro lado, a não concessão de tal licença é, em princípio, objeto de fundamentação (cfr. o artigo 77.º, n.º 2, do CEP). A pretensão dirigida à licença corresponde, por isso, inequivocamente, a um interesse legalmente protegido do recluso.

Num quadro legal em que só são recorríveis as decisões do tribunal de execução de penas nos casos expressamente previstos na lei (cfr. o artigo 235.º, n.º 1, do CEP), é significativo que o legislador tenha reconhecido a recorribilidade da decisão que recuse a licença de saída jurisdicional (cfr. o artigo 196.º, n.º 1, do CEP). A recorribilidade em apreço evidencia a importância de tal decisão para os interesses legalmente tutelados, ao mesmo tempo que garante a adequação da tutela jurisdicional neste domínio. Ou seja, ao admitir o recurso da decisão de recusa de concessão de licença de saída jurisdicional, é o próprio legislador que reconhece a insuficiência – e, portanto, a inadequação – da tutela conferida apenas pela decisão proferida pelo tribunal de execução de penas.

A mesma decisão de recusa é claramente proferida contra o recluso-requerente. Mas este, por força do artigo 196.º, n.º 2, do CEP, está impossibilitado de, por si próprio, agir na defesa dos seus interesses, vendo-se remetido para o Ministério Público que, depois, poderá – ou não – agir no interesse da lei protetora do interesse do recluso. Este reencaminhamento da tutela dos interesses do recluso-requerente para o Ministério Público constitui uma menorização do primeiro incompatível com a sua dignidade, enquanto sujeito de direitos fundamentais, que, por outro lado, não encontra justificação nas limitações próprias do respetivo estatuto (cfr. os artigos 1.º, 20.º, n.º 1, e 30.º, n.º 5, todos da Constituição).

Em suma: abstraindo ad argumentandum tantum das considerações sobre a lesividade específica da recusa de licença de saída jurisdicional mencionadas supra em A), poderia o legislador ter considerado adequada a tutela jurisdicional conferida neste domínio pela decisão do tribunal de execução de penas. Contudo, a partir do momento em que a lei prevê a possibilidade de recurso da decisão de recusa de licença de saída jurisdicional – e, desse modo, a insuficiência e inadequação da tutela jurisdicional conferida pela mesma decisão aos interesses em causa –, não é constitucionalmente admissível impedir o principal interessado de recorrer. Aliás, tal impedimento configura uma denegação do direito de tutela jurisdicional adequada dos seus interesses legalmente protegidos.

[...].”

Trata-se, aqui, de um diferente entendimento acerca do conjunto de casos em que pode estar em causa a liberdade dos reclusos ao ponto de reclamar um reforço de tutela jurisdicional no plano do direito ao recurso, mais alargado do que aquele que foi seguido pela maioria no Acórdão n.º 560/2014 (cujo juízo de não inconstitucionalidade foi retomado no Acórdão n.º 752/2014, fazendo notar, designadamente, que “a intervenção judicial na concessão da licença de saída do estabelecimento prisional representa já o acesso do recluso a um grau de jurisdição, ou seja, à tutela jurisdicional mínima que é coberta pelo n.º 1 do artigo 20.º da CRP. Não sendo a licença de saída um direito fundamental do recluso, mas apenas uma medida individual de reinserção social, o legislador não

está vinculado a garantir que decisão judicial que a conceda ou negue tenha que ser reapreciada por um tribunal de segunda instância. Se o legislador não sujeitar essa decisão a recurso, isso significa que um processo penitenciário jurisdicional, decidido em primeira instância por órgão dotado de independência e imparcialidade, constitui um meio bastante para garantir a legalidade da decisão que concede ou negue a licença de saída jurisdicional (cfr. artigo 203º da CRP)” e que “[o] processo de licença de saída jurisdicional, tal como está desenhado nos artigos 189.º a 193.º do CEPMPL, não é um processo destinado a prevenir ou a compor um conflito entre o recluso e a administração prisional, pois o interesse atuado no processo é um só: a socialização do recluso. A forma desse processo não corresponde ao modelo de um «processo de partes», em que o interesse do recluso se confronta com interesses contrapostos da administração penitenciária. Mesmo a defesa da sociedade, que é uma das finalidades da execução das penas (n.º 1 do artigo 2.º do CEPMPL)”, havendo *“fundamento razoável para diferenciar os poderes do Ministério Público dos poderes do recluso quanto à legitimidade para recorrer da decisão judicial que nega a licença de saída”*).

Esse diferente entendimento esteve, de algum modo, na base de uma recente inversão, na 1.ª Secção do Tribunal Constitucional, do sentido da jurisprudência relativamente a norma diversa, porém relacionada – pelo Acórdão n.º 764/2022, decidiu-se julgar inconstitucional a norma contida no artigo 235.º, n.º 1, do CEPMPL, na interpretação segundo a qual não é recorrível a decisão que indefere o pedido de concessão do período de adaptação à liberdade condicional, assim contrariando anteriores juízos de não inconstitucionalidade (cfr. Acórdãos n.ºs 150/2013 e 332/2016).

No Acórdão n.º 764/2022, após se fazer notar que o Acórdão n.º 332/2016 não foi tirado por unanimidade, foi reproduzida a declaração de voto aposta ao Acórdão n.º 560/2014, a que agora mesmo fizemos referência, aderindo-se ao seu sentido, podendo ainda ler-se o seguinte, nos fundamentos da decisão:

“[...]

2.3. Como refere Inês Horta Pinto (Repartição de funções entre administração e juiz e tutela jurisdicional efetiva na execução da pena de prisão, Coimbra, 2022, pp. 300/302), [...] quanto à adaptação à liberdade condicional:

“[...]

Na nossa perspectiva, os argumentos apresentados pelo Tribunal para legitimar a irrecorribilidade destas decisões (nomeadamente, o de que o direito ao recurso do artigo 32.º não é convocável porque, não obstante a maior jurisdicionalização do processo de execução das penas, não estamos perante um processo criminal; e o de que não há violação do artigo 20.º porque o recorrente teve acesso a um tribunal, uma vez que a decisão de que se pretendia interpor recurso era já uma decisão judicial), só por si, valeriam também para a liberdade condicional, o que implicaria uma decisão de constitucionalidade de sentido semelhante (ou seja, no sentido de também não ser contrária à Constituição a irrecorribilidade da não concessão da liberdade condicional). O que nos parece aqui relevar como parâmetro é o entendimento segundo o qual deve garantir-se o direito ao recurso das decisões, incluindo judiciais, que, por si mesmas, lesem diretamente direitos fundamentais (que constitui o argumento decisivo para o julgamento de inconstitucionalidade da irrecorribilidade das decisões negativas da liberdade condicional, no Acórdão n.º 638/2006). Assim, o que poderia justificar um diferente julgamento de constitucionalidade no caso da "adaptação à liberdade condicional" seria o facto de, nesta, não estar em causa (pelo menos não da mesma forma ou com a mesma intensidade) o direito à liberdade, já que, na "adaptação", em regime de permanência na habitação, a situação do condenado é ainda de privação da liberdade, embora sem os constrangimentos do estabelecimento prisional, enquanto na liberdade condicional há já fundamentalmente liberdade, embora com sujeição a condições. Conclusão que, no entanto, não deixa de ser discutível, pois, como se salienta no voto de vencido, o período de "adaptação à liberdade condicional", apesar de se cumprir ainda em privação da liberdade, configura já uma descompressão significativa dos direitos fundamentais em comparação com as restrições que resultam das "exigências próprias da execução" num estabelecimento prisional.

Além disso, parece-nos de ponderar o facto de a decisão de concessão da "adaptação à liberdade condicional" conter em si mesma a concessão da liberdade condicional: com efeito, a concessão da "adaptação", que depende da verificação dos mesmos requisitos materiais da concessão da liberdade condicional, representa uma antecipação desta concessão, ao passo que a recusa de concessão da adaptação implica para o recluso a necessidade de aguardar o momento temporal em que seja possível a apreciação da liberdade condicional, que pode então ser ou não ser concedida; ou seja, por a concessão da adaptação levar consigo a concessão da liberdade condicional (sem prejuízo de uma eventual revogação se houver, entretanto, incumprimento dos deveres inerentes), a sua recusa implica não só o adiamento, mas também a incerteza quanto ao "se" da concessão da liberdade condicional, argumento que, a nosso ver, poderá pesar a favor da mesma exigência constitucional de recorribilidade.

[...]" (pp. 306/307, sublinhados acrescentados; retomando apreciação crítica, v., ainda, p. 531).

Não obstante o vertido na jurisprudência anterior deste Tribunal, é este o sentido que se entende mais conforme à Constituição, ainda que guiado "apenas" pelo seu artigo 20.º. Efetivamente, a transformação da situação do recluso é de tal forma significativa, na sua aproximação à liberdade (ainda que se trate de mera aproximação), que se projeta, necessariamente, não apenas na dimensão objetiva das ações que lhe são permitidas ou vedadas, mas na própria dimensão interior e subjetiva, enquanto percepção de si enquanto pessoa "mais livre" ou "quase livre", uma modificação substancial com suficiente afinidade com a total ou "verdadeira" liberdade que justifica a imposição do recurso, não perdendo de vista que "[...] independentemente da posição que se tome relativamente a estar ou não em causa o direito à liberdade – a sua concessão se traduz numa saída do meio prisional, com a consequente 'libertação' da pesada carga de limitações inerentes às 'exigências próprias da execução' e ainda porque se trata de decisão que contém a concessão (antecipada) da própria liberdade condicional" (ibidem, p. 754, sublinhado acrescentado), ainda que esta última careça de um novo ato decisório.

Estas as razões – a que se associam, na mesma linha, as que constam das declarações de voto apostas aos Acórdãos n.ºs 560/2014 e 332/2016 – pelas quais se impõe um juízo de inconstitucionalidade da norma sub judice.

[...]".

2.3. Exposta a jurisprudência constitucional relevante, há, pois, que tomar posição quanto à prevalência das razões (ou parte delas) afirmadas nos Acórdãos n.ºs 560/2014 e 752/2014 ou das que fundaram a declaração de voto aposta ao primeiro, não sem antes sublinhar que, como refere Inês Horta Pinto (*Repartição de funções entre administração e juiz e tutela jurisdicional efetiva na execução da pena de prisão*, Coimbra, 2022, pp. 300/302), “[...] as garantias de defesa do artigo 32.º não são aplicáveis às questões da execução da pena (a não ser naquilo que ainda possa reconduzir-se à interpretação e execução da própria sentença penal). Em abono desta posição, convoca-se a distinção, acima estabelecida, entre execução (da sentença) e cumprimento (da pena). [...] [N]o que seja cumprimento da pena, isto é, no que recaia no âmbito do direito penitenciário, não está já em causa a dialética entre acusação e defesa pressuposta no artigo 32.º, nem a concordância prática entre as várias finalidades do processo penal; o que está em causa é, agora, a satisfação das finalidades próprias da execução da pena, previstas no artigo 42.º do Código Penal e no artigo 2.º do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. [...] Afastada a aplicabilidade do artigo 32.º, o parâmetro constitucionalmente relevante para a conformação do direito ao recurso de decisões judiciais proferidas em matéria de execução de penas deve ser o artigo 20.º, com o alcance que lhe vem sendo dado pela doutrina e pela jurisprudência, ou seja, abrangendo o direito ao recurso de decisões judiciais que, por si mesmas e diretamente, afetem direitos fundamentais”.

2.3.1. O recluso que impulsionou o recurso que deu origem ao Acórdão n.º 560/2014 apresentou queixa no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). O TEDH não acolheu a sua pretensão – cfr. acórdão de 18/10/2022, caso *José Miguel Fischer Rodrigues Cruz da Costa c. Portugal* –, mas baseou a decisão, essencialmente, na circunstância de o Tribunal Constitucional português não ter

reconhecido, nos Acórdãos n.ºs 560/2014 e 752/2014, a existência de um direito ao recurso, deixando antever que a decisão poderia ser outra no caso de o mesmo ter sido reconhecido: “[note]-se, por outro lado, que num acórdão (n.º 752/2014) de 12 de novembro de 2014 proferido num processo distinto do do recorrente, o Tribunal Constitucional considerou que a licença penal não era um direito reconhecido aos reclusos. Salientou também que as decisões da TEP que lhe dizem respeito tinham um caráter discricionário, reiterando assim as apreciações que fez no seu acórdão n.º 560/2014 relativo ao presente caso [...]. Tendo em conta o que precede, o Tribunal de Justiça considera que o recorrente não podia alegar, de forma defensável, ser titular de um «direito» reconhecido na ordem jurídica interna. Acolhe, portanto, a exceção suscitada pelo Governo e conclui pela inaplicabilidade do artigo 6.º da Convenção no caso em apreço (cfr. Boulois, já referido, § 104, e Jaurietta Ortigala c. Espanha (dec.), n.º 24931/07, 22 de janeiro de 2013)” (§§13 e 14; assim também, mais recentemente, o acórdão de 30/05/2023, caso *Jorge Manuel Frutuoso da Costa c. Portugal*, §§7/8). No acórdão de 18/10/2005, caso *Schemkamper c. França*, o TEDH havia concluído que a omissão de previsão de um direito ao recurso da decisão denegatória da licença de saída fazia o Estado requerido incorrer em violação do artigo 13.º da Convenção [§44; embora, no acórdão de 03/04/2012, da Grande Chambre, caso *Boulois c. Luxemburgo*, tenha entendido que essa omissão não importa violação do artigo 6.º da Convenção (vertente civil), §§95/105, assim também o acórdão de 22/01/2013, caso *Jacinto Jaurrieta Ortigala c. Espanha*, §§40/42].

Os acórdãos do TEDH de 18/10/2022, caso *José Miguel Fischer Rodrigues Cruz da Costa c. Portugal*, e de 30/05/2023, caso *Jorge Manuel Frutuoso da Costa c. Portugal*, não afastam a possibilidade de reconhecimento, no ordenamento interno, à luz da Constituição, de um direito ao recurso da decisão que nega a licença de saída jurisdicional, admitindo aquele tribunal que o reconhecimento pode ter consequências relevantes no âmbito da aplicação da própria Convenção. Assim, reconhecê-lo não contraria a jurisprudência do TEDH e, de todo o modo, nada impediria que a proteção constitucional nacional fosse mais intensa do que aquela que decorre da Convenção.

2.3.2. Rigorosamente, a posição adotada no Acórdão n.º 764/2022 *não implica*, só por si, que o mesmo juízo de censura jurídico-constitucional seja replicado relativamente à norma atual, vistas as diferenças entre os regimes da liberdade condicional e da licença de saída jurisdicional, que os Acórdãos n.ºs 560/2014 e 752/2014 explicitaram com grande profundidade. Tais diferenças não podem, todavia, justificar um apagamento das necessidades de tutela nos casos de licença de saída jurisdicional, ou seja, *a circunstância de a liberdade condicional e a adaptação à liberdade condicional interferirem mais intensamente com o direito à liberdade não significa que a menor interferência verificada no caso da licença de saída jurisdicional não merece certo grau de tutela*. Haverá, designadamente, que ponderar que, como sublinha Inês Horta Pinto (ob. cit., pp. 309/310):

“[...]”

A solução legislativa [do artigo 196.º do CEPMPL] é, todavia, questionável, do ponto de vista da tutela jurisdicional efetiva, na medida em que, ainda que não se trate de decisão que atinja diretamente o direito à liberdade, pelas razões aduzidas pelo Tribunal, não deixa de se refletir negativamente, sob vários prismas, na esfera do condenado: primeiramente, pelo próprio não gozo da saída (já que esta, embora sendo um instituto funcionalizado ao processo de socialização, representa para o indivíduo uma lufada de liberdade e um contacto com a família livre das restrições prisionais); depois, por a concessão de licença de saída jurisdicional constituir pressuposto para a aplicação de outros regimes favoráveis ao recluso, como é o caso das licenças de saída administrativas de curta duração ou do regime aberto no exterior.

Com efeito, não pode deixar-se de reconhecer que o recluso tem um interesse juridicamente protegido na concessão da licença (compete-lhe até, em exclusivo, a iniciativa de a requerer) e que uma

recusa ilegal – seja por vícios materiais, como o desvio de poder (a lei proíbe, por exemplo, que a recusa de saída funcione como medida disciplinar – artigo 77.º, n.º 3, do CEP), o erro sobre os pressupostos de facto ou a violação de princípios constitucionais, seja por vícios formais, como a falta ou deficiência de fundamentação – é lesiva desse interesse, pelo que o recluso deve poder aceder a um tribunal para obter tutela. Existe, aliás, jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que aponta no sentido da exigência da possibilidade de impugnar uma decisão que negue um pedido de saída, quando este estiver relacionado com o exercício de algum direito da Convenção.

[...]” (sublinhado acrescentado).

Trata-se de argumentos persuasivos. Não é aceitável, à luz do direito constitucional à tutela jurisdicional efetiva consagrado no artigo 20.º da Constituição, que uma decisão que interfere diretamente com a (possibilidade de) liberdade do recluso (entendida essa interferência com a latitude decorrente da declaração de voto aposta ao Acórdão n.º 560/2014, cujas razões aqui se dão por reproduzidas e se acolhem, designadamente ao salientar que “[...] *para quem se encontra a cumprir uma pena de prisão, a liberdade, temporária mas não custodiada, inerente a uma saída de licença jurisdicional, não pode deixar de significar um bem de valor incomensurável, não só pela liberdade em si, como também pela relevância em termos de manutenção e promoção dos laços familiares e sociais*” – cfr. item 2.2., *supra* – e embora não tanto como as que se relacionam com a liberdade condicional), dependente de pressupostos objetivos que um tribunal superior pode controlar, conheça apenas um grau de jurisdição por impulso do recluso, menos ainda quando a lei prevê o acesso a um segundo grau de jurisdição pelo Ministério Público, que, embora esteja vinculado a critérios de legalidade, não é o *principal afetado* pela decisão que nega a concessão da licença.

Se estas razões militariam já a favor do reconhecimento do direito ao recurso, em um grau, *de qualquer decisão* que indefira liminarmente o pedido de concessão de licença de saída jurisdicional, a conclusão sai reforçada nas hipóteses de decisões *com fundamento na verificação de que a situação jurídico-penal do recluso não se encontra estabilizada*. Considerando que a concessão da licença depende dos requisitos previstos no artigo 78.º, n.º 1, do CEPMPL (fundada expectativa de que o recluso se comportará de modo socialmente responsável, sem cometer crimes; compatibilidade da saída com a defesa da ordem e da paz social; e fundada expectativa de que o recluso não se subtrairá à execução da pena ou medida privativa da liberdade), sendo ponderadas as circunstâncias indicadas no n.º 2 do mesmo artigo (a evolução da execução da pena ou medida privativa da liberdade; as necessidades de proteção da vítima; o ambiente social ou familiar em que o recluso se vai integrar; as circunstâncias do caso; e os antecedentes conhecidos da vida do recluso), entende-se que a falta de estabilização da situação jurídico-penal do recluso – situação que pode perdurar durante um período significativo – não implica, *sempre e só por si*, a impossibilidade de apreciação das condições legalmente previstas. Poderá projetar-se nelas com maior ou menos intensidade, poderá até inviabilizá-las, mas trata-se de um juízo casuístico, a ponderar perante as incidências concretas, e não de forma a transformar a falta de estabilização da situação jurídico-penal do recluso numa cláusula geral de indeferimento (ainda que sob as vestes de a decisão de “ficar a aguardar” sem prazo) que a lei não previu, no que substancialmente se aproxima de uma *abstenção de decisão*, gerando uma situação de desproteção do recluso especialmente carecida de tutela por via de recurso.

Razões que apontam, enfim, para a inconstitucionalidade da norma *sub judice*, solução que, de resto, é a mais coerente com o lugar paralelo do Acórdão n.º 764/2022, atentos os seus fundamentos.

2.4. Justifica-se, pois, um juízo de censura jurídico-constitucional da norma contida nos artigos 196.º, n.º 2, e 235.º, n.º 1, do CEPMPL, interpretados no sentido

da irrecorribilidade do despacho que indefira liminarmente o pedido de concessão de licença de saída jurisdicional com fundamento na verificação de que a situação jurídico-penal do recluso não se encontra estabilizada, com a consequente procedência do recurso, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal da Relação de Évora, para reforma da decisão recorrida em conformidade com tal juízo (artigo 80.º, n.º 2, da LTC).

III – Decisão

3. Em face do exposto, decide-se:

a) julgar inconstitucional a norma contida nos artigos 196.º, n.º 2, e 235.º, n.º 1, do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, interpretados no sentido da irrecorribilidade do despacho que indefira liminarmente o pedido de concessão de licença de saída jurisdicional com fundamento na verificação de que a situação jurídico-penal do recluso não se encontra estabilizada; e, consequentemente,

b) conceder provimento ao recurso, determinando-se a reforma da decisão recorrida em conformidade com o presente juízo de inconstitucionalidade.

3.1. Sem custas (artigos 84.º, n.º 2, da LTC e 4.º, n.º 1, alínea *a*), do Regulamento das Custas Processuais, aplicável *ex vi* do disposto no artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 303/98, de 7 de outubro).

Lisboa, 10 de outubro de 2023 - *José Teles Pereira* - *Rui Guerra da Fonseca* - *Maria Benedita Urbano* (de acordo com declaração junta) - *Gonçalo Almeida Ribeiro* (Vencido. Acompanho a posição firmada nos Acórdãos n.ºs 560/2014 752/2014) - *José João Abrantes*

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei vencida, aderindo, no essencial, aos argumentos expendidos nos Acórdãos n.ºs 560/2014 e 752/2014.

Maria Benedita Urbano

