

**A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de
eventuais *violações do princípio jurídico-
constitucional da legalidade criminal.*
Uma análise doutrinal e jurisprudencial. (*)**

Inês Oliveira Madeira

(*) Relatório Final para a unidade curricular de Direito Penal, lecionada no Mestrado em Direito (especialização em Ciências Jurídico-Criminais), a cargo da Professora Doutora Maria João Antunes.

**A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do
princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal**

Inês Oliveira Madeira

Abreviaturas

CP – Código Penal (Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de março)

CRP- Constituição da República Portuguesa (Decreto de 10 de abril de 1976)

*LOFPTC – Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal
Constitucional (Lei nº 28/82, de 15 de novembro)*

TC- Tribunal Constitucional

I. Introdução

O *princípio da legalidade criminal*, enquanto princípio jurídico-constitucional, é um dos mais importantes princípios no âmbito do Direito Penal. Não é um qualquer princípio constitucional, sendo um verdadeiro direito, liberdade e garantia dos cidadãos, como nos aponta a sua inserção sistemática (Título II – Direitos, Liberdades e Garantias –, Capítulo I – Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais – da Constituição da República Portuguesa).

Partindo deste princípio, propomo-nos a visitar a jurisprudência constitucional no que toca a recursos que tenham por objeto eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade penal. Se seria de esperar que o Tribunal Constitucional tivesse uma jurisprudência uniforme relativamente a esta questão, não é isso que acontece. Como será visto e explicado, este Tribunal apresentou divergências substanciais, até há relativamente poucos anos, no que toca à utilização deste princípio enquanto parâmetro de controlo da constitucionalidade de normas penais. E é nesta divergência que se centra o estudo que nos propomos a concretizar: *em que situações é que o Tribunal Constitucional se recusa a conhecer do objeto do recurso quando o seu fundamento é uma eventual violação do princípio da legalidade criminal?*

Não se querendo antecipar a resposta àquela questão, iremos tratar uma abrangente temática, dentro do princípio da legalidade criminal: a *proibição da analogia em Direito Penal*. Depois de uma breve contextualização daquela, indicaremos algumas decisões deste Tribunal, acompanhando também a doutrina nacional.

Parece-nos aqui conveniente fazer uma breve alusão aos *poderes de cognição do Tribunal Constitucional no âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade*, isto porque o ponto de partida para a apreciação do nosso problema são os recursos interpostos para o Tribunal Constitucional ao abrigo

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

dos artigos 280º da CRP e 70º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

O sistema português de controlo concreto da constitucionalidade é um sistema combinado ou misto: combina o controlo concentrado de normas (modelo austríaco, que já é hoje dominante no direito constitucional comparado europeu) com a fiscalização difusa (modelo americano)¹. Assim, para o que aqui releva, o nosso regime de fiscalização concreta é um regime de *controlo normativo*, ou seja, o que o Tribunal Constitucional fiscaliza é a (in)constitucionalidade de normas².

Ao contrário dos ordenamentos jurídicos espanhol e alemão – que consagram, respetivamente, o *recurso de amparo*³ e a *queixa constitucional* (*Verfassungsbeschwerde*) –, o Tribunal Constitucional português *não fiscaliza a constitucionalidade de decisões judiciais*, isto é, não *sindica sub species constitutionis* a concreta “aplicação” do Direito feita pelos tribunais, no sentido de se imputar ao ato de “aplicação” judicial a violação dos parâmetros jurídico-constitucionais⁴.

¹ Num sistema com estas características, decorre do artigo 204º da CRP que todos os tribunais são órgãos da justiça constitucional, não podendo aplicar, nos feitos submetidos a julgamento, normas que infrinjam o disposto na CRP ou os princípios nela consignados. Cf. MARIA JOÃO ANTUNES, “A problemática penal e o Tribunal Constitucional”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume I – Responsabilidade: entre Passado e Futuro, Coimbra Editora, 2012, p. 100; e, JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, *A jurisdição constitucional em Portugal*, Almedina, 3ª edição revista e atualizada, 2019, p. 44.

² Assim o confirmam diversos acórdãos do TC, por exemplo, o Acórdão nº 26/85 ou o Acórdão nº 196/03 (sendo que aquele primeiro explicita o *conceito funcional e formal de “norma”* para efeitos de controlo de constitucionalidade); e, claro, confirmam-no também o artigo 280º da CRP e o artigo 70º da LOFPTC. Cf. CARLOS LOPES DO REGO, “O objeto idóneo dos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade: as *interpretações normativas* sindicáveis pelo Tribunal Constitucional”, in *Jurisprudência Constitucional*, nº 3, jul.-set. 2004, AATRIO, pp. 4-7; e, *Os recursos de fiscalização concreta na lei e na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 26.

Acerca da diferença entre objeto do recurso “processual” – a decisão judicial do tribunal *a quo* – e “material” – a norma aplicada na decisão judicial sobre a qual se questiona a constitucionalidade –, cf. JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, *op. cit.*, nota 1, pp. 81 e 82.

³ JORGE REIS NOVAIS defende a consagração do recurso de amparo no ordenamento jurídico-constitucional português. Cf. “Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)”, in *Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, 2006, pp. 155-187.

⁴ Este entendimento tem sido por várias vezes reconhecido pelo TC em jurisprudência constante e uniforme. Por exemplo, no Acórdão nº 199/88, reiterou-se que só cumpre a este Tribunal

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

É necessário advertir que não está vedado ao recorrente que questione apenas um segmento da norma ou uma certa *dimensão normativa da norma*, correspondente a uma determinada interpretação ou sentido com que a norma foi tomada no caso concreto e aplicada na decisão do tribunal a quo, cabendo ao Tribunal Constitucional sindicar a constitucionalidade do critério normativo que constitui a *ratio decidendi* da decisão recorrida⁵. CARDOSO DA COSTA considera que é aqui que inevitavelmente se esbate “a fronteira entre a «norma» e a «decisão»”⁶.

Iniciemos.

II. A proibição da analogia em Direito Penal enquanto corolário do princípio da legalidade criminal

A **proibição da analogia**, como um dos corolários do princípio da legalidade criminal, traduz-se no brocado *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*.

Analogia legis consiste na “aplicação de uma regra jurídica a um caso concreto não regulado pela lei através de um argumento de semelhança substancial com os casos regulados”⁷. Sendo amplamente permitida noutros

proceder ao controle da constitucionalidade de normas e não de decisões judiciais, exigindo-se que ao se suscitar uma questão de inconstitucionalidade se tenha de deixar claro qual o preceito legal cuja legitimidade constitucional se questiona ou, no caso de se questionar certa interpretação dada a uma norma, qual o sentido ou a dimensão normativa do preceito que se tem por violador da CRP (também assim os Acórdãos n.ºs 618/98, 74/02 e 361/04). Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA/ JOÃO PEDRO RODRIGUES, “Da (in)competência do Tribunal Constitucional para apreciar eventuais violações do princípio da legalidade criminal: breve reposicionamento crítico em sede metodológica”, in *Ars Iudicandi - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Volume III, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Stvdia Iuridica* 92, *Ad Honorem* – 3, 2008, pp. 90 e 91; e, também, CARLOS LOPES DO REGO, “O objeto idóneo (...)”, p. 4.

⁵ Neste sentido, vários acórdãos da jurisprudência constitucional: por exemplo, os Acórdãos n.ºs 150/86, 69/87, 361/92, 238/94, 367/94, 28/02, 361/04; assim como a declaração de voto do Conselheiro PAULO MOTA PINTO, no Acórdão n.º 196/03. Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA/JOÃO PEDRO RODRIGUES, *ibidem*, pp. 91 e 92; JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, *op. cit.*, nota 1, pp. 82 e 83; e, CARLOS LOPES DO REGO, “O objeto idóneo (...)”, p. 7.

⁶ *Ibidem*, p. 83.

⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, Gestlegal, 3ª edição, Coimbra, 2019, § 18, p. 220.

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

ramos do Direito, a analogia é *proibida no Direito Penal*, por força do princípio da legalidade, quando funcione *contra* o agente e vise servir de fundamentação ou de agravação da sua responsabilidade penal⁸. O A. entende que isto já resultaria dos artigos 29º/1 da CRP e 1º/1 do CP, no entanto, está dito *expressis verbis* no artigo 1º/3 do CP (“não é permitido o recurso à analogia para qualificar um facto como crime, definir um estado de perigosidade ou determinar a pena ou medida de segurança que lhes corresponde”).

Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, “esquecimentos, lacunas, deficiências de regulamentação ou de redação funcionam por isso sempre contra o legislador e a favor da liberdade, por mais evidente que se revele ter sido intenção daquele (ou constituir finalidade da norma) abranger na punibilidade também certos (outros) comportamentos”⁹.

Admitindo que a proibição da analogia pressupõe a resolução do problema dos limites da interpretação admissível em Direito Penal, cumpre primeiramente referir que hoje está totalmente afastada a concepção iluminista de que o princípio da separação de poderes levaria logo à proibição de qualquer tipo de interpretação jurídica (pensamento perfilhado por autores como MONTESQUIEU e BECCARIA). Aceitamos agora, então, que a maioria dos conceitos utilizados na lei são suscetíveis de interpretação (tanto os conceitos normativos como os conceitos descritivos)¹⁰.

Assim, FIGUEIREDO DIAS, cuja orientação seguimos de perto, formula a seguinte questão: *o que é que pertence à interpretação permitida e o que é que pertence já à analogia proibida em Direito Penal?* O A. começa por referir que o “**critério de distinção** teleológica e funcionalmente imposto pelo fundamento e pelo conteúdo de sentido do princípio da legalidade” é o seguinte: o legislador penal é obrigado a exprimir-se através de palavras, no entanto as palavras nem

⁸ Para mais desenvolvimentos acerca do âmbito da proibição da analogia, cf. *id. ibid.*, pp. 226 e 227.

⁹ É a partir desta constatação que se torna célebre a afirmação de LISZT de que a lei penal é a “magna Charta do criminoso”. Cf. *ibidem*, § 6, p. 213.

¹⁰ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *ibidem*, § 19, pp. 220 e 221.

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

sempre possuem somente um sentido, sendo na maioria das vezes polissémicas¹¹. Assim, continua o A., o texto legal requer interpretação (primando-se aqui a teleologia legal, de concretização, complementação ou desenvolvimento judicial), “oferecendo as *palavras* que o compõem, segundo o seu *sentido comum e literal*, um *quadro* (e portanto uma *pluralidade*) de significações dentro do qual o aplicador da lei se pode mover e pode optar sem ultrapassar os limites legítimos da interpretação”¹².

Das afirmações de FIGUEIREDO DIAS retiramos o seguinte: dentro do quadro que nos é oferecido pela letra da lei, o juiz está no âmbito da interpretação permitida; fora desse quadro, o juiz transpõe já para o âmbito da analogia proibida. Mais uma vez, nas palavras do A., este quadro é o “*limite da interpretação admissível em direito penal*”¹³, entendimento reiterado pelo Supremo Tribunal de Justiça (Acórdão 1/2002, de 16 de outubro de 2002).

Em resposta a algumas críticas que são feitas aos penalistas neste âmbito (que veremos *infra*¹⁴), no sentido de terem uma visão tradicional e positivista, FIGUEIREDO DIAS, exemplarmente, diz que “fundar ou agravar a responsabilidade do agente em uma qualquer base que caia fora do quadro de significações possíveis das **palavras da lei** não limita o poder do Estado e não defende os direitos, liberdades e garantias das pessoas” e que “falta a um tal procedimento legitimação democrática e tem de lhe ser assacada violação do Estado de Direito”¹⁵.

Porém, surge agora outra questão: *dentro dos sentidos possíveis da letra da lei, quais são os que o juiz deve eleger como jurídico-penalmente demarcados?* Se o caso estiver dentro de um dos sentidos possíveis da letra da lei, nada há a somar ou a subtrair aos critérios gerais da interpretação jurídica. O que acontece

¹¹ Cf. *id. ibid.* § 20, p. 221.

¹² *Id. ibid.*

¹³ *Id. ibid.* Também, neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O princípio constitucional «*nullum crimen sine lege*» e a analogia no campo das causas de justificação”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 134, n.ºs 3924 e 3925, 2001, p. 70.

¹⁴ Cf. pp. 24 e 25.

¹⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *ibidem*, § 22, pp. 223.

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

é que há em toda a construção (particularmente na aplicação) do Direito Penal um momento inicial de mera subsunção formal, imposta pelo princípio da legalidade e pela função de garantia que dele decorre. Decorrido esse momento inicial (a operação lógico-jurídica da incriminação), toda a posterior construção e aplicação deixa de estar submetida aos critérios gerais da interpretação. Para FIGUEIREDO DIAS é determinante que a interpretação seja teleologicamente comandada (determinada à luz do fim da norma) e funcionalmente justificada (adequada à função que o conceito assume no sistema)¹⁶, assumindo que é inegável que o juiz está intimamente ligado aos juízos de valor, aos sentidos e às finalidades do legislador histórico; mas que é igualmente inegável que o juiz pode e deve ter em consideração novas realidades, descobertas, novos instrumentos e mesmo novas conceções que não poderiam ter estado no campo de representação do legislador histórico, desde que ao considerá-las não ultrapasse o teor da letra da lei e o seu campo de significações possíveis¹⁷.

III. A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio da legalidade criminal

Segundo MARIA JOÃO ANTUNES, a relevância constitucional da matéria penal provém, nomeadamente, do controlo de constitucionalidade feito pela jurisdição constitucional: a abordagem da Constituição enquanto limite e fundamento da intervenção penal tem de ser estendida ao controlo jurisdicional de constitucionalidade, a um controlo que será mais forte ou mais fraco conforme se identifiquem proibições ou imperativos constitucionais de

¹⁶ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, nota 7, § 22, pp. 222 e 223.

¹⁷ Cf. *id. ibid.*, § 23, p. 224. Cabe ainda referir que CASTANHEIRA NEVES considera que a proibição da analogia é um “erro legislativo”, exatamente por considerar que a analogia já não tem a ver com a lei, mas sim com a realização do direito (cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *O Princípio da Legalidade Criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático*, Separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* – “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia”, Coimbra, 1988, pp. 147 e 148). Por fim, acerca da distinção entre interpretação e analogia – que FIGUEIREDO DIAS sufragava, mas que autores como CASTANHEIRA NEVES (cf. *ibidem*, pp. 146 e 147), MAFALDA MIRANDA BARBOSA e JOÃO PEDRO RODRIGUES negam –, cf. FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, nota 7, § 24, p. 224.

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

criminalização, outros parâmetros de fiscalização além destes onde seja mais evidente a margem de conformação do legislador¹⁸.

Como será elucidado de seguida, existe na jurisprudência do Tribunal Constitucional divergência acerca do âmbito do princípio da legalidade criminal enquanto parâmetro de controlo da constitucionalidade de normas penais¹⁹. MARIA JOÃO ANTUNES vê esta problemática como uma questão “centrada no modo como o Tribunal Constitucional se relaciona com o legislador parlamentar, de um lado, e com os outros tribunais, por outro”²⁰.

Convém notar que o Tribunal Constitucional não se recusa de modo geral a conhecer de recursos que tenham por objeto eventuais violações do princípio da legalidade criminal²¹, recusa-se sim a conhecer alguns recursos que tenham por objeto eventuais violações de um dos seus corolários – a proibição da analogia – e veremos já de seguida o porquê. E existe esta divergência apesar de “toda a carga axiológico-normativa” que está subjacente ao princípio da legalidade criminal, sendo este princípio, não um qualquer princípio constitucional, mas uma verdadeira “garantia dos cidadãos” que, como já vimos *supra*, está “constitucionalmente positivada e incluída no catálogo dos direitos, liberdades e garantias”²². Assim focamos a nossa abordagem na proibição da analogia e da integração de lacunas em Direito Penal, temática sobre a qual o Tribunal Constitucional tem divergido quanto ao conhecimento dos recursos.

¹⁸ Cf. MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade*, Almedina, 1ª edição, 2019, p. 75.

¹⁹ Cf. MARIA JOÃO ANTUNES, *op. cit.*, nota 1, p. 111.

²⁰ *Id. ibid.*

²¹ Como nos informa MARIA JOÃO ANTUNES, a divergência a que nos referimos não está relacionada com todos os corolários do princípio da legalidade criminal, pois há certas temáticas que o TC conhece dos recursos sem qualquer divergência – refere-se ao controlo da exigência de reserva de lei e de tipicidade da norma penal, designadamente quando é questionada a (in)constitucionalidade de normas governamentais descriminalizadoras ou de normas penais em branco. Cf. *id. ibid.*

²² Cf. Acórdão do TC nº 183/2008; e, MARIA JOÃO ANTUNES, *op. cit.*, nota 1, p. 111, e, *op. cit.*, nota 14, p. 65.

1. A proibição da analogia em Direito Penal²³

A eventual violação da proibição da analogia, enquanto decorrência do princípio da legalidade criminal, é uma matéria sobre a qual o Tribunal Constitucional debateu durante muito tempo, sendo que a jurisprudência constitucional conheceu alguns recursos que tinham esta matéria como objeto, mas outros não. Sucintamente, a questão que pairava sobre o Tribunal Constitucional era: *pode ser objeto do controlo de constitucionalidade uma norma em relação à qual se invoque que a interpretação normativa do tribunal a quo não se deteve no sentido possível da letra da lei, ou seja, uma interpretação que terá violado a proibição de recurso à analogia?*²⁴

MARIA JOÃO ANTUNES oferece-nos dois exemplos paradigmáticos desta questão: um primeiro exemplo em que o tribunal *a quo* faz uma interpretação do artigo 119º/1 do CP de 1982, no sentido da declaração de contumácia ser uma causa de suspensão do procedimento criminal, sem que esta causa esteja expressamente prevista na norma (corresponde ao caso do Acórdão do TC nº 183/2008); e um segundo exemplo em que o tribunal *a quo* fez uma interpretação da expressão “como titular de um órgão de uma sociedade”, constante do artigo 6º do Regime Geral das Infrações Tributárias em matéria de atuação em nome de

²³ Antes de iniciarmos o percurso pela questão principal, gostaríamos de referir que a relação entre o Direito Penal e a proteção constitucional de direitos fundamentais se destaca, entre outras, por via da identificação jurisprudencial de proibições constitucionais de incriminação fundadas em direitos fundamentais. O Acórdão do TC nº 183/2008 (veremos *infra* qual a sua relevância) integra na esfera dos parâmetros de controlo da conformidade constitucional das normas penais o princípio da legalidade penal, resultando deste, como já antecipámos, a proibição de recurso à analogia. Deste acórdão retira-se a existência de uma *proibição constitucional de incriminação por recurso à analogia*, fundada no princípio jurídico-constitucional da legalidade penal – mais concretamente, no *direito fundamental à legalidade criminal* –, cuja violação é jurisdicionalmente controlável. Na doutrina nacional, FARIA COSTA é um dos autores que defende aquela proibição constitucional de incriminação (cf. “O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 141, nº 3974, 2012, p. 284). Na doutrina espanhola, também neste sentido, MARIA JOÃO ANTUNES aponta-nos VILLAVERDE MENÉNDEZ, “Principio de taxatividad. Una reflexión jurisprudencial”, in *La tutela multinível del principio de legalidad penal* (MERCEDES PÉREZ MANZANO/ JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ), Marcial Pons, 2016, pp. 86 e seguintes. Cf. MARIA JOÃO ANTUNES, *op. cit.*, nota 18, p. 65.

²⁴ Cf. MARIA JOÃO ANTUNES, *op. cit.*, nota 1, p. 112, e, *op. cit.*, nota 18, p. 81.

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

outrem, no sentido da expressão abranger também os administradores de facto (corresponde ao caso do Acórdão do TC nº 128/2010)²⁵.

Já vimos *supra* ser entendimento constante do Tribunal Constitucional poder ser objeto de recurso a totalidade de uma norma, em determinado segmento ou de acordo com determinada interpretação, desde que mediatizada pela decisão recorrida, não se tratando, nas palavras de MARIA JOÃO ANTUNES, de “negar carácter normativo àqueles critérios interpretativos, dotados da necessária abstração e suscetíveis de invocação e aplicação numa pluralidade de situações concretas e, por isso mesmo, controláveis do ponto de vista jurídico-constitucional à luz de um qualquer outro parâmetro”²⁶. Vimos também que o sistema português de controlo de constitucionalidade é estritamente normativo, por isso o nosso problema prende-se com *saber se, ao aceitar conhecer do objeto do recurso, o Tribunal está perante um controlo de constitucionalidade normativo, estando dentro das suas competências cognitivas, ou se está já a resvalar para um controlo de constitucionalidade da decisão judicial e, consequentemente, do processo de interpretação feito pelo tribunal a quo*²⁷.

1. Antes de iniciarmos o percurso pela doutrina nacional, será feita uma *exposição da divergência dentro da jurisprudência constitucional*. Como já foi sendo antecipado, o Tribunal Constitucional tomou duas posições durante vários anos: uma posição contra o conhecimento do recurso (que pareceu ser a posição maioritária até 2008); e uma posição a favor do conhecimento do recurso (que passou a ser a posição maioritariamente adotada a partir de 2008).

Iniciemos pela jurisprudência constitucional que se tem vindo a pronunciar *contra o conhecimento do recurso* que tenha como objeto uma eventual violação da proibição da analogia. Em geral, tendo por base um resumo exemplarmente elaborado por MAFALDA MIRANDA BARBOSA e JOÃO PEDRO

²⁵ Cf. *idem*, op. cit., nota 1, p. 112.

²⁶ *Id. ibid.*

²⁷ *Id. ibid.* pp. 112 e 113.

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

RODRIGUES²⁸, o Tribunal Constitucional defende aqui que, num recurso com um objeto desta índole, *o recorrente não estava a questionar o conteúdo da norma, estava sim a questionar se o juiz poderia ou não alcançar aquele conteúdo normativo através de um certo processo interpretativo*; e que conhecer estes recursos implicaria então o *conhecimento da (in)constitucionalidade da própria decisão judicial*, o que excederia os poderes cognitivos do Tribunal Constitucional. Mais, alega-se que este Tribunal passaria a controlar, em todos os casos, a interpretação judicial das normas penais, pois a qualquer interpretação tida como errónea pelos recorrentes poderia ser imputada a violação do princípio da legalidade criminal, por violação da proibição da analogia. Conclui esta jurisprudência no sentido de o Tribunal Constitucional, assim, se confrontar com a necessidade de sindicar toda a atividade interpretativa das leis a que inevitavelmente se dedicam os tribunais, pois seria sempre possível atacar uma norma, quando interpretada de forma a exceder o seu sentido natural, com base em violação do princípio da separação de poderes, porque mero produtor de criação judicial, em contradição com a vontade real do legislador; e, quando uma tal interpretação atingisse uma norma sobre matéria da competência reservada da Assembleia da República ainda se poderia detetar simultaneamente, nessa mesma ordem de ideias, a existência de uma inconstitucionalidade orgânica²⁹.

²⁸ Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA/ JOÃO PEDRO RODRIGUES, *op. cit.*, nota 4, pp. 104 e 105.

²⁹ Toda esta argumentação é retirada do Acórdão do TC nº 674/99, acórdão que gostaríamos de evidenciar e a que CARDOSO DA COSTA se refere como o *leading case* nesta questão, onde se fez também uma apreciação global da evolução da jurisprudência constitucional até à sua data. Sumariamente, neste acórdão os recorrentes começaram por argumentar que, à data, a incriminação da burla possuía como elemento típico essencial a “astúcia” e que, sendo este um conceito indeterminado, sem definição na lei, carecia de um esforço de interpretação jurídica para a definição dos respetivos contornos, sendo constitucionalmente inadmissível uma interpretação que ultrapassasse o campo semântico natural dos conceitos jurídicos, por ofensa ao princípio da legalidade penal (*in casu*, o tribunal a quo inclui a “reserva mental de incumprimento” no conceito de astúcia). Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA/ JOÃO PEDRO RODRIGUES, *op. cit.*, nota 4, pp. 93-95; RUI MEDEIROS, “A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada da constitucionalidade”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, 2004, p. 190; JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, *op. cit.*, nota 1, p. 83; e, CARLOS LOPES DO REGO, “O objeto idóneo (...)”, p. 11.

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

Neste sentido encontramos arestos como os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 353/86, 634/94, 221/95, 682/95, 756/95, 154/98, 674/99, 383/2000, 530/2000, 331/2003, 336/2003, 494/2003, 506/2004, 303/2005, 603/2005, 374/2019 e 27/2020³⁰. Pelas declarações de voto apostas a alguns acórdãos que tocam nesta questão, podemos concluir que o Conselheiro **JOSÉ CARDOSO DA COSTA** é contra o conhecimento pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações da proibição da analogia em Direito Penal, seguindo então esta jurisprudência³¹.

Vejamos agora a jurisprudência constitucional que se tem vindo a pronunciar *a favor do conhecimento do recurso* que tenha como objeto uma eventual violação da proibição da analogia. Tendo mais uma vez por base o exemplar resumo de **MAFALDA MIRANDA BARBOSA** e **JOÃO PEDRO RODRIGUES**³², em geral, esta jurisprudência defende que se está perante uma *verdadeira questão de constitucionalidade normativa*, não obstante resultar de o tribunal *a quo* ter atingido um resultado interpretativo eventualmente proibido, face às restrições interpretativas impostas pelo princípio da legalidade criminal. Mais se diz que não é um problema de subsunção do caso à norma, mas sim um problema de saber se o conteúdo normativo da norma que se apurou pelo processo interpretativo é ou não compatível com o princípio da legalidade penal – *o que se questiona é o resultado interpretativo e não o processo interpretativo em si mesmo*. O Tribunal Constitucional, para esta jurisprudência, não pode deixar de controlar dimensões normativas referidas pelo julgador a uma norma legal, ainda que resultantes de uma aplicação analógica, nas situações em que estejam constitucionalmente vedados certos modos de interpretação ou analogia, como é o caso do Direito Penal e dos artigos 29.º da CRP e 1.º do CP. Tudo se justificaria tendo em conta a ideia de que se estaria sempre perante o controlo do conteúdo de uma norma, quer se trate do preceito concretamente invocado do CP –

³⁰ Todos os acórdãos se encontram disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

³¹ Cf. Declarações de voto do Conselheiro **JOSÉ CARDOSO DA COSTA**, apostas aos Acórdãos do TC n.ºs 141/92, 634/94 e 756/95.

³² Cf. **MAFALDA MIRANDA BARBOSA/JOÃO PEDRO RODRIGUES**, *op. cit.*, nota 4, pp. 105 e 106.

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

situação em que se estaria perante o problema de um resultado interpretativo, por a aplicação analógica ser uma atividade interpretativa em sentido amplo –, quer se trate de uma norma não escrita que o juiz, através do processo de integração de lacunas por analogia, elaboraria no caso concreto.

Neste sentido encontramos arestos como os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 141/92³³, 494/2000, 363/2001, 412/2003, 421/2003, 462/2004, 336/2006, 183/2008, 128/2010, 428/2010, 186/2013, 324/2013, 587/2014, 659/2018, 90/2019³⁴, 556/2019 e 572/2019³⁵.

Também, a favor do conhecimento destes recursos, encontramos declarações de voto apostas aos acórdãos onde se decidiu não conhecer deles: por exemplo, as declarações de voto do Conselheiro **SOUSA E BRITO**, apostas aos Acórdãos n.ºs 674/99 (evidenciando que o resultado interpretativo pode ser autonomizado do processo interpretativo) e 205/99; e as declaração de voto da Conselheira **MARIA FERNANDA PALMA** e do Conselheiro **PAULO MOTA PINTO**, apostas ao Acórdão n.º 196/2003 (relativo ao princípio da legalidade tributária)³⁶. Destas duas últimas declarações de voto podemos retirar algo que nos parece de extrema relevância: a consideração do parâmetro constitucional invocado no caso concreto não é suscetível de fazer alterar o objeto da fiscalização, convertendo norma em decisão com base na invocação do critério constitucional de acordo com o qual, em sede de conhecimento do mérito do recurso, se há de aferir da bondade *ex constitutionis* da norma previamente delimitada³⁷.

³³ Com voto de vencido quanto ao conhecimento do Conselheiro **JOSÉ CARDOSO DA COSTA**.

³⁴ Com voto de vencida quanto ao conhecimento da Conselheira **MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS**.

³⁵ Todos os acórdãos se encontram disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

³⁶ Cf. **MAFALDA MIRANDA BARBOSA/ JOÃO PEDRO RODRIGUES**, *op. cit.*, nota 4, pp. 101-104. Também, neste sentido, as declarações de voto do Conselheiro **MÁRIO TORRES** e da Conselheira **MARIA DOS PRAZERES BELEZA** (cf. **RUI MEDEIROS**, “A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada da constitucionalidade”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, 2004, pp. 191 e 192).

³⁷ Nas palavras do Conselheiro **PAULO MOTA PINTO**, “o nosso sistema de controlo de constitucionalidade não conhece limitações segundo o parâmetro constitucional, mas, apenas, relativas ao seu objeto. Desde que se trate efetivamente de normas, ainda que apenas numa certa interpretação aplicada pelo tribunal recorrido, não pode excluir-se a sua apreciação por estar em causa o seu confronto com um específico fundamento dessa inconstitucionalidade”. Cf. Acórdão do TC n.º 196/2003 e *id. ibid.* p. 104.

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

Merece aqui ainda destaque, enquanto *ponto de viragem jurisprudencial*, o importantíssimo Acórdão do Tribunal Constitucional nº 183/2008, a que já nos referimos como um dos exemplos paradigmáticos da questão que nos ocupa³⁸. Neste aresto, o Tribunal Constitucional, em plenário e por maioria, conhecendo do objeto do recurso, declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade, por violação do artigo 29º/1 e 3 da CRP, da norma extraída das disposições conjugadas do artigo 119º/1/a) do CP e do artigo 336º/1 do Código de Processo Penal, ambos na sua redação originária, quando interpretada no sentido da declaração de contumácia ser uma causa de suspensão da prescrição do procedimento criminal³⁹.

No entender de MARIA JOÃO ANTUNES, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 374/2019 veio contrariar a jurisprudência anterior, que parece ser maioritariamente a favor do conhecimento destes recursos desde 2008⁴⁰; assim como contraria este entendimento a declaração de voto da Conselheira MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, aposta ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 90/2019.

Por fim, no que toca à jurisprudência constitucional, gostaríamos ainda de referir três acórdãos do Tribunal Constitucional, a que CARLOS LOPES DO REGO se refere como apresentando uma “solução *intermédia* ou de compromisso”⁴¹: Acórdãos do Tribunal Constitucional nºs 205/99, 285/99 e 122/2000⁴². O A. refere que o Tribunal Constitucional levou a cabo uma “delimitação adicional do problema”, tendo como idóneo o objeto do recurso quando a interpretação ampliativa dos conceitos legais surgisse reportada à aplicação e enunciação pelo recorrente de um critério interpretativo de índole

³⁸ Cf. *supra* p. 16.

³⁹ Cf. MARIA JOÃO ANTUNES, *op. cit.*, nota 18, pp. 81 e 82.

⁴⁰ Cf. *id. ibid.* p. 82, nota 188.

⁴¹ Cf. CARLOS LOPES DO REGO, “O objeto idóneo (...)”, p. 13.

⁴² Todos os acórdãos se encontram disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt. Cumpre dizer que outros autores colocam estes acórdãos enquanto arestos favoráveis ao conhecimento pelo TC destes recursos (cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA/ JOÃO PEDRO RODRIGUES, *op. cit.*, nota 4, pp. 98-100; e, JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, *op. cit.*, nota 1, p. 83).

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

genérica e formulado com elevada abstração (por isolado das circunstâncias específicas e particulares do caso concreto)⁴³. Por fim, informa-nos o A. que, nestes arestos, estava sob a mesa a fiscalização da constitucionalidade das normas respeitantes ao regime da prescrição do procedimento criminal, tendo o recorrente questionado precisamente a adoção jurisprudencial de um critério normativo, de carácter generalizante, expressamente assumido pelos tribunais inferiores como um critério criativo, inovador ou extensivo, com o objeto de ultrapassar a desarmonia legislativa entre o previsto na versão originária do CP (fundado na estrutura do processo penal português anterior à reforma de 1987) e a nova previsão da tramitação e das fases do processo penal português, já posteriores ao novo Código de Processo Penal de 1987.

2. No que diz respeito à *doutrina nacional*, a maioria parece inclinar-se para a admissibilidade do recurso com fundamento numa eventual violação da proibição da analogia em Direito Penal.

Autores como HELENA SUSANO, MARIA JOÃO ANTUNES, MARIA FERNANDA PALMA e RUI MEDEIROS são exemplos daquela maioria que defende a idoneidade do objeto destes recursos.

Iniciando a exposição por HELENA SUSANO, a A. defende que se trata de uma verdadeira questão de constitucionalidade normativa, cujo objeto é uma norma obtida através de um processo de interpretação extensiva e/ou analógico, violador de norma constitucional, norma esta que, com a interpretação feita pelo intérprete, é suscetível de ser aplicada noutros casos, caracterizando-se, assim, pela normatividade e heteronomia que a colocam no conceito funcional adotado pelo Tribunal Constitucional para efeitos de fiscalização da constitucionalidade⁴⁴. Mais acrescenta que compete a esta jurisdição fiscalizar as dimensões normativas de carácter pretensamente generalizante por referência a

⁴³ Cf. CARLOS LOPES DO REGO, “O objeto idóneo (...)”, p. 12.

⁴⁴ Cf. MARIA HELENA CABRAL SUSANO, “A inconstitucionalidade da decisão do limite à interpretação em Direito Penal”, in *Revista Julgar*, nº 21, 2013, Coimbra Editora, p. 73.

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

uma norma penal, quando elas surgem de processos constitucionalmente vedados ao julgador, o que é substancialmente distinto do erro na aplicação do Direito (da subsunção factual à norma)⁴⁵. Finaliza a sua posição, referindo que carece de sustentáculo alegar, para afastar o controlo desta jurisdição, a inexistência de recurso de amparo no nosso sistema português de fiscalização da constitucionalidade, por não ser a decisão do tribunal recorrido de *per se* que é fiscalizada pelo Tribunal Constitucional, mas sim a norma em que a mesma se baseou como *ratio decidendi*⁴⁶.

Por sua vez, MARIA JOÃO ANTUNES refere, sabiamente, que negar este controlo ao Tribunal Constitucional significa, na prática, “o alheamento da justiça constitucional perante a alegação da violação de uma tão importante garantia dos cidadãos”⁴⁷.

MARIA FERNANDA PALMA, começando por notar a divergência que pairou sobre o Tribunal Constitucional durante vários anos, confirma-nos que se afirmou, numa das secções daquele Tribunal, a posição segundo a qual a fiscalização da analogia proibida em matéria penal equivale ainda a uma fiscalização de normas e não apenas a uma fiscalização de decisões judiciais⁴⁸. Seguindo, a A. refere que a criação pelo julgador de uma norma do caso por analogia em Direito Penal equivale a uma “espécie de inconstitucionalidade orgânica atípica” (sendo este entendimento retirado do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 205/99) – esta inconstitucionalidade revela uma “apropriação pelo tribunal de uma função de criação de normas, em matéria penal, dada a própria reserva de competência legislativa na definição de crimes prevista na Constituição”⁴⁹. A A. remata a sua posição dizendo que seria uma lacuna grave

⁴⁵ Cf. *id. ibid.* pp. 73 e 74.

⁴⁶ Cf. *id. ibid.* p. 74.

⁴⁷ MARIA JOÃO ANTUNES, *op. cit.*, nota 1, p. 115, e, *op. cit.*, nota 18, p. 81. Confirma também a sua posição a declaração de voto que apôs ao Acórdão nº 128/2010 (onde a A. concorda com o conhecimento do recurso, mas discorda da decisão do TC no sentido da não inconstitucionalidade da interpretação).

⁴⁸ Cf. MARIA FERNANDA PALMA, “O legislador negativo e o intérprete da Constituição”, in *Anuario Ibero Americano de Justicia Constitucional*, nº 12, Madrid, 2008, pp. 323 e 324.

⁴⁹ Cf. *id. ibid.* p. 324.

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

do sistema de controlo de constitucionalidade normativa não abarcar, em sede de fiscalização concreta, uma importante parcela dos resultados normativos da interpretação das leis penais, produzidas pela analogia e o decisivo confronto desta interpretação com o mais estruturante princípio constitucional do Direito Penal, o princípio da legalidade criminal⁵⁰.

RUI MEDEIROS, no final da década de 90 do século passado, defendeu, na sua tese de doutoramento, que a questão que nos ocupa se prende com a fiscalização da constitucionalidade do ato de julgamento, sendo o conhecimento destes recursos “a solução mais consentânea com a lógica do recurso de amparo ou da queixa constitucional”⁵¹. A posição que aqui defendeu foi, entretanto, adotada pelo Acórdão do Tribunal Constitucional nº 674/99.

Todavia, mais tarde, o A. volta ao problema, apoiando-se na “riqueza do debate” feito pelos juízes do Palácio Ratton e pela doutrina nacional, e revê a sua posição⁵². O A., começando por referir que há alguns argumentos chamados à colação pelos defensores do não conhecimento pelo Tribunal Constitucional destes recursos que são “rebatíveis ou superáveis”, admite que a posição dominante na jurisprudência constitucional deveria ser repensada, por ser demasiado conceptualista, referindo ainda que é possível controlar o resultado interpretativo com independência relativamente ao processo de obtenção da decisão judicial⁵³. Defendeu então, nesta sua obra de 2004, que, no limite, existe uma lacuna no sistema português de fiscalização da constitucionalidade, devendo proceder-se à sua integração por aplicação da teleologia que subjaz à contraposição constitucional entre fiscalização de normas e controlo de meras decisões judiciais⁵⁴.

⁵⁰ Gostaríamos de referir outras palavras usadas pela A. para finalizar a sua tese: “se os tribunais não são a boca que pronuncia as palavras da lei, então terão de deter, no equilíbrio da separação de poderes, um controle das normas que emitem, através das suas decisões, tal como o próprio legislador”. Cf. *id. ibid.* p. 324.

⁵¹ RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade – Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, p. 341.

⁵² Cf. RUI MEDEIROS, *op. cit.*, nota 36, p. 193.

⁵³ Cf. *id. ibid.* pp. 193 e 194.

⁵⁴ Cf. *id. ibid.* p. 194.

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

CARLOS LOPES DO REGO surge-nos aqui com uma posição que gostaríamos de apelidar de *posição intermédia*. O A. começa por referir que, no plano metodológico, não encontra facilmente uma razão para não se atribuir natureza normativa à questão consubstanciada na contestação de um critério interpretativo, de carácter generalizante, explicitamente adotado pela decisão do tribunal *a quo* através da enunciação de um conteúdo interpretativo perfeitamente autonomizado e destacado das circunstâncias específicas e particulares do caso concreto e, logo, claramente distinto de um atividade puramente subsuntiva⁵⁵. Mais diz que o que lhe causa uma certa perplexidade é que a natureza normativa da questão apareça aliada ao concreto fundamento da inconstitucionalidade, subtraindo-se dos poderes de cognição deste Tribunal o confronto do critério normativo acolhido pela decisão recorrida com o princípio da legalidade⁵⁶. Para CARLOS LOPES DO REGO o argumento decisivo, aduzido pela jurisprudência constitucional que recusa o conhecimento dos recursos em apreço, funda-se na repartição de competências entre o Tribunal Constitucional e as restantes ordens jurisdicionais: diz o A. que “admitir-se que uma *norma*, extraída pelo julgador, mediante um processo interpretativo, *meramente implícito*, de um preceito normativo, deve, enquanto se prove o seu conteúdo inovador, de norma nova (...) ser objeto idóneo do controlo de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional acabaria este por *expropriar*, de forma radical, os tribunais que integram as restantes ordens jurisdicionais do seu poder (...) para *interpretar as normas de direito infraconstitucional*, passando *sempre* a competir ao Tribunal Constitucional a *última palavra* acerca da

⁵⁵ Especialmente quando tal critério normativo, explicitamente invocado e aplicado, se autoqualifica expressamente como interpretação atualista, criadora de uma inovatória norma jurisprudencial, cujo conteúdo excede manifestamente o sentido possível da letra da lei, em áreas onde vale o princípio da tipicidade. Cf. CARLOS LOPES DO REGO, “O objeto idóneo (...)”, p. 13.

⁵⁶ Sendo permitido ao Tribunal valorar o resultado interpretativo alcançado pela decisão recorrida através de um qualquer outro parâmetro de controlo de constitucionalidade, desde que diferente do princípio da legalidade. Cf. *id. ibid.* p. 13. PAULO MOTA PINTO e MARIA FERNANDA PALMA advertem também para esta situação, como vimos *supra*, p. 14.

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

interpretação correta e adequada de todas as normas de direito ordinário vigentes em áreas sujeitas ao princípio da legalidade”⁵⁷.

Reconhecendo que, para se saber se o sentido alcançado pelo tribunal *a quo* tem um mínimo de correspondência verbal na norma legal, o Tribunal Constitucional teria de fixar – enquanto verdadeira questão prejudicial à resolução da questão de constitucionalidade fundada na violação do princípio da legalidade criminal – qual o sentido preciso de tal norma, acabando por retirar totalmente a competência dos tribunais judiciais, no que diz respeito à interpretação do direito infraconstitucional; o A. entende que isto não se verifica nos casos em que o tribunal recorrido enunciou explicitamente e aplicou um critério interpretativo criativo ou extensivo – para fiscalizar tal critério, segundo o A., com fundamento no princípio da legalidade criminal, o Tribunal Constitucional já não precisa de proceder à fixação antecipada do sentido correto da norma⁵⁸. A *posição intermédia* está aqui: o Tribunal Constitucional pode fiscalizar interpretações normativas que violem alegadamente o princípio da legalidade criminal, desde que a decisão recorrida formule e autonomize o critério normativo generalizante (“por perfeitamente dissociado das específicas particularidades do caso concreto e da concreta subsunção realizada”⁵⁹), dispensando o Tribunal da questão prejudicial.

Por sua vez, MAFALDA MIRANDA BARBOSA e JOÃO PEDRO RODRIGUES, numa posição que se nos afigura minoritária, entendem que o Tribunal Constitucional não deve conhecer dos recursos com fundamento em eventuais

⁵⁷ CARLOS LOPES DO REGO, *ibidem*, p. 14. PAULO MOTA PINTO critica este argumento aduzido pelo A.: refere que este problema que temos em mãos se resolveria se nos desfizéssemos de um mecanismo de seleção de recursos, optando por uma seleção frontal e aberta, feita pelo próprio Tribunal Constitucional, de acordo com critérios de mérito (claramente conhecidos, gerais e abstratos e de fácil aplicação), dos recursos que se declara disponível para decidir. Assim, segundo PAULO MOTA PINTO, não haveria qualquer “expropriação” da competência dos demais tribunais para interpretação do direito ordinário (cf. PAULO MOTA PINTO, “Reflexões sobre jurisdição constitucional e direitos fundamentais nos 30 anos da Constituição da República Portuguesa”, in *Themis, Revista de Direito*, Edição Especial, 2006, p. 214).

⁵⁸ Cf. CARLOS LOPES DO REGO, *ibidem*, p. 14.

⁵⁹ *Id. ibid.* p. 15. Igualmente, CARLOS LOPES DO REGO, *Os recursos de fiscalização concreta (...)*, pp. 42-46.

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

violações da proibição do recurso à analogia em Direito Penal⁶⁰. Sendo este um dos problemas mais controversos da dogmática penal, estes autores, como já foi referido, criticam a pouca atenção que é dada pelos penalistas a esta questão, que advogando a superação do positivismo se mantêm, no âmbito do princípio da legalidade criminal, fiéis a um entendimento tradicional do modo de realização do direito ⁶¹. Considerando que esta temática tem implicações práticas importantíssimas, entendem que a discussão a que se veio a assistir no Tribunal Constitucional passa sim por uma incorreta interpretação do princípio da legalidade criminal e do modo como este deve ser cumprido⁶².

Estes autores, na esteira do pensamento de **CASTANHEIRA NEVES** em relação ao princípio da legalidade criminal, entendem que o Tribunal Constitucional tem legitimidade para aferir a constitucionalidade das normas do caso, mas apenas a partir do momento em que estas sejam concretamente desveladas, ficando-lhe vedada a sindicância do processo de obtenção dessa mesma norma. O controlo de constitucionalidade tem de ser direto e imediato, estabelecendo-se na busca de conformidade entre essa norma concretizada e os preceitos constitucionais, o que não acontece no âmbito do princípio da legalidade criminal. O controlo da conformidade de uma decisão com o princípio da legalidade criminal implicaria sempre a análise de todo um processo de obtenção da norma⁶³.

Atentando na proposta de **CASTANHEIRA NEVES** relativa a este princípio⁶⁴, **MAFALDA MIRANDA BARBOSA** e **JOÃO PEDRO RODRIGUES** não esquecem que um dos critérios do seu cumprimento dogmático se traduz na controlabilidade da decisão incriminatória em sede de recurso. Todavia, para estes autores é um

⁶⁰ Apesar de defenderem o não conhecimento, estes autores não concordam com a argumentação aduzida pela jurisprudência constitucional que também o defende, dizendo que esta padece de inúmeras fragilidades. Cf. **MAFALDA MIRANDA BARBOSA/JOÃO PEDRO RODRIGUES**, *op. cit.*, nota 4, pp. 118 e 119.

⁶¹ Cf. *id. ibid.* p. 112.

⁶² Cf. *id. ibid.*

⁶³ Cf. *id. ibid.* pp. 112-115 e 120.

⁶⁴ **CASTANHEIRA NEVES** propõe uma solução dogmática para o cumprimento do princípio da legalidade criminal que assenta em quatro condições. Cf. *id. ibid.* p. 112.

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

recurso que não pode nunca ser da competência do Tribunal Constitucional, pois afirmar tal coisa seria admitir um recurso de amparo, que não está consagrado entre nós e faria daquele Tribunal uma quarta instância de recurso. Aquele controlo caberá sim, na sua opinião, na alçada de um Tribunal Judicial que tenha competência para refazer, em sede de recurso, todo o *iter* metódico que conduziu à decisão judicial⁶⁵. Perguntamos nós, caberá, então, este controlo ao Supremo Tribunal de Justiça? Fica a questão.

Concluem os autores que “o tipo de controlo a efetuar pelo Tribunal Constitucional terá de ser tido sempre em conta para efeitos de determinação da sua própria competência”⁶⁶.

IV. Considerações finais

Terminando o percurso que nos propusemos a cumprir, chega a altura de tecer algumas considerações finais. Com uma investigação abundante no que toca à jurisprudência constitucional, conseguimos concluir que a sua maioria já tende, hodiernamente, para o conhecimento dos recursos que tenham por objeto uma eventual violação do princípio da legalidade criminal, mais concretamente da proibição da analogia e da integração de lacunas em Direito Penal. Esta maioria a que nos referimos, tendo-se feito notar a partir da viragem jurisprudencial de 2008 a que aludimos, segue a generalidade da doutrina portuguesa relativamente a esta questão.

Pareceu-nos decisiva a argumentação aduzida pelo Tribunal Constitucional, no já mencionado Acórdão nº 205/99, no sentido de aquele Tribunal não poder deixar de controlar dimensões normativas referidas pelo julgador a uma norma legal, resultantes de uma aplicação analógica, nos casos em que a analogia esteja constitucionalmente vedada, não estando reconhecida qualquer margem criativa ao julgador que vá além do quadro que nos fornece a

⁶⁵ Cf. *id. ibid.* p. 120.

⁶⁶ *Id. ibid.*

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

letra da lei. Consideramos que a questão se prende precisamente com isto, com uma proibição da analogia constitucional e ordinariamente explícita (artigos 29º da CRP e 1º/3 do CP), exigência de sentido do princípio da legalidade criminal, que não pode deixar de ser controlada pelo Tribunal Constitucional, devido à “carga axiológico-normativa” que lhe está subjacente e que referimos ao longo do nosso estudo. Seguimos, assim, de perto a opinião dos vários autores que, na esteira do conteúdo de sentido do princípio da legalidade criminal, defendem que deixar de fora dos poderes de cognição do Tribunal Constitucional uma tão importante parcela daquele princípio não protege o cidadão e os seus direitos, liberdades e garantias e não limita o poder estadual, deixando-se à mercê das outras jurisdições um controlo que deve ser atribuído àquele Tribunal, sem que se chegue aqui a um controlo da (in)constitucionalidade do ato de julgamento.

Não obstante alguma autocontenção que se foi denotando na jurisprudência constitucional durante vários anos, parece-nos agora que esta jurisprudência segue um caminho certo (salvo raras exceções), tendo em conta a essencialidade do nosso princípio da legalidade criminal.

Coimbra, junho de 2020

**A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do
princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal**

Inês Oliveira Madeira

Bibliografia

ANDRADE, MANUEL DA COSTA

— “O princípio constitucional «*nullum crimen sine lege*» e a analogia no campo das causas de justificação”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 134, n^{os} 3924 e 3925, 2001, pp. 70-77.

ANTUNES, MARIA JOÃO

— “A problemática penal e o Tribunal Constitucional”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume I – Responsabilidade: entre Passado e Futuro, Coimbra Editora, 2012, pp. 97-118;

— “Abertura da audiência para aplicação retroativa da lei penal mais favorável”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal – A reforma do direito processual penal português em perspetiva teórico-prática*, Ano 18, n^{os} 2 e 3, 2008, pp. 333 e seguintes;

— *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade*, Almedina, 1^a edição, 2019.

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA/ RODRIGUES, JOÃO PEDRO

— “Da (in)competência do Tribunal Constitucional para apreciar eventuais violações do princípio da legalidade criminal: breve reposicionamento crítico em sede metodológica”, in *Ars Iudicandi - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Volume III, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Stvdia Iuridica* 92, *Ad Honorem* – 3, 2008, pp. 83-123.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES

— *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 7^a edição, 21^a reimpressão, 2019.

**A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do
princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal**

Inês Oliveira Madeira

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES/ MOREIRA, VITAL MARTINS

— *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, 4ª edição revista e reimpressão, 2014.

CARVALHO, AMÉRICO A. TAIPA DE

— *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime*, Universidade Católica Editora, Porto, 3ª edição, 2016.

COSTA, JOSÉ DE FARIA

— “O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 141, nº 3974, 2012, pp. 282-296.

COSTA, JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA

— *A jurisdição constitucional em Portugal*, Almedina, 3ª edição revista e atualizada, 2019.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

— *Direito Penal. Parte Geral - Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Gestlegal, 3ª edição, 2019.

MARINUCCI, GIORGIO/ DOLCINI, EMILIO

— *Corso di Diritto Penale*, 3ª edição, 1, 2001.

MEDEIROS, RUI

— *A Decisão de Inconstitucionalidade – Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999;

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

— “A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada da constitucionalidade”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, 2004, pp. 183-202.

NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA

— *O Princípio da Legalidade Criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático*, Separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* – “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia”, Coimbra, 1988.

NOVAIS, JORGE REIS

— “Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)”, in *Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, 2006.

PALMA, MARIA FERNANDA

— “Constituição e direito penal. As questões inevitáveis.”, in *Casos e Materiais de Direito Penal*, Almedina, 2004, pp. 21-30;

— “O legislador negativo e o intérprete da Constituição”, in *Anuario Ibero Americano de Justicia Constitucional*, nº 12, Madrid, 2008, pp. 319-331;

— *Direito Penal. Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, AAFDL Editora, 4ª edição, 2019.

PINTO, PAULO MOTA

— “Reflexões sobre jurisdição constitucional e direitos fundamentais nos 30 anos da Constituição da República Portuguesa”, in *Themis, Revista de Direito*, Edição Especial, 2006, pp. 201-216.

REGO, CARLOS LOPES DO

A fiscalização pelo Tribunal Constitucional de eventuais violações do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal

Inês Oliveira Madeira

— “O objeto idóneo dos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade: as *interpretações normativas* sindicáveis pelo Tribunal Constitucional”, in *Jurisprudência Constitucional*, nº 3, jul.-set. 2004, AATRIO;

— *Os recursos de fiscalização concreta na lei e na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2010.

ROXIN, CLAUS

— *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. C. H. Beck, 4ª edição, 2006, § 5, nº 1.

SUSANO, MARIA HELENA CABRAL

— “A inconstitucionalidade da decisão do limite à interpretação em Direito Penal”, in *Revista Julgar*, nº 21, 2013, Coimbra Editora, pp. 57-74.

Jurisprudência

- **Supremo Tribunal de Justiça**: Acórdão nº 1/2002, de 16 de outubro de 2002, Processo nº 952/2001, disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdfisdip/2002/11/255Aoo/71057109.pdf>.

- **Tribunal Constitucional** (todos os acórdãos se encontram disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt): Acórdãos nºs 56/84, 26/85, 173/85, 150/86, 353/86, 69/87, 59/88, 199/88, 141/92, 361/92, 837/93, 283/94, 367/94, 634/94, 221/95, 682/95, 756/95, 240/97, 154/98, 618/98, 205/99, 285/99, 674/99, 122/2000, 383/2000, 494/2000, 530/2000, 363/2001, 28/2002, 74/2002, 169/2002, 196/2003, 331/2003, 336/2003, 412/2003, 421/2003, 494/2003, 361/2004, 462/2004, 506/2004, 303/2005, 603/2005, 336/2006, 183/2008, 265/2008, 128/2010, 428/2010, 186/2013, 324/2013, 587/2014, 659/2018, 90/2019, 374/2019, 556/2019, 572/2019 e 27/2020.