

DIREITO PENAL, DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITO DA EXECUÇÃO DAS SANÇÕES PRIVATIVAS DA LIBERDADE E JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL *

MARIA JOÃO ANTUNES

Começando por reconhecer na trilogia formada pelos princípios jurídico-constitucionais do “direito penal do bem jurídico”, da culpa e da proporcionalidade das sanções penais os parâmetros fundamentais de controlo da constitucionalidade das normas penais, a autora percorre os mais relevantes pronunciamentos do Tribunal Constitucional no âmbito de cada um deles, o que inclui uma referência a temas como o da incriminação do enriquecimento ilícito e da punição do crime de lenocínio. Sem deixar de fora os princípios, estes expressamente consagrados, da legalidade criminal, da reserva de lei em matéria penal, da aplicação da lei penal mais favorável, da insusceptibilidade de transmissão da responsabilidade penal e da não automaticidade dos efeitos da pena, a sistematização proposta pela autora confronta-nos em seguida com as mais importantes decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional no âmbito do direito processual penal, designadamente quanto às atribuições do Ministério Público, à reserva de competência do juiz de instrução, aos direitos processuais do arguido e aos temas da prova. Por último, a autora destaca os mais relevantes pronunciamentos no âmbito do direito da execução das sanções privativas da liberdade, identificando como parâmetro de controlo o princípio da socialização dos condenados.

Descritores: direito penal do bem jurídico; culpa penal; proporcionalidade das sanções penais; legalidade penal; reserva de lei em matéria penal; aplicação da lei penal mais favorável; intransmissibilidade da responsabilidade penal; não automaticidade dos efeitos da pena; Ministério Público; juízo de instrução; garantias do processo criminal; prova penal; execução da pena privativa da liberdade.

I — DIREITO PENAL

1. Na Constituição da República Portuguesa há um número significativo de normas e princípios que incidem expressamente sobre matéria penal. Integram-se na constituição penal escrita normas como as contidas nos arti-

* Este texto baseia-se no Relatório Português, por mim elaborado e apresentado na XIII Conferência Trilateral Itália, Espanha, Portugal, subordinada ao tema “A Constituição e os princípios penais”, que teve lugar em Madrid, no Tribunal Constitucional, em Outubro de 2011. Atualizámos a jurisprudência e acrescentámos a parte atinente ao direito da execução das sanções privativas da liberdade.

gos 24.º, n.º 2, 25.º, n.º 2, 27.º, n.º 1, 29.º, n.ºs 1 a 4, 30.º, n.ºs 1 a 5¹, 33.º, n.ºs. 3 a 6², 117.º, n.º 3, 157.º, n.º 1, 165.º, n.ºs 1, alínea c), e 2, e 282.º, n.ºs 1 e 3). E princípios que, apesar de não escritos, integram o “bloco da constitucionalidade”, na medida em que são reconduzíveis ao programa normativo constitucional, surgindo como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente explanados³. Na tarefa de intérprete da Constituição que lhe está cometida, o Tribunal Constitucional chegou a três parâmetros fundamentais de controlo da constitucionalidade de normas penais: o *princípio jurídico-constitucional do “direito penal do bem jurídico”*⁴; o *princípio jurídico-constitucional da culpa*; e o *princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade das sanções penais*.

2. O princípio *jurídico-constitucional do “direito penal do bem jurídico”*, enquanto parâmetro de controlo da constitucionalidade de normas incriminatórias a partir dos critérios da dignidade penal do bem jurídico e da necessidade da intervenção penal (da carência de tutela penal), começou por ser fundado nos princípios constitucionais da justiça e da proporcionalidade, enquanto princípios decorrentes da ideia de Estado de direito democrático, consignada no artigo 2.º da Constituição. Presentemente a base de sustentação passa antes pelo princípio da proporcionalidade, expressamente aflorado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, a partir da revisão constitucional de 1982, de acordo com o qual, *as restrições legais aos direitos liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na Constituição, têm de limitar-se ao necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*.

“Consistindo as penas, em geral, na privação ou sacrifício de determinados direitos (*maxime*, a privação da liberdade, no caso da prisão), as medidas penais só são constitucionalmente admissíveis quando sejam *necessárias, adequadas e proporcionadas* à proteção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido (cfr. artigo 18.º da Constituição), e só serão constitucionalmente exigíveis quando se trate de proteger um direito ou bem constitucional de primeira importância e essa proteção não possa ser suficiente e adequadamente garantida de outro modo” (Acs. n.ºs 85/85 e 99/2002).

¹ O n.º 1 já foi convocado para aferir da conformidade constitucional das normas do CP que preveem a pena relativamente indeterminada, tendo sido feito um julgamento de não inconstitucionalidade (Acs. n.ºs 43/96 e 549/94). Estes acórdãos e os demais citados estão disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

² É extensa a jurisprudência constitucional em matéria de extradição. Destacamos, entre outros, os Acs. n.ºs 417/95, 430/95 e 449/95, 474/95, 1146/96, 1/2001 e 384/2005.

³ Assim, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, pp. 920 e s. e 1195 e ss. E Ac. do Tribunal Constitucional n.º 634/93.

⁴ Denominação que lhe foi dada por Figueiredo Dias, por ocasião do 25.º Aniversário do Tribunal Constitucional. Cf. “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações”, *XXV Anos de Jurisprudência constitucional portuguesa*, Coimbra Editora, 2009, p. 31 e ss.

O Tribunal chega mesmo a fazer apelo a um *princípio de congruência ou de analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal*, quando apreciou norma incriminadora da condução sem habilitação legal, concluindo que a segurança na circulação rodoviária é um bem que, à luz da ordem jurídico-constitucional, deve ser especialmente tutelado (Acs. n.ºs 83/95 e 337/2002).

É entendimento reiterado do Tribunal que o recurso a meios penais está constitucionalmente sujeito a limites bastante estritos e consideráveis, mas é também jurisprudência constante que a autolimitação da competência de controlo face ao legislador começa quando intervenha o critério da “necessidade” (ou da “carência”) de tutela penal, que é afinal o ponto de harmonização do princípio da constitucionalidade com o princípio da maioria. Não existindo injunções constitucionais expressas de criminalização, de um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido como integrante de um direito ou de um dever fundamentais, não é legítimo deduzir *sem mais* a exigência de criminalização dos comportamentos que o violem, porque não pode ser ultrapassado “o inevitável entreposto constituído pelo critério da *necessidade* ou da *carência de pena*”⁵. Este juízo cabe, porém, em primeira linha, ao legislador, ao qual é de reconhecer um largo âmbito de discricionariedade, só podendo a liberdade de conformação legislativa ser limitada em casos em que “a punição criminal se apresente como *manifestamente* excessiva” (Acs. n.ºs 634/93, 83/95, 527/95, 274/98, 99/2002 e 605/2007). Ao Tribunal não compete, de um ponto de vista funcional, “emitir *valorações* (que não sejam as que a Constituição permite), para controlar os *objetivos políticos* do legislador quanto à sua *correção e oportunidade*, bem como os *prognósticos* feitos pelo legislador, quanto ao resultado futuro da sua obra” (Ac. n.º 25/84).

2.1. Por apelo aos *princípio da subsidiariedade do direito penal* (ou *princípio da máxima restrição das penas*) e da *necessidade da pena*, foi declarada, com força obrigatória geral, por violação dos artigos 2.º e 18.º, n.º 2, da Constituição, a *inconstitucionalidade da norma do artigo 132.º do Código Penal (CP) e Disciplinar da Marinha Mercante, na parte em que estabelecia a punição daquele que, sendo tripulante de um navio e sem motivo justificado, o deixasse partir para o mar sem embarcar, quando tal tripulante não desempenhasse funções diretamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do mesmo navio* (Ac. n.º 527/95). Face a um direito penal de justiça, assente na dignidade da pessoa humana e estruturado nos *princípios da culpa* (fundamento legitimador e limite das penas), *da necessidade* (só devem ter dignidade penal os bens jurídicos comunitários cuja violação atinja aspectos essenciais da vida em sociedade e alcancem elevada gravidade ética), *da subsidiariedade e da máxima restrição das penas* (as sanções penais não-de ser sempre o último recurso das medidas legislativas

⁵ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *loc. cit.*, p. 45.

para protecção e defesa dos bens jurídicos) e *da proporcionalidade* (deve ser garantida uma adequada proporção entre as penas e os factos a que se aplicam), o Tribunal entendeu que não era de manter a norma que punia criminalmente a conduta de um trabalhador de bordo cujas funções não estavam directa e normalmente ligadas com a segurança do navio, isto é, que não afectavam bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, designadamente, porque não punham sequer em causa o valor de salvaguarda da vida humana no mar — valor este sim merecedor de uma tutela mais atenta da ordem jurídica. Ou seja, não era de manter norma que apenas defendia o exercício da actividade económica desenvolvida a bordo.

Mais recentemente, o Tribunal pronunciou-se, em fiscalização preventiva, pela inconstitucionalidade de norma que puna quem adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos (Ac. n.º 179/2012). Se a finalidade da incriminação do enriquecimento ilícito é punir crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente, geradores do enriquecimento ilícito, não há um bem jurídico claramente definido. Ora, «toda a norma incriminatória na base da qual não seja suscetível de se divisar um bem jurídico-penal *claramente* definido é nula, porque materialmente inconstitucional»⁶. O Tribunal entendeu também que a construção do tipo não permitia a identificação da ação ou omissão proibida, violando a exigência de determinação típica decorrente do artigo 29.º, n.º 1, da Constituição, enquanto estabelece que «ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a ação ou omissão». Exigência que é reveladora do princípio constitucional do direito penal do bem jurídico, na medida em que somente ações ou omissões lesam ou põem em perigo bens jurídicos.

Tendo em conta os princípios constitucionais da *proporcionalidade* e da *necessidade da pena*, não foi julgada inconstitucional a norma criminalizadora da exploração ilícita de jogo (Ac. n.º 99/2002). Está em causa a protecção de interesses constitucionalmente protegidos, como a segurança dos cidadãos, o respeito pela legalidade democrática, a protecção da infância e da juventude e a estabilidade da vida social e económica, não podendo a opção do legislador ser qualificada como manifestamente arbitrária ou excessiva. “Não se deve simultaneamente perder de vista que o juízo de constitucionalidade se

⁶ Tal norma puniria para proteger um qualquer bem jurídico indefinido, numa “espécie de homenagem póstuma ao bem jurídico desconhecido”, na expressão sugestiva de PEDRO CAEIRO. Cf. “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2011, p. 302. E, ainda, já depois da prolação do Acórdão, FARIA COSTA, “T.C., Acórdão n.º 179/2012 — Processo n.º 182/12 (*Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não liberal e ético-socialmente fundado*)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 141.º, N.º 3973, p. 249 e ss.

não pode confundir com um juízo sobre o mérito da lei, pelo que não cabe ao Tribunal Constitucional substituir-se ao legislador na determinação das opções políticas sobre a necessidade ou a conveniência na criminalização de certos comportamentos”. Reiterando-se o já dito anteriormente pelo Tribunal (Ac. n.º 634/93), concluiu-se que a limitação da liberdade de conformação legislativa só pode “ocorrer quando a punição criminal se apresente como *manifestamente excessiva*”.

Mais recentemente esta jurisprudência foi reiterada nos Acs. n.ºs 577/2011 e 128/2012. O primeiro relativamente à norma dos artigos 199.º, n.º 1, e 197.º, n.º 1, do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos (*Aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada*), o qual conclui pela proteção constitucional dos direitos de autor; e o segundo quanto ao à norma do artigo 181.º, n.º 1, do CP (*Injúria*), entendendo-se que “o recurso a meios penais para proteção de bens jurídicos como a dignidade da honra pessoal constitui uma tradição do nosso ordenamento jurídico-penal que, não se traduzindo numa solução legislativa manifestamente arbitrária ou excessiva, não ofende qualquer princípio constitucional”. E, na mesma linha, não mereceu censura jurídico-constitucional (Ac. n.º 101/2009) a norma penal que sanciona apenas a maternidade de substituição a título oneroso, deixando impune a maternidade de substituição a título gratuito (artigo 39.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, diploma que regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida). Não obstante o Tribunal ter reconhecido a existência de bens jurídicos dignos de tutela que decorrem do direito à identidade pessoal, do direito ao desenvolvimento da personalidade e do direito às condições de um integral desenvolvimento.

2.2. Em matéria de interrupção voluntária da gravidez os critérios da dignidade penal do bem jurídico e da necessidade da intervenção penal são particularmente evidentes. Logo em 1984, em sede de fiscalização preventiva e, depois, sucessiva da constitucionalidade de normas relativas à exclusão da ilicitude em casos justificados à luz do modelo das indicações (médica, por lesão no nascituro e criminal), o juízo de não inconstitucionalidade, então feito pelo Tribunal Constitucional, passou pela afirmação prévia de um bem jurídico-penal, de um bem jurídico digno de tutela penal, e pela averiguação subsequente da necessidade de intervenção penal, ajuizando da adequação, da necessidade e da proporcionalidade desta mesma intervenção (Acs. n.ºs 25/84 e 85/85).

Estes dois momentos são também identificáveis nos acórdãos sobre a conformidade constitucional e legal de pergunta que foi objeto de referendo em matéria de descriminalização/despenalização da interrupção voluntária nas primeiras dez semanas de gravidez e no aresto que, já em sede de fiscalização abstrata sucessiva, não declarou a inconstitucionalidade das *normas de acordo com as quais não é punível a interrupção da gravidez efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando for*

realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez, após um período de reflexão não inferior a três dias a contar da data da realização da primeira consulta destinada a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável (Acs. n.ºs 288/98 e 617/2006 e 75/2010, respetivamente).

Da jurisprudência constitucional portuguesa relativa à interrupção voluntária da gravidez retira-se, com relevo específico para a problemática penal, o seguinte: o artigo 24.º da Constituição, segundo o qual a *vida humana é inviolável*, além de garantir a todas as pessoas um direito fundamental à vida, subjetivado em cada indivíduo, integra igualmente uma dimensão objetiva, em que se enquadra a proteção da vida humana intra-uterina; a proteção da vida humana em gestação não assume, porém, o mesmo grau de densificação nem as mesmas modalidades que a proteção do direito à vida individualmente subjetivado em cada ser humano já nascido, podendo, portanto, ter de ceder, quando esteja em conflito com direitos fundamentais ou com outros valores constitucionalmente protegidos; tão-pouco é a mesma a proteção da vida humana em gestação nas diferentes fases de gravidez, havendo um crescendo de intensidade tuteladora, consoante o maior tempo de gravidez, que acompanha a evolução da relação de *dualidade na unidade* que intercede entre a mulher e o nascituro; nada impõe constitucionalmente que a proteção da vida humana em gestação tenha de ser efetivada, sempre e em todas as circunstâncias, mediante meios penais, podendo a lei não recorrer a eles quando haja razões para considerar a penalização como inadequada, desnecessária ou desproporcionada, quando seja possível recorrer a outros meios de proteção mais apropriados e menos gravosos; o legislador goza de uma ampla margem de discricionariedade legislativa, balizada por duas proibições de sinal contrário — por um lado, o legislador não pode desrespeitar a *proibição de excesso*, por afetação, além do admissível, da posição jurídico-constitucional da mulher grávida, e, por outro, não pode desrespeitar a *proibição de insuficiência*, ficando aquém da medida mínima de cumprimento do dever de proteção do bem jurídico vida humana intra-uterina; num modelo de prazo, a avaliação da observância deste imperativo de tutela no regime da consulta de aconselhamento (de base informativa ou dissuasora) deve lidar com *critérios de evidência*, justificando-se uma pronúncia de inconstitucionalidade apenas em caso de *manifesto erro* de avaliação do legislador; a valoração do cumprimento ou não do dever de tutela da vida pré-natal deve ter em conta a globalidade das medidas de direito infraconstitucional, designadamente prestações públicas no domínio da educação sexual, do planeamento familiar e do apoio à maternidade e à família ^{7 8}.

⁷ Nas declarações de voto que foram sendo apostas aos acórdãos é notório que o Tribunal foi divergindo quanto ao âmbito de proteção do artigo 24.º da Constituição, relativamente à existência de uma imposição constitucional de tutela penal da vida humana, intra e extra

2.3. Situa-se no âmbito do princípio jurídico-constitucional do “direito penal do bem jurídico” a discussão sobre a legitimidade da punição do crime de *lenocínio*, face a norma incriminadora que deixou de conter o elemento típico “exploração de situações de abandono ou de necessidade económica” (Acs. n.ºs 144/2004, 196/2004, 303/2004, 170/2006, 396/2007, 522/2007, 591/2007, 141/2010 e 654/2011). Preenchendo agora o tipo legal *quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição* (artigo 169.º do CP), é pertinente indagar se ainda se pode legitimar a incriminação por referência ao bem jurídico da liberdade e da autodeterminação sexual⁹.

O Tribunal tem entendido que subjacente à norma “está inevitavelmente uma perspetiva fundamentada na História, na Cultura e nas análises sobre a Sociedade segundo a qual as situações de prostituição relativamente às quais existe um aproveitamento económico por terceiros são situações cujo significado é o da exploração da pessoa prostituída (...). Tal perspetiva não resulta de preconceitos morais mas do reconhecimento de que uma Ordem Jurídica orientada por valores de Justiça e assente na dignidade da pessoa humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão de liberdade de ação, situações e atividades cujo «princípio» seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (seja a intelectual, seja a física, seja a sexual), possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem. A isto nos impele, desde logo, o artigo 1.º da Constituição ao fundamentar o Estado Português na igual dignidade da pessoa humana”. Não merece, por isso, censura constitucional a norma que incrimine o fomento, favorecimento ou facilitação do exercício da prostituição de pessoa livre e autodeterminada¹⁰.

Bem próxima da discussão sobre a legitimidade da incriminação do lenocínio, está a que envolve a incriminação da *importunação sexual*, enquanto comportamento de quem importunar outra pessoa, *constrangendo-a a contato de natureza sexual* (artigo 170.º do CP, na redação introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro). Além de ter concluído pela não violação do princípio da legalidade criminal, o Tribunal Constitucional concluiu também pelo não desrespeito do princípio da necessidade de tutela penal, entendendo

uterina, e no que se refere à violação do princípio da proibição do défice de tutela, considerada a irrelevância dos motivos para pôr termo à gestação nas primeiras 10 semanas ou a inexistência de consulta de aconselhamento de base *dissuasora* da interrupção da gravidez.

⁸ Sobre a evolução político-criminal e legislativa da matéria da interrupção voluntária da gravidez, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo 1, Coimbra Editora, 2012, nótula antes do artigo 142.º

⁹ Cf. a declaração aposta ao Ac. n.º 396/2007 e, mais recentemente, ao Ac. n.º 654/2011.

¹⁰ O entendimento de que a norma do lenocínio “radica na proteção por meios penais contra a necessidade de utilizar a sexualidade como forma de subsistência, proteção diretamente fundada no princípio da dignidade da pessoa humana”, foi questionado à luz do princípio constitucional do “direito penal do bem jurídico” por FIGUEIREDO DIAS, *loc. cit.*, p. 39 e ss. Sobre a legitimidade desta incriminação, cf., ainda, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo 1, Coimbra Editora, 2012, comentário ao artigo 169.º, § 2 e ss.

que estava em causa a proteção do bem jurídico da liberdade sexual, bem jurídico “inquestionavelmente dotado de dignidade bastante para ser merecedor de tutela penal” (Ac. n.º 105/2013) ¹¹.

2.4. É também a partir do princípio constitucional do “direito penal do bem jurídico”, que o Tribunal tem apreciado a conformidade constitucional de normas que preveem crimes de perigo, abstrato e concreto (Acs. n.ºs 426/91, 62/99 e, mais recentemente, 95/2011). Aceitando este tipo de normas penais desde que passem o teste da razoabilidade de antecipação da tutela penal, uma vez que “em relação às incriminações de perigo (e, especialmente, às de perigo abstrato), sempre se poderá entender que não é indispensável a imposição dos pesados sacrifícios resultantes da aplicação de penas e de medidas de segurança, visto que não está em causa, tipicamente, a efetiva lesão de qualquer bem jurídico”.

Passaram o teste da razoabilidade de antecipação da tutela penal, entre outras, a norma que prevê e pune o crime de tráfico de estupefacientes, por se tratar de ação que tem em geral aptidão para ser elemento do processo causal dos danos (dos consumidores e da sociedade) ligados ao tráfico de estupefacientes (Ac. n.º 426/91); bem como a que prevê e pune a condução de veículo em estado de embriaguez, uma vez visa antecipar a proteção de um bem jurídico valioso — a segurança rodoviária — que encerra em si próprio diversos outros bens jurídicos individualizáveis, tais como o direito à vida e à integridade física de terceiros ou o direito à propriedade privada (Ac. n.º 95/2011).

3. O *princípio constitucional penal da culpa* é um dos princípios que a jurisprudência fez decorrer do texto da Constituição, dos artigos 1.º e 25.º, n.º 1 (Acs. n.ºs 43/86, 426/91, 83/95, 274/98 e 605/2007). “Deriva da essencial dignidade da pessoa humana, que não pode ser tomada como simples meio para a prossecução de fins preventivos, e articula-se com o direito à integridade moral e física” (Ac. n.º 426/91). Este princípio exprime-se, em direito penal, a vários níveis: veda a incriminação de condutas destituídas de qualquer ressonância ética; impede a responsabilização objetiva, obrigando ao estabelecimento de um nexos subjetivo — a título de dolo ou de negligência — entre o agente e o seu facto; obsta à punição sem culpa e à punição que exceda a culpa (Ac. n.º 426/91).

Com fundamento neste princípio constitucional penal, o Tribunal julgou inconstitucionais normas que previam penas fixas (Acs. n.ºs 70/2002, 22/2003, 124/2004, 163/2004 e 80/2012). “Um direito penal de culpa não é compatível com a existência de penas fixas: de facto, sendo a culpa não apenas princípio fundante da pena, mas também o seu limite, é em função dela (e, obvia-

¹¹ Em sentido divergente, ANABELA MIRANDA RODRIGUES/SÓNIA FIDALGO, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo 1, Coimbra Editora, 2012, comentário ao artigo 170.º, § 25 e ss.

mente também das exigências de prevenção) que, em cada caso, se há de encontrar a medida concreta da pena, situada entre o mínimo e o máximo previsto na lei para aquele tipo de comportamento” (Ac. n.º 124/2004, no qual há declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral). Mas já não julgou inconstitucional norma que cominava pena de multa de montante fixo para o *ilícito contravençional* de utilização de transportes coletivos de passageiros sem título de transporte válido, considerando, fundamentalmente, a natureza *não criminal* deste ilícito, apesar de as *contravenções* ainda serem, a par dos *crimes*, ilícitos penais (Ac. n.º 344/2007).

A autonomização do princípio constitucional da culpa em nada obstou a que o Tribunal tivesse concluído pela legitimidade constitucional da responsabilidade criminal das pessoas coletivas e equiparadas: o princípio da individualidade da responsabilidade criminal não tem consagração constitucional expressa; o artigo 2.º da Constituição, na medida que comete ao Estado o respeito e a garantia de efetivação dos direitos fundamentais e o projeto de realizar a democracia económica, é verdadeiro parâmetro de conformidade com a Lei Fundamental da responsabilidade penal das pessoas coletivas (Acs. n.ºs 302/95, 212/95, 214/95 e 395/2003).

4. O *princípio da proporcionalidade das sanções penais* é um outro princípio que a jurisprudência constitucional tem feito decorrer do já mencionado artigo 18.º, n.º 2, da Constituição. É, no entanto, reiterado e uniforme o entendimento de que o Tribunal *só deve censurar as soluções legislativas que contenham sanções que sejam manifesta e claramente excessivas*. Assim devendo ser, “porque se o Tribunal fosse além disso, estaria a julgar a bondade da própria solução legislativa, invadindo indevidamente a esfera do legislador que, aí, há de gozar de uma razoável liberdade de conformação” (Acs. n.ºs 574/95, 958/96, 329/97 e 108/99).

Foi requerida ao Tribunal, com frequência, a apreciação de normas incriminatórias do Código de Justiça Militar, tendo por referência as penas correspondentes do Código Penal. Desta jurisprudência decorre que é aceitável que o mesmo tipo de ilícito seja mais severamente punido pelo direito penal militar do que pelo direito penal comum, uma vez que entre a comunidade civil e a militar existem diferenças capazes de justificar uma diferente dosimetria abstrata da punição. Mas “o princípio da proporcionalidade, em conjugação com o princípio da igualdade, imporá que as medidas das penas em confronto não sejam de tal forma diversas que se descaracterize em absoluto a valoração subjacente ao tipo de ilícito indiciada pela medida abstrata da pena”. O princípio da proporcionalidade imporá que “a agravação dos limites da pena do crime militar seja adequada ao acréscimo valorativo decorrente do facto de se estar perante um crime praticado por um agente sobre o qual impendem deveres específicos, relacionados com a sua função”. Assim sendo, o Tribunal acabou por *julgar inconstitucional, por violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade, em articulação, em articulação, normas do Código de Justiça Militar, na medida em que estabeleciam pena desproporcionadamente*

superior às previstas para o mesmo tipo de crime no CP (Acs. n.ºs 370/94 e 958/96). Num caso, aquele Código previa uma pena de prisão de 12 a 16 anos para o crime de abuso de confiança, sancionando o CP o mesmo comportamento com pena de prisão de 1 ano e 4 meses a 10 anos e 8 meses; no outro, o Código de Justiça Militar punia o crime de burla com pena de 2 a 8 anos de prisão, prevendo o outro Código para o mesmo comportamento pena de prisão até 3 anos (pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias, por força de alteração legislativa subsequente).

O princípio constitucional penal da proporcionalidade das sanções também é convocado para censurar normas que prevejam penas fixas: “a lei que prevê uma pena fixa pode também conduzir a que o juiz se veja forçado a aplicar uma pena excessiva para a gravidade da infração, assim deixando de observar o princípio da proporcionalidade, que exige que a gravidade das sanções criminais seja proporcional à gravidade do crime” (Acs. n.ºs 70/2002, 22/2003, 124/2004, 163/2004 e 80/2012, onde este tipo de penas é censurado também por apelo ao princípio da igualdade).

5. Já o princípio da legalidade criminal logra consagração explícita no texto constitucional (artigos 29.º e 165.º, n.º 1, alínea c)). Não se trata, porém, “apenas de um qualquer princípio constitucional mas de uma «garantia dos cidadãos», uma garantia que a nossa Constituição — ao invés de outras que a tratam a respeito do exercício do poder jurisdicional — explicitamente incluiu no catálogo dos direitos, liberdades e garantias relevando, assim, toda a *carga axiológico-normativa* que lhe está subjacente” (Ac. n.º 183/2008).

5.1. Não obstante esta *carga* do princípio da legalidade em matéria criminal, são detetáveis divergências na jurisprudência constitucional quando o princípio é tido como parâmetro de controlo da constitucionalidade de normas penais.

As divergências não têm a ver, contudo, com o controlo da exigência de reserva de lei e de tipicidade da norma incriminatória, nomeadamente quando é questionada a conformidade constitucional de normas governamentais des-criminalizadoras ou de normas penais em branco, por invocação do parâmetro “princípio da legalidade” (artigos 29.º e 165.º, n.º 1, alínea c), da Constituição). Relativamente à primeira questão, o Tribunal tem entendido que a competência exclusiva da Assembleia da República, salvo autorização ao Governo, no que toca à definição de crimes e penas não se exerce apenas pela positiva, realizando-se também pela negativa, ou seja, pela supressão do quadro criminal de tipos de ilícito, pelo que também é da competência reservada do parlamento, salvo autorização ao Governo, definir e punir como contraordenações factos anteriormente qualificados e punidos como ilícitos criminais (Acs. n.ºs 56/84 e 59/88). Quanto à segunda questão, o Tribunal tem entendido que “uma norma penal em branco só é suscetível de violar o princípio da legalidade (no sentido de exigência de lei formal expressa que contemple o tipo legal de crime) e, como seu corolário, o princípio da tipicidade

(no sentido da exigência de uma descrição clara e precisa do facto punível), quando a remissão feita para a norma complementar põe em causa a certeza e a determinabilidade da conduta tida como ilícita, impedindo que os destinatários possam apreender os elementos essenciais do tipo de crime”. Segundo este entendimento jurisprudencial, a legitimidade constitucional das normas penais em branco pode aferir-se em função do carácter meramente técnico e não inovador das normas de integração (Acs. n.ºs 427/95, 115/2008 e 428/2010).

Os juízes constitucionais têm divergido quanto à questão de saber se pode ser objeto de controlo de constitucionalidade uma norma relativamente à qual se invoque que a interpretação normativa do tribunal recorrido não se conteve no sentido possível das palavras da lei. Uma interpretação que terá *transposto a barreira da moldura semântica do texto* ou que terá mesmo *desrespeitado a proibição de recurso à analogia*. Por exemplo: o tribunal recorrido interpretou a expressão “como titular de um órgão de uma sociedade”, constante de preceito do *Regime Geral das Infrações Tributárias* (RGIT) em matéria de atuação em nome de outrem, no sentido de abranger o *administrador de facto* (Ac. n.º 128/2010); o tribunal recorrido interpretou o artigo 119.º, n.º 1, do CP, na redação primitiva, no sentido de a prescrição do procedimento criminal se suspender com a declaração de contumácia, sem que esta causa de suspensão estivesse expressamente contemplada neste preceito legal (Ac. n.º 183/2008).

Como é entendimento reiterado do Tribunal que o recorrente pode requerer a apreciação de uma *norma na sua totalidade*, em determinado *segmento* ou *segundo certa interpretação*, desde que mediatizada pela decisão recorrida, não se trata propriamente 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. Como o sistema português de fiscalização da constitucionalidade não é de *recurso de amparo* ou de *queixa constitucional*, mas sim de *fiscalização estritamente normativa*, a questão tem residido antes em saber se o Tribunal Constitucional pode ou não fiscalizar o *processo interpretativo de obtenção da norma penal*, utilizando como parâmetro de controlo o princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal. Se ao fazê-lo, está ainda a apreciar uma questão de *inconstitucionalidade normativa*, o que lhe é constitucionalmente permitido, ou se está já a controlar a *constitucionalidade do ato de julgamento*, o que já lhe está vedado. Se ao fazê-lo, o Tribunal Constitucional está, ainda, a administrar a justiça em matérias jurídico-constitucionais, exercendo a competência que a Constituição lhe atribui especificamente, ou se está já a sindicar uma interpretação do tribunal recorrido, alegadamente errónea, ao jeito de tribunal de revista. Com a consequência de a negação do controlo de constitucionalidade ter o sentido de recusar a proteção da justiça constitucional quando é alegada a violação de uma tão importante garantia dos cidadãos (Acs. n.ºs 205/99, 258/99, 674/99, 483/2000, 196/2003,

305/2003 e 183/2008. Este último foi tirado em plenário, tendo o Tribunal decidido tomar conhecimento do objeto do recurso, apreciando se a norma em causa foi ou não obtida com desrespeito pela proibição constitucional de recurso à analogia.)

5.2. A *reserva de lei* em matéria penal é, por vezes, invocada para sustentar a inadmissibilidade de princípio de sentenças *aditivas* e *substitutivas* ou, pelo menos, a inadmissibilidade quando *modifiquem* para pior. Na jurisprudência constitucional portuguesa, só excepcionalmente é que poderá ser assinalado um certo conteúdo normativo às decisões de inconstitucionalidade, um efeito quase sempre associado a um juízo de desconformidade constitucional por violação do princípio da igualdade.

Tal sucedeu nos acórdãos que, em sede de fiscalização concreta, julgaram inconstitucional, por violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, lidos conjugadamente, normas do Código de Justiça Militar que estabeleciam pena superior à do CP. Lê-se até no Ac. n.º 370/94, já mencionado, que a inconstitucionalidade da norma punitiva “há de conduzir à impossibilidade de aplicação de pena superior à prevista para o correspondente crime descrito no Código Penal”.

E sucedeu também nos acórdãos que, em sede de fiscalização concreta, julgaram inconstitucional, por violação do princípio da igualdade e dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade (artigos 13.º, n.º 2, e 26.º, n.º 1, da Constituição), o artigo 175.º do CP, na redação anterior à vigente depois de 2007, na parte em que punia a prática de atos homossexuais com adolescentes ainda que não se verificasse, por parte do agente, abuso da inexperiência da vítima e na parte em que na categoria de atos homossexuais de relevo se incluíam atos sexuais que não eram punidos enquanto atos heterossexuais de relevo (Acs. n.ºs 247/2005 e 351/2005). Na prática, tendo por referência a norma relativa à punição dos atos heterossexuais com adolescentes, o Tribunal Constitucional “substituiu” a norma julgada inconstitucional pela norma segundo a qual era punido quem praticasse com menor entre 14 e 16 anos de idade, cópula, coito anal ou coito oral, abusando da sua inexperiência (independentemente da natureza, homossexual ou heterossexual, destes atos sexuais de relevo).

6. O *princípio da aplicação da lei penal mais favorável* é um princípio ao qual a jurisprudência constitucional tem reconhecido autonomia face ao princípio da legalidade em matéria criminal, justificando-o à luz do princípio da necessidade das sanções penais (Acs. n.ºs 240/97, 644/98, 677/98 169/2002, 572/200, 164/2008 e 265/2008). Está expressamente consagrado no artigo 29.º, n.º 4, da Constituição.

6.1. Uma das questões que tem sido posta ao Tribunal tem sido a de saber qual é, afinal, o âmbito de proteção da norma constitucional segundo a qual se *aplicam retroativamente as leis penais de conteúdo mais favorável*

ao arguido. A de saber se é admissível do ponto de vista jurídico-constitucional o estabelecimento de regras distintas consoante a lei nova seja uma lei descriminalizadora (ou equivalente) ou, diferentemente, uma lei da qual decorra apenas um regime mais favorável. No primeiro caso, o conteúdo de sentido do princípio da aplicação da lei penal mais favorável imporia a aplicação desta lei ainda que já tivesse havido condenação transitada em julgado (Acs. n.ºs 677/98, 169/2002 e 572/2003). Mas já não no segundo caso, em que seria admissível ressalvar os casos já julgados, precisamente porque da lei nova decorreria apenas um regime mais favorável (Ac. n.º 644/98).

Quando o CP ressalvava da aplicação do regime penal mais favorável os casos em que o agente já havia sido condenado por sentença transitada em julgado (artigo 2.º, n.º 4), o entendimento do Tribunal foi no sentido da não inconstitucionalidade desta norma penal. Considerando que a Constituição aceita como um valor próprio o respeito pelo caso julgado e não podendo deixar de se perspetivar a regra constante do n.º 4 do artigo 29.º como uma garantia constitucional fundamental, o Tribunal concluiu que a restrição operada por aquela norma penal não era desnecessária, irrazoável ou injustificada, face à “enormíssima perturbação na ordem dos tribunais judiciais” que a solução contrária acarretaria (Acs. n.ºs 644/98). Mais recentemente, face à nova redação do n.º 4 do artigo 2.º do CP, de acordo com a qual *passou a ser sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente*, prevendo-se a reabertura da audiência de julgamento para o efeito (artigo 371.º-A do Código de Processo Penal), o Tribunal voltou a fazer um julgamento de não inconstitucionalidade. Se o propósito que presidiu à garantia do caso julgado foi precisamente o de evitar que o condenado viesse a ter que enfrentar um novo julgamento, no qual poderia ver agravada a sua situação jurídico-penal, então a intangibilidade do caso julgado não pode ser invocada em seu manifesto prejuízo (Acs. 164/2008, 265/2008 e 201/2010).

6.2. Uma outra questão prende-se com a aplicabilidade da lei penal inconstitucional mais favorável. A jurisprudência constitucional tem entendido que a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de norma penal, ainda que mais favorável ao arguido, implica, nos termos gerais, a repristinação da norma por ela revogada, sem prejuízo de o Tribunal poder restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do disposto no artigo 282.º, n.º 4, da Constituição. A norma penal inconstitucional mais favorável não se aplica por si mesma e por força do n.º 4 do artigo 29.º da Constituição, uma vez que o princípio da aplicação da lei mais favorável pressupõe a validade das normas em causa, não podendo prevalecer sobre o princípio da constitucionalidade. A obrigação que impende sobre os tribunais de não aplicação de normas que infrinjam o disposto na Constituição (artigo 204.º) precede e conforma a obrigação de aplicar as normas de conteúdo mais favorável ao arguido (Acs. n.ºs 56/84, 490/89, 175/90, 13/91 e 427/91).

7. Tendo como parâmetro o princípio constitucional da *insusceptibilidade de transmissão da responsabilidade penal* (artigo 30.º, n.º 3), o Tribunal Constitucional julgou inconstitucional o n.º 7 do artigo 8.º do RGIT, na parte que se refere à responsabilidade solidária dos gerentes e administradores de uma sociedade que hajam colaborado dolosamente na prática de infração tributárias pelas multas aplicadas à sociedade, por apelo ao princípio da pessoalidade das penas (Acs. n.ºs 297/2013 e 354/2013).

O princípio da insusceptibilidade de transmissão da responsabilidade criminal tem vindo a ser invocado para aferir da conformidade constitucional das normas que preveem a responsabilidade subsidiária de terceiros (de pessoas singulares ou de pessoas coletivas ou equiparadas) pelo pagamento de penas de multa (por exemplo, no artigo 8.º do RGIT). O Tribunal Constitucional tem entendido, por referência ao ilícito de mera ordenação social, que não há a transmissão de uma responsabilidade contraordenacional originariamente imputável à sociedade ou à pessoa coletiva, tendo antes natureza civilística a responsabilidade em causa, o que é extensível ao ilícito penal ao qual corresponda a condenação em pena de multa (cf. Acs. n.ºs 561/2011, 249/2012 e 389/2013).

8. O princípio constitucional da não automaticidade dos efeitos da pena é um dos princípios que tem consagração expressa no texto constitucional (artigo 30.º, n.º 4). É frequentemente invocado como parâmetro de controlo quer em fiscalização concreta quer em fiscalização abstrata de normas, havendo jurisprudência abundante de onde se extrai que o sentido do princípio é “o de negar ao legislador ordinário a possibilidade de criar um sistema de punição complexa, no seio do qual a lei possa fazer corresponder automaticamente à condenação pela prática de determinado crime, e como seu efeito, a perda de direitos” (Ac. n.º 304/2003). É, por isso, determinante saber se o que está efetivamente em causa é a *perda de um direito*. O Tribunal entendeu que não estava em causa a perda de um qualquer direito, não julgando inconstitucional norma que fazia depender a renovação de licença de uso e porte de arma da não condenação por condução sob o efeito do álcool. “O uso e porte de arma de defesa não constitui um «direito», tratando-se, antes, de uma atividade cujo exercício é condicionado à prévia titularidade de uma licença” (Ac. n.º 243/2007).

Mas já foram declaradas inconstitucionais, com força obrigatória geral, normas de direito eleitoral, na parte em que estabeleciam a incapacidade eleitoral ativa dos definitivamente condenados a pena de prisão por crime doloso (ou por crime doloso infamante) enquanto não houvessem expiado a respetiva pena, por violação da *proibição constitucional da perda de quaisquer direitos políticos* enquanto efeito necessário da pena (Ac. n.º 748/93); bem como a norma que vedava a pessoa condenada pela prática de um qualquer crime doloso a candidatura a concurso para agente da Polícia Marítima, por violação da *proibição constitucional da perda de quaisquer direitos profissionais* enquanto efeito automático da pena (Ac. n.º 239/2008).

Em fiscalização preventiva da constitucionalidade, o Tribunal pronunciou-se pela inconstitucionalidade, por violação da *proibição constitucional da perda de quaisquer direitos políticos* enquanto efeito necessário da pena, de normas, que integrariam a Lei dos Partidos Políticos, que previam a destituição de titulares de órgãos partidários em caso de condenação judicial por crime de responsabilidade no exercício de funções em órgãos de Estado, das Regiões Autónomas ou do poder local ou por participação em associações armadas ou de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, em organizações racistas ou em organizações que perfilhem a ideologia fascista (Ac. n.º 304/2003).

II — DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. A propósito das relações entre o processo penal e a Constituição é comum acentuar-se que o *direito processual penal é o sismógrafo da Constituição de um Estado*¹², dependendo a *estrutura e a caracterização do processo penal das orientações políticas típicas historicamente afirmadas*. É *verdadeiro direito constitucional aplicado*, numa dupla dimensão: os fundamentos do direito processual penal são, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado; a concreta regulamentação de singulares problemas processuais deve ser conformada jurídico-constitucionalmente¹³. É até criticado o modo como o processo penal é marcado por normas, valorações, argumentações e conceptualizações de natureza jurídico-constitucional que podem descaracterizar o direito processual penal ao ponto de fazer dele uma “colónia do direito constitucional”¹⁴.

Na história do constitucionalismo português a Constituição da República Portuguesa de 1976 é aquela que tem mais preceitos dedicados diretamente ao processo penal — artigos 27.º, n.ºs 2, 3, alíneas a), b), c), f) e g), 4 e 5, 28.º, n.ºs 1 a 4, 29.º, n.ºs 5 e 6, 31.º, 32.º, n.ºs 1 a 9, 34.º, n.ºs 3 e 4, 165.º, n.º 1, alínea c), parte final, 207.º, n.º 1, 209.º, n.º 4, e 213.º e 219.º, n.º 1 — dispoendo também sobre desvios à regra da aplicação da lei processual penal a todas as pessoas nos artigos 130.º, 163.º, alínea c), artigos 157.º, n.ºs 2 e 3, e 196.º, n.º 1. Além de que têm incidência no processo penal normas constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias, como as dos artigos 25.º, 26.º, 27.º, n.º 1, 29.º, n.ºs 1 e 4¹⁵, 34.º, n.º 1, 41.º e 44.º, bem como disposições constitucionais gerais como as dos artigos 20.º, 34.º, n.º 2, e 206.º E, ainda, princípios constitucionais fundamentais como os da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º) e do Estado de direito democrático (artigo 2.º) e normas e princípios constitucionais atinentes ao estatuto e fun-

¹² CLAUS ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, München, 1987, p. 9.

¹³ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra, edição policopiada, 1988-89, § 3.

¹⁴ Sobre isto, PETER RIESS, “Derecho constitucional y proceso penal”, in *Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de derecho comparado* (Kai Ambos/Eduardo Montealegre Lynett, comps.), Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 126 e ss.

¹⁵ Cf. *infra* ponto 5.

ções de participantes/sujeitos processuais: do juiz (artigos 202.º, n.ºs 1 e 2, 203.º, 215.º e 216.º), do Ministério Público (artigo 219.º) e da polícia (artigo 272.º, n.ºs 1 e 2).

2. O Código de Processo Penal (CPP), em vigor desde 1 de Janeiro de 1988, tem sido objeto de alterações legislativas sucessivas, sendo as mais relevantes as introduzidas pelas Leis n.ºs 59/98, de 25 de agosto, 48/2007, de 29 de agosto, e 20/2013, de 21 de fevereiro.

O Presidente da República requereu a fiscalização preventiva da constitucionalidade de um conjunto alargado de normas do Código de 1987, formulando 16 questões de constitucionalidade. As questões que o Tribunal Constitucional decidiu pelo Ac. n.º 7/87 tiveram a ver, fundamentalmente, com as funções constitucionalmente cometidas ao juiz de instrução e ao Ministério Público, com o princípio da independência dos tribunais, com o sigilo profissional dos jornalistas, com o direito do arguido de ser assistido por defensor em todos os atos do processo, com a proibição de obtenção de provas mediante abusiva intromissão na vida privada, com a harmonização do direito à inviolabilidade do domicílio com outros direitos constitucionalmente protegidos, com a necessidade e proporcionalidade de restrições à reserva da intimidade da vida privada e familiar, à capacidade civil e ao direito ao trabalho, com as restrições constitucionalmente admissíveis do direito à liberdade e com o princípio da oportunidade do exercício da ação penal pelo Ministério Público.

2.1. O entendimento firmado neste acórdão em relação a algumas das questões de constitucionalidade que foram então apreciadas marcou a jurisprudência futura em matérias como, por exemplo, a das atribuições do Ministério Público no processo e a da reserva de competência do juiz de instrução até à remessa do processo para julgamento.

Foi sendo sucessivamente reiterado o juízo de conformidade constitucional das normas que atribuem ao Ministério Público a direção do inquérito, sem prejuízo de o juiz de instrução praticar, ordenar e autorizar os atos que diretamente se prendam com a esfera dos direitos fundamentais das pessoas (entre outros, Acs. n.ºs 23/90, 517/96, 581/2000, 395/2004, 67/2006, 234/2911 e 372/2011). Neste enquadramento, foi julgada inconstitucional a norma que não fazia depender de autorização prévia do juiz de instrução a recolha coativa de material biológico de um arguido para determinação do seu perfil genético (Acs. n.ºs 155/2007 e 228/2007). E foram sendo apreciadas, sob o prisma específico do conteúdo de sentido da reserva de competência do juiz de instrução nas fases anteriores ao julgamento, normas em matéria de escutas telefónicas (Acs. n.ºs 407/97, 426/2005 e 4/2006) e de buscas (Acs. n.ºs 192/2001, 274/2007, 278/2007 e 285/2007) ¹⁶.

¹⁶ Para uma síntese da jurisprudência constitucional em matéria de escutas telefónicas, cf. Relatório português na 8.ª Conferência Trilateral — Itália, Espanha, Portugal (*Tutela da vida*

Foi também reiterado o juízo de não inconstitucionalidade da norma (artigo 281.º do CPP) que atribui ao Ministério Público competência para, findo o inquérito, determinar a suspensão provisória do processo, quando podia e devia deduzir acusação em obediência a um princípio estrito de legalidade quanto à promoção processual (Acs. n.ºs 244/99 e 67/2006). Assegurada que esteja a exigência constitucional de a suspensão provisória do processo ser determinada com a concordância do juiz de instrução, em observância da pronúncia de inconstitucionalidade do Ac. n.º 7/87 face a norma que não previa então a exigência de tal concordância (artigos 32.º, n.º 4, e 202.º da Constituição).

2.2. A entrada em vigor do novo Código motivou um número significativo de recursos, em fiscalização concreta, em matéria de regras de determinação da competência do tribunal de julgamento e de recorribilidade das decisões.

No primeiro caso, o objeto dos recursos foi a norma que, em desvio à regra geral de determinação da competência do tribunal de julgamento a partir da moldura penal do crime acusado, permite ao Ministério Público requerer o julgamento em tribunal singular, caso entenda que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a 5 anos (3 anos na versão primitiva do artigo 16.º, n.º 3, do CPP). O Tribunal concluiu sempre pela não inconstitucionalidade da norma por referência aos parâmetros que foram sendo convocados: os princípios da reserva da função jurisdicional, da legalidade da ação penal, do juiz natural, da separação de poderes e das garantias de defesa (Acs. n.ºs 393/89, 435/89, 143/90, 31/91 e 212/91).

Em matéria de recorribilidade das decisões judiciais foi-se firmando jurisprudência no sentido de a Constituição não exigir o duplo grau de jurisdição relativamente a todas as decisões proferidas em processo penal, sem que isso ponha em causa a norma segundo a qual devem ser asseguradas ao arguido todas as garantias de defesa (artigo 32.º, n.º 1). O que é constitucionalmente imposto é a consagração do direito de recorrer de decisões condenatórias e de decisões penais respeitantes à situação do arguido, face à privação ou restrição da liberdade ou de quaisquer outros direitos fundamentais, sem que isso signifique a necessidade de prever um duplo grau de recurso ou triplo grau de jurisdição (Acs. n.ºs 322/93, 265/94, 610/96, 189/2001, 418/2003, 263/2009, 645/2009 e 561/2009). O Tribunal foi julgando não inconstitucional a norma (artigo 310.º do CPP) que determina a irrecorribilidade da decisão instrutória que pronunciar o arguido por factos constantes da acusação do Ministério Público, incluídas questões prévias ou incidentais (Acs. n.ºs 265/94, 610/96, 468/97, 266/98, 387/99 e 430/2010). Perante um modelo

privada e processo penal. Realidades e perspectivas constitucionais), disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Em geral, sobre a reserva de juiz, ANABELA RODRIGUES, "A jurisprudência constitucional portuguesa e a reserva do juiz nas fases anteriores ao julgamento ou a matriz basicamente acusatória do processo penal", *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, 2009, p. 47 e ss.

como o da versão primitiva do CPP de 1987, em que das decisões do tribunal coletivo e do tribunal do júri havia recurso direto para o Supremo Tribunal de Justiça, o Tribunal julgou não inconstitucionais as normas que consagravam o sistema de revista alargada (artigos 433.º e 410.º, n.º 2, daquele Código), entendendo que era preservado o *núcleo essencial do direito ao recurso, em matéria de facto*, contra sentenças penais condenatórias proferidas por tribunais colegiais (Ac. n.º 573/98). Perante o modelo vigente, que admite o duplo de recurso, o Tribunal julgou não inconstitucional a norma que estabelece a irrecorribilidade de acórdãos condenatórios proferidos, em recurso, pelas relações, que confirmem decisão de 1.ª instância e apliquem pena de prisão não superior a 8 anos (Acs. n.ºs 263/2009 e 645/2009). Mas julgou inconstitucional «a norma dos artigos 399.º e 400.º do CPP, na versão dada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, segundo a qual é admissível o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, interposto pelo assistente, do acórdão do Tribunal da Relação, proferido em recurso, que absolva o arguido por determinado crime e que, assim, revogue a condenação do mesmo na 1.ª instância numa pena não privativa da liberdade», por violação das disposições conjugadas dos artigos 13.º, n.º 1, e 32.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição. «A admissibilidade de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, *interposto pelo assistente*, de acórdão da relação, proferido em recurso, que absolva o arguido por determinado crime e que, assim, revogue a condenação do mesmo na 1.ª instância numa pena não privativa da liberdade viola o *princípio da igualdade*, enquanto dele decorre que *a posição dos sujeitos processuais seja nivelada dentro das garantias de defesa e em favor da mesma defesa* (Ac. n.º 132/92). Há violação, na medida em que não é admissível recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, *interposto pelo arguido*, de acórdão da relação, proferido em recurso, que condene o arguido em pena não privativa da liberdade e que, assim, revogue a absolvição do mesmo na 1.ª instância. O arguido não tem o direito de aceder ao segundo grau de recurso, com a consequente estabilização da decisão condenatória, apesar de se presumir inocente, diferentemente do assistente que tem o direito de aceder ao segundo grau de recurso, protelando a estabilização de uma decisão que absolve quem se presume inocente» (Ac. n.º 540/2012. Cf., ainda, Ac. n.º 153/2012).

2.3. Na apreciação da conformidade constitucional de normas do novo Código, o Tribunal tem reiterado o entendimento de que o princípio da igualdade de armas entre a acusação e a defesa é um princípio que não se harmoniza propriamente com a função constitucionalmente cometida ao Ministério Público de exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade, de acordo com um estatuto que reconhece a autonomia desta magistratura (Acs. n.ºs 38/89, 356/91, 538/2007 e 160/2010) ¹⁷.

¹⁷ Sobre isto, FERNANDA PALMA, "Direito penal e processual penal (o papel da jurisprudência constitucional no desenvolvimento dos princípios no caso português e um primeiro confronto

3. É em fiscalização concreta da constitucionalidade que o Tribunal Constitucional é mais frequentemente chamado a apreciar normas de natureza processual penal.

Como pode ser objeto do recurso de constitucionalidade a norma na sua totalidade, um seu segmento ou apenas uma determinada interpretação normativa, um número muito significativo dos julgamentos do Tribunal Constitucional incide apenas sobre a disposição legal tal como é interpretada pela decisão recorrida. O que é revelador, muitas vezes, não propriamente da desconformidade constitucional das normas que regulamentam um singular problema processual penal, mas antes da inobservância da exigência de que a *interpretação e aplicação* dos preceitos legais se perspetive a *partir da Constituição* e se leve a cabo *de acordo com* esta.

3.1. Embora decida de forma parcimoniosa ao abrigo do artigo 80.º, n.º 3, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, o Tribunal tem imposto determinadas interpretações aos tribunais recorridos.

Por exemplo, a interpretação segundo a qual o *artigo 199.º, n.º 1, alínea a), do CPP, que prevê a medida de coação de suspensão do exercício da função pública, não abrange os titulares de cargos políticos* (Acs. n.ºs 411/2000 e 444/2003). A Constituição diferencia de forma clara o regime da função pública do que é próprio dos titulares de cargos políticos, não decorrendo do texto constitucional um conceito amplo de função pública. Como o CPP foi elaborado pelo Governo ao abrigo de autorização legislativa e o estatuto dos titulares de cargos políticos é matéria de reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República (alínea *m*) do artigo 164.º), aquele artigo do Código incorreria em inconstitucionalidade orgânica se fosse interpretado no sentido de abranger os titulares de órgãos representativos do poder local. É assim, na ausência de norma que remeta expressamente para o artigo 199.º do CPP na lei que define o regime de responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos (Lei n.º 34/87, de 16 de julho).

Impôs também a interpretação de preceitos do Código no sentido de o prazo de interposição do recurso da decisão condenatória de arguido ausente, bem como o fixado para requerer novo julgamento, se contar a partir da notificação pessoal da decisão (Acs. n.ºs 274/2003, 278/2003, 503/2003 e 312/2005). Assegurando-se, assim, uma interpretação que não é desconforme com o núcleo essencial das garantias de defesa, nos casos em que é dispensada a presença do arguido na audiência de julgamento (artigo 32.º, n.ºs 1 e 6, da Constituição).

A norma constitucional que permite a dispensa da presença do arguido em atos processuais, incluindo a audiência de julgamento, foi introduzida na

com a jurisprudência espanhola)", *La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Madrid, 2003, p. 1742, nota 13.

revisão constitucional de 1997. Até esta data, na ausência de norma expressa que permitisse o julgamento na ausência do arguido, o Tribunal (Ac. n.º 394/89) decidiu julgar inconstitucional a norma do artigo 394.º, n.º 3, do Código de Justiça Militar, na parte em que permitia o julgamento sem a presença do réu, por violação do princípio das garantias de defesa (artigo 32.º, n.º 1), do princípio do contraditório (artigo 32.º, n.º 5) e dos princípios da imediação da prova e da verdade material, insitos na ideia de Estado de Direito democrático (artigo 1.º). O que tem o sentido de haver um “direito-dever” de o arguido ser ouvido e de estar presente no julgamento.

3.2. Os julgamentos que o Tribunal Constitucional tem vindo a fazer em fiscalização concreta da constitucionalidade têm-se repercutido depois em alterações legislativas subsequentes¹⁸. Ainda que a norma em causa nem sempre tenha sido objeto de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, na sequência de ter sido julgada inconstitucional em 3 casos concretos.

No Ac. n.º 695/95 foi julgada inconstitucional, a *norma do artigo 342.º, n.º 2, do CPP relativa às perguntas sobre os antecedentes criminais do arguido feitas no início da audiência de julgamento*, por violação do princípio constitucional das garantias de defesa insito no artigo 32.º da Constituição. Em consonância com o decidido, o artigo 342.º passou a abranger exclusivamente o dever de o arguido responder a perguntas sobre a sua identificação, mantendo-se no artigo 141.º, n.º 3, do CPP o dever de o arguido responder a perguntas sobre os antecedentes criminais no primeiro interrogatório judicial, norma que o Tribunal Constitucional não julgou inconstitucional (Ac. n.º 372/98 e, posteriormente, Ac. n.º 127/2007)¹⁹.

No Ac. n.º 445/95 foi declarada inconstitucional, com força obrigatória geral, a *norma insita na alínea f) do n.º 1 do artigo 1.º do CPP, em conjugação com outros artigos deste Código, quando interpretada no sentido de o arguido não ser prevenido de uma diferente qualificação jurídica dos factos que leve à condenação em pena mais grave, não lhe sendo dada, quanto a ela, oportunidade de defesa*, por violação do princípio das garantias de defesa (artigo 32.º, n.º 1, da Constituição)²⁰. O artigo 358.º, n.º 3, do Código passou

¹⁸ A jurisprudência do Tribunal Constitucional é expressamente invocada para justificar alterações legislativas na Exposição de Motivos das Propostas de lei que deram origem às Leis n.ºs 59/98, de 25 de Agosto, e 48/2007, de 29 de Agosto, mediante as quais foi revisto o CPP.

¹⁹ Depois de em 2007 se ter alterado aquele artigo 342.º no sentido de o arguido dever ser perguntado sobre a existência de processos pendentes, voltou-se agora, em 2013, à redação anterior onde nada era perguntado além de elementos de identificação. Por outro lado, com a Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, eliminaram-se, em sede de primeiro interrogatório judicial de arguido detido, as perguntas sobre se já esteve alguma vez preso, quando e porquê e se foi ou não condenado e por que crimes e o dever, consequente, de responder com verdade (artigos 141.º, n.º 3, e 61.º, n.º 3, alínea b), na redação vigente).

²⁰ A norma declarada inconstitucional correspondia a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça (Assento n.º 2/93), o que colocou a questão de saber se as proposições interpretativas resultantes de acórdão prolatados em recursos extraordinários para fixação de

então a dispor que a alteração da qualificação jurídica dos factos descritos na acusação ou na pronúncia é comunicada ao arguido, sendo-lhe concedido, a requerimento, o tempo estritamente necessário para a preparação da defesa.

O Ac. n.º 186/98 declarou inconstitucional, com força obrigatória geral, a *norma do artigo 40.º do CPP, na parte em que permite a intervenção no julgamento do juiz que, na fase de inquérito, decretou e posteriormente manteve a prisão preventiva do arguido*, por violação do princípio da imparcialidade (artigo 32.º, n.º 5, da Constituição). Este preceito do Código passou a prever expressamente, como causa de impedimento do juiz para intervir em julgamento, a aplicação e a manutenção da prisão preventiva nas fases de inquérito ou de instrução ²¹.

O Ac. n.º 416/2003 julgou inconstitucional o n.º 4 do artigo 141.º do CPP, *interpretado no sentido de que, no decurso do interrogatório do arguido detido, a “exposição dos factos que lhe são imputados” pode consistir na formulação de perguntas gerais e abstratas, sem concretização das circunstâncias de tempo, modo e lugar em que ocorreram os factos que integram a prática desses crimes, nem comunicação ao arguido dos elementos de prova que sustentam aquelas imputações e na ausência da apreciação em concreto da existência de inconveniente grave naquela concretização e na comunicação dos específicos elementos probatórios em causa*, por violação do direito de defesa do arguido (artigos 28.º, n.º 1, e 32.º, n.º 1, da Constituição) ²². Aquele artigo passou a dispor que, *no decurso do primeiro interrogatório de arguido detido, o juiz informa o arguido dos motivos da detenção, dos factos que lhe são concretamente imputados, incluindo, sempre que forem conhecidas, as circunstâncias de tempo, lugar e modo e dos elementos do processo que indiciam os factos imputados, sempre que a sua comunicação não puser em causa a investigação, não dificultar a descoberta da verdade nem criar perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime, ficando as informações a constar do auto de interrogatório*. Por seu turno, no n.º 1 do artigo 61.º do Código foi acrescentado ao elenco dos direitos processuais que o arguido goza em qualquer fase do processo o *direito de ser informado dos factos que lhe são imputados antes de prestar declarações perante qualquer entidade*. E o artigo 194.º, n.º 5, alíneas a) e b), do mesmo Código passou a estatuir que *a fundamentação do despacho que aplicar qualquer medida de coação ou de garantia patrimonial contém, sob pena de nulidade, a descrição dos factos concretamente imputados ao arguido, incluindo sempre que forem conhecidas, as circunstâncias de tempo, lugar e modo, bem como a enunciação dos ele-*

jurisprudência são “normas” para o efeito de serem fiscalizadas pelo Tribunal Constitucional. Questão à qual foi dada resposta positiva.

²¹ A alteração legislativa ocorreu em 1998. Deve salientar-se que a partir de 2007 o artigo passou a dispor num sentido diferente. Sobre esta problemática, importam ainda os Acs. n.ºs 29/99, 338/99, 423/2000, 297/2003 e 129/2007.

²² Este julgamento foi reiterado no Ac. n.º 607/2003.

mentos do processo que indiciam os factos imputados, sempre que a sua comunicação não puser gravemente em causa a investigação, impossibilitar a descoberta da verdade ou criar perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime (atualmente artigo 194.º, n.º 6).

O Ac. n.º 418/2003 julgou inconstitucional a *norma segundo a qual, em caso de manutenção superveniente da prisão preventiva por nova decisão do juiz de instrução antes de decorrido o prazo a que se refere o artigo 213.º, n.º 1, do CPP, na pendência de recurso da primeira decisão, se torna inútil o conhecimento do recurso*, por violação do direito ao recurso (artigo 32.º, n.º 1, da Constituição). Dispõe agora o artigo 213.º, n.º 5, do Código que *a decisão que mantenha a prisão preventiva ou a obrigação de permanência na habitação é suscetível de recurso nos termos gerais, mas não determina a inutilidade superveniente de recurso interposto de decisão prévia que haja aplicado ou mantido a medida em causa.*

No Ac. n.º 301/2006 foi julgada inconstitucional a *norma do artigo 465.º do CPP, na dimensão de que não pode haver um segundo pedido de revisão com novos fundamentos de facto, não anteriormente invocados, se o não requerer o Procurador-Geral da República*, por violação do direito à revisão de sentença (artigo 29.º, n.º 6, da Constituição). Prescreve agora o artigo 465.º daquele Código que *tendo sido negada a revisão ou mantida a decisão revista, não pode haver nova revisão com o mesmo fundamento.*

Pelos Acs. n.ºs 155/2007 e 228/2007 foi julgada inconstitucional a norma do artigo 172.º, n.º 1, do CPP, *quando interpretada no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz, a colheita coativa de vestígios biológicos (saliva) de um arguido, para determinação do seu perfil genético, quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita*, por se tratar de ato de competência reservada do juiz de instrução (artigos 25.º, 26.º e 32.º, n.º 4, da Constituição). Os artigos 154.º, n.º 2 (atual n.º 3), e 172.º, n.º 2, do Código passaram a estatuir que *a perícia e o exame sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento são ordenados por despacho do juiz, que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado.*

4. O Tribunal Constitucional tem utilizado como parâmetro diversas normas constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias, na apreciação da conformidade constitucional de normas de natureza processual penal, aplicando o regime previsto no artigo 18.º da Constituição, que confere uma especial força jurídica àquelas normas, na medida em que estatui que “qualquer restrição de direitos, liberdades e garantias só é constitucionalmente legítima se (i) for autorizada pela Constituição (artigo 18.º, n.º 2, 1.ª parte); (ii) se estiver suficientemente sustentada em lei da Assembleia da República ou em decreto-lei autorizado (artigo 18.º, n.º 2, 1.ª parte e

165.º, n.º 1, alínea b); (iii) se visar a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (artigo 18.º, n.º 2, *in fine*); (iv) se for necessária a essa salvaguarda, adequada para o efeito e proporcional a esse objetivo (artigo 18.º, n.º 2, 2.ª parte); (v) se tiver carácter geral e abstrato, não tiver efeito retroativo e não diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (artigo 18.º, n.º 3)” (Ac. n.º 155/2007).

4.1. A exigência constitucional de que a restrição de direitos, liberdades e garantias ocorra por via de *lei parlamentar* ou de *decreto-lei autorizado* pela Assembleia da República foi aferida, por exemplo, nos Acs. n.ºs 155/2007, 228/2007 e 486/2009.

Nos primeiros, estava em apreciação o já mencionado artigo 172.º, n.º 1, do CPP, na redação anterior à vigente, *quando interpretado no sentido de possibilitar a colheita coativa de vestígios biológicos para determinação do perfil genético do arguido, quando este tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita*. O Tribunal indagou se havia, no caso, *habilitação legal suficiente*, depois de ter concluído que a norma conflitua com o âmbito constitucionalmente protegido do direito à *integridade pessoal* (artigo 25.º da Constituição), do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, enquanto *liberdade geral de actuação* (artigo 26.º, n.º 1, da Constituição), do direito à *reserva da intimidade da vida privada* (artigo 26.º da Constituição) e do direito à *autodeterminação informacional* (artigos 26.º e 35.º da Constituição) e que a Constituição autoriza a restrição destes direitos, tendo em vista a prossecução das finalidades próprias do processo penal. Não se vislumbrando que as restrições em causa não constituam um meio adequado para a prossecução dos fins visados, que não sejam necessárias para alcançar tais fins e que sejam manifestamente excessivas ou desproporcionadas. Ao Tribunal foi posta a questão de saber se existia no *quadro normativo português* algum preceito legal a autorizar a recolha coerciva de material biológico para posterior análise genética não consentida e valoração como prova no processo penal; e, em caso afirmativo, se o quadro legal existente tinha *densidade normativa suficiente*. As duas questões foram respondidas positivamente: havia quadro legal habilitante por via da conjugação dos preceitos constantes do artigo 6.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto, e do artigo 172.º daquele Código; a norma do caso tinha densidade normativa suficiente, na medida em que decorria dela que a colheita de material biológico através da técnica da zaragatoa bucal era realizada apenas para efeitos de determinação do perfil genético do arguido em termos de possibilitar a comparação com outros vestígios biológicos encontrados no local do crime. Tratando-se da mera fixação de um perfil genético *na medida do estritamente necessário, adequado e indispensável para comparação com vestígios colhidos no local do crime*, ficava à partida delimitado o âmbito do exame e excluída qualquer possibilidade legítima de tratamento do material recolhido em termos que permitisse aceder a informação sensível que excedesse a

absolutamente indispensável ao fim visado, ou seja, à comparabilidade referida ²³.

No Ac. n.º 486/2009 estava em apreciação a *norma constante do n.º 1 do artigo 187.º do CPP, na redação anterior à Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, quando interpretada no sentido de que o respetivo conteúdo abrange o acesso à faturação detalhada e à localização celular* ²⁴. Depois ter concluído que os dados da faturação detalhada e os dados da localização celular que fornecem a posição geográfica do equipamento móvel com base em atos de comunicação são dados de tráfego respeitantes às telecomunicações, encontrando-se, por isso, abrangidos pela proteção constitucional conferida ao sigilo das telecomunicações (artigo 34.º, n.º 4), o Tribunal indagou se a expressão “interceção e gravação de conversações ou comunicações telefónicas”, constante do n.º 1 do artigo 187.º — a norma legal habilitante das escutas telefónicas — comportava ou não o acesso àqueles dados. A resposta foi positiva por se ter entendido que a permissão de realização de interceções e de gravações de conversações ou comunicações telefónicas abrange não só o acesso ao conteúdo dessas comunicações, mas também a todos os dados fornecidos pela realização dessas interceções.

4.2. A especial proteção que a Constituição dispensa ao domicílio (artigos 32.º, n.º 8, e 34.º, n.ºs 1, 2 e 3) justifica que haja jurisprudência abundante nesta matéria, sendo aí evidente o intuito de delimitar/definir o conceito constitucional de “domicílio”: os segmentos habitacionais dos grupos e caravanas de pessoas nómadas, em trânsito ou estacionados, integram o objeto do direito à inviolabilidade do domicílio, tido como uma expressão do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (Ac. n.º 452/89); sendo o domicílio uma projeção espacial da pessoa que reside em certa habitação, deve ser devidamente acautelado o direito à inviolabilidade do domicílio daquele que não é visado pela busca, designadamente através do consentimento para penetrar no espaço em causa, havendo nestes casos uma titularidade plúrima deste direito fundamental (Ac. n.º 507/94); a natureza íntima ou privada dos atos praticados em certo local (quartos anexos a uma discoteca, onde, além do mais, se praticam relações sexuais entre indivíduos) não implica a qualificação do espaço em causa como domicílio (Ac. n.º 364/2006) ^{25 26}. Recentemente o Tribunal julgou inconstitucional, por violação do n.º 3 do artigo 34.º da Constituição «a norma da alínea *b*) do n.º 3, com referência à *al. b*) do n.º 2 do art. 177.º do CPP, quando interpretada no sentido de que o ‘consen-

²³ A conclusão não foi unânime: ao Ac. n.º 228/2007 foi aposta declaração de voto no sentido de não haver habilitação legal suficiente por falta de habilitação legal específica, por se entender que «a “densificação” *judicial* da norma habilitante não pode suprir a necessária habilitação *legislativa* específica».

²⁴ Cf. artigo 189.º, n.º 2, do CPP, na redação de 2007.

²⁵ Esta jurisprudência foi recenseada no Relatório mencionado na nota 16.

²⁶ Sobre o último acórdão, criticamente, COSTA ANDRADE, “Domicílio, intimidade e Constituição”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 138.º, N.º 3953, p. 97 e ss.

timento' para a busca no domicílio do arguido possa ser dado por pessoa diferente deste, mesmo que tal pessoa seja um co-domiciliado com disponibilidade da habitação em causa» (Ac. n.º 126/2013).

O Tribunal entendeu que já extravasa o âmbito normativo de proteção do artigo 34.º da Constituição a sede e o domicílio profissional de pessoas coletivas, não estando por isso na competência reservada do juiz ordenar aí uma busca, por decair a razão de ser da norma constitucional. "O bem protegido com a inviolabilidade do domicílio e o étimo de valor que lhe vai associado têm a ver com a subtração aos olhares e ao acesso dos outros da esfera espacial onde se desenrola a vivência doméstica e familiar da pessoa, onde ela, no recato de um espaço vedado a estranhos, pode exprimir livremente o seu mais autêntico modo de ser e de agir (...). A suscetibilidade, em princípio, de extensão da tutela da privacidade às pessoas coletivas [artigo 12.º, n.º 2, da Constituição], não implica (...) que ela atue nesse campo, em igual medida e com a mesma extensão com que se afirma na esfera da titularidade individual. Dessa tutela estarão excluídas, forçosamente, as dimensões nucleares da intimidade privada, que pressupõem a personalidade física" (Acs. n.ºs 593/2008 e 596/2008).

4.3. A questão de constitucionalidade posta no Ac. n.º 607/2003 não teve a ver propriamente com a conformidade constitucional da norma ao abrigo da qual foi efetuada determinada busca domiciliária, mas antes com a norma de acordo com a qual foi valorado um meio de prova assim obtido, no caso um diário íntimo²⁷. O Tribunal julgou inconstitucional a *interpretação extraída do artigo 126.º, n.ºs 1 e 3, do CPP de Processo Penal, segundo a qual, uma vez salvaguardada a legalidade da obtenção dos diários, o tribunal poderá valorar, em sede probatória, sem sujeição a quaisquer limites, todo o seu conteúdo, independentemente da sua diversa natureza, por tal interpretação normativa não estar conforme com o âmbito de tutela conferido constitucionalmente ao direito à reserva da intimidade da vida privada* (artigos 1.º, 26.º, n.º 1, e 32.º, n.º 8, da Constituição). O julgamento de inconstitucionalidade assentou, fundamentalmente, no seguinte: a legalidade do meio de obtenção da prova que é a busca domiciliária não legitima sem mais a valoração do meio de prova obtido (a legalidade da busca distingue-se da possibilidade de valoração probatória do conteúdo do diário); há que aferir se o conteúdo do diário tem a ver com o domínio absolutamente interno do seu autor, apresentando um cunho vivencial puramente pessoal, caso em que é inadmissível a valoração, ou se envolve antes a esfera dos outros, designadamente das vítimas, estando para lá de um foro exclusivo interno, caso em que já é admissível a valoração probatória; nestes casos a valoração também não fica imediata e automaticamente justificada pela invocação do interesse público fundamental subjacente à investigação criminal, havendo que ponderar se a

²⁷ Sobre isto, Relatório mencionado na nota 16.

utilização de textos extraídos de um diário é necessária, adequada e proporcionada para a investigação do crime ou para a concreta decisão a tomar; os critérios de admissibilidade constitucional de diários não têm necessariamente de coincidir quando está em causa aferir da existência dos pressupostos de aplicação de uma medida de coação, como a prisão preventiva, ou quando se trata de apurar a responsabilidade penal em sede de julgamento, uma vez que importa ter em conta na ponderação quer a especificidade dos distintos momentos processuais em causa, quer a diferente natureza, pressupostos e finalidades daqueles atos processuais.

4.4. No Ac. n.º 81/2007 o Tribunal apreciou *norma do artigo 79.º, n.º 2, do Código Civil* (Direito à imagem), *na interpretação segundo a qual pode ser mantida nos autos, por “exigências de polícia ou de justiça”, a imagem de terceiro, não indiciado como suspeito, que foi, conjuntamente com outras fotografias de figuras públicas, utilizada sem o seu consentimento, durante o inquérito, para identificação pelas vítimas de suspeitos que são arguidos em processo penal, ainda sem decisão transitada em julgado.* O julgamento de não inconstitucionalidade assentou, fundamentalmente, em dois juízos: a norma contende com um direito fundamental submetido ao regime dos direitos, liberdades e garantias — o *direito à imagem* (artigo 26.º, n.º 1, da Constituição), o direito a controlar a captação, recolha e utilização de sinais visualmente identificadores da pessoa e, em particular, do retrato; a restrição em causa visa a *salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*, ou seja, visa salvaguardar as *garantias de defesa dos arguidos* (artigo 32.º, n.º 1, da Constituição), em relação aos quais a fotografia foi utilizada como meio de identificação, os quais poderão querer contestar a identificação feita ou, até, invocar e provar a ilegalidade de atos de inquérito. Trata-se aqui não propriamente da harmonização das finalidades de descoberta da verdade material (e realização da justiça) e de proteção dos direitos fundamentais, mas antes da harmonização de direitos fundamentais concorrentes elevados ao estatuto de “direitos, liberdades e garantias” — o direito à imagem de terceiro e o direito de defesa do arguido. Não podendo dizer-se, conclui o Tribunal, que a afetação da imagem de terceiro não indiciado como suspeito, enquanto direito ao controlo da recolha e utilização do retrato, seja um efeito desproporcionadamente gravoso, quando seja confrontada com a posição dos arguidos no processo penal, que podem ter de recorrer às fotografias em causa para se defender, ou dos lesados por atos de investigação processual penal violadores da lei (incluindo, até, outros titulares de fotografias incluídas no processo).

4.5. Na apreciação de uma norma em matéria de escutas telefónicas esteve também presente um eventual conflito entre o direito fundamental ao contraditório (artigo 32.º, n.º 5, da Constituição) e o direito à reserva da intimidade da vida privada (artigo 26.º da Constituição). Estava em causa a norma do artigo 188.º, n.º 3, do CPP, na redação anterior à atual, quando

interpretada no sentido de que o juiz de instrução pode destruir o material coligido através de escutas telefônicas, quando considerado não relevante, sem que antes o arguido dele tenha conhecimento e possa pronunciar-se sobre o eventual interesse para a sua defesa. O Tribunal decidiu-se por um julgamento de não inconstitucionalidade entendendo que “o arguido não tem o direito nem interesse processual a contraditar as provas produzidas no inquérito que foram consideradas irrelevantes (e que não servem de fundamento à acusação), como não tem direito nem interesse processual em conhecer todos os expedientes ou diligências de que os órgãos de polícia criminal se serviram, segundo as estratégias de investigação que consideraram em cada momento adequadas ao caso e que podem, entretanto ter sido abandonadas”; e que “tendo em conta o sentido jurídico-constitucional do princípio do acusatório e a possibilidade de colisão entre o interesse processual em manter intactas as provas coligidas através de interceção e gravação de comunicações e o correspondente risco de devassa da reserva de intimidade da vida privada, cabe na liberdade de conformação legislativa adotar um critério mais ou menos restritivo no que se refere ao momento em que, no decurso do processo penal, deverá efetuar-se a destruição dos elementos de prova considerados irrelevantes” (Ac. n.º 70/2008).

5. Em matéria de aplicação da lei criminal devem destacar-se os Acs. n.ºs 247/2009 e 551/2009, de onde se deduz que o Tribunal tem admitido que a questão de constitucionalidade dos regimes de aplicação da lei processual penal no tempo pode e deve ser vista à luz do princípio constitucional da aplicação da lei mais favorável constante do n.º 4 do artigo 29.º da Constituição. Questão diferente é a de saber se o conteúdo de sentido do princípio da legalidade em matéria criminal é extensível ao processo penal.

A resposta a esta questão foi afirmativa nos Acs. n.ºs 186/2013 e 324/2013, lendo-se no último que é de «concluir que, constituindo o princípio da legalidade “a mais sólida garantia das pessoas contra possíveis arbítrios do Estado, não se vê porque não haja ele de estender-se, na medida imposta pelo seu conteúdo de sentido, ao processo penal, cuja regulamentação pode a todo o momento pôr em grave risco a liberdade das pessoas”. No sentido preciso de o recurso à analogia em processo penal estar vedado, sempre que venha a traduzir-se “num *enfraquecimento da posição* ou numa *diminuição dos direitos processuais do arguido* (desfavorecimento do arguido, analogia ‘in malam partem’)”»²⁸.

²⁸ A apreciação da conformidade constitucional das normas em causa (as duas por referência ao artigo 400.º do CPP), tendo como parâmetro o princípio da legalidade em matéria criminal, deu como resolvida a questão de saber se se enquadrava no âmbito dos poderes de cognição do Tribunal Constitucional. Entendeu-se que estava em causa a apreciação de uma *norma* que, por isso mesmo, era suscetível de controlo por parte do Tribunal (assim, cf. *supra* ponto 5.1. da parte relativa ao direito penal).

III — DIREITO DA EXECUÇÃO DAS SANÇÕES PRIVATIVAS DA LIBERDADE

Aos princípios constitucionais não escritos, já mencionados, acresce o *princípio da socialização dos condenados*, que a jurisprudência constitucional autonomiza, na falta de disposição constitucional expressa, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 25.º, n.º 1) e de outras normas constitucionais escritas (artigos 1.º, 2.º, 9.º, alínea d), e 18.º), concluindo que incumbe ao Estado a tarefa de proporcionar ao condenado as condições necessárias para a sua reintegração na sociedade (Acs. n.ºs 43/95, 1/2001, 336/2008 e 427/2009).

A introdução do n.º 5 do artigo 30.º da Constituição, a jurisdicionalização da fase de execução das sanções criminais e a opção político-criminal no sentido da flexibilização e da previsão de formas diversificadas de execução evidenciam-se ao nível da jurisprudência constitucional.

Uma das questões postas ao Tribunal é a de saber o que deve estar, afinal, incluído na reserva de juiz, devendo ser consequentemente subtraído da competência da administração prisional. Sobre isso incidiu o Ac. n.º 427/2009, mediante o qual houve pronúncia no sentido da não inconstitucionalidade das normas que atribuíam competência ao Diretor-Geral dos Serviços Prisionais para colocar o condenado em regime aberto no exterior. Mas julgou inconstitucional, «por violação do disposto nos artigos 20.º, n.º 1, e 30.º, n.º 5, da Constituição, a norma do artigo 200.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (...), quando interpretada no sentido não ser impugnável a decisão administrativa de manutenção do recluso em regime de segurança» (Ac. n.º 20/2012).

A norma que ditava a irrecorribilidade da decisão judicial que negasse a liberdade condicional também foi apreciada pelo Tribunal. Foi apreciada em dois momentos temporalmente distintos: no Ac. n.º 321/93, mediante o qual não foi julgada inconstitucional; e no Ac. n.º 638/2006, através do qual foi julgada inconstitucional, «por violação do princípio do Estado de Direito consagrado no artigo 2.º, dos artigos 20.º, n.º 1, e 27.º, n.º 1, e do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, a norma do artigo 127.º do Decreto-Lei n.º 783/76, de 29 de outubro, na parte em que não admite o recurso das decisões que neguem a liberdade condicional». Ainda nesta matéria, já foi julgada não «inconstitucional a norma do n.º 2 do artigo 64.º do CP, interpretada no sentido de que o tempo que o condenado passou em liberdade condicional, sem cometer qualquer crime, não deve ser considerado tempo de prisão e, como tal, deduzido no tempo de prisão que lhe falta cumprir em virtude da revogação da liberdade condicional» (Ac. n.º 181/2010).

Contrapondo a liberdade condicional à adaptação à liberdade condicional, o Tribunal entendeu que é constitucionalmente conforme norma que estatua a irrecorribilidade da decisão judicial que não coloque antecipadamente o condenado em regime de permanência na habitação, com fiscalização por

meios técnicos de controlo à distância, para o efeito de adaptação à liberdade condicional (Ac. n.º 150/2013).

Num tempo em que a lei prevê de forma alargada a modificação da execução da pena de prisão, é de destacar que, através do Ac. n.º 493/99, o Tribunal não julgou inconstitucional a norma do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 36/96, de 29 de agosto, diploma que então incidia sobre os condenados afetados por doença grave e irreversível.

Recentemente e quanto ao estatuto do condenado em pena de prisão, o Tribunal entendeu, louvando-se no artigo 30.º, n.º 5 da Constituição, que o cidadão que se encontra em cumprimento de pena de prisão não é elegível para os órgãos das autarquias locais (Ac. n.º 550/2013).