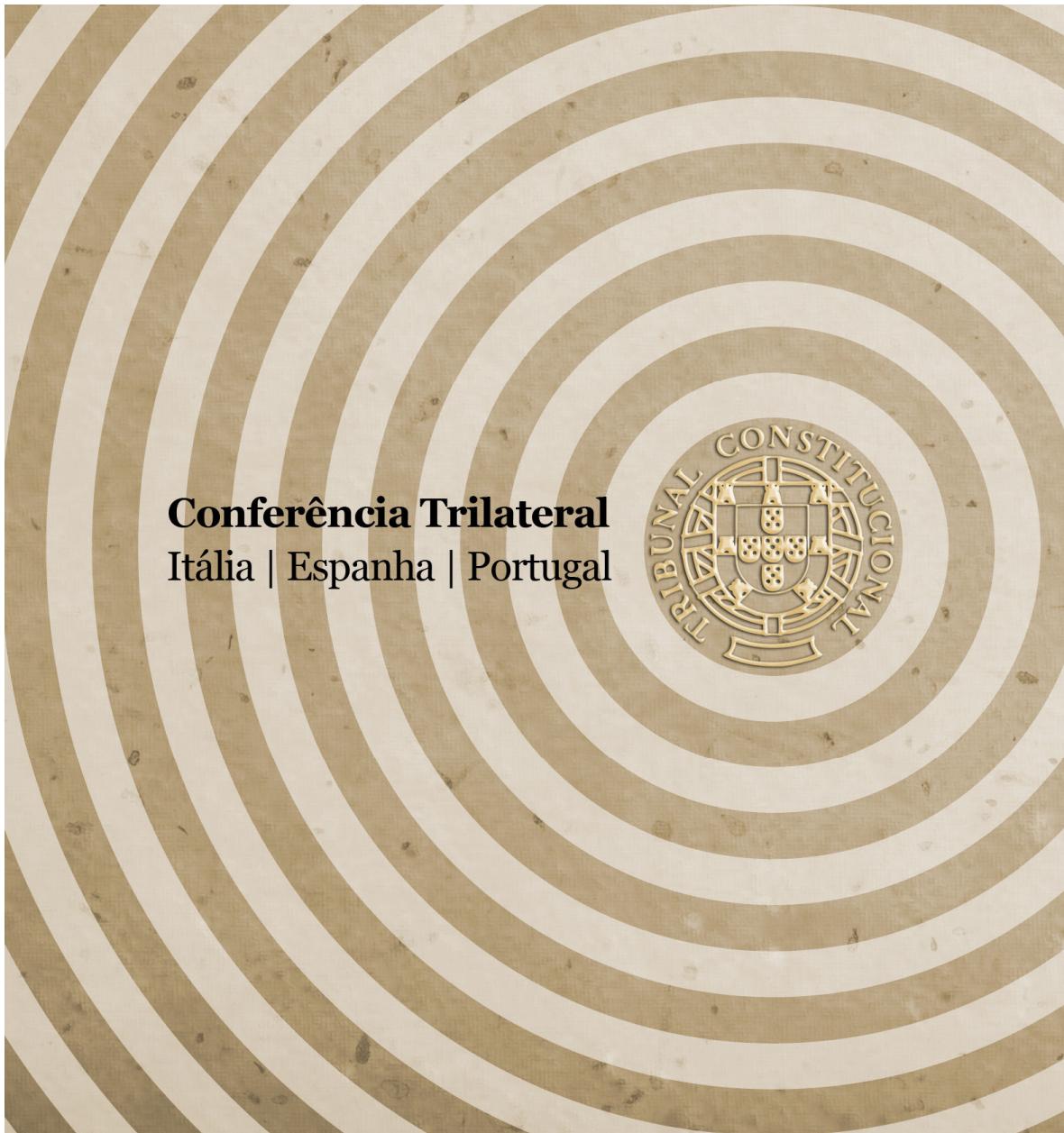




TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Conferência Trilateral
Itália | Espanha | Portugal

XIII Conferência Trilateral Itália | Espanha | Portugal

RELATÓRIO PORTUGUÊS
“A Constituição e os princípios penais”
Elaborado pela Juíza Conselheira Maria João Antunes
Madrid, 13 a 15 de Outubro de 2011



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Na Constituição da República Portuguesa (CRP) há um número significativo de normas e princípios que incidem expressamente sobre matéria penal. Integram-se na constituição penal escrita a estatuição de que *em caso algum haverá pena de morte* (artigo 24.º, n.º 2); a proibição de *penas cruéis, degradantes ou desumanas* (artigo 25.º, n.º 2); a determinação de que *ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança* (artigo 27.º, n.º 1); a estatuição de que *ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofre medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior, sem prejuízo da punição, nos limites da lei interna, por acção ou omissão que no momento da sua prática seja criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comummente reconhecidos* (artigo 29.º, n.ºs 1 e 2); a proibição de *penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente combinadas em lei anterior* (artigo 29.º, n.º 3); a determinação de que *ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido* (artigo 29.º, n.º 4); a proibição de *penas ou medidas de segurança privativas ou restritivas da*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida (30.º, n.º 1)¹; a admissibilidade de prorrogação judicial das medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade, em caso de perigosidade baseada em grave anomalia psíquica e na impossibilidade de terapêutica em meio aberto, enquanto tal estado se mantiver (artigo 30.º, n.º 2); a insusceptibilidade de transmissão da responsabilidade penal (artigo 30.º, n.º 3); a proibição de a pena envolver como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos (30.º, n.º 4); a determinação de que os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução (30.º, n.º 5); a estatuição de que a extradição de cidadão português do território nacional só é admitida, em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada, e desde que a ordem jurídica do Estado requisitante consagre garantias de um processo justo e equitativo (artigo 33.º, n.º 3); a determinação de que só é admitida a extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional e desde que o Estado requisitante ofereça garantias de que tal sanção não será aplicada ou executada, sem prejuízo da aplicação de normas de cooperação judiciária penal estabelecidas no

¹ Este parâmetro já foi convocado para aferir da conformidade constitucional das normas do Código Penal que prevêem a pena relativamente indeterminada, tendo sido feito um julgamento de não constitucionalidade (Acórdãos n.ºs 43/96 e 549/94). Estes acórdãos e os demais citados estão disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*âmbito da União Europeia (artigo 33.º, n.ºs 4 e 5); a proibição de *extradição ou entrega a qualquer título, por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física* (artigo 33.º, n.º 6); a remissão para *lei que determine os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, bem como as sanções aplicáveis e os respectivos efeitos, que podem incluir a destituição do cargo ou a perda do mandato* (artigo 117.º, n.º 3); a *irresponsabilidade criminal dos Deputados pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções* (artigo 157.º, n.º 1); a *reserva de competência legislativa da Assembleia da República, salvo autorização ao Governo, para a definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos* (artigo 165.º, n.ºs 1, alínea c), e 2); a *ressalva dos casos julgados, quanto aos efeitos repristinatórios da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional, quando a norma penal for de conteúdo menos favorável ao arguido* (artigo 282.º, n.ºs 1 e 3).*

Além destes preceitos constitucionais, há 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 explanados². Na tarefa de intérprete da Constituição que lhe está cometida, o Tribunal Constitucional chegou a três parâmetros fundamentais de controlo da

² Assim, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7^a edição, Almedina, pp. 920 e s. e 1195 e ss. Expressamente neste sentido, a propósito do princípio da subsidiariedade do direito penal, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 634/93.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

constitucionalidade de normas penais: o *princípio jurídico-constitucional do “direito penal do bem jurídico”*³; o *princípio jurídico-constitucional da culpa*; e o *princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade das sanções penais*. A estes princípios 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 (Acórdãos n.ºs 43/95, 1/2001, 336/2008 e 427/2009).

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 CRP, a partir da revisão constitucional de 1982, de acordo com o qual, *as restrições legais aos direitos liberdades e garantias, nos casos*

³ 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 protecção 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 protecção não possa ser suficiente e adequadamente garantida de outro modo” (Acórdãos n.ºs 85/85 e 99/2002). 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 (Acórdãos 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 intervenga 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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*”⁴. 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*” (Acórdãos 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 *objectivos políticos* do legislador quanto à sua *correcção e oportunidade*, bem como os *prognósticos* feitos pelo legislador, quanto ao resultado futuro da sua obra” (Acórdão n.º 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 CRP, a *inconstitucionalidade da norma do artigo 132.º do Código Penal 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 directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do mesmo navio* (Acórdão n.º 527/95). Face a um direito penal de justiça, assente na dignidade da pessoa

⁴ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *loc. cit.*, p. 45.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 hão-de ser sempre o último recurso das medidas legislativas 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.

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 (Acórdão 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 não pode confundir com um juízo sobre o mérito da lei, pelo que não cabe ao Tribunal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 (Acórdão n.º 634/93), conclui-se que a limitação da liberdade de conformação legislativa só pode "ocorrer quando a punição criminal se apresente como *manifestamente excessiva*".

Não mereceu, por isso, censura jurídico-constitucional (Acórdão 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 constitucionalidade, 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

adequação, da necessidade e da proporcionalidade (em sentido estrito) desta mesma intervenção (Acórdãos 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 objecto de referendo em matéria de descriminalização/despenalização da interrupção voluntária nas primeiras dez semanas de gravidez e no arresto que, já em sede de fiscalização abstracta sucessiva, não declarou a inconstitucionalidade das *normas de acordo com as quais não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, 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* (Acórdãos n.ºs 288/98 e 617/2006 e 75/2010, respectivamente)⁵.

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, subjectivado em cada indivíduo, integra igualmente uma dimensão objectiva, em que se enquadra a protecção da vida humana intra-uterina; a protecção da vida humana em gestação

⁵ No último acórdão as disposições legais pertinentes são o artigo 142.º, n.ºs 1, alínea e), e 4, alínea b), do Código Penal e as da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, e da Portaria n.º 741-A/2007, de 21 de Junho.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

não assume, porém, o mesmo grau de densificação nem as mesmas modalidades que a protecção do direito à vida individualmente subjectivado 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 protecção 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 nasciturno; nada impõe constitucionalmente que a protecção da vida humana em gestação tenha de ser efectivada, 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 protecção 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 afectação, 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 protecção 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de direito infraconstitucional, designadamente prestações públicas no domínio da educação sexual, do planeamento familiar e do apoio à maternidade e à família⁶.

2.3. É também a partir do princípio constitucional do “direito penal do bem jurídico”, que o Tribunal tem apreciado a conformidade constitucional de normas que prevêem crimes de perigo, abstracto e concreto (Acórdãos 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 abstracto), 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 efectiva 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 acção que tem em geral aptidão para ser elemento do processo causal dos danos (dos consumidores e da sociedade) ligados ao tráfico de estupefacientes (Acórdão n.º 426/91); bem como a que prevê e pune a condução de veículo em estado de embriaguez, uma vez visa antecipar a protecção de um bem jurídico valioso – a segurança rodoviária – que encerra em si próprio diversos outros bens jurídicos

⁶Nas declarações de voto que foram sendo apostas aos acórdãos é notório que o Tribunal foi divergindo quanto ao âmbito de protecção do artigo 24.º da CRP, relativamente à existência de uma imposição constitucional de tutela penal da vida humana, intra e extra 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

individualizáveis, tais como o direito à vida e à integridade física de terceiros ou o direito à propriedade privada (Acórdão n.º 95/2011).

2.4. A legitimidade constitucional de crimes de perigo abstracto tem vindo a ser afirmada relativamente ao crime de lenocínio, em relação a norma incriminadora que deixou de conter o elemento típico “exploração de situações de abandono ou de necessidade económica” (Acórdãos n.ºs 144/2004, 196/2004, 303/2004, 170/2006, 396/2007, 522/2007 e 591/2007). 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 Código Penal).

O Tribunal tem entendido que subjacente à norma “está inevitavelmente uma perspectiva 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 perspectiva 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 acção, situações e actividades 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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”⁷.

3. O *princípio constitucional penal da culpa* é um dos princípios que a jurisprudência fez decorrer do texto da CRP, dos artigos 1.º e 25.º, n.º 1 (Acórdãos 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” (Acórdão 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 objectiva, obrigando ao estabelecimento de um nexo subjectivo – a título de dolo ou de negligência – entre o agente e o seu facto; obsta à punição sem culpa e à punição que excede a culpa (Acórdão n.º 426/91).

Com fundamento neste princípio constitucional penal, o Tribunal julgou inconstitucionais normas que previam penas fixas (Acórdãos n.ºs 70/2002, 22/2003, 124/2004 e 163/2004). “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, obviamente também das exigências de

⁷ É só maioritário, embora em larga medida (declaração apostila ao Acórdão n.º 396/2007), o entendimento de que não merece censura constitucional a norma que incrimine o fomento, favorecimento ou facilitação do exercício da prostituição de pessoa livre e auto determinada (Acórdão n.º 294/2004). O entendimento de que a norma do lenocínio “radica na protecção por meios penais contra a necessidade de utilizar a sexualidade como forma de subsistência, protecção directamente 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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" (Acórdão 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 contravencional* de utilização de transportes colectivos 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 (Acórdão 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 colectivas e equiparadas: o princípio da individualidade da responsabilidade criminal não tem consagração constitucional expressa; o artigo 2.º da CRP, na medida que comete ao Estado o respeito e a garantia de efectivação dos direitos fundamentais e o projecto de realizar a democracia económica, é verdadeiro parâmetro de conformidade com a Lei Fundamental da responsabilidade penal das pessoas colectivas (Acórdãos n.ºs 302/95, 212/95, 214/95).

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 CRP. 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,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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" (Acórdãos 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 abstracta 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 abstracta 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, normas do Código de Justiça Militar, na medida em que estabeleciam pena desproporcionadamente superior às previstas para o mesmo tipo de crime no Código Penal* (Acórdãos 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 Código Penal o mesmo comportamento com pena de prisão de 1 ano e 4 meses a 10 anos e 8 meses; no outro, o Código de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 infracção, assim deixando de observar o princípio da proporcionalidade, que exige que a gravidade das sanções criminais seja proporcional à gravidade do crime” (Acórdãos n.ºs 70/2002, 22/2003, 124/2004 e 163/2004).

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 relevantes, assim, toda a *carga axiológico-normativa* que lhe está subjacente” (Acórdão n.º 183/2008).

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 descriminalizadoras 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 CRP). 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 contra-ordenações factos anteriormente qualificados e punidos como ilícitos criminais (Acórdãos n.ºs 56/84 e 59/88). Quanto à segunda questão, o Tribunal tem entendido que “uma norma penal em branco só é susceptível 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 (Acórdãos n.ºs 427/95, 115/2008 e 428/2010).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Os juízes constitucionais têm divergido quanto à questão de saber se pode ser objecto 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 Infracções Tributárias* em matéria de actuação em nome de outrem, no sentido de abranger o *administrador de facto* (Acórdão n.º 128/2010); o tribunal recorrido interpretou o artigo 119.º, n.º 1, do Código Penal, na redacção 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 (Acórdão 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 abstracção e susceptíveis 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*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 acto 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 protecção da justiça constitucional quando é alegada a violação de uma tão importante garantia dos cidadãos (Acórdãos n.ºs 205/99, 258/99, 674/99, 483/2000, 196/2003, 305/2003, 183/2008. Este último foi tirado em plenário, tendo o Tribunal decidido, por maioria, tomar conhecimento do objecto 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 Código Penal. Lê-se até no Acórdão 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 CRP), o artigo 175.º do Código Penal, na redacção anterior à vigente depois de 2007, na parte em que punia a prática de actos 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 actos homossexuais de relevo se incluíam actos sexuais que não eram punidos enquanto actos heterossexuais de relevo (Acórdãos n.ºs 247/2005 e 351/2005). Na prática, tendo por referência a norma relativa à punição dos actos 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 actos sexuais de relevo).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 (Acórdãos 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 CRP.

6.1. Uma das questões que tem sido posta ao Tribunal tem sido a de saber qual é, afinal, o âmbito de protecção da norma constitucional segundo a qual se *aplicam retroactivamente 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 (Acórdãos 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 (Acórdão n.º 644/98).

Quando o Código Penal 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), a posição maioritária do Tribunal foi no sentido da não constitucionalidade desta norma penal. Entendendo que a CRP aceita como um valor próprio o respeito pelo caso julgado e não podendo deixar de perspectivar a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 (Acórdãos n.ºs 644/98). Mais recentemente, face à nova redacção do n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal, 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 constitucionalidade. 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. (Acórdãos 164/2008 e 265/2008).

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 reprise 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 CRP. A norma penal inconstitucional mais favorável não se aplica por si mesma e por força do n.º 4 do artigo 29.º da CRP, uma vez que o princípio da aplicação da lei mais favorável pressupõe a validade das normas em causa, não podendo prevalecer sobre



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

o princípio da constitucionalidade. A obrigação de aplicar, exclusivamente, normas constitucionais (artigo 204.º da CRP) precede e conforma a obrigação de aplicar as normas de conteúdo mais favorável ao arguido (Acórdãos n.ºs 56/84, 490/89, 175/90, 13/91 e 427/91).

7. 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 abstracta 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” (Acórdão n.º 304/2003). É, por isso, determinante saber se o que está efectivamente em causa é a *perda de um direito*. O Tribunal entendeu que não estava em causa 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 actividade cujo exercício é condicionado à prévia titularidade de uma licença” (Acórdão 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 activa dos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

definitivamente condenados a pena de prisão por crime doloso (ou por crime doloso infamante) enquanto não houvessem expiado a respectiva pena, por violação da *proibição constitucional da perda de quaisquer direitos políticos* enquanto efeito necessário da pena (Acórdão 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 (Acórdão 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 (Acórdão n.º 304/2003).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PARTE II

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*⁸, 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-constitucionalmente⁹. É até criticado o modo como o processo penal é marcado por normas, valorações, argumentações e conceptualizações de natureza jurídico-constitucional que podem descharacterizar o direito processual penal ao ponto de fazer dele uma “colónia do direito constitucional”¹⁰.

Na história do constitucionalismo português a Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP) é aquela que tem mais preceitos dedicados directamente ao processo penal. Diferentemente da Constituição que a antecedeu, a de 1933, os preceitos vão além dos que se referem aos pressupostos da prisão preventiva antes e depois da culpa formada, à matéria da instrução criminal e das garantias de defesa

⁸ CLAUS ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, München, 1987, p. 9.

⁹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra, edição policopiada, 1988-89, § 3.

¹⁰ 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

antes e depois da formação da culpa, à previsão da providência de *habeas corpus* e ao princípio da publicidade da audiência¹¹.

A CRP dispõe, de forma expressa, sobre a detenção, em flagrante delito e fora dele, estabelecendo o prazo máximo de duração desta privação da liberdade (artigos 27.º, n.º 3, alíneas *a*, *b*, *c*, *f* e *g*), e 28.º, n.º 1); o dever de informar, imediatamente e de forma compreensível, toda a pessoa privada da liberdade das razões da sua prisão ou detenção de dos seus direitos (artigo 27.º, n.º 4); o dever de indemnizar o lesado por privações da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei (artigo 27.º, n.º 5); a apreciação judicial da detenção (artigo 28.º, n.º 1); a admissibilidade da prisão preventiva e a natureza excepcional desta medida de coacção, que deverá estar sujeita aos prazos estabelecidos na lei (artigos 27.º, n.º 1, alíneas *b* e *c*), e 28.º, n.ºs 2 e 4); o dever de comunicação, a parente ou a pessoa da confiança do detido, da decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação da liberdade (artigo 28.º, nº 3); o direito de não ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime (artigo 29.º, n.º 5); o direito à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos em caso de condenação injusta (artigo 29.º, n.º 6); a providência de *habeas corpus* contra o abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal (artigo 31.º); a exigência de o processo penal assegurar todas as garantias de defesa, incluindo o direito ao recurso (artigo 32.º, n.º 1); a garantia da presunção de inocência do arguido até ao trânsito em julgado da sentença de condenação (artigo 32.º, n.º 2, primeira parte); o dever de o arguido ser julgado no mais curto prazo compatível com

¹¹ Neste sentido, RUI PINHEIRO/ARTUR MAURÍCIO, *A Constituição e o processo penal*, 2ª edição, Rei dos Livros, p. 23 e ss.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

as garantias de defesa (artigo 32.º, n.º 2, parte final); o direito de escolher defensor e ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e fases em que a assistência por advogado é obrigatória (artigo 32.º, n.º 3); a competência reservada do juiz para a instrução e para a prática dos actos instrutórios que se prendam directamente com os direitos fundamentais (artigo 32.º, n.º 4); a estruturação do processo segundo o modelo acusatório (artigo 32.º, n.º 5); a submissão da audiência de julgamento e dos actos instrutórios que a lei determinar ao princípio do contraditório (artigo 32.º, n.º 5); a dispensa do arguido ou acusado em actos processuais, incluindo a audiência de julgamento, nos casos definidos na lei, desde que assegurados os direitos de defesa (artigo 32.º, n.º 6); o direito de intervenção no processo por parte do ofendido (artigo 32.º, n.º 7); a nulidade de todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações (artigo 32.º, n.º 8); o princípio do juiz natural (artigo 32.º, n.º 9); a inviolabilidade do domicílio durante a noite, salvo em situação de flagrante delito ou mediante a autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei (artigo 34.º, n.º 3); a admissibilidade de ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal (artigo 34.º, n.º 4); a reserva de competência da Assembleia da República, salvo autorização ao Governo, para legislar em matéria de processo penal (artigo 165.º, n.º, alínea c), parte final); a intervenção do tribunal de júri, nos casos e com a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

composição que a lei fixar, no julgamento de crimes graves, salvo os de terrorismo e os de criminalidade altamente organizada (artigo 207.º, n.º 1); a competência do Ministério Público para exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade (artigo 219.º, n.º 1); e a proibição da existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes, sem prejuízo do que se dispõe sobre tribunais militares (artigos 209º, n.º 4, e 213.º). Dispõe, ainda, sobre desvios à regra da aplicação da lei processual penal a todas as pessoas, quando esteja em causa a responsabilização do Presidente da República por crimes praticados no exercício das suas funções e fora dele (artigos 130.º e 163.º, alínea c)); quando os Deputados devam ser ouvidos como declarantes ou arguidos (artigo 157.º, n.º 2); quando se trate de detenção ou prisão de Deputado (artigo 157.º, n.º 3); ou quando seja caso de efectivação da responsabilidade criminal de membros do Governo (artigo 196.º, n.º 1).

Têm também incidência no processo penal normas constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias, onde se incluem o direito à integridade pessoal (artigo 25.º); os direitos à identidade pessoal, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º); o direito à liberdade e à segurança (artigo 27.º, n.º 1); regras sobre a aplicação da lei criminal (artigo 29.º, n.ºs 1 e 4)¹²; a inviolabilidade do domicílio, da correspondência e de outros meios de comunicação privada (artigo 34.º, n.º 1); a liberdade de consciência, de religião e de culto (artigo 41.º); e o direito de deslocação em qualquer parte do território nacional

¹² No sentido de as normas processuais penais de natureza substantiva ou material caírem no âmbito de protecção do artigo 29.º da CRP, cf. Acórdãos n.ºs 247/2009 e 551/2009.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(artigo 44.º). Bem como disposições constitucionais gerais, como a do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva (artigo 20.º), a que estatui que incumbe à lei de definir e assegurar a protecção adequada do segredo de justiça (artigo 20.º, n.º 3); a que garante que a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstas na lei (artigo 34.º, n.º 2); e a que impõe que as audiências dos tribunais são públicas, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento (artigo 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 funções de participantes/sujeitos processuais: do juiz (artigos 202.º, n.ºs 1 e 2, 203.º, 215.º, 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) actualmente em vigor é de 1987, sucedendo ao Código de 1929. O Código, em vigor desde 1 de Janeiro de 1988, tem sido objecto de alterações legislativas sucessivas, sendo as mais relevantes as introduzidas pelas Leis n.ºs 59/98, de 25 de Agosto, e 48/2007, de 29 de Agosto.

O novo Código estrutura o processo penal a partir de um modelo acusatório integrado por um princípio subsidiário de investigação, pretendendo desta forma dar cumprimento à exigência de harmonização das finalidades, necessariamente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

antinómicas e conflituantes, que são pedidas ao processo penal de um Estado de direito democrático: a realização da justiça e a descoberta da verdade material, a tutela dos direitos dos cidadãos e muito particularmente do arguido e o restabelecimento da paz jurídicaposta em causa com a prática do crime¹³.

O Presidente da República requereu a fiscalização preventiva da constitucionalidade de um conjunto alargado de normas do CPP de 1987, formulando 16 questões de inconstitucionalidade. As questões que o Tribunal Constitucional decidiu pelo Acórdão 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 actos 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 acção 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

¹³ Para uma visão geral, cf. MARIA JOÃO ANTUNES, "La réforme de la procedure penale et la protection des droits de l'homme au Portugal", *Revue Internationale de Droit Penal*, ano 64, 1993, p. 1271 e s.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 direcção do inquérito – a fase do processo onde é investigada a notícia do crime (artigos 262.º, 263.º, 277.º e 283.º do CPP) –, sem prejuízo de o juiz de instrução praticar, ordenar e autorizar os actos que directamente se prendam com a esfera dos direitos fundamentais das pessoas (artigos 17.º, 268.º e 269.º do CPP) – entre outros, acórdãos n.ºs 23/90, 517/96, 581/2000, 395/2004 e 67/2006¹⁴. Neste enquadramento, foi julgada inconstitucional a norma que não fazia depender de autorização prévia do juiz de instrução a recolha coactiva de material biológico de um arguido para determinação do seu perfil genético (Acórdãos 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 (Acórdãos n.ºs 407/97, 426/2005, 4/2006) e de buscas (Acórdãos n.ºs 192/2001, 274/2007, 278/2007 e 285/2007)¹⁵.

¹⁴ Sem que isto signifique que esteja constitucionalmente reservada ao Ministério Público tal atribuição (Acórdãos n.ºs 234/2011 e 372/2011).

¹⁵ 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 privada e processo penal. Realidades e perspectivas constitucionais*). 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Foi também reiterado o juízo de não constitucionalidade 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 (Acórdãos 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 Acórdão n.º 7/87 face a norma que não previa a exigência de tal concordância (artigos 32.º, n.º 4, e 202.º da CRP).

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 objecto 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 constitucionalidade da norma por referência aos parâmetros que foram sendo convocados: os princípios da reserva da função jurisdicional, da legalidade da acção penal, do juiz natural, da separação de poderes e das garantias de defesa (Acórdãos n.ºs 393/89, 435/89, 143/90, 31/91, 212/91).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 (Acórdãos n.ºs 322/93, 265/94, 610/96, 189/2001, 418/2003, 263/2009, 645/2009 e 561/2009). O Tribunal foi julgando não constitucional 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 (Acórdãos n.ºs 265/94, 610/96, 468/97, 266/98, 387/99 e 430/2010). Perante um modelo como o da versão primitiva do CPP de 1987, em que das decisões do tribunal colectivo e do tribunal do júri havia recurso directo para o Supremo Tribunal de Justiça, o Tribunal julgou não constitucionais as normas que consagravam o sistema de revista alargada (artigos 433.º e 410.º, n.º 2, do CPP), entendendo que era preservado *o núcleo essencial do direito ao recurso, em matéria de facto*, contra sentenças penais condenatórias proferidas por tribunais colegiais (Acórdão 573/98, tirado em plenário). Perante o modelo vigente, que admite o duplo de recurso, o Tribunal julgou não constitucional a norma que estabelece a irrecorribilidade de acórdãos condenatórios proferidos, em recurso, pelas relações, que confirmem



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

decisão de 1.ª instância e apliquem pena de prisão não superior a 8 anos (Acórdãos n.ºs 263/2009 e 645/2009).

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 acção penal orientada pelo princípio da legalidade, de acordo com um estatuto que reconhece a autonomia desta magistratura (artigo 219.º, n.ºs 1 e 2) –Acórdãos n.ºs 38/89, 356/91, 538/2007 e 160/2010)¹⁶.

3. É em fiscalização concreta da constitucionalidade que o Tribunal Constitucional é mais frequentemente chamado a apreciar normas de natureza processual penal. Dados de 2010 revelam que, neste ano, aproximadamente 25% dos recursos interpostos incidiram sobre normas desta natureza¹⁷.

Como pode ser objecto 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

¹⁶ 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 com a jurisprudência espanhola)”, *La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Madrid, 2003, p. 1742, nota 13.

¹⁷ De acordo com os dados disponíveis, foram interpostos 793 recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade em matéria adjetiva e substantiva de direito civil, penal, administrativo, fiscal e laboral; seguramente 193 incidiram sobre normas de natureza processual penal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 perspective *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 (LTC)¹⁸, 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 coacção de suspensão do exercício da função pública, não abrange os titulares de cargos políticos* (acórdãos n.ºs 41/2000 e 444/2003). A CRP 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 CPP incorreria em inconstitucionalidade orgânica se fosse interpretado no sentido de abranger os titulares de órgãos representativos do

¹⁸ Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, alterada pelas Leis n.ºs 143/85, de 26 de Novembro, 85/89, de 7 de Setembro, 88/95, de 1 de Setembro, e 13-A/98, de 26 de Fevereiro. Segundo o disposto no n.º 3 do artigo 80.º da LTC, *no caso de o juízo de inconstitucionalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa*.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

poder local. Na ausência de norma na lei que define o regime de responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos (Lei n.º 34/87, de 16 de Julho) que remeta expressamente para o artigo 199.º do CPP.

Impôs também a interpretação de vários preceitos do CPP 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 (acórdãos n.º 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 CRP).

A norma constitucional que permite a dispensa da presença do arguido em actos processuais, incluindo a audiência de julgamento, foi introduzida na revisão constitucional de 1997. Até esta data, na ausência de norma expressa que permitisse o julgamento na ausência do arguido, o Tribunal (Acórdão 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, ínsitos na ideia de Estado de Direito democrático (artigo 1.º). O que tem sentido de haver um "direito-dever" de o arguido ser ouvido e de estar presente no julgamento.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.2. Os julgamentos que o Tribunal Constitucional tem vindo a fazer em fiscalização concreta da constitucionalidade têm-se repercutido depois em alterações legislativas subsequentes¹⁹. Ainda que a norma em causa nem sempre tenha sido objecto de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, na sequência de ter sido julgada inconstitucional em 3 casos concretos²⁰.

No acórdão 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 ínsito no artigo 32.º da CRP. 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 (Acórdão n.º 372/98 e, posteriormente, Acórdão n.º 127/2007).

No acórdão n.º 445/97 foi declarada inconstitucional, com força obrigatória geral, a *norma ínsita 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*

¹⁹ 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 Código de Processo Penal.

²⁰ De acordo com o que dispõe o artigo 82.º da LTC, *sempre que a mesma norma tiver sido julgada inconstitucional em 3 casos concretos, pode o Tribunal promover a organização de um processo que segue os termos do processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade*.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 CRP)²¹. O artigo 358.º, n.º 3, do CPP passou 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 acórdão 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 CRP). 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 instrução²².

O acórdão 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 abstractas, sem concretização das circunstâncias de tempo, modo e lugar em que ocorreram os factos que integram a prática desses crimes, nem

²¹ 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 jurisprudência são “normas” para o efeito de serem fiscalizadas pelo Tribunal Constitucional. Questão à qual foi dada resposta positiva.

²² A alteração legislativa ocorreu em 1998. Deve salientar-se que a partir de 2007 o artigo passou a dispor num sentido diferente: *nenhum juiz pode intervir em julgamento relativo a processo em que tiver aplicado medida de coacção de proibição e imposição de condutas, de obrigação de permanência na habitação e de prisão preventiva*. Sobre esta problemática, importam ainda os Acórdãos n.ºs 29/99, 338/99, 423/2000, 297/2003 e 129/2007.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 32º, n.º 1, da Constituição)²³. Dispõe agora o artigo 141.º, n.º 4, do CPP 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 indicam 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 CPP 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. Estatuindo agora o artigo 194.º, n.º 5, alíneas a) e b) do CPP que a fundamentação do despacho que aplicar qualquer medida de coacção 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 elementos do processo que indicam os factos imputados, sempre que a sua comunicação não puser gravemente em causa a investigação, impossibilitar a descoberta da verdade ou

²³ Este julgamento foi reiterado no Acórdão n.º 607/2003.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

criar perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime.

O acórdão 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 213º, 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 CPP que *a decisão que mantenha a prisão preventiva ou a obrigação de permanência na habitação é susceptível 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 acórdão 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 CRP)*. Prescreve agora o artigo 454.º daquele Código que *tendo sido negada a revisão ou mantida a decisão revista, não pode haver nova revisão com o mesmo fundamento.*

Pelos acórdãos 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 coactiva de vestígios biológicos (saliva) de um arguido, para determinação do seu perfil genético, quando este último tenha manifestado a sua*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita, por se tratar de acto de competência reservada do juiz de instrução (artigos 25.º, 26.º e 32.º, n.º 4, da CRP). Estatuem agora os artigos 154.º, n.º 2, e 172.º, n.º 2, do CPP 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. Num modelo, como é o português, em que a justiça constitucional não foi configurada como um *amparo* para a defesa de direitos fundamentais, 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 CRP, 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 objectivo (artigo 18.º, n.º 2, 2.ª parte); (v) se tiver carácter geral e abstracto, não tiver efeito retroactivo e não diminuir a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (artigo 18.º, n.º 3)” (Acórdão 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 acórdãos 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 redacção anterior à vigente, quando interpretado no sentido de possibilitar a *colheita coactiva 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 conflituava com o âmbito constitucionalmente protegido do direito à *integridade pessoal* (artigo 25.º da CRP), do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, enquanto *liberdade geral de actuação* (artigo 26.º, n.º 1, da CRP), do direito à *reserva da intimidade da vida privada* (artigo 26.º da CRP) e do direito à *autodeterminação informacional* (artigos 26.º e 35.º da CRP), 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 (lei das perícias médico-legais e forenses) e do artigo 172.º do CPP; 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 referida²⁴.

No Acórdão n.º 486/2009 estava em apreciação a *norma constante do n.º 1 do artigo 187.º do CPP, na redacção anterior à Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, quando interpretada no sentido de que o respectivo conteúdo abrange o acesso à facturação*

²⁴ A conclusão não foi unânime: ao acórdão n.º 228/2007 foi apostila 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».



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*detalhada e à localização celular*²⁵. Depois ter concluído que os dados da facturação detalhada e os dados da localização celular que fornecem a posição geográfica do equipamento móvel com base em actos de comunicação são dados de tráfego respeitantes às telecomunicações, encontrando-se, por isso, abrangidos pela protecção constitucional conferida ao sigilo das telecomunicações (artigo 34.º, n.º 4), o Tribunal indagou se a expressão “intercepção 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 intercepções 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 intercepções.

4.2. A especial protecção 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 objecto do direito à inviolabilidade do domicílio, tido como uma expressão do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar

²⁵ Com a revisão de 2007, o artigo 189.º, n.º 2, do CPP passou a dispor que *a obtenção e junção aos autos de dados sobre a localização celular ou de registos da realização de conversações ou comunicações só podem ser ordenadas ou autorizadas, em qualquer fase do processo, por despacho do juiz, quanto a crimes relativamente aos quais é admissível a intercepção e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas* (os denominados crimes do catálogo, previstos no n.º 1 do artigo 187.º) e *em relação às pessoas relativamente às quais podem ser autorizadas aquela intercepção e gravação* (as pessoas previstas no n.º 4 do artigo 187.º).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(Acórdão n.º 452/89); sendo o domicílio uma projecção 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 (Acórdão n.º 507/94); a natureza íntima ou privada dos actos 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 (Acórdão n.º 364/2006)²⁶.

Mais recentemente, o Tribunal entendeu que extravasa o âmbito normativo de protecção do artigo 34.º da CRP a sede e o domicílio profissional de pessoas colectivas, 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 subtracção 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 susceptibilidade, em princípio, de extensão da tutela da privacidade às pessoas colectivas [artigo 12.º, n.º 2, da CRP], não implica (...) que ela actue 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” (Acórdãos n.º 593/2008 e 596/2008).

²⁶ Esta jurisprudência foi recenseada no Relatório já mencionado

4.3. A questão de constitucionalidade posta no acórdão n.º 607/2003 não teve a ver propriamente com a conformidade constitucional da norma ao abrigo da qual foi efectuada 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, 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 CRP). 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 utilização

²⁷ Sobre isto, Relatório já mencionado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 coacção, 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 actos processuais.

4.4. No acórdão 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 constitucionalidade 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 CRP), 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 CRP), em relação aos quais a fotografia foi utilizada como meio de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

identificação, os quais poderão querer contestar a identificação feita ou, até, invocar e provar a ilegalidade de actos de inquérito. Trata-se aqui não propriamente da harmonização das finalidades de descoberta da verdade material (e realização da justiça) e de protecção 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 afectação 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 actos de investigação processual penal violadores da lei (incluindo, até, outros titulares de fotografias incluídas no processo)²⁸.

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 CRP) e o direito à reserva da intimidade da vida privada (artigo 26.º da CRP). Estava em causa a norma do artigo 188.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, na redacção vigente à actual, quando interpretada no sentido de que o juiz de instrução pode destruir o material coligido através de escutas telefónicas, quando

²⁸ A decisão não foi unânime, tendo sido aposta declaração de voto no sentido da inconstitucionalidade da norma, por estar em causa imagem de um não suspeito. A questão de constitucionalidade apreciada neste acórdão estava ainda em discussão quando foi apresentado o Relatório já mencionado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 constitucionalidade 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 da 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 intercepção e gravação de comunicações e o correspondente risco de devassa da reserva de intimidade da vida privada, cabe na liberdade de conformação legislativa adoptar um critério mais ou menos restritivo no que se refere ao momento em que, no decurso do processo penal, deverá efectuar-se a destruição dos elementos de prova considerados irrelevantes” (Acórdão n.º 70/2008).