

Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa 4.ª Assembleia



RELATÓRIO
Portugal

**Efetividade das garantias constitucionais:
desenvolvimentos jurisprudenciais recentes**

Elaborado pelo Juiz Conselheiro Fernando Vaz Ventura e pela Assessora do
Gabinete dos Juízes, Micaela Rodrigues

Brasília, 8 de abril de 2016



Efetividade das garantias constitucionais: desenvolvimentos jurisprudenciais recentes

I. Nota prévia

1. A Constituição da República Portuguesa (CRP) contempla um conjunto de garantias disperso ao longo do seu texto, reservando, desde logo, o seu título II aos *direitos, liberdades e garantias*, aos quais é conferido um regime constitucional específico, com a força normativa reforçada que resulta do artigo 18.º da CRP, em virtude da sua *direta aplicabilidade e vinculatividade* para todas entidades públicas e privadas (n.º 1) - permitindo aos titulares de posições jurídicas subjetivas invocar a invalidade dos atos normativos que, de forma direta, ou mediante interpretação, infrinjam os preceitos concretizados de direitos, liberdades e garantias -, bem como a sujeição da restrição do seu exercício às exigências do princípio da proporcionalidade: “*A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*” (n.º 2).

2. Todavia, ao perspetivar genericamente a *efetividade das garantias constitucionais*, importa ter em atenção que a CRP não fornece uma definição de *garantias*, nem procede ao agrupamento do preceituado de acordo com a tríplice repartição referida, podendo encontrar-se fora do título II muitas outras *garantias*, entendidas como direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a *proteção* dos seus direitos fundamentais, ou com a natureza e estrutura de *garantias institucionais*. Daí que, como aponta a doutrina, não seja de conferir à distinção qualquer relevo no plano da *eficácia*, na medida em que, todos os direitos fundamentais suscetíveis de serem inseridos numa dessas categorias particulares, gozam do mesmo regime jurídico¹. Acresce que, para além dos

¹ J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, I, Coimbra ed., 4ª edição revista, 2007, p. 312.



direitos formalmente consagrados na CRP, o artigo 16.º da CRP estabelece uma cláusula geral de reconhecimento de direitos fundamentais extraconstitucionais, de fonte legal ou convencional

(n.º 1), e determina a integração dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais (para além da interpretação conforme) de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (n.º 2)².

3. Neste quadro, a temática das *garantias* asseguradas pela CRP, de modo a proporcionar uma visão panorâmica - sem prejuízo de enfoques necessariamente telegráficos - dos desenvolvimentos jurisprudenciais de relevo, abrange um espectro material muito alargado. Justifica-se, então, com vista a facilitar o intercâmbio de experiências e a perceção das tendências da jurisprudência constitucional em Portugal, cingir a apresentação a três âmbitos normativos, a saber: (i) decisões em matéria penal e processual penal; (ii) decisões em matéria laboral no contexto de *crise*; e, (iii) decisões relativas a incidências do direito ao acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva. As razões para a escolha encontram-se na frequência com que são invocados parâmetros de constitucionalidade compreendidos nesses domínios materiais e também, quanto à matéria *juslaboral*, a centralidade no debate público - especializado e não especializado - que um conjunto de decisões do Tribunal assumiu no passado recente.

4. Menção final para o período temporal eleito para a resenha jurisprudencial: as decisões referidas foram proferidas nos últimos dez anos, sem prejuízo de uma ou outra incursão mais longínqua, em função da continuação de uma orientação já antes firmada.

II. A Constituição Penal: princípios gerais

5. A Constituição da República Portuguesa (CRP) acolhe um conjunto significativo de regras e princípios-garantia³, que se compreendem e combinam num sistema *vivo* de legitimação do poder punitivo do Estado, uma das características do Estado moderno, seja enquanto

² Sobre a questão, cfr. Acórdão n.º 222/90. Todos os Acórdãos proferidos pelo Tribunal Constitucional de Portugal são disponibilizados no respetivo sítio de internet, em www.tribunalconstitucional.pt.



expressão do monopólio do seu poder, seja como instrumento essencial de garantia dos seus fins⁴. Neles se consubstancia e desenvolve a chamada Constituição Penal⁵.

5.1. As garantias que a CRP estabelece e assegura como condição de validade da restrição de direitos fundamentais que o exercício do *jus puniendi* comporta, encontram expressão primacial na proibição absoluta da pena de morte - “*em caso algum haverá pena de morte*” (artigo 24.º, n.º 2) - e também na proibição de “*penas cruéis, degradantes ou desumanas*” (artigo 25.º, n.º 2). Acolhe, como concretizações da garantia do direito à liberdade e à segurança, determinando 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).

5.2. O artigo 29.º condensa os grandes princípios em matéria penal, património garantístico oferecido pelas primeiras constituições liberais, vinculando o Estado a uma conformação legislativa do direito e do processo penal de acordo com valores fundamentais, entre os quais se encontram os princípios da legalidade e da tipicidade, radicados na preferência civilizacional pelo valor da liberdade, acolhendo o conteúdo essencial do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*: “*ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou omissão, nem sofre medida de segurança cujos pressupostos estejam fixados em lei anterior*” (artigo 29.º, n.º 1) -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 comumente reconhecidos*” (artigo 29.º, n.º 2)⁶ -, a proibição de “*penas ou medidas de*

³ Sobre tais questões e, em geral, sobre a jurisprudência constitucional em matéria penal até 2011, cfr. o Relatório à 13.ª Conferência dos Tribunais Constitucionais de Portugal, Espanha, Itália, “*A Constituição e os princípios penais*”, elaborado por MARIA JOÃO ANTUNES, Outubro 2011, acessível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁴ MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal*, Almedina, 2000, pp. 16-19.

⁵ A expressão apela a uma ideia material e não meramente formal de Constituição, sem prejuízo da sua unidade sistemática, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, II, 6.ª ed, Coimbra Editora, 2007, p. 24 e ss., e J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., 2003, pp. 1336 e ss.

⁶ A ressalva da punição dos crimes contra o direito internacional deve ser articulada com o disposto no artigo 8.º, n.º 1, que recebe o direito internacional comum como parte integrante do direito interno. De todo o modo, a punição de tais crimes só pode ter lugar “nos limites da lei interna”, ou seja, de acordo com os limites penais e as regras processuais de direito interno, sem prejuízo da positivação por via convencional dos principais crimes de direito internacional - os quais, por essa via, fazem parte integrante da ordem jurídica interna, por força do artigo 8.º,



segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior” (artigo 29.º, n.º 3), assim como os princípios da não retroatividade da lei penal e da aplicação retroativa da lei penal mais favorável, determinando 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).

5.3. A Constituição da República Portuguesa garante igualmente que as penas e as medidas de segurança serão de natureza temporária, limitada e definidas, dando expressão ao direito à liberdade, à ideia da proibição de penas cruéis, degradantes ou desumanas, e bem assim à ideia de proteção da segurança, ínsita no princípio do Estado de direito⁷. A Lei Fundamental determina a proibição de *“penas ou medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida”* (artigo 30.º, n.º 1), sem prejuízo da admissibilidade de *“prorrogação judicial das medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade, em caso de perigosidade baseada em grava anomalia psíquica”* e na *“impossibilidade de terapêutica em meio aberto, enquanto tal estado de mantiver* (artigo 30.º, n.º 2); veda-se a *“transmissão da responsabilidade penal”* (artigo 30.º, n.º 3); proíbe a pena de *“envolver como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos* (artigo 30.º, n.º 4); e determina que *“os condenados a que 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”* (artigo 30.º, n.º 5).

5.4. Como se disse, outras garantias de índole substantiva emergem da CRP, para além daquelas contempladas no título dos direitos, liberdade e garantias, de que são exemplo a remissão para a *“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*

n.º 2 – e da proteção penal internacional conferida pelo Tribunal Penal Internacional, cuja jurisdição é expressamente aceite pelo artigo 7.º, n.º 7, da CRP, sujeita ao princípio da complementaridade consagrado no Estatuto de Roma [artigo 17.º, n.º 1, al. a)].

⁷ J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, cit., p. 502.



que emitirem no exercício das suas funções, que podem incluir a destituição do cargo ou a perda do mandato” (artigo 157.º, n.º 1)

5.5. Decorrente do princípio da proporcionalidade, expressamente consignado no artigo 18.º, n.º 2, da CRP, a CRP acolhe o princípio jurídico-constitucional do bem jurídico⁸, exigindo que o bem jurídico objeto de tutela penal seja, à face da ordem axiológica constitucional, *digno* de proteção – o que obriga a que na norma incriminatória se possa divisar um bem jurídico-penal suficientemente definido -, como, ainda, que esteja necessitado (ou carente) de intervenção penal. Na síntese do Acórdão n.º 99/2002, que condensa a jurisprudência do Tribunal sobre a questão: “*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 proporcionais 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.*”⁹

5.6. Estando a criminalização de comportamentos sujeita a que se franqueie “o inevitável entreposto constituído pelo critério da necessidade ou da carência de pena”¹⁰, não é menos certo que a jurisprudência constitucional tem acentuado que, na ausência de injunções constitucionais de criminalização, o princípio democrático impõe que se reconheça ao legislador uma ampla margem de conformação na definição das políticas criminais, mesmo que perante um valor

⁸ Designação cunhada por FIGUEIREDO DIAS, “«O direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações”, in *XXV Anos de Jurisprudência constitucional portuguesa*, Coimbra Editora, 2009, pp. 31 e ss..

⁹ Desenvolvidamente sobre a questão, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, I, 2ª edição, Coimbra Ed., 2007, pp. 117 e ss.;; e “O comportamento criminal e a sua definição: o conceito material de crime”, in *Temas Básicos da doutrina penal*, Coimbra ed., 2001, pp. 33 e ss.; e COSTA ANDRADE, “Constituição e Direito Penal”, in *A justiça nos dois lados do Atlântico – Teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, FLAD, 1997, pp. 200-205. Alertando para uma tensão entre uma perspectiva que apenas retira da Constituição um modo de argumentação sobre a validade das incriminações e a dignidade dos bens jurídicos tutelados e uma *perspetiva mais interventiva*, que apela à necessidade de uma relação direta dos bens, direitos e valores fundamentais com o Direito Penal, MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal*, cit., pp. 116-121.

¹⁰ Assim, SOUSA BRITO, “A lei penal na Constituição”, *Estudos sobre a Constituição*, 2.º vol., 1978, p. 218, entendimento sistematicamente reiterado pelo Tribunal Constitucional.



jurídico-constitucionalmente reconhecido como integrante de um direito ou dever fundamental, podendo a discricionariedade legislativa ser limitada tão só nos casos em que a punição criminal se apresente como *manifestamente excessiva*. Daí que o Tribunal sempre tenha afastado o controlo dos “objectivos políticos do legislador quanto à sua correção e oportunidade, bem como [d]os prognósticos feitos pelo legislador, quanto ao resultado futuro da sua obra” (cfr Acórdão n.º 25/84).

5.7. Ao princípio da culpa, igualmente não explicitado, é reconhecido valor paramétrico autónomo, fazendo-o decorrer dos artigos 1.º e 25.º, n.º 1: “*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).

5.8. Mais recentemente, o princípio da *socialização* vem sendo autonomizado a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º), e de outras normas formalmente constitucionais (artigos 2.º, 9.º, alínea *d*), e 18.º), consubstanciado na incumbência do Estado proporcionar ao condenado as condições necessárias para a sua reintegração na sociedade¹¹.

6. A Constituição da República Portuguesa contempla um robusto conjunto de orientações estruturais e de caracterização do processo penal, permitindo também entre nós dizer que *o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição de um Estado*¹². Como sublinha a doutrina, o processo penal constitui *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.

6.1. Os mais importantes princípios materiais do processo criminal encontram assento no artigo 32.º da CRP, sendo os parâmetros de constitucionalidade cuja violação é mais

¹¹ Acórdão n.º 427/2009; MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal*, cit. p. 45.

¹² A expressão é de CLAUS ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2000, p. 11 (tradução de *Strafverfahrensrecht*, 25.ª edição, por Gabriela Córdoba e Daniel Pastor).

¹³ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra Ed., 1981, pp. 74 e ss.; MARIA JOÃO ANTUNES, “Direito Processual Penal – Direito Constitucional Aplicado”, *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Ed., 2009, pp. 745 e ss.



profusamente posta a controlo pelo Tribunal Constitucional no âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade. O n.º 1 contempla uma cláusula geral – “*O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso*” - de modo a otimizar a prossecução do princípio da

proteção global e completa de todas as garantias de defesa do arguido em processo penal, proporcionando a este os direitos e instrumentos necessários e adequados para fazer valer a sua posição e contrariar a acusação. Na síntese formulada no Acórdão n.º 61/88: “*Esta cláusula constitucional apresenta-se com um cunho «reassuntivo» e «residual» - relativamente às concretizações que já recebe nos números seguintes desse mesmo artigo - e, na sua «abertura», acaba por revestir-se, também ela, de um carácter acentuadamente «programático». Mas, na medida em que se apela para um núcleo essencial deste, não deixa a mesma cláusula constitucional de conter «um eminente conteúdo normativo imediato a que se pode recorrer diretamente, em caso limite, para inconstitucionalizar certos preceitos da lei ordinária» (...). A ideia geral que pode formular-se a este respeito - a ideia geral, em suma, por onde terão de aferir-se outras possíveis concretizações (judiciais) do princípio da defesa, para além das consignadas nos n.ºs 2 e seguintes do artigo 32.º - será a de que o processo criminal há de configurar-se como um *due process of law*, devendo considerar-se ilegítimas, por consequência, quer eventuais normas processuais, quer procedimentos aplicativos delas, que impliquem um encurtamento inadmissível, um prejuízo insuportável e injustificável das possibilidades de defesa do arguido*”. A partir da revisão constitucional de 1997, o direito ao recurso surge explicitado, sendo certo que a jurisprudência constitucional há muito firmara o entendimento de que integrava o núcleo essencial das garantias de defesa do arguido constitucionalmente asseguradas.

6.2. O preceito constitucional acolhe expressamente ainda a garantia da presunção de inocência do arguido até ao trânsito em julgado da sentença de condenação (artigo 32.º, n.º 2); o dever de o arguido ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa (artigo 32.º, n.º 2, parte final); o direito a escolher defensor e ser por ele assistido em todos os atos 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 a prática dos atos instrutórios que se prendam diretamente com os direitos fundamentais (artigo 32.º, n.º 4); a estruturação do processo de acordo com o modelo acusatório (artigo 32.º, n.º 5), a submissão da audiência de julgamento e dos atos instrutórios que a lei determinar ao princípio do contraditório



(artigo 32.º, n.º 5); a dispensa do arguido ou acusado em atos 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, coação, 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 ou legal, de acordo com o qual a determinação do tribunal competente deve resultar de critérios objetivos predeterminados, e não de critérios subjetivos, proibindo a criação de tribunais *ad hoc* ou a atribuição de competência a tribunal diferente do que era legalmente competente à data do crime (artigo 32.º, n.º 9).

6.3. Outras disposições asseguram a inviolabilidade do domicílio durante a noite, salvo em situação de flagrante delito ou mediante 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 intervenção do tribunal de júri, nos casos e com a 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); e a proibição de existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes, sem prejuízo do que se dispõe sobre os tribunais militares (artigos 209.º, n.º 4, e 213.º). Releva ainda, a previsão constitucional das regras de efetivação da responsabilização criminal do Presidente da República por crimes praticados no exercício das suas funções e fora dele [artigo 130.º e 163.º, alínea c)]¹⁴, assim como dos membros do Governo (artigo 196.º); e o regime de *imunidade* dos deputados (artigo 157.º).

6.4. A CRP consagra igualmente normas de garantia quanto à detenção, em flagrante delito e fora dele, estabelecendo o prazo máximo de duração da privação da liberdade a esse título [artigos 27.º, n.ºs 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 e

¹⁴ Cujas tramitação segue o regime do processo penal.



dos seus direitos (artigo 27.º, n.º 4); a apreciação judicial da detenção (artigo 28.º, n.º 1); a admissibilidade da prisão preventiva e a natureza excecional de tal medida de coação, delegando

no legislador a definição dos respetivos prazos máximos (artigos 27.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*), e 28.º, n.ºs 2 e 4).

6.5. Por seu turno, o princípio *non bis in idem* colhe dignidade constitucional expressa, proibindo o *duplo julgamento* (e, numa dimensão substantiva, a dupla incriminação ou penalização) pela prática do mesmo sentido de ilícito: “ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime” (artigo 29.º, n.º 5); garante o direito à revisão de sentença e o direito à indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos no caso de condenações injustas (artigo 29.º, n.º 6). Também a garantia específica da providência do *habeas corpus* encontra igualmente assento constitucional, impondo ao Estado que estabeleça providência expedita contra o abuso de poder, em virtude de prisão ou detenção ilegal, direito de defesa que pode ser feito valer pelo próprio cidadão atingido, como por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos, com o que se sublinha o valor constitucional objetivo do direito à liberdade (artigo 31.º, n.ºs 1 e 2)¹⁵.

6.6. Muitas destas disposições manifestam na *Constituição Processual Penal* a proteção de direitos, liberdade e garantias genericamente assegurados, onde se incluem o direito à integridade pessoal (artigo 25); 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 segurança (artigo 27.º, n.º 1); 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), entre muitos outros. As normas processuais materiais participam, ainda, conforme o Tribunal tem afirmado, do âmbito de proteção de garantias penais, mormente do

¹⁵ J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, cit., p. 509.



princípio da legalidade e o seu corolário de proibição da analogia (e redução teleológica) *in malam partem*.

III. Jurisprudência constitucional recente em matéria penal e processo penal

7. O Tribunal foi chamado no período recente a apurar se foram ou não cumpridos os padrões legitimadores da constitucionalidade de normas incriminadoras, *máxime* da introdução de novos crimes e penas. Sempre que tal aconteceu, foi reafirmado que ao legislador ordinário deve ser reconhecida larga margem de liberdade na definição do que entenda dever ser a política criminal adequada em cada momento histórico, o que, ainda que assim seja, não deixa de se apresentar, num Estado de direito democrático, como um poder constitucionalmente vinculado. A aplicação dos critérios de apuramento prévio de um bem jurídico digno de tutela penal (bens jurídico-penais), seguido de uma avaliação de evidência quanto à *necessidade* da pena, surge, pois, como primeiro parâmetro constitucional de controlo das incriminações.

7.1. Encontramos expressão desse controlo no Acórdão n.º 403/2007, pelo qual o Tribunal não julgou inconstitucional norma do Código Penal, no sentido de que, iniciado o procedimento pelo Ministério Público por crimes de abuso sexual de crianças e de atos sexuais com adolescentes, legitimado pelo entendimento de que a perseguição criminal era imposta pela tutela do interesse das vítimas, a oposição ao prosseguimento do processo manifestada por estas, ou pelos seus representantes legais, não era eficaz e operante para obstar ao julgamento. O juízo fundou-se essencialmente numa avaliação de razoabilidade da solução legislativa, em virtude da necessidade de evitar a desproteção do menor de 16 anos, incapaz de exercer o direito de queixa.

7.2. A julgamento de não inconstitucionalidade, à luz do princípio constitucional da necessidade de pena, conduziu também o escrutínio, efetuado no Acórdão n.º 605/2007, de norma contida no artigo 88.º, n.º 2, al. a), do Código de Processo Penal, a qual criminaliza a reprodução de peças e documentos contidos em processo penal sem autorização do tribunal, em



fase anterior à decisão de sujeição do arguido em julgamento (então sujeita à regra do segredo); o Tribunal entendeu os bens jurídicos aí tutelados – de múltipla natureza, que não se esgotam na boa administração da justiça – integram um leque de interesses públicos e privados de tal importância que a criminalização se encontrava legitimada. Sobre norma contida no mesmo

preceito, versou o Acórdão n.º 90/2011; a avaliação do valor constitucional do bem jurídico tutelado, congregando o direito à palavra dos intervenientes processuais e a boa administração da justiça (aí numa posição de garante da autodeterminação dos titulares desse direito), levou a que se considerasse justificada à respetiva salvaguarda a criminalização de norma - extraída do mesmo preceito e número, mas da sua alínea *b*) -, no sentido em que proíbe (e pune), sem limite de tempo, que a comunicação social transmita a gravação do som da audiência de julgamento, contido no suporte magnético do próprio tribunal, sem que tenha havido autorização da autoridade judiciária que preside à fase do processo no momento da divulgação¹⁶.

7.3. No Acórdão n.º 595/2008, o Tribunal afastou igualmente a censura constitucional da norma que incrimina a detenção de arma proibida, no caso de engenho explosivo (tratou-se de artifício conhecido como *bomba de carnaval*). Importa sublinhar que a fiscalização concreta cometida ao Tribunal Constitucional em Portugal não versa o ato do poder judicial, em si mesma, ainda que lhe seja diretamente imputada a violação de direitos fundamentais, mas sim o

¹⁶ O Tribunal apreciou a norma ainda face à garantia da liberdade de imprensa, tendo entendido, em ambos os casos, que a ponderação dos valores e interesses em jogo não importava infração do artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – que no seu n.º 2 prescreve expressamente a possibilidade de restringir a liberdade de expressão quando necessário para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial – e negou a violação pela dimensão normativa sindicada o conteúdo constitucional da liberdade de imprensa. Diferente foi a ponderação de valores e interesses em presença pelo TEDH que, face às circunstâncias específicas do caso a que respeita o primeiro Acórdão, considerou violada a Convenção (caso Pinto Coelho c. Portugal, queixa n.º 28439/2008, decisão de 28 de junho de 2011). Também o segundo caso deu lugar a pronúncia do TEDH, ainda não transitada em julgado, na qual, numa avaliação de proporcionalidade que transcende o estrito controlo normativo – *i.e.* como parâmetro da justiça do caso concreto -, relevou a não demonstração de que algum dos interessados tivesse apresentado queixa pela ofensa ao direito à palavra, bem como que os registos versavam os termos de uma audiência pública, e que “o artigo 10.º § 2 não prevê restrições fundadas no direito à palavra, que não beneficia de uma proteção similar ao direito à reputação” (§50), concluindo pela violação desse preceito da Convenção [caso Pinto Coelho c. Portugal (n.º 2), queixa n.º 48718/2011, decisão de 22 de março de 2016]. Note-se que avulta deste acórdão um vetor importante de ponderação, na ótica da tutela do direito à palavra, que não foi incluído pela recorrente no objeto normativo em apreço no Acórdão n.º 90/2011, a saber, a deformação das vozes dos intervenientes processuais, impedindo a respetiva identificação a partir apenas do ato de transmissão do registo sonoro de audiência de julgamento (§46 e §50). Esse dado processual, num sistema como o português, não podia ser oficiosamente conhecido; daí que não seja mencionado pelo Tribunal Constitucional (nem surge mencionado nas conclusões das alegações da recorrente, transcritas no Acórdão n.º 90/2011).



critério ou padrão normativo que tenha sido efetivamente aplicado no julgamento do caso, tomado como um *dado*. Não esteve, pois, em avaliação pelo Tribunal a específica danosidade (ou ofensividade) comportada no caso concreto, antes a inscrição na ordem axiológica constitucional

do bem jurídico que nela se encontra genericamente compreendido, questão a que se deu resposta positiva.

7.4. Seguindo percurso argumentativo similar, o Tribunal não julgou inconstitucional a incriminação do aproveitamento de obra contrafeita e usurpada (Acórdão n.º 577/2011), assim como a incriminação da injúria simples, independentemente da circunstância da ofensa ser praticada através de meios ou circunstâncias que facilitem a sua divulgação perante a sociedade (Acórdão n.º 105/2013), seguindo-se-lhe o Acórdão n.º 105/2013, que concluiu positivamente quanto ao respeito pelo princípio de necessidade de pena quanto ao crime de importunação sexual, o qual pune a importunação de outra pessoa, praticando perante ela atos de carácter exibicionista ou constringendo-a a contacto de natureza sexual. Neste aresto, perante a alegação de que uma tal incriminação não obedecia ao princípio da subsidiariedade ou de intervenção em *ultima ratio* da tutela penal - intervindo antes como via de realização de uma certa compreensão moral e de bons costumes -, o Tribunal entendeu que a criminalização abrangia condutas cuja tutela não se podia ter como esgotantemente compreendida noutros tipos penais e que “*embora as condutas objeto de criminalização no referido tipo legal possam estar próximas do limiar mínimo no que respeita à carência de tutela penal*”, não era “*evidente que a diminuta gravidade dessas condutas seja de tal grau que se possa afirmar que a intervenção do direito penal nestes casos se revela excessiva*”.

7.5. O sentido jurídico-constitucional do princípio *ne bis in idem* (artigo 29.º, n.º 5), presidiu ao julgamento constante do Acórdão n.º 319/2012, o qual, alicerçado em vasto lastro jurisprudencial (Acórdãos n.ºs 102/99, 303/2005 e 356/2006), aferiu da violação do princípio na sua dimensão *objetiva*, que obriga o legislador a conformar o direito processual, e à definição do caso julgado material, de modo a impedir a existência de vários julgamentos (e sancionamentos) pelo que constitua *materialmente a mesma infração*. Na espécie, julgou-se não inconstitucional, à luz desse parâmetro, e também dos princípios da *necessidade* e da *proporcionalidade* da pena, e por



aplicação de critério fundado no bem jurídico-penal tutelado, o concurso efetivo pela prática do crime de homicídio e do crime de detenção de arma proibida.

8. O Tribunal foi igualmente convocado a escrutinar a atuação punitiva estadual, já não do ponto de vista de respeito por deveres negativos, de abstenção ou de intervenção subsidiária, em *ultima ratio*, mas numa vertente positiva, fundada na invocação de que a norma sindicada não contemplava ou afastava a punição de condutas, em violação de injunção constitucional¹⁷.

8.1. No período em atenção, o problema foi abordado no Acórdão n.º 101/2009, em sede de fiscalização abstrata sucessiva, que mobilizou o parâmetro de *necessidade (ou carência)* de pena, com referência a norma que incrimina a maternidade de substituição a título oneroso, deixando sem punição a maternidade de substituição a título gratuito. Não obstante reconhecer a afetação 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, o Tribunal entendeu não censurar a opção legislativa, reiterando a orientação de “*não obrigatoriedade constitucional da tutela penal sempre que esteja em causa um bem jurídico constitucionalmente protegido*”.

8.2. O processo em que essa orientação foi mais interpelada encontra-se no Acórdão n.º 75/2010, igualmente proferido no âmbito da fiscalização abstrata sucessiva. Estiveram aí em apreciação as normas que excluem a punibilidade da interrupção voluntária da gravidez efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o conhecimento da mulher gráfica, nas primeiras dez semanas de gravidez ou nas primeiras 24 semanas de gravidez, em caso doença grave ou malformação congénita, ou a todo o tempo, nas situações de fetos inviáveis. Note-se que essas normas haviam sido aprovadas na sequência e de acordo com o sentido de pronúncia popular em referendo¹⁸, o qual, porém, não

¹⁷ Sobre a questão do reconhecimento de imposições constitucionais implícitas de criminalização, que afasta, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, cit., pp. 129-131.

¹⁸ O Tribunal, através do Acórdão n.º 617/2006, julgou verificada a constitucionalidade e legalidade do referendo.



logrou obter a participação de votantes necessária para que o sentido de voto revestisse caráter juridicamente vinculativo¹⁹. Os requerentes – um conjunto de deputados à Assembleia da

República - sustentaram, para além de vícios orgânico-formais, que uma tal disciplina jurídica violava as normas constitucional que consagram o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, e também a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, delas extraíndo o imperativo jurídico-constitucional (e convencional) de proteção por via penal da vida humana, incluindo a da vida intrauterina. O Tribunal afastou o juízo de inconstitucionalidade e reiterou o seu entendimento, já constante de anteriores pronúncias na temática²⁰, de que ao *“facto de o feto ser tutelado em nome da dignidade da vida humana não significa que haja título idêntico ao reconhecido a partir do nascimento”*.

9. O controlo de normas penais em branco face ao princípio da tipicidade, motivou igualmente várias pronúncias do Tribunal no período recente. Reiterando posição com forte lastro na jurisprudência constitucional, foi invariavelmente entendido que não se considera atingido o referido princípio pela não conexão no mesmo preceito legal, ou na mesma lei, da previsão integral da conduta proibida com a pena que lhe corresponde, mormente através da técnica legislativa da remissão, ou quando o núcleo essencial da proibição penal esteja diretamente dependente de critérios de natureza técnica, desde que garantido um mínimo de determinabilidade (Acórdãos n.ºs 102/2008, 115/2008, 146/2011 e 635/2011).

10. Outro dos vetores de confronto com o princípio da legalidade que tem sido amiúde colocado, reside na legitimidade constitucional de tipos de crime de perigo, particularmente os crimes de perigo abstrato. Esta questão vem merecendo merecido juízo positivo ou negativo de censura constitucional em função da avaliação da ofensividade típica para um determinado bem jurídico, e da satisfação do teste da razoabilidade da antecipação da tutela penal. Como se afirma

¹⁹ A pergunta foi: *Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?* 59,25% responderam "sim" (2.231.529 votantes) e 40,75% "não" (1.534.669 votantes) – Diário da República, 1ª série, n.º 43, de 1 de março de 2007. A participação dos votantes foi de, porém, inferior a metade dos eleitores inscritos no recenseamento (43,57%), condição estabelecida no artigo 115.º da CRP para que o referendo tenha efeito vinculativo.

²⁰ Acórdãos n.º 25/84, 85/85, 288/98 e 617/2007.



no aresto que constitui o *leading case* sobre o problema: “A constitucionalidade de uma norma que preveja um crime de perigo - e, sobretudo, um crime de perigo abstrato - deve ser julgada, em primeiro lugar, à luz do princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança, implicitamente consagrado no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição. Com efeito, 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'. A imposição de penas e de medidas de segurança implica, evidentemente, uma restrição de direitos fundamentais, como o direito à liberdade e o direito de propriedade, que é indispensável justificar ante o disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição. Assim, uma tal restrição só é admissível se visar proteger outros direitos fundamentais e na medida do estritamente indispensável para esse efeito” (Acórdão n.º 426/91).

Nos últimos anos, passaram o teste de legitimidade na antecipação da proteção penal através da criação de um *tipo de perigo*: o crime de condução de veículos em estado de embriaguez, relevando que o bem jurídico protegido – a segurança rodoviária – encerra em si próprio outros bens jurídicos individualizáveis, tais como o direito à vida e à integridade física de terceiros ou o direito à proporcionalidade privada (Acórdão n.º 95/2011); o crime de detenção de arma proibida, relevando igualmente a natureza do bem jurídico-penal em defesa (Acórdãos n.ºs 595/2008 e 319/2012); e o crime de importunação sexual (Acórdão n.º 105/2013). Também a criminalização do lenocínio, foi sucessivamente submetido a escrutínio, sempre com afastamento de um juízo de censura constitucional, por lhe estar subjacente uma perspetiva fundamentada na ordem axiológica da CRP, valorando o Tribunal decisivamente que os casos de prostituição em que se verifica um aproveitamento económico por parte de terceiros comportam o risco – elevado e não aceitável - de exploração da pessoa prostituída (Acórdãos n.ºs 170/2006, 33/2007, 396/2007, 522/2007, 591/2007, 141/2010, 559/2011, 605/2011, 654/2011, 203/2011 e 149/2014, reafirmando o que fora entendido no Acórdão n.º 144/2004).

11. Em vários dos arestos a que fizemos referência, o parâmetro de controlo da constitucionalidade fundado no artigo 18.º, n.º 2, na sua dimensão de *necessidade de pena*, surgiu associado a um défice de conformação da norma incriminadora, questionando-se o respeito pela



exigência de lei certa (artigo 29.º, n.º 1), em virtude de indeterminabilidade ou da *fórmula lassa* da previsão da conduta proibida e cominada com sanção penal. A dimensão normativa hodierna em que esses dois parâmetros de constitucionalidade surgem conjugados valorativamente – em articulação também com o princípio da *presunção da inocência* – com maior nitidez, encontra-se na criminalização do *enriquecimento ilícito*, ou do *enriquecimento injustificado*. O relevo que esta questão assumiu no *diálogo silencioso* entre o Tribunal e o legislador no panorama recente justifica que se lhe faça referência um pouco mais detalhada.

11.1. No Acórdão n.º 179/2012, o Tribunal foi chamado a pronunciar-se, em sede de fiscalização abstrata preventiva, quanto a um conjunto de três normas incriminadoras, das quais resultava a introdução no ordenamento jurídico-penal do crime de *enriquecimento ilícito*, modulado por três *tipos legais* distintos: um crime *comum*, suscetível de ser cometido por qualquer pessoa²¹, e dois crimes *específicos*, um deles passível de ser cometido por quem tenha a qualidade de *funcionário*²², e outro, incluído no instrumento legislativo que define os *crimes de responsabilidade*²³, relativo aos titulares de *cargo político* ou de *alto cargo público*. A moldura sancionatória que lhes estava associada era igual quanto aos crimes específicos: 1 a 5 anos de prisão, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal; um a oito anos de prisão, se o valor da incompatibilidade exceder 350 salários mínimos. Quanto ao crime comum, a pena prevista era de prisão até três anos ou de um a cinco anos de prisão, consoante o valor da incompatibilidade excedesse ou não 350 salários mínimos.

Em traços gerais, o tipo legal de crime de *enriquecimento ilícito*, mostrava-se construído a partir de três modalidades típicas de ação: *adquirir* património sem origem lícita determinada e incompatível com rendimentos e bens legítimos; *possuir* património sem origem lícita determinada e incompatível com rendimento e bens legítimos; ou *deter* património sem origem lícita determinada e incompatível com rendimentos e bens legítimos. Em qualquer das

²¹ Aí se incluindo as pessoas coletivas.

²² No sentido penal, que corresponde ao âmbito, muito lato, do artigo 386.º do Código Penal.

²³ Lei n.º 34/87, de 16 de julho, com as alterações conferidas pelas Leis n.º 108/2001, de 28 de novembro, 30/2008, de 10 de julho, 41/2010, de 3 de setembro, 4/2001, de 16 de fevereiro, 4/2003, de 14 de janeiro e 30/2015, de 22 de abril.



modalidades, o limiar da punição encontrava-se fixado em 100 salários mínimos, não sendo a conduta sancionável quando não ultrapassasse esse montante.

O Tribunal começou por equacionou as vinculações de direito internacional assumidas pelo Estado Português na matéria, designadamente a Convenção das Nações Unidas contra a

Corrupção, de 2003, bem como os dados de direito comparado, concluindo, por um lado, que o artigo 20.º da Convenção não impõe que seja introduzido na ordem jurídico-penal um crime de enriquecimento ilícito, mas sim que a legislação permita sancionar o enriquecimento ilícito, o que é idóneo a ser atingido através da proteção conferida por outros tipos legais de crime e, por outro, que *“a grande maioria dos Estados não admite a criminalização do enriquecimento ilícito ou injustificado, seja porque o reputam desnecessário no quadro de outros instrumentos de combate à corrupção, seja porque têm dificuldades em sustentá-lo à luz do princípio (fundamental) da presunção de inocência”*.

Veio o Tribunal a concluir pela pronúncia de inconstitucionalidade das três normas incriminatórias escrutinadas, fundado no entendimento de que tais normas não permitiam distinguir a prossecução de um bem jurídico dotado de dignidade penal, nem ultrapassar o teste da necessidade (e carência) de pena, em ordem a legitimar constitucionalmente a sua edição: *«[S]e a finalidade é punir, através da nova incriminação, crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente, geradores do enriquecimento ilícito, então não há um bem jurídico claramente definido, o que acarreta necessariamente a inconstitucionalidade da norma. Pune-se para proteger um qualquer bem jurídico indefinido (v.g. a autonomia intencional do Estado, o património, a liberdade sexual, a saúde pública...)»*. Com efeito, a conduta concretamente proibida – enquanto mandamento jurídico-penal autónomo e distinto daqueles contidos noutros tipos já existentes – não era discernível a partir da descrição legal, violando a exigência de determinabilidade decorrente do princípio da tipicidade, garantido no artigo 29.º, n.º 1, da CRP. Numa segunda linha fundamentadora, o Tribunal assentou a sua pronúncia igualmente na violação do princípio da presunção de inocência do arguido, porquanto, uma vez verificada a incongruência entre o património adquirido, possuído ou detido e o rendimento obtido, o tipo legal atingia a sua perfeição – assim presumindo a ilicitude do enriquecimento -, sem carência de qualquer outra



demonstração positiva pela acusação, reportada designadamente à verificação (ou refutação) de uma qualquer causa lícita²⁴.

11.2. Na sequência da pronúncia de inconstitucionalidade e do conseqüente veto e devolução da norma à Assembleia da República por parte do Presidente da República²⁵, o processo legislativo foi interrompido, sendo retomado três anos volvidos, através de nova iniciativa de política criminal votada à introdução de uma nova incriminação, agora com a denominação de crime de *enriquecimento injustificado*. Como expressamente enunciado na Exposição de Motivos do Projeto de Lei que está na sua origem, a nova medida procurou dar resposta aos vícios apontados no Acórdão n.º 179/2012.

O cotejo entre os dois diplomas denota várias diferenças: a denominação do crime foi alterada, sublinhando o elemento de injustificação na conduta típica; ao invés de três, estipula-se apenas a introdução no ordenamento jurídico-penal de dois novos tipos incriminadores, por via do afastamento do crime específico de *funcionário*; eliminou-se o elemento referente à “ausência de origem ilícita determinada” e a remissão punitiva decorrente da locução “se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal”; o conceito de “bens legítimos” deu lugar ao conceito de “bens declarados ou que devam ser declarados”; por último, e em termos singulares no ordenamento nacional, o legislador entendeu enunciar em preceito os bens jurídico-penais que visava proteger: “as condutas previstas (...) atentam contra o Estado de direito democrático, agridem interesses fundamentais do Estado, a confiança nas instituições e no mercado, a transparência, a probidade, a idoneidade sobre a proveniência das fontes de rendimento e património, a equidade, a livre concorrência e a igualdade de oportunidades”.

O Presidente da República voltou a requerer a fiscalização abstrata sucessiva de várias normas do novo diploma e o Tribunal, através do Acórdão n.º 377/2015, pronunciou-se pela sua inconstitucionalidade, em juízo assente na violação dos mesmos parâmetros de

²⁴ FARIA COSTA, “T.C. - Acórdão n.º 179/2012, Processo 182/12 (Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado)”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 141, n.º 3973, pp. 257-260, refere-se à projetada criminalização do enriquecimento ilícito como *direito penal conformador do status*.

²⁵ Artigo 279.º, n.º 1, da CRP.



constitucionalidade de novas incriminações que já haviam determinado a pronúncia constante do Acórdão n.º 179/2012: a *necessidade de pena* (artigo 18.º, n.º 2); a exigência de *lei certa* (artigo 29.º, n.º 1); e a *presunção de inocência* (artigo 32.º, n.º 2).

O juízo do Tribunal foi o de que a *proclamação* pelo legislador dos fins visados pela criminalização não dispensava a averiguação, face ao modo como se desenha o tipo, se assim se concretiza a tutela de um bem jurídico-penal. Ora, as duas novas normas incriminadoras, por imperfeição do seu desenho, não se revelavam capazes de revelar com suficiente clareza o que era ou não objeto de punição e, por assim ser, tornavam igualmente impossível divisar na criminalização qual fosse o bem jurídico (mesmo que de natureza complexa) legitimador da penalização. Em ambos os casos, quer quanto ao crime de *enriquecimento injustificado* suscetível de ser praticado pelo cidadão comum, quer quanto àquele perpetrado por titular de cargo político ou titular de alto cargo público, valorou-se decisivamente que a norma configurava uma *situação* ou *um estado de coisas* – e não um facto, portador de uma violação de dever –, pois logo à não coincidência entre duas grandezas – património tido e património sujeito a declaração – se associa um juízo de desvalor social (e défice pessoal a sancionar), independentemente de qualquer averiguação quanto às causas da “*incompatibilidade*”, e à valoração que tais causas mereçam ao Direito. Por ser assim, concluiu o Tribunal não estar satisfeita a garantia de necessidade da punição criminal, associada à exigência de determinabilidade da norma típica.

E, na esteira do que havia entendido no Acórdão n.º 179/2012, o Tribunal considerou infringida a presunção de inocência, na medida em que, tudo apontando para que o crime estaria consumado pela reunião de dois elementos constitutivos do tipo – património adquirido, possuído ou detido; incompatibilidade entre este e o património sujeito a declaração – incidia sobre o arguido todo o *peso* de oferecer razões para a discrepância e suprir o estado de dúvida quanto ao carácter injustificado do enriquecimento: “*recairá sobre o agente o ónus de, já no âmbito de um processo contra si instaurado, vir a oferecer justificação para a verificada variação patrimonial. E tal significará que, logo na formulação do tipo criminal e pelo modo como ele foi construído, se contrariou o princípio da presunção da inocência (...), entendido, na sua dimensão substantiva, enquanto vínculo do próprio legislador penal*”.



12. No âmbito do controlo da garantia de *lex praevia (stricta)*, o Tribunal defrontou repetidamente a questão de saber em que termos, no âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade, por via de recurso de uma decisão judicial, poderia conhecer de questão

radicada na aplicação de uma norma obtida através de método interpretativo proibido pela CRP, seja por uma interpretação extensiva ou atualista de norma incriminadora, seja pela ocorrência de interpretação analógica *in malam partem*. Numa primeira fase, entendeu-se que uma questão com esses contornos não podia ser conhecida, em virtude da cognição do Tribunal – estritamente normativa - não poder incidir sobre tarefa que integra a subsunção jurídica do caso, sem o que se estaria a confundir e sobrepor os planos jurídico-constitucional e de correção do erro de julgamento. A posição maioritária foi evoluindo noutro sentido, fundamentalmente a partir do Acórdão n.º 183/2008, proferido em sede de generalização²⁶, e a partir de distinção metodológica relativa ao referente da norma legal. Assim, considerou-se que as normas podem referir-se: (i) a factos típicos dotados de um certo grau de abstração; (ii) e a categorias normativas fixadas por lei. Se no primeiro caso, ou ainda no segundo, poderá estar em causa uma mera operação de subsunção jurídica que não cabe ao Tribunal Constitucional sindicar, ainda que seja invocado o princípio da legalidade penal, na medida em que esteja em causa a adequação do percurso hermenêutico que conduzir à aplicação das normas em causa ao caso concreto, o mesmo já não sucede quando o referente era, como aí em discussão, uma figura abstrata normativamente prevista. Dando expressão a esse entendimento, o Tribunal apreciou por diversas vezes no período mais chegado o respeito pela garantia pessoal de não punição fora do domínio da legalidade, na dimensão de proibição da aplicação analógica de normas penais, e também da limitação, por essa via, e *contra* o arguido, de normas processuais penais substantivas, por condicionarem a aplicação das sanções penais, bem como àquelas que possam afetar o direito à liberdade do arguido, ou afetar os seus direitos fundamentais de defesa²⁷.

²⁶ Nos termos do artigo 281.º, n.º 3, da CRP, o Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional em três casos concretos.

²⁷ SOUSA BRITO, “A lei penal na Constituição”, cit., p. 253.



12.1. Assim, averiguando se a interpretação normativa posta a controlo ainda se continha em um dos sentidos das palavras da lei, ou, ao invés, se era patente que o critério de decisão aplicado foi obtido através de uma metodologia incompatível com o princípio da legalidade, o Tribunal julgou inconstitucional, no já referido Acórdão n.º 183/2008, interpretação normativa

segundo a qual a prescrição do procedimento criminal se suspende com a declaração de contumácia, por entender que esse sentido excedia o sentido possível das palavras da lei.

12.2. Por seu turno, nos Acórdãos n.ºs 186/2013 e 324/2013, estiveram em apreço normas processuais que disciplinam (restringem) o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, culminando por juízos distintos, consoante se entendeu que o sentido vertido na interpretação normativa sindicada ainda se continha na “*moldura semântica*” do texto e, inerentemente, não constituía uma situação de analogia *in malam partem*, logo, constitucionalmente vedada (Acórdão n.º 186/2013); ou se considerou que o sentido textual da alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal, na redação de 2007, que afastava o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, não comportava a interpretação normativa aplicada pelo tribunal recorrido como razão de decidir (Acórdão n.º 324/2013).

12.3. O Tribunal defrontou problema similar no Acórdão n.º 603/2009. Estava em questão a norma processual que estatui a elevação do limite máximo da prisão preventiva para metade da pena que tiver sido fixada pelo tribunal de recurso, nos casos em que a pena foi agravada na instância superior relativamente à condenação em primeira instância, decorrendo o juízo de não inconstitucionalidade do afastamento de interpretação analógica da disposição processual penal. Do mesmo jeito, no Acórdão n.º 128/2010, entendeu-se que a interpretação normativa do preceito que tipifica o crime de abuso de confiança fiscal, com o sentido de que a expressão “*quem agir voluntariamente como titular de um órgão de uma sociedade*” abrange o *administrador de facto*, não ultrapassa “*barreira semântica*”, pelo que não padece de inconstitucionalidade.



12.4. Merecem ainda referência os Acórdão n.ºs 587/2014 e 79/2015, nos quais foi afastado que tivesse sido analogicamente integrada lacuna no âmbito da punição da aquisição e detenção, para consumo próprio, de plantas, substâncias ou preparações estupefacientes, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias (no último caso, por via de uma interpretação restritiva de norma revogatória).

12.5. Finalmente, no Acórdão n.º 852/2014, foi julgada violadora do princípio da legalidade (na dimensão da tipicidade) uma norma incriminadora identificada e aplicada pelo tribunal recorrido, sem que esteja concretizada na estrutura valorativa específica (típica) de um dos exemplos-padrão positivados na disposição que prevê as causas de qualificação do crime de homicídio (artigo 132.º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal), ou numa estrutura valorativa equivalente à de um dos exemplos-padrões descritos.

13. A jurisprudência constitucional sempre atribuiu ao princípio da culpa valor paramétrico autónomo, reconhecendo-lhe um conjunto de corolários: a proibição da incriminação de condutas destituídas de qualquer ressonância ética; a proibição da responsabilidade objetiva, obrigando ao estabelecimento de um nexos subjetivo – a título de dolo ou de negligência – entre o agente e o facto; a proibição de punição sem culpa e de que exceda a culpa. Assim, à luz do parâmetro, o Tribunal tem firmado uma orientação clara que veda a legitimidade constitucional de normas que estipulam penas fixas, dizendo: *“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 prevenção) que, em cada caso, se há-de encontrar a medida concreta da pena, situada entre o máximo previsto na lei para aquele tipo de comportamento”* (Acórdão n.º 124/2004).

Seguindo essa orientação, no período recente o Tribunal julgou inconstitucionais normas sancionatórias que estatuíam penas fixas (Acórdãos n.ºs 576/2006, 676/2008, 5/2007, 80/2012, 712/2014, 102/2015 e 56/2016). Na maior parte dos casos, tratou-se de normas editadas há várias décadas, resquícios de uma outra política criminal, que subsistiram vigentes sem a devida intervenção corretiva do legislador.



14. O princípio da proporcionalidade das sanções penais é outro princípio que a jurisprudência constitucional tem feito decorrer do artigo 18.º, n.º 2, da CRP. Em todas as decisões proferidas no período mais próximo, o Tribunal Constitucional, em escrutínio de evidência, afastou um juízo de excessividade de qualquer dos limites das molduras penais (ou contraordenacionais) fixadas pelo legislador, ou do ponto de fixação de um limiar de

punibilidade, valorando decisivamente a larga margem de conformação do legislador democrático (Acórdãos n.ºs 67/2011, 97/2011, 132/2011, 279/2011).

15. Por seu turno, o princípio constitucional da não automaticidade dos efeitos das penas tem igualmente sido invocado como parâmetro de controlo, estando consolidado o entendimento de que o seu sentido “*é o de negar ao legislador ordinário a possibilidade de criar um sistema de punição complexa, no seio da 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).

16. As normas processuais penais motivam um número significativo de recursos para o Tribunal Constitucional, especialmente em matéria de recorribilidade das decisões judiciais, alguns a que fizemos já referência²⁸. O Tribunal, na esteira de jurisprudência há muito firmada, reafirmou que a CRP não garante o duplo grau de jurisdição relativamente a todas as decisões proferidas em processo penal. O artigo 32.º, n.º 1, da CRP, ao determinar que o processo penal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso, vincula o legislador a consagrar o direito de recorrer de decisões condenatórias e de decisões penais que afetem a condição do arguido, por representarem privação ou restrição da liberdade ou de quaisquer outros direitos fundamentais, mas sem que daí decorra a imposição de prever um duplo grau de recurso ou triplo grau de jurisdição.

Merecem destaque, no período recente, o não julgamento de inconstitucionalidade da norma que determina a irrecorribilidade da decisão instrutória que pronunciar o arguido por

²⁸ Cfr. 12.2. e 12.3. *supra*.



factos constantes da acusação, incluindo questões prévias ou incidentais (Acórdãos n.ºs 51/2010, 430/2010, 477/2011, 146/2012 e 437/2013). A legitimidade de uma tal solução normativa assenta essencialmente da possibilidade de o tribunal de julgamento vir a reapreciar tais questões, e o arguido as poder syndicar no recurso que caiba dessa decisão subsequente. Porém, no que respeita à norma que estatui a irrecorribilidade de decisão do juiz de instrução, subsequente à decisão instrutória, que aprecie a arguição de nulidade insanável decorrente da violação das regras de

competência material do tribunal de instrução criminal, e no pressuposto de que uma tal questão competencial não pode ser reapreciada em julgamento²⁹, foi entendido que o direito ao recurso constitucionalmente consagrado (em conjugação com o princípio do juiz natural) impõe que seja aberta uma via de impugnação com esse âmbito junto de tribunal hierarquicamente superior, concluindo pela inconstitucionalidade da norma sindicada (Acórdão n.º 482/2014).

17. A questão do sentido da reserva de competência do juiz em matéria de interceções telefónicas (e a obtenção de elementos cobertos pela mesma garantia, como os *dados de tráfego*³⁰), e o respeito pelo mandato constitucional de asseguramento das garantias de defesa nesse âmbito, não foi colocada nos últimos anos com a frequência que assumiu no passado, decréscimo que encontra explicação pela alteração do regime processual penal operada em 2007, motivada justamente pela necessidade de acolher o sentido da jurisprudência constitucional³¹.

17.1. Não obstante, versando a aplicação de normas anteriores a essa alteração, no Acórdão n.º 70/2008, proferido em Plenário³², o Tribunal considerou não ser merecedora de censura constitucional a interpretação normativa com o sentido de que o juiz de instrução pode destruir o material coligido através de escutas telefónicas, quando considerado não relevante, sem

²⁹ A afirmação desse pressuposto distingue a decisão das demais proferidas no mesmo campo problemático.

³⁰ Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, alterada pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto, diploma de transposição da Diretiva n.º 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho (JO, L201, de 31 de julho de 2002).

³¹ Sobre a evolução da jurisprudência constitucional em matéria de interceções telefónicas, cfr. o Relatório Português na 8.ª Conferência Trilateral, elaborado por MARIA FERNANDA PALMA, dedicado ao tema *Tutela da vida privada e processo penal. Realidades e perspectivas constitucionais*, p. 12 e segs, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

³² Por determinação do Presidente do Tribunal, o que se compreende pela divergência jurisprudencial já delineada, como avulta do texto da decisão.



que antes o arguido dele tenha conhecimento e possa tomar posição sobre o eventual interesse para a sua defesa. Foi entendimento prevalecente que, uma coisa é considerar que há vantagem, em termos processuais, na conservação dos registos (desde que salvaguardado o carácter sigiloso dos conteúdos); outra coisa é dizer que a destruição desses registos, na fase do inquérito, sem prévia audição do arguido, afronta a garantia do princípio do contraditório. Para tanto,

considerou-se que nem a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem³³, nem o direito comparado, nem a recente alteração legislativa relativa ao atual artigo 188º do CPP, apontavam no sentido de assegurar ao arguido o direito de contraditório relativamente às diligências de investigação realizadas no âmbito do inquérito e que envolvam a interceção e gravação de comunicações telefónicas. O que se reconhece é o interesse em manter intactas e completas as gravações para efeito de ulterior controlo quer pelo tribunal quer pela defesa. O mesmo juízo foi formulado no Acórdão n.º 293/2008, aí perante norma decorrente da redação conferida em 2007, no sentido em que determina a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo, que digam respeito a conversação em que não intervenha suspeito, arguido, pessoa que sirva de intermediário ou vítima de crime, sem que o arguido deles tenha conhecimento e possa pronunciar-se sobre a sua relevância.

17.2. No Acórdão n.º 146/2012 discutiu-se a norma processual penal que determina a irrecorribilidade de despacho proferido pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, ao abrigo da competência de controlo jurisdicional que lhe é cometida em matéria de interceção telefónica de conversações ou comunicações em que intervenham o Primeiro-Ministro³⁴, que não atenda a arguição, no requerimento para abertura de instrução, da nulidade da ordem de destruição dos registos efetuados, proferida por aquele Magistrado. O Tribunal afastou a violação do direito ao recurso, enquanto garantia de defesa em processo penal, por entender que o conteúdo material do despacho recorrido – não reconhecimento que tivesse sido praticado um ato processual violador de direito de defesa – não operou uma restrição desproporcionada do

³³ São referidos os acórdãos *Huvig*, de 24 de Abril de 1990 (considerando n.º 34), *Kruslin*, da mesma data (considerando n.º 35), *Valenzuela Contreras*, de 30 de Julho de 1998 (considerandos n.ºs 46, IV, e 59), e *Prado Bugallo*, de 18 de Fevereiro de 2003 (considerando n.º 30)

³⁴ Competência em caso dos denominados *conhecimentos fortuitos*, cujo âmbito é objeto de controvérsia doutrinária, abundantemente referida no Acórdão.



direito ao recurso em processo penal, à semelhança da solução normativa que afasta o recurso da decisão de pronúncia e das questões prévias que apenas nela se repercutem.

17.3. Por seu turno, no Acórdão n.º 476/2015, o Tribunal apreciou norma contida no artigo 188.º, n.ºs 3 e 4, do Código de Processo Penal, com o sentido de que a preterição dos prazos de acompanhamento judicial da interceção telefónica, legalmente previstos, se traduz

numa nulidade sanável, sujeita a arguição no prazo de 5 dias subsequentes à notificação do despacho que procedeu ao encerramento do inquérito. O argumento esgrimido no sentido da ilegitimidade constitucional de uma tal interpretação normativa - que configura o vício de nulidade como atinente a uma mera *formalidade da prova*³⁵, relativa aos requisitos processuais de aquisição do resultado da interceção de conversas ou comunicações, e não aos pressupostos substanciais de que depende a determinação e subsistência da escuta -, foi a de que de outro modo não resultava assegurado o respeito pelo princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2) e o controlo judicial efetivo a que a CRP sujeita a restrição do direito fundamental ao *sigilo das telecomunicações* (artigo 34.º, n.ºs 1 e 4). Invocando o lastro jurisprudencial relativo ao *tempo* do acompanhamento judicial das escutas, o Tribunal considerou que a simples ultrapassagem do prazo de apresentação ao juiz era insuficiente, em abstrato³⁶, para se poder considerar que essa inobservância punha em causa a possibilidade real do juiz acompanhar eficazmente a realização das escutas e, por outro lado, que o prazo de cinco dias, ainda que curto, era compatível com as exigências de um processo equitativo.

17.4. O sentido e alcance da garantia constitucional de não ingerência nas comunicações foi recentemente posto em evidência no Acórdão n.º 403/2015, no qual esteve em discussão, em sede de fiscalização abstrata preventiva, diploma de alteração ao regime jurídico do sistema de informações. As normas em questão estatuíam que os oficiais de informações, sempre que necessário, adequado e proporcional, podiam aceder a *dados de tráfego*, de *localização* ou outros dados conexos *das comunicações*, necessários para identificar o assinante ou utilizador ou para

³⁵ Correspondente a uma das posições seguidas pela jurisprudência e doutrina, de que dá conta o acórdão, sendo de notar a forte corrente doutrinária que aproxima essa nulidade das proibições de prova.

³⁶ Cabe aqui recordar a natureza estritamente normativa do controlo efetuado pelo Tribunal.



encontrar e identificar a fonte, o destino, a data, a hora, a duração e o tipo de comunicação, bem como para identificar o equipamento de telecomunicações ou a sua localização, para cumprimento das atribuições legais dos serviços de informações, mediante a autorização prévia e

obrigatória de Comissão de Controlo Prévio³⁷, na sequência de pedido devidamente fundamentado.

A pronúncia formulada foi de inconstitucionalidade, considerando o Tribunal que a compressão da proibição da ingerência nas comunicações apenas pode ser feita nos termos da lei e em “*matéria de processo criminal*” (artigo 34.º, n.º 4), autorização constitucional que não se pode ter como valorativamente integrada pelo procedimento criado, de natureza administrativa: «*Em questões do foro criminal é sempre inadmissível qualquer procedimento administrativo prévio, por mor das “exigências” do ius puniendi: exclusividade pelos tribunais e exclusividade processual (cfr. artigos 202.º e 32.º da CRP). Ou seja, cumpre aos juízes e tribunais declarar o crime e determinar a pena proporcional aplicável, e tal atividade deve ocorrer no âmbito de um processo penal válido e com todas as garantias constitucionalmente estabelecidas*». E, numa segunda linha fundamentadora, o Tribunal considerou, com apelo à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e de outros tribunais constitucionais, que um qualquer processo de acesso a dados, porque não sujeito ao escrutínio dos indivíduos visados, tem de ser compensado por uma lei suficientemente tuteladora dos direitos fundamentais, respeitando os princípios-garantia constitucionalmente reconhecidos em processo penal, o que não se mostrava assegurado.

18. Também a efetividade da garantia *pessoal* da inviolabilidade do domicílio (artigo 34.º, n.º 3) - expressão da garantia do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º, n.º 1) -, determinou o juízo de invalidade constitucional de norma do regime processual penal de busca domiciliária, com o sentido de que o *consentimento* para a busca no domicílio do

³⁷ Comporta por três juízes do Supremo Tribunal de Justiça, com pelo menos três anos de antiguidade nessa qualidade, nomeados pelo Conselho Superior da Magistratura.



arguido possa ser dado por pessoa diferente deste, mesmo que tal pessoa seja um co-domiciliado com disponibilidade da habitação em causa (Acórdão n.º 126/2013); já a sujeição de busca domiciliária a controlo judicial *a posteriori*, e dentro das 48 horas seguintes, em casos excecionais determinados por lei, foi tida como não desproporcionada, injustificada ou violadora da norma constitucional que autoriza a restrição do direito fundamental (Acórdão n.º 278/2007).

19. Outra das vertentes de apreciação na jurisprudência constitucional recente que merecem relevo, encontra-se na permissão de utilização em processo penal de meios de obtenção de prova invasivos do corpo do arguido (mas não lesivos da sua integridade física), decorrendo o julgamento da aplicação de critério radicado na intensidade da restrição dos direitos fundamentais atingidos – a autodeterminação corporal e a intimidade pessoal -, e também por efeito da reserva de juiz. Assim, nos acórdãos n.ºs 155/2007 e 228/2008, foi julgada inconstitucional a norma do artigo 172.º, n.º, do Código de Processo Penal, no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz, a colheita coativa de vestígios biológica (saliva) de um arguido, para determinação do seu perfil genético, quando este tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita. Em todos os arestos, foi dada resposta negativa à reclamada violação do princípio da proporcionalidade na restrição de direitos fundamentais do arguido e ausência de suficiente densificação dos critérios de recolha de prova nesses casos; o juízo de desconformidade constitucional decorreu da necessária sujeição de uma tal medida a controlo prévio pelo juiz, por efeito da separação de poderes e competências decorrentes da estrutura acusatória do Processo Penal (artigos 32.º, n.ºs 4 e 5).

Já nos Acórdãos n.ºs 155/2007, 228/2007, 152/2011 e 418/2013, o Tribunal apreciou normas que autorizam e disciplinam a recolha de sangue a condutores, com vista à determinação da taxa de álcool no sangue no decurso da condução, intervenção que reputou caucionada pelo bem jurídico tutelado – segurança rodoviária – e, pela sua diminuta expressão, insuscetível de ser tida, como ofensa da integridade física do arguido constitucionalmente proibida.

20. No período em análise, o Tribunal foi chamado a pronunciar-se por diversas vezes sobre normas inscritas no regime de execução das penas e medidas de segurança privativas da



liberdade, densificando o estatuto jurídico-constitucional do condenado, à luz do princípio da socialização.

20.1. Assim, no Acórdão n.º 638/2006, foi julgada inconstitucional a norma que não admitia o recurso de decisões judiciais que neguem a liberdade condicional. Decisivo foi que “*a decisão que nega a liberdade condicional, por ter como efeito a manutenção da privação da liberdade,*

tem uma indiscutível conexão com a restrição de direitos, liberdades e garantias, afectando um bem jurídico essencial que é o direito à liberdade, protegido no n.º 1 do artigo 27.º da Constituição”.

20.2. Em sede de fiscalização abstrata preventiva da constitucionalidade, o Acórdão n.º 427/2009 apreciou normas do Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL). O Presidente da República questionou a conformidade constitucional da regulação da execução de pena de prisão em *regime aberto* (voltado para o interior ou voltado para o exterior), na medida em que atribuía competência à administração prisional (no caso, ao Director-geral dos Serviços Prisionais) para colocar o recluso em regime aberto no exterior, por infração à reserva de jurisdição, dada a jurisdicionalização da execução de penas privativas da liberdade, e também a garantia do respeito do caso julgado condenatório por parte da administração pública.

Equacionando um conjunto de recomendações do Conselho de Europa³⁸, e as orientações que presidiam à medida de política legislativa, o Tribunal pronunciou-se pela não inconstitucionalidade da norma questionada, juízo fundado essencialmente no entendimento de que uma tal decisão administrativa, pelo sentido que assume – o condenado permanece em regime de privação da liberdade, havendo apenas a *flexibilização* do conteúdo da execução da pena de prisão –, não opera uma qualquer alteração do sentido da sentença condenatória criminal, deixando incólume o princípio de reserva do juiz e a garantia do caso julgado. Mais: por força dos princípios jurídico-constitucionais da socialização e da individualização do tratamento prisional, a

³⁸ Recomendação REC (2003) 23 do Comité de Ministros do Conselho da Europa relativa à Gestão pelas Administrações Penitenciárias dos Condenados a Pena de Prisão Perpétua ou de Longa Duração e a Recomendação REC (2006) 2 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre Regras Penitenciárias Europeias).



execução das sanções privativas da liberdade é necessariamente modelada no decurso da execução, o que se encontra pressuposto na sentença que condenou a uma pena de prisão³⁹.

20.3. Este entendimento, assente na discussão de uma alteração significativa do estatuto jurídico do recluso, foi acolhido em decisões subsequentes, perante questões relativas à

impossibilidade do condenado aceder à impugnação jurisdicional de decisões judiciais, proferidas pelo juiz da execução das penas e outras medidas privativas da liberdade.

Assim, no Acórdão n.º 150/2013, esteve em questão interpretação normativa que veda ao condenado a impugnação por via de recurso jurisdicional de decisão judicial que indefira pedido de adaptação à liberdade condicional. O Tribunal não formulou juízo de inconstitucionalidade, a partir da consideração de que ao condenado não assistem as mesmas garantias constitucionais de defesa asseguradas ao arguido e que se estava perante uma *modelação* da execução da pena, que não é equiparável à decisão de não concessão da liberdade condicional (decisão recorrível).

20.5. Por seu turno, nos Acórdãos n.ºs 560/2014 e 752/2014, esteve em causa norma que veda ao recluso a impugnação jurisdicional da decisão judicial que lhe negue o pedido de concessão de licença de saída jurisdicional – enquanto a decisão positiva, simétrica, pode ser recorrida pelo Ministério Público. O Tribunal entendeu que, também aí, se estava perante medida de *flexibilização* da execução, não podendo o recluso beneficiar da garantia de recurso consagrada no artigo 32.º, n.º 1, da CRP, e também que uma tal solução normativa não era merecedora de censura face ao princípio da igualdade, dada o especial estatuto jurídico-constitucional do Ministério Público.

20.6. Noutra dimensão normativa de regulação do sistema prisional, o Acórdão n.º 635/2014 apreciou norma que não contempla o desconto do período de cumprimento de medida

³⁹ Sobre as questões, FIGUEIREDO DIAS, “Os novos Rumos da Política Criminal e o direito penal português do futuro”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 43, 1983, pp. 29 e ss.; ANABELA RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, 2002, p. 188; Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, tomo I, Coimbra, 2007, pp. 117 e ss.; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Direito Prisional Português e Europeu*, Coimbra Editora, 2006, pp. 349 e ss.



cautelar aplicada em processo disciplinar diverso, em caso de condenação em sanção disciplinar de permanência obrigatória do recluso no alojamento, desde que a decisão final de tal processo seja posterior à prática dos factos alvo da condenação.

20.7. Registe-se, por último, o decidido no Acórdão n.º 848/2013. Não esteve aí em discussão norma pertencente ao sistema de execução de penas, antes norma relativa à execução da medida de coação de prisão preventiva, mormente a irrecorribilidade de decisão judicial proferida em sede de impugnação de decisão administrativa de manutenção do preso preventivo em regime de segurança. O Tribunal confrontou a norma com o estatuto jurídico-constitucional do arguido,

vindo a afastar o juízo de inconstitucionalidade, reafirmando o entendimento de que a garantia do direito ao recurso expressamente acolhida no artigo 32.º, n.º 1, não exige a possibilidade de impugnação de toda e qualquer decisão proferida ao longo do processo, impondo apenas que necessariamente se assegure um segundo grau de jurisdição relativamente às decisões condenatórias e àquelas que afetem direitos fundamentais do arguido, designadamente a sua liberdade. Não sendo o caso da modelação da execução da medida de coação de prisão preventiva em equação, afastou-se a censura constitucional da opção do legislador democrático em prescindir de um controlo pelos tribunais superiores, a somar ao controlo já operado por um tribunal da primeira instância.

IV. Jurisprudência constitucional recente em matéria laboral: os *tempos de crise*

21. No período recente da jurisprudência constitucional, destaca-se um conjunto de decisões em matéria laboral, que muitas vezes é designada como *jurisprudência em tempo de crise*, a qual, pelos reflexos que assumiu na política orçamental, gerou forte impacto no espaço público-mediático, para além, como é natural, de controvérsia doutrinária⁴⁰. A tensão que se estabeleceu entre a estrutura de garantias da *Constituição laboral* e a necessidade de vencer graves dificuldades

⁴⁰ Cfr., a título meramente exemplificativo, GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO e LUÍS PEREIRA COUTINHO (org.), “O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios críticos”, Almedina, 2014, e REIS NOVAIS, “Em defesa do Tribunal Constitucional – Resposta aos críticos”, Almedina, 2014. A controvérsia articula também questões relativas ao sistema de pensões, muitas delas abordadas nos mesmos Acórdãos adiante referidos.



no equilíbrio das contas públicas, assim como respeitar as obrigações assumidas pelo Estado no contexto da União Europeia e por efeito da vigência do Plano de Assistência Económico-Financeiro (PAEF)⁴¹, justifica que se lhes dedique uma atenção particular.

Antes de mais, é necessário salientar que uma panorâmica das questões colocadas à apreciação do Tribunal Constitucional no domínio *juslaboral* carece de abarcar, por junto, as normas aplicadas no quadro específico das relações de trabalho entre trabalhadores e empresas e outras entidades privadas e as normas que disciplinam os vínculos estabelecidas no âmbito das

diversas entidades e serviços que são sujeitos de relações jurídicas de emprego público. A todos são aplicáveis os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores⁴².

O período recente, marcado sobretudo pela vigência do PAEF, mostrou-se fértil em intervenções no âmbito laboral, que decorreram num quadro de aumento generalizado da carga fiscal e redução de pensões, subsídio de desemprego e outras prestações sociais, de redução do número de trabalhadores e reduções salariais na Administração Pública (e em outros trabalhadores e agentes pagos por verbas públicas), assim como de facilitação dos despedimentos por iniciativa patronal e de diminuição das correspondentes indemnizações, assim como erosão do direito de contratação coletiva, seja pela fixação acrescida de regimes legais inderrogáveis, seja pela limitação de extensão das convenções coletivas de trabalho. No mesmo período, ganhou novo impulso o que se designou por *laboralização do regime de emprego público*, movimento que se traduziu na sucessiva e constante importação de modelos e soluções do regime aplicável à relação *juslaboral* privada – tidos como mais flexíveis – para o estatuto próprio da função pública, adstrita à prossecução do interesse público.

⁴¹ Aprovado pelo Memorando de Entendimento sobre as Condicionantes da Política Económica, subscrito pelo Governo Português, pela Comissão Europeia, pelo Banco Central Europeu e pelo Fundo Monetário Internacional, subscrito em 2011, o qual vigorou, com várias revisões, até 30 de junho de 2014.

⁴² Cfr. Relatório de Portugal apresentado na 17.ª Conferência dos Tribunais Constitucionais de Portugal, Espanha, Itália, elaborado por JOÃO CAUPERS, Outubro de 2015, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.



22. Ainda antes do início de vigência do PAEF, em 2010, através do Acórdão n.º 154/2010, o Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre o diploma legal, editado em 2008, que estabeleceu o novo regime de vínculos, carreiras e remunerações dos trabalhadores em funções públicas. Em causa estava a questão de apurar se a flexibilização das relações laborais na administração pública comportada na alteração do vínculo, passando de um ato unilateral - uma *nomeação* - para um ato bilateral - um *contrato* -, ofendia em si mesma o imperativo constitucional da segurança no emprego.

O juízo do Tribunal foi negativo, radicado no entendimento de que uma tal alteração não comportava modificação suficientemente relevante da posição jurídica subjetiva dos trabalhadores afetados: “o regime legal não compromete, de modo constitucionalmente censurável, o direito à

segurança no emprego (artigos 53.º e 58.º da Constituição) resultante do exercício de funções públicas nos termos em que a Constituição as concebe (artigos 2.º, 9.º, 81.º e 226.º a 272.º da Constituição), no que respeita às relações de emprego público a constituir”; “Não o comprometendo quanto a essas, não se vê por que razão haveria de concluir-se diferentemente no que respeita a relações de emprego público já constituídas. As mesmas nada têm de específico para efeitos de, quanto a elas, dever o direito à segurança no emprego ser mais intensamente tutelado do que é o caso relativamente a relações jurídicas a constituir”; “A especificidade das relações jurídicas já constituídas assume relevância tão somente da perspectiva do princípio da protecção da confiança, sendo por referência a esse parâmetro que a conformidade constitucional do regime deve ser apreciada”.

23. Por seu turno, no Acórdão n.º 338/2010, o Tribunal apreciou um conjunto variado de normas do Código do Trabalho, designadamente normas que permitiam a contratação a termo de trabalhadores para o desempenho de tarefas de natureza não transitória; que determinavam a possibilidade do empregador, em caso de empresa com dez ou menos trabalhadores se opor à reintegração do trabalhador, em caso de despedimento sem justa causa; que permitiam a cessação do contrato de trabalho mediante simples aviso prévio de trabalhador contratado em regime de *comissão de serviço*; e que facilitava a instrução de processo disciplinar.

Apenas esta última dimensão normativa mereceu censura constitucional, por violação das garantias de defesa asseguradas em todos os processos sancionatórios (artigo 32.º, n.º 10), na



medida em que permitia ao empregador recusar diligências probatórias requeridas pelo trabalhador sem necessitar de fundamento tal ato. As demais normas foram julgadas conformes à garantia de segurança no emprego (artigo 53.º), pois, embora comportassem restrição a esse direito constitucional dos trabalhadores, encontravam justificação e obedeciam a uma lógica de proporcionalidade ou de ponderação das consequências económico-sociais.

24. O Acórdão n.º 396/2011 iniciou o leque de decisões proferidas na vigência do PAEF, sendo questionada a redução remuneratória determinada no Orçamento de Estado (OE) quanto aos trabalhadores e agentes pagos por verbas públicas, sendo convocado, como parâmetro de constitucionalidade, o direito à segurança no emprego. Sublinhando – como se repetiu nos sucessivos arestos sobre matéria de reduções remuneratória – que a CRP assegurava o direito a receber a remuneração correspondente ao trabalho já prestado, mas não o direito à manutenção do *quantum* da remuneração do trabalho a prestar, o Tribunal valorou de modo prevalecente as vinculações internacionais assumidas pelo Estado português, a especial adstrição ao interesse público e o caráter transitório da medida de redução salarial, concluindo que intervenção legislativa não infringia os princípios constitucionais da igualdade, da confiança e da proporcionalidade.

25. No ano seguinte, tendo como objeto o OE de 2012 o Tribunal voltou a apreciar em sede de fiscalização abstrata sucessiva normas orçamentais. O pedido de fiscalização incidiu sobre as normas que – acrescendo a outras que renovaram para vigorar em 2012 redução salarial idêntica à apreciada no Acórdão n.º 396/2011 – decretavam a suspensão do pagamento, nesse ano, dos subsídios de férias e de Natal aos trabalhadores da Administração Pública e a outros trabalhadores e agentes pagos por verbas públicas.

O julgamento formulado no Acórdão n.º 353/2012 sobre esse pedido foi de inconstitucionalidade. O Tribunal, operando o conceito de *igualdade proporcional*⁴³, considerou que, ainda que sendo legítimo, no plano da redução da despesa pública, diferenciar aqueles

⁴³ Sobre o conceito, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “O papel dos princípios constitucionais estruturantes dos direitos económico-sociais em tempos de crise: a jurisprudência recente do Tribunal Constitucional Português”, 2013, acessível em www.tribunalconstitucional.pt.



trabalhadores, o efeito cumulado das medidas de redução salarial atingia uma expressão tal que não permitia franquear o *teste* da proibição do excesso na medida da diferença, tanto mais que outras alternativas menos lesivas podiam ser perspetivadas.

26. Aprovado o OE de 2013, voltou o Tribunal a ser chamado a apreciar medidas legislativas de redução remuneratória e, bem assim de diminuição de outras prestações. Assim, foram colocadas a controlo de constitucionalidade: a manutenção da redução remuneratória (vinda já de 2011); a suspensão do pagamento do subsídio de férias (incluindo a suspensão parcial a reformados e aposentados); e a sujeição dos subsídios de doença e de desemprego a uma contribuição especial (Acórdão n.º 187/2013).

Renovando a orientação anterior (Acórdãos n.ºs 396/2011 e 353/2012), o Tribunal não julgou desconforme com a CRP a redução remuneratória – não sem sublinhar que o fazia “*pelo terceiro ano consecutivo*” – e, também na esteira do que havia sido decidido, julgou inconstitucional, por infringir o princípio da *igualdade proporcional*, a suspensão do pagamento do subsídio de férias. E formulou idêntico julgamento quanto à medida dirigida aos subsídios de doença e de desemprego, por afetar o núcleo essencial da existência mínima já efetivado pela legislação geral que regula o direito às prestações nas eventualidades de doença ou desemprego, e, por essa via, infringir o parâmetro constitucional da existência condigna, que mesmo em situação de emergência económica cumpre garantir.

27. Seguiu-se, o Acórdão n.º 474/2013, que apreciou em sede de fiscalização abstrata preventiva, normas do regime de *requalificação* dos trabalhadores em funções públicas, pedido dirigido a apreciar o alargamento dos motivos de cessação do vínculo contratual de emprego público fundado em razões objetivas, na sua compatibilidade com o conceito constitucional de *justa causa* e face ao teste de proporcionalidade na restrição do direito à segurança no emprego. Com efeito, das normas impugnadas decorriam dois níveis de afetação da relação jurídica de emprego público: no primeiro nível, o afastamento do posto de trabalho – do lugar – e a colocação em inatividade, caso o trabalhador não lograsse obter de imediato a reafectação, com consequências no direito à retribuição; num segundo nível, o prolongamento da requalificação



para além de um ano intensifica o grau de afetação da relação jusbataloral até atingir o grau máximo de compressão do direito à segurança no emprego: motiva o despedimento (objetivo)

De acordo com jurisprudência há muito firmada, o Tribunal sublinhou que o despedimento por razões objetivas não é incompatível com a proteção constitucional contra os despedimentos sem justa ou por motivos políticos ou ideológicos, direito fundamental que encontra assento no artigo 53.º da CRP, como *garantia da garantia*, património do direito público europeu, com expressão no artigo 24.º da Carta Social Europeia (revista) e no artigo 30.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Não obstante assim ser em geral, o Tribunal pronunciou-se pela inconstitucionalidade da medida legislativa em exame, pois esta, pela sua regulação aberta, facultava à decisão de cessação unilateral por parte do empregador público

um espaço não determinado, capaz de potenciar despedimentos arbitrários, judicialmente incontroláveis, com o que se ofendia a proibição constitucional dos despedimentos sem justa causa⁴⁴.

28. Por seu turno, e ainda em 2013, regista-se a fiscalização no Acórdão n.º 602/2013 de um conjunto de alterações ao Código do Trabalho, incidentes sobre a duração do trabalho; a férias e feriados; a trabalho suplementar; ao instituto do “*banco de horas*”; ao despedimento por causas objetivas e por inadaptação ao posto de trabalho; e, por último, à negociação e contratação coletiva. Destas, mereceram declaração de inconstitucionalidade, por infração da proibição do despedimento sem justa causa, as normas relativas aos critérios de escolha do trabalhador a despedir, “*na medida em que não fornece as necessárias indicações normativas quanto aos critérios que devem presidir à decisão do empregador de seleção do posto de trabalho a extinguir*” e à disciplina do despedimento por extinção do posto de trabalho, por não salvaguardar a possibilidade prática de subsistência da relação de trabalho. Também a nova regulação da contratação coletiva de trabalho, domínio com garantia constitucional enquanto direito fundamental dos trabalhadores (artigo 56.º, n.º 3 e 4), suscitou declaração de inconstitucionalidade de três das suas normas, que

⁴⁴ Sobre a relação entre proporcionalidade e determinabilidade, cfr. Relatório à 15.ª Conferência dos Tribunais Constitucionais de Portugal, Espanha, Itália, “O Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Constitucional, também em relação com a Jurisprudência dos Tribunais Europeus”, elaborado por PEDRO MACHETE e TERESA VIOLANTE, pp. 29-31, acessível em www.tribunalconstitucional.pt.



cominavam a nulidade e reduziam as disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, ou as modificavam *ope legis* automaticamente.

29. E, por último, no mesmo ano de 2013, regista-se ainda o Acórdão n.º 794/2013, que afastou a censura constitucional, à luz do direito à retribuição e dos princípios – estruturantes do Estado de Direito democrático –, da igualdade, da proporcionalidade e da confiança –, relativamente a normas que operaram o aumento da duração do trabalho na administração pública, equiparando-os nesse plano aos trabalhadores do setor privado, por tal se impor pela autonomia da função legislativa, valorando que o regime não impedia a celebração de futuros instrumentos de regulamentação coletiva que acordassem na prestação de trabalho por tempos inferiores aos novos limites máximos.

V. Incidências jurisprudenciais do princípio do direito de acesso ao direito e aos tribunais

30. Os direitos em geral, e os direitos fundamentais em particular, podem ser afetados de modos muito diferenciados, encontrando no direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva uma garantia de natureza geral – e também a garantia institucional da via judicial –, imprescindível à própria ideia de Estado de direito. Tendo essa evidência muito presente, o artigo 20.º, n.º 1, da CRP, prescreve que: “*A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos*”, acolhendo expressamente no mesmo preceito um conjunto de refrações do princípio geral. Note-se que, mesmo perante a redação primitiva da CRP, o Tribunal atribuiu à garantia da via judiciária a natureza de direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias consagrados no Título II da Constituição, sendo-lhe, pois, aplicável o regime do artigo 18.º, por força do disposto no artigo 17.º, também da CRP (Acórdão n.º 289/90).



É neste âmbito, especialmente na densificação das exigências do *processo equitativo*, expressamente acolhido no n.º 4 do mesmo preceito, que se encontra uma maior influência da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na orientação do Tribunal Constitucional português, o que radica desde logo na maior densidade normativa que o artigo 6.º da Convenção Europeia assumiu durante muito tempo face ao texto constitucional, que até à revisão de 1997 não fazia referência ao conceito. Disso mesmo dá conta o Acórdão n.º 345/99:

«O conceito de "processo equitativo" tem sido desenvolvido sobretudo pela jurisprudência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cujo artigo 6º tem precisamente como epígrafe "direito a um processo equitativo" e cujo § 1º dispõe, retirando as palavras do artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que "*qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativamente*", frase que é repetida no artigo 14º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Cíveis e Políticos. Ora a revisão constitucional pretendeu precisamente, fazendo uma "transposição explícita do artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem", tendo presente "todo o trabalho do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem", "dar dignidade constitucional" (expressões do deputado Alberto Martins na reunião de 5.9.1996 da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional, edição provisória não oficial de José de Magalhães, *Dicionário da Revisão Constitucional* em CD-Rom, 2ª ed., Lisboa, Editorial Notícias, 1999), a conteúdos

normativos que, através daquele direito internacional, já integravam a ordem jurídica portuguesa e inclusivamente, num certo entendimento, através da remissão no n.º 2 do artigo 16º, a própria ordem constitucional (no mesmo sentido se pronunciou o deputado Luis Sá, *ibidem*: "toda a densificação é bem vinda e nesse sentido creio que a consagração do princípio do processo equitativo pode ser uma contribuição para que no plano da legislação ordinária venha a ser reforçado o princípio da igualdade das armas, dos direitos de defesa, da justiça no processo em termos gerais": também o deputado Luis Marques Guedes admitiu um "ganho acrescido").

A partir do Acórdão Lobo Machado contra Portugal de 20 de Fevereiro de 1996 (*Recueil des arrêts et décisions* 1996 - I, pp. 195 ss.), o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem firmou uma jurisprudência segundo a qual o direito a um processo equitativo inclui "o direito a um processo contraditório". Este implica em princípio a faculdade para as partes de um processo, penal ou civil, de tomar conhecimento de, e de discutir, todo o elemento ou observação apresentado ao juiz, mesmo por um magistrado independente, tendo em vista influenciar a decisão" (p.206, § 31). Tal direito teria sido violado no caso pela impossibilidade para o interessado de tomar conhecimento e de responder ao parecer do procurador-geral adjunto anterior ao julgamento do recurso na secção social do Supremo Tribunal da Justiça - parecer que foi de apoio à decisão recorrida - (p. 205, § 31) e também pela presença daquele Magistrado no julgamento, onde teve oportunidade de se pronunciar novamente no sentido do anterior parecer - pelo que a aparência de imparcialidade do Tribunal, ao dispor-se a ouvir de novo apenas uma das opiniões em confronto também seria afectada (§ 32). Esta jurisprudência foi confirmada uniformemente em acórdãos posteriores, nomeadamente nos Acórdãos Vermeulen, da mesma data (*Recueil cit.*, 1996-I, p. 225 ss., 234, § 33 e 34), Niederost-Huber, de 18 de Fevereiro de 1997 (*Recueil cit.*, 1997-I, p. 101 ss., 108-109 §§ 24-31), Montovanelli de 18 de Março de 1997 (*Recueil cit.*, 1997-II, p. 424 ss., 436, § 33), Van Orshoven, de 25 de Julho de 1997 (*Recueil cit.*, 1997 - III, p. 1039 ss., 1051 § 41). É especialmente significativo o Acórdão Montovanelli, por se tratar de jurisdição administrativa francesa.

Com esta jurisprudência obtida por unanimidade, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem confirmou uma viragem de jurisprudência da Comissão dos Direitos do Homem, que na sua decisão de 9 de Dezembro de 1986 sobre a queixa n.º 10938/84 (caso Kaufmann: *Décisions et rapports* 50, p. 98) tinha entendido que a intervenção do ministério público belga junto da *Cour de Cassation*, não sendo ele parte no processo e tendo por função exclusiva a defesa da legalidade, intervenção essa sem possibilidade de resposta do recorrente, não ofendia o artigo 6º, § 1º da Convenção. Precisamente no caso Lobo Machado a Comissão tinha passado a considerar, por catorze votos contra nove, que "tendo em conta a importância atribuída pela jurisprudência dos órgãos da Convenção às aparências e à sensibilidade acrescida do público às garantias de uma boa justiça" não se poderia considerar como neutra do ponto de vista das partes a intervenção do Ministério Público,



uma vez que ao pronunciar-se no sentido do não provimento do recurso, "tinha agido como adversário objectivo do recorrente" (*Recueil* cit., 1996 - I, p.216). Haveria, por consequente, uma "ruptura da igualdade das armas". A Comissão (p. 217) e no seu seguimento o Tribunal (p. 207) questionaram também que as missões atribuídas ao Ministério Público, nomeadamente quanto à unidade de jurisprudência, a segurança jurídica ou o interesse geral, exigissem o tipo de intervenção em causa nos tribunais superiores, "como o testemunha de resto a prática da maioria dos outros Estudos membros do Conselho da Europa" (p.207).

Em face deste claro desenvolvimento dos direitos do homem na Europa, há que reponderar alguma jurisprudência anterior deste Tribunal, tendo em vista o desenvolvimento de direito à tutela jurisdicional do artigo 30º da Constituição na revisão de 1997. Com efeito, este Tribunal já interpretou o artigo 6º, § 1º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem no sentido de não obstar à intervenção do Ministério Público, imediatamente anterior à decisão, a fim de se pronunciar sobre o pedido de apoio judiciário, previsto pelo artigo 28º do Decreto-Lei nº 387-B/87. Segundo o Acórdão nº 263/93 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 24, p. 670): "revestindo a actuação do Ministério Público nos incidentes de apoio judiciário em que não figura como requerente, a natureza de um *órgão de justiça*, estabelecendo-se o contraditório entre os requerentes e requeridos, e não entre os requerentes e o Ministério Público, que ocupa um plano diverso daquele, há-de dizer-se não poder legitimamente convocar-se aqui, a propósito da pronúncia emitida ao abrigo do artigo 28º do Decreto-Lei nº 387-B/87, uma qualquer violação do princípio da igualdade de armas, do mesmo modo que um qualquer afrontamento à independência dos tribunais."

Em face das razões invocadas pelos órgãos jurisdicionais da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e da clara vontade histórica do legislador constituinte de acompanhar o passo da jurisprudência europeia no

desenvolvimento dos direitos fundamentais igualmente previstos na Convenção e na Constituição, há que rever a jurisprudência anterior à revisão constitucional de 1997.»

A título exemplificativo, vejamos alguns grupos de casos, tirados da vasta jurisprudência do Tribunal proferida nos últimos anos, e em que se mobilizaram como parâmetros de constitucionalidade inscritos na garantia do acesso à justiça e do processo equitativo.

31. Um desses grupos de casos corresponde à matéria do *apoio judiciário*, sendo o Tribunal chamado a apreciar se a concretização legislativa da garantia constitucional assegura que aqueles economicamente carenciados não ficam, por esse motivo, impedidos de obter nos tribunais tutela dos seus direitos. Mesmo que o número de casos seja naturalmente menor do que seria de esperar num sistema fiscalizador que acolhesse o recurso de amparo ou a queixa constitucional, regista-se ainda assim a sindicância de uma pluralidade de dimensões normativas no âmbito da protecção jurídica.

31.1. Assim, o Tribunal Constitucional pronunciou-se pela inconstitucionalidade, por violação do nº 1 do artigo 20º da Constituição da República Portuguesa, das normas constantes de anexo à lei que disciplina o apoio judiciário⁴⁵, na parte em que determinavam que fosse considerado para efeitos do cálculo do rendimento relevante para efeitos de concessão do

⁴⁵ Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, tendo-se então em atenção a redação anterior à introduzida em 2007.



benefício de apoio judiciário o rendimento do agregado familiar do requerente nos termos aí rigidamente impostos, sem permitir em concreto aferir da sua real situação económica em função dos seus rendimentos e encargos (Acórdãos n.ºs 654/2006, 46/2008, 125/2008, 126/2008, 127/2008, 273/2008, 274/2008, 359/2008, 441/2008, 53/2009 e 313/2009). Com o mesmo fundamento, concluiu-se pela inconstitucionalidade, na determinação da insuficiência económica do requerente do benefício de apoio judiciário, de não haver lugar à ponderação dos encargos concretamente suportados pelo agregado familiar, designadamente com despesas de saúde (Acórdãos n.ºs 515/2008 e 265/2010). Em sentido contrário, mas considerando a particularidade diferenciadora e decisiva decorrente do facto de “o rendimento líquido completo do agregado familiar” ser, na espécie, formado pela soma do rendimento do requerente com o do seu cônjuge, temos os Acórdãos n.ºs 272/2008, 326/2008 e 265/2010, os quais concluíram que a determinação

do rendimento relevante para efeitos de concessão de apoio judiciário feita através de um tal critério - a partir do rendimento do agregado familiar, composto pelo requerente e pelo cônjuge -, não violava o direito de acesso aos tribunais.

Note-se que, na sequência das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Tribunal Constitucional foram introduzidas alterações pela Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto, passando a admitir-se, no n.º 6, do artigo 8.º-A, da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, a possibilidade de o requerente de proteção jurídica solicitar que a apreciação da insuficiência económica tivesse em conta apenas o rendimento, o património e a despesa permanente próprios ou dele e de alguns elementos do seu agregado familiar. E, assim, o Acórdão n.º 434/2011, proferido em sede de fiscalização concreta, decidiu impor, ao abrigo do disposto no artigo 80.º, n.º 3, da Lei do Tribunal Constitucional⁴⁶, a interpretação de um conjunto de preceitos, integrado pelo Anexo à Lei n.º 34/2004, de 29 de julho (na redação dada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto), conjugado com o artigo 8.º-A, n.º 5 e 6, da mesma Lei, como conferindo ao requerente de proteção jurídica a possibilidade de solicitar que a apreciação da sua insuficiência económica

⁴⁶ Competência que o Tribunal vem exercendo ao longo da sua história com parcimónia. Os respetivos efeitos vinculativos projetam-se apenas no processo em que é proferida a decisão, sem prejuízo do efeito persuasório decorrente do juízo de desconformidade constitucional da interpretação que fora efetuada na decisão recorrida que lhe está subjacente.



tenha em conta apenas o rendimento, o património e a despesa permanente próprios ou dele e de alguns elementos do seu agregado familiar.

31.2. Também a julgamento de inconstitucionalidade chegou o Acórdão n.º 311/2008, censurando por violação do artigo 20.º, n.º 1, da CRP, norma processual civil. Estava em questão a oponibilidade da exceção de violação de convenção de arbitragem a parte em situação superveniente de insuficiência económica, justificativa de apoio judiciário. Entendeu-se que quando a efetivação da garantia de acesso à justiça requer a prestação de apoio judiciário e que, não sendo este previsto no âmbito dos tribunais arbitrais, o único meio de evitar o resultado, constitucionalmente inaceitável, de denegação da justiça, é o reassumir de competência do tribunal judicial.

31.3. Por seu turno, nos Acórdãos n.ºs 602/2006, 420/2006, 602/2006, 83/2010, 440/2012 e 538/2014, encontra-se em comum o julgamento de violação do parâmetro constitucional do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva por via da imposição normativa do pagamento ou depósito de quantias por sujeitos em situação de carência económica, negando-lhes a possibilidade de verem discutidas e apreciadas as suas pretensões.

32. No que respeita a normas de incidência da *taxa de justiça*, o Tribunal firmou entendimento de que ao tributo não corresponde a natureza de imposto, consubstanciando a contrapartida pecuniária da utilização do serviço da administração da justiça (Acórdão n.º 301/2009), o que não implica uma equivalência rigorosa entre o valor do serviço e o montante da quantia a prestar pelo utente desse serviço (Acórdão n.º 731/2013). E, não impondo a CRP a gratuidade da utilização dos serviços de justiça, ao legislador deve ser conferida uma ampla liberdade de conformação. Tal margem, porém, não implica que as normas que estabelecem os critérios de fixação do montante das custas sejam imunes a um controlo de *evidência* ou de *desrazoavelmente manifesta* quanto ao respeito pelo princípio da proibição do excesso e de compatibilidade com o direito de acesso à justiça,⁴⁷.



Como exemplos dessa sindicância, registem-se as decisões que incidiram sobre critérios normativos que conduziam a um crescimento ilimitado do montante da taxa de justiça em função do valor da causa, capazes de atingir valores sem qualquer relação com os meios e recursos efetivamente mobilizados pelo sistema de justiça. Assim, a título ilustrativo, os Acórdãos n.ºs 22//2007, 471/2007, 116/2008, 266/2010, 421/2013, 604/2013, 826/2013, 179/2014, 844/2014 e 508/2015, culminaram por juízos de inconstitucionalidade, evidenciando o Tribunal a ausência de um qualquer travão ao acréscimo exponencial, designadamente a não previsão de uma intervenção corretiva do juiz quanto ao montante da taxa de justiça em questão “*tendo em conta, designadamente, a natureza e complexidade do processo e o carácter manifestamente desproporcionado [das custas]*” (Acórdão n.º 266/2010). Diferentemente, no Acórdão n.º 731/2013, justamente

porque um tal mecanismo já tinha sido, entretanto, introduzido, o julgamento foi de não inconstitucionalidade⁴⁸.

33. A exigência de que o direito se efetive através de processo equitativo (artigo 20.º, n.º 4), é entendida como injunção ao legislador no sentido da criação de um processo justo na sua conformação: um processo informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos em que se desenvolve. Para o processo civil e para os modelos processuais a que aquele serve de paradigma – quanto às posições jurídico subjetivas do arguido em processo penal, como se viu, a CRP fornece no artigo 32.º uma cláusula geral e princípios-garantia suplementares, acolhendo um modelo de processo *orientado para a defesa* (Acórdão n.º 540/2012)⁴⁹ -, diz-se no Acórdão n.º 778/2014, em síntese partilhada por diversos arestos:

«O artigo 20.º da Constituição, sob a epígrafe «*Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva*», garante a todos o

⁴⁸ Cabe referir que o TEDH decidiu, por acórdão proferido no caso *Perdigão c. Portugal* em 4 de agosto de 2009 (queixa n.º 24768), que os requerentes haviam suportado, face à primitiva redação do Código das Custas Judiciais, um montante de custas judiciais excessivo, porque afastado do justo equilíbrio que deve reinar entre o interesse geral da comunidade e os direitos fundamentais do indivíduo. Outros exemplos de censura do montante de custas, por violação do artigo 6.º, §1, da Convenção Europeia, são fornecidos pelos casos *Kreuz c. Polónia* (acórdão proferido em 19 de junho de 2001, queixa n.º 28249/95); *Podbielski e PPU.PolPure c. Polónia* (acórdão proferido em 26 de julho de 2005, queixa n.º 39199/98); e *Weissman e outros c. Roménia* (acórdão de 24 de maio de 2006, queixa n.º 63945/00).

⁴⁹ Também o TEDH tem afirmado que os Estados gozam de maior liberdade de conformação legislativa em matéria civil, por exemplo, nos casos *Dombo Bebeer BV c. Holanda* (acórdão de 27 de outubro de 2013, queixa n.º 14448/88) e *Levages Prestations Services c. França* (acórdão de 23 de outubro de 1996, queixa n.º 21920/93).



acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legítimos (n.º 1), impondo ainda que esse direito se efetive através de um processo equitativo (n.º 4).

A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem entendido que o direito de acesso aos tribunais implica a garantia de uma proteção jurisdicional eficaz ou de uma tutela judicial efetiva, cujo âmbito normativo abrange, nomeadamente: (a) o *direito de ação*, no sentido do direito subjetivo de levar determinada pretensão ao conhecimento de um órgão jurisdicional; (b) o *direito ao processo*, traduzido na abertura de um processo após a apresentação daquela pretensão, com o consequente dever de o órgão jurisdicional sobre ela se pronunciar mediante decisão fundamentada; (c) o *direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas*, no sentido de a decisão haver de ser proferida dentro dos prazos preestabelecidos, ou, no caso de estes não estarem fixados na lei, dentro de um lapso temporal proporcional e adequado à complexidade da causa; (d) o *direito a um processo justo baseado nos princípios da prioridade e da sumariedade*, no caso daqueles direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas (veja-se, neste sentido, entre outros, o Acórdão n.º 440/94).

Acresce ainda que o direito de ação ou direito de agir em juízo terá de efetivar-se através de um processo equitativo, o qual deve ser entendido não só como um processo justo na sua conformação legislativa, mas também como um processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos processuais.

A jurisprudência e a doutrina têm procurado densificar o conceito de processo equitativo essencialmente através dos seguintes princípios: (1) direito à igualdade de armas ou igualdade de posição no processo, sendo

proibidas todas as diferenças de tratamento arbitrárias; (2) proibição da indefesa e direito ao contraditório, traduzido fundamentalmente na possibilidade de cada uma das partes invocar as razões de facto e direito, oferecer provas, controlar a admissibilidade e a produção das provas da outra parte e pronunciar-se sobre o valor e resultado de umas e outras; (3) direito a prazos razoáveis de ação e de recurso, sendo proibidos os prazos de caducidade demasiados exíguos; (4) direito à fundamentação das decisões; (5) direito à decisão em prazo razoável; (6) direito de conhecimento dos dados do processo (*dossier*); (7) direito à prova; (8) direito a um processo orientado para a justiça material (Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007, Volume I, págs. 415 e 416).

Importa ainda salientar que a exigência de um processo equitativo, consagrada no artigo 20.º, n.º 4, da Constituição, não afasta a liberdade de conformação do legislador na concreta modelação do processo. No entanto, no seu núcleo essencial, tal exigência impõe que os regimes adjetivos proporcionem aos interessados meios efetivos de defesa dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, bem como uma efetiva igualdade de armas entre as partes no processo, não estando o legislador autorizado a criar obstáculos que dificultem ou prejudiquem, arbitrariamente ou de forma desproporcionada, o direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva.» (v., também, por exemplo, os Acórdãos n.ºs 235/2011, 350/2012, 839/2013, 204/2015 ou 569/2015).»

A eficácia operativa que o princípio assume no âmbito processual tem sido reiteradamente afirmada pelo Tribunal: nas palavras do Acórdão n.º 413/2010, “[o] *princípio constitucional que mais intensamente vincula as escolhas do legislador ordinário que conforma as normas de processo civil é o da garantia do processo justo ou equitativo*”. Um dos planos em que atua prende-se com disciplina da tramitação processual, designadamente através da imposição de ónus processuais, sobre os quais o Tribunal tem sido chamado a apurar se se mostram funcionalmente adequados, não traduzindo soluções puramente formais, arbitrariamente impostas, se o seu cumprimento reveste excessiva dificuldade para as partes, se as cominações ou preclusões que decorrem do seu incumprimento se revelam totalmente desproporcionadas perante a gravidade e relevância da



falta, ou ainda, se a parte é confrontada com exigências formais que não podiam razoavelmente ser antecipadas, sendo o respetivo incumprimento sancionado em termos irremediáveis e definitivos.

34. Exemplos recentes de um tal controlo encontram-se: no decidido no Acórdão n.º 760/2013, proferido em sede de generalização, através do qual o Tribunal declarou, com força obrigatória geral, norma que fazia acarretar do não pagamento da taxa de justiça a pagar pelo réu o desentranhamento liminar da oposição à injunção, sem conferir à parte uma outra oportunidade de pagamento; no Acórdão n.º 96/2016, no qual foi julgado inconstitucional, por violação do artigo 20.º, n.º 1 e 4, da Constituição, o segmento normativo que fazia decorrer a extinção do direito que se pretendia fazer valer em juízo da não apresentação atempada de

documento comprovativo do pagamento da taxa de justiça; no Acórdão n.º 639/2014 (proferido pelo Plenário), no qual foi julgada inconstitucional a norma do n.º 2 do artigo 30.º do Código de Insolvência e de Recuperação de Empresas, quando interpretada no sentido de não dever ser admitida a oposição em processo de insolvência se não acompanhada da lista contendo a indicação dos cinco maiores credores da requerida, e sem que a esta tenha previamente sido concedida a oportunidade de suprir a deficiência, por a consequência fixada na norma não ser harmonizável com a natureza meramente formal e instrumental do requisito; e no Acórdão n.º 620/2013, no qual a censura constitucional incidiu sobre a norma que exige ao recorrente a junção de certidão (e não simples cópia) do acórdão-fundamento, como requisito de admissibilidade do recurso excecional por oposição de julgados, por desprovida de sentido útil para a tramitação processual.

35. Por seu turno, o *direito ao contraditório*, enquanto componente essencial do *due process of law*, permitindo a cada uma das partes influenciar a decisão judicial⁵⁰, fundou a censura constitucional de interpretação normativa que acolhia a possibilidade de decidir da incompetência em razão da matéria sem facultar às partes a possibilidade de se pronunciarem sobre essa questão

⁵⁰ Também na aceção do artigo 6.º, n.º1, da Convenção Europeia, o direito a um processo contraditório assume essencialmente um sentido positivo, de influência no desenvolvimento da lide. Assim, casos *Kress c. França* (decisão de 7 de junho de 2001, queixa n.º 39594) e *Ferreira Alves c. Portugal* (n.º 3) (decisão de 21 de junho de 2010, queixa n.º 25053/05).



(Acórdão n.º 510/2015); a declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade de interpretação normativa, segundo a qual o juiz pode conceder provimento à impugnação da parte contrária à concessão do apoio judiciário, sem que ao respetivo beneficiário fosse dado conhecimento da impugnação e possibilidade de a contraditar (Acórdão n.º 637/2013); a declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade de norma do Código de Processo Civil que limitava os fundamentos de oposição à execução instaurada com base em requerimento de injunção à qual foi aposta fórmula executória, por consubstanciar a criação de uma situação de *indefesa*, em virtude de aquele processo tabelar de formação do título executivo não representar uma forma de composição de litígio ou de apuramento jurídico dos direitos do credor (Acórdão n.º 388/2013); e o julgamento de inconstitucionalidade, por violação do direito a um processo equitativo, de norma contida no artigo 712.º do Código do Processo Civil, com o

sentido de permitir à segunda instância alterar oficiosamente a matéria de facto dada como provada na primeira instância, com fundamento em deficiência, obscuridade ou contradição da decisão e, conseqüentemente, modificar a decisão da causa, sem prévia audição das partes (Acórdão n.º 346/2009).