

O Acórdão n.º 183/2008 e o controlo de interpretações normativas em domínios sujeitos ao princípio da legalidade penal

The Decision No. 183/2008 and the review of normative interpretations in areas subject to the principle of criminal legality

Afonso Brás

Vol. 10 No. 2
novembro 2023
e-publica.pt

ISSN 2183-184x

Com o apoio de:

fct Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

**O ACÓRDÃO N.º 183/2008 E O CONTROLO DE INTERPRETAÇÕES
NORMATIVAS EM DOMÍNIOS SUJEITOS AO PRINCÍPIO DA
LEGALIDADE PENAL**

THE DECISION NO. 183/2008 AND THE REVIEW OF NORMATIVE
INTERPRETATIONS IN AREAS SUBJECT TO THE PRINCIPLE OF
CRIMINAL LEGALITY

AFONSO BRÁS¹

Lisbon Public Law Research Centre
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa, Portugal
afonsobras@fd.ulisboa.pt

Resumo: O sistema português de fiscalização da constitucionalidade tem natureza normativa, o que significa que o Tribunal Constitucional apenas pode sindicar normas. Contudo, desde cedo que o Tribunal desenvolveu um conceito *funcional* de norma, que, entre outras realidades, permite que se controlem interpretações normativas efetuadas pelo juiz da jurisdição comum. O problema coloca-se, contudo, quando essas interpretações se inserem em domínios sujeitos ao princípio da legalidade penal, na medida em que poderá ser difícil distinguir se aquilo que está a ser controlado pelo Tribunal é a norma enquanto resultado da interpretação ou a decisão judicial recorrida. É sobre esta problemática que incide o acórdão sobre o qual se debruça o presente artigo.

Palavras-chave: Tribunal Constitucional; fiscalização da constitucionalidade; conceito funcional de norma; interpretações normativas; princípio da legalidade.

Abstract: The Portuguese system of constitutionality review is normative in nature, which means that the Constitutional Court can only review norms. However, the Court developed a *functional* concept of norm early on, which, among other things, allows it to scrutinise normative interpretations made by ordinary judges. The problem arises, however, when these interpretations fall within areas subject to the principle of legality, such as criminal law, insofar as it can be difficult to distinguish whether what is being scrutinised by the Court is the norm as a result of the interpretation or the judicial decision under appeal. This is the subject of the judgement on which this paper focuses.

Keywords: Constitutional Court; constitutionality review; functional concept of norm; normative interpretations; principle of legality.

¹ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Assistente Convidado no Instituto Superior de Economia e Gestão da Universidade de Lisboa. Investigador Integrado Assistente do Lisbon Public Law Research Centre – Centro de Investigação de Direito Público. <https://orcid.org/0000-0001-5742-1023>.

1. Introdução

O Acórdão n.º 183/2008, do Tribunal Constitucional (doravante, “TC”)², assume, ainda hoje, uma especial importância relativamente à compreensão do sistema de fiscalização normativa da constitucionalidade. Neste aresto estava em causa “a inconstitucionalidade da norma extraída das disposições conjugadas do artigo 119.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal e do artigo 336.º, n.º 1, do Código do Processo Penal, ambos na redacção originária, na interpretação segundo a qual a prescrição do procedimento criminal se suspenda com a declaração de contumácia”.

A pretensa questão normativa assim colocada não era de somenos importância, desde logo porque tinha motivado entendimentos divergentes no Tribunal: por um lado, havia jurisprudência que não só tinha conhecido desta questão, como tinha julgado inconstitucional a norma *supra* identificada, por entender que ela violava o disposto no artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição³; por outro lado, também havia acórdãos do TC que, sobre a mesma questão, haviam decidido dela não tomar conhecimento, na medida em que, segundo esse entendimento, não estava em causa uma norma suscetível de ser sindicada pelo Tribunal Constitucional, no contexto do sistema português de fiscalização da constitucionalidade⁴. Assim, tendo presente a ausência de jurisprudência uniforme sobre esta questão, o Tribunal tenta pôr um ponto final nessa divergência. Resta saber, contudo, se teve sucesso. Vejamos.

2. O Acórdão n.º 183/2008, do Tribunal Constitucional

2.1. O conhecimento da questão controvertida

Como ponto de partida, torna-se importante referir que antes da divergência ocorrida no âmbito do TC sobre o conhecimento, ou não, daquela pretensa questão normativa, havia, sobre ela, uma outra divergência, desta feita no âmbito da jurisdição comum. Com efeito, desde que, em 1987, foi aprovado o Código do Processo Penal (doravante, “CPP”), que, por sua vez, criou a declaração de contumácia, houve interpretações judiciais contraditórias sobre a inclusão, ou não, dessa figura processual na previsão da norma do artigo 119.º, n.º 1, do Código Penal de 1982 (doravante, “CP”), que dispunha sobre a suspensão da prescrição do procedimento criminal⁵. Assim, na jurisdição comum encontravam-se várias decisões que

² Disponível em: <https://shorturl.at/qtXPQ>.

³ A título de exemplo, e até à data da prolação do acórdão que se comenta, veja-se o Acórdão n.º 205/99, de 7 de abril, disponível em: <https://shorturl.at/1oKRS>.

⁴ A título de exemplo, e até à data da prolação do acórdão que se comenta, veja-se o Acórdão n.º 331/03, de 7 de julho, disponível em: <https://shorturl.at/ENW01>.

⁵ O teor do referido preceito era o seguinte:

“1. A prescrição do procedimento criminal suspende-se, para além dos casos especialmente previstos na lei, durante o tempo em que:

- a) O procedimento criminal não possa legalmente iniciar-se ou não possa continuar por falta de uma autorização legal ou de uma sentença prévia a proferir por tribunal não penal, ou por efeito da devolução de uma questão prejudicial para juízo não penal;
- b) O procedimento criminal esteja pendente, a partir da notificação do despacho de pronúncia ou equivalente, salvo no caso de processo de ausentes;

ora pendiam para o primeiro entendimento, ora sufragavam o segundo. Face ao exposto, não terá sido por acaso que o Supremo Tribunal de Justiça (doravante, “STJ”) tenha sentido necessidade de fixar jurisprudência, prolatando o Assento n.º 10/2000, de 10 de novembro, que dispunha que “[n]o domínio da vigência do Código Penal de 1982 e do Código de Processo Penal de 1987, a declaração de contumácia constituía causa de suspensão da prescrição do procedimento criminal”⁶. Se é verdade que, num primeiro momento, poder-se-ia pensar que a questão tinha ficado resolvida, rapidamente se percebe que tal não sucedeu quando se vislumbra que, ainda assim, havia quem entendesse que este entendimento assim fixado pelo STJ ia de encontro ao princípio da legalidade penal, consagrado no artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição. Ora, como já referido, é exatamente esta questão que é colocada ao TC no aresto em análise.

O Tribunal, antes de se debruçar sobre a eventual violação do princípio da legalidade penal, começa por esclarecer se o conhecimento desta questão se insere, ou não, “no domínio da [sua] actividade” (cfr. ponto 4 do acórdão). Começando por, corretamente, mencionar que o sistema português de fiscalização da constitucionalidade tem natureza normativa, não incluindo, por isso mesmo, qualquer “sistema de recurso de amparo ou de queixa constitucional”, e não possibilitando, em consequência, que o TC conheça de “actos (não normativos) dos poderes públicos que sejam directamente lesivos de direitos fundamentais, constitucionalmente tutelados” (cfr. ponto 4 do acórdão), como sejam as decisões judiciais, cita, em seguida, a “boa jurisprudência” que refere isto mesmo, nomeadamente o Acórdão n.º 674/99⁷, concluindo, a final, que ela “terá de se manter” – *i.e.*, havendo um sistema de fiscalização normativa da constitucionalidade, tal “não permite que o Tribunal conheça do mérito constitucional do acto casuístico de subsunção de um pormenorizado conjunto de factos concretos na previsão abstracta de uma certa norma legal” (cfr. ponto 4 do acórdão).

Se, por um lado, poder-se-ia pensar que era isto que estava em causa no contexto do acórdão em análise, e que, portanto, e sendo coerente com a jurisprudência citada, o TC não iria conhecer da questão em crise, a verdade é que esta, para o mesmo Tribunal, tinha uma “especificidade” que não podia ser ignorada. Secundando-se em determinada doutrina, o Tribunal esclarece que se é verdade que as normas se podem referir a “factos concretos cujo circunstancialismo envolvente será sempre inabarcável”, certo é que elas também se podem referir, em especial, a “meras categorias normativas fixadas por lei”. E se quanto à primeira realidade “é líquido que a determinação do referente da norma (factos concretos) está fora do domínio de actividade do Tribunal Constitucional”, o mesmo “não se poderá dizer, com igual certeza (...) [na] hipótese em que o referente sejam categorias legais” (cfr. ponto 4 do acórdão).

Partindo da “especificidade” assim apontada, o Tribunal entende que se estava perante uma verdadeira interpretação normativa sobre a qual, e em

c) O delinquente cumpra no estrangeiro uma pena ou uma medida de segurança privativa da liberdade.”

⁶ Assento disponível em: <https://shorturl.at/gkwW5>.

⁷ Disponível em: <https://shorturl.at/fmyA5>. Especificamente sobre este acórdão, cfr. Blanco de Morais (2011: 1037-1038); Reis Novais (2021: 219-221); Lopes do Rego (2010: 39-42); Rui Medeiros (2004: 191-192).

consequência, se podia pronunciar. E tal era possível porque, em coerência com o mencionado *supra*, nomeadamente na “boa jurisprudência” citada (v.g., Acórdão n.º 674/99, já referido), não se tratava de transformar o TC em “instância revisora do modo como os demais tribunais [interpretavam] e [aplicavam] o direito infra-constitucional, substituindo-lhes na tarefa (que exclusivamente lhes pertence) de subsunção de certos factos a certo tipo de determinação legal” – portanto, não se estava perante uma situação em que o referente da norma eram factos concretos; ao invés, tratava-se apenas de “saber se – em abstracto – [seria] possível incluir o conteúdo normativo constante de uma norma – o artigo 336.º do Código de Processo Penal – no conteúdo normativo constante de outra norma – o artigo 119.º, n.º 1, do Código Penal, na versão originária de 1982” – portanto, uma situação em que o referente era “um acto processual legalmente definido de forma geral e abstracta” (cfr. ponto 4 do acórdão). E se era assim, então, para o Tribunal, “os argumentos fundamentais invocados para não conhecer das eventuais violações do princípio da legalidade não [valiam] para [aquele] caso em que o possível referente da norma é outra norma geral e abstractamente fixada por lei” (cfr. ponto 4 do acórdão).

2.2. Um Tribunal dividido

Ultrapassada a questão de se saber se se estava perante uma verdadeira norma, no sentido em que ela é entendida pelo sistema português de fiscalização da constitucionalidade, o Tribunal vai acabar por declará-la inconstitucional, com força obrigatória geral, precisamente por entender que ela violava o disposto no artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição. Para chegar a esse resultado, vai não só excursar, num primeiro momento, sobre o significado e o alcance do princípio da legalidade penal, mas também, num segundo (e determinante) momento, fazer uso dos elementos da interpretação, nomeadamente o histórico e o literal, para determinar que “[n]ão estando a declaração de contumácia legalmente prevista como causa de suspensão da prescrição nem estando a suspensão da prescrição legalmente prevista como um efeito necessário da declaração de contumácia, torna-se evidente que – dentro dos limites do princípio garantístico da legalidade – não se poderá considerar que a declaração de contumácia (enquanto acto normativamente previsto no artigo 336.º do Código de Processo Penal) constituía já à luz da redacção originária do artigo 119.º, n.º 1, do Código Penal uma causa legalmente prevista de suspensão da prescrição” (cfr. ponto 5 do acórdão).

Sem prejuízo do sentido da decisão, a verdade é que este aresto é demonstrativo de uma profunda divisão no Tribunal Constitucional: em treze Juízes Conselheiros, sete concordaram com o entendimento vertido no acórdão, enquanto os outros seis votaram vencidos. Destes, é de destacar o ponto comum a todas as declarações de voto que foram apresentadas – a circunstância de se entender que não se estava perante uma questão normativa de constitucionalidade, e que, tendo dela conhecido, o Tribunal extravasou as suas competências. Na verdade, segundo esta sensibilidade, que também tinha apoio em anteriores acórdãos do TC, “o que se [questionava], nos presentes autos, não [era] que o conteúdo das normas, com a interpretação adoptada, [fosse] compatível com o texto constitucional”, mas, sim, “que o julgador [pudesse] alcançar esse mesmo

conteúdo normativo através de um processo interpretativo [no caso, a analogia], já que, ao fazê-lo através de uma forma desrespeitadora dos limites fixados à interpretação da lei criminal, violaria o princípio da legalidade penal” (cfr. declaração de voto de vencido do Juiz Conselheiro José Borges Soeiro). Dito de outro modo, “[a]quilo que se [estava] a julgar desconforme à Constituição [era] o percurso hermenêutico que [estava] na génese da determinação desse sentido normativo e não o resultado dessa actividade interpretativa dos tribunais” (cfr. declaração de voto do Juiz Conselheiro Vítor Gomes), sendo que “esse momento [*i.e.*, o “momento em que o juiz, no exercício da sua actividade judicativo-hermenêutica, procede à determinação da lei ordinária aplicável ao caso, à fixação do sentido da mesma face aos textos legais”] é um momento da decisão judicial e não um momento normativo”, pelo que “o controlo do resultado interpretativo obtido (...) por parte da decisão judicial não é uma questão normativa, mas uma questão de controlo da correcção do juízo judicial desenvolvido, dentro dos cânones que regem a actividade hermenêutica, com vista à fixação do sentido emergente do texto verbal da lei criminal infraconstitucional” (cfr. declaração de voto do Juiz Conselheiro Benjamim Rodrigues).

Confrontados estes dois entendimentos antagónicos - *v.g.*, o do acórdão e o dos respetivos votos de vencido -, resta agora saber se, no quadro do sistema português de fiscalização da constitucionalidade, o TC andou bem em ter conhecido desta questão dita normativa. Que é o mesmo que dizer: se o Tribunal pode sindicat interpretações normativas em domínios sujeitos ao princípio da legalidade penal. Vejamos.

3. O controlo de interpretações normativas em domínios sujeitos ao princípio da legalidade penal

3.1. Ponto de partida: a natureza do sistema português de fiscalização da constitucionalidade

Tendo presente a questão que acabou de se colocar, sabe-se, desde já, que são possíveis dois tipos de resposta: por um lado, aqueles que, em termos afirmativos, entendem que o TC pode conhecer deste tipo de interpretações, na medida em que (ainda) se estará perante uma questão normativa⁸; por outro lado, aqueles que afirmam que isso não é (nem deve ser) possível, pois que controlar esse tipo de “normas” significa, a final, controlar as operações interpretativas efetivadas pelo juiz na sua decisão judicial, sendo que esta, como se sabe, e tendo em conta o sistema português de fiscalização da constitucionalidade, é insuscetível de ser sindicada pelo Tribunal⁹.

É então imperioso saber qual a natureza do nosso sistema de fiscalização da constitucionalidade. E a resposta, conforme já avançado *supra*, é de que essa

⁸ Neste sentido, na doutrina, e com algumas especificidades relativas a cada entendimento, cfr. Blanco de Moraes (2011: 1040-1041); Lopes do Rego (2010: 42-43); Rui Medeiros (2004: 341-342); António Cortês (2012: 106); Mafalda Serrasqueiro (2015: 250); Afonso Brás (2023: 373-386).

⁹ Neste sentido, na doutrina, e paradigmaticamente, Reis Novais (2021: 219-221).

natureza é estritamente normativa¹⁰. Assim, o Tribunal Constitucional apenas pode syndicar normas e não atos não normativos, donde se destacam, para o presente caso, as decisões judiciais. Veja-se, então, como esta conclusão assume uma importância fundamental, pois que se efetivamente se sufragar o segundo entendimento avançado *supra*, isso significa que o Tribunal agiu (e age) à margem das competências que lhe são constitucionalmente cometidas, na medida em que controla uma decisão judicial. O problema, contudo, é que esta conclusão não é tão clara quanto possa parecer.

3.2. O conceito *funcional* de norma desenvolvido pelo Tribunal Constitucional

Ora, mas dando como assente essa mesma natureza, surge, inevitavelmente, uma outra questão: se o controlo é necessariamente normativo, sobre que normas pode incidir? Aquelas às quais são tradicionalmente associadas as propriedades da generalidade e da abstração? Ou também outras, que não comunguem destas duas características? Aqui, a intervenção do Tribunal assume, também ela, uma importância absolutamente fundamental. E isto é assim porque desce cedo que o TC desenvolveu aquilo que apelidou (e apelida) de *conceito funcional de norma*: *i.e.*, um conceito de norma *funcionalmente* adequado ao respetivo sistema de controlo da constitucionalidade, que, por sua vez, compreende não apenas as normas entendidas no seu sentido dito “tradicional” – *i.e.*, as normas gerais e abstratas –, mas, também, outras realidades normativas¹¹. Sem prejuízo das eventuais razões que levaram o Tribunal a construir esse conceito funcional de norma, e que, desde logo, podem coincidir (não só, mas também) com a circunstância de não existir, na jurisdição constitucional portuguesa, a figura do recurso de amparo¹², o que interessa agora reter é que dentro das “outras realidades normativas”, atrás mencionadas, cabem as chamadas *interpretações normativas*.

É que, também com antecedência, o Tribunal constatou uma realidade que, ainda hoje, não pode deixar de ser considerada pacífica: que há que fazer uma dissociação entre *enunciado normativo* e *norma* – isto é, entre “a disposição normativa em relação às normas ou sentidos normativos que a primeira possa conter” (Blanco de Moraes, 2011: 1033-1034) –, porquanto do mesmo enunciado normativo podem defluir, por interpretação, diferentes comandos normativos, (alternativos ou cumulativos) sendo que nem todos podem ter a suscetibilidade de, necessariamente, irem de encontro à Constituição. Ora, se esta operação interpretativa é natural e *exclusivamente* realizada pelo juiz *a quo*, a verdade é que, tal como acabou de se referir, dela

¹⁰ Sobre a natureza do sistema português de fiscalização da constitucionalidade, e entre tantos outros Autores que poderiam ser mencionados, cfr., a título de exemplo, Blanco de Moraes (2011: 983 e ss.); Maria Lúcia Amaral (2007: 31-40); Cardoso da Costa (2012: 193-212); Alves Correia (2019: 133-147); Benedita Urbano (2020: 31-35); Jorge Miranda (2017: 155-188); Reis Novais (2021: 81-93).

¹¹ Sobre a construção deste conceito *funcional* de norma, o consequente objeto do controlo e as implicações daí advenientes, cfr. Afonso Brás (2023: 185 e ss.), e referências bibliográficas e jurisprudenciais aí citadas.

¹² Criticamente sobre este aspeto e, em consequência, defendendo, entre nós, a figura do recurso de amparo, cfr. Reis Novais (2021: 129-145; 248-259).

pode resultar um sentido normativo que o particular entende ser inconstitucional. Assim, tendo presente esta possibilidade (e realidade), que é, por sua vez, uma decorrência da circunstância de não serem frequentes as ocasiões em que existe apenas um único comando normativo que possa estar contido num enunciado, e não querendo reduzir o seu controlo unicamente a esta última situação, o Tribunal entende que a sua fiscalização pode também incidir sobre a norma resultante da interpretação que num caso foi dada pelo juiz comum ao enunciado normativo – *i.e.*, e na terminologia do TC, pode incidir sobre uma *interpretação normativa*.

3.3. Controlo de norma e controlo de decisão

É claro que, e numa sugestiva expressão, o Tribunal teve (e tem) consciência das consequências que podem advir desta “força expansiva”.¹³ do conceito de norma para efeitos de fiscalização da constitucionalidade, nomeadamente no que diz respeito à (necessária) fronteira que tem de existir entre controlo de norma e controlo de decisão, tendo em conta a natureza do nosso sistema, já referida. De facto, se se controla uma interpretação normativa que mais não é do que a norma que o intérprete – neste caso, o juiz *a quo* – extraiu de um enunciado normativo através de uma operação interpretativa que realiza no contexto da decisão judicial, há o risco de o Tribunal, a final, poder controlar essa mesma decisão e não a norma que aí foi aplicada e que o (agora) recorrente, para efeitos de recurso de decisões negativas de inconstitucionalidade,¹⁴ entende que viola a Constituição. É isso que explica que, também desde cedo, o TC tenha querido fazer a necessária distinção entre controlo de norma e controlo de decisão.

Para aquilo que interessa ao presente comentário, fê-lo, desde logo, ao clarificar que não pode, em nenhum caso, controlar aquilo que comumente se designa por *normas de decisão*.¹⁵ Com efeito, qualquer juiz comum, no contexto de uma decisão judicial que tem de proferir, vê-se confrontado com dois momentos: (i) o primeiro, já exposto, traduz-se naquele em que, para efeitos de revelação de uma norma que tem de aplicar ao caso, efetiva uma operação interpretativa sobre um (ou mais do que um) enunciado normativo; (ii) o segundo, por sua vez, diz respeito ao momento em que, já com a norma revelada, o juiz tem de subsumir os factos do caso concreto que tem de decidir à previsão da norma que adveio da referida operação interpretativa. Ora, é evidente que, quanto a este último momento, que pertence exclusivamente ao juiz *a quo*, o Tribunal Constitucional não pode intervir, pois que se está perante a referida norma de decisão que, nas palavras do TC, coincide com o “ato de julgamento”.¹⁶ Assim, e neste caso, é lógico que não se estará perante uma interpretação normativa tal como ela é entendida pela nossa jurisdição constitucional, razão pela qual (ainda) se encontra jurisprudência do Tribunal que, ao referir isto mesmo, afasta do

¹³ A expressão é de Rui Medeiros (2004), já citado.

¹⁴ Sobre os recursos de decisões negativas de inconstitucionalidade, e por todos, cfr. Blanco de Moraes, (2011, 744 e ss.).

¹⁵ Sobre normas de decisão, e por todos, cfr. David Duarte (2006: 190 e ss.).

¹⁶ Refere-se a expressão utilizada no Acórdão n.º 353/86, de 15 de dezembro, e disponível em: <https://shorturl.at/inyEV>.

seu controlo essas operações de subsunção.¹⁷ Não é surpreendente, por isso, que o acórdão que se analisa vá ao encontro deste entendimento, corretamente afirmado, em coerência, e como já se referiu *supra*, que “não pode, evidentemente, transformar-se [o Tribunal] em instância revisora do modo como os demais tribunais interpretam e aplicam o direito infra-constitucional, *substituindo-se-lhes na tarefa (que exclusivamente lhes pertence) de subsunção de certos factos a certo tipo de determinação legal*. Tal em caso algum poderá ocorrer (...)” (cfr. ponto 4 do acórdão. Itálico nosso).

3.4. Sindicância de interpretações normativas em domínios sujeitos ao princípio da legalidade penal?

Sem prejuízo deste entendimento pacífico, a verdade é que a destrição entre controlo de norma e controlo de decisão se complica quando a interpretação que é efetivada pelo juiz comum, na sua decisão judicial, acontece em domínios sujeitos ao princípio da legalidade, nomeadamente, e para aquilo que releva no presente comentário, ao princípio da legalidade penal. Remetendo-se para as obras apropriadas o verdadeiro sentido, extensão e alcance do princípio da legalidade penal.¹⁸, previsto no artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição, certo é que dele decorre uma consequência inequívoca para o juiz, que limita a sua atuação no contexto da decisão judicial, senão vejamos.

Regressando de novo àquilo que o TC designa por interpretações normativas, sabemos que quando o juiz interpreta um enunciado normativo, é evidente que essa operação está sujeita às normas gerais sobre interpretação.¹⁹: assim, fazendo uso dos diversos elementos da interpretação, e respeitando as referidas normas, o juiz chegará a um determinado resultado que, por exemplo, se pode traduzir numa interpretação extensiva. Noutra exemplo, se, porventura, o juiz, quanto ao caso concreto que tem de resolver, verificar que ele não integra a previsão de nenhuma norma existente no sistema, pode, ainda, recorrer a uma operação analógica para efeitos de integração de lacuna. Quer-se com isto dizer que, num contexto *normal*, o juiz goza de uma ampla liberdade na determinação das normas aplicáveis ao caso que tem de decidir. Esta liberdade, contudo, é coartada quando esse mesmo caso assume uma natureza *penal*.

Com efeito, postulando o princípio da legalidade penal uma exigência de lei *prévia, estrita e certa*, é inequívoco que ela tem consequências na margem de atuação do juiz comum. Como bem refere o acórdão sobre que incide este comentário, “[a] *amplitude do processo hermenêutico e argumentativo de aplicação da lei penal encontra (...) na moldura semântica do texto, uma barreira intransponível* – uma barreira que apenas se explica pela preferência

¹⁷ Paradigmaticamente, e em termos recentes, vejam-se os Acórdãos n.º 695/2016, de 20 de dezembro, disponível em: <https://shorturl.at/acWY3>, e 484/2019, de 26 de setembro, disponível em: <https://shorturl.at/izCYZ>.

¹⁸ A este propósito, e também entre tantos outros Autores que poderiam ser mencionados, cfr., a título de exemplo, Figueiredo Dias (2019: 210-241); Fernanda Palma (2020: 123-160); Taipa de Carvalho (2011: 153-169).

¹⁹ Cfr., por todos, Teixeira de Sousa (2012: 347 e ss.).

civilizacional que o Direito concede à liberdade pessoal sobre a necessária realização das finalidades político-criminais que justificam a instituição do sistema penal e que está na base da especial força normativa que a nossa Constituição concede à garantia pessoal de não punição fora do domínio da legalidade, ao inclui-la no catálogo dos direitos, liberdades e garantias (artigo 29.º, n.º 1 e 3 da Constituição da República Portuguesa)” (cfr. ponto 5 do acórdão). Assim, “[n]o domínio da legalidade criminal, a linguagem da lei perde o *sentido pragmático* que geralmente tem no âmbito do direito para, excepcionalmente, se conter dentro de um *sentido semântico* que abstrai da concreta teleologia da norma legal. Isto em nome da garantia da liberdade ético-pessoal que se situa no cerne da teleologia última do Direito” (*idem*).

Esta circunstância, por sua vez, acarreta duas consequências quanto à liberdade interpretativa do juiz comum no âmbito penal: (i) por um lado, qualquer norma que ele extraia de um enunciado normativo tem *sempre* de se conter nessa “barreira intransponível” – *i.e.*, tem *sempre*, e *em qualquer circunstância*, de se traduzir num resultado que ainda se possa conter na literalidade do enunciado normativo de que adveio; (ii) em segundo lugar, em caso algum o juiz poderá integrar uma lacuna através de uma operação analógica, ou, ainda, recorrer a uma interpretação extensiva.²⁰ É que, sublinhe-se, se isto se passar desta maneira – *i.e.*, se o juiz respeitar os limites que lhe são impostos pelo princípio da legalidade penal -, qualquer resultado normativo que advenha de uma operação interpretativa por si realizada será uma norma que, tendo um nexo de significação.²¹ com o enunciado normativo de onde proveio, e, portanto, caindo dentro do quadro de significações possíveis das palavras desse mesmo enunciado, é, por isso mesmo, uma norma criada pelo legislador, que, como se sabe, é, neste domínio, a autoridade normativa competente; por oposição, se o juiz agir de forma contrária a esses mesmos limites, é evidente que qualquer resultado se consubstanciará numa “norma” nova por ele criada, ao arrepio das exigências que lhe são impostas pelo princípio da legalidade penal. Assim, enquanto na primeira situação, e a final, se resolve um caso concreto, de natureza penal, através da solução ditada pelo legislador enquanto autoridade normativa competente, na segunda situação, e ao invés, esse mesmo caso é resolvido pelo juiz, ao arrepio da Constituição.

Ora, aqui chegados, já se percebe as eventuais dificuldades que o exposto pode causar na fronteira que tem de existir entre controlo de norma e controlo de decisão judicial, no quadro do sistema português de fiscalização da constitucionalidade. Com efeito, se, como parece que sucedeu no acórdão em análise, o juiz comum, em domínio penal, efetiva uma operação analógica e resolve o caso concreto através de uma norma nova por si criada, ao arrepio das exigências que decorrem do artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição, e se, por sua vez, o particular (agora recorrente) pretende que o Tribunal Constitucional syndique essa “norma” aplicada na decisão

²⁰ Embora haja uma querela em torno de saber se a interpretação extensiva, ao contrário da analogia, é permitida em Direito Penal. Sobre este aspeto em específico, e concluindo pela irrelevância da discussão, na medida em que o que interessa é que, no âmbito da atividade interpretativa, se chegue a um resultado que ainda se mantenha no quadro dos significados comuns atribuídos às palavras utilizadas pelo legislador, cfr. Figueiredo Dias (2019: 221-224).

²¹ Na expressão de Guastini (2009: 20 e ss.).

recorrida, o que é que isto significa para efeitos de controlo constitucional? Terá o TC de avaliar (e repassar) o processo interpretativo efetivado pelo juiz comum, substituindo-o nesse papel e invalidando a norma por si criada? O sentido da resposta a esta questão determinará a legitimidade do referido controlo constitucional.

4. A resposta do Acórdão n.º 183/2008

4.1. Ponto de partida: o Acórdão n.º 674/99

Como já se teve oportunidade de afirmar, esta questão, sendo controvertida, não teve uma resposta unívoca por parte do TC, o que significa, em consequência, que se traduziu em jurisprudência que ora entendia que se devia conhecer do recurso, ora rejeitava-o. Não cuidando de percorrer essa jurisprudência, visto que não é esse o propósito deste comentário,²², cabe agora analisar o acórdão sobre o qual este incide, o sentido da resposta aí adotada, bem como a respetiva fundamentação.

Como ponto de partida, já se sabe que o TC, no Acórdão n.º 183/2008, respondeu afirmativamente à controvérsia em análise – por outras palavras, aquele caso, de natureza penal, e que, por sua vez, exigia o cumprimento das exigências decorrentes do princípio da legalidade, inseria-se no domínio da atividade do Tribunal, pelo que podia haver um conhecimento do recurso. Sem prejuízo de se concordar com este resultado, a verdade é que não se pode deixar de notar algumas incoerências na fundamentação que pelo TC foi adotada para aí se chegar. Vejamos.

No seguimento do que já foi anteriormente referido, o Tribunal, neste aresto, começou por citar a “boa jurisprudência” do Acórdão n.º 674/99, que, durante muito tempo, se assumiu como *leading case* daqueles que entendiam que, em casos semelhantes àquele que estava em causa, deveria haver sempre uma rejeição do conhecimento do recurso. Este entendimento, por sua vez, assentava nas seguintes ideias fundamentais:

- i) Em primeiro lugar, mesmo que se considere que o Tribunal, em abstrato, é competente «para conhecer das questões de constitucionalidade resultantes do facto de se ter procedido a uma constitucionalmente vedada integração analógica ou a uma “operação equivalente”, designadamente a uma “interpretação baseada em raciocínios analógicos”, (...) o que sempre se terá por excluído é que o Tribunal Constitucional possa sindicar eventuais interpretações tidas por *erróneas*, efectuadas pelos tribunais comuns, com fundamento em violação do princípio da legalidade» (cfr. ponto 52 do acórdão. Itálico nosso);

²² Sobre a evolução jurisprudencial relativa a esta questão, cfr. Afonso Brás (2023: 326-368).

- ii) De facto, e se assim não fosse, “o Tribunal Constitucional passaria a controlar, em todos os casos, a interpretação judicial das normas penais (ou fiscais), já que a todas as interpretações consideradas erróneas pelos recorrentes poderia ser assacada a violação do princípio da legalidade em matéria penal (ou fiscal).” (*idem*);

- iii) Por fim, e em termos simultâneos, responder afirmativamente ao conhecimento do recurso nessas circunstâncias poderia significar, ainda, que o “Tribunal Constitucional, por um ínvio caminho, [tivesse] que se confrontar com a necessidade de sindicar toda a actividade interpretativa das leis a que necessariamente se dedicam os tribunais – designadamente os tribunais supremos de cada uma das respectivas ordens –, uma vez que seria sempre possível atacar uma norma legislativa, quando interpretada de forma a exceder o seu «sentido natural» (e qual é ele, em cada caso concreto?), com base em violação do princípio da separação de poderes, porque mero produto de criação judicial, em contradição com a vontade real do legislador; (...)”.²³ (cfr. ponto 53 do acórdão).

Para o Acórdão n.º 183/2008, como se disse, “[t]udo isto é verdade” e “exemplar”. Porém, e em vez de ser coerente com o que acaba de se explicitar, o Tribunal acaba por infirmar uma das ideias aí expressas.

4.2. A “especificidade” no Acórdão n.º 183/2008

Na verdade, logo após a exposição do entendimento vertido no Acórdão n.º 674/99, e também conforme já se avançou *supra*, o TC reclama uma “especificidade” no problema que se colocava, e que, na sua perspetiva, reclamava uma opção diversa daquela que foi tomada no aresto de 1999: a circunstância de não se estar a perguntar se um caso concreto pode, ou não, ser incluído na previsão de uma norma, mas, antes, se o conteúdo de uma norma pode ser incluído no conteúdo de outra norma (cfr. ponto 4 do acórdão). Ora, para o TC, no Acórdão n.º 183/2008, e novamente, isto é suficiente para que “os argumentos fundamentais invocados para não conhecer das eventuais violações do princípio da legalidade não [possam valer] para este caso em que o possível *referente da norma é outra norma geral e abstractamente fixada por lei*” (*idem*). Não se pode, contudo, concordar com esta argumentação.

Como se afirmou há pouco, o juiz, na decisão do caso concreto, tem sempre uma tarefa prévia àquela que se traduz no ato de julgamento – a de chegar à(s) norma(s) que pretende aplicar ao caso, solucionando-o. Essa tarefa, que tem sempre o caso como ponto de partida, passa pela interpretação de

²³ Tratando-se esta de uma questão que extravasa o âmbito do presente comentário, sobre ela não nos debruçaremos. De qualquer forma, e criticamente sobre este aspeto, cfr. Afonso Brás (2023: 386-395).

enunciados normativos de onde se pretende extrair a(s) referida(s) norma(s). Ora, em linha com o já afirmado, quando o juiz interpreta um enunciado normativo de natureza penal, entre os vários significados que podem ser atribuídos ao texto em termos de sentido literal possível, ele, por força das exigências que decorrem do princípio da legalidade penal, tem necessariamente de escolher um significado onde esteja presente o nexo de significação entre o texto posto e o significado atribuído (cfr. Moniz Lopes, 2019: 55). Por regra, o juiz gozaria de uma ampla margem de atuação no contexto dessa operação interpretativa, mas essa mesma liberdade, agora, em domínio penal, é bastante reduzida, por força do postulado da lei *prévia, estrita e certa*. O ponto, contudo, é que quer em contexto *normal*, quer em domínios sujeitos ao princípio da legalidade penal, saber que sentido dar a um conceito – subsumindo nele certas realidades ou conteúdos de outras normas – é uma tarefa exclusivamente de direito ordinário que pertence ao juiz *a quo* e sobre a qual o Tribunal não se pode pronunciar. Ora, é exatamente aqui que reside a primeira incoerência do aresto que se comenta. Com efeito, recorrer a um argumento formal para tentar encontrar uma “especificidade” que possa permitir um controlo por parte do TC não pode proceder, nomeadamente quando se percebe que essa “especificidade” coincide com um juízo que o julgador tem de fazer e que lhe pertence, em termos exclusivos. Por outras palavras, indagar se o juiz *a quo*, para efeitos da sua decisão judicial, andou ou não bem ao ter incluído o conteúdo de uma norma no conteúdo de outra norma, é querer controlar uma atividade interpretativa sobre a qual o Tribunal não se pode pronunciar. Significa isso, então, que quando se está perante uma questão controvertida como aquela do aresto em análise, o Tribunal, sobre ela, não pode intervir em qualquer circunstância? A resposta não pode deixar de ser negativa. De facto, se o processo hermenêutico que acabou de se explicitar pertence ao juiz ordinário e só a ele, também não deixa de ser verdade que desse juízo vai necessariamente resultar uma resposta. Ora, é o sentido contido nessa resposta, formulado em termos *gerais e abstratos*,²⁴ que o TC pode analisar por referência à Constituição. E esse sentido, por sua vez, mais não é do que a norma que foi revelada pelo juiz *a quo*. Mas é precisamente aqui que reside a segunda incoerência do Acórdão n.º 183/2008.

4.3. O entendimento do Acórdão n.º 205/99: uma abordagem correta

Logo após expor o entendimento quanto aos vários “referentes” que as normas podem ter, o Acórdão n.º 183/2008 afirma, ainda, que se “mantém válido o que se explicou no Acórdão n.º 205/99, a respeito da questão de saber se violava ou não princípio da legalidade penal considerar a declaração de contumácia como uma causa de interrupção da prescrição (...)”. A referência a este acórdão assume uma especial importância, desde logo pelo entendimento que aí se adota quanto ao conhecimento de interpretações normativas de natureza idêntica àquela que se analisa e que o próprio aresto de 2008 faz questão de citar. Assim, refere-se no Acórdão

²⁴ Refira-se que esta exigência de *generalidade e abstração*, como requisito essencial de suscitação de uma questão de constitucionalidade em sede de recurso de decisões negativas de inconstitucionalidade, foi desde cedo assumida pelo TC no contexto da construção do conceito *funcional* de norma. Sobre este aspeto, cfr. Lopes do Rego (2010: 26-52).

n.º 205/99 que “*esta questão [saber se se está perante uma analogia ou operação semelhante] acaba por se de cunho puramente teórico na medida em que estará sempre em causa a questão de saber se é compatível com a Constituição a norma que determina a interrupção da prescrição obtida a partir do artigo 120.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal. E, independentemente de estar em causa uma interpretação extensiva ou aplicação analógica desta norma legal, o que se pergunta é se a norma, dimensão, sentido ou interpretação obtidos contrariam ou não, na sua génese, o princípio da legalidade e, em concreto, a exigência de lex certa que lhe é ínsita*”.

Crê-se que deve ser por aqui que deve residir a resposta à questão de saber se o Tribunal pode, ou não, sindicar interpretações normativas em domínios sujeitos ao princípio da legalidade penal, respeitando, em simultâneo, a necessária fronteira que tem de existir entre controlo de norma e controlo de decisão judicial. Recordando o que há pouco se afirmou, há sempre dois momentos que, no contexto de uma decisão judicial, pertencem exclusivamente ao juiz *a quo*, e sobre os quais, em consequência, o TC nunca se pode pronunciar: o primeiro, traduzido na revelação de uma norma a partir de um enunciado normativo; o segundo, que passa pela subsunção, pelo juiz, da factualidade do caso concreto à previsão da norma revelada. Em ambos estes momentos estamos perante duas atividades que não têm natureza normativa: a primeira, porque se traduz numa atividade interpretativa, *i.e.*, num processo hermenêutico-metodológico que é adotado pelo julgador para deslindar o conteúdo normativo de um enunciado interpretado; a segunda, porque se está perante um ato de julgamento, *i.e.*, perante o momento em que o juiz *a quo*, subsumindo o caso concreto à norma relevada pela anterior atividade interpretativa, aplica-a ao caso concreto, decidindo o litígio. Há, no entanto, um ponto em comum entre estes dois momentos: a *norma* enquanto *resultado da interpretação* que foi efetivada pelo juiz *a quo* e a cuja previsão, à partida, vai ser subsumida a factualidade do caso concreto. E é exatamente sobre esta norma, e só sobre ela, que deve incidir o controlo do Tribunal.

Com efeito, se em domínios sujeitos ao princípio da legalidade penal, a lei *prévia, estrita e certa* exige que o julgador revele um comando normativo que tem necessariamente de encontrar correspondência no sentido possível do texto de onde foi extraído – na tal “barreira intransponível”-, num caso em que a inconstitucionalidade de uma norma seja reportada à violação do artigo 29.º da Constituição, o TC apenas terá uma tarefa: atentar no resultado da interpretação e verificar se existe nexos de significação com o enunciado penal interpretado. Se existir, há uma norma penal revelada a partir de uma fonte de direito penal aprovada pela autoridade normativa competente; se tal não acontecer, há norma penal criada *ex novo* pelo juiz *a quo*, porque não revelada a partir de qualquer enunciado normativo aprovado pelo legislador, e, portanto, inconstitucional por violação do princípio da legalidade, a que acresce uma necessária violação do princípio da separação de poderes. Tudo o mais é *irrelevante* ou de “cunho puramente teórico”, nas palavras do Acórdão n.º 205/99. Quer-se com isto dizer que não é relevante saber de que forma é que o juiz chegou ao resultado normativo e qual a qualificação que deu à operação interpretativa por si efetivada – se analogia, se interpretação extensiva -, e isto por duas razões que novamente se referem: (i) a primeira, porque isso se refere a uma

atividade interpretativa, de natureza metodológica e sobre a qual o Tribunal não pode intervir; (ii) a segunda, estritamente ligada a esta, porque tendo de haver uma questão normativa para haver controlo do TC, nomeadamente por força da natureza do sistema português de fiscalização da constitucionalidade, então isso significa que esse mesmo controlo só pode incidir sobre o produto da interpretação, nomeadamente verificando se a *norma* pode ser assacada ao texto de um enunciado normativo penal. Assim, a distinção entre atividade interpretativa e resultado (ou produto) da interpretação, traça a fronteira entre o controlo possível e desejável do TC, porque incidente sobre uma norma, e a insusceptibilidade de operar esse mesmo controlo, porque relativo a um processo interpretativo que, sendo metodológico e realizado exclusivamente no âmbito da sua decisão, se traduz na atuação do juiz para alcançar um resultado normativo.

Daí que se tenha de se afirmar, como já se fez, que há uma incoerência no Acórdão n.º 183/2008 quando se alude ao Acórdão n.º 674/99, mesmo que se entenda (como se entende) que essa referência é correta. Essa incoerência reside no facto de o acórdão concordar, em simultâneo, com dois entendimentos distintos, afirmando que um consubstancia “boa jurisprudência”, enquanto o outro “se mantém válido”. Na verdade, sendo coerente com o que se acaba de afirmar – e, portanto, indo ao encontro do que, em parte, é mencionado no Acórdão n.º 205/99 –, não se pode concordar com algumas asserções vertidas no Acórdão n.º 674/99 e que são citadas pelo Acórdão n.º 183/2008, nomeadamente a que passa por excluir que “o Tribunal Constitucional possa sindicá-las eventuais interpretações tidas por erróneas, efectuadas pelos tribunais comuns, com fundamento em violação do princípio da legalidade” (cfr. ponto 53 do Acórdão n.º 674/99), sendo que “se assim não fosse, o Tribunal Constitucional passaria a controlar, em todos os casos, a interpretação judicial das normas penais (ou fiscais), já que a todas as interpretações consideradas erróneas pelos recorrentes poderia ser assacada a violação do princípio da legalidade penal (ou fiscal)” (*idem*). Trata-se de um entendimento que, crê-se, confunde dois planos.

É que uma coisa é uma interpretação *errada* (ou “errónea”), outra, bem diferente, é uma interpretação que atinge um resultado que afronta a Constituição. O recorrente pode entender que o juiz *a quo* interpretou erradamente um enunciado normativo, desde logo porque, no seu entender, procedeu a uma interpretação extensiva quando não o devia ter feito, ou recorreu à analogia quando não era necessário fazê-lo. O ponto, porém, é que não pode, em nenhuma circunstância, invocar isso mesmo para efeitos de acesso à jurisdição constitucional, na medida em que, como acabou de ser ver, tal implica, por parte do TC, um controlo de uma atividade que não tem natureza normativa e que apenas pertence à jurisdição comum. Por oposição, se da atividade interpretativa do juiz *a quo* resulta uma norma que afronta materialmente a Constituição – nomeadamente, indo de encontro ao princípio da legalidade penal –, é evidente que tal pode (e deve) ser invocado junto do Tribunal, que, por estar perante um controlo normativo, pode sindicá-la a norma em questão. Dir-se-á que neste caso também houve uma interpretação “errónea”, já que a norma impugnada resulta de uma operação analógica efetivada pelo juiz *a quo* e proibida pela Constituição, por se estar em contexto penal – a questão, contudo, é que uma coisa é uma interpretação “errónea” da qual resulta uma norma inconstitucional, outra,

ao invés, é considerar-se uma interpretação “errónea” porque, pura e simplesmente, não se concorda com ela, independentemente de o resultado que dela adveio colidir com a Constituição.²⁵ Num caso pretende-se censurar o resultado, que coincide com a norma revelada; noutro, por oposição, pretende-se censurar o percurso que se adotou para se atingir um comando normativo. Ora, é evidente que só na primeira situação pode haver intervenção do Tribunal, pois que aí é que reside a fronteira entre controlo legítimo de norma e controlo ilegítimo de decisão judicial.

4.4. Duas incongruências e uma clarificação

No Acórdão n.º 183/2008, a norma revelada pelo juiz da jurisdição comum estava perfeitamente identificada – v.g., *a prescrição do procedimento criminal suspende-se com a declaração de contumácia*. E não se pode deixar de reconhecer que o Tribunal, em parte, acabou por fazer aquilo que se defende: atentando na norma assim identificada, e tendo em conta as exigências que decorrem para o juiz do princípio da legalidade penal, verificou se entre ela e o enunciado normativo do qual foi extraída existia um nexo de significação, para isso utilizando os elementos de interpretação ao seu dispor, nomeadamente o literal e o histórico.²⁶ Mesmo assim, e como se viu, essa decisão veio acompanhada de duas incongruências:

- i) A primeira, já referida, reside no facto de, em apoio do entendimento de que o Tribunal pode sindicar interpretações normativas em domínios sujeitos a estrita tipicidade legal, como é o caso do domínio penal, ter-se afirmado que isso era possível porque o que estava em causa era a inclusão do conteúdo de uma norma no conteúdo de outra norma, tarefa que, como se viu, pertence exclusivamente ao juiz *a quo*;
- ii) A segunda, também referida, por ter validado, em simultâneo, dois entendimentos distintos quanto ao conhecimento do recurso em sede de interpretações normativas desta natureza, vertidos nos Acórdãos n.º 674/99 e 205/99, respetivamente.

Na verdade, ou se perfilha o entendimento do primeiro aresto, negando conhecer da questão por se entender que isso extravasa as competências do Tribunal, já que, e a final, estar-se-á a sindicat a decisão judicial recorrida; ou, por oposição, concorda-se com o juízo do segundo acórdão, ressaltando que o que unicamente importa é atentar na norma revelada pelo juiz *a quo* e, tendo em conta o artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição, verificar se ela ainda se pode reportar ao enunciado normativo de onde foi extraída.

Como se viu, o Tribunal, no Acórdão n.º 183/2008, entendeu que o nexo de significação não existia, razão pela qual acabou por declarar inconstitucional a norma *supra* identificada. Poder-se-á dizer que, quando isto sucede – *i.e.*,

²⁵ Como bem refere o Juiz Conselheiro Sousa e Brito em declaração de voto ao Acórdão n.º 674/99, “o juiz [está] autorizado pela Constituição a julgar tão bem como pode, mesmo que seja mal”, sem que tal configure, necessariamente, uma inconstitucionalidade.

²⁶ Veja-se, em especial, o ponto 5 do acórdão.

quando o TC declara inconstitucional uma interpretação normativa efetivada num domínio sujeito ao princípio da legalidade penal -, há sempre, indiretamente, uma censura do processo interpretativo do juiz *a quo*, na medida em que se chega à conclusão de que a norma aplicada não cabe no sentido objetivo possível do enunciado da norma penal existente. Porém, o ponto essencial mantém-se: neste caso, há controlo *exclusivo* da norma e censura por aí, com efeitos *indiretos* no processo hermenêutico - *i.e.*, esta norma, não encontrando, em termos mínimos, qualquer correspondência com o teor verbal dos preceitos donde foi extraída, não foi legitimamente produzida, por violar o sistema de fontes previsto na Constituição; por oposição, quando se contesta a atividade interpretativa do juiz e, portanto, o percurso hermenêutico que por este foi adotado para chegar ao resultado normativo, há controlo exclusivo da tarefa interpretativa e censura por aí - *i.e.*, saber se o juiz *a quo*, ao ter agido concretamente da forma como agiu (por exemplo, subsumindo o conteúdo de uma norma no conteúdo de outra), *contaminou* inexoravelmente um resultado normativo, que apenas aparenta pretender ser objeto de controlo de constitucionalidade, pois que, na realidade, aquilo que se contesta é a forma como a ele se chegou. Enfim, num caso há controlo de norma, noutro há controlo de decisão. Daí que não se possa deixar de mencionar que o TC, no acórdão em análise, não deveria ter qualificado como analogia, mesmo que indiretamente²⁷, o processo metodológico que pelo juiz comum foi adotado, pois que tal pode beliscar o que deve ser essencial no respetivo controlo constitucional e que se reforça: haver uma censura do *resultado* desligada do *modo* - portanto, a pronúncia advir exclusivamente de uma análise normativa operada pelo Tribunal e alheada, por isso, do percurso interpretativo do juiz comum.

4.5. Interpretações normativas, jurisdição comum e jurisdição constitucional

Por fim, há um último aspeto ligado ao que acabou de se referir e que também não pode deixar de ser mencionado. Quando o Tribunal conclui pela inconstitucionalidade de uma interpretação normativa por violação do artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição, tal significa que a norma que foi sindicada padece desse vício material por não ter sido criada pelo legislador, enquanto autoridade normativa competente para efeitos da exigência de lei *prévia* e *estrita*. Há, portanto, uma inconstitucionalidade por violação deste preceito, mas, também, uma necessária inconstitucionalidade do mesmo tipo por violação da norma de separação de poderes. Mas note-se que aquilo que é declarado inconstitucional é uma *norma* enquanto resultado da interpretação operada pelo juiz, e que, por não caber no sentido literal possível do texto de onde proveio, viola a Constituição nos termos que se expôs. Quer-se com isto dizer que quando se está perante uma interpretação normativa deste tipo, o Tribunal não tem, previamente, de se pronunciar sobre a correta interpretação do enunciado normativo em crise, como que fixando, previamente, o único resultado normativo possível para, de seguida, verificar se aquele ao qual chegou o juiz *a quo* “encaixa”, ou não, no do TC. E não tem de o fazer porque, novamente, e em primeiro lugar, isso pressupõe que o Tribunal se substitua a uma tarefa que é da exclusiva competência do juiz *a quo*; e, em segundo lugar, porque essa mesma tarefa

²⁷ Veja-se, novamente, o ponto 5 do acórdão.

não assume natureza normativa, razão pela qual pode (e deve) ser realizada em contexto da decisão judicial recorrida, mas não em sede de acórdão da jurisdição constitucional. Por oposição, e do mesmo modo, se, porventura, o TC concluir que uma interpretação normativa da natureza daquela que esteve em análise não viola a Constituição, isso não significa que aquela norma é a única que pode ser (*correta e adequadamente*) extraída do enunciado normativo penal de onde proveio – pelo contrário: significa, apenas, que essa norma, que essa interpretação normativa, é um resultado *possível* desse mesmo enunciado, daí não decorrendo, contudo, que ela seja *a mais correta ou a mais adequada*.

Tudo isto é (e deve ser) assim porque pressupõe um respeito entre as competências da jurisdição comum e da jurisdição constitucional: aquela, com a competência exclusiva de interpretar direito ordinário, mesmo que mal; esta, com a competência exclusiva de controlar normas resultantes da interpretação de direito ordinário efetivada pela jurisdição comum que eventualmente afrontem a Constituição, sem com isso repassar o processo interpretativo aí adotado. É este respeito, portanto, que assegura que o controlo operado pelo Tribunal seja estrita e exclusivamente normativo, enquadrando-se, assim, no sistema português de fiscalização da constitucionalidade, tal como se encontra desenhado na Lei Fundamental.

5. Balanço final

Aqui chegados, parece claro que o Acórdão n.º 183/2008 tentou fazer a quadratura do círculo no que diz respeito à possibilidade de o TC conhecer de interpretações normativas efetuadas em domínios sujeitos ao princípio da legalidade penal. Talvez seja isso que explique as incoerências detetadas, em especial a circunstância de citar dois acórdãos que propugnam entendimentos distintos. Mesmo assim, não se pode deixar de dizer que o esforço subjacente a este aresto parece ter dado frutos, na medida em que parece ter provocado uma maior estabilização na jurisprudência posterior relativa a esta matéria: se se vislumbrar as decisões mais recentes do Tribunal, verifica-se que elas tendem, na maioria das vezes, para o conhecimento das decisões judiciais que recorrem à interpretação extensiva ou à analogia em domínios sujeitos aos princípios da legalidade e da tipicidade.²⁸ Não será por acaso que há quem afirme que o acórdão de 2008 marcou uma “viragem” na nossa jurisdição constitucional quanto a esta problemática.²⁹

Muito recentemente, aliás, o Tribunal, no Acórdão n.º 370/2023,³⁰ voltou a debruçar-se sobre esta temática, infirmado um entendimento vertido num anterior aresto, nomeadamente no Acórdão n.º 90/2019.³¹ Aqui, o TC tinha entendido julgar inconstitucional “por violação do princípio da legalidade

²⁸ Veja-se, a título de exemplo, os Acórdãos n.ºs 603/09, de 2 de dezembro, 186/13, de 4 de abril, 587/14, de 17 de setembro, e 106/17, de 1 de março, todos disponíveis em: www.tribunalconstitucional.pt.

²⁹ Trata-se, curiosamente, de uma afirmação de Maria Lúcia Amaral, relatora da decisão sobre a qual incide o presente comentário, numa declaração de voto de vencida ao Acórdão n.º 852/14, de 10 de dezembro, disponível em: <https://bit.ly/3BIFd0m>.

³⁰ Disponível em: <https://shorturl.at/ozMT3>.

³¹ Disponível em: <https://shorturl.at/kluvU>.

criminal, os artigos 119.º, n.º 1 e 374.º, n.º 1, ambos do Código Penal, na versão posterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, *quando interpretados no sentido de que o prazo de prescrição do crime de corrupção ativa é contado a partir da data em que ocorra a entrega de uma dada vantagem ao funcionário, e não a partir da data em que ocorra a promessa dessa vantagem*” (itálico nosso). Como referido, a inconstitucionalidade desta interpretação normativa veio a ser afastada no acórdão de 2023, sendo particularmente interessante uma declaração de voto aí aposta. Segundo o entendimento do Juiz Conselheiro que a subscreveu, e em linha com o que já foi referido neste comentário, a norma que o TC não julgou inconstitucional não significa que ela seja o único resultado possível da interpretação operada aos respetivos enunciados normativos de onde proveio. Pelo contrário, trata-se, apenas, de “um *resultado possível ou admissível* da interpretação conjugada do n.º 1 do artigo 119.º e do n.º 1 do artigo 374.º do Código Penal (...)”, sendo que “[s]aber se a interpretação em causa nos autos, sendo possível ou admissível, é também a mais correta ou adequada, é já matéria que, mesmo de acordo com a jurisprudência constitucional que, desde o Acórdão n.º 183/2008 e em arestos sucessivos, vem admitindo recursos que tenham por objeto a violação do princípio da legalidade criminal na vertente de exigência de lei estrita, extravasa os poderes cognitivos da jurisdição constitucional.”³²

Crê-se que é exatamente assim que é e deve continuar a ser.

³² Cfr. a declaração de voto do Juiz Conselheiro Gonçalo Almeida Ribeiro.

Bibliografia

- Alves Correia F. *Justiça Constitucional*. 2.^a Edição. Coimbra: Edições Almedina; 2019
- Benedita Urbano M. *Curso de Justiça Constitucional. Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade*. 2.^a Edição. I. Coimbra: Edições Almedina; 2020
- Blanco de Morais C. *Justiça Constitucional. Tomo II - O Direito do Contencioso Constitucional*, 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora; 2011
- Brás A. *O Conceito Funcional de Norma na Jurisprudência do Tribunal Constitucional. A Fronteira entre o Controlo de Norma e o Controlo de Decisão*. Coimbra: Edições Almedina; 2023
- Cardoso da Costa JM. *Justiça Constitucional e Jurisdição Comum (Cooperação ou Antagonismo?)*. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. II. Coimbra: Coimbra Editora; 2012
- Cortês A. *O controlo constitucional do princípio da tipicidade penal - uma análise jurisprudencial*. In: *AAVV.. 35.^o Aniversário do Tribunal Constitucional*. II. Coimbra: Coimbra Editora; 2012
- Duarte D. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa. A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*. Coimbra: Edições Almedina; 2006
- Fernanda Palma M. *Direito Penal. Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*. 4.^a Edição. Lisboa: AAFDL Editora; 2020
- Figueiredo Dias J. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I - Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. 3.^a Edição. Coimbra: Gestlegal; 2019
- Guastini R. *Una Teoria Cognoscitiva de la Interpretación. Isonomía*. 29. 2009
- Lopes do Rego C. *Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Edições Almedina; 2010
- Lúcia Amaral M. *O Modelo Português de Justiça Constitucional. Análise Crítica*. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. 11. Madrid, 2007
- Medeiros R. *A Força Expansiva do Conceito de Norma no Sistema Português de Fiscalização Concentrada de Constitucionalidade*. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; 2004
- Miranda J. *Fiscalização da Constitucionalidade*. Coimbra: Edições Almedina; 2017
- Moniz Lopes P. *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas. O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos. Parte II - Separação de Poderes, Legalidade e Transitividade Normativa. Parte III - Normas Regulamentares e Conflitos Normativos*. Lisboa: AAFDL Editora/ Lisbon Law Editions; 2019

Reis Novais J. Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade. Avaliação Crítica. Lisboa: AAFDL Editora; 2021

Serrasqueiro M. Legalidade e interpretação: A sindicabilidade pelo Tribunal Constitucional das normas enunciadas pelo juiz em matérias sujeitas ao princípio da legalidade e da tipicidade. *e-Pública: Revista Eletrónica de Direito Público*. 2, N.º 2. julho 2015

Taipa de Carvalho A. Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime. 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora; 2011

Teixeira de Sousa M. Introdução ao Direito. Coimbra: Edições Almedina; 2012