



De  
**LEGIBUS**

4



*Dezembro de 2022*



40 ANOS DO CÓDIGO PENAL  
— APONTAMENTOS SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE  
PENAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**JOÃO CAUPERS E JOANA FERNANDES COSTA**



**REVISTA DE DIREITO**  
LAW JOURNAL

EDIÇÃO ESPECIAL  
ESTUDOS COMEMORATIVOS  
DOS 40 ANOS DO CÓDIGO PENAL

Faculdade de Direito — Universidade Lusófona  
<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>

40 ANOS DO CÓDIGO PENAL  
— APONTAMENTOS SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE  
PENAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

---

---

JOÃO CAUPERS\* E JOANA FERNANDES COSTA\*\*

1. Apesar de encontrar a sua primeira referência na Magna Carta (1215) e, mais tarde, de forma particularmente expressiva, no *English Bill of Rights* (1689), o princípio da legalidade penal foi acolhido pela primeira vez, enquanto símbolo de proteção do indivíduo perante intervenções estaduais excessivas ou arbitrárias, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, daí tendo irradiado para a generalidade dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Julgamos que não existe qualquer jurista, ainda que afastado do direito penal, que não se recorde do brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Trata-se da forma tradicional de designar o princípio da legalidade penal, consagrado no artigo 11.º, n.º 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 7.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no artigo 15.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e ainda no artigo 49.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Em plena consonância com esta sua vocação universal, o princípio da legalidade penal constitui um elemento central do regime constitucional da lei penal nos Estados de direito democráticos, encontrando-se expressamente consagrado, enquanto *garantia pessoal de não punição* fora do âmbito de uma *lei escrita, prévia, certa e estrita*, no artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa<sup>1</sup>.

---

\* Presidente do Tribunal Constitucional.

\*\* Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional.

1 Sob a epígrafe *Aplicação da lei criminal*, o artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa dispõe, nos seus n.ºs 1 e 3, o seguinte: “1. Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a ação ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior”; “3. Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior.”

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional, o princípio da legalidade penal, incluído no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, tem como principal finalidade assegurar que o Estado de direito (artigo 2.º da Constituição) protegerá o indivíduo não apenas *através* do direito penal, mas também *do* direito penal<sup>2</sup>, o que lhe confere uma especial “carga axiológico-normativa”<sup>3</sup>. É por isso que, juntamente com os princípios da culpa, da presunção de inocência e do direito ao silêncio, o princípio da legalidade penal constitui um *limite* ao desempenho da função punitiva do Estado, consubstanciando, lado a lado com os outros, “a mais categórica afirmação que, para o Direito, a liberdade pessoal tem sempre um especial valor mesmo em face das prementes exigências comunitárias que justificam o poder punitivo”<sup>4</sup>.

Deste ponto de vista, estavelmente consolidado na jurisprudência constitucional, o princípio da legalidade penal opera como um *princípio defensivo*, que constitui, por um lado, “a mais sólida garantia das pessoas contra possíveis arbítrios do Estado”<sup>5</sup> no âmbito do exercício do seu *ius puniendi* e se apresenta, por outro, como uma condição de *previsibilidade* e de *confiança jurídica*, no sentido em que permite a cada cidadão dar-se conta das condutas humanas que, em cada momento, relevam no âmbito do direito criminal<sup>6</sup>.

2. Enquanto garantia pessoal de não punição fora do domínio de uma *lei certa e estrita*, o *princípio da legalidade penal* atua por uma dupla via: enquanto exigência de *lei certa*, condiciona e limita a margem de conformação legislativa no âmbito da definição típica dos factos puníveis; enquanto exigência de *lei estrita*, circunscreve e demarca o poder — dever de interpretação e aplicação da lei pelos tribunais.

2 Cfr. Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* (Munique, 1992), p. 67. Esta posição foi acolhida pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 606/2018 (acessível, assim como todos os demais citados, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

3 Cfr. Acórdão n.º 183/2008.

4 *Idem*.

5 Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, I (Coimbra, Coimbra Editora, 1974), pp. 96. e ss. Esta doutrina foi sufragada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 324/2013.

6 Cfr. Acórdãos n.ºs 41/2004, 587/2004 e 606/2018, entre outros.

Com a exigência de *lei certa* quer-se significar que a lei que estabelece ou agrava a responsabilidade criminal deve *especificar* suficientemente os factos que integram o tipo legal de crime (ou que constituem os pressupostos da aplicação de uma pena ou medida de segurança) e *definir* as penas (e as medidas de segurança) que lhes correspondem. Na aceção de lei certa, o princípio da legalidade penal tem, pois, como corolário o *princípio da tipicidade* e o legislador como seu natural destinatário.

A exigência de *lei estrita* dirige-se, por sua vez, à interpretação e aplicação da lei, condicionando-a no seguinte sentido: uma vez que só à *lei* cabe a definição dos crimes e das penas, aos tribunais apenas compete a aplicação estrita da norma incriminadora e respetiva estatuição, com exclusão da possibilidade do recurso à analogia como fundamento da criação ou agravação da responsabilidade.

Enquanto parâmetro de controlo da validade das normas penais, o *princípio da legalidade criminal* foi, em ambas as dimensões referidas, por diversas vezes convocado na jurisprudência do Tribunal Constitucional, com um sentido, de resto, convergente com aquele que vem sendo seguido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

3. De acordo com o entendimento sufragado na jurisprudência constitucional, o alcance do *princípio da tipicidade* pode sintetizar-se nos termos seguintes: *i*) por um lado, vincula o legislador à suficiente especificação do tipo de crime, tornando ilegítimas as definições vagas, incertas, insuscetíveis de delimitação, nomeadamente que proporcionem ou admitam o recurso à analogia<sup>7</sup>; *ii*) por outro, impõe a determinação do tipo de pena correspondente a cada ilícito típico através da fixação da natureza ou espécie de sanção aplicável, bem como dos respetivos limites<sup>8</sup>.

Enquanto *limite* às possibilidades de modelação típica — é essa a aceção em que será aqui considerada —, “a exigência de *lei certa* obriga a que a caracterização do ilícito típico seja levada a um tal ponto que torne possível aos destina-

7 Cfr. Acórdão n.º 93/2001, retomado nos Acórdãos n.ºs 338/2003, 489/2003, 358/2005 e 352/2008.

8 Cfr. Acórdão n.º 547/2001.

tários da norma incriminadora conhecer os elementos, objetivos e subjetivos, que integram a infração e, através da apreensão, por essa forma, do elenco quer dos valores protegidos, quer dos comportamentos proibidos pelo ordenamento jurídico-penal, exercerem, de forma consciente e esclarecida, a respetiva liberdade de autodeterminação”<sup>9</sup>.

Sem que isso implique debilitar a função de *garantia* desempenhada pelo tipo legal — isto é, a ideia de que o conjunto de elementos que integram o tipo de ilícito deverá permitir que, logo em face dele, “se torne objetivamente motivável e dirigível a conduta dos cidadãos”<sup>10</sup> —, o Tribunal Constitucional vem igualmente reconhecendo que o princípio da legalidade penal não impõe ao legislador que, na tarefa de definir o universo das ações e omissões proibidas, “se socorra *sempre e só* de formulações normativas integralmente descritivas e fechadas”<sup>11</sup>. A par das dificuldades que a própria natureza da linguagem logo à partida colocaria a qualquer tentativa de predeterminação integral da totalidade dos elementos constitutivos da infração e do carácter lacunoso em que necessariamente incorreria qualquer legislação comprometida com uma definição fortemente casuística do facto punível, o Tribunal Constitucional partilha, assim, da convicção de que a progressiva complexificação das sociedades hodiernas tornou praticamente imprescindível a utilização de “elementos *normativos*, de conceitos *indeterminados*, de cláusulas *gerais* e de fórmulas *gerais de valor*”<sup>12</sup> no âmbito da descrição do comportamento punível, bem como o recurso a técnicas de remissão ou reenvio de parte da *concretização* do tipo de ilícito para normação proveniente de fontes diversas<sup>13</sup>.

Neste contexto — pergunta-se —, onde residirá a fronteira traçada pelo *princípio da legalidade penal*?

9 Cfr. Acórdão n.º 606/2018.

10 Jorge de Figueiredo Dias, *cit.*, p. 186.

11 Cfr. Acórdão n.º 606/2018.

12 Jorge de Figueiredo Dias, *cit.*, p. 186.

13 Na formulação do Acórdão n.º 340/2022: “Deve reconhecer-se, porém, que a exigência de *lex certa*, como corolário do princípio da legalidade criminal, não veda em absoluto a formulação dos pressupostos jurídico-constitutivos da incriminação através de elementos normativos, conceitos indeterminados, cláusulas gerais e fórmulas gerais de valor. Seria inviável, até pela natureza da própria linguagem jurídica, uma determinação do tipo legal de ilícito”.

A resposta, deu-a há muito o Tribunal Constitucional<sup>14</sup>: uma vez que a função do *princípio da legalidade* não pode deixar de ser a de estabelecer *limites* à abertura dos tipos penais, o critério decisivo “residirá sempre em saber se, apesar da indeterminação inevitavelmente resultante da utilização daqueles elementos, do *conjunto da regulamentação típica*” continua a derivar “uma área e um fim de proteção da norma claramente determinados”<sup>15</sup>; ou, pelo contrário, se o recurso a uma ou outra via (ou a ambas em conjunto) é suscetível de pôr em causa a certeza e determinabilidade do conteúdo do ilícito, impossibilitando a apreensão pelos destinatários da norma penal dos elementos essenciais do tipo de crime.

4. No âmbito da determinação do sentido e alcance do princípio da legalidade penal, a posição prevalecente na jurisprudência do Tribunal Constitucional mostra-se inteiramente alinhada com a orientação que, pelo menos desde o acórdão *Cantoni v. France*, proferido em 1996, se extrai da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante, TEDH) no âmbito da interpretação do artigo 7.º da Convenção.

Partindo igualmente do pressuposto segundo o qual a preservação da margem necessária para acomodar as múltiplas situações e circunstâncias da vida não só veda à norma penal uma precisão absoluta, como implica o recurso a categorizações gerais, como uma das técnicas *standard* de regulação, em detrimento de formulações exaustivas e fechadas, o TEDH considera, porém, que o princípio consagrado no artigo 7.º da Convenção impõe, mesmo em tal contexto, que os elementos que integram a infração, bem como a sanção que lhe corresponde, se encontrem definidos com clareza na lei, isto é, em termos que assegurem a cognoscibilidade e a previsibilidade da norma de comportamento.

De acordo ainda com o TEDH, o próprio conceito de previsibilidade tem um alcance variável, dependendo em larga medida do conteúdo da norma incriminadora concretamente em causa, do âmbito ou domínio que pretenda

14 Cfr. Acórdão n.º 93/2001. Esta posição foi reiterada nos Acórdãos n.ºs 338/2003, 489/2003, 358/2005, 29/2007, 352/2008, 606/2018 e 20/2019.

15 Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *cit.*, p. 186.

regular, bem como do número e condição dos respetivos destinatários. De todo o modo, essa exigência deverá considerar-se satisfeita onde quer que os sujeitos possam conhecer, através do texto da lei — complementado, se necessário, pela respetiva interpretação jurisprudencial, bem como pelo recurso a aconselhamento técnico especializado —, quais os atos e omissões suscetíveis de os responsabilizar. Tal complementação será compatível com o artigo 7.º da Convenção sempre que o resultado da clarificação jurisprudencial dos elementos que integram a infração for consistente com a essência do ilícito e pudesse ser razoavelmente previsto pelos destinatários da norma<sup>16</sup>.

Em sintonia com a posição que vem sendo expressa pelo TEDH, o princípio da legalidade penal foi aplicado pelo Tribunal Constitucional quer enquanto limite à possibilidade de utilização de conceitos normativos, quer enquanto condicionante do emprego de técnicas remissivas, em diversos julgamentos realizados no âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade.

Partindo da premissa segundo a qual o princípio da tipicidade impõe à lei penal que apresente *suficiente densidade* — isto é, que “descreva o mais pormenorizadamente possível” a conduta proibida, detalhando-a “suficientemente” ou com “suficiente clareza”<sup>17</sup> — e ao legislador o dever de “reduzir ao mínimo possível o recurso a conceitos indeterminados”<sup>18</sup>, o Tribunal Constitucional cedo procurou definir um critério ou um ponto de referência que permitisse estabelecer a partir de que *grau de indeterminação* ou *imprecisão* nos deveremos considerar perante uma violação da exigência de certeza da lei.

Assim, logo no Acórdão n.º 93/2001, o Tribunal sublinhou que o princípio da tipicidade criminal, ao exigir “uma suficiente especificação dos factos que integram o tipo legal de crime”, veda a edição de normas incriminadoras cujo conteúdo não possa impor-se autónoma e suficientemente, de modo a permitir “um controlo objetivo da sua aplicação individualizada”. Ou, mais concretamente ainda, exclui a possibilidade do recurso a conceitos “menos precisos” sempre que “a possibilidade de com-

16 Neste sentido, cfr. *Radio France and Others v. France* (2004) e *Vasiliauskas v. Lithuania* (2015).

17 Cfr. Acórdão n.º 168/99.

18 Cfr. Américo Taipa de Carvalho, *Constituição Portuguesa Anotada*, Jorge Miranda/Rui Medeiros, I, Universidade Católica Editora (Lisboa, 2017), p. 488. Esta posição foi acolhida pelo Tribunal Constitucional nos Acórdãos n.ºs 146/2011, 105/2013 e 572/2019.

preensão e controlo do desvalor expresso no tipo legal deix[e] de existir”<sup>19</sup> por essa via. Decisivo, conforme veio a explicitar subsequentemente, é que a determinação do facto punível ocorra na *medida necessária* a proporcionar aos tribunais um quadro suficientemente delineado em face do qual “possam fazer, ainda e sempre, um exercício de *aplicação* do direito e não já de *criação* de direito”<sup>20</sup>.

À luz desta orientação, o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade com o princípio da legalidade penal de um significativo conjunto de *elementos normativos* — isto é, aqueles que, diversamente do que ocorre com os *elementos descritivos*, apenas podem ser representados e compreendidos “sob a lógica pressuposição de uma norma ou de um valor, sejam especificamente jurídicos ou simplesmente culturais”<sup>21</sup> —, tendo concluído pela viabilidade constitucional do emprego, designadamente: (i) do conceito de “documento autêntico ou com igual força” na caracterização da agravante do crime de falsificação de documentos, constante do n.º 3 do artigo 256.º do Código Penal<sup>22</sup>; (ii) do advérbio “fundamentalmente” para definir o nível de dependência da sorte suposto pelo conceito penalmente relevante de jogos de fortuna ou azar constante do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 422/89, de 02 de dezembro, bem como o tipo de jogo descrito na alínea g) do n.º 1 do respetivo artigo 4.º, em conjugação com o tipo de lícito previsto no artigo 108.º do mesmo diploma legal<sup>23</sup>; (iii) dos conceitos de “constrangimento”, “importunar” e “contacto de natureza sexual”, desacompanhados da especificação dos concretos meios utilizados nesse contacto, na previsão do crime de importunação sexual constante do artigo 170.º do Código Penal<sup>24</sup>; (iv) da fórmula “não se encontre em condições de realizar tal atividade com segurança” para caracterizar a atuação do condutor sob influência de estupefacientes,

19 Cfr. Maria Fernanda Palma, *Direito Penal. Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, AAFDL (Lisboa, 2017), p. 131.

20 Cfr. Acórdão n.º 20/2019.

21 Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *cit.*, p. 289.

22 Cfr. Acórdão n.º 383/2000.

23 Cfr. Acórdão n.º 93/2001.

24 Cfr. Acórdão n.º 105/2013.

substâncias psicotrópicas ou produtos com efeito análogo perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica, suscetível de relevar criminalmente nos termos previstos no artigo 292.º, n.º 2, do Código Penal<sup>25</sup>; *v*) do conceito de “meio insidioso” para descrever uma das circunstâncias em que o ato de matar é suscetível de revelar “a especial censurabilidade ou perversidade” que fundamenta o crime de homicídio qualificado de acordo com o artigo 132.º, n.ºs 1 e 2, alínea i), do Código Penal<sup>26</sup>; e *vi*) do conceito de “modo de vida”, para determinação dos casos em que há lugar ao agravamento da pena correspondente ao crime de furto, nos termos da alínea h) do n.º 1 do artigo 204.º do Código Penal<sup>27</sup>.

5. Tal como a inclusão de elementos normativos no âmbito da tipificação dos comportamentos puníveis, também a possibilidade de *remissão* de parte da respetiva concretização para outras fontes normativas vem sendo considerada pelo Tribunal Constitucional compatível — *rectius*, compatibilizável —, com o princípio da legalidade penal, aqui na aceção segundo a qual, integrando a definição dos crimes e das penas a reserva de competência legislativa da Assembleia da República<sup>28</sup>, somente através de lei parlamentar ou decreto-lei autorizado é constitucionalmente permitida a seleção dos factos puníveis.

Concretamente, trata-se aqui do problema da admissibilidade constitucional das chamadas *normas penais em branco*, isto é, aquelas que têm a particularidade de descrever de forma incompleta a atuação criminalmente relevante (previsão típica), remetendo parte da sua concretização para uma outra disposição (norma complementar ou integradora) de grau ou nível inferior àquele que é exigido para a primeira.

Tal como sucede com o recurso aos elementos normativos do tipo, também a técnica remissiva subjacente às normas penais em branco é hoje conside-

25 Cfr. Acórdão n.º 606/2018.

26 Cfr. Acórdão n.º 20/2019.

27 Cfr. Acórdão n.º 196/2022.

28 De acordo com o artigo 165.º, n.º 1, alínea *c*), da Constituição da República Portuguesa, “é da exclusiva competência da Assembleia da República”, “salvo autorização ao Governo”, legislar em matéria de “definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respetivos pressupostos, bem como de processo criminal”.

rada um mecanismo indispensável no âmbito da tipificação de um vasto conjunto de ilícitos, em particular no âmbito do chamado *direito penal do risco*, na medida em que permite a permanente incorporação no direito penal das orientações técnicas e científicas mais recentes, assegurando desse modo a respetiva congruência com a evolução registada em certas áreas específicas de atividade que o mesmo é chamado a (co)regular com cada vez maior frequência.

Do ponto de vista do princípio da legalidade penal, tal como o vem densificando o Tribunal Constitucional, o que se exige é que o recurso ao reenvio normativo não obste à “determinabilidade objetiva das condutas proibidas e demais elementos de punibilidade”, o que sucederá sempre que, mas somente quando, a norma complementar tiver um carácter meramente *concretizador*, e não *inovador*, em relação à norma penal remissiva. Esta deverá conter os elementos necessários à identificação do critério de ilicitude, sem deixar a descoberto qualquer elemento essencial para a compreensão da conduta proibida ou para o controlo democrático da incriminação. Por isso, “quando a remissão feita pela norma sancionadora principal para a norma complementar tornar o tipo de ilícito incompleto, dificultar o seu conhecimento pelos destinatários para além do que é exigível a uma pessoa média ou implicar o recurso a critérios autónomos ou critérios novos de ilicitude”, a remissão e respetiva concretização ter-se-ão por incompatíveis com o princípio da legalidade penal<sup>29</sup>.

6. Tal como vimos suceder a propósito do recurso a conceitos indeterminados, também o problema da compatibilidade das normas penais remissivas com o princípio da legalidade penal, na dimensão de reserva de lei em matéria de definição dos crimes e das penas, ocupou desde cedo o Tribunal Constitucional.

Logo no Acórdão n.º 299/92, o Tribunal julgou inconstitucional, por violação da reserva de lei, uma norma constante de portaria, pela qual se sujeitavam, inovatoriamente, certos bens e serviços ao regime de preços declarados,

29 Cfr. Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda Costa Pinto, *O Regime Legal do Erro e as Normas Penais em Branco*, (Coimbra, 1999), p. 41. Esta posição foi acolhida pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 115/2008.

resultando da infração desse regime um *crime de especulação*<sup>30</sup>. O juízo positivo de inconstitucionalidade baseou-se, então, no carácter inovatório “da definição de elementos relevantes do próprio tipo de crime”, feita através de portaria.

Com base no mesmo critério, o Tribunal concluiu, no Acórdão n.º 427/95, pela compatibilidade com o princípio da legalidade penal da tipificação do *crime contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares falsificados*<sup>31</sup>, por entender que a norma incriminadora continha neste caso, ao contrário do anterior, os “critérios do ilícito penal — desvalor da ação proibida, desvalor do resultado lesivo e identificação do bem jurídico tutelado”, constituindo a descrição dos aditivos admissíveis, feita por portaria, uma mera concretização ou delimitação negativa do critério definido na norma penal remissiva.

Anos mais tarde, no Acórdão n.º 115/2008, o Tribunal não julgou inconstitucional a norma que incrimina a atuação daquele que, “no âmbito da sua atividade profissional infringir regras legais, regulamentares ou técnicas que devam ser observadas no planeamento, direção ou execução de construção, demolição ou instalação, ou na sua modificação ou conservação”<sup>32</sup>, no segmento em que remete para regras técnicas e quando interpretada no sentido de que, como regras técnicas, podem considerar-se os procedimentos *ad hoc* que tenham sido especialmente concebidos para a execução da obra. Para assim concluir, o Tribunal considerou que, “quando [...] a lei remete para regras técnicas que são regras de carácter profissional tidas como geralmente conhecidas e aplicadas nos trabalhos de construção civil, ou regras a que o agente se encontra vinculado por efeito de estipulações constantes do contrato ou de determinação expressa do dono da obra, não é posta em causa a cognoscibilidade subjetiva desse específico elemento constitutivo do tipo legal”; citando a doutrina<sup>33</sup>, o Tribunal notou que “muitas vezes as remissões para outros instrumentos jurídicos não penais (como regras profissionais ou regulamentos que orientam certas atividades) tornam os regimes vigentes mais acessíveis aos destinatários das normas, pois os instrumentos em causa são, pela sua

30 Artigo 10.º, n.º 1, da Portaria n.º 416/82, de 26 de abril.

31 Previsto no artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro.

32 É essa a formulação constante da alínea a) do n.º 1 do artigo 277.º do Código Penal.

33 Cfr. Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda Costa Pinto, *cit.*, p. 40.

proximidade empírica em relação aos sujeitos a quem dizem respeito, mais facilmente conhecidos por estes do que as próprias normas incriminadoras”.

Mais recentemente, no Acórdão n.º 606/2018, o Tribunal pronunciou-se pela compatibilidade com a exigência de *lei certa* da utilização do conceito de *substâncias psicotrópicas* no âmbito da tipificação dos crimes contra a segurança rodoviária<sup>34</sup>. Considerando não ser ao legislador penal que incumbe identificar, em cada momento, as substâncias classificáveis como psicotrópicas, de acordo com os critérios para o efeito definidos pela comunidade científica, o Tribunal entendeu que a remissão para o catálogo constante da Convenção das Nações Unidas de 1971 sobre Substâncias Psicotrópicas não coloca qualquer problema perante o princípio da legalidade penal, desde logo na medida em que a enumeração das substâncias constante da referida Convenção e respetivos anexos não introduz qualquer “critério autónomo de ilicitude”, distinto daquele que o tipo legal documenta.

7. Enquanto exigência de *lei estrita*, o princípio da legalidade penal aponta no seguinte sentido: se só à lei cabe a seleção dos factos puníveis, ao julgador compete apenas a aplicação estrita da norma incriminadora, encontrando-se-lhe vedada a possibilidade de criar ou agravar os pressupostos da responsabilidade através da aplicação de determinada regra jurídica a um caso concreto não contemplado, com base no estabelecimento de uma relação de similaridade ou semelhança.

Nesta aceção — afirmou-o o Tribunal em 2014 —, o princípio da legalidade penal “opera como uma garantia contra o exercício ilegítimo e não controlável do *ius puniendi* estadual”, apresentando-se como um pressuposto indispensável do respeito pelo “programa político-criminal gizado pelo legislador democraticamente legitimado”, pela “repartição de competências entre legislação e jurisdição” e, conseqüentemente, pelo próprio “princípio da separação de poderes”<sup>35</sup>.

34 Tratava-se, em concreto, do crime de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, previsto no artigo 292.º do Código Penal.

35 Cfr. Acórdão n.º 587/2014, acompanhando José Francisco de Faria Costa, “Construção e Interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (Coimbra, Coimbra Editora, A. 134, n.º 3933, 2002), pp. 354-366.

Enquanto limite à interpretação das normas que criam ou agravam a responsabilidade, o princípio da legalidade penal foi objeto de particular análise no julgamento levado a cabo através do Acórdão n.º 852/2014, que confrontou diretamente o Tribunal Constitucional com o problema de saber em que condições ou sob que pressupostos é possível ao julgador penal afirmar a prática de um *crime de homicídio qualificado atípico*.

O problema apreciado naquele acórdão teve na sua génese a especificidade do modelo seguido pelo legislador português no âmbito da construção do crime de homicídio qualificado<sup>36</sup>, modelo esse que assenta na chamada técnica dos *exemplos-padrão*, isto é, “na combinação de um critério generalizador, constituído por uma cláusula geral de agravação” — no caso, a *atitude especialmente censurável ou perversa do agente* —, com uma enumeração casuística e não *taxativa* de um conjunto de circunstâncias — os exemplos-padrão — que têm por efeito indiciar a presença daquele tipo de culpa agravado, que justifica autonomamente a agravação da medida da responsabilidade.

Confrontando as particularidades de tal modelo com as exigências colocadas pelo princípio da legalidade, o Tribunal começou por afirmar que, caso a qualificação do crime de homicídio pudesse ocorrer por “apelo direto” e com fundamento exclusivo na cláusula geral de agravação, prescindindo por completo da intervenção (ou mediação) dos exemplos-padrão, a violação do princípio da legalidade penal, na dimensão de *lei certa*, seria evidente: nessa hipótese, considerado o elevado “grau de indeterminação e vacuidade” dos conceitos de *especial censurabilidade* ou *perversidade*, ao julgador seria atribuída uma margem de ponderação e *escolha valorativa* incompatível com a função de garantia constitucionalmente cometida ao tipo penal.

Em linha com a doutrina, o Tribunal considerou que a compatibilidade do referido modelo com o princípio da legalidade penal reside “na conexão que se estabelece — se tem de estabelecer” entre a cláusula geral de agravação e os exemplos-padrão que descrevem as circunstâncias suscetíveis de indiciar a atitude especialmente censurável ou perversa que integra a primeira. E para que o critério de agravação da responsabilidade continue a ser *o* (ou um dos) critério(s)

<sup>36</sup> De acordo com o artigo 132.º do Código Penal, “se a morte for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, o agente é punido com pena de prisão de doze a vinte e cinco anos” (n.º 1), sendo suscetíveis de revelar essa especial censurabilidade ou perversidade, entre outras, as circunstâncias constantes do elenco definido no respetivo n.º 2.

decididos pelo *legislador*, essa conexão não poderá ser qualquer uma: só poderá ser aquela que assegure que apenas servirão para qualificar o crime de homicídio as circunstâncias que, embora não diretamente subsumíveis à *fattispecie* de qualquer um dos exemplos-padrão, são, todavia, reconduzíveis à ideia condutora agravante que a certo(s) dele(s) subjaz; o que, por sua vez, ocorrerá sempre que, mas apenas quando, a circunstância concretamente verificada no caso revele “um conteúdo de desvalor ou uma estrutura axiológica idêntica ou similar a algum dos exemplos-padrão” constantes do elenco definido pelo legislador.

Acompanhando uma vez mais a doutrina<sup>37</sup>, o Tribunal considerou que, “por respeito às exigências de legalidade e de vinculação à lei”, ao juiz apenas é concedido apoiar a qualificação do crime de homicídio na verificação de circunstâncias que, embora não se encontrem expressamente previstas na lei, correspondam, no entanto, “à estrutura de sentido e ao conteúdo de desvalor” de certo (ou certos) exemplo(s)-padrão.

Com base nesta ordem de considerações, o Tribunal Constitucional concluiu que a interpretação seguida pelo Supremo Tribunal de Justiça para confirmar a imputação ao arguido recorrente de um crime de homicídio qualificado era constitucionalmente censurável à luz do princípio da legalidade penal, na medida em que se bastara com o reconhecimento de uma *equivalência de gravidade* entre as circunstâncias concretamente verificadas no caso *sub judice* e certas circunstâncias previstas na lei, sem proceder a um “exame de correspondência axiológica” ou valorativa entre as primeiras e alguma (ou algumas) daquelas que foram incluídas pelo legislador no elenco dos exemplos-padrão.

8. À guisa de conclusão, pode dizer-se que, embora parta da aceitação de que, numa sociedade plural, dinâmica e complexa, caracterizada por avanços científicos e tecnológicos permanentes e por um conjunto, cada vez mais diversificado, de interações humanas com significado para o Direito, o legislador penal dispõe cada vez menos de condições para renunciar à utilização de tipos penais abertos, cláusulas gerais e fórmulas remissivas, o Tribunal Constitucional continua a reconhecer na exigência de *lei certa* a imprescindível fun-

37 Cfr. Augusto Silva Dias, *Crimes contra a vida e a integridade física*, AAFDL (Lisboa, 2007), p. 25.

ção de limitar o grau de abertura e o nível de indeterminação dos tipos penais. Ou seja, o encargo de prevenir e acautelar os excessos desta nova ambiência normativa através da exigência de que a descrição do comportamento proibido seja sempre levada até ao ponto necessário para assegurar a “cognoscibilidade acerca de quais as condutas puníveis”<sup>38</sup>, facultando aos cidadãos as condições necessárias para orientarem a sua vida em termos compatíveis com o dever-ser jurídico-penal. E, ainda, que tal função ou encargo, por caber exclusivamente à lei (*lei estrita*), não pode ser exercida(o) de forma concorrente, e sempre retrospectiva, pelo julgador, através do estabelecimento de critérios de desvalor ampliativos ou analógicos relativamente àqueles que se encontram condensados no tipo legal de crime.

---

38 Cfr. Acórdão n.º 545/2000.