

SEPARATA

RPDC N.º 2 (2022)

REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



*Suspensão da Prescrição do Procedimento Contra-Ordenacional e COVID-19: Retrospectiva sobre o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 500/2021**

Nuno Brandão

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
nbrandao@fd.uc.pt*

I. A questão objecto do Acórdão n.º 500/2021

O Acórdão n.º 500/2021 foi proferido pelo Tribunal Constitucional no âmbito de um recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade interposto por um arguido de um processo contra-ordenacional. Em causa estava a questão de saber se um regime normativo relativo à suspensão do prazo de prescrição do processo contra-ordenacional, introduzido em Março de 2020, por altura do decretamento do primeiro estado de emergência ligado ao surgimento da pandemia COVID-19, poderia aplicar-se imediatamente aos processos então pendentes.

Tratou-se de uma regulação abrangente, que englobou os mais diversos tipos de processos e procedimentos, judiciais e administrativos, assente na seguinte lógica: dada a imperiosa necessidade de imediato confinamento domiciliário da generalidade da população, o legislador decidiu suspender a marcha da larga maioria dos processos; concomitantemente, e por causa disso, decidiu ainda que ficariam também suspensos todos os prazos de

* Por opção do Autor, o presente texto segue a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico em vigor desde 2009.

prescrição e de caducidade: «A situação excecional constitui igualmente causa de suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade relativos a todos os tipos de processos e procedimentos» (artigo 7.º, n.º 3, da Lei 1-A/2020, publicada no dia 19 de Março de 2020, cujo início de vigência foi fixado no dia 9 de Março de 2020). Dirigindo-se, naturalmente, aos processos e procedimentos que se encontravam já em curso aquando da sua publicação, relativos como é óbvio a factos que lhe eram prévios, a nova legislação de emergência foi pensada para ser aplicada retroactivamente¹.

A *ratio* que justificou a suspensão dos prazos de prescrição dos procedimentos sancionatórios é autoexplicativa e creio que será tida como inquestionável e inatacável por qualquer pessoa de boa-fé: estando os processos paralisados, por ingentes motivos de saúde pública, não será de admitir a progressão dos respectivos prazos de prescrição, já que a inércia processual não se ficará a dever à passividade voluntária e indevida do Estado no processamento das infracções deles objecto, antes resulta de um pesado quadro de circunstâncias imprevistas e a ninguém imputáveis que impedem a normal progressão dos processos.

E todavia, não são descabidas as objecções lançadas na doutrina² e na prática judiciária, com acolhimento em numerosas decisões dos tribunais comuns³, à aplicação retroactiva do regime da suspensão dos prazos de prescrição dos procedimentos penais e contra-ordenacionais. Com efeito, pode porventura verificar-se aí uma afronta ao princípio da legalidade criminal, quanto ao corolário da lei prévia. Foi essa, precisamente, a questão ponderada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 500/2021. Louvando-se numa compreensão substantiva do instituto da prescrição do procedimento sancionatório, com um longo lastro doutrinal⁴ e jurisprudencial⁵ entre nós,

¹ Assim, a propósito de legislação italiana similar, GIAN LUIGI GATTA, «Lockdown» da justiça penal, suspensão da prescrição do crime e princípio da irretroatividade: um curto-circuito», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 30, n.º 2 (2020), p. 303.

² Cf., v.g., RUI CARDOSO / VALTER BAPTISTA, «Prazos Substantivos», in Edgar Taborda Lopes (coord.), *Estado de Emergência – COVID-19 Implicações na Justiça*, 2.ª ed., Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2020, pp. 608 ss., em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=G13pNomaeQc%3d&portalid=30>.

³ Cf., v.g., o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.07.2020 (Proc. n.º 128/16.5SXL.SB.L1-5), o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 07.12.2021 (Proc. n.º 200/09.8TASRE.C3), o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 23.02.2021 (Proc. n.º 201/10.3GBVRS.E1) e o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 26.10.2021 (Proc. n.º 28/06.7IDFAR-A.E1), todos em www.dgsi.pt.

⁴ Cf., v.g., AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 351 ss. e 379 ss., e PEDRO CAEIRO, «Aplicação da lei penal no tempo e prazos de suspensão da prescrição do procedimento criminal: um ‘caso prático’», in Jorge de Figueiredo Dias *et al.* (eds.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues – Volume I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 243 s.

⁵ Cf., v.g., o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 183/2008 (Plenário).

o recorrente arguiu a inconstitucionalidade, por violação, além do mais, da proibição de aplicação retroactiva da lei penal *in malam partem* (artigo 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, da Constituição), das normas de emergência que ditaram a suspensão do prazo de prescrição do procedimento contra-ordenacional relativo a facto praticado antes da sua entrada em vigor.

De facto, há um largo acolhimento na doutrina e jurisprudência nacionais da ideia de que a prescrição tem uma natureza híbrida, processual-material, por força da qual lhe são aplicáveis os diversos corolários do princípio da legalidade criminal. Esse carácter misto envolve a sujeição a este princípio de todos os aspectos da prescrição do procedimento sancionatório relevantes para a questão de saber *se*, tendo em conta o tempo decorrido desde a consumação da infracção, o agente *deve ser punido*. Nomeadamente, o prazo de prescrição, o momento de início de contagem desse prazo, as causas de interrupção do prazo e as causas de suspensão do prazo. Uma vez que relevam para o *se* da punição, vem-se entendendo que todas essas circunstâncias devem estar subordinadas ao princípio da legalidade criminal. Com a seguinte consequência: em princípio, a menos que entretanto hajam sido introduzidas normas mais favoráveis ao agente, na contagem do prazo de prescrição só deverão ser tomadas em consideração as normas definitórias da extensão do prazo, do seu início, da sua interrupção e da sua suspensão vigentes no momento da realização da acção típica (artigo 3.º do Código Penal).

Compreende-se, assim, a arguição de inconstitucionalidade suscitada pelo recorrente: uma vez que aquando da prática da contra-ordenação *sub judice* não se previa que uma suspensão do processo ditada legalmente acarretaria uma suspensão do prazo prescricional, então a desconsideração para a contagem da prescrição do tempo em que o processo esteve parado por força das normas de emergência, imposta pelas normas da Lei n.º 1-A/2020, representou uma aplicação retroactiva *in malam partem* de tais normas atentatória do princípio da legalidade criminal.

II. A decisão tomada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 500/2021

No Acórdão n.º 500/2021, a 3.ª Secção do Tribunal Constitucional não julgou, porém, procedente a alegação do recorrente, tendo entendido que as normas aplicadas pela decisão recorrida para suspender o prazo de prescrição contra-ordenacional enquanto o processo se encontrou suspenso não contrariam o princípio da legalidade criminal plasmado no artigo 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, da Constituição. Juízo de não inconstitucionalidade entretanto

reiterado, com fundamentação idêntica, pelo Tribunal Constitucional, nos Acórdãos n.ºs 660/2021 e 798/2021, ambos da 1.ª Secção.

O Tribunal Constitucional entendeu que a matéria se encontra à margem do âmbito de aplicação do princípio da proibição da retroactividade *in pejus* a que a Constituição, no seu artigo 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, sujeita a aplicação das leis que definem as acções e omissões puníveis e fixam as penas correspondentes (§ 30). As normas de emergência que estabeleceram a suspensão dos prazos de prescrição foram, por isso, consideradas não inconstitucionais. Logo, portanto, por nem sequer se encontrarem abrangidas pelo princípio da legalidade. E isto, *grosso modo*, pelo facto de a pausa imposta à marcha dos prazos de prescrição não ter sido arbitrária nem se poder dizer que os particulares viram perturbadas as suas expectativas e a sua confiança quanto aos termos em que a sua punição poderia vir a ter lugar. Justificando-se a proibição de retroactividade *in malam partem* por um intuito de precaver arbitrariedades no exercício do *jus puniendi* e pela necessidade de garantir a segurança jurídica e a protecção da confiança das pessoas a ele sujeitos, entendeu o Tribunal Constitucional que nenhuma destas razões reclama o seu funcionamento para travar a suspensão dos prazos de prescrição estabelecida pelas normas objecto do recurso. Por um lado, porque se tratou de uma suspensão fundada em razões de saúde pública, que não são culpa de ninguém; e, por outro lado, porque a consumação da prescrição está sujeita a tantas vicissitudes, de tal ordem imprevisíveis quanto ao se e ao momento da sua concreta ocorrência, que não há propriamente expectativas a tutelar através do princípio da legalidade criminal. Nesta última vertente, partindo implicitamente da ideia de que à decisão sobre o cometimento da infracção será estranha qualquer consideração do agente acerca do arco temporal dentro do qual poderá vir a sofrer uma punição, concluiu o Tribunal Constitucional que não haverá então uma confiança que deva ser protegida pelas normas constantes dos n.ºs 1, 3 e 4, do artigo 29.º da Constituição.

Neste seu percurso argumentativo, o Tribunal Constitucional seguiu de perto a posição assumida por Gian Luigi Gatta a propósito de questão em tudo idêntica que se suscitou em Itália⁶, o qual, por seu turno, se inspirou no pensamento de Roxin e de Marinucci / Dolcini, também citados pelo Acórdão.

⁶ GIAN LUIGI GATTA, «Lockdown» da justiça penal..., *op. cit.*, pp. 299 ss.

III. O parâmetro de constitucionalidade

Pelo que vem de se ver, o parâmetro de constitucionalidade que o TC teve em conta foi o princípio da legalidade da intervenção penal, na sua dimensão de proibição de retroactividade *in malam partem* prescrita pelo artigo 29.º da Constituição.

Foi essa a norma constitucional invocada pelo recorrente e que o Tribunal julgou pertinente discutir. Vai aqui implicada uma premissa que nem sempre tem sido clara na jurisprudência constitucional, a da aplicabilidade ao direito das contra-ordenações do princípio da legalidade criminal consagrado no artigo 29.º da Constituição, seja directamente seja por analogia⁷.

Foi com satisfação, mas não sem alguma perplexidade que encarei o enquadramento da questão de constitucionalidade no âmbito do princípio da legalidade criminal. Com satisfação, porque se trata, a meu ver, como já defendi anteriormente, da norma que deverá ser chamada sempre que, no domínio das contra-ordenações, se suscitarem dúvidas sobre a admissibilidade do funcionamento retroactivo *in malam partem* de normas contra-ordenacionais⁸. Julgo que o essencial das razões que estão na base do princípio da legalidade valem também para o sancionamento em sede contra-ordenacional, não se justificando o apelo a outros princípios, designadamente, ao princípio do Estado de Direito, para garantir que uma punição por uma contra-ordenação deve assentar numa lei certa, estrita e prévia. Em todo o caso, perante a jurisprudência constitucional das últimas duas décadas, alguma dela aliás bem recente, estaria longe de ser seguro que o quadro constitucional ao qual a questão seria de reconduzir seria o do princípio da legalidade criminal. E daí a perplexidade.

Na verdade, desde o Acórdão n.º 41/2004, o Tribunal Constitucional tem oscilado na resposta acerca da norma constitucional que deve ser chamada para aferir a constitucionalidade de normas contra-ordenacionais desafiadas à luz dos corolários da lei certa e da lei prévia próprios do princípio da legalidade, ora apelando a este princípio ora invocando antes o princípio do Estado de Direito (artigo 2.º da Constituição). Se neste nosso caso o Tribunal Constitucional analisou o problema tendo em conta o princípio da legalidade criminal, o certo é que tem igualmente enveredado antes pelo princípio do Estado de Direito para apreciar e julgar, como julgou, inconstitucionais normas contra-ordenacionais com fundamento no carácter demasiado indeterminado

⁷ Cf. NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, pp. 893 ss.

⁸ NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações...* *op. cit.*, pp. 900 ss.

da proibição instituída legalmente. Foi o que sucedeu muito recentemente no Acórdão n.º 825/2021, também da 3.ª Secção, que julgou inconstitucional, por violação do princípio da segurança jurídica insito no artigo 2.º da Constituição, a norma do artigo 6.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 50/2005, quando conjugada com o artigo 43.º, n.º 2, do mesmo diploma, enquanto estabelece que a falta de verificação periódica dos equipamentos de trabalho sujeitos a influências que possam provocar deteriorações suscetíveis de causar riscos, constitui uma contra-ordenação grave.

No panorama actual temos então que, no âmbito contra-ordenacional, quando está em causa um problema de retroactividade o Tribunal apela, e bem, ao artigo 29.º da Constituição (princípio da legalidade criminal), mas quando o problema se prende com a indeterminação da norma sindicada o parâmetro já é antes o artigo 2.º da Constituição (princípio do Estado de Direito)⁹. Correspondendo as exigências de lei certa e de lei prévia a subprincípios do princípio da legalidade criminal, não me parece que se justifique esta segmentação, que quebra a unidade de sentido que agrega todos os corolários do *nullum crimen sine lege* e para a formação da qual todos eles são indispensáveis.

É interessante e sintomático que sendo chamado a discutir um problema de retroactividade o Tribunal Constitucional tenha decidido a questão de acordo com a lógica do princípio da legalidade e não da do Estado de Direito, dando a entender que se se pudesse considerar que as normas legais objecto do recurso devessem considerar-se abrangidas pelo princípio da legalidade então o desfecho não seria outro senão o da sua inconstitucionalidade. Com isto alinhando pela ideia, firme na jurisprudência constitucional (Acórdão n.º 183/2008), de que o princípio da legalidade constitui um princípio-garantia de carácter absoluto imune a soluções de concordância prática. Tivesse o problema sido analisado à luz do princípio do Estado de Direito não seria de excluir o recurso a uma chave de análise fundada na máxima do interesse preponderante, em que seriam balanceados os interesses em conflito¹⁰. Aliás, se, no âmbito sancionatório, havia caso em que poderia fazer sentido apelar a uma lógica desta natureza seria este. O distanciamento de um cenário com essa feição, com base na premissa, correcta, de que o problema deveria ser

⁹ Cf. os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 397/2012, 374/2013, 76/2016, 825/2017, 659/2020 e 825/2021.

¹⁰ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 270 ss., e NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações...* op. cit., pp. 905 ss., com amplas referências à jurisprudência constitucional nacional na matéria.

discutido e decidido de acordo com o espírito do princípio da legalidade criminal é a prova provada de que se não justifica desviar este princípio da esfera do direito contra-ordenacional: se as dúvidas como aquelas que aqui se puseram reclamam o accionamento dos critérios próprios do princípio da legalidade não há razão para a este propósito se falar, em primeira linha, pelo menos nominalmente, no princípio do Estado de Direito.

IV. A aplicabilidade do princípio da legalidade

Como se viu, o Tribunal concluiu pela inaplicabilidade do princípio da legalidade, na sua vertente de irretroactividade, a esta específica causa de suspensão do prazo prescricional. Isto, não obstante ter entendido que o princípio da legalidade, nesta sua dimensão da lei prévia, se aplica *prima facie* à suspensão do prazo de prescrição (§ 28).

Tenho dificuldade em acompanhar esta posição do Tribunal Constitucional, pelas razões que de seguida exporei. Adiantando já o sentido da minha discordância, parece-me, no essencial, que, ao contrário do que concluiu o Tribunal, a norma questionada entra no âmbito de aplicação do princípio da legalidade, dificilmente podendo considerar-se que escapa à proibição de aplicação retroactiva que lhe é inerente. Creio que havia e continua a haver uma lacuna, que não pode ser suprida por apelo a normas posteriores à data da prática do facto qualificado como contra-ordenação.

Parto da premissa, alinhada com a generalidade da doutrina e da jurisprudência nacionais, de que a matéria da prescrição, tanto do procedimento penal como do contra-ordenacional, está subordinada ao princípio da legalidade criminal, em todas as suas valências.

Não valorizo especialmente a questão da natureza substantiva e/ou processual do instituto, parecendo-me que as posições que a propósito dela se tomam são, em geral, dominadas por uma intenção prévia de sujeitar ou não sujeitar a prescrição ao princípio da legalidade. Isto é, o que o debate dá a transparecer é que o que verdadeiramente determina a opção por uma solução material ou processual é o intuito, a montante, de aplicar ou não à prescrição o princípio da legalidade. E portanto, é a conclusão desejada que dita a fundamentação e não, como deveria ser, o contrário.

Acresce que diferentemente do que sucede noutros ordenamentos – como, por exemplo, o alemão¹¹ – entre nós há uma larga propensão para

¹¹ Cf. CLAUD ROXIN / LUÍS GRECO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen; Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.ª ed., München: C.H.Beck, 2020, § 5, nm. 43 e 57 ss.

subordinar ao princípio da legalidade criminal não só as normas de direito substantivo, como também até as de carácter marcadamente adjectivo¹².

Dependendo a punição do agente da não ultrapassagem do prazo de prescrição do procedimento sancionatório respetivo, a necessidade de garantir que a definição dos pressupostos (positivos e negativos) essenciais de tal punição se faça com observância do princípio da separação de poderes, com um mínimo de previsibilidade, de forma a que o agente possa formar uma ideia, ainda que geral, sobre o tempo durante o qual se poderá ver a contas com a justiça, e sem arbitrariedades justifica que o instituto da prescrição esteja sujeito às exigências próprias do princípio da legalidade criminal. A possibilidade de os termos determinantes para a contagem e verificação do prazo de prescrição permanecerem à margem da lei, ficando inteiramente nas mãos do poder judicial, e serem sucessivamente ajustados depois da prática do facto, mediante aprovação de novas normas que retardem o seu *dies ad quem*, é algo que não me parece compaginável com a ideia de Estado de Direito, justificando a protecção do agente pelo princípio da legalidade criminal.

Posto isto, considerando esta posição de princípio de adesão à concepção entre nós dominante de que o princípio da legalidade criminal é aplicável à prescrição dos procedimentos penal e contra-ordenacional, incluindo na vertente relativa às causas de suspensão do prazo prescricional, vejamos as reservas que o Acórdão n.º 500/2021 me suscita.

1. Uma primeira objecção prende-se com o argumento relativo à tutela da segurança jurídica e da confiança, na esteira de Roxin¹³. Trata-se de um argumento que desconsidera a diferença de posições de que o Tribunal e Roxin partem. É que enquanto o Tribunal arranca da ideia de que a prescrição está abrangida pelo âmbito de tutela do princípio da legalidade, Roxin segue a premissa de que, *prima facie*, a prescrição está à margem desse princípio, podendo eventualmente receber a sua protecção se, tendo em conta a teleologia do princípio da legalidade, se justificar a sua intervenção. O que não será o caso do alargamento de um prazo de prescrição ainda não ultrapassado, já que a previsibilidade que o princípio da legalidade visa

¹² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Universidade de Coimbra, 1988-9, pp. 68 s. Na jurisprudência constitucional, cf., no plano da lei estrita, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 324/2013 (Plenário), e no plano da lei prévia, os Acórdãos n.ºs 247/2009, 551/2009 e 645/2009. E na jurisprudência comum, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 4/2009, *Diário da República*, 1.ª série, n.º 55, 19.03.2009, p. 1755, em <https://files.dre.pt/1s/2009/03/05500/0175201762.pdf>.

¹³ Por último, ROXIN / GRECO, *op. cit.*, § 5, nm. 58 ss.

assegurar se circunscreve ao comportamento sujeito a punição e à sanção aplicável¹⁴.

Ora, se se entende que, em princípio, a prescrição, em geral, e dentro dela as causas de suspensão do prazo, em particular, se inscrevem no quadro normativo do princípio da legalidade criminal, tendo em conta uma pluralidade de razões que se prendem com a sua fundamentação e a sua teleologia, não parece aceitável afastá-lo com base numa ordem de razão que nem sequer se liga à previsibilidade que motiva a sua intervenção: como bem se afirma na declaração de voto do Conselheiro Gonçalo Almeida Ribeiro, a que se refere ao “horizonte temporal máximo em que o agente pode gozar de um estado de absoluta paz jurídica”.

É interessante notar que o Tribunal Constitucional italiano, na sua Sentença n.º 278/2020, também relativa à suspensão da prescrição penal no contexto do estado de emergência, não introduziu uma restrição ao alcance aplicativo do princípio da legalidade. Bem pelo contrário – e aqui divergindo dos autores italianos invocados pelo Acórdão n.º 500/2021, como Giorgio Marinucci / Emilio Dolcini e Gian Luigi Gatta –, entendeu a *Corte Costituzionale* que a questão entra de pleno na esfera normativa do princípio da legalidade, não havendo que sujeitá-lo a uma redução teleológica¹⁵.

2. Como vimos, os diferentes corolários do princípio da legalidade criminal encontram-se irmanados numa unidade de sentido global que atende aos diferentes fundamentos que lhe subjazem e às funções de defesa do cidadão que deve desempenhar. Esta compreensão global e articulada das distintas componentes do princípio da legalidade justifica que se questione se será de admitir que uma certa solução normativa possa ser aceitável em face de um dos subprincípios do *nullum crimen*, mas já não em face de um outro. O presente caso pode ilustrar este dilema.

Suponhamos que, no contexto do estado de emergência, o legislador só previa a suspensão da prescrição do procedimento penal fundada na suspensão dos processos penais, esquecendo-se dos processos contra-ordenacionais, apesar de também ter decretado a suspensão destes.

¹⁴ *Ibid.*, § 5, nm. 60.

¹⁵ Sentença n.º 278/2020, de 18.11.2020, 12 e *passim*, em https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2020:278. A *Corte Costituzionale* concluiu pela não inconstitucionalidade do regime legal de emergência que instituiu a suspensão dos prazos de prescrição penal não, portanto, pelo facto de o princípio da legalidade criminal não incidir sobre essa matéria, mas antes, e decisivamente, pela circunstância de o Código Penal italiano conter uma norma, sem paralelo na nossa lei penal, que dita a suspensão da prescrição do crime sempre que haja uma suspensão do processo (artigo 159.º).

Poderíamos, nesse caso, admitir o apelo à analogia para afirmar uma suspensão do prazo de prescrição do procedimento contra-ordenacional? Na Alemanha, provavelmente dir-se-ia que que sim¹⁶. Não vejo, contudo, que, no ordenamento português, se pudesse aceitar tal solução. É certo que há um fundamento externo do princípio da legalidade, o relativo à separação de poderes, que é especialmente relevante para o corolário da lei estrita e que pode não ser partilhado pelo subprincípio da lei prévia – como sucede no caso presente, em que é o próprio legislador a impor a aplicação retroactiva de uma norma desfavorável ao agente –, mas tenho dúvidas que se possa compactuar com uma geometria variável do princípio da legalidade consoante os subprincípios que estejam em causa e os fundamentos que lhe estão especificamente associados.

3. A principal objecção que me parece poder ser dirigida ao Acórdão n.º 500/2021 incide sobre a ideia nele sustentada de que a questão escapa ao princípio da legalidade porque a norma posta em crise não representa um exercício de arbitrariedade. Pelo contrário, está ligada a uma necessidade social ingente que não é imputável ao Estado.

Penso que aqui o Tribunal labora num equívoco. É certo que o princípio da legalidade se funda no interesse em prevenir acções arbitrárias e persecutórias do Estado, através da instrumentalização abusiva do direito sancionatório. Mas se é essa a teleologia, daí não se poderá avançar para a consideração do conteúdo da norma em discussão, designadamente em tudo aquilo que extravasa o necessário para perceber se é ou não desfavorável ao agente, com vista a avaliar se se trata de uma solução normativa político-criminalmente justificada e materialmente fundada à luz dos princípios que regem o direito sancionatório. O princípio tem por finalidade precaver arbitrariedades, definindo os termos essenciais de acordo com os quais uma punição poderá ser imposta ao cidadão. Já não pretende, porém, garantir que as normas que poderão implicar essa punição não sejam elas próprias arbitrárias.

Tanto assim é que não é ao princípio da legalidade que se recorre quando se põe o problema de saber se é inconstitucional uma dada norma com efeitos sobre a punição por ser tida como materialmente inaceitável. Veja-se, por exemplo, o caso do disposto no artigo 120.º, n.º 5, do Código Penal, introduzido em 2013, que duplica o tempo em que o prazo de suspensão

¹⁶ Cf. ROXIN / GRECO, *op. cit.*, § 5, nm. 43.

da prescrição poderá ficar suspenso após a sentença condenatória no caso de haver recurso para o Tribunal Constitucional. Se um arguido objectar que se trata de uma solução desproporcionada e injustificada, e por isso arbitrária, não será por certo ao princípio da legalidade que o Tribunal Constitucional apelará para avaliar uma eventual arguição da sua inconstitucionalidade.

Com isto percebe-se que a ponderação sobre a eventual arbitrariedade da norma objecto do recurso desenvolvida pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 500/2021 constituiu um exercício acerca da bondade material de tal norma, que, em rigor, é substancialmente alheio ao princípio da legalidade. Pois, como é sabido, como princípio-barreira que é, a este são estranhas eventuais considerações que possam justificadamente fazer-se sobre a necessidade social de uma certa intervenção sancionatória promovida pelo Estado¹⁷. Por maior e mais premente que uma tal necessidade seja, a introdução de uma norma penal para a ela acorrer sempre esbarrará no princípio da legalidade criminal quando implique uma afronta a qualquer um dos seus corolários¹⁸. O princípio da legalidade criminal atua, enfim, *a montante* das considerações político-criminais que justificam uma dada solução normativa, delas se abstraindo.

4. Postas assim as coisas, estão apresentados os dados que me parecem levar a que se aponte para uma direcção diferente daquela a que o Tribunal Constitucional chegou no Acórdão n.º 500/2021.

É indiscutível que a suspensão dos prazos de prescrição penais e contra-ordenacionais fundada na paralisação dos processos é uma solução perfeitamente razoável e justificada. As necessidades sociais que ditaram o *lockdown* do sistema de justiça são inquestionáveis, tal como, em princípio, seria inquestionável a concomitante pausa na marcha dos prazos de prescrição.

Porque faz todo o sentido que quando se imponha legalmente uma pausa nos processos se ponham também em pausa os prazos de prescrição, há muito que tal deveria estar legalmente previsto. Tal como, por exemplo, acontece em Itália (artigo 159.º do Código Penal) ou na Alemanha (§ 78b, (1), 2. do StGB). Mas não está. A verdade é que o legislador não previu (e continua a não prever!) essa situação como causa suspensiva da prescrição.

Temos, enfim, uma lacuna nesta matéria. Que não pode ser suprida nem mediante recurso à analogia, nem através da criação de normas *ad-*

¹⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (com a colaboração de Maria João Antunes / Susana Aires de Sousa / Nuno Brandão / Sónia Fidalgo), *Direito Penal. Parte Geral*, I, 3.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, 8.º Cap., § 6.

¹⁸ Lapidar, o já citado Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 183/2008, § 5.

hoc posteriores aos factos a que pretendem aplicar-se para assim travar o decurso de um prazo que, de acordo com a lei do *tempus delicti*, não deveria ser paralisado. Tudo isto, sob pena de violação do princípio da legalidade criminal.

E assim concludo: por mais razoável e justificada que tenha sido a intervenção legislativa sobre os prazos de prescrição no contexto do decretamento do estado de emergência, tratou-se de uma intervenção *in malam partem* de carácter retroactivo proibida pelo princípio da legalidade criminal.