

COVID-19, suspensão da prescrição e retroatividade extrema

NUNO BRANDÃO

RESUMO: A Lei n.º 1-A/2020, publicada no dia 19.03.2020, para responder a problemas processuais colocados pela emergência da pandemia da doença COVID-19 reportou o início dos seus efeitos ao dia 09.03.2020. Discute-se a possibilidade de, num plano legal, essa retroação abranger as causas de suspensão da prescrição dos procedimentos penal e contraordenacional e, num plano constitucional, a compatibilidade de uma tal aplicação retroativa com os princípios constitucionais da legalidade criminal e da segurança jurídica e da proteção da confiança.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Os dados normativos do problema: 1. A suspensão dos prazos de prescrição do procedimento; 2. Datas de entrada em vigor e produção de efeitos; 3. Suspensão dos prazos e diligências processuais. III. Inaplicabilidade do art. 7.º, n.º 3 da Lei n.º 1-A/2020. IV. Inaplicabilidade das causas gerais de suspensão da prescrição. V. Proibição de retroatividade fundada no princípio da legalidade criminal: 1. A aplicabilidade do princípio da legalidade à prescrição do procedimento; 2. Os fundamentos e a natureza da prescrição do procedimento; 3. A natureza do instituto da suspensão da prescrição do procedimento; 4. Projeção da vertente da irretroatividade do princípio da legalidade sobre a suspensão da prescrição. VI. Proibição de retroatividade fundada no princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Palavras-chave: COVID-19; prescrição do procedimento criminal; causas de suspensão da prescrição; princípio da legalidade criminal; princípio da segurança jurídica.

I. Introdução

De entre os numerosos problemas jurídicos ligados ao surgimento da pandemia da doença COVID-19 e à vasta legislação aprovada para lhe fazer frente um dos que mais tem suscitado controvérsia jurisprudencial no âmbito do direito sancionatório é o da suspensão dos prazos de prescrição dos procedimentos criminal e contraordenacional instituída pela legislação de emergência aprovada no início da pandemia, em março de 2020.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

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 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” (art. 7.º/3 da Lei n.º 1-A/2020, publicada no dia 19.03.2020). 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 retroativamente*¹.

Dada a vocação retroativa desta legislação logo se questionou a sua compatibilidade com o princípio da legalidade da intervenção penal (art. 29.º da CRP), não só no âmbito criminal, como também no domínio contraordenacional. Quando pela primeira vez confrontado com a questão, num caso de direito das contraordenações, o Tribunal Constitucional concluiu no sentido da não inconstitucionalidade, tendo decidido “não julgar inconstitucional o artigo 7.º, n.ºs 3 e 4, da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, interpretado no sentido de que a causa de suspensão do prazo de prescrição do procedimento contraordenacional aí prevista é aplicável aos processos a correr termos por factos cometidos antes do início da respetiva vigência” (Ac. do TC n.º 500/2021). Este juízo de não inconstitucionalidade foi reiterado pela jurisprudência constitucional posterior que se deparou com o problema, nomeadamente, pelos Acs. n.ºs 660/2021 e 798/2021, versando ambos também sobre matéria contraordenacional.

Num outro estudo analisamos criticamente aquele Ac. n.º 500/2021, tendo aí manifestado a nossa discordância em relação à decisão nele tomada e à fundamentação para o efeito adotada². Contra o que vem considerando o Tribunal Constitucional, parece-nos que a solução normativa em questão é abrangida pelo âmbito de aplicação do princípio da legalidade da intervenção penal previsto no art. 29.º da Constituição. A imposição da suspensão dos prazos de prescrição a factos cometidos em momento anterior ao da entrada em vigor da

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”, *RPCC*, 2020, n.º 2, p. 303.

² NUNO BRANDÃO, “Suspensão da prescrição do procedimento contra-ordenacional e COVID-19: retrospectiva sobre o Acórdão do TC n.º 500/2021”, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, n.º 2, 2022.

lei que a ditou visou suprir a falta de uma previsão legal anterior que associasse à paralisação legal dos processos uma correspondente e automática paralisação dos prazos de prescrição. Lacuna que o legislador procurou suprir mediante aplicação retroativa de uma nova lei de emergência dirigida a estabelecer essa conexão. Uma vez admitida a aplicabilidade do princípio da legalidade criminal a este regime legal dela não pode deixar de resultar a sua inconstitucionalidade. Foi outro o caminho seguido pelo Tribunal Constitucional, o que determinou o respetivo desfecho no sentido da não inconstitucionalidade.

Estando consolidado na jurisprudência constitucional – pelo menos, por ora – o tratamento desta vertente do problema e tendo já emitido o nosso juízo crítico sobre ela, não é sobre tal questão que aqui refletiremos. A nossa atenção versará antes sobre uma dimensão do tema que representa uma forma ainda mais extremada de retroatividade. Como se referiu, a Lei n.º 1-A/2020 foi publicada no dia 19.03.2020. Sucede que tanto esse diploma como alguns outros que se lhe seguiram, com incidência sobre a sua aplicação, admitem uma interpretação no sentido de que a sua produção de efeitos se deveria iniciar não no dia 20.03.2020 – data em que aquela Lei n.º 1-A/2020 começou a vigorar –, mas antes no dia 09.03.2020. No caso de essa leitura singrar, teremos então que um período que havia já entrado na contagem do prazo de prescrição – o que decorreu entre 09.03.2020 e 19.03.2020 – dele foi removido por efeito de uma lei posterior.

É este o objeto do estudo que aqui empreenderemos. Começaremos por analisar o problema numa perspetiva legal, apresentando os dados normativos da questão (II) e ponderando se o referido regime legal de facto dita aquela aplicação retroativa (III e IV). Passaremos depois para uma perspetiva constitucional, equacionando a compatibilidade de uma tal retroatividade extrema com o princípio da legalidade criminal (V) e com o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança (VI). Claro que se se partir de uma ideia contrária à assumida pelo TC no Ac. n.º 500/2021, no sentido de que a matéria é englobada pelo princípio da legalidade criminal em todas as suas dimensões, incluindo aquela a que esse Acórdão se referiu, este nosso problema de retroatividade extrema fica logo, digamos assim, resolvido por essa via. Dada, porém, a posição do TC, justifica-se uma análise que se abstraia do plano relativo à possibilidade de aplicação da nova lei a factos antes dela praticados e se centre exclusivamente na referida questão da admissibilidade constitucional de uma tal retroatividade extrema.

Será esse exercício crítico que aqui faremos, juntando-nos à merecida homenagem que o Tribunal Constitucional presta ao Senhor Conselheiro Presidente Manuel da Costa Andrade, o Mestre que nos abriu as portas do Direito Penal e vem iluminando tantos dos seus caminhos.

II. Os dados normativos do problema

1. A suspensão dos prazos de prescrição do procedimento

A questão coloca-se sobretudo em face do disposto no art. 7.º da Lei n.º 1-A/2020, de 19/3, na sua versão originária. O n.º 3 desse preceito determinou que “a situação excecional constitui igualmente *causa de suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade* relativos a todos os tipos de processos e procedimentos”. A alínea b) do n.º 6 desse mesmo artigo, por seu turno, ditou que o que nele se dispunha se aplicava, com as necessárias adaptações, aos “*procedimentos contraordenacionais, sancionatórios e disciplinares, e respetivos atos e diligências que corram termos em serviços da administração direta, indireta, regional e autárquica, e demais entidades administrativas, designadamente entidades administrativas independentes, incluindo o Banco de Portugal e a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários*”.

2. Datas de entrada em vigor e de produção de efeitos

De acordo com o seu art. 11.º, a Lei n.º 1-A/2020 *entrou em vigor* no dia 20 de março de 2020, o dia seguinte ao da sua publicação (19.03.2020). Não obstante, o seu art. 10.º fixou a sua *produção de efeitos* “à data da produção de efeitos do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março”. Este último diploma, entrado em vigor no dia 14.03.2020, determinou o seguinte quanto à respetiva produção de efeitos: “O presente decreto-lei *produz efeitos no dia da sua aprovação [13.03.2020]*, com exceção do disposto nos artigos 14.º a 16.º, que produz efeitos desde 9 de março de 2020, e do disposto no capítulo VIII, que produz efeitos a 3 de março de 2020”. A fim de dissipar dúvidas que terão surgido acerca da concreta data, de entre as diferentes datas de produção de efeitos do Decreto n.º 10.º-A/2020 (03.03.2020, 09.03.2020 e 13.03.2020), que valeria para o art. 7.º da Lei n.º 1-A/2020, o art. 6.º/2 da Lei n.º 4-A/2020, de 6/4, estabeleceu que “o artigo 7.º da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, na redação introduzida pela presente lei, *produz os seus efeitos a 9 de março de 2020*, com exceção das normas aplicáveis aos processos urgentes e do disposto no seu n.º 12, que só produzem efeitos na data da entrada em vigor da presente lei”.

Da conjugação do disposto nos arts. 7.º, n.ºs 1, 3 e 6/b) da Lei n.º 1-A/2020, no art. 10.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 e no art. 6.º, n.º 2, da Lei n.º 4-A/2020 decorreu então a criação de uma *causa de suspensão do procedimento contraordenacional com início no dia 9 de março de 2020*. Essa suspensão perdurou até ao dia 3 de junho de 2020 (art. 10.º da Lei n.º 16/2020, de 29/5).

3. Suspensão dos prazos e diligências processuais

Esta suspensão dos prazos prescricionais está evidentemente relacionada com a paragem da atividade processual nos mais variados domínios processuais, incluindo o penal e o contraordenacional. Suspenderam-se os prazos de prescrição porque e na medida em que se suspenderam a marcha e os prazos processuais. Esta paralisação, prevista no art. 7.º da Lei n.º 1-A/2020, associou-se ao chamado confinamento obrigatório.

Com efeito, naquele mesmo dia 20.03.2020 foi publicado o Decreto n.º 2-A/2020 que procedeu à execução da (primeira) declaração do estado de emergência (Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18/3), no qual se impôs um “dever geral de recolhimento domiciliário” (art. 5.º do Decreto n.º 2-A/2020). Há, pois, uma óbvia e estreita ligação entre este dever geral de recolhimento domiciliário, a suspensão da marcha dos processos sancionatórios e a suspensão dos prazos de prescrição dos procedimentos, nomeadamente, a partir do dia 20 de março de 2020.

Não é possível, contudo, traçar uma mesma conexão no período anterior a 20 de março de 2020. É certo que os dias que precederam o início do estado de emergência foram já substancialmente afetados pelo aparecimento da pandemia. Mas só com a Lei n.º 1-A/2020 foi expressa e formalmente introduzido pelo legislador um travão ao avanço da tramitação dos processos sancionatórios. Na verdade, aquando da introdução das *primeiras medidas legais* excecionais para responder à pandemia, no mencionado Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13/3, o legislador não foi além da previsão, com efeitos reportados ao dia 09.03.2020, de que uma “declaração emitida por autoridade de saúde a favor de sujeito processual, parte, seus representantes ou mandatários, que ateste a necessidade de um período de isolamento destes por eventual risco de contágio do COVID-19” valeria como *justo impedimento* da prática de atos processuais e como *justificação de falta* a diligências processuais ou de adiamento das mesmas (art. 14.º).

Mirando a realidade com os olhos de então, numa perspetiva *ex ante*, situada em cada um dos dias do período de 9 de março de 2020 a 19 de março de 2020, temos, pois, que no início de cada um desses dias nem as autoridades judiciais e administrativas nem os visados pelos processos penais e contraordenacionais deveriam poder contar com um *amparo legal* para se absterem de praticar os atos e diligências processualmente devidos. Apesar de o estado de pandemia ter sido declarado 2 dias antes³, o certo é que, no dia 13.03.2020, a avaliação do legisla-

³ A Organização Mundial da Saúde declarou a doença COVID-19 como uma pandemia no dia 11.03.2020 (www.sns.gov.pt/noticias/2020/03/11/covid-19-pandemia/).

dor foi que não se justificava paralisar os processos e os prazos. Essa ponderação não se manifestou, assim, numa abstenção de tomada de posição sobre essa possível paralisação, com o significado de que nada sendo mudado tudo continuaria na mesma. Pelo contrário, exteriorizou-se através de um instrumento legislativo que *tomou expressa posição sobre a questão*, no sentido de que, nessa data, para o tempo imediatamente vindouro, não se impunha uma suspensão generalizada da atividade processual sancionatória.

Deste modo, à data de 13.03.2020, considerando o diploma legal nesse dia publicado em Diário da República (Decreto-Lei n.º 10-A/2020), aquilo com que as autoridades judiciais, as autoridades administrativas e os particulares sujeitos de processos sancionatórios *poderiam e deveriam contar é que, no futuro imediato*, não haveria lugar a qualquer paragem processual.

III. Inaplicabilidade do art. 7.º, n.º 3, da Lei n.º 1-A/2020

Pelo que vem de se ver, entre o período de 09.03.2020 e 19.03.2020 nenhuma norma legal operou a suspensão dos processos sancionatórios e a única disposição normativa que incidiu sobre o problema afastou clara e positivamente esse cenário de suspensão. Donde, *à luz do regime legal então vigente*, nesse período os processos não estiveram suspensos, sendo possível neles realizar os atos processuais que se afigurassem devidos.

Sendo assim, não havendo então nenhum obstáculo *legal* à promoção da tramitação e sendo, precisamente por isso, legalmente admissível a prática de atos processuais pelas entidades titulares dos processos sancionatórios, a legislação posterior – designadamente, os n.ºs 1 e 6 do art. 7.º da Lei n.º 1-A/2020 – não teve o condão de apagar os atos processuais realizados entre os dias 09.03.2020 e 19.03.2020 nem de eliminar a admissibilidade legal da sua realização. Parece-nos, com efeito, inconcebível que, *a posteriori*, recuando àquele período, se possam dar como suspensos processos que, na realidade, do ponto de vista legal, o não estiveram. Pense-se, a título de exemplo, no caso de um arguido de um processo penal que visse terminar no dia 15.03.2020 o prazo para a prática de um dado ato processual: aquilo com que nessa data poderia contar é que a abstenção da prática desse ato implicaria a preclusão da sua realização em momento posterior. E se o decurso de tal prazo fosse condição para que a autoridade judiciária tomasse uma certa decisão no processo, poderia e deveria contar ainda com a possibilidade de tal decisão vir a ser proferida a partir do dia 16.03.2020.

Face a este quadro normativo, não tendo sido legalmente determinada uma paralisação processual no período de 09.03.2020 a 19.03.2020, nem sendo de admitir uma sua imposição retroativa, não está verificada a condição de que

depende a suspensão dos prazos prescricionais prevista no art. 7.º/3 da Lei n.º 1-A/2020.

Como é bom de ver, esta suspensão dos prazos de prescrição encontra-se na dependência da suspensão dos termos e prazos processuais. Não se suspendendo o processo, não há razão alguma para se suspender o prazo de prescrição do procedimento⁴. Nessa medida, tudo visto, é manifesto que a Lei n.º 1-A/2020, *ao não ter operado (retroativamente) a suspensão dos processos no período que precedeu o seu início de vigência, não determinou também a suspensão dos prazos de prescrição dos respetivos procedimentos.*

IV. Inaplicabilidade das causas gerais de suspensão da prescrição

Outro não será o resultado se, em vez do previsto no art. 7.º/3 da Lei n.º 1-A/2020, se tomarem antes em consideração as disposições legais que impõem a suspensão da prescrição do procedimento quando este não possa legalmente iniciar-se ou continuar por falta de autorização legal (art. 120.º/1/a) do CP e art. 27.º-A/1/a) do RGCO). De acordo com esta perspetiva, os prazos de prescrição dos procedimentos penais e contraordenacionais haveriam de considerar-se suspensos logo a partir do dia 09.03.2020, dado que *i)* aqueles preceitos do CP e do RGCO associam automaticamente uma suspensão da prescrição a uma suspensão do processo e *ii)* esta suspensão do processo se iniciou nesse dia 09.03.2020.

Nenhuma destas duas condições pode, porém, considerar-se verificada.

A segunda delas, vimo-lo já, será de afastar, porque a realidade é que, no período compreendido entre 09.03.2020 e 19.03.2020, não houve uma efetiva paragem dos processos *legalmente* imposta.

Além disso, nem sequer começa por colher a premissa de que o art. 120.º/1/a) do CP e o art. 27.º-A/1/a) do RGCO ditam que uma suspensão do respetivo processo implique necessária e automaticamente uma suspensão do prazo de prescrição do procedimento. Assim, mesmo que se parta da ideia, já recusada, de que houve uma suspensão (retroativa) dos processos, compreendendo o período de 09.03.2020 a 19.03.2020, nem por isso daí se seguirá uma suspensão do prazo prescricional fundada nos arts. 120.º/1/a) do CP e 27.º-A/1/a) do RGCO.

Com efeito, as causas de suspensão da prescrição previstas nestas normas não têm por trás suspensões processuais. E daí que doutrina e jurisprudência convirjam na ideia de que a suspensão do processo e a suspensão da prescrição

⁴ RUI CARDOSO/VALTER BAPTISTA, *in: Estado de Emergência – COVID-19 Implicações na Justiça*, 2.ª ed., CEJ, 2020, p. 610: “apenas poderão considerar-se suspensos os prazos de prescrição relativos a processos que se encontrem suspensos” (www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_Covid19_2Edicao.pdf).

do procedimento são institutos que, embora podendo estar relacionados, são autónomos entre si⁵.

Dada esta autonomia, a previsão, constante dos arts. 120.º/1 do CP e 27.º-A/1 do RGCO, de que a prescrição do procedimento se suspende nos “casos especialmente previstos na lei” não constitui base legal bastante para que perante uma causa legal de suspensão do processo se possa considerar que dela deriva, concomitante e imediatamente, uma suspensão da prescrição do procedimento.

De igual modo, a previsão de que a prescrição do procedimento se suspende durante o tempo em que o procedimento “não puder legalmente iniciar-se ou continuar por falta de autorização legal” (arts. 120.º/1/a do CP e 27.º-A/1/a do RGCO) não abrange as situações de paragem processual decorrentes de uma suspensão do processo estabelecida por lei. Quando se reportam a uma *autorização legal*, essas normas não se estão a referir a circunstâncias que, pela negativa, ponham um travão ao avanço do processo, como paradigmaticamente sucede nas causas de suspensão processual, mas sim a circunstâncias que, pela positiva, condicionam a admissibilidade do prosseguimento do processo, fazendo-a depender da sua verificação. É o que sucede, por exemplo, quando no processo seja visada pessoa que beneficie de imunidade cujo levantamento constitua condição para que o processo possa começar ou continuar a correr contra ela (cf. art. 157.º/2/4 e 196.º/2 da CRP)⁶.

É precisamente pelo facto de entre nós não existirem normas de carácter geral que estabeleçam a suspensão da prescrição do procedimento sempre que a lei bloqueie a marcha processual que se preveem normas *específicas* de suspensão da prescrição ligadas a *particulares* causas de suspensão do procedimento. É o caso, nomeadamente, do estatuído pelos arts. 282.º do CPP (suspensão provisória do processo), 120.º/1/c do CP (suspensão do processo decorrente da declaração contumácia – cf. art. 335.º/3 do CPP) e 33.º e 74.º do RGIT. Se, à partida, dos arts. 120.º/1/a do CP e 27.º-A/1/a do RGCO já derivasse automaticamente a suspensão da prescrição do procedimento sempre que ocorresse uma das referidas causas de suspensão do processo, qual a necessidade de estabelecer, *rectius*, de reiterar, de forma expressa, que lhes sobreviria também aquela suspensão

⁵ Acs. do TC n.ºs 110/2007 e 183/2008, e PEDRO CAEIRO, “Aplicação da lei penal no tempo e prazos de suspensão da prescrição do procedimento criminal: um ‘caso prático’”, in: Figueiredo Dias *et al.* (eds.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, I. Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 250 e s. (www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2001%20Aplica%c3%a7%c3%a3o_lei_no_tempo.pdf).

⁶ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed., Univ. Católica Editora, Lisboa, 2021, Art. 120.º, nm. 3.

do prazo prescricional? Como é fácil de intuir, a introdução, no CPP, em 1987, da suspensão da prescrição em caso de suspensão provisória do processo e no CP, em 1995, da suspensão da prescrição pelo tempo de suspensão do processo fundada na declaração de contumácia levou pressuposta a ideia, assumida *pelo próprio legislador*, de que essa suspensão da prescrição não decorreria já do previsto na alínea *a*) do n.º 1 do (atual) art. 120.º do CP⁷.

Esta pressuposição é cabalmente confirmada pelo exemplo da suspensão do processo como efeito da declaração de contumácia, no âmbito processual penal. Suspensão tida pelo Tribunal Constitucional, em Plenário, para declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, como insuscetível de fundar, por si só, na ausência de previsão legal expressa adicional, uma suspensão do prazo prescricional (Ac. n.º 183/2008). Uma conclusão que decorreu nem mais nem menos da premissa de que o conteúdo literal das disposições do n.º 1 do art. 119.º do CP de 1982, incluindo o da sua alínea *a*)⁸, não dava cobertura, no quadro das significações possíveis das palavras da lei⁹, à leitura de que a suspensão do processo na pendência da vigência da declaração de contumácia implicava necessariamente a suspensão do prazo de prescrição¹⁰. Uma leitura que o STJ, no “Assento” n.º 10/2000, adotou¹¹, mas que foi repudiada pelo Tribunal Constitucional, culminando na declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Consti-

⁷ Nesta direção, claramente, a Ata n.º 11 da Comissão de Revisão que preparou a reforma de 1995 do CP, relativa a reunião em que participaram o Senhor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, o Senhor Procurador-Geral da República Cunha Rodrigues e o Senhor Conselheiro Manso Preto – cf. *Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros, 1993, p. 104 e ss.

⁸ Recorde-se a redação desse art. 119.º/1/a) do CP de 1982 era exatamente a mesma do atual art. 120.º/1/a) do CP: “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”.

⁹ “Fórmula” que encontramos, *v. g.*, em 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., Gestlegal, Coimbra, 2019, 8.º Cap., § 22.

¹⁰ Ac. do TC n.º 183/2008: “Pode, sem dúvida, dizer-se que a declaração de contumácia era uma situação análoga às especialmente previstas no artigo 119.º do Código Penal de 1982. Mas não podem restar dúvidas de que a declaração de contumácia não foi prevista em 1982 como causa de suspensão da prescrição. O intérprete poderá dizer que tal se justificaria de um ponto de vista teleológico; o legislador poderá alterar a lei de modo a incluí-la entre as causas de suspensão da prescrição. Mas não se pode dizer que esse efeito estivesse previsto na lei. De facto, não estava”.

¹¹ *DR*, I, de 10.11.2000, p. 6319 e ss.

tuição, da norma extraída das disposições conjugadas dos arts. 119.º/1/a) do CP de 1982 e 336.º/1 do CPP de 1987 na interpretação segundo a qual a prescrição do procedimento criminal se suspende com a declaração de contumácia (Ac. n.º 183/2008).

Não há, enfim, razão alguma para que se atribua aos arts. 120.º/1/a) do CP e 27.º-A/1/a) do RGCO – com o mesmo exato conteúdo do art. 119.º/1/a) do CP de 1982 – um significado normativo que contrarie abertamente a nossa história legislativa e constitucional nesta matéria. Nessa medida, será de concluir que a suspensão processual ditada pelo art. 7.º, n.ºs 1 e 6, al. a), do art. 7.º da Lei n.º 1-A/2020 *não implicou*, do mesmo passo, por força do disposto naqueles arts. 120.º/1/a) do CP e 27.º-A/1/a) do RGCO, a suspensão dos prazos prescricionais respetivos.

Desta forma, caso se apele às normas constantes dos arts. 120.º/1/a) do CP e 27.º-A/1/a) do RGCO, em conjugação com o previsto nos n.ºs 1, 3 e 6, al. b), do art. 7.º da Lei n.º 1-A/2020, para travar o curso da prescrição entre aquelas datas, depararemos com suspensões de prazos prescricionais desprovidas de base legal, materialmente idênticas à que foi apreciada pelo Tribunal Constitucional no Ac. n.º 183/2008, em violação do princípio da legalidade criminal (art. 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP).

V. Proibição de retroatividade fundada no princípio da legalidade criminal

A supressão, na contagem daquele prazo de prescrição do procedimento, dos dias em que a mesma efetivamente correu (09.03.2020 – 19.03.2020), por apelo a normas legais entradas em vigor no dia 20.03.2020, sempre deverá, em todo o caso, considerar-se *juridicamente inadmissível*, porque *proibida pelo corolário da lei prévia do princípio da legalidade criminal*, previsto no art. 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, da Constituição, também aplicável ao domínio contraordenacional¹².

Como se advertiu anteriormente, o que aqui se tem em vista não é uma eventual violação do princípio da legalidade criminal, na sua vertente da irretroatividade, por aplicação *in malam partem* de um regime legal relativo à prescrição entrado em vigor em data posterior à da consumação da infração. O problema de retroatividade que aqui se põe é *outro e mais drástico*, prendendo-se antes com o apagamento *a posteriori* de um curso prescricional já realmente transcorrido.

O veto a este último tipo de funcionamento retroativo do art. 7.º/3 da Lei n.º 1-A/2020 e/ou do art. 7.º/1 dessa Lei n.º 1-A/2020 em conjugação com os arts.

¹² NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra Editora, Coimbra, 2016, p. 891 e ss., com amplas referências doutrinárias e jurisprudenciais.

120.º/1 do CP ou 27.º-A/1, do RGCO, *assente no princípio constitucional da legalidade criminal*, supõe a verificação de duas condições¹³: *i*) que a matéria da prescrição do procedimento, em geral, esteja vinculada ao corolário da lei prévia do princípio da legalidade; e *ii*) que o instituto da suspensão da prescrição, em particular, esteja também ele coberto por esta exigência do princípio da legalidade. Como procuraremos mostrar, estas condições devem considerar-se reunidas, concorrendo para a proibição da *retroatividade autêntica* que é inerente à eliminação da contagem da prescrição de um segmento do prazo prescricional já decorrido.

O princípio da legalidade não constitui, sem embargo, o único obstáculo possível a esta retroatividade pura e dura em sede de prescrição. Ainda que, porventura, se considere que a invocação do princípio da legalidade não tem aqui cabimento – *v. g.*, por não ser aplicável ao direito das contraordenações ou por não abranger a matéria da prescrição ou por não se opor à introdução de uma nova causa de suspensão da prescrição com relevo para o cômputo do prazo já decorrido –, sempre seria necessário assegurar a compatibilização desta aplicação retroativa com o *princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança* inscrito no *princípio do Estado de Direito* (art. 2.º da CRP). Barreira que, como também veremos, se mostra aqui, numa retroatividade desta espécie, de todo em todo inultrapassável.

1. A aplicabilidade do princípio da legalidade à prescrição do procedimento

1.1 Partindo da vigência do princípio constitucional da legalidade criminal não só no direito penal como também no direito das contraordenações, cumpre esclarecer em que termos se projeta ele sobre o instituto da prescrição do procedimento contraordenacional, em geral.

Independentemente da funda querela sobre a natureza jurídica da prescrição do procedimento, não pode esta figura escapar aos ditames do princípio da legalidade. É indiscutível que só o legislador detém competência para definir o regime jurídico da prescrição (prazos, causas de interrupção, causas de suspensão, *etc.*), sendo inadmissível a atribuição aos tribunais de uma atividade conformadora, de feição constitutiva, do seu funcionamento.

Como é sabido, na base do princípio da legalidade criminal encontram-se fundamentos de variada ordem¹⁴. Uns que transcendem o próprio direito san-

¹³ Tratando-se de questão contraordenacional, há, antes das que se referem em texto, uma condição prévia: que se considere esse princípio aplicável ao direito das contraordenações.

¹⁴ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O princípio constitucional «*nullum crimen sine lege*» e a analogia no campo das causas de justificação”, *RLJ*, 2001, n.ºs 3924 e 3925, p. 76 e s.

cionatório, estreitamente ligados ao princípio do Estado de Direito¹⁵, como a necessidade de garantir segurança jurídica no exercício do *jus puniendi*, para prevenir o arbítrio estadual no apuramento das infrações e na aplicação das sanções; a exigência de assegurar que as pessoas saibam aquilo com que podem contar, instituindo previsibilidade nas relações entre as pessoas e entre estas e o Estado¹⁶; e o interesse na preservação do princípio da separação de poderes. Na síntese de Costa Andrade: “a exigência da legalidade fez o seu aparecimento com o iluminismo, conhecendo a consagração com o triunfo do liberalismo. Que entre as suas bandeiras privilegiava a imposição do recuo, da limitação e do controlo das intervenções do poder – e particularmente da intervenção penal – na esfera do cidadão. Uma exigência que levava consigo o fim do arbítrio do juízes, a previsibilidade da sua atuação e, reflexamente, a tutela da confiança, da liberdade e da segurança”¹⁷. A par daqueles fundamentos de raiz externa, outros há que são imanentes à lógica interna do direito sancionatório, como o princípio da culpa e as finalidades preventivas adscritas às sanções¹⁸.

Este feixe de fundamentos que dão razão de ser ao princípio da legalidade criminal justificam que abranja o instituto da prescrição do procedimento criminal, atenta a sua direta e substancial incidência sobre a própria punibilidade do agente suspeito da comissão da infração¹⁹. Contendendo a prescrição do procedimento com a punição, seria intolerável e incompreensível que ficasse à margem do princípio da legalidade criminal... e à mercê somente do juízo das autoridades judiciárias. Assim o tem entendido também o nosso Tribunal Constitucional, sendo precisamente no âmbito da prescrição do procedimento criminal que encontramos uma das suas mais importantes e exemplares tomadas de posição sobre o princípio da legalidade, no Acórdão n.º 183/2008. Não se vê motivo para que as ordens de razões que fundam a aplicabilidade do princípio da legalidade ao domínio da prescrição não valham também no seio contraorde-

¹⁵ FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*³, I, 8.º Cap., § 4 e ss., e MAUNZ/DÜRIG/REMMERT, *Grundgesetz Kommentar*, Werkstand: 92. EL, C. H. Beck, München, 2020, Art. 103, Abs. 2, nm. 3.

¹⁶ Na “fórmula” alemã, o exercício do poder estadual deve ser previsível, calculável e mensurável (“die Ausübung der Staatsgewalt voraussehbar, berechenbar und meßbar sein soll”) – cf., por muitos outros, MAUNZ/DÜRIG/REMMERT, *GG Kommentar*, Art. 103, Abs. 2, nm. 3.

¹⁷ COSTA ANDRADE, “O princípio constitucional «*nullum crimen sine lege*»...”, p. 76.

¹⁸ COSTA ANDRADE, “O princípio constitucional «*nullum crimen sine lege*»...”, p. 76 e s., FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*³, I, 8.º Cap., § 5, e CLAUS ROXIN/LUÍS GRECO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen; Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.ª ed., C. H. Beck, München, 2020, § 5, nm. 22 e ss.

¹⁹ Cf., entre muitos outros, referidos *infra*, o Ac. do TC n.º 183/2008. Nesta conclusão também a jurisprudência constitucional italiana – cf., *v.g.*, as decisões da Corte Costituzionale no famoso caso Taricco (*Ordinanza* n.º 27/2017; e *Sentenza* n.º 115/2018), disponíveis em www.cortecostituzionale.it.

nacional, dado que também nele se exerce um poder punitivo estadual, suscetível de atingir a esfera pessoal e patrimonial de quem seja alvo de uma responsabilização contraordenacional.

Em suma, o instituto da prescrição do procedimento criminal entra no âmbito de aplicação do princípio da legalidade criminal; e o da prescrição do procedimento contraordenacional, por paridade de razão, também. Assim, vale aqui, por inteiro, o corolário da *lex scripta* do princípio da legalidade criminal. E valem também, naturalmente, sem reservas, as exigências de *lei certa*²⁰ e de *lei estrita*²¹ próprias do princípio da legalidade criminal.

1.2 As dúvidas sobre o alcance do princípio da legalidade criminal no âmbito do instituto da prescrição dos procedimentos criminal contraordenacional só se levantam na vertente da *lei prévia*. E mesmo aí só de forma limitada, a propósito do alargamento do curso do prazo da prescrição que (ainda) se encontre a correr, seja pela via direta da introdução e imediata aplicação de um novo prazo mais elevado, seja pela via indireta da previsão e imediata aplicação de novas causas interruptivas e suspensivas desse prazo.

É, contudo, consensual, mesmo para aqueles que admitem aquelas formas de alargamento a prazos que se encontrem em curso, que o princípio da legalidade criminal se opõe a uma “ressuscitação” de um prazo de prescrição do procedimento já integralmente consumado mediante aplicação de um novo regime legal entrado em vigor após a ocorrência da prescrição. Essa *retroatividade extrema* – na Alemanha designada “große Rückwirkung”²² – é repudiada inclusivamente pela doutrina²³ e jurisprudência²⁴ que, partindo de uma conceção processual ou mista da prescrição do procedimento, admitem o alargamento, direto ou indireto, de prazos de prescrição ainda em aberto.

Nos sistemas de direito continental que nos são próximos, as objeções à extensão do corolário da lei prévia à prescrição do procedimento proveem essencialmente da doutrina e jurisprudência alemãs, a partir de uma sua conceção exclusiva ou eminentemente processual, que se tornou dominante (só)

²⁰ Fundamental, a mencionada *Ordinanza* n.º 27/2017 do TC italiano.

²¹ Acs. do TC n.ºs 205/1999 (8.), 285/1999 (10.), 110/2007 e 183/2008.

²² KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN/SALIGER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 5.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2017, antes do § 78, nm. 9.

²³ Por todos, ROXIN/GRECO, *AT*⁵ § 5, nm. 60.

²⁴ Ac. do TC Federal alemão de 26.02.1969, *in: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, n.º 25, p. 287.

após a II Guerra Mundial²⁵, sobretudo motivada pelo propósito de viabilizar a perseguição penal de crimes cometidos naquela Guerra nas décadas que se lhe seguiram²⁶. Ponto de vista que acabou por se repercutir sobre a discussão do tema noutras paragens, levando a que, por exemplo, entre nós, em Itália e em Espanha, justamente para garantir a aplicabilidade do corolário da lei prévia à prescrição do procedimento, se haja procurado um afastamento da perspetiva alemã, estabelecendo uma demarcação a montante, logo no plano da natureza jurídica da prescrição. Intencionalidade que levou, nestes países latinos muito influenciados pela dogmática alemã, à predominância das teses da natureza material ou híbrida (substantiva e processual) da prescrição do procedimento. Claro que já antes, de há muito, havia uma larga preferência por uma categorização não (exclusivamente) processual da prescrição – levando a que, por exemplo, em Itália, onde a tese substantiva é muito marcada, se fale não em prescrição do procedimento, mas antes em prescrição do crime (*prescrizione del reato*)²⁷. Mas a posição processual que passou a dominar a experiência alemã levou, nos outros lados, nem mais nem menos do que a um reforço das teses opostas. Isto, como se disse, para que se não pusesse em causa a proibição de atribuição de efeitos retroativos *in malam partem* a normas relativas à prescrição do procedimento.

Não cremos, porém, no quadro do nosso ordenamento, que a discussão deste problema haja de passar necessária e fundamentalmente pelo caminho traçado na Alemanha, que, reduzido ao essencial, corresponde a este silogismo: o princípio da legalidade criminal não abrange a matéria processual; a prescrição do procedimento criminal é um instituto de natureza processual; logo, o alargamento do prazo de prescrição por uma lei posterior ao facto não é proibido pelo princípio da legalidade.

1.3 Para esse distanciamento concorrerá, desde logo, a ideia – sublinhada não só na doutrina nacional²⁸, como também na alemã²⁹ – de que é inadequado

²⁵ HANS-HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1988, p. 812.

²⁶ MARGARETH HELFER, “La prescrizione del reato: quali rapporti tra diritto e tempo in Germania, in Austria e, di recente, in Italia?”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 11/2017, p. 109 (www.penalecontemporaneo.it/upload/9477-helfer1117.pdf).

²⁷ Cf. GIORGIO MARINUCCI/EMILIO DOLCINI/GIAN LUIGI GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 9.ª ed., Giuffrè, Milano, 2020, IX, 6.4.

²⁸ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 347 e ss., e PEDRO CAEIRO, “Aplicação da lei penal no tempo...”, p. 243 e s.

²⁹ SCHÖNKE/SCHRÖDER/HECKER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30.ª ed., C. H. Beck, München, 2019, § 2, nm. 6.

e redutor tratar e decidir esta questão da retroatividade no âmbito da prescrição simplesmente com base numa contraposição tão incerta e controversa como é a da sua natureza processual e/ou substantiva. A qual, ainda para mais, é alimentada sobretudo por um propósito de decidir a questão da retroatividade³⁰, num círculo vicioso: no fundo, não é a (in)admissibilidade da retroatividade que é decidida pela natureza da prescrição; mas é antes a intenção de autorizar ou de proibir a retroatividade que acaba por condicionar e decidir a natureza processual ou substantiva atribuída à prescrição; invocando-se depois essa natureza como razão para afirmar ou rejeitar a retroatividade.

1.4 O afastamento do paradigma alemão – o mesmo é dizer, da tese processual – é ainda ditado por uma compreensão do alcance do princípio da legalidade criminal que faz curso na doutrina e jurisprudência nacionais substancialmente distinta daquela que prevalece no quadro alemão.

Na experiência alemã, como se referiu, é maioritariamente sustentada a ideia de que o princípio da legalidade criminal não abrange o domínio processual penal. Nessa medida, não só se aceita a retroatividade no âmbito de institutos como a prescrição ou a queixa, como até se admite o recurso à analogia *in malam partem* para suprir lacunas da lei processual³¹. Tudo isto com fundamento na ideia de que se trata de matérias substancialmente alheias ao facto e à sanção aplicáveis³² e em relação às quais não há expectativas que devam merecer a tutela jurídica oferecida pelo princípio da legalidade³³. Para o que se tem ainda em conta a letra do preceito constitucional (Art. 103, n.º 2, da *Grundgesetz*) que exprime o princípio da legalidade e os trabalhos parlamentares que conduziram à sua aprovação³⁴.

É outro, porém, o conteúdo que face ao art. 29.º da Constituição da República Portuguesa deve ser atribuído ao princípio da legalidade criminal no sistema jurídico nacional. Na lição de Figueiredo Dias, “constituindo o princípio da legalidade (...) a mais sólida garantia das pessoas contra possíveis arbítrios do

³⁰ Assumindo-o expressamente, A. CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, 1968, p. 71 e s.: “O sentido desta justificação [do princípio da legalidade] dar-nos-á também, em terceiro lugar, o critério por que se deverá, no problema em causa, decidir a qualificação (como material ou processual) de alguns institutos mistos, de efeitos simultaneamente materiais e processuais. Assim: 1) a prescrição (fundamento de exclusão da pena e pressuposto processual) (...)”.

³¹ ROXIN/GRECO, *AT*⁵ § 5, nm. 43.

³² *BVerfGE*, n.º 25, p. 284.

³³ *BVerfGE*, n.º 25, p. 290 e s.

³⁴ *BVerfGE*, n.º 25, p. 287 e ss.

Estado, não se vê porque não haja ele de estender-se, na medida imposta pelo seu conteúdo de sentido, ao processo penal, cuja regulamentação pode a todo o momento pôr em grave risco a liberdade das pessoas; e não era outra a doutrina claramente inscrita no § 10.º do artigo 145.º da Carta Constitucional de 1826, no n. 21.º do artigo 3.º da Constituição Política de 1911 e no n.º 9 do artigo 8.º da Constituição Política de 1933. Razões históricas e teleológicas dão-se pois as mãos para convencer que, quando o artigo 29.º, n.º 1, da atual CRP refere o princípio da legalidade à exigência de se não ser «sentenciado criminalmente», quer aplicá-lo tanto ao direito penal como ao direito processual penal, não obstante a limitação ao primeiro sugerida pelo restante legal”³⁵.

Esta perspectiva foi já inteira e expressamente acolhida pelo nosso Tribunal Constitucional, em Plenário, no Acórdão n.º 324/2013, tendo culminado num julgamento de inconstitucionalidade de uma norma processual penal, relativa ao segundo grau de recurso, por violação do princípio da legalidade em matéria criminal, no caso por ofensa ao corolário da *lei estrita*³⁶.

Na nossa jurisprudência constitucional, o alcance do princípio da legalidade criminal no campo processual penal não se circunscreve, porém, apenas ao plano da lei estrita, abrangendo igualmente o plano da *lei prévia*, nomeadamente, quando em causa estejam normas de cariz processual que contendam com a própria punição do agente: “A subordinação às regras do artigo 29.º, da C.R.P., das situações de sucessão no tempo de normas de processo que condicionam a responsabilidade penal resulta duma simples operação de subsunção, uma vez que elas se inserem claramente no âmbito de previsão daquele preceito constitucional, atenta a sua influência direta na punição criminal”³⁷.

Esta compreensão vai ao encontro de um sólido lastro doutrinal, remontando ao tempo do CPP de 1929³⁸ e na atualidade desenvolvido sobretudo

³⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Universidade de Coimbra, 1988-9, p. 68 e s. E já antes, neste sentido, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1974, p. 112.

³⁶ Nesta direção, igualmente, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/NUNO BRANDÃO, “Irrecorribilidade para o STJ: redução teleológica permitida ou analogia proibida? Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de fevereiro de 2009”, *RPCC*, 2010, n.º 4, p. 639 e ss.

³⁷ Ac. do TC n.º 247/2009. Adotando igualmente o princípio da legalidade criminal como parâmetro de constitucionalidade de normas processuais penais, os Acs. do TC n.ºs 551/2009 e 645/2009.

³⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1974, p. 112: “importa que a aplicação da lei processual penal a atos ou situações que decorrem na sua vigência, mas se ligam a uma infração cometida no domínio da lei processual antiga, não contrarie nunca o conteúdo da garantia conferida pelo princípio da legalidade. Daqui resultará que não deve aplicar-se a nova lei processual penal a um ato ou situação processual que ocorra em processo pendente ou derive de um crime cometido no domínio da lei antiga, sempre que da nova lei resulte um agravamento da posição processual do arguido ou, em particular, uma

por A. Taipa de Carvalho³⁹, que amarra o princípio da legalidade criminal às chamadas *normas processuais materiais*, as que se prendem com o *se* da punição do agente, por contraposição às chamadas normas processuais formais, as que se ligam somente ao *modo* de punição do agente. Uma contraposição, ligada à vertente da lei prévia do princípio da legalidade, que encontramos também na jurisprudência do nosso Supremo Tribunal de Justiça, no âmbito de fixação de jurisprudência relativa à sucessão de leis processuais penais: “há que distinguir entre a sucessão de normas processuais *proprio sensu* e as normas processuais materiais. Estas regulam espaços que têm que ver ainda com a dignidade penal do facto e com a dicotomia axiológica «lícito-ilícito», e não com a «admissibilidade-inadmissibilidade» dos atos, assumindo, por isso, uma dimensão material que as sujeita ao princípio da legalidade e da conseqüente proibição de aplicação retroativa (pela referência à data do facto) de lei menos favorável”⁴⁰.

1.5 Aqui chegados, diante desta *larga amplitude substantiva e processual* que no ordenamento jurídico nacional deve ser reconhecida ao princípio da legalidade criminal, compreende-se que a qualificação da prescrição do procedimento como um instituto de natureza substantiva ou processual esteja longe de ser decisiva para a questão da aplicação de novas normas legais que retardem a conclusão do prazo prescricional relativo a uma infração consumada antes da sua entrada em vigor.

Ainda que se enverede por uma conceção acentuadamente processual da prescrição, tal não tem necessariamente de abrir caminho a uma tal aplicação retroativa. Uma autonomia que, aliás, foi já expressamente reconhecida pelo nosso Tribunal Constitucional: “independentemente do tratamento das relações entre a prescrição e o princípio da legalidade num plano classificatório, uma construção dogmática implantada nos fundamentos específicos da prescrição independentemente da sua natureza penal ou processual penal justifica o instituto por razões de necessidade da pena em conjugação com uma lógica de controlo do poder punitivo do Estado (cf. Fernanda Palma, “Princípio da aplicação retroativa da lei (penal) mais favorável e alteração de prazos prescricionais no direito de mera ordenação social”, em Revista Fisco, n.º 34, 1991). Com efeito, não é só a desnecessidade da pena que o decurso do tempo implica, quando o facto já foi assimilado ou esquecido pela sociedade, mas também uma

limitação do seu direito de defesa”. Cf. ainda CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, p. 71 e s.

³⁹ TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*³, p. 351 e ss.

⁴⁰ Ac. do STJ n.º 4/2009, DR, I, de 19.03.2009, p. 1755.

responsabilização do Estado pela inércia ou incapacidade para realizar a aplicação do Direito no caso concreto”⁴¹.

Feita esta prevenção, importa, ainda assim, dar nota – breve, atenta a sua não indispensabilidade para a solução do problema que temos em mãos – sobre a natureza que a prescrição do procedimento sancionatório (penal e contraordenacional) assume no sistema jurídico nacional.

2. Os fundamentos e a natureza da prescrição do procedimento

2.1 Como as linhas anteriores já sugerem, o debate sobre o instituto da prescrição penal é sobretudo marcado pelos seus imediatos pontos de contacto quer com a esfera criminal substantiva quer com a esfera processual penal. Podendo colher a sua fundamentação em razões que se prendem tanto com um domínio como com o outro e podendo repercutir os seus efeitos tanto no plano da responsabilização criminal, como no da perseguição penal, a prescrição é um “instituto ambíguo”⁴². E por isso acaba por ser um campo propício à profusão das mais diversas teses sobre a sua razão de ser, a sua teleologia e a sua natureza.

Para sustentar a prescrição do procedimento são invocados motivos da mais variada ordem.

Uns ligados ao *processo*: o decurso do tempo pode levar à perda de provas e à erosão da memória daqueles que devam depor no processo, fazendo assim perigar a finalidade processual de descoberta da verdade material e potenciando os riscos de erro judiciário e de condenação de inocentes.

Outros ligados ao *crime*: com o correr do tempo esbate-se e pode acabar por desaparecer a memória da infração e, do mesmo passo, o alarme e a perturbação sociais que sobrevieram à sua comissão, deixando de se justificar uma intervenção sancionatória⁴³, no que vai implícita uma conceção do tempo da prescrição como um *tempo de esquecimento*⁴⁴ e o facto prescrito como uma coisa do passado, da “competência” dos historiadores e já não dos tribunais⁴⁵.

⁴¹ Ac. do TC n.º 205/1999.

⁴² DOMENICO PULITANÒ, “Il nodo della prescrizione”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2015, p. 21 (https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/pulitano_1_15.pdf).

⁴³ RAMON RAGUÉS I VALLÈS, “Il passaggio del tempo e la responsabilità penale”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2018, p. 214 e ss. (<https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/ragues.pdf>).

⁴⁴ O “tempo dell’oblio” de que fala insistentemente a doutrina italiana – cf., v. g., DOMENICO PULITANÒ, “Il nodo della prescrizione”, p. 21.

⁴⁵ Paul Bockelmann, *apud* RAMON RAGUÉS I VALLÈS, “Il passaggio del tempo e la responsabilità penale”, p. 215.

Outros ainda relacionados com a *sanção*, designadamente, com as suas finalidades preventivas: “a ideia do «tempo de esquecimento» tem um fundamento sólido no horizonte constitucional da pena, ocorrendo, em regra, uma atenuação das necessidades de *prevenção geral* à medida que se atenua a memória do crime cometido”⁴⁶, admitindo-se, pois, que se se deixar passar a infração sem resposta sancionatória num tempo cômputo possa bem suceder que, entretanto, se frustrar de vez a possibilidade de repor a confiança comunitária na validade da norma violada; havendo ainda o risco, com o avançar do tempo, de a sanção, uma vez aplicada, já não contribuir para prevenir a reincidência do infrator, porque entretanto a perigosidade do agente se esvaneceu por outros meios, ou acabar por incidir sobre alguém que já não é propriamente a mesma pessoa que cometeu a infração *in illo tempore*, deixando então a sanção de fazer sentido do ponto de vista da *prevenção especial*.

Outros que têm que ver com *direitos fundamentais do arguido*⁴⁷, como seja o direito à *paz jurídica*⁴⁸, correspondendo a um “direito a ser deixado em paz, a não ser perseguido toda a vida por erros cometidos no passado e a poder, assim, virar a página”⁴⁹, que se liga ao direito fundamental a um processo que não ultrapasse um tempo razoável⁵⁰.

E, por fim, motivos de *política criminal*, relacionados com o interesse numa eficiente afetação dos escassos recursos humanos e materiais do sistema de justiça: decorrido um longo tempo sobre a consumação da infração sem que a máquina judiciária logre concluir o respetivo processo, será preferível deixar cair esse caso para assim dar prioridade ao processamento de infrações mais recentes, que tendem a estar mais presentes na memória coletiva e a reclamar mais intensamente uma resposta punitiva. Razão esta que tende a agudizar-se nas infrações bagatelares⁵¹ e que contribui para a prática de graduar os prazos de prescrição em função dos limites abstratos das sanções aplicáveis à infração.

⁴⁶ FRANCESCO VIGANÒ, “Riflessioni *de lege lata e ferenda* su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 3/2013, p. 26 (https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Trim_3_2013-24-48.pdf). Perfilhando esta ideia, pela generalidade da doutrina alemã, MITSCH, *in*: Joecks/Miebach (orgs.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4.ª ed., C. H. Beck, München, 2020, § 78, nm. 3.

⁴⁷ Referindo-se a estes fundamentos, RAMON RAGUÉS I VALLÈS, “Il passaggio del tempo e la responsabilità penale”, p. 211.

⁴⁸ JOSÉ DE FARIA COSTA, “O Direito Penal e o tempo”, *BFDUC, Volume Comemorativo do 75 anos do BFD*, 2003, p. 1159 e ss.

⁴⁹ FRANCESCO VIGANÒ, “Riflessioni *de lege lata e ferenda* su prescrizione...”, p. 26.

⁵⁰ FRANCESCO VIGANÒ, “Riflessioni *de lege lata e ferenda* su prescrizione...”, p. 27.

⁵¹ DOMENICO PULITANÒ, “Il nodo della prescrizione”, p. 23.

Como se vê, são numerosas as razões que podem estar por trás da prescrição do procedimento. Nenhuma delas escapa a críticas e refutações⁵² e nenhuma, por si só, é suficiente para, em absoluto, justificar e legitimar a prescrição: “o mosaico dos interesses e das expectativas que o tempo faz emergir ou, na inversa, faz frustrar, dificilmente pode ser reconduzido a um desenho homogêneo. Por esta razão, é tremendamente difícil, senão mesmo impossível, enuclear, entre tantas propostas, uma *ratio* que seja idónea a exprimir, com maior força do que a de outras, a funcionalidade e a essência do fenómeno prescricional”⁵³.

2.2 Boa parte dos fundamentos da prescrição ora recenseados, sobretudo os de índole substantiva relacionados com as finalidades das sanções e com o interesse no restabelecimento da paz jurídica do suspeito, vêm sendo invocados pela doutrina e jurisprudência nacionais para legitimar o instituto da prescrição do procedimento, não só no âmbito penal, como também, em parte, no âmbito contraordenacional.

A posição de referência nesta matéria é a de Figueiredo Dias, que, no domínio penal – seguindo de perto o pensamento de Jescheck, um das vozes mais destacadas na defesa da natureza híbrida, substantiva e processual, da prescrição⁵⁴ –, aduz como principais justificações para a prescrição as mencionadas “exigências político-criminais claramente ancoradas na teoria das finalidades das sanções criminais e correspondentes, além do mais, à consciência jurídica comunitária”⁵⁵, concretamente os efeitos do tempo sobre a censura comunitária e as exigências de prevenção especial e de prevenção geral positiva. O que leva Figueiredo Dias a integrar a prescrição do procedimento no campo das consequências jurídicas do crime, concluindo que “o período de tempo decorrido sobre a prática do facto o torna não carenciado de punição”⁵⁶, constituindo, por isso, “uma causa de afastamento da punição”⁵⁷.

⁵² Cf., de forma desenvolvida, MARTIN ASHOLT, *Verjährung im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, p. 91 e ss., e RAMON RAGUÈS Y VALLÈS, *La Prescripción Penal: Fundamento y Aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 24 e ss.

⁵³ SIMONA SILVANI, *Il Giudizio del Tempo. Uno Studio sulla Prescrizione del Reato*, il Mulino, Bologna, 2009, p. 53.

⁵⁴ JESCHECK, *AT*⁴, p. 812. e s.

⁵⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. Parte Geral, II: As Consequências Jurídicas do Crime*, *Æquitas*/Editorial Notícias, Lisboa, 1993, § 1125, citado pelos Acs. do TC n.ºs 483/2002, 445/2012 e 297/2016

⁵⁶ FIGUEIREDO DIAS, *DP*, II, § 1129.

⁵⁷ FIGUEIREDO DIAS, *DP*, II, § 1129, acrescentando que, “nessa medida, possui ela [a prescrição do procedimento] uma natureza indiscutivelmente substantiva”.

Nesta esteira, o Supremo Tribunal de Justiça tem reiteradamente entendido, *em sede contraordenacional*, numa justificada consideração conjunta da prescrição penal e contraordenacional, para fixação de jurisprudência, que se deverá aqui apelar à ideia de “paz dos cidadãos” (Ac. do STJ n.º 6/2001)⁵⁸ e de frustração dos fins das penas (Ac. do STJ n.º 11/2005)⁵⁹.

E para o Tribunal Constitucional “existem razões, constitucionalmente fundadas, decorrentes da ideia de certeza e de paz jurídica, do estado de direito democrático e do progressivo esbatimento da necessidade de perseguição penal com o decurso do tempo, à luz dos fins que tal perseguição serve, bem como das próprias garantias de defesa dos arguidos, que levam à consagração de um instituto como aquele” (Ac. do TC n.º 483/2002, em matéria criminal), mais considerando “que estes valores têm assento constitucional e reclamam, por si, que o citado instituto tenha de ser visto com um próprio valor constitucional para o comum dos ilícitos” (Ac. do TC n.º 483/2002). Considerações estas que o Tribunal Constitucional, no Ac. n.º 297/2016, entendeu extensíveis à área das contraordenações⁶⁰, ressaltando apenas, atendendo à contraposição substancial estabelecida “entre os domínios sancionatórios penal e contraordenacional e os ilícitos penais e contraordenacionais”, as que se prendem com a “previsão de um prazo de prescrição enquanto instrumento da paz social numa perspetiva comunitária e também individual”⁶¹.

Há, enfim, entre nós, um *mínimo* e sólido denominador comum, que partilhemos, no sentido de que as normas legais relativas à prescrição do procedimento se justificam e legitimam pelo efeito desgastante do tempo sobre a *necessidade da punição*, quer penal quer contraordenacional. Uma fundamentação com inequívoco estatuto constitucional, incluindo no plano contraordenacional. Pois que também as sanções contraordenacionais prosseguem finalidades de natureza preventiva⁶².

2.3 Sendo a necessidade da punição erigida a fundamento, constitucionalmente relevante, da prescrição do procedimento criminal e da prescrição do procedimento contraordenacional, impõe-se a sua qualificação como um insti-

⁵⁸ DR, I, de 30.03.2001, p. 1843 e s.

⁵⁹ DR, I, de 19.12.2005, p. 7123: “Traduzindo-se a prescrição do procedimento criminal na renúncia do Estado ao direito de punir, condicionada pelo decurso de um determinado lapso temporal, cuja razão de ser se situa na não realização do fim das penas (...)”.

⁶⁰ DR, II, de 09.06.2016, p. 18.460.

⁶¹ DR, II, de 09.06.2016, p. 18.460 e s.

⁶² NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações*, p. 831.

tuto (pelo menos, parcialmente) de *natureza substantiva*. Com efeito, assentando a prescrição em razões de ordem substantiva, como são as que se referem à necessidade preventiva da sanção, não pode a mesma, bem como as normas que a regulam deixarem de considerar-se como materialmente penais ou contraordenacionais, independentemente do estatuto processual que porventura lhes seja também legalmente conferido⁶³.

Esta posição entronca na ideia de que para responder à questão sobre a natureza jurídica da prescrição será necessário perscrutar, por um lado, o teor da sua *fundamentação* e, por outro lado, o jaez do seu *efeito extintivo*⁶⁴. Assim, se a sua *ratio* for de índole eminentemente substantiva e o seu efeito também, determinando, por exemplo, o não preenchimento do tipo legal (por falta de dignidade penal) ou a exclusão da sanção (por inexistir necessidade de pena), a prescrição tende a ser qualificada como um *instituto de natureza exclusivamente material*, correspondendo a uma verdadeira e própria *prescrição da infração*. Se, pelo contrário, vendo agora as coisas a partir do polo diametralmente oposto, as razões que lhe subjazem forem essencialmente processuais e, como tal, for também exclusivamente processual o efeito que acarreta, constituindo não mais do que um obstáculo ao prosseguimento do processo, será óbvia a sua configuração como um *instituto puramente processual*. Se, por último, se fundamentar a prescrição em motivos de direito substantivo, mas atribuindo-lhe um efeito de cariz processual, o de obstáculo de procedibilidade, caímos numa *via di mezzo*, entre aquelas duas correntes, a da *conceção mista ou híbrida*.

Neste quadro categorial, sendo a prescrição do procedimento sustentada, no nosso ordenamento sancionatório, na base da falta de necessidade da punição, fica, sem mais, afastada a possibilidade de a conceber como um instituto meramente processual. Mas isso não será suficiente para, pelo contrário, lhe adscrever uma natureza plenamente substantiva, sendo ainda necessário indagar qual a consequência que advém do seu acionamento. Neste último plano, relativo ao efeito da prescrição do procedimento, tem prevalecido entre nós a ideia, também ela afirmada por Figueiredo Dias, de que “a sua caracterização como pressuposto processual negativo («obstáculo processual») é pouco menos que indiscutível. Uma vez verificada a prescrição do procedimento, é exato que a consequência deve, em correta técnica jurídica, traduzir-se no arquivamento do processo, não na absolvição do arguido”⁶⁵. E é assim que, conjugando a natureza

⁶³ ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, “Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Einführung der Unverjährbarkeit des Mordes”, *ZStW*, vol. 91, n.º 4, 1979, p. 890.

⁶⁴ MARGARETH HELFER, “La prescrizione del reato...”, p. 107 e ss.

⁶⁵ FIGUEIREDO DIAS, *DP*, II, § 1128.

material da fundamentação com a natureza processual do efeito, se chega então à natureza mista, material-processual, da prescrição do procedimento. Uma concepção que, há décadas, vem colhendo a adesão da generalidade da nossa doutrina e jurisprudência, constitucional e comum.

3. A natureza do instituto da suspensão da prescrição do procedimento

3.1 Este carácter híbrido da prescrição do procedimento leva a que se questione a própria natureza das normas legais que conformam o seu regime, incluindo as relativas à suspensão do prazo de prescrição do procedimento.

Como acabamos de ver, o entono processual que no nosso ordenamento é conferido à prescrição do procedimento refere-se não à sua fundamentação, mas à vertente da sua incidência (processual). Logo por aqui vai sugerida a ideia de que *só deterão relevo processual* as questões, normativas ou decisórias, que se encontrem imediatamente associadas à prescrição no âmbito da produção dos seus efeitos. Por exemplo, no contexto penal, como vimos ser defendido por Figueiredo Dias, uma decisão que ponha termo ao processo com fundamento na prescrição do procedimento assume natureza processual, dada a qualificação da prescrição como obstáculo processual ao conhecimento do mérito da causa, pelo que não deverá assumir a forma de sentença de absolvição, mas antes de decisão de arquivamento. Também por isso, tal decisão deve ser enquadrada, no inquérito, na parte final do n.º 1 do art. 277.º do CPP (“ser legalmente inadmissível o procedimento”); e na instrução, no n.º 3 do art. 308.º do CPP. E o mesmo se diga no âmbito do processo contraordenacional: suscitando-se a questão da prescrição do procedimento, aquando da chegada do processo ao tribunal competente para julgar a impugnação judicial, deverá ela ser conhecida logo no saneamento do processo que deverá ter lugar imediatamente após o exame preliminar a que se refere o art. 63.º do RGCO⁶⁶.

Nada disto, porém, assume significado para a determinação da natureza substantiva ou processual das *normas* que regem a sua *ativação*. Para esse efeito, como mostra a nossa profusa jurisprudência constitucional nesta matéria⁶⁷, é igualmente irrelevante a natureza dos pressupostos e circunstâncias de que depende a consumação da prescrição, uns associados ao direito substantivo⁶⁸ e

⁶⁶ NUNO BRANDÃO, “O controlo judicial da decisão administrativa condenatória manifestamente infundada no processo contra-ordenacional”, *BFDUC*, Vol. XCIV, 2018, I, p. 327 e ss. (<https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1604>).

⁶⁷ Acs. do TC n.º 205/1999, 285/1999, 122/2000, 412/2003, 110/2007 e 183/2008.

⁶⁸ Ilustrando a ideia com um lugar paralelo: nunca se pôs em causa a natureza processual da determinação da competência material do tribunal de julgamento penal pelo facto de estar vinculada a

outros ao direito processual. O que verdadeiramente importa é a conexão das normas que *imediatamente* condicionam a verificação da prescrição com a fundamentação que a sustenta. Na medida em que relevem, de forma direta, para a contagem do tempo que poderá mediar entre o perfeccionamento da infração e a infligção da punição, relevando assim, do mesmo passo, para a ponderação da subsistência da carência de sancionamento, tais normas assumirão um cunho material. Normas que estabeleçam o tempo de esquecimento, o apaguem ou o coloquem em pausa exprimem a valoração do legislador sobre a necessidade da punição. E, como tal, dizem respeito ao *se* e não apenas ao *como* da punição, apresentando-se como normas de direito substantivo. É o caso, nomeadamente, das que determinam o próprio prazo da prescrição do procedimento, das que definem o seu termo inicial⁶⁹, das que estabelecem a sua interrupção⁷⁰ e das que preveem a sua suspensão.

Assim, dado que incidem diretamente sobre a questão da punição do agente, todas estas dimensões da prescrição e as normas que as conformam devem receber a tutela do princípio da legalidade criminal, por ser manifesto que quanto a elas se fazem sentir as necessidades de garantir segurança jurídica no exercício do *jus puniendi*, de proteger a confiança das pessoas e de prevenir o arbítrio estadual que dão razão de ser ao *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

3.2 Além de consensualmente aceite pela doutrina⁷¹, a *natureza material* do *instituto da suspensão da prescrição do procedimento* foi reiteradamente afirmada pelo nosso Tribunal Constitucional, a propósito da jurisprudência fixada no “Assento” n.º 10/2000 do STJ, tendo estado na base da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral constante do Ac. n.º 183/2008 a que aludimos supra.

Este reconhecimento do carácter substantivo da suspensão da prescrição do procedimento e da sua concomitante submissão aos ditames do princípio da legalidade criminal radicou na ideia de que “não há qualquer justificação para considerar abrangidas no âmbito do princípio da legalidade criminal as normas relativas à *interrupção da prescrição* e não considerar também as normas relativas

normas de direito substantivo como são as que se referem ao limite máximo da moldura legal da pena aplicável (arts. 13.º, 14.º e 16.º do CPP).

⁶⁹ Cf. os Acs. do TC n.ºs 483/2002 e 90/2019.

⁷⁰ Cf., entre muitos outros, os Acs. do TC n.º 205/1999, 285/1999, 122/2000 e 412/2003.

⁷¹ V. g., TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*³, p. 379, e PEDRO CAEIRO, “Aplicação da lei penal no tempo...”, pp. 244 e 251, considerando as normas relativas à suspensão do procedimento como normas processuais materiais.

à *suspensão da prescrição*⁷², pois “em ambos os casos, as regras que se inserem no mesmo instituto funcionam contra o mesmo destinatário, o arguido e em semelhante medida” e a suspensão pode, inclusivamente, ser mais gravosa para o arguido que a interrupção, dado que pode não conhecer qualquer limitação temporal.

No seu Ac. n.º 183/2008, o Tribunal Constitucional acrescentou ainda – fundamentadamente, para mostrar a autonomia recíproca da suspensão do processo (no caso, ditada pela contumácia) e da suspensão da prescrição – que, no nosso ordenamento penal, são diversos os casos de suspensão da prescrição dissociados de uma suspensão do processo e que não há nenhuma cláusula legal de natureza geral que estabeleça a suspensão da prescrição como decorrência imediata da ocorrência de uma causa de suspensão do processo⁷³. Por isso mesmo, aliás, ao contrário do que sucede noutros ordenamentos⁷⁴, onde uma tal cláusula é prevista, sempre que se pretende associar uma suspensão da prescrição a uma suspensão do processo é necessário prevê-lo expressamente. Como vimos *supra*, são várias as normas legais que dão corpo a esta dessintonia entre a suspensão da prescrição do procedimento e a suspensão do processo, por a primeira prescindir da segunda: *v. g.*, o art. 120.º, n.º 1, als. *b)* e *e)*, do CP; o art. 27.º-A, n.º 1, als. *b)* e *c)* do RGCO; e o art. 418.º, n.º 2, do CVM.

Ora, quando a suspensão da prescrição do procedimento não se deva a uma qualquer suspensão do processo legalmente imposta, o que materialmente sucede é uma elevação do prazo de prescrição do procedimento pelo tempo que a suspensão prescricional perdurar. Na verdade, impondo-se uma pausa na contagem da prescrição do procedimento sem que haja um bloqueio, legalmente determinado, ao avanço da tramitação do processo, na prática então o que ocorre é a concessão ao Estado de um tempo adicional para a conclusão do processo que se soma ao prazo da prescrição. É manifesto que uma tal elevação do período do tempo de esquecimento se imbrica na valoração legislativa da necessidade da punição, ligando-se, precisamente por isso, ao direito substantivo. Tudo o que justifica a sua sujeição à incidência do princípio da legalidade criminal, incluindo na sua vertente da proibição de retroatividade.

Esta mesma conclusão, de *sujeição do instituto da suspensão do procedimento ao princípio da legalidade criminal* e ao seu *corolário de irretroatividade*, é acolhida sem reservas pela generalidade da doutrina e jurisprudência nacionais, não raro

⁷² Ac. do TC n.º 183/2008.

⁷³ Uma contraposição acentuada também por PEDRO CAEIRO, “Aplicação da lei penal no tempo...”, p. 250 e s.

⁷⁴ Cf., *v. g.*, o § 78, (1.), 2. do CP alemão; e o art. 159.º/1 do CP italiano.

até à margem de um enquadramento do problema na mencionada dicotomia direito material/direito processual. É o caso de todos aqueles que configuram as normas da prescrição do procedimento, incluindo as relativas à sua suspensão, como normas processuais materiais, dada a sua direta relevância para a questão da punição do agente⁷⁵. E ainda também daqueles que justificam a prescrição “por razões de necessidade da pena em conjugação com uma lógica de controlo do poder punitivo do Estado”⁷⁶, considerando que as normas que dilatam os prazos de prescrição do procedimento “revelam uma alteração da necessidade de punir e uma intensificação da dignidade punitiva comparativamente com a vigente no momento da prática do crime”⁷⁷ e assim concluindo que “a aplicação imediata do prazo prescricional revelaria, deste modo, uma apreciação, à luz do presente, da necessidade de punição de um crime praticado no passado”⁷⁸.

4. Projeção da vertente da irretroatividade do princípio da legalidade sobre a suspensão da prescrição

Sejam quais forem os caminhos que se trilhem para a caracterização da prescrição do procedimento e da sua suspensão, uma conclusão sobra enfim como unívoca: no nosso sistema sancionatório, a suspensão da prescrição do procedimento criminal e a suspensão da prescrição do procedimento contraordenacional estão abrangidas pelo âmbito de aplicação da proibição de retroatividade inerente ao princípio da legalidade criminal previsto no art. 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP.

Entendendo-se que da conjugação do disposto nos n.ºs 1, 3 e 6, al. b), do art. 7.º da Lei n.º 1-A/2020, no art. 10.º da Lei n.º 1-A/2020 e no art. 6.º/2 da Lei n.º 4-A/2020 resultaram normas que determinaram a suspensão da prescrição dos procedimentos penais e contraordenacionais num período que precedeu o início de vigência daquela Lei n.º 1-A/2020 – o que mediou entre o dia 09.03.2020 e o dia 19.03.2020 –, incidindo então sobre dias em que o prazo de prescrição havia já corrido, é indiscutível que tal projeção representa uma *aplicação retroativa daquelas normas*.

⁷⁵ TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*³, p. 382 e ss., e PEDRO CAEIRO, “Aplicação da lei penal no tempo...”, p. 242 e ss., e Ac. do TC n.º 247/2009. Cf. ainda, nesta direção, FIGUEIREDO DIAS, *DP*, II, §§ 1128 e 1135

⁷⁶ Ac. do TC n.º 205/1999.

⁷⁷ 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*, 4.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2019, p. 168.

⁷⁸ *Idem, ibidem*.

Depararemos igualmente com um cenário de *retroatividade* no caso de se percorrer uma outra via para se chegar a esse mesmo resultado de dar como não abrangidos pela prescrição dias em que o prazo havia já corrido: primeiro, fazendo retroagir a suspensão do processo àquele período de 09.03.2020 a 19.03.2020, mediante aplicação do previsto no art. 7.º/1 da Lei n.º 1-A/2020 a um tempo pregresso (cf. arts. 10.º da Lei n.º 1-A/2020 e 6.º/2 da Lei n.º 4-A/2020); e depois fazendo sobre ela incidir a causa de suspensão da prescrição inscrita nos arts. 120.º/1/a) do CP e 27.º-A/1/a) do RGCO. Uma incidência, aliás, indevida, por se tratar de causa suspensiva que não abrange as hipóteses de suspensão legal do processo (cf. *supra*, III).

Se não há dúvida que qualquer uma das referidas vias envolve a aplicação de normas a um período anterior ao da sua entrada em vigor, e portanto retroatividade, é igualmente indubitável que a remoção da contagem do prazo de prescrição de dias que nele haviam já entrado, em ambas preconizada, implica, de facto, um alargamento desse prazo, arrastando para a frente no tempo o momento em que o prazo de prescrição do procedimento se poderia considerar ultrapassado. Tratar-se-á sempre, em qualquer dos casos, de uma aplicação retroativa *in malam partem* e que, por isso mesmo, está abrangido pelo raio de aplicação do princípio da legalidade criminal e é por ele terminantemente proibida.

Isto mesmo foi afirmado pelo Tribunal Constitucional italiano, precisamente no contexto da discussão sobre a admissibilidade constitucional, avaliada à luz da irretroatividade postulada pelo princípio da legalidade criminal, de normas emergenciais introduzidas em 2020 que estabeleceram a suspensão de processos em curso e dos respetivos prazos prescricionais, abrangendo assim crimes cometidos antes da sua entrada em vigor. Discussão que assentou na premissa de que a suspensão da prescrição do crime é um instituto de natureza material. A *Corte Costituzionale* concluiu pela não inconstitucionalidade daquele regime legal, para o que foi decisiva a circunstância de o CP italiano conter uma norma, sem paralelo na nossa lei penal, que dita a suspensão da prescrição do crime sempre que haja uma suspensão do processo⁷⁹. Mas não deixou de sublinhar que: “(...) no momento da comissão do facto o seu agente sabe *ex ante* que se o procedimento ou o processo vierem a ser suspensos em razão da aplicação de uma disposição legal que o preveja, também o decurso do prazo de prescrição o será (art. 25.º, n.º 2, da Constituição). Permanecem, em todo o caso, por um

⁷⁹ Art. 159, n.º 1 (Sospensione del corso della prescrizione): “Il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge, oltre che nei casi di: (...)”.

lado, a garantia da reserva de lei da previsão das hipóteses de suspensão do procedimento ou do processo (*ex art. 111.º, n.º 1, da Constituição*) e, por outro lado, a *garantia da sua aplicação para o futuro, a partir da entrada em vigor da norma que preveja tal suspensão* (art. 11.º das Disposições sobre a lei em geral); ou seja, *uma nova causa de suspensão – reconduzível à causa geral prevista no art. 159.º, n.º 1, do CP, e portanto também aplicável a condutas pregressas – não pode decorrer a partir de uma data anterior à lei que a preveja*⁸⁰. Assim, prosseguiu, “não é possível que a incidência indireta sobre o tempo da prescrição tenha uma projeção retroativa”⁸¹.

Todos os dados constitucionais aqui mobilizáveis convergem em suma na conclusão inescapável de que *o princípio da legalidade criminal se opõe à possibilidade de uma lei ditar a suspensão dos prazos de prescrição dos procedimentos penais e contraordenacionais já corridos aquando da sua entrada em vigor.*

VI. Proibição de retroatividade fundada no princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança

A esta mesma *conclusão* que acabamos de formular se deve chegar mesmo que se entenda que o princípio da legalidade criminal é inaplicável à suspensão da prescrição do procedimento, por uma ou por todas estas razões: porque, no contexto do direito das contraordenações, tal princípio não vale no seu âmbito; porque não abrange o instituto da prescrição do procedimento, em geral; e/ou porque não cobre o instituto da suspensão da prescrição do procedimento, em particular.

A verdade é que, como se viu já, o princípio da legalidade criminal não constitui a única garantia de índole constitucional suscetível de bloquear o alargamento retroativo do prazo de prescrição do procedimento, através da incidência de uma nova causa de suspensão sobre um período anterior ao da lei que a introduziu. A tanto opõe-se, nomeadamente, o princípio do Estado de Direito (art. 2.º da CRP), que o nosso Tribunal Constitucional – divergindo da generalidade da doutrina nacional e da jurisprudência constitucional de ordenamentos que nos são próximos – frequentemente toma em consideração, em vez do princípio da legalidade criminal, como parâmetro de constitucionalidade de normas, com relevo contraordenacional, questionáveis à luz das exigências de lei estrita, de

⁸⁰ *Sentenza* n. 278 de 2020, proferida em 18.11.2020 (13.; it. nosso), disponível em www.cortecostituzionale.it. Para uma primeira análise desta decisão, GIAN LUIGI GATTA, “Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull’art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell’art. 25, co. 2 Cost.”, 26.12.2020, www.sistemapenale.it.

⁸¹ *Idem.*

lei certa e de lei prévia próprias do princípio da legalidade. Princípio este, o do Estado de Direito, que é igualmente chamado à discussão sobre a retroatividade de normas com efeitos sobre o prazo de prescrição do procedimento pela doutrina⁸² e pelo Tribunal Constitucional Federal⁸³ alemães, como uma espécie de compensação pela sua posição prévia de princípio no sentido de que, detendo a prescrição natureza eminentemente processual, não lhe é aplicável o princípio da legalidade criminal.

Ora, ainda que se encare o problema que temos em mãos pela via do princípio do Estado de Direito, em detrimento do princípio da legalidade criminal, o desfecho não deixará de ser o mesmo: a eliminação retroativa da contagem do prazo de prescrição do procedimento de dias que nele já haviam entrado é constitucionalmente inadmissível.

A dimensão do princípio de Estado de Direito que aqui assoma é, naturalmente, a da *segurança jurídica*, a qual, do ponto de vista do cidadão, assume, em primeira linha, um significado de *proteção da confiança*⁸⁴, correspondendo a um verdadeiro “princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança”⁸⁵. Se é certo que dele não resulta uma proscrição absoluta de retroatividade da lei, não menos certo é que, quando admitida, só é aceite sob condições muito apertadas e em certos casos é mesmo terminantemente proibida pela Constituição – além das normas que dão corpo ao princípio da legalidade criminal (art. 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP), cf. o art. 18.º/3 e o art. 103.º/3 da CRP.

Recorrendo a uma “chave-de-análise” desenvolvida na experiência constitucional alemã e acolhida pela doutrina e jurisprudência constitucionais nacionais, que distingue entre retroatividade autêntica e retroatividade inautêntica, também dita retrospectividade, a questão em apreço integra-se claramente na primeira, na *verdadeira e própria retroatividade*. Designadamente, aquela que consiste em “decretar a validade e vigência de uma norma a partir de um marco temporal (data) anterior à data da sua entrada em vigor”⁸⁶. Pois do que se trata aqui não é de uma “lei nova [que] só reclama uma vigência *ex nunc*, ainda que com a

⁸² MAUNZ/DÜRIG/REMMERT, *GG Kommentar*, Art. 103, Abs. 2, nm. 75.

⁸³ *BVerfGE*, n.º 25, 289 e s.

⁸⁴ *BVerfGE*, n.º 13, p. 271.

⁸⁵ JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 261 e ss.

⁸⁶ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 261. Substancialmente assim, também, por todos, o Ac. do TC n.º 85/2010: “retroatividade própria ou autêntica, ou seja, aplicação de lei nova a factos anteriores à entrada em vigor da lei nova”.

virtualidade de afetar direitos, situações ou posições que, embora, constituídos no passado por força ou com a cobertura de lei anterior, prolongam os seus efeitos no presente”⁸⁷ (retrospetividade), mas de uma lei que procura projetar-se sobre uma situação ocorrida no passado, que teve lugar antes da sua entrada em vigor. No caso, o efetivo decurso do prazo de prescrição entre os dias 9 e 19 de março de 2020.

Mesmo partindo de uma posição na qual não nos revemos e que, como já demos ampla nota, é repudiada pela generalidade da doutrina e jurisprudência nacionais, de qualificação da prescrição do procedimento e da sua suspensão como institutos de carácter exclusiva ou eminentemente processual, a consideração desta situação como puramente processual não deixa de merecer a tutela do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança. É que, como foi já sublinhado pelo nosso Tribunal Constitucional, dando conta de jurisprudência constitucional alemã, “também o direito processual pode fundamentar posições de confiança, nomeadamente em processos pendentes e em situações concretas”⁸⁸. Assim, “a «situação da vida» regulada pelo direito, relevante para a questão da retroatividade, seria aqui o próprio processo, e não a situação da vida que determina o objeto deste”⁸⁹.

A retroatividade autêntica altera um *status quo* que o tempo já consolidou, interferindo com direitos e posições juridicamente relevantes entretanto (efetivamente) adquiridos, a partir dos quais se formaram expectativas e planos de atuação futura, num cenário em que, pela própria natureza das coisas, as pessoas atingidas pela mudança da lei não têm a oportunidade de também elas regressarem ao passado para aí “reescreverem a sua história”. Por tudo isto, uma retroatividade pura de uma nova lei que se mostre prejudicial às pessoas por ela atingidas é, via de regra, constitucionalmente proibida⁹⁰.

Num domínio sancionatório como este em que nos encontramos, em que a própria punição pode ficar na dependência da admissibilidade desta retroatividade autêntica, seria impensável abrir uma brecha na sua proibição de princípio. Ao contrário do que sucede em parte dos casos de retroatividade autêntica, nos quais se admite um balanceamento do interesse público que reclama uma projeção de efeitos jurídicos sobre o passado e os interesses particulares que com ele entram em choque, no espaço sancionatório não há lugar para transações

⁸⁷ JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes...*, p. 265 e s.

⁸⁸ Ac. do TC n.º 287/90 (20.).

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes...*, p. 265 e s., e MAUNZ/DÜRIG/GRZESZICK, *GG Kommentar*, Art. 20, nm. 80 e ss.

ou soluções de compromisso. Neste âmbito, a proteção da confiança é um valor intangível. Tanto assim é, e deve ser, que, ao contrário do que normalmente acontece na apreciação da validade constitucional de normas retroativas ou retrospectivas, tratando-se de normas de cariz sancionatório, postas à margem do princípio da legalidade criminal, o nosso Tribunal Constitucional prescinde de qualquer dos testes de balanceamento de interesses que se usa trazer ao debate em matéria de retroatividade⁹¹. Metodologia que, aliás, dá a perceber que o afastamento do princípio da legalidade criminal, nomeadamente da esfera contraordenacional, é desprovido de sentido⁹².

Para o juízo de intolerabilidade constitucional de uma retroatividade pura com incidência sobre a suspensão do procedimento contraordenacional contribui ainda o entendimento, referenciado *supra*, que corre na direção do reconhecimento de valia constitucional, fundada na ideia de carência de punição, do instituto da prescrição do procedimento⁹³. Dado esse seu relevo, não vemos como possa uma tal retroatividade deixar de ser tomada como um daqueles casos de “retroatividade intolerável”, por afetar de forma inadmissível e arbitrária os direitos e expetativas legitimamente fundados dos cidadãos, vetada pelo “princípio da proteção da confiança, ínsito no princípio do Estado de direito democrático”⁹⁴.

⁹¹ Paradigmático, o Ac. do TC n.º 490/2009.

⁹² NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações*, p. 909 e s.

⁹³ Cf., novamente, o Ac. do TC n.º 297/2016.

⁹⁴ Ac. do TC n.º 287/90 (27.).