

O GARANTISMO CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO PENAL. *

THE CONSTITUTIONAL GUARANTEEISM. CRIMINAL CONSTITUTION.

*Maria Manuela Magalhães Silva*¹

*Dora Resende Alves*²

RESUMO: A lei fundamental assume historicamente um papel de garante e defesa das matérias de direitos, liberdades e garantias fundamentais e é em especial nesse âmbito que se estabelecem relações próximas com o direito penal e o direito processual penal.

ABSTRACT: The fundamental law historically assumes a role of defense of law and guarantees of rights, freedoms and guarantees and it is particularly in this context that are established close relations with the criminal law and criminal procedural law.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Penal, direitos, liberdades e garantias.

KEY-WORDS: Criminal Constitution, rights, freedoms and guarantees.

I - Introdução

Esta comunicação, para a qual tive a honra de ser convidada, insere-se nas II Jornadas Luso-Brasileiras sobre Garantismo Constitucional *versus* Garantismo Penal.

Pretendo abordar a área constitucional, e particularmente o regime jurídico-constitucional de acordo com a atual Constituição portuguesa, para de seguida focalizar no regime constitucional penal ou, se assim se pode dizer, para a “Constituição Penal”.

* O texto teve por ponto de partida a intervenção apresentada nas II JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS SOBRE GARANTISMO CONSTITUCIONAL - PENAL, que decorreram no dia 31 de Julho de 2014 organizadas pelo ISBB – Instituto Superior Bissaya e Barreto, em Coimbra.

¹ Doutora em Direito, Professora Associada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, e Professora no Instituto Superior Bissaya Barreto, Coimbra, Portugal.

² Mestre em Direito e Professora Auxiliar Convidada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal. Doutoranda em Direito na Universidade de Vigo, Espanha.

II - Sobre a Constituição em geral

A questão que começo por colocar é se a Constituição portuguesa atual é ou não uma constituição garantística. Ora bem, face a essa questão há muitos aspetos que poderemos focar. A nossa Constituição, que já está em vigor desde 1976, e portanto é já uma Constituição com 38 anos de existência, mas que, não obstante esses 38 anos, se tem mantido, no seu essencial, tal como foi concebida. Embora tenha sido já objeto de sete revisões constitucionais, no seu núcleo essencial, ou seja, no seu conteúdo material, efetivamente, não existiram alterações de grande monta. Ela foi criada após uma revolução, portanto é uma constituição pós-revolucionária, e dessa revolução surgiu a necessidade de criar uma constituição nova, rompeu-se com o sistema constitucional em vigor e o povo elegeu, pela primeira vez, mediante eleições com sufrágio direto e universal, uma Assembleia Constituinte com a tarefa de criar a nova Lei Fundamental do Estado Português. Essa Assembleia foi uma assembleia político-ideologicamente partidarizada, mas que teve um denominador comum - criar uma lei fundamental para o Estado português que garantisse a implementação de um Estado de Direito, uma política democrática e tudo isto aliado a uma ideia de sociabilidade, ou seja, a ideia de um Estado social, de um Estado prestador e um Estado preocupado com o bem-estar dos cidadãos. Esta Assembleia como tinha, ou teve, estas preocupações, tentou criar então uma lei fundamental que não permitisse que estes conceitos fossem postos em causa. Aliás, porque a própria Assembleia, que na altura criou a Constituição, tinha bastante receio de vários fatores: por um lado receava um retrocesso, que a própria revolução viesse a ser posta em causa pelas forças políticas anteriores, receava também as forças militares e portanto tentou criar um texto constitucional que não permitisse que ela própria, que os

seus princípios básicos, fossem de alguma forma postos em causa. E, por isso, consagrou nos seus primeiros artigos desde logo a ideia de um Estado de Direito, um Estado subordinado à constituição e à lei, o que está previsto no artigo 3.º da Constituição, *Soberania e legalidade*. Estabeleceu um princípio fundamental no artigo 2.º da Constituição, o de *Estado de direito democrático*, baseado em princípios como o da pluralidade de expressão, de organização político-democrática e, fundamentalmente, que é isso sobre que nos vamos debruçar mais, a garantia e efetividade dos direitos e das liberdades fundamentais. Não esquecendo, a ideia do Estado prestador consagrou no seu artigo 9.º *Tarefas fundamentais do Estado*, que o Estado através dos seus órgãos deve desenvolver para atingir os seus fins de justiça, segurança e bem-estar económico-social dos cidadãos. Portanto, no fundo, e em termos assim mais genéricos, a Assembleia criou uma constituição ideológico-programática.

A Constituição da República Portuguesa está estruturada em quatro Partes e efetivamente dedicou logo a Parte I aos *Direitos e deveres fundamentais*, entendeu-se que era de tal forma relevante a garantia dos direitos e liberdades fundamentais, como diz no artigo 2.º da Constituição, que toda a primeira parte é dedicada precisamente a essa matéria. Essa primeira Parte é bastante extensa, ela abrange os artigos 12.º a 79.º, e dentro dessa grande parte temos os primeiros artigos, os primeiros doze artigos, do 12.º ao artigo 24.º, dedicados a princípios gerais aplicáveis a todo o restante e depois subdividida essa parte em dois Títulos, um relativo aos *Direitos, liberdades e garantias* (Título II) e outros aos *Direitos e deveres económicos, sociais e culturais* (Título III).

III - Sobre a Constituição penal

Estes direitos e a sua efetivação ou garantia é efetivamente essencial em qualquer Estado de Direito. Portanto, não só no Estado português mas em qualquer Estado de Direito é essencial que os direitos, liberdades e garantias estejam consagrados e sejam realmente efetivados. Assim, a Constituição portuguesa não ficou por aí e estabeleceu, nos seus artigos, várias formas de garantir a efetivação dos mesmos. Desde logo pelo próprio regime jurídico que é estabelecido para este tipo de direitos, esse regime encontra-se fundamentalmente nos artigos 17.º e 18.º da Constituição, que estabelecem: os direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam todos os sujeitos de direito quer sejam públicos quer sejam entidades privadas; só é possível restringir, ou existirem restrições aos direitos fundamentais nos casos expressamente previstos na Constituição, e a restrição tem que preencher ou respeitar uma série de requisitos, desde logo o princípio da proporcionalidade, não se pode restringir para além daquilo que for necessário e não pondo em causa outros direitos fundamentais, só pode ser feita com carácter geral e abstrato, não pode a restrição ter um carácter retroativo e ainda consagra uma outra limitação que é a de reserva de lei, ou seja, a restrição só pode ser feita através de ato legislativo. Efetivamente, só a Assembleia da República, de entre os órgãos que detêm a competência legislativa, é que pode legislar sobre esta matéria, ou, eventualmente, se o entender, autorizar essa legislação, através de uma lei de autorização legislativa onde vai definir exatamente o objeto, o sentido, a extensão e qual o prazo dessa autorização (veja-se o artigo 165.º, n.º 1, alínea c), e n.º 2, da CRP). Fixa-se ainda, também, que os direitos só podem ser suspensos em casos excepcionais, ou seja, quando exista uma grave perturbação da ordem político-social, o que está previsto no artigo 19.º

da Constituição da República Portuguesa, *Suspensão do exercício de direitos*, e, mesmo nesses casos, essa suspensão não pode de forma alguma abranger os direitos que estão indicados expressamente no artigo 19.º, n.º 6, que são aqueles direitos que podemos considerar, enfim, quase como direitos naturais, inerentes à própria natureza do ser humano, como o direito à vida, o direito à cidadania, e, aqui importa-nos focalizar mais, a própria não retroatividade da lei criminal é também um dos direitos que não pode nunca ser suspenso. Esta suspensão tem também limites temporais, ou seja, fixa a própria Constituição que tem que ser por um período muito limitado, de 15 dias, que pode ser prorrogado se existir fundamentação mas tem que ser sempre por um período muito curto, portanto, e bem delimitado no tempo. Todos estes requisitos para que não ocorra a possibilidade de se pôr, de alguma forma, em causa o que está previsto quanto aos direitos, liberdades e garantias. Estabelece ainda outro mecanismo de proteção que é fruto da própria rigidez da Constituição portuguesa. A nossa Constituição é uma constituição rígida, que não pode ser revista segundo um processo legislativo ordinário, só pode ser revista segundo um processo especial que ela própria prevê e está consagrado na Parte IV da Constituição, mais especificamente nos artigos 284.º a 289.º, e, nessa Parte, está definido o processo que deve ser seguido para se realizar uma revisão constitucional. Esse processo está sujeito a uma série de limites, limites de carácter formal, temporal, circunstancial e material. De todos esses limites, efetivamente os que nos importam mais neste momento são exatamente os limites materiais. Os limites materiais são aqueles que estão consagrados no artigo 288.º da Constituição e impedem que determinadas matérias, que são consideradas como núcleo essencial da Constituição, sejam alteradas. Entendem os grandes constitucionalistas portugueses, como o *Professor Gomes Canotilho*,³ que

³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Reimpressão da 7.ª

estas matérias são tão importantes que se forem alteradas iremos alterar a essência da Constituição e, então, já não estaremos a rever a Constituição mas a criar uma constituição nova. Uma dessas matérias é exatamente a que diz respeito aos direitos, liberdades e garantias, consagrada no artigo 288.º, na alínea c), da CRP. Portanto, seguindo esta perspetiva sobre a relevância dos limites materiais pois também os direitos, liberdades e garantias não poderão ser objeto de revisão constitucional. Assim, se uma revisão constitucional pretender mesmo abranger esta matéria, pois a única coisa que poderá fazer, ou que será legítimo que faça é alargar o âmbito desses direitos, liberdades e garantias, mas nunca de alguma forma limitá-los, diminuí-los, isso não poderá ser feito porque, como se disse anteriormente, então não estaremos a rever a Constituição, estaremos a fazer uma Constituição nova e portanto não uma revisão constitucional.

É no âmbito dos direitos, liberdades e garantias, que se encontra aquilo a que podemos chamar “Constituição penal”. De certo modo entre aspas mas é onde poderemos falar da nossa “Constituição penal”, já que o direito penal e o direito processual penal invadem necessariamente este âmbito e inversamente são ramos do direito sensíveis às modificações constitucionais⁴.

A nossa “Constituição penal” está enquadrada precisamente neste capítulo sobre direitos, liberdades e garantias, que estão protegidos por todos estes mecanismos constitucionais. Ela está consagrada desde logo a partir do artigo 24.º da Constituição quando fala do *Direito à vida* e depois temos os direitos seguintes que se referem também a questões do direito penal, como por exemplo a proibição da pena de morte que está consagrada também no n.º 2 do mesmo artigo 24.º; o *Direito à liberdade e à segurança*,

Edição de 2003. Coimbra: Livraria Almedina, 2014, pp. 944 e ss.

⁴ COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 2012, p. 44.

no artigo 27.º da Constituição; o direito ou enfim as condições ou as garantias ligadas à prisão e mais especificamente à *Prisão preventiva*, no artigo 28.º da Constituição e temos ainda o artigo 29.º da Constituição que tem como título a *Aplicação da lei criminal*. Efetivamente, podemos dizer que o artigo 29.º contém o essencial do regime constitucional da lei criminal, previsto nos seus diferentes números. Para além de termos também *Limites das penas e das medidas de segurança*, no artigo 30.º da Constituição, o *Habeas corpus*, no artigo 31.º e depois o artigo 32.º tem também uma importância fulcral porque estabelece as *Garantias de processo criminal* e relativamente a este artigo podemos dizer que ele condensa os mais importantes princípios, matérias do processo criminal, há quem lhe chame mesmo a “Constituição processual criminal”⁵.

Portanto, todos estes direitos e garantias surgem ligados ao direito penal e ao próprio direito processual penal.

É uma realidade, do meu ponto de vista, que estão garantidos por estarem consagrados na Constituição e esta Constituição, como disse, estabelece mecanismos suficientes, para que estes direitos sejam uma realidade, sejam concretizados, sejam efetivados. Deste modo a lei fundamental portuguesa tem consagrado também, penso eu, o essencial da Constituição penal.

E é também na Constituição que encontramos princípios específicos e relevantes de aplicação do direito penal, como sejam o princípio da irretroatividade da lei penal (artigos 1.º, n.º 1, do Código Penal e 29.º, n.º 1, da CRP), o princípio da aplicação da lei penal mais favorável ao agente (artigos 2.º, n.º 4, do Código Penal e 29.º, n.º 4, da CRP) ou relativos à aplicação da lei penal no espaço através do princípio da territorialidade,

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol I. 2010, pp. 491 e ss.

nomeadamente com o princípio da nacionalidade e os aspectos ligados à extradição (artigos 5.º, n.º 1, alínea e), do Código Penal e 33.º da CRP)⁶.

Agora, é evidente que cabe ao legislador, quando vai legislar e quando vai regular as matérias criminais, respeitar os princípios essenciais que estão na Constituição, assim como aos próprios agentes, aos agentes processuais que trabalham nesta área, tentar colocar em prática estes direitos e estes princípios fundamentais ou, eventualmente, quando necessário também sancionar a sua violação caso não sejam respeitados

Não esquecendo, como mencionámos, que quando o legislador vai legislar sobre matéria penal, na *Definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respetivos pressupostos, bem como processo criminal* ele está limitado pelo exercício da competência legislativa exclusiva da Assembleia da República, se bem que de reserva relativa, ou seja, mediante prévia autorização legislativa o Governo poderá também legislar sobre essas matérias, mas apenas no âmbito dessa autorização (artigo 165.º, n.º 1, alínea c), e n.º 2, da CRP).

Assim, “*a Lei Fundamental, enquanto formalmente legitimadora do ordenamento infraconstitucional que o direito penal representa, assume-se como fonte de direito penal*”, se bem que das relações entre o direito penal e o direito constitucional resulte a “*premissa da existência de uma autónoma e fundada diferenciação normativa entre o direito penal e o direito constitucional*”. Isto é, a Constituição não impõe genericamente a obrigação de criminalizar os actos ofensivos dos bens constitucionalmente protegidos mas pode fazê-lo, como no artigo 117.º, n.º 3, da CRP. Ela pode estabelecer a imposição ou dar o impulso, estabelecendo por certo os limites⁷.

⁶ COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 2012, pp. 76, 90 e 95.

⁷ COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 2012, p. 115.

IV - Conclusão

Portanto, como penso que estou já a ultrapassar o tempo que me foi concedido, só a título de conclusão face ao tema a que me tinha proposto, pessoalmente entendo que a nossa Constituição é uma Constituição garantística e que os órgãos do poder devem e têm que a respeitar, como todos sabemos é a lei fundamental do Estado Português e têm que a respeitar quer quando criam lei quer quando aplicam a lei. E esse respeito é e deve ser garantido, para esse efeito existem órgãos adequados, em última instância o Tribunal Constitucional para aferir se existiu ou não o respeito da Constituição e os próprios cidadãos, entidades ou organismos, possuem também mecanismos para desencadear a fiscalização, no caso de entenderem que alguns dos seus direitos ou algum direito em particular não está a ser respeitado, isto quer seja de natureza penal ou não penal. Resta-me concluir que entendo que essa garantia existe e que a proteção fundamental em termos penais está plasmada na Constituição portuguesa.

Muito obrigada pela vossa atenção.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Reimpressão da 7.^a Edição de 2003. Coimbra: Livraria Almedina, 2014. ISBN 978-972-4021-06-5.

_____ e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1464-4.

COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 3.^a ed. Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2090-2.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, Tomo I a VII.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2.^a ed. Almedina, 2010. ISBN 978-972-32-1833-6.

PINHEIRO, Rui e MAURÍCIO, Artur. *A Constituição e o processo penal*. Reimpressão. Almedina, 2007. ISBN 978-972-32-1506-9.

SILVA, Maria Manuela Magalhães. *Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976, na versão da 7.^a Revisão constitucional (Lei Constitucional n.º 1/2005 de 12 de agosto)*. Instituto Superior Bissaya-Barreto, 2007. ISBN 978-972-98887-5-5.

_____ e ALVES, Dora Resende. *Noções de Direito Constitucional e Ciência Política*. Reimpressão da 2.^a edição. Lisboa: Rei dos Livros, 2010. ISBN 978-989-51-8305-03-9.