

**ESTUDOS EM HOMENAGEM
AO PROF. DOUTOR
MANUEL DA COSTA ANDRADE**

**Volume I
Direito Penal**

Organizadores:

JOSÉ DE FARIA COSTA
ANABELA MIRANDA RODRIGUES
MARIA JOÃO ANTUNES
HELENA MONIZ
NUNO BRANDÃO
SÓNIA FIDALGO



2017



PROTEÇÃO MULTINÍVEL DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CRIMINAL – A “DOCTRINA PAROT” E O CASO *INÉS DEL RÍO PRADA*

Maria João ANTUNES

Deixou de fazer sentido pensar as relações entre o direito penal e a Constituição exclusivamente por referência à Constituição nacional. A vinculação do legislador penal e do intérprete da lei penal passou a ser mesmo num duplo sentido, já que resulta quer de disposições de direito europeu e de direito internacional quer da jurisprudência de tribunais supranacionais⁽¹⁾, podendo até ocorrer a este nível um fenómeno de *violência de “choques” entre juízes do nível máximo* – os juízes dos tribunais constitucionais, os juízes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e os juízes do Tribunal de Justiça da União Europeia⁽²⁾.

Podemos colher no caso espanhol *Inés del Río Prada* um exemplo da evolução que se foi verificando. Este caso mostra a proteção multinível de um dos princípios mais significativos do direito penal – o princípio da legalidade. Por outras palavras, mostra que há vários níveis de proteção do direito fundamental à legalidade criminal. O que já havia sucedido no caso *M. c. Germany*, decidido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em 17 de dezembro de 2009⁽³⁾. À proteção constitucional do princípio da legalidade, consagrando o direito fundamental à

(1) Sobre esta realidade, entre outros, MASSIMO DONINI, *Poder Judicial y ética pública. La crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa*, Montevideo-Buenos Aires, B de F Ltda., 2015, pp. 32 e 79, e FOSSAS ESPADALER, “Límites materiales al legislador penal: su interpretación por el tribunal constitucional y el tribunal europeo de derechos humanos”, in *La tutela multinivel del principio de legalidad penal* (direção de Mercedes Pérez Manzano/Juan Antonio Lascuraín Sánchez), Marcial Pons, 2016, p. 30 e ss.

(2) Cf. ADÁN NIETO, “Derecho penal y constitución en la era del *global law*”, in *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo* (direção de Santiago Mir Puig/Mirentxu Corcoy Bidasolo; coordenação de Vitor Gómez Martín), Marcial Pons, 2012, p. 87.

(3) Sobre o caso e do seu relevo para a proteção multinível do princípio da legalidade criminal, MARIA JOÃO ANTUNES, “Perigosidade – intervenção estatal em expansão?”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 121, Ano 24, 2016, p. 191 e ss., e “Beleza dos Santos e Eduardo Correia:

legalidade penal no texto da Constituição e garantindo-o jurisdicionalmente por via do controlo de constitucionalidade⁽⁴⁾, acresce a proteção jurisdicional a um nível diferente do nacional, por via da consagração convencional do princípio⁽⁵⁾.

1. Henri Parot foi condenado pela prática de vários crimes graves, enquadráveis em ações do grupo terroristas ETA (*Euskadi Ta Askatasuna – Pátria Basca e Liberdade*), cujo cumprimento sucessivo das penas impostas ascenderia a mais de 4000 anos de privação da liberdade⁽⁶⁾. De acordo com a 1.ª regra do artigo 70.º do Código Penal espanhol de 1973, vigente no momento da prática dos factos pelos quais veio a ser condenado, quando as penas não possam cumprir-se simultaneamente cumprem-se sucessivamente, segundo a respetiva gravidade.

Ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos 70.º, 2.ª regra, parte final, e 100.º daquele Código, vigentes no momento da prática dos factos pelos quais veio a ser condenado, Henri Parot requereu que os trinta anos de privação da liberdade que tinha que cumprir fossem remidos por trabalho. De acordo com aquela regra, o tempo máximo de cumprimento da *condenação*, em caso de cumprimento sucessivo de penas, não pode exceder o triplo da pena mais grave que tenha sido imposta, com o limite máximo de 30 anos, ainda que as penas tenham sido impostas em processos distintos, desde que os factos, pela

obra única e original”, in *Cadernos do Centenário: Conferências: Direito Penal*, Coimbra, Instituto Jurídico, 2016, p. 33 e ss.

⁽⁴⁾ No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 183/2008 é enfatizado que o princípio tem a natureza de “garantia dos cidadãos”, incluída no catálogo constitucional dos direitos, liberdades e garantias. E nesta mesma decisão, invertendo a jurisprudência, o Tribunal acordou que pode ser objeto de controlo de constitucionalidade norma relativamente à qual se invoque a violação da proibição constitucional de recurso à analogia, constante do artigo 29.º, n.º 1, da Constituição. Sobre isto, com indicações jurisprudenciais e doutrinárias, MARIA JOÃO ANTUNES, “A problemática penal e o Tribunal Constitucional”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, volume I, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 110 e ss. Sobre questão equivalente no ordenamento jurídico alemão, LOTHAR KUHLEN, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Marcial Pons, 2012, pp. 80 e s., 137 e s. e 149.

⁽⁵⁾ Sobre a proteção multinível dos direitos fundamentais – vários catálogos e diversos tribunais – tendo em vista o ordenamento jurídico português, ANA MARIA GUERRA MARTINS/PRATA ROQUE, “A tutela multinível dos direitos fundamentais. A posição do Tribunal Constitucional Português”, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, ponto 1. a 7.

⁽⁶⁾ Sobre o caso, TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Doctrina Parot: Claves para entender las sentencias del TEDH en el caso Río Prada c. España”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidade*, N.º 6, 2014, p. 137 e ss., e “Ascenso y caída de la doctrina Parot: tutela multinivel de los derechos a la legalidade y a la libertad”, in *La tutela multinivel del principio de legalidad penal* (direção de Mercedes Pérez Manzano/Juan Antonio Lascaraín Sánchez), Marcial Pons, 2016, p. 291 e ss.

sua conexão, tivessem podido ser objeto de um só processo⁽⁷⁾. Por seu turno, o artigo 100.º estabelece a remição da *pena* por trabalho, à razão de 1 dia de pena por 2 dias de trabalho⁽⁸⁾.

Em 26 de abril de 2005, por decisão de uma das secções da Audiência Nacional espanhola, as diversas condenações foram cumuladas em dois grupos distintos – as que se reportavam a crimes praticados entre 1979 e 1982 e as que se referiam a crimes praticados entre 1984 e o momento da detenção do condenado em 1990 –, com a consequência de aquele limite de 30 anos de cumprimento de pena não valer para todas as condenações, por falta de conexão temporal entre os factos praticados no primeiro período e no segundo, mas apenas relativamente a cada um dos grupos⁽⁹⁾.

Interposto recurso de cassação da decisão da Audiência Nacional para o Supremo Tribunal, foi decidido por uma das suas secções, em 28 de fevereiro de 2006, por maioria, através da Sentença 197/2006⁽¹⁰⁾, que as diversas penas aplicadas aos crimes em concurso guardavam a sua autonomia, para o efeito de concessão de benefícios penitenciários, não obstante o limite máximo de duração da privação da liberdade estabelecido na 2.ª regra, parte final, do artigo 70.º do Código Penal de 1973. O limite máximo de trinta anos legalmente previsto não se converte numa nova pena, distinta das sucessivamente impostas ao condenado, nem, por conseguinte, em outra pena resultante das anteriores, representando tal limite apenas o tempo máximo que o condenado tem de cumprir em uma instituição penitenciária.

Divergindo da decisão recorrida, por a mesma se ter baseado numa desconexão temporal sem qualquer fundamento, sem qualquer base na lei ou na jurisprudência que vinha interpretando a 2.ª regra do artigo 70.º daquele Código Penal, o Supremo Tribunal concluiu que havia conexão entre todos os factos (todos tinham que ver com a atividade do condenado no grupo terrorista ETA). Devia, por isso, operar-se uma acumulação única das penas correspondentes, com o limite legal de 30 anos de cumprimento sucessivo, valendo, porém, relativamente *a cada uma das penas* dos crimes em concurso os benefícios penitenciários decorrentes

⁽⁷⁾ Uma norma deste tipo encontra justificação, desde logo, na norma constitucional que prescreve que as penas privativas da liberdade estão orientadas para a reeducação e reinserção social do condenado e na que proíbe penas desumanas ou degradantes (artigos 25.º, n.º 2, e 15.º da Constituição espanhola). Especificamente sobre a remição da pena por trabalho, um benefício penitenciário legalmente previsto entre 1944 e 1995, cf. a declaração de voto de Adela Asua Batarrita aposta na Sentença 39/2012, de 29 de março, do Tribunal Constitucional espanhol, disponível em www.tribunalconstitucional.es.

⁽⁸⁾ No plano do direito comparado, note-se que o artigo 126.º da Lei de Execução Penal brasileira prevê que “o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”.

⁽⁹⁾ Disponível em www.poderjudicial.es.

⁽¹⁰⁾ Disponível em www.poderjudicial.es.

da prestação de trabalho (artigo 100.º do Código Penal de 1973). No caso concreto, atendendo a que o condenado foi privado da liberdade em 1990, o cumprimento sucessivo das penas impostas nos diversos processos, computando-se os benefícios penitenciários em relação a cada um das penas individualmente consideradas, tinha como consequência que o condenado fosse libertado apenas em 2020. Neste ano estaria perfeito o tempo máximo de privação da liberdade em instituição penitenciária – 30 anos.

A interpretação inovadora dos artigos 70.º, 2.ª regra, e 100.º do Código Penal de 1973 baseou-se, fundamentalmente, na letra destas disposições legais, por dela decorrer a distinção entre “pena” (cada uma das penas) que é remida por trabalho e “condenação” que tem como limite máximo de cumprimento trinta anos; e no argumento teleológico de que não faria qualquer sentido que um extenso historial de prática de crimes levasse por via da acumulação à conversão numa nova pena de trinta anos, a mesma que pode ser imposta ao autor de um só crime. Além de que o Supremo Tribunal reiterou o entendimento de que não é aplicável à jurisprudência a proibição de retroatividade desfavorável, uma vez que o texto constitucional a reserva para a lei.

2. Este entendimento do Supremo Tribunal, conhecido por “doutrina Parot” – os benefícios penitenciários decorrentes da prestação de trabalho computam-se em cada uma das penas dos crimes em concurso e não por referência ao limite máximo de 30 anos de cumprimento sucessivo de penas⁽¹¹⁾ – correspondeu a uma alteração da interpretação que vinha sendo feita pelos tribunais espanhóis das normas dos artigos 70.º, 2.ª regra, e 100.º do Código Penal de 1973⁽¹²⁾. Entendia-se até então que a remição da pena por trabalho incidia sobre o limite máximo de 30 anos de cumprimento sucessivo e não sobre cada uma das penas a cumprir sucessivamente. Interpretava-se a 2.ª regra, parte final, do artigo 70.º do Código Penal no sentido de o limite de 30 anos corresponder a uma nova pena, a uma pena autónoma, por referência à qual eram computados os benefícios penitenciários e o requisito temporal de concessão da liberdade condicional.

⁽¹¹⁾ Sobre a decisão, criticamente, entre outros, JOSÉ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “La «doctrina parot» y el fallo del TEDH en el asunto del Río Prada c. España: el principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 9 (enero de 2013), p. 409 e ss., TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Doctrina Parot: Claves para entender las sentencias del TEDH en el caso Río Prada c. España”, p. 139 e ss., e MOLINA FERNÁNDEZ, “Las cicatrices jurídicas del terrorismo: la doutrina Parot y outras interpretaciones irrazonables de la ley”, in *La tutela multinivel del principio de legalidad penal* (direção de Mercedes Pérez Manzano/Juan Antonio Lascaraín Sánchez), Marcial Pons, 2016, p. 241 e ss.

⁽¹²⁾ Para uma síntese da jurisprudência anterior de onde decorre uma interpretação diferente dos artigos em causa, cf. a Sentença do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no *Case of del Río Prada v. Spain* (42750/09), de 21 de outubro de 2013, Nm. 35 e ss., disponível em <http://hudoc.echr.coe.int>.

A interpretação inovadora do Supremo Tribunal significou a introdução de um critério de cômputo da remição da pena por trabalho *desfavorável* ao condenado, com a consequência prática de relativamente a penas de cumprimento sucessivo superior a 45 anos haver afinal o cumprimento efetivo do tempo máximo de 30 anos. A interpretação inovadora deste Tribunal teve o sentido de defraudar as expectativas dos condenados, por crimes praticados quando vigorava o Código Penal de 1973, quanto ao momento da sua libertação. As “regras do jogo” – o critério do cômputo da remição da pena por trabalho, incluído o que até já tinham prestado – foram alteradas já durante a execução das penas correspondentes a estes crimes. Sem possibilidade de recurso à lei vigente, enquanto lei mais favorável, uma vez que o Código Penal espanhol de 1995 havia derogado a remição da pena por trabalho. Na prática, o entendimento do Supremo Tribunal significou a aplicação retroativa da lei penal então vigente, a qual havia deixado de prever a remição da pena por trabalho. A lei penal que, em geral, foi evoluindo no sentido da regra do cumprimento efetivo das penas em caso de concurso de crimes. Os benefícios penitenciários e o requisito temporal da concessão da liberdade condicional passaram a ter como referência a soma das várias penas impostas e não o limite máximo de cumprimento sucessivo de penas⁽¹³⁾.

3. Interposto recurso de amparo da Sentença de 28 de fevereiro de 2006, com fundamento na violação dos direitos fundamentais à tutela judicial efetiva (artigo 24.º, n.º 1, da Constituição espanhola), a um processo com todas as garantias (artigo 24.º, n.º 2, da Constituição espanhola), à legalidade (artigo 25.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição espanhola), à liberdade (artigo 17.º da Constituição espanhola) e à igualdade na aplicação da lei (artigo 14.º da Constituição espanhola), o Tribunal Constitucional decidiu que o recurso de Henri Parot era inadmissível, por não ter esgotado todos os recursos perante a jurisdição ordinária⁽¹⁴⁾. O que obstou depois à apresentação de queixa junto do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, já que uma das condições de admissibilidade prevista no artigo 35.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem é a exaustão das vias de recurso internas.

Houve, porém, outros casos onde foi feita aplicação da interpretação inovadora do Supremo Tribunal, de cujas decisões foi interposto com êxito recurso de amparo. Em vários recursos de amparo que o Tribunal Constitucional espanhol

⁽¹³⁾ Cf. artigo 78.º do Código Penal de 1995, na versão primitiva e na de 2003, introduzida pela Lei Orgânica 7/2003, de 30 de junho (*Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas*). Sobre a evolução do sistema sancionatório espanhol, por referência ao Código Penal de 1995, MUÑOZ CONDE/MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, 2004, p. 544, e ss., e DIEZ RIPOLLÉS, “La evolución del sistema de penas en España; 1975-2003”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-07 (2006), p. 1 e ss.

⁽¹⁴⁾ Cf. Auto 179/2010, de 29 de novembro, disponível em www.tribunalconstitucional.es.

conheceu foi invocada a violação daqueles direitos fundamentais (tutela judicial efetiva, processo com todas as garantias, legalidade, liberdade e igualdade na aplicação da lei) O Tribunal acordou sempre, ainda que por maioria, pela não violação do direito fundamental à legalidade penal⁽¹⁵⁾.

Concretamente em relação a este direito fundamental, o Tribunal entendeu, por um lado, que a questão posta extravasava o âmbito de proteção do artigo 25.º, n.º 1, da Constituição espanhola (*ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento da conduta não constituíam crime, contravenção ou infração administrativa segundo a lei vigente neste momento*), o qual abarca a interpretação e a aplicação dos tipos penais, a subsunção dos factos provados nos tipos penais e a imposição da pena prevista em tais tipos; e, por outro, que não tinha havido aplicação retroativa do artigo 78.º do Código Penal de 1995 quer na sua redação original quer na dada pela Lei Orgânica 7/2003.

O Tribunal concluiu que a interpretação inovadora do Supremo Tribunal – a interpretação dos artigos 70.º, 2.ª regra, e 100.º do Código Penal de 1973, já que entendeu que não tinha havido aplicação (retroativa) de disposições penais posteriores do Código de 1995 – não violava o direito fundamental à legalidade penal. Acordou que estava em causa a *execução de uma pena privativa da liberdade*, pois o que se questionava era o cômputo da remição da pena por trabalho, sem que da interpretação submetida a apreciação resultasse quer o cumprimento de uma pena maior do que a prevista nos tipos penais que foram preenchidos quer a ultrapassagem do tempo de cumprimento de pena legalmente previsto (trinta anos). A forma de computar o benefício da remição do trabalho na pena não afeta a pena em si, mas sim a sua execução, o que está fora do âmbito do direito fundamental à legalidade penal constitucionalmente consagrado. Por outro lado, a conformidade constitucional de uma alteração jurisprudencial deve ser apreciada não à luz do direito fundamental à legalidade penal, mas antes a partir de outros parâmetros, nomeadamente o princípio da igualdade na aplicação da lei (artigo 14.º da Constituição espanhola)⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Cf., entre muitas outras, as Sentenças 39/2012 e 40/2012, ambas de 29 de março, disponíveis em www.tribunalconstitucional.es.

Sobre esta jurisprudência constitucional, incluindo os votos divergentes, SUSANA HUERTA TOCILDO, “La anulación de la doctrine Parot por STEDH de 21 de octubre de 2013: mucho ruido para un fallo jurídicamente cantando”, in *La tutela multinivel del principio de legalidad penal* (direção de Mercedes Pérez Manzano/Juan Antonio Lascaraín Sánchez), Marcial Pons, 2016, p. 268 e ss., e TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Doctrina Parot: Claves para entender las sentencias del TEDH en el caso Río Prada c. España”, p. 143 e ss., e “Ascenso y caída de la doctrina Parot: tutela multinivel de los derechos a la legalidad y a la libertad”, p. 297 e ss.

⁽¹⁶⁾ Cf. Fundamento jurídico 3. da sentença.

4. A doutrina Parot chegou ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pela queixa de Inés del Río Prada, a qual deu origem à decisão de 10 de julho de 2012, tirada em secção, e à de 21 de outubro de 2013, prolatada pelo tribunal pleno, a solicitação do Governo espanhol, ao abrigo do artigo 43.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Ambas as sentenças foram no sentido da violação dos artigos 7.º e 5.º, § 1, desta Convenção⁽¹⁷⁾.

Inés del Río Prada, a quem também foi imputada a prática de vários crimes graves enquadráveis em ações do grupo terroristas ETA, foi condenada a penas de prisão cujo cumprimento sucessivo ascenderia a cerca de três mil anos de prisão, tendo sido sujeita ao cumprimento de 30 anos de privação da liberdade, ao abrigo do disposto no artigo 70.º, 2.ª regra, parte final, do Código Penal de 1973. De acordo com o entendimento jurisprudencial anterior ao caso Parot quanto ao critério do cômputo da remição da pena por trabalho, seria libertada em julho de 2008. Em face da interpretação normativa feita em 2006, Inés del Río passaria a poder ser libertada apenas em junho de 2017⁽¹⁸⁾.

Estatuindo o artigo 7.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem que “ninguém pode ser condenado por uma ação ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infração, segundo o direito nacional ou internacional” e que “igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi cometida”⁽¹⁹⁾, a queixosa alegou a violação desta disposição. Invocou que lhe foi aplicada retroativamente, já depois de ter sido condenada, a interpretação inovadora que o Supremo Tribunal fez dos artigos 70.º, 2.ª regra, e 100.º do Código Penal de 1973, o diploma que estava em vigor no momento da prática dos factos, no momento da condenação e no momento em que se iniciou o cumprimento

⁽¹⁷⁾ Cf. *Case of del Río Prada v. Spain* (42750/09), de 10 de julho de 2012, e *Case of del Río Prada v. Spain* (42750/09), de 21 de outubro de 2013, disponíveis em <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁽¹⁸⁾ Sobre o caso e as decisões do Tribunal de Estrasburgo, JOSÉ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “La «doctrina parot» y el fallo del TEDH en el asunto del Río Prada c. España: el principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años”, p. 395 e ss., SUSANA HUERTA TOCILDO, “La anulación de la doctrine Parot por STEDH de 21 de octubre de 2013: mucho ruido para un fallo jurídicamente cantando”, p. 278 e ss., TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Ascenso y caída de la doctrina Parot: tutela multinível de los derechos a la legalidade y a la libertad”, p. 305 e ss., e PAZ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARIA, “Acerca del papel del tribunal europeo de derechos humanos Y de la tentación de desacreditar al mensajero (a propósito de la STEDH (Gran Sala) en el asunto *del Río Prada c. España*)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014, p. 200 e ss.

⁽¹⁹⁾ No mesmo sentido, o artigo 9.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe que “ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado”.

sucessivo das penas que lhe haviam sido impostas. A queixosa alegou também a violação do artigo 5.º, n.º 1, alínea *a*), daquela Convenção, por dispor que “toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança” e que “ninguém pode ser privado da sua liberdade”, salvo “se for preso em consequência de condenação por tribunal competente”, sempre “de acordo com o procedimento legal”. Segundo Inés del Río, a manutenção da privação da sua liberdade a partir de julho de 2008 desconheceu as exigências de “legalidade” e de “respeito pelo procedimento legalmente previsto” ⁽²⁰⁾.

O Tribunal acordou, por unanimidade, que “a partir de 3 de julho de 2008 a privação da liberdade da queixosa não foi “legal”, havendo violação do artigo 5.º, n.º 1, da Convenção. A aplicação da nova interpretação jurisprudencial atrasou de forma efetiva, em quase nove anos, a data da libertação de Inés del Río. A queixosa cumpriu a partir daquela data um período de prisão superior ao que devia ter cumprido de acordo com a legislação em vigor no momento da sua condenação, considerando o tempo de remição da pena por trabalho que já lhe havia sido reconhecido de acordo com a lei.

Especificamente quanto à violação do princípio da legalidade, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem acordou, por maioria, em decisão tomada em tribunal pleno, pela violação do artigo 7.º da Convenção ⁽²¹⁾. Por referência a jurisprudência anterior, o Tribunal reiterou que este artigo incorpora o princípio de que só a lei pode definir um crime e prescrever a imposição de uma pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), prescrevendo, consequentemente, a proibição do recurso à analogia e a exigência de determinabilidade quer quanto ao crime quer quanto à pena; explicitou o conceito de “pena” e o sentido deste conceito, contrapondo às medidas que constituem “penas” as que se referem à “execução” ou “aplicação” das mesmas; e assinalou, a propósito da previsibilidade da lei penal, que a noção de “direito” (“law”) utilizada no artigo 7.º corresponde à de “direito” que figura em outros artigos da Convenção, o que inclui tanto o direito de fonte legislativa como o direito de fonte jurisprudencial. Segundo o Tribunal, em qualquer ordenamento jurídico, por mais clara que seja a redação de uma disposição legal, incluindo as disposições legais em matéria penal, existe inevitavelmente um momento de interpretação judicial, pelo que a jurisprudência, como fonte de direito, contribui necessariamente para a evolução progressiva do direito penal.

Aplicando o exposto ao caso, o Tribunal entendeu que havia violação do artigo 7.º, n.º 1, da Convenção, considerando especificamente o sentido da pena imposta a Inés del Río; se a aplicação da “doutrina Parot” modificou somente a

⁽²⁰⁾ Cf. § 119 e ss. da Sentença do tribunal pleno.

⁽²¹⁾ Cf. § 56 e ss. da Sentença de 21 de outubro de 2013.

modalidade de execução da pena ou antes o sentido da mesma; e se a “doutrina Parot” adotada pelo Supremo Tribunal era razoavelmente previsível.

Não obstante as ambiguidades das disposições pertinentes do Código Penal de 1973 – da 2.^a regra do artigo 70.^o decorria que a duração máxima de trinta anos de prisão correspondia à duração máxima da *condenação* em caso de crimes conexos e do artigo 100.^o resultava que a remição da pena por trabalho tinha que ver com a *pena* imposta – ficou claro para a queixosa, em face do entendimento jurisprudencial e da prática interpretativa que se foram firmando, que a pena que lhe havia sido imposta e cuja execução havia começado era a resultante da duração máxima de trinta anos, à qual seria deduzida, de forma automática, a remição da pena por trabalho na prisão. No momento em que Inés del Río cometeu os crimes pelos quais veio a ser condenada e quando foi tomada a decisão sobre o concurso de crimes e o estabelecimento do limite máximo de trinta anos (em 30 de novembro de 2000), o *direito* espanhol aplicável, tomado no seu conjunto, incluída a jurisprudência, estava formulado com a precisão suficiente para a queixosa concluir que a sua *condenação* equivalia a uma privação da liberdade de duração máxima de trinta anos, na qual seria computada a remição da pena por trabalho na prisão. Estavam em causa três mil duzentos e oitenta e dois dias.

As modalidades de concessão de benefícios penitenciários não são abrangidas pelo artigo 7.^o da Convenção. Porém, no caso em apreciação, não estava em causa apenas uma modalidade da *execução da pena*. A decisão que aplicou a “doutrina Parot” modificou, de facto, o sentido da *pena* em si mesma, uma vez que não incidiu sobre a questão de saber se relativamente à queixosa devia haver ou não remição da pena por trabalho, considerando o comportamento desta durante a execução da sanção e circunstâncias atinentes a esta execução. O objeto da decisão que aplicou tal doutrina foi antes o de determinar se a remição da pena por trabalho era computada no limite máximo de trinta anos de privação da liberdade ou em cada uma das penas em que Inés del Río havia sido condenada. Com a consequência, no caso, de este último entendimento significar, na prática, o cumprimento efetivo de trinta anos de prisão. A aplicação da “doutrina Parot” levou a uma redefinição do sentido da *pena* que havia sido imposta à queixosa – a pena máxima de trinta anos de privação da liberdade perdeu a natureza de pena autónoma, na qual era computável a remição da pena por trabalho, tendo-se sido convertida numa pena de trinta anos de prisão, sem qualquer possibilidade de nela ser computada tal remição.

A modificação do critério do cômputo da remição da pena por trabalho resultou de uma alteração jurisprudencial operada pelo Supremo Tribunal e não de uma modificação da autoria do legislador, o que não dispensa, porém, a questão de saber se a “doutrina Parot” era razoavelmente previsível para Inés del Río, se a interpretação inovadora dos artigos 70.^o, 2.^a regra, e 100.^o do Código Penal de 1973 se integrava já numa evolução jurisprudencial perceptível para a queixosa,

no momento em que foi condenada ou quando foi notificada da decisão sobre o concurso de crimes e a duração máxima da condenação. No caso, atendendo ao *direito* aplicável nestes dois momentos, o que inclui também o direito não escrito ou jurisprudencial, é de concluir que nada indicava a existência de uma tendência da jurisprudência no sentido de a remição da pena por trabalho incidir sobre cada uma das penas dos diversos crimes. Pelo contrário, durante numerosos anos as autoridades judiciais e penitenciárias foram aplicando de forma constante o critério da remição da pena por trabalho por referência ao limite máximo de trinta anos de privação da liberdade, havendo mesmo uma sentença do Supremo Tribunal, de 8 de março de 1994, que via este limite máximo como uma “pena nova e autónoma”. Para Inés del Río não era, de todo, previsível a interpretação que o Supremo Tribunal veio a fazer em 2006, uma interpretação inovadora daqueles dois artigos do Código Penal de 1973 que teve como efeito uma modificação desfavorável do sentido da pena que lhe havia sido imposta.

5. Uma parte significativa da doutrina espanhola censurou a sentença do Supremo Tribunal de 2006 – a que fez a “doutrina Parot” –, bem como a jurisprudência constitucional que se lhe seguiu. Consequentemente, a decisão do Tribunal Europeu de 2013 foi saudada e celebrada. Nem sempre pelo significado que teve para a delimitação do conteúdo do princípio da legalidade criminal, mas antes porque teve como consequência prática afastar a interpretação inovadora que aquele Supremo Tribunal fez dos artigos 70.º, 2.º regra, e 100.º do Código Penal de 1973. Uma interpretação que legitimou a crítica de que estava em causa uma *interpretação não permitida* pela letra da lei ou que se tratava mesmo de uma lei que não cumpria a exigência de *determinabilidade*⁽²²⁾. Ao acentuar estas exigências do princípio da legalidade criminal, uma tal crítica não precisou de responder à questão de saber se este princípio também proíbe a aplicação retroativa das interpretações jurisprudenciais desfavoráveis⁽²³⁾. O que é um contributo relevante

(22) No sentido desta crítica, cf. a declaração de voto de Adela Asua Batarrita, aposto à Sentença do Tribunal Constitucional espanhol 39/2012, já mencionada. Em geral, para a crítica da doutrina espanhola, cf. *supra* nota 11.

(23) Entre nós, sobre isto, CASTANHEIRA NEVES, “O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia I*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1984, p. 325 e ss., FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, tomo I, Coimbra Editora, 2007, p. 197 e s., FERNANDA PALMA, “A aplicação da lei no tempo: a proibição da retroatividade *in pejus*”, in *Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998, p. 414 e s., e NUNO BRANDÃO, “Contrastes jurisprudenciais: problemas e respostas processuais penais”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 1302 e ss. No sentido de não ser lei, para o efeito de aplicação da lei penal mais favorável, a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça, cf. Ac. do TC n.º 839/2013, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

para a discussão sobre se o princípio da legalidade criminal deixa espaço para a autonomização de alterações jurisprudenciais desfavoráveis cuja aplicação retroativa deva ser proibida ou se tudo se esgota na exigência de *lei prévia e determinada*.

Sem prejuízo de também ser importante que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tenha acentuado que a exigência de não haver pena sem lei supõe um conceito material de “pena”, o que mais se evidencia no caso *Inés del Río* é a extensão do princípio da legalidade criminal, enquanto dele decorre a proibição de retroatividade *contra reum* ou *in malam partem*, a alterações jurisprudenciais desfavoráveis que não sejam razoavelmente previsíveis para o agente da prática do crime. Contrariando o anteriormente decidido por tribunais superiores nacionais – o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal espanhóis – um tribunal supranacional – o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – concluiu pela violação, no caso, do princípio da legalidade criminal. Entendeu que um dos corolários deste princípio é a proibição da retroatividade de alterações jurisprudenciais desfavoráveis que não sejam razoavelmente previsíveis para o agente da prática do crime, sustentando-se no artigo 7.º da Convenção Europeia, na medida em que a noção de “direito” aqui utilizada inclui quer o direito de fonte legislativa quer o direito de fonte jurisprudencial⁽²⁴⁾.

O caso *Inés del Río* e de tantos outros a quem foi aplicada a “doutrina Parot”, começando precisamente por Henri Parot, mostra também que a proteção jurisdicional a um nível diferente do nacional pode ter vantagens irrecusáveis ante a possibilidade de os tribunais nacionais interpretarem o direito do caso centrados naquele a quem o aplicam e naqueles que, no exterior, clamam por determinada decisão judicial. É crescente o fenómeno de uma produção legislativa motivada por clamações públicas bem determinadas, centrada no *autor* da prática do crime, ainda que sob o disfarce das especificidades do comportamento criminoso e da proteção das vítimas⁽²⁵⁾. Casos como o dos visados pela “doutrina Parot” alertam-nos para um fenómeno idêntico no âmbito de um outro poder, ao ponto de

Para uma visão geral da problemática, com referências à doutrina e à jurisprudência germânicas, ALAOR LEITE, “Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial. A irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal”, *Atas do Colóquio o Direito Penal e o Tempo*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, p. 43 e ss. E, ainda, referindo jurisprudência de diversos países, MARIÂNGELA MAGALHÃES GOMES, *Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial. Do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 139 e ss.

⁽²⁴⁾ Enfatizam este aspeto, JOSÉ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “La «doctrina parot» y el fallo del TEDH en el asunto del Río Prada c. España: el principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años”, p. 407 e ss., e IGNACIO VILLAVARDE MENÉNDEZ, “Principio de taxatividad. Una reflexión jurisprudencial”, in *La tutela multinivel del principio de legalidad penal* (direção de Mercedes Pérez Manzano/Juan Antonio Lascaraín Sánchez), Marcial Pons, 2016, p. 91.

⁽²⁵⁾ Sobre este fenómeno, com exemplos e indicações bibliográficas, MARIA JOÃO ANTUNES, “Perigosidade – intervenção estatal em expansão?”, p. 197 e ss.

se chamar a atenção para a forma como *o terrorismo corrompeu a justiça*⁽²⁶⁾. Tais casos alertam-nos para o fenómeno da prolação de decisões judiciais que não se alheiam da *autoria* do crime (no caso, *terroristas* do grupo ETA) e de clamações públicas em determinado sentido (no caso, no sentido da *não libertação imediata* dos terroristas, pugnando-se pelo endurecimento da punição)⁽²⁷⁾. Ainda que se disfarce o fenómeno por apelo a opções político-criminais vigentes, o que também é censurável. Pois, como muito bem disse o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *os governos têm liberdade de alterar a sua política criminal, nomeadamente através do reforço da repressão dos crimes, mas deverão fazê-lo respeitando as regras estabelecidas no artigo 7.º da Convenção, que proíbe de forma absoluta a aplicação retroativa do direito penal quando resulte desfavorável para o interessado*. Dito de outra forma, *as jurisdições internas não podem aplicar retroativamente, em detrimento do interessado, o espírito das alterações legislativas ocorridas depois da prática da infração*⁽²⁸⁾.

Em face da “doutrina Parot” e do caso *Inés del Río Prada*, não podemos deixar de observar, com palavras de Manuel da Costa Andrade, que o perigo dos dias de hoje não é só *legislar à flor da pele*. É também *decidir à flor da pele*.

⁽²⁶⁾ Assim, MOLINA FERNÁNDEZ, “Las cicatrices jurídicas del terrorismo: la doctrina Parot y otras interpretaciones irrazonables de la ley”, pp. 242 e s. e 256 e s. No mesmo sentido, SUSANA HUERTA TOCILDO, “La anulación de la doctrine Parot por STEDH de 21 de octubre de 2013: mucho ruido para un fallo jurídicamente cantando”, p. 266 e s.

⁽²⁷⁾ No caso Henri Parot cumpre destacar que também a decisão da Audiência Nacional no sentido de o condenado não poder ser ainda libertado foi censurada por se ter baseado numa desconexão temporal sem qualquer fundamento na lei ou na jurisprudência que vinha interpretando a 2.ª regra do artigo 70.º daquele Código Penal. Cf. *supra*, ponto 1.

⁽²⁸⁾ Destaca estas passagens das duas decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, já mencionadas, PAZ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARIA, “Acerca del papel del tribunal europeo de derechos humanos Y de la tentación de desacreditar al mensajero (a propósito de la STEDH (Gran Sala) en el asunto *del Río Prada c. España*), p. 208.