

Tópicos de correção

1. O problema jurídico em causa prende-se com o princípio da legalidade e com os seus corolários *nullum crimen nulla poena sine lege scripta e certa*.

O princípio da legalidade é uma decorrência do Estado de Direito Democrático, integrando-se a sua consagração constitucional no artigo 29.º da CRP, pelo que a inserção sistemática deste princípio no âmbito do capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais revela que o mesmo consubstancia uma autolimitação do Estado perante os cidadãos. Nessa medida, por razões de segurança jurídica e em observância ao princípio democrático, o artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP encerra o princípio da reserva de lei em sentido formal, em termos tais que a Assembleia da República, enquanto órgão representativo do povo, detém reserva relativa de competência para definir os crimes, penas, medidas de segurança e respetivos pressupostos. Depois, os concretos tipos de ilícito devem observância ao princípio da tipicidade, no sentido em que a mera leitura do preceito incriminador permita cognoscibilidade objetiva da proibição, assegurando elevado grau de determinabilidade tanto das condutas incriminadas como das suas consequências. A essa luz, temos que o preceito incriminador do caso vertente é incompleto, porque parte da sua concretização há de ser buscada com recurso a normas complementares ou integradoras hierarquicamente inferiores, no caso por meio do Regulamento Y. Resta apurar se se trata de norma penal em branco materialmente inconstitucional. Poder-se-ia afirmar que as regras constitucionais de distribuição de competência em matéria penal implicam proibição da intervenção normativa de regulamentos, não podendo a lei penal cometer-lhes tal competência. Todavia, a remissão para instrumentos jurídicos não penais, como regulamentos, regras técnicas ou *leges artis*, é inevitável, designadamente pela mutabilidade dessas regulamentações, incompatível com a perenidade que se demanda aos tipos penais, além de a complexidade técnica e grau de detalhe que impõem não ser desejável nas normas incriminadoras, devendo essa complexidade ser vertida em outros instrumentos. Por ser assim, e tomando por candeia os princípios constitucionais *supra* enunciados, há que buscar critérios norteadores que permitam afirmar/infirmar a constitucionalidade do artigo XX. O preceito é suficientemente expressivo, apreensível e entendível, pois que, a partir da sua leitura, se descortinam o desvalor da ação, o desvalor do resultado e o bem jurídico tutelado. Por outras palavras: a mera leitura da norma sancionadora permite delimitar o agente, a conduta proibida e o objeto da ação, detalhando com rigor o tempo e o espaço em que a pesca é proibida, especificando mesmo em metros os locais abarcados. Logo pela norma incriminatória, e independentemente do reenvio normativo, é objetivamente determinável o comportamento sancionado, sendo claro o juízo de censura penal para qualquer pessoa média, que assim pode orientar a sua conduta. A delimitação da área de pesca proibida num certo açude previsto em regulamento não bole, assim, com as exigências do princípio da legalidade que se vêm descrevendo. Tudo considerado, não resulta do regulamento norma inovatória que integre novos elementos essenciais para a compreensão da conduta proibida ou para o controlo democrático da incriminação, pois que é o tipo de ilícito que define os critérios de ilicitude e orienta os destinatários da norma quanto às condutas proibidas. Donde, a remissão feita pela norma sancionadora não torna imprevisível o conteúdo da proibição, sendo meramente técnica, informativa e não inovadora, em linha com um dos critérios formulados pelo TC neste âmbito.

Em suma: o artigo XX, ainda que formalmente possa ser considerado norma penal em branco, é conforme com os princípios constitucionais.

2. O problema jurídico em causa prende-se com o princípio da legalidade e com o seu corolário *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*.

O governo, ao alterar um preceito incriminador sem a existência de uma prévia lei de autorização legislativa, faz suscitar a

questão de saber se foi violada a exigência de reserva de lei, i. é., o comando constitucional que determina que apenas a lei em sentido formal pode ser fonte da lei penal (salvo o disposto no artigo 29.º, n.º 2, da CRP), como determina o artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP. O fundamento da reserva de lei em crise deriva da segurança jurídica dos cidadãos e do princípio democrático, pois que, no quadro penal, estão em causa as medidas mais onerosas do ordenamento jurídico, pelo que só a Assembleia da República, enquanto representante dos cidadãos, tem legitimidade para impor esse sacrifício. Todavia, no caso vertente, a nova redação do preceito incriminador é mais favorável aos destinatários das normas, por consubstanciar atenuação da pena, pelo que, numa primeira leitura, poder-se-ia admitir a sua constitucionalidade. Porém, a jurisprudência pacífica do Tribunal Constitucional reconhece vertente positiva ao princípio da reserva de lei em sentido formal, no sentido em que só a Assembleia da República pode definir os crimes, as penas, as medidas de segurança e respetivos pressupostos, mas também negativa, o que compreende a atenuação da responsabilidade jurídico-penal e a descriminalização, desde logo à luz do princípio da separação de poderes. Nestes termos, a alteração legislativa em análise viola aquele comando constitucional.

Em suma: a nova redação do artigo XX padece de inconstitucionalidade formal e orgânica, por violação do princípio da legalidade, no seu corolário lei em sentido formal, nos termos do disposto no artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP.

3. O problema jurídico que o caso encerra relaciona-se com a matéria da aplicação da lei penal no tempo e com o corolário do princípio da legalidade *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*. Mais especificamente ainda, está em causa a temática das leis penais inconstitucionais, colocando-se a questão de saber se se pode aplicar uma lei concretamente mais favorável ao agente, por prever pena menor, que haja sido declarada inconstitucional com força obrigatória geral antes do julgamento.

Nesta sede, o princípio geral é o de que a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, donde, ao ser eliminada do ordenamento jurídico, não produz quaisquer efeitos e não pode ser aplicada pelos tribunais, o que resulta do disposto nos artigos 282.º, n.º 1, 204.º e 3.º, n.º 3, da CRP, ripristinando-se a norma anterior.

Estes casos, em que há sucessão de leis, sendo a última mais favorável declarada inconstitucional com força obrigatória geral antes do julgamento, não está expressamente regulado no artigo 282.º da CRP, que se centra na existência de caso julgado. Para estas hipóteses não expressamente reguladas perfilam-se três posições fundamentais: uma que, na tensão entre o princípio da aplicação retroativa da lei penal de conteúdo mais favorável ao arguido (artigo 29.º, n.º 4 *if*, da CRP) e a proibição de aplicação de leis inconstitucionais (artigo 204.º da CRP), faz vingar esta segunda orientação e apela ao regime do erro constante dos artigos 16.º e 17.º do CP, que, todavia, dificilmente se figura aplicável ao caso, pois que a atuação do agente não teve no seu horizonte o teor da lei inconstitucional mais favorável, por não contemporânea do *tempus delicti* (que se situa em 02.05.2018, nos termos do preceituado no artigo 3.º do CP), sendo também dificilmente defensável invocar que a posterior entrada em vigor da LN (depois declarada inconstitucional) teria criado no agente a expectativa de poder dela beneficiar, pois a aplicação de lei inconstitucional não corresponde a expectativa tutelável; outra posição, sustentada pelos tribunais, nomeadamente pelo STJ, e sufragada pelo TC por exemplo por meio do Ac. 56/84, também não admite a aplicação de leis inconstitucionais, em linha com a posição anterior, mas oferece solução distinta, pois sustenta a aplicação da lei ripristinada (a lei constitucional, *cf.* artigo 282.º, n.º 1, da CRP), mas até ao máximo de pena permitido pela lei inconstitucional; e assim, aplicando tal solução ao caso que se vem analisando, teríamos o seguinte resultado - aplica-se a redação do artigo XX que entrou em vigor na primavera de 2018, até ao limite máximo de pena de 120 dias de multa, já que era esse o limite máximo de pena que a lei inconstitucional permitia; a terceira posição parte da consideração de que, enquanto não há declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, a confiança na validade da norma persiste, donde, procurando o

fundamento do artigo 29.º, n.º 4, 2.ª parte da CRP, radicado nos princípios da igualdade (artigo 13.º da CRP), da necessidade da pena (artigo 18.º, n.º 2, da CRP) e da autovinculação do Estado ao Direito que cria (artigo 2.º da CRP), temos que, no plano dos princípios, por razões de igualdade e de confiança, se deve promover dupla analogia, integrando ainda estes casos no artigo 29.º, n.º 4, 2.ª parte, e 282.º, n.º 3, 2.ª parte, da CRP, o que em termos práticos significaria aplicar a lei declarada inconstitucional.

Em suma: ainda que com fundamentos diferentes, as três posições acabam por concluir que a aplicação pura e simples da lei reprimida e do teor respetivo não ocorrerá, o que parece deixar em crise o princípio geral constante dos artigos 282.º, n.º 1, 204.º e 3.º, n.º 3, da CRP antes aludidos, relevando, pois, de modo variado, o teor da lei declarada inconstitucional com força obrigatória geral, ainda que quanto à primeira orientação referenciada não estejam verificados os pressupostos geradores de eventual erro dos artigos 16.º e 17.º do CP, na medida em que o facto foi praticado antes do início de vigência da LN, que veio a ser declarada inconstitucional com força obrigatória geral.

4. O problema jurídico em causa prende-se com os fins das penas e com a medida da pena cominada ao agente, no contexto da legitimação, fundamentação e função da intervenção penal estatal, sendo de articular o caso com as diferentes correntes sobre a matéria, nomeadamente as que perspectivam a pena como fundamento, retribuição e reparação da culpa ética do agente, assumindo a culpa relação funcional com as finalidades de prevenção (geral e especial), perspectiva que sustenta retirar fundamento da letra do artigo 71.º, n.º 1, do CP; as que reconhecem à pena fins exclusivamente preventivos, radizando tal entendimento na letra do artigo 40.º, n.º 1, do CP, constituindo a culpa pressuposto e limite inultrapassável da medida da pena (artigo 40.º, n.º 2, do CP); e uma outra linha de orientação, centrada nos fins reais das penas, que se distancia das duas posições descritas, focadas nos fins ideais, em que a pena surge como modo de substituição da necessidade de vingança psicológica gerada pelo crime, necessidade racionalizada a partir do princípio da culpa (derivado dos princípios da dignidade da pessoa humana - artigo 1.º da CRP - e da liberdade - artigo 27.º da CRP), e da necessidade da pena (artigo 18.º, n.º 2, da CRP).

Ao condenar o agente na pena máxima por ausência de arrependimento, a decisão parece distanciar-se de qualquer uma das orientações antes descritas, além do que também não encontra abrigo nos critérios de determinação da medida da pena constantes do artigo 71.º, n.º 2, do CP. Depois, centrando a condenação na necessidade de uma *reação contrafática forte*, a decisão apenas pondera a prevenção geral positiva na perspectiva do ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos, sem atender ao aparentemente diminuto desvalor da ação (artigo 71.º, n.º 2, alínea *a*), do CP) e descurando ainda as reais necessidades de prevenção especial que no caso se fazem sentir e que seriam diminutas, dado tratar-se de agente inserido social e profissionalmente, com vida familiar estável e com total ausência de antecedentes criminais (artigo 71.º, n.º 2, alínea *e*), do CP), o que significa que a articulação entre as finalidades de prevenção geral e especial também não foi devidamente ponderada. Por fim, a necessidade de “retribuir a culpa”, embora não corresponda à visão hodierna dos fins das penas, poder-se-ia admitir desde que a retribuição de culpa surgisse na medida necessária para proteger bens jurídicos, observando o princípio da necessidade da pena e da proporcionalidade ou da máxima restrição das penas (artigo 18.º, n.º 2 da CRP), o que, atento o que vai exposto, não parece ter sucedido no caso.

Em suma: a medida concreta da pena é incompatível com os princípios da culpa, da necessidade e da proporcionalidade ou da máxima restrição das penas, pelo que se revela materialmente inconstitucional.