

**Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 124/2004**  
(Publicado no Diário da República, Série I-A, n.º 77, de 31.03.2004)

**Processo n.º 924/03**

Acordam em Plenário no Tribunal Constitucional:

**I**

1 - O procurador-geral-adjunto em funções neste Tribunal pediu, ao abrigo do disposto nos artigos 281.º, n.º 3, da Constituição e 82.º da Lei do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro), a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma constante da parte final do § único do artigo 67.º do Decreto n.º 44 623, de 10 de Outubro de 1962, «enquanto manda aplicar o máximo da pena prevista no artigo 64.º do mesmo diploma para o crime de pesca em época de defeso, quando concorra a agravante de a pesca ter lugar em zona de pesca reservada». Invoca o requerente que a norma já fora «julgada materialmente inconstitucional, por violação dos princípios constitucionais da culpa, da igualdade e da proporcionalidade», nos Acórdãos n.ºs 70/2002, de 19 de Fevereiro (tirado em Plenário, confirmando o Acórdão n.º 95/2001, de 13 de Março, da 3.ª Secção), e 485/2002, de 20 de Novembro, da 2.ª Secção, e na decisão sumária n.º 258/2003, de 27 de Outubro, da 1.ª Secção.

2 - O Primeiro-Ministro foi convidado, nos termos e para os efeitos dos artigos 54.º e 55.º, n.º 3, da Lei do Tribunal Constitucional, a pronunciar-se e respondeu a oferecer o merecimento dos autos.

**II**

3 - É inquestionável que se verificam os pressupostos do pedido previstos nos artigos 281.º, n.º 3, da Constituição e 82.º da Lei do Tribunal Constitucional, pois é certo que naquelas três decisões se julgou inconstitucional a parte final do § único do artigo 67.º do Decreto n.º 44 623, de 10 de Outubro de 1962, «enquanto manda aplicar o máximo da pena prevista no artigo 64.º do mesmo diploma para o crime de pesca em época de defeso, quando concorra a agravante de a pesca ter lugar em zona de pesca reservada».

Passemos, portanto, à apreciação do mérito da pretensão.

4 - O artigo 67.º do [Decreto n.º 44 623, de 10 de Outubro de 1962](#), dispõe o seguinte:

«Artigo 67.º

Constitui circunstância agravante das infracções previstas e punidas pelos artigos 61.º, 62.º, 64.º e 65.º o facto de terem sido praticadas de noite ou em águas onde a pesca for proibida, reservada ou objecto de concessão.

§ único. Quando concorra qualquer destas agravantes, as penas previstas no artigo 61.º nunca poderão ser inferiores a 6 meses de prisão e a 5000\$00 de multa. Nos casos previstos nos artigos 62.º, 64.º e 65.º serão aplicados os máximos das penas.»

As decisões por força das quais foi esta norma julgada inconstitucional remetem, todas elas, para o Acórdão n.º 95/2001, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, de 24 de Abril de 2002, cuja fundamentação é, no essencial, a seguinte:

«[...] O princípio da culpa, enquanto princípio conformador do direito penal de um Estado de direito, proíbe - já se disse - que se aplique pena sem culpa e, bem assim, que a medida da pena ultrapasse a da culpa.

Trata-se de um princípio que emana da Constituição e que, na formulação de José de Sousa e Brito (*loc. cit.*, p. 199), se deduz da dignidade da pessoa humana, em que se baseia a República (artigo 1.º da Constituição), e do direito de liberdade (artigo 27.º, n.º 1); e, nos dizeres de Jorge de Figueiredo Dias, vai buscar o seu fundamento axiológico 'ao princípio da inviolabilidade da dignidade pessoal: o princípio axiológico mais essencial à ideia do Estado de direito democrático' (*Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, 1993, p. 73).

Pois bem: um direito penal de culpa não é compatível com a existência de penas fixas: de facto, sendo a culpa não apenas princípio fundante da pena, mas também o seu limite, é em função dela (e, obviamente também, das exigências de prevenção) que, em cada caso, se há-de encontrar a medida concreta da pena, situada entre o mínimo e o máximo previsto na lei para aquele tipo de comportamento. Ora, prevendo a lei uma pena fixa, o juiz não pode, na determinação da pena a aplicar ao caso que lhe é submetido, atender ao grau de culpa do agente - é dizer: à intensidade do dolo ou da negligência.

A previsão pela lei de uma pena fixa também não permite que o juiz, na determinação concreta da medida da pena, leve em consideração o grau de ilicitude do facto, o modo de execução do mesmo e a gravidade das suas consequências, nem tão-pouco o grau de violação dos deveres impostos ao agente, nem as circunstâncias do caso que, não fazendo parte do tipo de crime, deponham a favor ou contra ele.

Ora, isto pode ter como consequência que o juiz se veja forçado a tratar de modo igual situações que só aparentemente são iguais, por, essencialmente, acabarem por ser muito diferentes. Ou seja: prevendo a lei uma pena fixa, o juiz não tem maneira de atender à diferença das várias situações que se lhe apresentam. Mas, o princípio da igualdade - que impõe se dê tratamento igual a situações essencialmente iguais e se trate diferentemente as que forem diferentes - também vincula o juiz.

A lei que prevê uma pena fixa pode também conduzir a que o juiz se veja forçado a aplicar uma pena excessiva para a gravidade da infracção, assim deixando de observar o princípio da proporcionalidade, que exige que a gravidade das sanções criminais seja proporcional à gravidade das infracções.

Por isso, a norma legal que preveja uma pena fixa viola o princípio da culpa, que enforma o direito penal, e o princípio da igualdade, que o juiz há-de observar na determinação da medida da pena. E pode violar também o princípio da proporcionalidade. E isto é assim, quer a pena que a norma prevê seja uma pena de prisão, quer seja uma pena de multa.

Jorge de Figueiredo Dias (*Direito Penal Português*, cit., p. 193), depois de dizer que decorre da Constituição que a determinação da pena exige cooperação - 'mas também, por outro lado, uma separação de tarefas e de responsabilidades tão nítida quanto possível entre o legislador e o juiz' -, sublinha que 'uma responsabilização total do legislador pelas tarefas de determinação da pena conduziria à existência de penas fixas e, conseqüentemente, à violação do princípio da culpa e (eventualmente também) do princípio da igualdade'.

Este Tribunal, no seu Acórdão n.º 202/2000 (publicado no *Diário da República*, 2.ª série, de 11 de Outubro de 2000), debruçou-se sobre a norma constante do artigo 31.º, n.º 10, da Lei n.º 30/86, de 27 de Agosto - que mandava aplicar a pena fixa de interdição do direito de caçar por um período de cinco anos àquele que caçasse em zonas de regime cinegético especial em épocas de defeso ou com o emprego de meios não permitidos - e concluiu que a mesma era inconstitucional, por violar os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade. Escreveu-se aí:

"Deve, pois, reconhecer-se que a cominação, pela norma em análise, de uma pena fixa, de *quantum* legalmente determinado sem possibilidade de individualização de acordo com as circunstâncias do caso concreto, não se acha em conformidade com a exigência de que à desigualdade da situação concreta (do facto cometido e das suas 'circunstâncias') corresponda também uma diferenciação da sanção penal que lhe é aplicada, e que esta seja proporcional às circunstâncias relevantes de tal situação concreta.

Os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade implicam, na verdade, o juízo de que a cominação de uma pena de interdição do direito de caçar invariável de cinco anos para o 'crime de caça' do artigo 31.º, n.º 10, da Lei n.º 30/86 é materialmente inconstitucional."

Importa, então, saber se a norma *sub iudicio* prevê uma pena fixa, pois, tal sucedendo, ela é constitucionalmente ilegítima nos termos que se deixaram apontados.

[...] Decorre, na verdade, dos princípios da culpa, da igualdade e da proporcionalidade a necessidade de a lei prever penas variáveis: é que só desse modo o legislador abre ao juiz a possibilidade de graduar a pena, fixando-a entre o mínimo e o máximo que a lei prevê, de acordo com todas as circunstâncias atendíveis (grau de culpa, necessidades de prevenção e demais circunstâncias), por forma a punir diferentemente situações que, sendo aparentemente iguais, são, em si mesmas, diferentes, e de modo também a evitar o risco de aplicar penas desproporcionadas às infracções cometidas, tendo em consideração todo o quadro que envolveu a prática de cada uma delas. Ou seja: só prevendo o legislador penas variáveis, pode o juiz adequar a pena à culpa do agente, às exigências de prevenção e, bem assim, às demais circunstâncias que ele deve considerar para encontrar, em concreto, a pena ajustada a cada caso.

Esse resultado não o pode, com efeito, o juiz atingir, lançando mão do instituto da atenuação especial da pena ou, sendo o caso, do da dispensa de pena, a que faz apelo o Acórdão n.º 83/91 para ver consagrada, na norma *sub iudicio*, uma pena que, tão-só tendencialmente, é uma pena fixa, e não uma pena rigidamente fixa: é que, desde logo, a atenuação especial da pena pressupõe que a pena (de prisão ou de multa) aplicável ao caso seja variável (cf. o artigo 73.º do Código Penal); e, depois, supõe a ocorrência de um quadro de circunstâncias com valor fortemente atenuativo ('quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou necessidade da pena', diz o n.º 1 do artigo 72.º do mesmo Código). E, quanto à dispensa de pena, também só pode recorrer-se a ela, quando, estando em causa uma infracção de pequena gravidade (*recte*, uma infracção punível com prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 120 dias), o juiz verificar que são 'diminutas' 'a ilicitude do facto e a culpa do agente'; que o 'dano' já foi 'reparado'; e que 'à dispensa de pena' se não opõem 'razões de prevenção' (cf. o artigo 74.º do mesmo Código).

Estes mecanismos são, de facto, inaptos para - como se escreveu no citado Acórdão n.º 202/2000, a propósito da atenuação especial da pena - 'dar conta da necessária adequação da pena em concreto às circunstâncias a considerar - à culpa do agente e às necessidades de prevenção'.

Recorrendo, de novo, aos dizeres do Acórdão n.º 202/2000:

"Não pode aceitar-se o argumento de que interpretando a norma em causa como prevendo uma pena apenas 'tendencialmente fixa' ela não viola o princípio da igualdade e da proporcionalidade, do qual decorre que a gravidade das penas (e das medidas de segurança) há-de ser proporcional à gravidade das infracções, encaradas sob o ponto de vista, respectivamente, da culpa e das necessidades de prevenção geral (e, para aquelas medidas, da prevenção especial, perante a perigosidade do agente)."

E, mais adiante, ponderou ainda o mesmo Acórdão n.º 202/2000:

'A admissão de que o recurso a estas possibilidades, previstas na lei geral - de atenuação especial da pena e de dispensa de pena -, bastaria para permitir a graduação, no caso concreto, de uma pena prevista na lei como de duração fixa, assim a tornando proporcional às circunstâncias deste, se coerentemente seguida, conduziria, aliás, à conclusão da desnecessidade de previsão de quaisquer molduras penais abstractas, satisfazendo-se as exigências constitucionais da igualdade e da proporcionalidade através daqueles institutos gerais'.»

5 - É esta a orientação que o Tribunal continua a perfilhar e que permite concluir - sem outras considerações adicionais e remetendo para quanto, como fundamentação, se afirma no transcrito Acórdão n.º 95/2001 - pela inconstitucionalidade da norma questionada, na dimensão em apreço.

### III

6 - Pelos fundamentos expostos, o Tribunal Constitucional declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante da parte final do § único do artigo 67.º do Decreto n.º 44 623, de 10 de Outubro de 1962 - enquanto manda aplicar o máximo da pena prevista no artigo 64.º do mesmo diploma para o crime de pesca em época de defeso, quando concorra a agravante de a pesca ter lugar em zona de pesca reservada - por violação dos princípios constitucionais da culpa, da igualdade e da proporcionalidade.

Lisboa, 2 de Março de 2004. - *Pamplona de Oliveira - Bravo Serra - Paulo Mota Pinto - Maria dos Prazeres Beleza - Maria Helena Brito - Benjamim Rodrigues - Vítor Gomes - Artur Maurício - Rui Moura Ramos - Gil Galvão - Maria Fernanda Palma - Mário Torres - Luís Nunes de Almeida.*