

Artigo 8.º

Aprovação e outorga do contrato

Fica o MARN autorizado a aprovar a minuta do contrato e a outorgá-lo, em nome e em representação do Estado.

Artigo 9.º

Licenças

Fica autorizada, para efeitos do disposto no Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de Fevereiro, a utilização do domínio hídrico necessário à execução das obras no leito do rio Trancão, sempre que, decorridos 10 dias sobre a data da notificação à Direcção Regional do Ambiente e Recursos Naturais da natureza dos trabalhos a executar, esta não se pronunciar.

Artigo 10.º

Entrada em vigor

O presente diploma produz efeitos desde o dia 1 de Setembro de 1995.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros de 24 de Agosto de 1995. — *Aníbal António Cavaco Silva* — *Eduardo de Almeida Catroga* — *Joaquim Martins Ferreira do Amaral* — *Maria Teresa Pinto Basto Gouveia*.

Promulgado em 5 de Outubro de 1995.

Publique-se.

O Presidente da República, MÁRIO SOARES.

Referendado em 10 de Outubro de 1995.

O Primeiro-Ministro, *Aníbal António Cavaco Silva*.

Decreto-Lei n.º 290/95

de 10 de Novembro

A orla marítima constitui um valioso património público e um importante espaço de lazer, particularmente durante a época balnear.

Os múltiplos usos, públicos ou privados, daquela faixa não podem constituir factor de degradação do meio ambiente, nem afectar o bem-estar das populações que procuram as praias de banhos.

Importa, pois, assegurar medidas estruturais de protecção da orla marítima, em particular no que respeita aos seus areais espalhados e às formações dunares.

Foram ouvidos os órgãos de governo próprio das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira.

Assim:

Nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 201.º da Constituição, o Governo decreta o seguinte:

Artigo único. — 1 — Até à aprovação dos planos de ordenamento da orla costeira, a que se refere o n.º 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 309/93, os editais de praia carecem de parecer favorável dos directores regionais do ambiente e recursos naturais nas áreas da sua jurisdição, após o que entram imediatamente em vigor.

2 — No interior das áreas protegidas a competência atribuída no número anterior é exercida pelo órgão directivo da respectiva área.

3 — As competências cometidas nos termos do n.º 1 aos directores regionais do ambiente e recursos naturais serão exercidas nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira pelos serviços competentes dos respectivos órgãos de governo próprio.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros de 8 de Setembro de 1995. — *Aníbal António Cavaco Silva* — *Mário Fernando de Campos Pinto* — *Artur Aurélio Teixeira Rodrigues Consolado* — *António Jorge de Figueiredo Lopes* — *Manuel Dias Loureiro* — *Luís Francisco Valente de Oliveira* — *Maria Teresa Pinto Basto Gouveia* — *José Monteiro de Morais*.

Promulgado em 5 de Outubro de 1995.

Publique-se.

O Presidente da República, MÁRIO SOARES.

Referendado em 10 de Outubro de 1995.

O Primeiro-Ministro, *Aníbal António Cavaco Silva*.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão n.º 527/95 — Processo n.º 152/95

Acordam, em plenário, no Tribunal Constitucional:

I — Relatório

1 — O procurador-geral-adjunto em exercício no Tribunal Constitucional, como representante do Ministério Público, veio requerer, invocando os artigos 281.º, n.º 3, da Constituição de República Portuguesa e 82.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, a apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade da norma do artigo 132.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33 252, de 20 de Novembro de 1943, na parte em que estabelece a punição como desertor daquele que, sendo tripulante de um navio e sem motivo justificado, o deixar partir para o mar sem embarcar, quando tal tripulante não desempenha funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do navio.

Fundamenta o pedido no facto de tal norma ter sido «explicitamente julgada inconstitucional, por violação dos princípios da justiça e da proporcionalidade, ínsitos na ideia de Estado de direito democrático, através dos Acórdãos n.ºs 634/93, de 4 de Novembro [publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 76, de 31 de Março de 1994, p. 2952-(20)], 650/93, de 4 de Novembro [publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 76, de 31 de Março de 1994 (e não 4 de Novembro, como, por mero lapso, se refere), p. 2952-(27)], e 141/95, de 15 de Março», este ainda inédito, tendo sido juntas cópias de tais acórdãos.

Notificados, nos termos e para os efeitos dos artigos 54.º e 55.º, n.º 3, da Lei do Tribunal Constitucional, os Srs. Presidente da Assembleia da República e Primeiro-Ministro, apenas respondeu o Presidente da Assembleia da República, oferecendo o merecimento dos autos.

Cumpre, pois, apreciar e decidir.

II — Fundamentos

2 — O Decreto-Lei n.º 33 252, de 20 de Novembro de 1943, aprovou e mandou pôr em execução, pelo seu artigo 1.º, o Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante (adiante, CPDMM), revogando através do seu artigo 3.º o anterior CPDMM, aprovado por Carta de Lei de 4 de Julho de 1864, e toda a legislação que o tinha alterado ou completado.

O CPDMM aprovado em 1943 veio a sofrer uma alteração legislativa em 1975, através do Decreto-Lei n.º 678/75, de 6 de Dezembro, que eliminou as penas de prisão disciplinar.

O artigo 132.º do CPDMM, inserido na secção I («Da deserção»), do capítulo II («Dos crimes em especial») do título II («Dos crimes marítimos»), estabelece o seguinte:

É considerado desertor o tripulante que, não havendo motivo justificado, deixar partir o navio para o mar sem embarcar e, bem assim, aquele que sem autorização superior abandonar o serviço de bordo durante cinco ou mais dias consecutivos.

O pedido formulado pelo procurador-geral-adjunto visa apenas um segmento da norma atrás transcrita, que corresponde, *grosso modo*, à primeira parte do respectivo comando normativo, mas modalizado através de uma importante especificação: o pedido vem restringido aos tripulantes que não desempenhem funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do navio.

Importa ainda referir que o pedido também não abrange a norma do artigo 133.º do CPDMM, que estabelece a punição a aplicar ao tripulante que vier a desertar, ou melhor, que vier a ser considerado desertor, e que previa duas diferentes molduras penais, consoante o tripulante desertasse no porto de partida (prisão simples até um ano) ou em outro qualquer lugar (prisão simples até dois anos).

3 — Dos acórdãos em que vem fundamentado o pedido interessa particularmente considerar os n.ºs 634 e 650 de 1993, porquanto o Acórdão n.º 141/95 se limita a remeter para «as razões» dos outros arestos.

Embora não mencionado no pedido, por lhe ser posterior, não poderá deixar de se referir que, sobre a norma do artigo 132.º do CPDMM, com uma fundamentação essencialmente idêntica à dos acórdãos invocados no pedido, veio a ser proferido, pela 1.ª Secção do Tribunal, o Acórdão n.º 211/95, de 20 de Abril de 1995 (publicado no *Diário da República*, 2.ª série, de 24 de Junho de 1995), em que a decisão proferida assentou nos «princípios da subsidiariedade do direito penal e da necessidade da pena (artigos 2.º e 18.º, n.º 2, da Constituição)».

4 — Os pedidos de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral formulados ao abrigo do preceituado no n.º 3 do artigo 281.º da Constituição — como é o caso dos autos — assentes em juízos concretos de inconstitucionalidade desencadeiam um processo de fiscalização abstracta sucessiva da conformidade constitucional da norma questionada, em que a declaração de tal (des)conformidade não é automática nem obrigatória, antes postulando uma nova apreciação da questão pelo Tribunal, devendo a declaração de inconstitucionalidade — se for nesse sentido a decisão — limitar-se à norma ou normas questionadas, com o âmbito que decorre das respectivas decisões concretas.

Tais decisões julgaram inconstitucional a norma do artigo 132.º do CPDMM, na parte em que estabelece

a punição como desertor daquele que, sendo tripulante de um navio e sem motivo justificado, o deixe partir para o mar sem embarcar, quando tal tripulante não desempenhe funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do navio, fundando-se tais decisões na violação dos princípios constitucionais da justiça e da proporcionalidade, decorrentes da ideia de Estado de direito democrático.

Escreveu-se, com efeito, no Acórdão n.º 634/93, depois de se terem abordado duas outras perspectivas de apreciação da norma em causa face à factualidade constante dos autos, designadamente a da violação do princípio da igualdade de tratamento entre o pessoal de terra e o pessoal de mar e da violação do direito de escolher livremente a profissão, derivada do facto de a norma em causa criar eventualmente uma situação de trabalho obrigatório, perspectivas estas que não foram consideradas decisivas, o seguinte:

6 — Seja como for, uma abordagem mais incisiva da matéria em causa é, porém, a que pode ser feita à luz do princípio da subsidiariedade do direito penal (ou princípio da máxima restrição das penas), que, como é sabido, limita a intervenção da norma incriminadora aos casos em que não é possível, através de outros meios jurídicos, obter os fins pretendidos pelo legislador.

É certo que o princípio da subsidiariedade do direito penal não resulta expressamente das normas que correspondem à chamada «constituição penal» (artigos 27.º e seguintes da Constituição). Todavia, ele não é mais do que uma aplicação, ao direito penal e à política criminal, dos princípios constitucionais da justiça e da proporcionalidade, este aflorado designadamente no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, e ambos decorrentes, iniludivelmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignada no artigo 2.º da lei fundamental.

Segundo Jescheck (*Tratado de Derecho Penal — Parte General*, trad., Bosch, 1986, p. 34), o princípio da proporcionalidade dos meios (proibição do excesso), também com consagração constitucional no direito alemão, refere-se ao conceito de Estado de direito material e foi introduzido expressamente no direito criminal como pressuposto de determinação das medidas penais. Deste princípio, bem como dos da protecção da dignidade da pessoa humana e da protecção geral da liberdade, resulta a limitação do direito penal à intervenção necessária para «assegurar a convivência humana na comunidade».

Como é sabido, entre nós, a consagração constitucional destes princípios não merece contestação desde a revisão constitucional de 1982.

Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1.º, p. 170), o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio adequado para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); princípio da justa medida, ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos).

Ora, se parece controversa a afirmação de que a norma incriminadora em causa viola o princípio da proporcionalidade na primeira destas decorrências, e se não parece ainda totalmente líquido que o viola na segunda, já é indiscutível que o viola na terceira.

Com efeito, ao tornar criminoso a conduta de um trabalhador de bordo cujas funções não estão directa e normalmente relacionadas com a segurança do navio, mas apenas têm a ver com a actividade económica através dele exercida, a norma em causa revela-se excessiva.

É que, como afirma o Prof. Figueiredo Dias, «num Estado de direito material, de raiz social e democrática, o direito penal só pode e deve intervir onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre desenvolvimento e realização da personalidade de cada homem» «O sistema sancionatório do direito penal português no contexto dos modelos da política criminal», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1, pp. 806-807). Daqui decorre, para o mesmo autor, que não devem constituir crimes — ou, sequer, caber no objecto do direito penal — as condutas, entre outras, que, «violando embora um bem jurídico, possam ser suficientemente contrariadas ou controladas por meios não criminais de política social; com o que a *necessidade social* se torna em critério decisivo de intervenção do direito penal: este, para além de se limitar à tutela de bens jurídicos, só deve intervir como *ultima ratio* da política social» («O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social», *Jornadas de Direito Criminal — O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Centro de Estudos Judiciários, p. 323).

Pode, assim, reconhecer-se que haverá que pesar os diversos bens e valores em causa para efectuar uma «ponderação de interesses segundo as circunstâncias do caso concreto», para averiguar «se o sacrifício dos interesses individuais que a ingerência comporta mantém uma relação razoável ou proporcionada com a importância do interesse estatal que se trata de salvaguardar», já que, «se o sacrifício resulta excessivo, a medida deverá ser considerada inadmissível, ainda que satisfaça os restantes pressupostos e requisitos decorrentes do princípio da proporcionalidade» (Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Colex, p. 225).

A este propósito, escreveu José de Sousa e Brito («A lei penal na constituição», *Estudos sobre a Constituição*, vol. 2.º, p. 218):

Entende-se que as sanções penais só se justificam quando forem necessárias, isto é, indispensáveis, tanto na sua existência como na sua medida, à conservação e à paz da sociedade civil. Uma vez que as sanções penais se traduzem numa limitação mais ou menos grave dos direitos individuais, o princípio restritivo dirá que essa limitação será a menor que as necessidades da conservação e da paz sociais consentirem. Haverá de adquirir em cada caso a convicção de que, se a sanção fosse suprimida ou reduzida, a ordem social poderia ser posta em causa.

É evidente que o juízo sobre a necessidade do recurso aos meios penais cabe, em primeira linha, ao legislador, ao qual se há-de reconhecer, também nesta matéria, um largo âmbito de discricionariedade. A limitação da liberdade de conformação legislativa, nestes casos, só pode, pois, ocorrer quando a punição criminal se apresente como *manifestamente* excessiva.

In casu, a incriminação não é, claramente, necessária para assegurar a navegabilidade da embarcação, tendo em conta as funções atribuídas ao arguido. E, para permitir um regular desenvolvimento da actividade económica da pesca de longo curso, configura-se como um recurso a meios desproporcionadamente gravosos para a prossecução desse objectivo, só compreensível por se tratar de uma disposição obsoleta, constante de um diploma pré-constitucional, elaborado à luz de valores evidentemente contraditórios com os consignados na Constituição vigente.

5 — No aresto acabado de transcrever, na parte com relevo para o caso, o juízo que conduziu à censura de inconstitucionalidade foi predominantemente conduzido à luz das exigências decorrentes do princípio da subsidiariedade do direito penal dentro de um quadro que se caracteriza pela não proibição directa, por parte da Constituição, da criminalização de condutas.

Ora, assentando o direito criminal de um Estado de direito democrático na *dignidade da pessoa humana* e sendo a culpa entendida como fundamento legitimador e limite ou, pelo menos, um dos fundamentos irrenunciáveis da aplicação de qualquer pena (cf. Figueiredo Dias, «Os novos recursos da política criminal», separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1983, fl. 27), em quaisquer situação de interrogação sobre a qualificação de certa conduta como «crime», há que averiguar da relação entre «a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal», para poder responder à questão de saber se existe uma correspondência legitimadora de tal qualificação (princípio da congruência, que decorre do artigo 18.º, n.º 2, em conjugação com o artigo 2.º, ambos da Constituição da República Portuguesa).

O direito penal é inquestionavelmente um «direito de protecção de bens jurídicos», e o recorte do respectivo âmbito material, isto é, a delimitação dos comportamentos sociais que devem ter-se por merecedores de uma reacção criminal, há-de assentar no *princípio da necessidade*.

Com efeito, o Estado de direito material só pode consentir a intervenção do direito penal ali onde «se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais do livre desenvolvimento da personalidade de cada homem», na formulação de Figueiredo Dias transcrita do Acórdão n.º 634/93, ou seja, o direito penal há-de limitar-se à protecção das condutas gravemente perturbadoras da ordem social, que por isso afectem a vida em comunidade e que, para além disso, tenham uma séria ressonância ética, não devendo a punição de tais condutas ser vista num puro plano sociológico, mas antes ético-jurídico.

Ainda segundo Figueiredo Dias, «mesmo quando uma conduta viola um bem jurídico, os instrumentos jurídico-penais devem ficar fora de questão sempre que a violação possa ser suficientemente controlada ou contrariada por meios não criminais de política social» (*ibidem*), pelo que, de entre o conjunto de medidas legislativas a que é possível recorrer para a protecção de

bens jurídicos, o direito criminal não só deve ser o último recurso do legislador (*princípio da subsidiariedade*) como também, uma vez decidida a sua intervenção, deve ela ser guiada pelo *princípio da máxima restrição das penas*.

6 — Como se referiu, o Acórdão n.º 634/93 fez radicar o juízo de inconstitucionalidade nele vertido primordialmente nos princípios da subsidiariedade do direito penal, da justiça e da proporcionalidade, este afluído no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, e todos ancorados na ideia de Estado de direito democrático consagrado no artigo 2.º da Constituição.

Pelo seu lado, a fundamentação constante do Acórdão n.º 211/95, da 1.ª Secção, vai radicar essencialmente no momento da ponderação das condutas merecedoras de criminalização, como decorre do seguinte passo do acórdão:

O que justifica a inclusão de certas situações no direito penal é a subordinação a uma lógica de estrita necessidade das restrições de direitos e interesses que decorrem da aplicação de penas públicas (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição). E é também ainda a censurabilidade imanente de certas condutas, isto é, prévia à normatização jurídica, que as torna aptas a um juízo de censura pessoal.

Em suma, é, desde logo, a exigência de dignidade punitiva prévia das condutas, enquanto expressão de uma elevada gravidade ética e merecimento da culpa (artigo 1.º da Constituição, do qual decorre a protecção da essencial dignidade da pessoa humana), que se exprime no princípio constitucional da necessidade da pena (e não só da subsidiariedade do direito penal e da máxima restrição das penas que pressupõem apenas, em sentido estrito, a ineficácia de outro meio jurídico), que é posta em causa pela norma incriminadora contida nos artigos 132.º e 133.º do CPDMM, pelo menos na parte em que não há adstricção directa do tripulante à manutenção, segurança e equipagem do navio.

De qualquer modo, é inegável que cabe ao legislador o juízo sobre a necessidade de recurso aos meios penais, dispondo, nesta matéria, de uma ampla margem de liberdade, dado que inexistente na Constituição qualquer proibição de criminalização. Porém, a criminalização de condutas deve restringir-se aos comportamentos que violem bens jurídicos essenciais à vida em comunidade, devendo a liberdade de conformação do legislador ser limitada sempre que a punição criminal se apresente como manifestamente excessiva ou o legislador actue de forma voluntarista ou arbitrária, ou ainda as sanções se mostrem desproporcionadas ou desadequadas, isto é, não assegurem «a justa medida dos meios (penais) e dos fins (das penas)», não se garantindo uma «adequada proporção» entre as sanções e os factos que elas se destinam a punir.

Ora, a norma do artigo 132.º do CPDMM, no segmento em apreciação, ao estabelecer a punição criminal, como desertor, do tripulante que, não desempenhando funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do navio, o deixe partir para o mar sem motivo justificado, desde que tal comportamento não ponha em causa a navegabilidade da embarcação, está a sancionar pela norma mais grave uma actuação que não tem relação directa com o exercício da função marítima e que não justifica o re-

curso a meios social e humanamente tão gravosos como é a prevista incriminação como desertor, susceptível de acarretar uma pena de prisão até um ou dois anos (artigo 133.º do CPDMM).

A norma em apreciação consta de um diploma de 1943, uma época ainda dominada pelo grande relevo atribuído ao serviço público de transportes marítimos, quer de passageiros quer de mercadorias, e em que tinha grande repercussão económica a actividade pesqueira de alto mar ou ao largo, o que torna de certo modo compreensível a estatuição sancionatória nela contida.

Porém, tal compreensão não pode ir ao ponto de permitir que, face a um direito penal de justiça, assente na dignidade da pessoa humana e estruturado nos *princípios da culpa* (fundamento legitimador e limite das penas), *da necessidade* (só devem ter dignidade penal os bens jurídicos comunitários cuja violação atinja aspectos essenciais da vida em sociedade e alcancem elevada gravidade ética), *da subsidiariedade e da máxima restrição das penas* (as sanções penais hão-de ser sempre o último recurso das medidas legislativas para protecção e defesa dos bens jurídicos), *da proporcionalidade* (deve ser garantida uma adequada proporção entre as penas e os factos a que se aplicam), se mantenha essa norma para punir criminalmente a conduta de um trabalhador de bordo cujas funções não estão directa e normalmente ligadas com a segurança do navio, isto é, não afectam bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, designadamente não põem sequer em causa o valor de salvaguarda da vida humana no mar, valor este, sim, merecedor de uma tutela mais atenta da ordem jurídica, ou seja, se mantenha tal norma apenas para defender o exercício da actividade económica desenvolvida a bordo.

Tem de se reconhecer que se trata de um meio excessivo, desproporcionado para realizar tal finalidade, pelo que se conclui que a norma do artigo 132.º do CPDMM, ao não respeitar o princípio da subsidiariedade do direito penal e da necessidade da pena, viola os princípios constitucionais da justiça e da proporcionalidade, decorrentes da ideia de Estado de direito democrático (artigos 18.º, n.º 2, e 2.º da Constituição).

III — Decisão

O Tribunal Constitucional, na sequência do exposto, decide declarar, com força obrigatória geral, por violação dos artigos 2.º e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, a inconstitucionalidade da norma do artigo 132.º do CPDMM, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38 252, de 20 de Novembro de 1943, na parte em que estabelece a punição daquele que, sendo tripulante de um navio e sem motivo justificado, o deixe partir para o mar sem embarcar, quando tal tripulante não desempenhe funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança, equipagem do mesmo navio.

Lisboa, 4 de Outubro de 1995. — Vítor Nunes de Almeida — Guilherme da Fonseca — Armindo Ribeiro Mendes — Fernando Alves Correia — Antero Alves Monteiro Dinis — Messias Bento — Maria Fernanda Palma — José de Sousa e Brito — Alberto Tavares da Costa — Luís Nunes de Almeida — Bravo Serra (vencido pelas mencionadas razões jurídicas que utilizei na declaração de voto que apus ao Acórdão n.º 634/93) — José Manuel Cardoso da Costa.

