**Aplicação da lei penal no tempo e no espaço**

*AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO*

* **NO TEMPO**

**Proibição da aplicação retroativa da lei penal desfavorável**

*Art. 29 CRP + art. 1 e 2 CP* – ninguém pode ser sentenciado penalmente senão em virtude de lei anterior (...)

Os dois fundamentos da proibição da eficácia retroativa da lei penal são (1) garantia do cidadão face ao poder punitivo do Estado, (2) função preventivo-geral de intimidação ou dissuasão imputada à pena.

Tempus delicti – momento em que se deve considerar cometido o crime.

* Decompõe-se em vários elementos: ação e resultado, que podem ocorrer em momentos diferentes. É necessário averiguar qual o momento decisivo para ver se a lei penal é anterior ou posterior.
* Atualmente a doutrina concorda que o momento decisivo é o momento da conduta, ao invés do momento do resultado – art. 3.
* A função da norma é, entre outras, determinar os cidadãos a não praticarem certa ação, assim, o momento relevante de violação da norma será o momento da conduta e não o do resultado. É porem evidente que a razão da proibição é evitar o resultado, evitar a lesão de bens jurídicos.
* Há casos em que a conduta se protrai por um tempo mais ou menos longo, por exemplo: crimes duradouros, habituais, de omissão, continuados, de comparticipação e actio libera in causa.
	+ Entre o início da conduta e o seu termo, pode surgir uma lei criminalizadora ou uma lei que altere a pena.

Tratando-se de **lei criminalizadora** – só podem ser consideradas as ações que foram praticadas depois do seu inicio de vigência.

Quando a **nova lei é favorável** – há lugar à aplicação retroativa.

Quando a **alteração legislativa agrava a pena** – deve aplicar-se a lei antiga exceto quando a totalidade dos pressupostos típicos da lei nova se tenham verificado na vigência desta.

Exemplos:

- a pena do furto qualificado aumentou – lei nova. No decurso do furto continuado, após a vigência da nova lei, não ocorreu nenhum furto qualificado, só simples, então não se pode aplicar a lei nova.

- a lei nova agrava a responsabilidade penal pelo crime, se cometeu muitos crimes (por exemplo usura habitual) antes da lei ter entrado em vigor, e apenas 1 depois da lei ter entrado em vigor, não podemos aplicar.

- no casos de omissão, a lei nova só poderá aplicar-se quando entrar em vigor antes de esgotada a ultima possibilidade de uma intervenção adequada a prevenir o resultado.

**Aplicação retroativa da lei penal favorável**

A razão fundamental histórica da aplicação retroativa da lei penal favorável foi a atribuição, à pena, de uma função essencialmente preventiva geral e/ou especial.

Se o legislador entende que o facto que era considerado crime já não o deve ser, ou se entende que uma pena menos grave é suficiente para satisfazer as necessidades de prevenção geral e especial, deixa de ter sentido aplicar a lei antiga, devendo aplicar-se a lei nova.

Se o legislador entende que uma pena menos grave, e então, menos limitadora dos direitos fundamentais, especialmente da liberdade, é suficiente para satisfazer as necessidades de prevenção geral e especial, terá de aplicar-se retroativamente.

Por outro lado, aplicar uma pena que, no momento do julgamento ou mesmo da execução, já é considerada desnecessária, seria inconstitucional.

Art. 18/2 CRP – restrição mínima dos direitos fundamentais da pessoa / da liberdade.

Art. 29/4 CRP – retroatividade das leis penais favoráveis.

Art. 2/2 e 4 CP – mais favorável.

* **Eficácia temporal de lei que converte contraordenação em crime ou vice-versa**

Esta não é uma verdadeira sucessão de leis penais, pois temos duas leis de natureza jurídica diferente, uma penal e outra contraordenacional.

Então, nestes casos, não funciona o princípio da aplicação da lei penal mais favorável.

1. Lei nova passa a qualificar a conduta contraordenacional como crime

Estamos perante uma lei criminalizadora, e assim, tendo em conta o princípio da proibição da retroatividade da lei penal desfavorável, a lei nova só se poderá aplicar aos factos praticados depois da sua entrada em vigor.

Relativamente aos factos praticados durante a vigência da lei antiga, a questão é: vamos sancioná-los como contraordenações, face à lei que estava em vigor durante a sua prática, apesar desta já ter sido revogada? Se já tiverem sido julgados, as sanções devem ser executadas na mesma?

* *Art. 3/2 do DL 433/82*: aplica-se a lei mais favorável ao arguido.
	+ Porém, aqui não há uma sucessão de duas leis contraordenacionais. O que acontece é que a lei contraordenacional que punia o facto foi simplesmente revogada. Assim parece não haver solução.
	+ MAS, relativamente ao direito de ordenação social, a lei que foi revogada afigura-se como uma lei descontraordenacional, e assim, favorável ao arguido.
	+ Assim será possível a sua aplicação retroativa, pelo que não se pune o arguido pelas contraordenações praticadas antes da lei criminalizadora.

Disto resulta alguma injustiça, pois, quando o legislador decide agravar a responsabilidade jurídica por uma conduta, que passa a ser crime em vez de contraordenação, muitos vão ser irresponsabilizados juridicamente por praticar tais factos.

* Problema: o legislador, no Regime Geral das Contra-Ordenações não ter previsto esta hipótese e não ter estabelecido que as contraordenações praticadas antes da entrada em vigor da lei criminalizadora devem permanecer punidas como tal.
* Solução: o legislador da lei criminalizadora incluir uma norma transitória que estabeleça que as contraordenações cometidas antes da entrada da lei em vigor seriam punidas como tal.
1. Lei nova converte o facto crime em contraordenação

Estamos perante uma lei descriminalizadora, todos os factos praticados durante a sua vigência deixam de ser puníveis penalmente, por força do princípio da aplicação retroativa da lei favorável. Se ainda não se iniciou o processo criminal, não se inicia; se já está em curso, extingue-se; mesmo que já tenha ocorrido trânsito em julgado, cessa a execução da pena.

A questão aqui é: não podendo ser punidos penalmente os factos praticados durante a vigência da lei antiga, poderão ser punidos como contraordenação com base na lei nova, sendo que as novas sanções são menos gravosas que as penais da lei antiga?

* Estamos perante uma sucessão de leis de natureza jurídica diferente, o que não nos permite aplicar nem o art. 2/4 CP nem o 3/2 DL 433/82.
* Face também ao art. 3/1 DL 433/82, a lei contraordenacional só vale para o futuro, só podendo ser aplicada aos factos praticados depois do seu início de vigência.
* Solução: norma transitória que estabeleça a punição dos factos praticados durante a antiga lei penal como contraordenações.
	+ Esta solução, desde que apoiada numa autorização da AR, não seria inconstitucional, sendo que as sanções contraordenacionais são efetivamente mais favoráveis do que as sanções penais anteriormente estabelecidas e as novas sanções não restringem a liberdade do agente (não violando o art. 29/4 CRP).

Conclusão

Não existindo uma norma transitória, os factos anteriores à lei nova têm necessariamente que ser punidos como factos descriminalizados.

NOTA: se se tratar de uma cena que não era crime e agora é contraordenação, seria obviamente inconstitucional aplicar a norma retroativamente.

* **Lei penal intermédia**

Lei cujo inicio de vigência é posterior ao momento da prática do facto e cujo termo de vigência ocorre antes do julgamento.

Não está em vigor em nenhum dos momentos referenciais – o da conduta e o do transito em julgado.

O problema da sua aplicabilidade só existe quando a lei intermédia é mais favorável e, sendo mais favorável, vai aplicar-se.

Por se aplicar a uma conduta praticada antes da sua entrada em vigor, é **retroativa**.

Por se aplicar depois da sua vigência já ter terminado, é **ultra-ativa**.

A sua aplicabilidade é fundamentada pelos princípios da segurança individual, da máxima restrição da pena e pelo princípio da justiça relativa ou igualdade de tratamento de casos idênticos.

* **Determinação da lei penal mais favorável**
1. Ponderação abstrata ou concreta?

Ponderação concreta, é relativamente ao caso sub ijudice que se deve determinar qual das leis mais favorece o infrator.

Isto pressupõe que o tribunal realize todo o processo da determinação da pena concreta, segundo cad auma das leis. Isto é, a não ser que numa ponderação abstrata seja óbvio que uma das lei é claramente mais favorável. Exemplo: pena de 8 a 16 vs pena de 4 a 12.

Podem surgir dificuldades quando:

* As penas são heterogéneas, por exemplo prisão vs multa.
* Uma pena tem o limite mínimo superior ao limite mínimo da outra, mas o limite máximo inferior, ou vice-versa.
	+ Exemplo: lei antiga estabelece 1 a 10 anos, lei nova estabelece 3 a 8 anos.

Nestes casos recorre-se à ponderação concreta.

Há ainda a possibilidade do arguido, em caso de dúvida, dizer qual das penas prefere.

Isto não acontece frequentemente, mas, por exemplo: pena de prisão de 1 ano vs multa até 100 dias. Pela primeira o tribunal decide como pena concreta 2 meses de prisão, e pela segunda 50 dias-multa a 50 euros. Embora a maioria preferisse a multa, o concreto arguido pode preferir 2 meses de prisão porque esta, p.e. desempregado.

1. Ponderação unitária ou diferenciada?

**Unitária**: a lei deve ser aplicada na totalidade das suas disposições sobre a pena principal, penas acessórias e pressupostos processuais.

**Diferenciada**: deve proceder-se ao confronto de cada uma das disposições das leis em causa, devendo aplicar-se as disposições, contidas nas duas leis, que sejam mais favoráveis.

A generalidade da doutrina opta pela ponderação unitária, mas a Bárbara e o Taipa defendem a ponderação diferenciada.

Isto decorre do princípio politico-criminal da intervenção mínima e ainda do facto da ponderação diferenciada se basear nas diferentes fundamentações e teleologias das penas principais, acessórias e pressupostos processuais.

* A pena principal é determinada pelo legislador principalmente em função da gravidade do crime.
* A pena acessória está relacionada com a personalidade e atividade do agente.
* Os pressupostos processuais, embora por vezes relacionados com a menor gravidade do crime, também se fundamentam nos eventuais interesses da vitima (não ser “exposta”) e dos interesses pragmáticos da funcionalidade do sistema judiciário penal.

Conclui-se com isto que, em noma do princípio da mínima restrição dos direitos e liberdades fundamentais e da autonomia teleológico-material das disposições normativas, devem ser aplicadas as disposições mais favoráveis ao arguido, mesmo que constem de leis diferentes.

Argumento do STJ: o art. 2/4 utiliza o termo “regime” em vez de “normas” (mais favoráveis). Argumento parvo porque também usa “disposições legais” e “normas” como sinónimos.

Assim, se a lei antiga estabelecia pena principal de 6 meses a 3 anos de prisão e pena acessória de suspensão do exercício da profissão durante 1 ano e a lei nova estabelece apenas a pena principal de 1 a 5 anos, aplicamos a lei antiga quanto à pena de prisão e, retroativamente, a lei nova quanto à pena acessória (não tem).

p. 189

* **Leis temporárias**

Lei penal que, visando prevenir a prática de determinadas condutas numa situação de emergência ou de anormalidade social, se destina a vigorar apenas durante essa situação, pré-determinando ela própria a data da cessação da sua vigência.

Art. 2/3 CP – quando a lei valer para um determinado período de tempo, continua a ser punível o facto praticado durante esse período.

Isto leva a problemas de compatibilização com o princípio da retroatividade da lei penal mais favorável

A especialidade deste regime é que se aplica a todas as condutas nele previstas e praticadas durante a sua vigência, independentemente de, no momento do julgamento, a lei temporária já não estar em vigor.

Dois pressupostos:

1. Material: situação de emergência. Condição necessária da legitimidade material politico-criminal e constitucional da lei temporária. Sem isto, a lei temporária será inconstitucional, por violar o princípio da retroatividade favorável, mantendo uma ultra-atividade desfavorável.
2. Formal: a própria lei tem de estabelecer o seu próprio prazo de vigência. Atingida a data, se a situação de emergência ainda perdurar, deve o legislador aprovar nova lei que fixe nova data para a cessação da vigência da lei temporária.

O regime especial da lei temporária não é considerado uma exceção, pois tal seria inconstitucional.

O que acontece é uma alteração da situação fáctica e não uma alteração da valoração politico-criminal.

A lei temporária não precisa de ser uma lei criminalizadora, pode apenas agravar a responsabilidade penal pela prática de um facto que, normalmente, já é punido como crime.

Pode haver ainda uma verdadeira sucessão de leis temporárias. Pode o legislador aprovar uma lei temporária, e depois da sua entrada em vigor perceber que esta é excessiva, mesmo tendo em conta a situação. E então, decide aprovar uma nova lei temporária que reduz a pena estabelecida na lei anterior. Aqui temos evidentemente uma verdadeira sucessão de leis penais temporárias, pois há identidade na situação fáctica. Assim, aplicar-se-ia, aos factos praticados durante a vigência da primeira lei, a segunda lei, por ser mais favorável.