

# O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CRIMINAL: UMA REVISITAÇÃO À LUZ DE CONCRETAS EXIGÊNCIAS DE JUSTIÇA MATERIAL<sup>1</sup>

MÁRIO FERREIRA MONTE

Professor na Escola de Direito da Universidade do Minho

## 1. O princípio da legalidade criminal a partir de Beccaria

Cesare Beccaria foi o Autor que, em primeiro lugar<sup>2</sup>, definiu o princípio da legalidade criminal e lhe apontou uma importância histórica. No seu *Dei Delitti e delle Pene*, em 1764, começa por afirmar que “[a]s leis são as condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em um contínuo estado de guerra e de gozar uma liberdade tornada inútil pela incerteza de ser conservada”. Em seguida, extrai consequências: “somente as leis podem fixar as penas correspondentes aos delitos; e este poder só ao legislador pode pertencer, ele que representa toda a sociedade unida por um contrato social; nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode com justiça infligir penas a um outro membro da mesma sociedade”. Era o enunciado do célebre brocardo “Nulla poena sine lege”, mais tarde sistematizado por Feuerbach<sup>3</sup>, chegando aos nossos dias com uma formulação típica de

---

<sup>1</sup> Este texto é o resultado escrito de uma intervenção oral, realizada na Universidade Lusófona do Porto, no dia 28 de maio de 2014, no Ciclo de Conferências dos 250 Anos da obra de Cesare Beccaria, “Dos Delitos e das Penas”, organizado por aquela Universidade, e também de algumas reflexões vertidas em alguns escritos referenciados neste trabalho. Nesta circunstância gostaria de agradecer pessoalmente aos organizadores daquelas conferências, em particular a Senhora Professora Doutora Inês Godinho e a Senhora Professora Doutora Alexandra Vilela, pelo convite na participação naquele ciclo de conferências e, agora, nesta publicação.

<sup>2</sup> Nesse sentido, sem qualquer hesitação, RAFAEL DOMINGO (dir.), JAVIER ORTEGA e BEATRIZ RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, *Principios de Derecho Global. Aforismos Jurídicos Comentados*, Navarra: Thomsom/Aranzadi, 2003, p. 176.

<sup>3</sup> Cfr. RAFAEL DOMINGO (dir.), *et. al.*, *Principios, cit.*, p. 177. Explica GIORGIO MARINUCCI, “Cesare Beccaria, um nosso contemporâneo”, in CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, trad. de FARIA COSTA e rev. de PRIMOLA VINGIANO, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 44, que o “latinório moderno” mais desenvolvido tem na sua base a “fórmula mais curta do latinório setecentista, forjada por Feuerbach (“nullum crimen, nulla poena sine lege”). Mas nesta expressão “compreendia-se o

um Estado democrático de direito, no acolhimento de várias dimensões: “nullum crimen, nulla poena sine lege penali, praevia, stricta et scripta”.

Trata-se, indubitavelmente, de uma das mais relevantes conquistas da humanidade, em termos axiológico-jurídicos. Foi a expressão do garantismo penal<sup>4</sup>, a significar a impossibilidade de alguém ser condenado por um facto que não fosse previamente tido como crime e sem a correspondente previsibilidade da pena. Foi o triunfo da dignidade da pessoa humana, a impor que *até* os potenciais criminosos têm o direito de ser tratados como pessoas, longe de qualquer aleatoriedade, muito simplesmente porque os direitos, liberdades e garantias não podem ficar sujeitos a soluções exclusivamente pessoais.

Ninguém duvida da sua importância e seria impensável – volvidos mais de 250 anos, sobretudo na Europa continental e em tantos ordenamentos jurídicos inspirados nos que a Ilustração foi capaz de produzir – pensar-se hoje na sua superação.

## **2. A necessidade de uma leitura atualizada do princípio da legalidade criminal**

Isto não impede, bem pelo contrário, que sobre o seu enunciado, e assumido hoje como um dos esteios dogmáticos mais consolidados do direito penal da modernidade, se faça uma leitura permanentemente atualizada. E isto por duas razões essenciais: por um lado, porque é isso que decorre do pensamento de Beccaria; por outro, porque há mesmo razões recentes e objetivas para o fazer.

Quanto à primeira razão, não podemos deixar de assinalar o que disse o Marquês de Beccaria na obra que o celebrou: “a justiça humana – isto é, política – não sendo senão uma relação entre acção e o estado variável da sociedade, pode variar à medida que aquela acção se torna necessária ou útil para a sociedade, e ela só é compreensível para quem analise as complicadas e variadíssimas relações das combinações civis”<sup>5</sup>. Pois bem, o princípio da legalidade criminal, como qualquer outro princípio jurídico,

---

ensinamento claro de Beccaria, escrito sobre o portal da casa que abriga o direito penal liberal – só leis *claras e precisas* podem prever delitos e penas”.

<sup>4</sup> Nesse sentido, FARIA COSTA, “Ler Beccaria hoje”, in CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, trad. de FARIA COSTA e rev. de PRIMOLA VINGIANO, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 7 e s.

<sup>5</sup> Vide CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, trad. de FARIA COSTA e rev. de PRIMOLA VINGIANO, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 60.

nem é absoluto nem imutável. Prova disso é que as diversas refrações com que é hoje apresentado e aplicado aprofunda em diferente grau a ideia inicial apresentada por Beccaria. Por isto, também se torna legítimo saber se não pode ser concretizado à luz de outros princípios, que nos tempos que correm imponham, não uma sua superação, mas uma determinada concretização.

Quanto à segunda razão, há hoje dados, vindos sobretudo da política criminal, com inevitáveis implicações processuais, que sugerem uma releitura do princípio da legalidade criminal. Vale a pena deter a nossa atenção sobre este segundo ponto.

## 2.1. Os casos de direito penal internacional

Em primeiro lugar, os casos de julgamento *ad hoc* em matéria penal, de crimes internacionais, como foram os de Nuremberga, de Tóquio, da ex-Jugoslávia ou do Ruanda, e praticamente todos aqueles que existiram antes do Tribunal Penal Internacional, em que se julgaram factos considerados criminosos, não à luz do direito positivo desses Estados, mas de princípios que, numa expressão, poderão designar-se por direito penal *costumeiro*<sup>6</sup>, implicam um outro modo de conceber e aplicar o princípio da legalidade criminal. Antecipemos que tais situações não podem ser consideradas puras derrogações do princípio da legalidade criminal. Antes, concretizações do princípio por força de outros princípios, nomeadamente o de justiça.

Na verdade, se é legítimo questionar em casos como estes, em face do artigo 29.º da Constituição portuguesa, se o princípio da legalidade criminal – “Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a ação ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior” –, não estaria posto em causa<sup>7</sup>, parece igualmente aceitável que, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, se admita “a punição, nos limites da lei interna, por ação ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos”. É que deste modo, embora não estejamos perante uma manifestação típica do princípio da

---

<sup>6</sup> A expressão baseia-se numa outra de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. Tomo I, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 179, referindo-se ao “direito (internacional) costumeiro”.

<sup>7</sup> Hipótese que FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, cit.*, p. 178, chega a colocar.

legalidade criminal, a verdade é que, como explica Figueiredo Dias<sup>8</sup>, “hoje é seguro que o princípio *nullum crimen sine lege* constitui um princípio geral de direito internacional, embora o seu ‘modo’ seja diverso, uma vez que no termo *lege* se inclui também o *direito (internacional) costumeiro*”. E isto é assim, mesmo que se admita que uma tal visão possa “trazer problemas graves quanto à exigência de determinabilidade das condutas puníveis”<sup>9</sup>.

O certo é que, vistas bem as coisas, do que falamos é de um outro modo de encarar o princípio da legalidade criminal, não de um modo clássico, como o enunciou Beccaria, mas de um jeito que, arvorado em “princípio geral de direito internacional”, legitime o julgamento de condutas que, não estando como tais positivadas, possam ser consideradas criminosas à luz de “princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos”, e com isso evitar-se a impunidade dos seus agentes.

Como já dissemos em outra ocasião<sup>10</sup>, não será de todo descabido reconhecer que a intervenção penal nestes casos justificar-se-á por ingentes e universais razões de justiça e não por obediência estrita ao princípio da legalidade (no sentido da exigência de uma lei prévia e escrita que tipifique a conduta), embora tais razões de justiça, bem vistas as coisas, sejam as mesmas que justificariam – como veio a suceder com o Estatuto do Tribunal penal Internacional – a tipificação de tais comportamentos. E, portanto, são sempre razões de justiça que estão na base da tipificação criminal.

## **2.2. Os casos de justiça penal consensual ou negociada e as críticas, improcedentes, em nome do princípio da legalidade criminal**

Mas há outras situações e outros desafios, mais recentes na experiência europeia continental, que nos levam a uma reflexão mais funda do princípio da legalidade criminal. Elas implicam uma releitura deste princípio à luz da relação entre o direito penal material e o direito processual penal. Tarefa nem sempre valorizada, mas, para nós, da máxima importância para este e outros temas da dogmática jurídico-penal.

---

<sup>8</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, cit.*, p. 179.

<sup>9</sup> *IDEM, ibidem.*

<sup>10</sup> Veja-se o *nosso* “Transnacionalidade e proteção criminal dos direitos humanos”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano XVII, n.º 33, 2013, p. 114, onde tecemos outras considerações sobre as razões que fundamentam uma tal possibilidade.

Estão relacionadas, à uma, com soluções restaurativas – alternativas ou complementares do direito penal tradicional – e, à outra, com os espaços de consenso, oportunidade e negociação que se têm aberto ainda no processo penal, com inevitáveis implicações no direito penal material, parecendo verdadeiras derrogações do princípio da legalidade criminal, mas que não passam de uma sua concretização moderna à luz de outros princípios e outras exigências.

- a) Um novo olhar a partir da justiça restaurativa; uma nova prática, a partir da mediação penal

Para encurtar caminho, ganha hoje fôlego todo um requisitório em favor de um paradigma de justiça restaurativa. Não nos interessa analisar os contornos desta proposta quando ela é apresentada como alternativa ao direito penal tradicional, até porque neste caso, pedra angular de uma tal proposta é a dispensabilidade do princípio da legalidade criminal. Exemplo que não serve para o nosso tema. Quem, como nós, se posiciona num outro ponto, não cede à tentação de substituir a justiça penal tradicional por uma proposta que anda muito próxima, senão mesmo própria, do direito privado. Sem ir mais longe, estaríamos a falar de uma realidade que pouco ou nada tem que ver com o direito penal. E, portanto, analisar o princípio da legalidade criminal à luz de um tal paradigma seria tarefa verdadeiramente ociosa.

Sem pretender nesta sede aprofundar o tema, sempre diremos que o princípio da legalidade pode não ser tudo, mas será a pedra de toque do sistema para segurança dos cidadãos. Duas garantias fundamentais: proteção jurídica, na medida em que a tutela de bens jurídicos, de modo preventivo, também assegura proteção de todos os cidadãos; certeza e segurança perante o próprio Estado, uma vez que, sendo este detentor do *Ius Puniendi*, os cidadãos têm de saber o que é e o que não é crime para saber quando têm de prestar contas perante o Estado e quando estão isentos de o fazer. Ora, a aposta num sistema de justiça restaurativa, desligado do sistema penal comporta riscos. Como nos diz Figueiredo Dias<sup>11</sup>, o paradigma restaurativo, pelas suas características, necessita de se impor “longe dos defeitos do processo penal”; mas, por ser assim, “uma tal solução

---

<sup>11</sup> FIGUEIREDO DIAS, “O processo penal português: problemas e prospetivas”, in *Que Futuro para o Direito Processo Penal, Simpósio de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por Ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 816.

não deixa, porém, de comportar riscos evidentes, relacionados com a eventualidade de as soluções comunitárias de pacificação dos conflitos poderem desembocar em modelos de controlo social mais amplos, repressivos e ausentes de garantias do que o inicialmente pretendido”.

Mas já valerá a pena a consideração do tema quando é o próprio sistema de justiça penal a incorporar soluções restaurativas, digamos, mitigadas, que funcionam como complementares e fazem justiça à subsidiariedade que caracteriza o direito penal.

De entre várias práticas restaurativas, salienta-se a mediação penal. Esta veio a ser proposta no seio da União Europeia, através da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de Março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. E daqui emergiu, no ordenamento jurídico português, a Lei n.º 21/2007, de 12 de junho. Desta lei resultam, para o que importa ao nosso tema, dois tópicos relevantes: por um lado, os casos que podem ser sujeitos à mediação penal são aqueles que estiverem previamente considerados como crimes – vale aqui em toda a linha o princípio “Nullum crimen nulla poena sine lege”; por outro lado, o acordo que arguido e vítima podem realizar pode passar por uma sanção não tipificada. Nesta segunda vertente, claramente não vale o princípio na sua dimensão “Nulla poena sine lege”. Em rigor, a lei prevê a possibilidade de a sanção ser fixada pelos sujeitos processuais, dentro de certos limites, sem que tenha de passar pela sanção tipificada. Portanto, o desvio ao princípio da legalidade é permitido pela própria lei, o que significa que é ainda dentro do princípio da legalidade que os sujeitos se movem. Mas não pode dizer-se que se aplica o princípio da legalidade na sua feição clássica.

Que razões estão na base desta solução?

Com a justiça restaurativa busca-se, essencialmente, a justiça do caso concreto. E o sistema aceita que a justiça do caso venha a ser encontrada fundamentalmente quando a sanção, atingida por acordo, é aquela que infrator – visando a sua ressocialização – e vítima – almejando a reparação dos seus danos – desejam.

Ressalta da justiça restaurativa uma pretensão de efetiva justiça do caso concreto, uma verdadeira pacificação das pessoas envolvidas e destas com a comunidade. O sentido de justiça neste caso está tanto na reposição da *paz jurídica* – que o princípio da legalidade indubitavelmente realiza, não só quando o facto praticado está previsto na lei e, por isso, lhe corresponde uma sanção, mas também quando a lei se aplica ao caso –, como no restabelecimento da *paz social* – algo que só em concreto, quando a sanção é aplicada, se consegue verdadeiramente atingir, atendendo às

exigências específicas de cada caso (sejam estas de prevenção, de ressocialização ou de reparação).

Não pode ignorar-se que na justiça tradicional, reconhecendo-se que o infrator realizou o crime tipificado na lei – em cumprimento do princípio da legalidade –, e aplicando-se uma pena igualmente tipificada, nem sempre se alcança este sentido de justiça, de paz social. Isto é verdade sobretudo nos casos de conflitos interpessoais<sup>12</sup>. Em tais casos, avulta, para além da segurança jurídica que o princípio da legalidade criminal alcança, a necessidade de uma verdadeira paz social que vem a concretizar o ideal de justiça do caso concreto.

#### b) Outros casos de resolução penal amigável ou negociada

Por isso, têm crescido no processo penal os meios disponíveis para a resolução amigável do conflito penal. A mediação penal é uma delas. Mas, olhando para o direito português, que segue o movimento europeu nesta matéria, não pode ignorar-se o acordo que o processo sumaríssimo permite, assim como os casos de suspensão provisória do processo e os típicos casos de desistência de queixa em crimes semipúblicos ou particulares quando o ofendido vê satisfeita a sua pretensão. São também conhecidas as possibilidades de resolução pós-delitiva que é permitida em certos domínios, sobretudo do direito penal secundário, em particular no direito penal tributário, dirigida a evitar a prossecução penal se o infrator regularizar a situação tributária até certo momento. O princípio da legalidade criminal, com óbvias implicações processuais, no sentido de, sempre que existirem indícios do crime, o ministério público dever investigar e acusar, sofre aqui relevantes restrições, impostas por razões políticas e fiscais, mas em todo o caso, em vista de uma solução justa do conflito penal<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Quantas vezes se declara culpado um infrator, se aplica uma pena de prisão, mas, por razões diversas, se suspende a pena, sem que a vítima ou a comunidade compreendam a razão desta suspensão. Não que estas soluções sejam desprovidas de sentido de justiça e muito menos ilegais. O problema é que se gera um sentimento de injustiça, por incompreensão, acompanhado de um sentimento de impunidade e de insegurança. Dir-se-á que é sobretudo um problema comunicacional. Sem dúvida, mas que desnuda alguma fragilidade do sistema penal tradicional.

<sup>13</sup> Naturalmente que neste último exemplo é sempre discutível saber se as motivações do legislador são as da solução mais justa do caso ou se, pragmaticamente, as de permitir uma mais eficiente arrecadação fiscal. Há quem entenda que são puras razões fiscais, contra quem entenda que são essencialmente razões político-criminais. Já nos pronunciámos sobre este assunto no *nosso Da*

Na verdade, em todos estes casos admite-se que o Estado abdique do *Ius puniendi* que o princípio da legalidade criminal, por um lado, e processual, por outro, impõem, no duplo sentido de que só os factos tipificados são crimes, mas todos os tipificados, uma vez realizados, devem ser investigados e deles ser deduzida acusação se existirem indícios da sua prática. É nesta segunda dimensão que têm vindo a ser introduzidas exceções, cada vez mais numerosas, que ora permitem que não haja acusação, apesar de existirem indícios, ora permitem a aplicação de uma medida suspensiva e mais tarde resolutive, ora permitem uma sanção diferente daquela que a lei inicialmente prevê.

E isto é verdade mesmo nos países tradicionalmente ligados ao princípio da legalidade criminal. Nesta senda, não pode ignorar-se a inovação legal que o legislador alemão introduziu, após mais de vinte anos de prática judiciária, no sentido de se permitir acordos entre o tribunal e o arguido, dentro de certas condições e para certo tipo de crimes. Com efeito, a Lei alemã de 4 de agosto de 2009 veio prever expressamente esta possibilidade, introduzindo o § 257 c) na *StPO*. Passou a admitir-se que em certos casos o tribunal possa chegar a um acordo com os participantes processuais quanto ao rumo e resultado do processo. Este tipo de acordo pode incidir essencialmente sobre as sanções mas já não sobre a questão da culpabilidade ou sobre as medidas de socialização e prevenção. Para isso, exige-se que a confissão faça parte integrante do acordo. Para facilitar, o tribunal pode dar instruções sobre o conteúdo que o acordo pode ter, podendo indicar os limites máximo e mínimo da sanção jurídica, mas ficando reservado o poder de livre avaliação das circunstâncias do caso e das finalidades da pena. É sempre necessária a concordância do arguido e do ministério público quanto à proposta do tribunal. Longe de se tratar de uma *Plea Bargaining* europeia, ela nem sequer chega verdadeiramente a restringir o princípio da legalidade criminal, embora tenha implicações no princípio da legalidade processual. Em Portugal, uma tal hipótese

---

*Legitimação do Direito Penal Tributário – em Particular, os Paradigmáticos Casos de Facturas Falsas (Reflexão, Sobretudo, a Partir dos Direitos Portugueses e Espanhóis)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 417 e ss., para onde remetemos. A verdade é que, independentemente das motivações, é através de uma resolução amigável que se pacifica o conflito. Este é um modo igualmente legítimo de realizar a justiça do caso. E não consiste numa violação do princípio da legalidade, desde logo porque a sua realização está igualmente prevista pelo legislador, não depende da vontade de um juiz.



colheu a simpatia da doutrina, e pela mão de Figueiredo Dias<sup>14</sup> tem-se estudado a possibilidade de ser institucionalizada a resolução do conflito penal, em certos crimes e sob certas condições, através dos acordos sobre sentença.

Todas estas soluções são vistas por um sector doutrinal com muita simpatia, pelas inevitáveis vantagens que apresentam – destacaríamos quatro: maior grau de justiça do caso concreto; maior participação dos sujeitos processuais, incluindo o ofendido, na solução do conflito; consequente potenciação da ressocialização do arguido e satisfação das necessidades da vítima; e alívio da “máquina” judicial –, mas são igualmente olhadas de soslaio por outro sector.

### c) Das críticas e da sua improcedência

Dos críticos, curiosamente, há um argumento que se refere ao princípio da legalidade criminal. Como defende Christine Pott<sup>15</sup>, a justiça consensual, desformalizada ou negociada, por implicar uma clara abertura ao princípio da oportunidade e uma certa restrição do princípio da legalidade, pode colocar em causa as finalidades do direito penal, aquelas que as penas pretendem atingir. E, portanto, diríamos, por esta via é o próprio princípio da legalidade criminal que estaria irremediavelmente posto em causa.

Em abono da verdade, pode dizer-se que o princípio da legalidade tem sofrido alguma erosão – ditado sobretudo pelo fenómeno expansivo de incriminação jurídico-penal. O que tem implicado, um pouco paradoxalmente, a necessidade de se intensificarem os espaços de consenso, de oportunidade e de negociação. No fundo, a justiça penal negociada ou consensualizada, que restringe ou limita o princípio da legalidade criminal, tanto na vertente material como na processual, surge naturalmente, em muitos casos, como uma espécie de contrapeso da expansiva incriminação típica que se tem verificado. Se no direito penal aumenta a incriminação, isso no processo penal não tem correspondido a um maior pendor da legalidade. Pelo contrário, têm crescido

---

<sup>14</sup> Na sua obra *Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. O “Fim” do Estado de Direito ou Um Novo “Princípio”?*, Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, *passim*.

<sup>15</sup> CHRISTINE POTT, “La pérdida de contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre el delito de encubrimiento por funcionario (§ 258.a StGB) y el sobreseimiento (§ 153 sigs. StPO)”, trad. de ELENA IÑIGO CORROZA e GUILLERMO BENLLOCH PETIT, in *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Granada: Editorial Comares, 2000, p. 99.

no processo penal as formas de resolução que não passam necessariamente pela acusação e/ou pelo julgamento, bem como soluções atingidas por iniciativa do poder judicial<sup>16</sup>.

Portugal não é exceção – e até confirma a regra – no movimento que sobretudo nos anos oitenta se iniciou de conceder alguns espaços de oportunidade. Não surpreende que tudo tivesse começado com pequenos espaços previstos nos artigos 280.º (em articulação com o 74.º do CP) e 281.º do CPP, ou 392.º a 398.º do CPP, para além de outras soluções mais ou menos mitigadas de disponibilidade do processo penal, como é o caso de crimes particulares *stricto sensu* e semipúblicos, se o ofendido pretender desistir da queixa, sob anuência do Ministério Público, e estes espaços tivessem vindo a crescer, ao ponto de se admitir a mediação penal, como já analisámos, e agora estar em curso a possibilidade de se institucionalizarem os acordos sobre sentenças.

Não surpreende, portanto, que se avalie se tais soluções passam no teste da legalidade. As críticas, às vezes contundentes, evidenciam que estas hipóteses de oportunidade, ainda que mitigadas, significam um enfraquecimento, ou pelo menos uma alteração, do conteúdo do direito material<sup>17</sup>. O perigo é tal que não se duvida em afirmar que estamos a assistir a uma espécie de abolicionismo encapotado<sup>18</sup>.

Tais críticas, ainda que fundadas, não procedem. É bom que se não confundam os planos. Uma coisa é a prescrição normativa do crime, indispensável, mas que não deve ser um fim em si mesma – o fim, incluindo o do princípio da legalidade criminal, deve ser sempre e só, a justiça de cada caso. Outro plano é o da resolução concreta do conflito, proporcionado pelo processo penal, concretizador do princípio da legalidade criminal. Um e outro planos podem e devem articular-se em ordem a um único objectivo: a realização da justiça que, afinal, nas proverbiais palavras de Castanheira Neves<sup>19</sup>, se dá na “decisão dos casos jurídicos”, enquanto realização do Direito. Nessa realização, nada impede que os espaços de consenso e negociação assumam uma parte das possibilidades de resolução do conflito. Isso, porém, não significa que a conduta se torne impune, fora do âmbito de aplicação da lei material. Pelo contrário, trata-se apenas e só de uma concretização do princípio da legalidade criminal. Como em muitas questões de conexão entre o direito penal material e o direito processual penal, também

---

<sup>16</sup> Neste sentido e desenvolvimentamente, CHRISTINE POTT, “La perdida...”, *cit.*, 97.

<sup>17</sup> Cfr. CHRISTINE POTT, “La perdida...”, *cit.*, 97.

<sup>18</sup> *IDEM*, p. 98.

<sup>19</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos de Metodologia Jurídica*, Coimbra, 1988-1989, p. 24.

aqui o que temos é uma relação entre o princípio da legalidade material e o adjetivo que não será, nem tem de ser, de absoluta codeterminação, mas de recíproca e complementar concretização. Logo, nem os espaços de consenso processuais significam o fim do princípio da legalidade material, nem aquelas soluções podem superar totalmente a *ratio essendi* que está na base das soluções preconizadas por este princípio.

Se é certo que *no direito mandam as leis e não as pessoas*, como já se dizia na Constituição de Massachussets de 1780 – “government of laws, and not of men”<sup>20</sup>, são sempre as pessoas que aplicam o Direito e que restabelecem a paz jurídica e a paz social quebradas em cada conflito penal. O que não podem é fazê-lo arbitrariamente. Por isso é que não pode dispensar-se o princípio da legalidade criminal.

### **3. A função criadora e integradora da jurisprudência, orientada para a justiça do caso concreto**

De um outro ponto de vista, também se aponta atualmente ao processo penal uma função diferente daquela que outrora tivera. Seria hoje imprudente não aceitar que “a prescrição legislativa realizaria a sua determinação ou ‘interpretação’ jurídico-normativa mediante decisões jurídicas para uma pluralidade abstracta ou um tipo de questões jurídicas, pelo que o legislador só prescreveria afinal nas leis juízos jurídicos generalizados”<sup>21</sup>. E ainda que se concorde que “o direito em ‘acção’ outra coisa não é do que a percepção da sua concreta aplicação”<sup>22</sup>, a verdade é que sempre faltará à elaboração prescritiva uma concretização, uma aplicação a casos concretos. De tal modo que a concretização da norma, ainda que não seja pressuposto de validade, vem a ser condição da sua realização. E tal realização só se verifica numa decisão validamente obtida, em um determinado processo aplicado a uma situação concreta, *sc.*, obtida de

---

<sup>20</sup> É importante que CHRISTINE POTT, *op. cit.*, 80 e s., invocando NAUCKE, o tivesse lembrado, mas não cremos que os espaços de consenso ponham em causa tal ideia, desde que o facto típico continue a ser determinado por lei e não por vontade casuística das pessoas, seja o juiz ou os restantes sujeitos processuais.

<sup>21</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos, cit.*, p. 45.

<sup>22</sup> FARIA COSTA *Noções Fundamentais de Direito Penal* (Fragmenta Iuris Poenalis). *Introdução. A Doutrina Geral da Infracção [A Ordenação Fundamental da Conduta (facto) Punível; A Conduta Típica (O tipo); A Conduta Ilícita (O Ilícito); A conduta Culposa (A Culpa)]*, 4ª edição, Coimbra: Coimbra editora, 2015, p. 49. O Autor refere-se, naturalmente, ao direito processual penal.

modo processualmente válido. Como melhor afirma Figueiredo Dias, “só através do direito processual logra o direito substantivo, ao aplicar-se a casos reais, a realização ou concretização para que originariamente tende”<sup>23</sup>.

De tal modo que se reconhece hoje à jurisprudência uma “função ‘criadora’ do direito”, na tarefa de concretização da norma jurídica. Uma tal força deriva do facto de “o direito ter deixado de ser um mero conjunto de princípios gerais e abstractos (que, como um padrão, se decalariam por sobre qualquer situação concreta) para vir, ele próprio, inserir-se em situação. Por isso não basta a norma geral e abstracta para, através dela, se obter sem mais, por puros métodos lógico-formais, a decisão cabida a uma certa situação; esta é *sempre* uma decisão no âmbito do particular e do contingente, que só a jurisprudência está em condições de ‘viver’”<sup>24</sup>.

Também aqui entendemos que o reconhecimento de uma função criadora do Direito por parte da jurisprudência só é hoje possível porque o princípio da legalidade criminal está consolidado. Não bole, portanto, com a perspectiva de Beccaria, quando este claramente afirmou que “[o] poder de interpretar as leis penais também não pode recair sobre os juízes criminais pela simples razão de que eles não são legisladores”<sup>25</sup>. Compreende-se que Beccaria o tivesse dito, atendendo a que se impunha travar uma certa aleatoriedade da justiça penal. Uma releitura desta advertência poderia hoje ser feita, com a ajuda de quem admite aquela função criadora da jurisprudência, se quiséssemos ver aplicada, por exemplo, em matéria de prova, uma tal função ao abrigo do princípio da livre apreciação da prova. É que esta jamais poderia significar uma “apreciação imotivável e inconcontrolável – e portanto arbitrária – da prova produzida”<sup>26</sup>. Bem pelo contrário, aquela função criadora, única que permite “uma decisão no âmbito do particular e do contingente, que só a jurisprudência está em condições de ‘viver’”, não pode ser tomada à margem do princípio da legalidade, mas sempre e só como sua máxima concretização.

---

<sup>23</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1º ed. 1974, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 24. Sublinhe-se, no entanto, que a expressão condicional *ao aplicar-se a casos reais* não pode deixar de ser assinalada, não só porque é na dimensão problemática que o processo penal é chamado a intervir, mas também porque, fora desses casos e em geral, o direito penal já se realiza pelo cumprimento da sua função preventiva.

<sup>24</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, *cit.*, p. 89.

<sup>25</sup> CESARE BECCARIA, *Dos Delitos*, *cit.*, p. 68

<sup>26</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, *cit.*, p. 202.

Mas por aqui vemos como se impõe, por razões de justiça material, uma atualização do princípio da legalidade criminal, concedendo à jurisprudência um papel que outrora, por razões históricas, não poderia ter. Na verdade, se era desejável que o juiz fosse só e sempre a boca da lei, hoje, o juiz é um intérprete, que deve procurar integrar e concretizar o sentido justo da lei em cada caso.

#### **4. Reflexão conclusiva**

Dito isto, importante, e nisto se reafirma o valor inabalável do princípio da legalidade criminal proclamado por Beccaria, é que só é crime aquilo que a lei disser, não havendo espaço a incriminações particulares, de tipo *ad hoc*, ou judiciais. A força do princípio da legalidade está sobretudo na sua feição garantística, na de confiar à Lei, ao legislador, lídimo representante da comunidade, o poder de definir o que deve ser considerado crime e de lhe fazer corresponder uma sanção. Não pode um facto ser considerado crime por vontade particular de um juiz nem uma sanção ser determinada casuisticamente, fora dos limites legalmente impostos. Os casos que parcialmente caem na exceção a este princípio justificam-se pela aplicação de princípios de direito internacional comumente reconhecidos, entre os quais o de justiça.

Não cremos que as soluções de consenso e negociação que o processo oferece, bem como a função de concretização que se espera do julgador em cada caso, constituam uma verdadeira restrição do princípio da legalidade criminal. cremos, isso sim, que são concretizações deste princípio em ordem à ideia de justiça, só possível, muitas vezes, na resolução do caso concreto. E é este princípio de justiça que deve estar presente quando se pretende concretizar o princípio da legalidade criminal. Que dúvidas podem restar de que o princípio da legalidade criminal é acima de tudo garantia de justiça? Ele dirige-se a, previamente, de modo abstrato e igual, atribuir a cada um o que é devido e a não permitir que se atribua o indevido. Esta é a mais evidente garantia do tipo legal de crime. Logo, na solução concreta de cada caso, concretiza-se o princípio da legalidade, se se procurar a solução mais justa, nos limites daquele princípio. Uma solução é justa, não só quando é legal, mas também quando atribui a cada um o que é devido. E esta tarefa só é cabalmente realizada no âmbito do particular e do concreto e não do abstracto e geral.

Se é certo, como afirma Faria Costa<sup>27</sup>, que a obra de Cesare Beccaria está orientada para temas como os da “igualdade entre os homens”, no sentido substancial, “a única que é capaz de garantir a verdadeira liberdade dos cidadãos, a única – porque também crisol dos outros dois grandes valores – que mais se avizinha de uma ideia material de justiça”, então importa assegurar que nos dias que correm o princípio da legalidade criminal encontre a mais plena concretização possível. E esta acontece quando, na sua aplicação, se admite uma integração orientada pelo princípio da justiça. O desafio é o de, volvidos mais de dois séculos sobre a superação e as contingências de uma justiça magistral e pessoal, encontrar equilíbrios entre o princípio da legalidade, qual garantia inarredável em matéria de incriminação penal, e o princípio de justiça, o único capaz de garantir a solução mais justa de cada caso e de, com isto, dar concretização ao princípio da legalidade criminal, cujo fundamento sempre foi a ideia material de justiça.

---

<sup>27</sup> FARIA COSTA, “Cesare Beccaria...”, *cit.*, p. 6 e s.