

# EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE<sup>1</sup>

*Paulo Vidal*

## *I – CONTEÚDO E SIGNIFICADO GERAL DO PRINCÍPIO*

O princípio da legalidade tem, nos dias atuais, previsão expressa, em regra, não só nos Códigos Penais, como também nos textos constitucionais de todos os Estados de Direito democráticos.

A Constituição da República Portuguesa, em seu art. 29º, 1 e 3, determina que “ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior”, e que “não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Estudo elaborado em meio a fase curricular do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002/2003, preparatório à dissertação final. O texto, mesmo com a manutenção de algumas grafias próprias, foi adaptado pelo próprio autor à nomenclatura do direito penal brasileiro, merecendo, porém, sua leitura a devida cautela, especialmente quanto às notas de rodapé, considerando que o instituto da culpa (nomenclatura do direito penal brasileiro) corresponde à negligência do direito penal português e à imprudência do direito penal alemão (para nós, modalidades da culpa), que também tratam culpa e culpabilidade com a mesma significação e conteúdo.

<sup>2</sup> CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS

Art. 1º (*Princípio da legalidade*): 1. Só pode ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática. 2. A medida de segurança só pode ser aplicada a estados de perigosidade cujos pressupostos estejam fixados em lei anterior ao seu preenchimento. 3. Não é permitido o recurso à analogia para qualificar um facto como crime, definir um estado de perigosidade ou determinar a pena ou medida de segurança que lhes corresponde.

A Constituição Espanhola, em seu art. 25, I, prevê que “*nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”<sup>3</sup>.

Na Lei Fundamental da República Alemã (GG), consta do art. 103 II que “*un hecho sólo se puede castigar si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho*”<sup>4 5</sup>.

Na Italia, o texto constitucional dispõe, no art. 25, que “*nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*” e que “*nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge*”<sup>6</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 5º, inciso XXXIX, consigna que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”<sup>7</sup>.

Segundo a clássica e consagrada definição que nos foi legada há mais de um século por Von Liszt, o Direito Penal constitui o conjunto das prescrições emanadas do Estado, que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência.

---

<sup>3</sup> CÓDIGO PENAL ESPANHOL

Art. 1 – 1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no este prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración. 2. Las medidas de seguridad solo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley.

Art. 2 – 1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad.

---

<sup>4</sup> Roxin, *Derecho Penal, parte general, tomo I*, p.137.

<sup>5</sup> CÓDIGO PENAL ALEMÃO (StGB), *Código Penal Alemán*, coord. de Emilio Eiranova Encinas, Marcial Pons, Ed. Jurídicas e Sociales, Madrid-Barcelona, 2000.

Ninguna pena sin ley

§ 1 Un hecho podrá ser castigado sólo cuando se encuentre tipificado previamente a sua comisión.

Vigencia temporal

§ 2 I. La pena y sus consecuencias se determinarán por la ley vigente en el momento de realización del hecho.

---

<sup>6</sup> CÓDIGO PENAL ITALIANO

Art. 1: Reati e pene: disposizione espressa di legge. – Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né com pene che non siano da essa stabilite.

Art. 2: Successione di leggi penali. – Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato.

---

<sup>7</sup> CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Art. 1º: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Eduardo Correia, com preferência pela expressão *direito criminal*<sup>8</sup>, a ele se refere como sendo “o conjunto de normas jurídicas que fixam os pressupostos de aplicação de determinadas reacções legais: as reacções criminais, que englobam as penas e ainda medidas de outro tipo, entre as quais avultam hoje as chamadas *medidas de segurança*”<sup>9</sup>.

Wessels o designa como “a parte do ordenamento jurídico que determina os pressupostos da punibilidade, bem como os caracteres específicos da conduta punível, cominando determinadas penas e prevendo, a par de outras consequências jurídicas, especialmente medidas de tratamento e segurança”<sup>10</sup>.

Mir Puig refere tratar-se de um “conjunto de normas, valoraciones y principios jurídicos que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica”<sup>11</sup>.

No Brasil, José Frederico Marques, sem se afastar das conceituações clássicas, que gravitam em torno do crime, da pena e, hoje também, da medida de segurança, inclui, com muita felicidade, na definição de Direito Penal a sua função de “tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado”<sup>12</sup>.

Esta função tutelar do direito à liberdade diante do poder de punir do Estado é assegurado pelo princípio da legalidade.

Cabendo ao Direito Penal definir as ações que constituem crime e a punição prevista para cada uma delas aos que as praticarem, legitima ele o poder punitivo do Estado. Todavia, ao mesmo tempo que autoriza a punição estatal, limita este mesmo poder de punir

---

<sup>8</sup> *Direito Criminal*, p.1/2. Ainda segundo ele, “desde o momento, pois, em que ao lado das penas surgem reacções criminais de outro tipo (medidas de segurança, correcção, tratamento, etc.), a expressão «direito penal», com que a nossa disciplina continua a ser, entre nós e lá fora, correntemente designada, torna-se demasiado estreita para abarcar totalmente o objecto deste ramo de direito”, “por isso se prefere a designação «direito criminal» que, para além de ser, como vemos, mais exacta, tem por si a tradição dos velhos juristas estrangeiros (CARPZOV, BOEHMER, etc.) e portugueses (PEREIRA E SOUSA, MELO FREIRE, SOUSA PINTO, etc.) – cita ainda Beleza dos Santos, Cavaleiro de Ferreira, Marcelo Caetano, Del Rosal, W. Sauer e Maurach –, e “de todo modo, o *crime* é o elemento central da nossa disciplina e daí a conveniência de ser ele a raiz de sua designação”. Admite, porém, que a designação de *direito criminal* “não é insusceptível de crítica, na medida em que algumas reacções criminais – justamente as que não são penas – se ligam a factos que não contêm em si todos os elementos constitutivos do conceito de *crime*”.

<sup>9</sup> *Idem* p. 1.

<sup>10</sup> *Direito Penal*, p. 5.

<sup>11</sup> *Derecho Penal*, p. 53.

<sup>12</sup> *Curso de Direito Penal*, p. 11: “Parece-nos, pois, que o direito penal pode ser assim definido: o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado.”

do Estado na medida em que, pelo princípio da legalidade, nenhuma ação que não esteja prevista como crime poderá ser objeto de imposição de qualquer pena ou medida de segurança.

Se tal como no passado, o Direito Penal autoriza o Estado a punir aqueles que com suas ações agridem ou ameaçam bens e interesses tidos como fundamentais dentro da sociedade, e, por isso juridicamente protegidos, na sua acepção moderna, com a inserção do princípio da legalidade, mais do que definir quais sejam estas ações e a consequências penais da sua infringência, permite, com exclusão delas, concluir pela licitude penal de todas as demais condutas.

Assim, o Direito Penal moderno, ao definir crimes, traça limites ao direito à liberdade do cidadão e legitima a pretensão punitiva do Estado, mas também restringe esta limitação aos casos expressamente previstos na lei, estabelecendo, ainda, qualitativa e quantitativamente a consequência da prática da infração penal.

Evidentemente que, em face do princípio da subsidiariedade e do caráter fragmentário do Direito Penal, tutelando tão-somente bens e interesses que têm *dignidade penal*, e, ainda assim, diante apenas de determinadas ações, existem condutas que, embora não sendo previstas como crimes, constituem ilícitos de outra natureza (civil, administrativa, etc.), não incidindo, porém, sobre estas a atuação do Direito Penal através da consequência afliativa da pena ou da medida de segurança.

Tamanho o significado que o princípio da legalidade alcançou dentro da dogmática penal que hoje se traduz como um marco na história do próprio Direito Penal, tendo originado a concepção de tipo e o próprio instituto da tipicidade.

Afirma Bettiol<sup>13</sup>, que o princípio da legalidade, do ponto de vista técnico formal, equivale a uma reserva de lei concernente à matéria dos crimes, das penas e hoje das medidas de segurança, que, em geral não só os códigos mas até as constituições sancionam tal princípio onde é garantida a liberdade dos cidadãos e que tal reserva significa que a matéria penal deve ser expressamente disciplinada por um ato de vontade daquele poder do Estado a quem compete pela Constituição a faculdade de legislar, isto é do Poder Legislativo.

Desde modo, o princípio da legalidade, mais do que um princípio de ordem jurídico-penal, é um princípio político, uma garantia constitucional do direito à liberdade,

---

<sup>13</sup> *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*, p. 67.

cabendo exclusivamente à lei determinar os limites que separam as atividades delituosas das atividades tidas como penalmente irrelevantes.

Em âmbito internacional, adquiriu vigência como princípio fundamental do Estado de Direito, sendo acolhido na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 11, 2)<sup>14</sup>, pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 1948, pela Convenção dos Direitos Humanos de 1950 (art. 7º) e pelo Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos de 1966 (art. 15, I), entre outros textos.

Como refere Claus Roxin<sup>15</sup>, “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante o Derecho Penal, sin también del Derecho Penal”.

Todavia, se existem, como veremos, divergências acerca da sua precisa origem, e mesmo do seu significado em determinados momentos históricos, maiores são as controvérsias nos dias de hoje acerca da sua correta interpretação, da extensão do seu significado, em especial, quanto a alguns dos seus desdobramentos e consequências, sendo certo que, se a resposta a todas estas indagações, em muitas vezes, nas mais corresponda à totalidade do seu significado original, continua ele, porém, constituindo princípio fundamental e orientador na elaboração e aplicação da lei penal.

## *II – O DIREITO PENAL ANTIGO*

O Direito Penal antigo não conheceu o princípio da legalidade.

Todavia, a ideia de punir existe já nos agrupamentos sociais mais primitivos, que se formaram pela necessidade de sobrevivência do ser humano e induzidos pelo impulso da própria consciência coletiva. Surgem, assim, as primeiras regras de comportamento<sup>16</sup> dentro

---

<sup>14</sup> “No one shall be held guilty for any penal offence on account for any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed.”

<sup>15</sup> *Ob. cit.* p. 137.

<sup>16</sup> É comum indagar-se, entre o Direito Penal e o Direito Civil, qual teria surgido primeiramente. A natureza dos agrupamentos primitivos e as suas necessidades induzem a que se conclua que as primeiras sanções tinham natureza punitiva. Com a evolução social é que elas vão se abrandando e substituídas por sanções civis. Nesse sentido, a afirmativa de Von Ihering de que a história da pena é a da sua constante abolição. Inexiste diferença essencial entre ilícito penal e ilícito civil, entre sanção penal e sanção civil, mas simplesmente de grau, ou seja,

do grupo, objetivando a paz e a harmonia social, geradas pelo costume, com apoio na crença religiosa e mesmo na magia.

Embora sendo formas primárias de comunidade, sem a presença de um órgão que exerça a autoridade coletiva, estas regras de conduta, objetivando a unidade e a coesão do grupo e resultantes de hábitos e costumes, têm a sua coercibilidade fundada no maior ou menor temor religioso de cada um dos seus membros.

Neste período, em que as exigências da vida praticamente se resumiam na própria subsistência, o sentimento de grupo, a simplicidade destas normas costumeiras e o temor às consequências do seu descumprimento geravam um clima propício a sua não infringência. Tais preceitos, todavia, não eliminavam a possibilidade da sua violação. A eventual prática de ações violadoras destas normas de conduta gerava sempre uma reação do grupo que, de acordo com a sua gravidade, oscilava desde a humilhação e o desprezo até a vingança privada e a expulsão do grupo, estas últimas tidas como reações mais fortes, e aplicadas às transgressões mais graves, e que dariam origem ao que se denominou pela expressão *perda da paz*.

Com o gradual aumento da complexidade da vida e das próprias normas, naturalmente, que os desajustes e violações viriam a se tornar mais constantes. Já, então, com um poder público embrionário, abrigando os grupos familiares, a vingança privada como forma de reação dentro do grupo ganha contornos mais definidos, embora, por vezes, pudesse ser evitada mediante a composição, caso o mal pudesse ser reparado. Nos casos mais graves, porém, a punição se impunha como forma de destruição simbólica do crime. Com a progressiva intervenção deste poder público, passam a ser estabelecidas condições para o exercício punitivo, na forma, em regra, da *perda da paz, absoluta e relativa*. A primeira, nos casos mais graves, significava a expulsão da comunidade, ficando o agressor desprovido de qualquer proteção legal, perdendo todos os direitos, pessoais e materiais, e, podendo, inclusive, ser morto por qualquer outro indivíduo; a segunda, que se constituía numa forma de vingança privada, ainda que agora já atenuada por certas regras, podia ser uma reação imediata contra o agressor em caso de flagrante, fora desta hipótese exigia do ofendido uma

---

da necessidade, em um determinado momento histórico, de maior ou menor reação na tutela jurídica de um bem ou interesse.

prévia declaração de «animiticia», o que equivalia a um desafio objetivando a composição, o desterro ou mesmo a vingança privada<sup>17</sup>. Ambas, abririam o caminho para a pena de morte. Posteriormente, a lei de talião, ainda sacramentando este direito à vingança, estabeleceria uma necessária proporcionalidade com o delito praticado, tendo, por fim, o poder público chamado a si, com exclusividade, o direito de punir.

No Antigo Oriente, o Direito Penal continuou envolvido em profundo matiz religioso, com os sacrifícios expiatórios ou, de forma mais tênue, com as sanções de purificação. Afastando-se, porém, deste caráter religioso, o Código de Hammurabi, da Babilônia (2.083 a.C.) tinha a punição como vingança pública, na medida da lei de talião.

Nas Cidades Gregas, dentro de um caráter sacral, a pena é inicialmente vista como vingança, uma fatalidade decorrente da fatalidade do crime. Mas, a partir de Aristóteles, surge a ideia do livre arbítrio, que viria a ter grande influência no Direito Penal ocidental. Mais tarde, a pena torna-se pública, afastando-se do sentimento religioso. O Direito Penal de Atenas distinguia o crime praticado contra o Estado, contra a religião e contra o particular, com punição extremamente severa para o primeiro, sendo este mesmo caráter político também adotado por Esparta. É exatamente pelos filósofos gregos, a partir de Sócrates, que se tem os primeiros ensaios acerca da razão e fundamento do direito de punir. Platão, que defendia de início a ideia de expiação e retribuição para a pena, posteriormente, passa a tê-la como instrumento de defesa social e prevenção do crime. Também os estóicos e epicúrios tiveram uma percepção da pena como defesa social e não como repressão.

Em Roma, também o caráter religioso do Direito Penal predominou nos seus primórdios, tendo posteriormente evoluído para um caráter político. O *perduellio*, crime contra a existência e a segurança do Estado, e o *parricidium*, a morte de um *pater*, eram tidos como *crimina publica*, punidos, em regra, com a pena capital ou o desterro, sendo que os *delicta privata* dependiam da iniciativa do ofendido e admitiam a composição. Com o passar do tempo alguns crimes particulares passaram a condição de públicos, ou seja, os *crimina legitima*, e, no tempo do Império criados os *crimina extraordinaria*, uma categoria

---

<sup>17</sup> Eduardo Correia, *Evolução Histórica das Penas*, pp. 53/59. A *perda da paz absoluta* aplicava-se aos casos de «traição», que seriam “homicídio que tinha lugar violando-se tréguas, fianças de salvo, uma paz especial, e à morte do inimigo depois da reconciliação”, também “ofensa de um especial dever de fidelidade, v. g., do inferior relativamente a um superior ou entre parentes”, ainda “quando o homicídio fosse particularmente grave, com premeditação (matar «por conselho», «conselheiramente», «sobre conselho feito», de *consilium*, «sem porquê»),

intermediária, restando poucos delitos privados. As penas de morte e de desterro, que haviam desaparecido no fim da República, retornam no Império ao lado de outras infamantes e corporais, como trabalhos forçados nas minas. Todavia, o Direito Penal romano, consuetudinário e sob arbítrio judicial, nada mais era do que a aplicação de justiça, de forma empírica, na conformidade dos casos quotidianos.

No Direito Penal germânico as infrações graves, como a traição ao Rei, eram apenadas pela perda da paz, que consistia na retirada da tutela social do infrator, com o que qualquer outro indivíduo podia matá-lo impunemente. Nos delitos privados ocorria a *faida* ou inimizade contra o infrator e sua família. A *faida* era resolvida com a composição entre as famílias do ofendido e do ofensor, mediante o pagamento de uma soma em dinheiro, ou pelo combate judicial, na forma de ordália (juízo de Deus), onde se visava a “vingança de sangue”. Gradativamente, a *faida* foi sendo limitada à composição, que de optativa passou a obrigatória.

Na Idade Média, o absolutismo do poder público, centrado na defesa do Estado e da Igreja, cujos interesses, geralmente, eram comuns, gerou um arbítrio judiciário sem limites na definição das condutas tidas como delituosas e na determinação das penas a elas impostas. Leis incertas, confusas, e até mesmo contraditórias, nas mais das vezes, supridas pelo arbítrio do soberano ou dos seus juízes faziam com que a justiça punitiva fosse exercida em um clima de total incerteza, insegurança e terror, com desigualdade de tratamento entre nobres e plebeus. A atividade punitiva se fazia através de um processo inquisitorial, com ausência de defesa e aplicação de forma generalizada da tortura como meio de obtenção da prova, pelos meios mais cruéis que a imaginação podia conceber. Na prática, o acusado era sempre condenado. A pena capital era aplicada com extrema frequência e nas formas mais brutais e atroz, como a forca, a fogueira, a roda, a estrangulação, com posterior esquartejamento e arrancamento das vísceras, como exemplo, e quando não, restavam as mutilações e o açoite.

Esses excessos iriam gradativamente criar na consciência comum a exigência irreprimível da imediata reforma das leis penais.

Durante os séculos seguintes, porém, os tribunais continuaram a julgar conforme seu livre arbítrio, dando continuidade a uma intolerável insegurança jurídica. Esta

---

e, por fim, segundo Orlandis, “no caso de homicídio do não desafiado”. A perda da paz relativa era aplicada as demais hipóteses de crime de sangue e contra a honra não qualificados como «traição».

arbitrariedade e insegurança jurídica preparou finalmente a mudança radical propugnada pelos pensadores dos finais do século XVII e do século XVIII que ensejou a época das codificações<sup>18</sup>.

Em Portugal, ainda que desde os seus primeiros reis tenha havido uma oposição e redução da vingança privada<sup>19</sup>, o direito criminal constante do livro 5º das Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) em nada se diferenciou da realidade do restante da Europa<sup>20</sup>, ainda que na vigência das Ordenações Filipinas algumas manifestações tenham, formalmente, deixado transpirar uma semente do legalismo, como registra Cavaleiro de Ferreira<sup>21</sup>. No período pombalino, de 1750 a 1777, para enfrentar a crise decorrente do reinado de D. João V, foram tomadas medidas visando a recuperação do poder estatal e a elevação da autoridade real. Neste período, coube ao Direito Penal um papel decisivo, já que era necessário o fortalecimento da justiça criminal para que “ostentasse uma imagem pública de obrigatória respeitabilidade”<sup>22</sup>. Assim, de início, um conjunto de diplomas legais tinha por objetivo prestigiar o rei e as autoridades judiciais criminais, para em um segundo momento evidenciar a utilização das leis penais como forma de sustentação de uma política econômica, em que o crime de lesa-majestade era exaltado, tal como ocorreu quando do motim na cidade do Porto<sup>23</sup>, relacionado com as atividades da Companhia Geral da Agricultura das Vinhas do

---

<sup>18</sup> Segundo Roxin, *ob. cit.*, p. 142, “a esse respeito ainda não estava em primeiro plano o desejo de proteger o cidadão da arbitrariedade do Estado, sim o que se queria (sobretudo entre os pensadores do direito natural alemão) dar aos governantes do absolutismo ilustrado a possibilidade de impor sua vontade do modo mais amplo possível frente aos juízes; e para isto eram necessárias regulações em forma de leis exatas. Mas este desejo coincidiu com as ideias liberais do Iluminismo, tendentes à auto limitação do poder estatal, e que se impuseram amplamente nas obras legislativas do pós-Iluminismo (sobre os fundamentos históricos-ideológicos cooperantes)”

<sup>19</sup> Conforme Eduardo Correia, *Direito Criminal*, p. 102, as Posturas de D. Afonso II, de 1211 já proibiam de fazer justiça por outra forma que não fosse através do Estado.

<sup>20</sup> Eduardo Correia, *Direito Criminal*, pp. 102/104: “(...) toda essa legislação é também como diz MELO FREIRE, substancialmente «inconsequente, injusta e cruel...». Assim – as penas não eram fixadas. Mandava-se no Título Iº punir os hereges com as penas determinadas pelo direito, mas não se dizia qual direito, de sorte que ficava ao arbítrio do juiz a determinação das penas a aplicar. Puniam-se factos absurdos e delitos puramente religiosos (por exemplo benzer os cães e os bichos, a heresia, etc.). As penas eram desproporcionadas. Aplicava-se por exemplo a pena de morte pelo fogo em vida aos falsificadores de moeda. As penas eram cruéis. Aplicavam-se, por exemplo, as penas de fogo em vida e de mãos cortadas, precedidas na sua aplicação de vários tormentos, e, frequentes vezes, a pena de morte. As penas eram desiguais, consoante a classe dos réus, coisa a que MELO FREIRE chama de «escandalosa e famosa diferença». E eram transmissíveis também.”

<sup>21</sup> Vide nota 32.

<sup>22</sup> Rui de Figueiredo Marcos, *Traços da Legislação Penal Pombalina*, pp. 241/242.

<sup>23</sup> A Carta Régia de 21 de Outubro de 1757, além de censurar a posição adotada por cinco desembargadores contra a qualificação da insurreição do Porto como crime de lesa-majestade de primeira cabeça, declarando-a errônea, absurda, temerária e nula, acolhia a tese pombalina de que a majestade não era apenas a pessoa do rei, como também suas leis, nestes termos: «todas as vezes que houver confederação, ajuntamento, vozes sediciosas,

Alto Douro e nos crimes de contrabando. Também foi adotada uma obsessiva perseguição aos contrabandistas. Como muitas das receitas do Estado provinham de explorações comerciais e industriais cedidas a particulares em regime de monopólio, assegurar esta exclusividade contra o contrabando era uma questão de sobrevivência do erário real<sup>24</sup>.

Neste período, confirmando a utilização do Direito Penal como instrumento do interesse político do Estado, registre-se o Alvará de 17 de Janeiro de 1759 que confirmou sentença que aplicara retroativamente aos réus penas mais graves do que aquelas em vigor ao tempo da prática de apontado crime de lesa-majestade.

É em meio a este quadro sombrio reinante na Idade Média e nos séculos que se seguiram, e que Portugal não constituiu exceção, que em 1764, inspirado no pensamento filosófico da época, surge o livro *Dei delitti e delle pene*, de Cesar Beccaria (1738-1794). Tendo como pano de fundo o jusnaturalismo de Grócio, ou seja a ideia de um direito superior resultante da própria natureza do homem, imutável e eterno, mas principalmente no contratualismo de Rousseau, em que cada indivíduo componente da sociedade renunciara a uma parte mínima da sua liberdade para assegurar o bem comum e cada um deles poder usufruir com segurança a parte maior da sua liberdade que preservara para si, é que Beccaria reclama um direito penal certo, com leis claras e precisas quanto à definição dos crimes e a determinação das penas aplicáveis<sup>25</sup>, no que se identificava com o que viria a se constituir no princípio da legalidade, embora sua obra não fosse jurídica, mas sim política e filosófica.

---

e Tumulto para se opporem os assim amotinados às Minhas Leis e Ordens, como tais conhecidas, e ao Meu Alto e Supremo Poder; ou pretendendo, que não se cumpram as ditas Leis, e Ordens, ou resistindo com vozes de Motim aos Ministros, e Officiaes, executores dellas: se julguem estes crimes, e qualquer delles, indubitavelmente e sem haver disputa, senão sobre provas, por crime de Lesa Magestade de primeira cabeça e como tais sejam sentenciadas; não obstantes quaesquer opiniões de Doutores, que sejam, ou pareçam estar pelo contrario».

<sup>24</sup> Rui de Figueiredo Marcos, *ob. cit.*, pp. 243/244.

<sup>25</sup> Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*: Origens das penas: “As lei 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. Eles sacrificaram parte dela para gozar o restante com segurança e tranquilidade. A soma de todas estas parcelas de liberdade sacrificadas ao bem de cada um constitui a soberania de uma nação, e o soberano é o seu legítimo depositário e administrador. Mas não bastava constituir este depósito: era necessário defendê-lo das usurpações privadas de cada homem em particular, que procura sempre colher do depósito, não só a porção que lhe cabe, mas usurpar para si também a dos outros. Eram necessários argumentos sensíveis bastantes para dissuadir o espírito despótico que cada homem tem de submergir de novo no antigo caos as leis da sociedade. Estes argumentos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infractores das leis.” Consequências: “(...) somente as leis podem fixar as penas correspondentes aos delitos; e este poder só ao legislativo pode pertencer, ele que representa toda a sociedade unida por um contrato social (...)” Interpretação das leis: “O poder de interpretar as leis penais também não pode recair sobre os juízes criminais pela simples razão de que eles não são legisladores. Os juízes não

Se é certo que outros antes de Beccaria combateram o então Direito Penal vigente, como Montesquieu, é inquestionável que sua obra representou com a maior legitimidade as aspirações individualistas do Iluminismo, gerando um clima propício para as reformas penais que a partir de então se sucederiam, e se constituindo em um momento de especial significado na história do Direito Penal.

### III – AS PRIMEIRAS NOTÍCIAS DO PRINCÍPIO

O princípio da legalidade, consagrado na expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>26</sup> e que segue sendo usada ainda hoje, tem, segundo alguns estudiosos, suas raízes na Magna Charta Libertatum<sup>27</sup>, do rei João Sem Terra, em 1215, na Inglaterra, que

---

receberam as leis dos nossos longínquos antepassados como uma tradição de família ou comum testamento que não deixasse aos vindouros senão o cuidado de obedecer, mas recebem-nas da sociedade viva, ou do soberano, seu representante, legítimo depositário do resultado atual da vontade de todos; recebem-nas, não como obrigações resultantes de um antigo juramento – nulo, porque ligaria vontades inexistentes; iníquo, porque reduziria os homens, do estado de sociedade ao estado de rebanho – mas como resultado de um tácito ou expresso juramento, que as vontades unidas dos súditos vivos fizeram ao seu soberano, como vínculos necessários para travar e reger o fermento interno dos interesses particulares. Esta é a autoridade concreta e real das leis. Quem será então o legítimo intérprete da lei? O soberano, isto é, o depositário das atuais vontades de todos, ou o juiz, cuja única função é examinar se um certo homem cometeu ou não um ato contrário às leis? Para qualquer delito deve o juiz construir um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a conclusão, a liberdade ou a pena.” Obscuridade das leis: “Se a interpretação das leis é um mal, é evidente que a obscuridade, que arrasta consigo necessariamente a interpretação, é um outro, e será um mal enorme se as leis forem escritas numa língua estranha para o povo, que o coloque na dependência de uns poucos (...) Uma das consequências destas últimas reflexões é que sem a lei escrita uma sociedade jamais terá uma forma fixa de governo, em que a força seja um resultado do todo e não das partes e em que as leis, inalteráveis exceto por efeito da vontade geral, não sejam corrompidas pelo contato com a chusma de interesses privados. A experiência e a razão demonstraram que a probabilidade e a certeza das tradições humanas diminuem à medida que se afastam das suas origens. Pois se não existe um monumento estável do pacto social, como resistirão as leis à força inevitável do tempo e das paixões?”

<sup>26</sup> Não obstante formulado em latim, o princípio da legalidade não tem origem romana.

<sup>27</sup> Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 382/383: “A proto-história dos direitos fundamentais costuma salientar a importância das cartas de **franquias medievais** dadas pelos reis aos vassallos, mais célebre das quais foi a *Magna Charta Libertatum* de 1215. Não se tratava, porém, e uma manifestação da ideia de direitos fundamentais inatos, mas da afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face do seu suzerano. A finalidade da *Charta Magna* era, pois, o estabelecimento de um *modus vivendi* entre o rei e os barões, que consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei em troca de certos direitos de liberdade estamentais consagrados nas cartas de franquia.” “A Magna Carta procurou também alicerçar os interesses locais em face das prerrogativas reais. Neste sentido, era um documento de garantia e franquia dos cidadãos, semelhante aos que foram concedidos em Espanha, Portugal, Hungria, Polônia, Suécia, na altura da transição do estado feudal pessoal da alta Idade Média para o

consagra em seu art. 39 a regra “nullus liber homo sera apenado visi per legale indicium parium suorum vel per legem terrea”.

Seu texto, todavia, sugere uma garantia mais de ordem processual do que de direito material. Ainda assim tratava-se de uma garantia em favor dos nobres, e apenas da aristocracia, estabelecida em texto legal, visando conter o poder-dever de punir do Estado em frente ao indivíduo. Na verdade não se excluía o costume como fundamento de agravação da pena, entretanto, é a primeira notícia de uma norma que, de uma forma ou de outra, limita o então poder ilimitado do rei no exercício do *jus puniendi*.

Assim, as disposições da Magna Charta não tinham o caráter geral que lhes foi atribuído, as interpretações sucessivas deste célebre documento é que foram acentuando o seu conteúdo liberal e alargando-lhe o alcance, do círculo estreito das pessoas de qualidade ao homem comum, o que, aliás, está em conformidade com o processo de formação e evolução do direito inglês. Mas, a atitude dos nobres ingleses, face a João Sem Terra, foi um movimento individualista, que definia e delimitava, na mais grave das matérias, os poderes do Estado, embora os homens livres a que se referia o texto fossem os nobres, porque somente estes, na época, poderiam ser considerados capazes de reclamar direitos.

Outros estudiosos atribuem à Constituição Criminalis Carolina, do Imperador Carlos V, de 1532, que regia o Direito Penal comum alemão, a condição de precursora do princípio da legalidade, ao remeter em seus arts. 104 e 105, fundamentalmente, ao direito positivo. Todavia, recomendava ela a classificação e medida das penas ao *bom costume* e ao juiz, permitindo também a aplicação por analogia do direito positivo a *casos penais inominados* através da deliberação dos juízes e sentenciadores; ademais reconhecia outras

---

estado territorial da baixa Idade Média.” “Mas a *Magna Charta*, embora contivesse fundamentalmente direitos estamentais, fornecia já «aberturas» para a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem. O seu vigor «irradiante» no sentido da individualização dos privilégios estamentais detecta-se na interpretação que passou a ser dada ao célebre art. 39º, onde se preceituava que «Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelo seus pares ou de harmonia com a lei do país». Embora este preceito começasse por aproveitar apenas a certos estratos sociais – os cidadãos *optimo jure* – acabou por ter uma dimensão mais geral quando o conceito de homem *livre* se tornou extensivo a todos os ingleses (só eram livres os barões e, depois, os proprietários dos condados e os burgueses representados na Câmara dos Comuns, mas já não a grande massa dos vilões). É este o significado histórico da leitura de Coke, quatro séculos mais tarde: a transformação dos direitos corporativos de algumas classes em direitos de todos os ingleses (just rights and liberties como «birthrights», como «inheritance».)” Esta individualização dos direitos estamentais se tornará patente na *Petition of Rights* de 1638, no *Habeas Corpus* de 1679 e no *Bill of Rights* de 1689.

múltiplas fontes do direito, pelo que não oferecia nenhuma garantia frente aos castigos extralegais.

Segundo ainda outros, entre eles Claus Roxin, o princípio da legalidade é encontrado pela vez primeira nas Constituições de alguns estados federados americanos (Filadélfia - 1774, Virgínia - 1776, Maryland - 1776).

A Constituição de Maryland, de 11-11-1776, em seu art. 15, rezava: “*As leis retroativas, que declaram criminosos ou castigam atos cometidos antes da existência de ditas leis, são injustas e incompatíveis com a liberdade*”.

O Código Penal austríaco, do Imperador José II, de 1787, proibiu a analogia, todavia, como refere Roxin<sup>28</sup>, “muitos autores consideram que José II, como governante absolutista, não queria proteger a liberdade do cidadão, mas sim consolidar seu domínio eliminando o livre arbítrio judicial”.

Foi, contudo, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>29 30</sup>, de 26-08-1789, que o princípio foi formulado em termos precisos, no art. 8º<sup>31</sup>, ou seja que “ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada”.

Depois de figurar nas Constituições revolucionárias francesas de 1791 e 1793, o princípio se expandiu, passando a constar nas Constituições e Códigos de todos os povos e países democráticos.

Neste sentido, a síntese de Mir Puig<sup>32</sup>: “Os antecedentes do Iluminismo que se pode mencionar – principalmente a Magna Charta Libertatum inglesa de João Sem Terra, de 1215, e a Constitucio Criminalis Carolina germânica de 1532, não possuem o sentido moderno do princípio da legalidade. Assim, a Magna Charta inglesa não excluía o costume, e, parece, tinha significado de garantia processual, e a Carolina não proibia a analogia contra o

---

<sup>28</sup> *Ob. cit.*, p.142. Também neste sentido teria sido o propósito de Federico II, para o Direito Geral do Território Prussiano, em 1794.

<sup>29</sup> Ainda que o princípio tenha sido inserido com anterioridade nas Constituições dos Estados americanos, Rodríguez Devesa, Jescheck e Jiménez de Asúa concordam que foi na declaração francesa do homem e do cidadão onde adquiriu universalidade, apud Mir Puig, *ob. cit.*, p. 110.

<sup>30</sup> Roxin. *ob. cit.*, p. 142: “A questão se a Declaração francesa se remonta mais à influência das Constituições americanas ou entronca quase por completo com a filosofia do Iluminismo europeu, e em especial o francês, é objeto de uma conhecida polémica. O correto é considerar que ambas influências foram relevantes.”

<sup>31</sup> «La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée.»

<sup>32</sup> *Ob. cit.*, p. 110.

réu. Mas, sobretudo, o atual significado político inspirador do princípio da legalidade, diverge do que possuíam os anteriores ao Iluminismo. Só a partir da ideologia liberal, impulsionada por esta e consagrada politicamente sobretudo a partir da Revolução francesa, se concebe como limitação do poder punitivo do Estado dotada de sentido de garantia para a liberdade do cidadão. Só a partir de então o princípio é, como diz Mezger, «um Paladino da liberdade cidadã». No seu sentido atual, o princípio da legalidade derivou de um princípio da **teoria iluminista do contrato social** e pressupunha uma organização baseada na *divisão dos poderes*, na qual a lei fosse competência exclusiva dos representantes do povo. O cidadão só admite passar do estado de natureza para o estado civil em virtude de um pacto – contrato social – que assegura sua participação e controle da vida política da comunidade. Tal participação tem lugar por meio do Poder Legislativo, que representa o povo. Só dele pode emanar a lei, que constitui, pois, a expressão da vontade popular. Beccaria que traduziu melhor do que ninguém o espírito do Iluminismo ao Direito Penal escrevia: «...só as leis podem decretar as penas dos delitos e esta autoridade deve residir no legislador, que representa toda a sociedade unida pelo contrato social. Nenhum magistrado (que é parte dela) pode com justiça decretar a sua vontade penas contra outro indivíduo da mesma sociedade.» Os juízes não podem, conseqüentemente, «aumentar a pena estabelecida» pelas leis, nem sequer «sob pretexto de zelo ao bem público». O princípio da legalidade não é só, então, uma **exigência de segurança jurídica**, que requer só a possibilidade de conhecimento prévio dos delitos e das penas, mas sim a **garantia política** de que o cidadão não poderá se ver submetido por parte do Estado nem dos juízes a penas que não admita o povo.”

Segundo Cavaleiro de Ferreira<sup>33</sup>, se “o princípio surgiu com mais clareza na reação do liberalismo ao Estado absoluto”, o seu propósito “não era, porém, estranho ao antigo direito português, como expressão perene de uma exigência do Direito; aflora na lei de 4 de Dezembro de 1706, no alvará régio de 28 de Julho de 1751, e constava dos assentos da Casa de Suplicação de 4 de Maio de 1754, 8 de Agosto de 1758 e 25 de Novembro de 1769”, tendo sido incluído em todas as Constituições portuguesas.

Em Portugal, o mais próximo e fiel seguidor das ideias de Beccaria foi Pascoal José de Melo Freire dos Reis, autor da consagrada obra *Instituições de Direito Criminal Português*, escrita originalmente em latim, e que travou célebre polémica com Antônio

---

<sup>33</sup> *Lições de Direito Penal*, p. 54.

Ribeiro dos Santos que se opunha às ideias progressistas contidas nos seus dois projetos de códigos, um de direito público e o outro de direito criminal elaborados por Melo Freire.

Analisando a legislação criminal então vigente, assim se manifesta: “Pelo que nos respeita, a Jurisprudência Criminal, que se contém no livro V das nossas Ordenações, sofre dos vícios comuns que abundam as leis criminais das outras nações, e é lamentável que, até agora, não tenha surgido entre nós quem descobrisse as suas feridas, ou, descobrindo, as curasse, ou explicasse essas leis pelas suas genuínas fontes, ou, pelo menos, com alguma ordem e método. Sem dúvida, também são confirmados pelas leis pátrias os contos de bruxas e feiticeiras, as mutilações de membros, as penas, já não direi atrozes, mas cruéis, os tormentos, as multas pecuniárias inventadas para locupletar o fisco, as provas *semiplenas* e os indícios, que são havidos como provas verdadeiras e legítimas, sobretudo nos delitos que chamam privilegiados.” Referindo-se a sua posição, acerca do direito criminal, assim se expressa: “(...) mantivemo-nos, o mais possível, alheio tanto à opinião dos que queimam ou cortam, como à dos que, pelo contrário, se inclinam para excessiva misericórdia. De fato, uns e outros erram: aqueles, dirigindo toda a agudeza de espírito para a crueldade e desprezando os remédios da defesa; estes, mitigando o rigor vingativo das leis, esquecidos de seu ofício e da salvação pública, que mais se prejudica que aproveita como essa misericórdia mal empregada. Bem, pois, disse Sêneca no *De clementia*, I, 2: *Quando não se faz distinção entre os maus e os bons, nasce a confusão e surgem os vícios. Há, por isso, que aplicar a moderação, que saiba distinguir as índoles curáveis das incuráveis. É necessário não exercer a clemência, indistinta, geral e confusamente, pois há tanta crueldade em perdoar a todos como a ninguém. Devemos seguir um critério médio.* Sempre procuramos evitar esses dois extremos; e queremos que assim se entendam as doutrinas contidas neste opúsculo.” Para ele “delito é o *fato ilícito espontaneamente cometido, prejudicial à sociedade ou aos particulares*”, daí concluindo que “não é ilícito o *fato que, embora censurável, não é prejudicial à sociedade ou aos cidadãos, e não ofende o direito de outrem, como a embriaguez, a ambição, e a mentira*”, havendo que distinguir-se “os pecados e vícios humanos dos delitos públicos e particulares”. Como “efeito necessário da liberdade civil” tem que “os cidadãos podem fazer livre e impunemente tudo o que não se ache especialmente proibido pelas leis da cidade”. Para ele o direito de punir nasce do *pacto social* e “o objeto das penas é a *segurança* do lesado, a *emenda* do lesante, e o *exemplo* aos outros, a saber, para

que os outros fujam de perpetrar crime semelhante”. Entendendo “*legítima* aquela pena que é expressamente declarada pela lei, e *arbitrária* aquela que é fixada, não pela lei, mas pelo juiz, podendo esta, no entanto ser legítima, se for deixada ao arbítrio do juiz”, devendo ser “agravada e exacerbada conforme a gravidade do delito, pois esta como que é a sua medida”. Não deixando dúvidas acerca da sua visão acerca do caráter preventivo da pena afirma que é “melhor antever e precaver os delitos que puni-los com penas justas, porém, os delinquentes devem ser castigados sem remissão, não por haverem delinquido, mas para que de futuro tanto eles como os outros não o ousem fazer; e assim se previnem os delitos”.

Seu projeto de Código Criminal não chegou a entrar em vigência, todavia, suas ideias influíram decisivamente no Código Criminal português de 1852 que consagrou o princípio *nullum crimen sine lege*, proibindo, em seu art. 18º, a analogia e a interpretação extensiva, determinando os limites máximos e mínimos das penas e, assim reduzindo o arbítrio judicial apenas à apreciação das agravantes e atenuantes.<sup>34</sup>

Atravessando o oceano, o princípio também foi consagrado no Brasil pela Constituição de 1824 que determinava que “ninguém será sentenciado senão por autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita” (art. 179, § 11), sendo reproduzido com pequenas variações em todos os demais textos constitucionais. O Código Criminal de 1830<sup>35</sup>, contemplava em seu art. 1º a regra de que “não haverá crime ou delito sem uma lei anterior, que o qualifique” e no art. 33 constava que “nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas em lei, nem com mais, ou menos, daquelas que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio ou mínimo, salvo o caso em que aos juizes se permitir arbítrio”.

#### *IV – ENUNCIADO E DESDOBRAMENTOS DO PRINCÍPIO*

---

<sup>34</sup> Eduardo Correia, *Direito Criminal*, p. 107.

<sup>35</sup> Segundo Aníbal Bruno, *Direito Penal*, pp. 164/165, o Código Criminal brasileiro de 1830, considerado avançado por ter acolhido o pensamento criminal da época, impressionou penalistas como Haus e Mittermayer

Feuerbach (1775-1833) não foi o criador do princípio da legalidade, desenvolvido doutrinariamente por Montesquieu e Beccaria e mesmo codificado já antes dele. Todavia, foi ele quem, na primeira metade do século XIX, idealizou a formulação latina que segue sendo usual ainda hoje, acrescentando-lhe ainda uma fundamentação a partir da sua teoria da prevenção geral da pena como “coação psicológica”<sup>36</sup> ou mesmo nele buscando a fundamentação da sua teoria.

Antes de se voltar ao Direito, Feuerbach dedicou-se à Filosofia. Inicialmente filiado a Kant, mais tarde libertou-se do absolutismo kantiano que tem a lei penal como um imperativo categórico, uma exigência de justiça livre de toda consideração final, e a pena um caráter exclusivamente retributivo da culpabilidade do agente, na conformidade da lei de talião<sup>37</sup>. Ao contrário, Feuerbach tem a sanção penal como instrumento de garantia da ordem e da segurança social, não uma medida retributiva, mas sim fundamentalmente preventiva. Para ele o fim do Direito Penal é a prevenção geral através de uma coação psicológica pela ameaça da pena, e cujo fundamento é a necessidade de segurança. A execução da pena é apenas a realização prática da ameaça, que a reafirma e lhe dá seriedade, demonstrando que a ameaça não é vã, mas o mais significativo é a própria ameaça, motivo inibidor da ação criminosa. É através dessa coação psicológica que o Estado alcança o seu propósito e função de garantir a convivência social<sup>38</sup>. Entendia, ainda, Feuerbach que o direito positivo emanava do direito natural, pelo que a lei seria a essência e o fundamento do sistema jurídico<sup>39</sup>.

Quanto à teoria da coação psicológica de Feuerbach, Mir Puig<sup>40</sup> assim se refere: “A prevenção geral, introduzida em seu sentido moderno por Feuerbach, alude à prevenção frente à comunidade, concebendo a pena como meio para evitar que surjam delinquentes na sociedade. Antes de Feuerbach a prevenção se confiava sobretudo à exemplariedade da execução. Em troca, Feuerbach, a partir da perspectiva legalista do liberalismo, entendeu-a ao

---

que, segundo consta, teriam estudado português para lê-lo no texto original. Influenciou os Códigos Penais espanhóis de 1848, 1850 e 1870, e, como consequência, vários códigos penais da América latina.

<sup>36</sup> Segundo Aníbal Bruno, *ob. cit.*, p. 95, sua teoria valeu-lhe a crítica de Hegel, que seguindo a linha retributiva kantiana, apenas transformando-a de retribuição ética para retribuição jurídica, tendo a pena como o próprio desenvolvimento do crime, referiu que a teoria de Feuerbach trata o homem, não em referência a sua honra e a sua liberdade, mas como um cão, isto é, como se levantássemos o bastão contra um cão.

<sup>37</sup> Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, p. 453, apud Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, p. 61.

<sup>38</sup> A ideia da pena como fator inibidor da ação delitiva já havia em Pufendorf, segundo Quintero Olivares, Gonzalo, Morales Prats, Fermín, e Prats Canut, José Miguel, *Manual de Derecho Penal*, p. 66.

<sup>39</sup> Quintero Olivares, Gonzalo, e outros, *ob. cit.*, p. 66.

<sup>40</sup> *Ob. cit.*, p. 87.

momento da cominação legal contida na lei. Para ele, a pena serve como ameaça dirigida ao cidadão pela lei para evitar que venham a delinquir. Isto é, opera como «coação psicológica» no momento abstrato da cominação legal. A execução da pena só tem sentido, nesta construção, para confirmar a seriedade da ameaça legal.”

Jescheck<sup>41</sup> salienta que, ainda que a ideia de prevenção<sup>42</sup> já estivesse presente nas teorias penais dos séculos XVII e XVIII, Feuerbach “foi o primeiro a distinguir claramente desde a perspectiva teórica entre prevenção especial e geral”, vinculando a prevenção geral com a cominação abstrata da pena, mediante “coação psicológica”, restando como efeito da sua imposição apenas para demonstrar a seriedade da ameaça.

A este propósito, cumpre referir que Feuerbach originariamente concebeu a máxima latina como *nulla poena sine lege*<sup>43 44</sup>, embora hoje, majoritariamente, se formule como *nullum crimen, nulla poena sine lege*, distinguindo a conduta punível da pena. Todavia, a extensão da sua máxima parece ser uma dedução lógica do seu pensamento. Segundo ele, no dizer de Roxin<sup>45</sup>, “se o fim da cominação penal consiste na intimidação de potenciais delinquentes, a determinação psíquica que se pretende só se pode alcançar se antes do fato se fixe na lei do modo mais exato possível qual é a ação proibida; pois se falta uma lei prévia ou esta é pouco clara, não se poderá produzir o efeito intimidatório, porque ninguém saberá se sua conduta pode acarretar pena ou não”.

A partir do próprio enunciado do princípio da legalidade, surgem como desdobramentos naturais, ou mesmo como corolários, as proibições do direito consuetudinário, da retroatividade da lei penal, das leis indeterminadas, e da analogia, na forma de princípios derivados, que, além de constituírem juntamente com o original, garantias da lei penal, vão ter especial significado na técnica legislativa, a saber:

---

<sup>41</sup> Jescheck, *ob. cit.*, p. 63.

<sup>42</sup> Jescheck, *ob. cit.*, p. 63: “A ideia de prevenção como fim da pena não estava muito longe da Filosofia da antiguidade, orientada para o bem comum. Assim, o «sed ne peccetur» de Hugo Grotius se reporta a uma frase que Platão põe na boca de Protágoras: «Quem aspira a castigar de modo razoável, não deve fazê-lo pelo injusto já realizado..., sim em atenção ao futuro, para que a seguir nem o mesmo delinquente volte a cometê-lo nem tampouco os demais, que vêm com se o castiga». (...) Dentro da literatura do Iluminismo francês, Montesquieu colocou o fim preventivo da pena no relevo das suas funções e Voltaire atacou valorosamente os defeitos da Justiça penal do Antigo Regime, exigindo a humanidade, a proporcionalidade e a utilidade da pena.”

<sup>43</sup> Segundo Roxin, *ob. cit.*, 146, “Feuerbach agrupava ambas no termo *poena*, como se faz atualmente com certa frequência”, apud Bohnert.

<sup>44</sup> Mir Puig, *ob. cit.*, p. 110: Vid. A. von Feuerbach, *Lehbuch*, § 23. Mas deve admitir-se que literalmente Feuerbach não se referiu ao componente “*nullum crimen sine lege*”, por muito que se inclua em seu pensamento: cfr. Jescheck, *Lehbuch*, 2ª. ed., p. 104; Cattaneo, Feuerbach, pp. 446 ss.

- a) nullum crimen, nulla poena sine lege scripta
- b) nullum crimen, nulla poena sine lege praevia
- c) nullum crimen, nulla poena sine lege certa
- d) nullum crimen, nulla poena sine lege stricta

Assim, parte-se da exigência de uma lei escrita, na medida em que só ela pode definir crimes e determinar sanções, vedando, desta forma, a imputação, o apenamento ou mesmo o agravamento de penas com base no direito consuetudinário. É a lei formal, no seu sentido jurídico-constitucional estrito, a única fonte imediata e idônea das normas incriminadoras, constituindo o pressuposto necessário das infrações penais e das suas consequências.

Impositivo, ainda, que esta lei escrita já exista no momento da prática da conduta delituosa, não podendo, em regra, retroagir para incidir sobre fatos praticados antes da sua vigência. Não pode, pois, a lei criminalizar condutas ou agravar penas com relação a fatos que não eram criminalizados ou cujas penas fossem inferiores antes de que tenha entrado em vigor. Vedada, pois, a retroatividade *in malam partem*, embora admitida *in bonam partem*, ou seja, para beneficiar, caso a lei nova descriminalize conduta anteriormente prevista como crime ou reduza a penalização.

A exigência da lei certa, dirigida de forma especial ao legislador, significa que o seu texto deva ser redigido com clareza na determinação das condutas tipificadas, de fácil entendimento para os destinatários da norma, a fim de que possa desempenhar o papel pedagógico e preventivo que se propõe com relação aos cidadãos, e elaborada sem excessos de generalizações com, ao menos, o propósito de não deixar margens a dúvidas ao aplicador. Significa no dizer de Castanheira Neves “lei determinada na sua formulação prescritiva e no seu conteúdo normativo, em termos de poder impor-se já como critério autônomo e suficiente da incriminação punitiva, já como fundamento verdadeiramente vinculante da decisão concreta que impute essa incriminação – e para que assim possa prever-se essa decisão, seja

---

<sup>45</sup> *Ob. cit.*, p. 146.

ela suscetível de preservar a igualdade e de se submeter a um controle objetivo na sua aplicação individualizada e concreta”<sup>46</sup>.

O corolário da lei estrita significa, *a priori*, a proibição da utilização pelo seu aplicador de qualquer processo analógico na tarefa de enquadramento de condutas concretas em tipos penais e na aplicação ou agravação de penas, ou seja, a analogia *in malam partem*, mas, de um modo geral, a sua máxima vinculação ao texto legal.

Quanto a estes dois últimos corolários é que, como veremos, ao longo do tempo e ainda nos dias de hoje, convergem os maiores questionamentos. Enquanto no primeiro se indaga tão-somente acerca da existência da lei escrita e da legitimidade da fonte legislativa, e no segundo, do marco inicial da sua vigência, dados essencialmente objetivos, nos dois últimos questiona-se, respectivamente, acerca da técnica legislativa adotada, com maior concretude ou abstração do texto da lei, e da possibilidade e da extensão, maior ou menor, de interpretação da lei pelo seu aplicador.

Ainda sob o impacto da nova ordem jurídico-penal prosperara a ideia de que ao juiz não cabia interpretar a lei, mas apenas aplicar o seu inequívoco sentido literal. Montesquieu já afirmara que os juízes não são senão a boca que pronuncia as palavras da lei: “les juges ne sont que la bouche que prononce les paroles de la loi”. Beccaria, na mesma linha de pensamento, concebia o juiz como um impessoal “autômato da subsunção”.

Logo, porém, constatou-se que, a exemplo da impossibilidade de pré-determinação normativa<sup>47</sup>, e ainda como sua consequência, também a estrita vinculação do juiz ao texto legal se mostraria inviável. Na verdade, estes propósitos estão intimamente relacionados, de forma diretamente proporcional, ou seja, quanto maior a determinação normativa, maior a vinculação do juiz, e vice-versa.

A este propósito assim se manifesta Jescheck<sup>48</sup>: “El grado de vinculación del juez a la ley responde al grado de exactitud con el que la voluntad colectiva se haya expresado en

---

<sup>46</sup> Castanheira Neves, *O Princípio da Legalidade Criminal*, pp. 334/335. Argumentando, porém, refere: “Só que ainda aqui as coisas não são simples, e sobretudo se deste modo se quiser referir a radicalidade com que o postulado da determinação foi pensado no sentido originário (iluminista) do princípio: a lei devia oferecer-se numa pré-determinação normativa tão precisa que possibilitasse quer um seu conhecimento universalmente unívoco, quer uma sua aplicação lógico-necessária” e, “pelo contrário, terá de reconhecer-se que essa pré-determinação é hoje impensável, porque é também ela contrariada pelas intenções normativas atuais do direito criminal e porque é em qualquer caso metodologicamente irrealizável”.

<sup>47</sup> Vide nota 45.

<sup>48</sup> *Ob. cit.*, pp. 114/115.

aquella. Esto significa que de la **técnica legislativa** depende esencialmente la efectividad de la función de la ley penal (...) Incluso en un sistema con regulación legal completa hay matices en la vinculación que dependen del grado de **concreción** o **abstracción** del texto de la ley. No obstante, sería un error creer que una ley redactada casuísticamente garantizaría la máxima coincidencia de las resoluciones judiciales con el sentido de aquella, porque podría vincular al juez con la mayor fuerza imaginable. Es, por el contrario, la redacción *general* de la norma la que vincula a la jurisprudencia con pleno sentido. El legislador puede conseguirlo destacando los factores típicos de un grupo de casos. En cambio, la *casuística*, al conectar con exteriorizaciones que en modo alguno son necesarias en todos los casos merecedores de pena, origina ineludiblemente lagunas que impiden una decisión correcta en casos límites, dado que con la prohibición de analogía se veda al juez que complete la ley. El Derecho vigente sigue ahora un camino intermedio en cuanto para caracterizar casos especialmente difíciles se sirve con frecuencia de la técnica de los ejemplos reglados (v.g. § 243). Con todo, en la *generalización* de la redacción legal no hay sólo un beneficio para la Justicia, sino también un peligro para la seguridad jurídica, por cuanto con la nivelación de las diferencias materiales pueden crearse **cláusulas generales** que menoscaban la función de garantía de la ley penal. De ahí que el legislador no deba preocuparse únicamente de simplificar, sino también de señalar, mediante específicos conceptos generales, los elementos distintivos que son determinantes para la delimitación de los tipos penales. Solamente a través del juego conjunto de generalización y diferenciación cabe sentar las bases para **formar** en el Derecho Penal los **grupos de tipos** que dan a la función de garantía de la ley penal su importancia práctica. En la historia del Derecho Penal se han manifestado con frecuencia los peligros que para la seguridad jurídica pueden encerrarlas cláusulas generales en el ámbito juridicopenal.”

## V – SISTEMATIZAÇÃO, EVOLUÇÃO E CRÍTICA AO PRINCÍPIO

Se Feuerbach foi o responsável pelo enunciado do princípio na consagrada expressão latina usada até hoje, foi Beling, em 1906 (Die Lehre vom Verbrechen), o

responsável pela sua sistematização, que viria a gerar uma verdadeira revolução para o futuro do Direito Penal, embora na época não tenha sido dimensionado com justiça o seu mérito.

De início, o conceito de tipo (Tatbestand), na conformidade da doutrina alemã do fim do século XVIII, se confundia com o *corpus delicti*, um conceito que hoje teria um sentido processual, significando “aqueles sinais externos de um delito que justificavam especiais medidas de persecução”<sup>49</sup>.

Em Feuerbach, já na primeira metade do século XIX, o tipo é uma “totalidade de elementos”: “A totalidade dos elementos de uma determinada ação ou fato que estão contidos no conceito legal de uma determinada classe de ações antijurídicas se denomina tipo do delito”<sup>50</sup>.

Assim, o conceito de tipo perdera o seu significado inicial de persecução penal (processual), adquirindo um conteúdo material, mas ainda assim englobando todo o conjunto dos pressupostos da punibilidade, inclusive aqueles elementos constitutivos da antijuridicidade (ou ilicitude) e da culpabilidade. Tipo e delito, desta forma, se confundiam.

Beling, criando uma nova concepção de tipo, tornou a tipicidade autônoma da ilicitude e da culpabilidade, limitando seu conceito, e que na concepção clássica tripartida de crime (tipicidade, antijuridicidade ou ilicitude e culpabilidade) viria a constituir um dos elementos estruturais do seu conceito formal.

Na construção de Beling, seguindo uma linha causal-naturalista iniciada por Von Liszt, o tipo é concebido como pura descrição objetiva, desprovido de qualquer valoração acerca da conduta nele descrita. Tem ele, assim, um significado puramente formal de descrição de uma conduta, sem qualquer implicação valorativa ou subjetiva, ficando rigorosamente excluído do seu conteúdo tudo o que não for mera descrição. Sua concepção de tipo é por demais fiel ao pensamento de Montesquieu e de Beccaria acerca da função da lei, para não oportunizar ao juiz qualquer forma de interpretação.

A simples conformidade de uma conduta concreta com a conduta abstratamente descrita no tipo configuraria, segundo ele, a tipicidade, independentemente de dolo ou culpa por parte do agente, com exceção da vontade, própria de toda a ação já desde a concepção causal.

---

<sup>49</sup> Jacobs, *Derecho Penal*, pp. 188/189.

<sup>50</sup> Feuerbach, *Lehrbuch*, § 81, apud Jacobs, *ob. cit.*, p. 189.

Para Beling, todo delito é uma “ação típica, antijurídica e culpável, subsumível em uma cominação legal ajustada a ela e que realiza as condições da cominação penal”<sup>51</sup>.

A licitude ou ilicitude desta conduta seria indagação, em um segundo momento, no campo da antijuridicidade, e dolo e culpa, matéria da culpabilidade, seria uma mera relação psicológica entre a mente do agente e o tipo. Assim, tipicidade, antijuridicidade ou ilicitude e culpabilidade seriam momentos totalmente autônomos na definição de uma prática delituosa. Na estrutura de Beling<sup>52</sup>, o tipo está “limpio de todos los momentos de antijuridicidad”, nele “no es reconocible un significado jurídico”, e “la sola comprobación de que seha cumplido un tipo por sí misma no es gravosa para nadie”, pois “las investigaciones sobre la tipicidad se mantienen en un terreno estrictamente neutral”. Esta construção de Beling ficou conhecida como a *teoria objetiva do tipo*<sup>53</sup>.

Cedo, porém, já a partir de 1911, a *teoria objetiva do tipo* de Beling passou a ser contestada. H. A. Fischer, Hegler, Mayer e Mezger, partindo inicialmente das causas de justificação, descobriram que o injusto do fato, por vezes, depende do propósito do agente, ou seja, de elementos de ordem subjetiva. Mas foi Hegler que pela primeira vez concluiu que para a definição de certos tipos são necessários critérios subjetivos, como nas práticas sexuais e nas subtrações de coisas alheias. Mayer, que a princípio acolhia o caráter não valorativo do tipo, entendendo que a sua realização seria um indício, uma *ratio cognoscendi* de ilicitude, em um segundo momento passou a reconhecer que ao lado dos elementos meramente descritivos do tipo, acessíveis a uma percepção sensorial, haviam também elementos normativos que não podiam ser atribuídos exclusivamente à ilicitude, pois só podiam ser valorados dentro do conceito de tipo. Assim, o tipo deixa de ser uma mera *ratio cognoscendi*, passando a constituir uma *ratio essendi* da ilicitude. Erik Wolf, inclusive, concluiu que muitos dos elementos até então tidos como meramente descritivos seriam normativos em seus limites fronteiros e Mezger chegou até mesmo a reduzir o tipo a um atributo do ilícito, classificando-o como um *injusto típico*.

Sendo assim, o caráter meramente objetivo do tipo de Beling cede a um tipo também composto de elementos subjetivos e normativos, no dizer de Erik Wolf<sup>54</sup>, “un

---

<sup>51</sup> Jacobs, *ob. cit.*, p. 189.

<sup>52</sup> Apud Roxin, *ob. cit.*, p. 279.

<sup>53</sup> Beling em 1930 modificou de forma considerável sua teoria do tipo.

<sup>54</sup> Apud Roxin, *ob. cit.*, p. 282

inseparable entramado estructural donde se entrelazan elementos de valor y elementos del ser”.

Com isso, restaria sepultada a *teoria objetiva do tipo* de Beling, como ele próprio reconheceu mais tarde.

Com o advento do finalismo, o dolo e a culpa deixam a sede da culpabilidade e passam a ser considerados elementos integrantes do tipo, admitindo-se a partir de então a existência de tipos dolosos e de tipos culposos. A tipicidade não deixa de ser uma descrição objetiva de uma conduta abstrata (tipo legal), adquirindo, porém, também um conteúdo de normatividade e, fundamentalmente, de subjetividade, respectivamente, quanto à ilicitude e à finalidade da conduta do agente (tipo de injusto).

Ainda que atualmente se possa ter o finalismo como, em parte, superado, a doutrina majoritária não contesta a manutenção da inserção do dolo e da culpa no tipo penal, embora a tendência atual de vê-los de uma forma mais mediata também na culpabilidade.

Sendo assim, à tipicidade corresponde uma ação concreta na conformidade da descrição contida objetivamente no tipo legal, mas também dolosa quanto a sua finalidade, ou culposa pela ausência do devido cuidado objetivo de conduta, direcionada a um resultado ilícito de dano ou de perigo a um bem penalmente tutelado.

Por fim, a admissão de tipos abertos, nos quais não é descrito em todos os seus aspectos o objeto da proibição, terminou por definir contornos do tipo de forma bastante diversa daquela originalmente idealizada por Beling.

Mais modernamente, portanto, o tipo deixa de ser simples indício de ilicitude para erigir-se em portador de um sentido de ilicitude, dotado, assim, de conteúdo material<sup>55</sup>. Também cumpre registrar o entendimento de alguns penalistas de que as causas de exclusão de ilicitude, ao serem delineadas pelo legislador com a mesma técnica utilizada na elaboração dos tipos definidores de crimes, constituindo verdadeiros tipos justificadores ou negativos, poderiam ser inseridos nos tipos incriminadores na condição de elementos negativos do tipo, em que pesem as severas e justificadas críticas a esta teoria.

Nada disto, porém, deslustra a significativa importância da sistematização do princípio e da nova e fundamental definição de tipo introduzida por Beling, pelo que

representou para o desenvolvimento da teoria do crime e para toda a dogmática penal moderna.

Assim, se o princípio da legalidade em nada mudou quanto ao seu enunciado, a mesma assertiva, todavia, não se aplica aos seus problemáticos desdobramentos e consequências.

Castanheira Neves<sup>56</sup>, problematizando o princípio, depois de analisar o seu sentido geral e corolários normativos (*lex scripta*, *lex praevia*, *lex certa* e *lex stricta*), tem os três primeiros como problemas político-jurídicos, cujo destinatário é o legislador, e o quarto como um problema estritamente jurídico, mais especificamente um problema jurídico do cumprimento do princípio da legalidade criminal, e cujo destinatário é o julgador. E é exatamente sobre este que se debruça, não sem antes, porém, questionar acerca do fundamento e sentido decisivo do princípio. Sem descurar do fundamento político, embora o reconheça como “exterior” ao relevo jurídico criminal do princípio, tem que o fundamento dogmático-jurídico se mostra com um aspecto formal do fundamento axiológico-normativo, este sim o conteúdo material do princípio e seu sentido decisivo. Quanto ao problema jurídico do cumprimento do princípio, vinculado ao corolário da *lex stricta*, que, como refere, diz respeito em especial ao aplicador da lei, entende que a solução metodológica não resolve a questão, seja pelo aspecto que se refere à interpretação tendo como critério limitativo a letra da lei – neste aspecto não distingue interpretação de analogia (“...como distinguir a interpretação permitida da analogia proibida?”), “...a essência da interpretação jurídica é analógica...”, e “nem é viável um critério formal de pré-determinação ou pré-delimitação da interpretação como tal, nem a analogia pode ser excluída da interpretação...”), seja pelo aspecto teleológico (“nem a letra da lei é delimitativamente pré-determinante, nem o fundamento teleológico é pré-determinantemente delimitativo”). Negando-se a aceitar a limitação do princípio proposta por Hassemer<sup>57</sup>, no sentido de que “ele é um *necessário* elemento da reflexão e argumentação judicial na interpretação de cada um dos tipos, não mais, mas também não menos do que isso”, pois “positivas garantias para a justeza da interpretação não existem fora do próprio processo da interpretação”, Castanheira Neves,

---

<sup>55</sup> Assim, tem-se hoje o que a doutrina distingue entre tipo total ou tipo de injusto, que corresponde a efetiva noção atual de tipo, com conteúdo objetivo, subjetivo e normativo, e o tipo estrito ou tipo legal, este último correspondente à concepção de Beling, com elementos exclusivamente objetivos ou descritivos.

<sup>56</sup> *Ob. cit.*, pp. 307/469.

argumentando que a dogmática, constituindo “um universo de estrutura e objetividade específicas” pode ser chamada a uma “função mediadora e de *controle* entre a lei e o juízo – a função de uma reelaboração normativa e de reconstrução sistemática da primeira para a definição de estruturas e modelos normativo-jurídicos que enquadrem, orientem e estabilizem criticamente o segundo”, parte na tentativa de uma solução dogmática, impondo para tal, quatro condições, a saber, a condição legal, a determinação dogmática dos tipos, a adequação sistemática e uma garantia institucional através de um Tribunal Constitucional, reconhecendo, porém, que, mesmo assim, inexistente uma solução de segurança absoluta. E conclui: “Se quisermos enunciar uma conclusão geral o sentido fundamental deste estudo será esta: o princípio *nullum crimen sine lege* não é suscetível de ser cumprido no seu sentido normativo essencial, que toca os valores capitais da juridicidade, só ao nível da legislação, nem bastará para tanto a estrita obediência legal do julgador; o seu cumprimento só é possível pela mobilização nessa intenção de todas as dimensões e de todas as instâncias do universo jurídico. Não é tarefa só do legislador ou só do juiz, é tarefa e responsabilidade de todo o pensamento jurídico.”

Costa Andrade<sup>58</sup>, porém, mesmo considerando a posição de Castanheira Neves e de outros como Germann, Sax, Art, Kaufmann, Hassemer, Schmidhauser e Jacobs, na conformidade da doutrina majoritária<sup>59</sup>, tem como possível a distinção entre interpretação da lei e aplicação analógica, “a primeira compreendida como exercício hermenêutico de determinação do sentido e alcance da lei a aplicar; a segunda, pelo contrário configurando já uma criação de direito ou de normas e, como tal, o exercício de uma tarefa que em direito penal cabe exclusivamente ao legislador”. Neste sentido, refere ele que o chamado “significado literal possível” para a determinação dos limites da interpretação, “no sentido de que já não pode reivindicar-se de *interpretação* uma qualquer solução jurídica, por mais indicado axiológica e teleologicamente, que já não encontre apoio no texto da lei” e que “em vez disso transcenda o limite do *possível significado verbal* da lei”. Deste modo, “toda a interpretação começa e acaba nas palavras, o meio privilegiado de comunicação entre as pessoas e o único meio de comunicação entre o legislador e o cidadão”.

---

<sup>57</sup> *Tatbestand und Typus*, 164, s., apud Castanheira Neves, *ob. cit.*, p. 458.

<sup>58</sup> *O princípio constitucional «nullum crimen sine lege» e a analogia no campo das causas de justificação*, pp. 72/74.

Acerca do tema, Mir Puig<sup>60</sup> assim se expressa: “A **diferença entre interpretação** (sempre permitida se é razoável e compatível com os valores constitucionais) e **analogia** (proibida se prejudica o réu) é a seguinte: ainda que a interpretação seja a busca de um sentido do texto legal que se encontre dentro de seu «*sentido literal possível*», a analogia supõe a aplicação da lei penal a uma hipótese não *compreendida* em nenhum dos sentidos possíveis de sua letra, mas *análogo* a outros sim compreendidos no texto legal (...)”. Assim, a interpretação, ainda que extensiva, é possível, desde que não ultrapasse “o limite de garantia representado pela letra da lei, porque *toda* interpretação admissível se move dentro deste limite (o «sentido literal possível»”, ao contrário da analogia que como “ultrapassa esta fronteira não será admissível se prejudica o réu (*in malam partem*)”.

No mesmo sentido, Muñoz Conde e García Aran<sup>61</sup>: “A analogia consiste em aplicar a lei a hipóteses não contempladas por ela mas muito similares (análogas) às que a lei descreve.(...) A analogia não é propriamente uma forma de interpretação da lei, sim de aplicação da mesma: do que se trata na analogia é de que, uma vez interpretada a lei (é dizer, uma vez estabelecidas as hipóteses que contém), se aplicam suas consequências a outras hipóteses não contidas, mas similares ou análogas. A proibição da analogia atinge, sem dúvidas, a todas aquelas disposições penais prejudiciais para o réu, é dizer, à denominada *analogia in malam partem*. Isto é consequência direta do sentido garantista do princípio da legalidade que atua como limite à intervenção punitiva do Estado e significa que não podem aplicar-se analogicamente as normas penais que *fundamentam* a responsabilidade penal por que definem as condutas puníveis, nem tampouco aquelas que a agravam em função de determinadas circunstâncias.

E em nada difere a posição de Roxin<sup>62</sup>: “A proibição de analogia estabelece a tarefa de ter que delimitar a interpretação fiel à lei, que está permitida, da analogia criadora do Direito, que está proibida.” Segundo ele, já não existem mais dúvidas que aquela posição mecanicista de Montesquieu e de Beccaria de que era vedada a interpretação da lei pelo juiz, e que Federico II pretendia no território prussiano, é impraticável. “(...) a verdade é que sempre sucede que o conteúdo de um preceito penal só é «determinado», no sentido de uma

---

<sup>59</sup> Os tribunais alemães, e particularmente o Tribunal Constitucional Federal, acompanham a doutrina dominante adotando o critério do possível significado literal, apud Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 74.

<sup>60</sup> *Ob. cit.*, pp. 120/121.

<sup>61</sup> *Derecho Penal*, pp. 120/121.

clareza excludente de dúvidas, mediante a interpretação judicial. E a pergunta é como se pode conciliar isto com o art. 103 II GG, segundo o qual a punibilidade há de estar «determinada **legalmente**» antes do fato. Pois bem, com razão, a doutrina dominante não extrai daí a consequência de que o princípio esteja superado pela troca da forma de entender a aplicação judicial do Direito (...), sim que parte da base de que o legislador cria com o sentido literal de um preceito um marco de regulação que é preenchido e concretizado pelo juiz. A esse respeito o marco é delimitado pelo sentido literal possível na linguagem corrente do texto da lei, ainda que o juiz efetue dentro deste marco a interpretação, considerando o significado literal mais próximo, a concepção do legislador histórico e o contexto-sistemático-legal, e segundo o fim da lei (interpretação teleológica (...)) Ao contrário, uma aplicação do Direito à margem do marco da regulação legal (*praeter legem*), ou seja, uma interpretação que já não esteja coberta pelo sentido literal possível de um preceito penal constitui uma analogia fundamentadora da pena e portanto é inadmissível.(...) A vinculação da interpretação ao limite do sentido literal não é em absoluto arbitrária, sim que se deriva dos fundamentos jurídico-políticos e jurídico-penais do princípio da legalidade. Em efeito: o legislador só pode expressar com palavras suas prescrições; e o que não se depreenda de suas palavras, não está prescrito,...Por isto, uma aplicação do Direito penal que exceda do sentido literal vulnera a autolimitação do Estado na aplicação do poder punitivo e carece de legitimação democrática. Ademais, o cidadão só poderá incluir em suas reflexões uma interpretação que se depreenda do seu sentido literal, de tal maneira que possa ajustar sua conduta a mesma.” Para ele, unicamente uma interpretação dentro do marco do sentido literal possível pode assegurar o efeito preventivo da lei e fazer que seja censurável a proibição de interpretação.

## VI – EXCEÇÕES E REAÇÕES AO PRINCÍPIO

No âmbito estritamente jurídico-penal, os positivistas, partindo de premissas deterministas e da pena como instrumento de defesa social, combateram o princípio *nullum crimen* no que concerne à impossibilidade de retroatividade da lei penal e ao estabelecimento

---

<sup>62</sup> Roxin, *ob. cit.*, pp. 147/150.

de limites máximos de duração das penas. Entendiam eles que o *tratamento* a que seria submetido o delinquente devia variar de acordo com a alteração dos critérios de perigosidade e de prevenção que se deveria adotar com relação a ele, independentemente de valorações passadas, devendo, assim, se prolongar pelo tempo necessário à certeza da sua recuperação<sup>63</sup>.

Também a merecer registro, a posição positivista correcionalista, um tanto utópica, do penalista espanhol Dorado Montero, autor da obra *O Direito Protetor dos Criminosos*, que atacava o princípio da legalidade não por seu favorável a regimes totalitários, mas, ao contrário, por entender que a grande mudança social experimentada desde o momento histórico que o inspirou não mais o justificava, devendo o criminoso ser tratado como um ser necessitado que tem o direito subjetivo de ser recuperado pela sociedade<sup>64</sup>.

No campo político-criminal, afora os Estados não democráticos ou aqueles em que o Direito Penal continua vinculado a um caráter religioso, como ainda em alguns do Oriente, a Inglaterra, dentre os povos democráticos do Ocidente, constitui uma exceção à adoção do princípio da legalidade. Ainda hoje a maior parte do direito inglês não é escrito (*statute law*), mas costumeiro (*common law*), estendendo-se tal característica ao Direito Penal. Assim, a definição de várias formas de crimes, suas penas e causas de justificação são consuetudinárias, baseadas em precedentes judiciais. Esta realidade, porém, não compromete a condição democrática e de respeito aos direitos fundamentais daquele Estado.

Na hoje extinta União Soviética, constava do art. 6º do Código Penal de 1926 o seguinte conceito de delito: “Reputa-se perigosa toda ação ou omissão dirigida contra a estrutura do Estado Soviético, ou que lese a ordem jurídica criada pelos regimes dos trabalhadores e camponeses para a época de transição à organização social comunista. Não se considerará como delito o fato que, não obstante reuna os caracteres formais previstos em algum dos artigos deste Código, careça de caráter perigoso pela sua manifesta insignificância e por falta de consequências danosas.”. E o art.16 do mesmo estatuto referia: “Quando algum fato perigoso não se ache especialmente previsto neste Código, o fundamento e a extensão da sua responsabilidade determinar-se-ão com atinência aos artigos desta lei que prevejam os delitos mais semelhantes.”

---

<sup>63</sup> Quintero Olivares, *ob. cit.*, p. 67.

<sup>64</sup> Quintero Olivares, *ob. cit.* p. 67 e Zaffaroni, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, pp. 305/306.

Além da conceituação elástica de delito, permitia expressamente a adoção da analogia para a imputação de crimes, na ausência de previsão legal.

A reforma de 1958 trouxe de volta o Código soviético à legalidade quanto à definição dos delitos e à determinação das penas, afirmando o art.1º que “...a legislação penal da URSS e de suas Repúblicas define as ações socialmente perigosas consideradas crimes e comina as penas a serem aplicadas a seus agentes”, e o art. 7º que “crime é toda ação ou omissão socialmente perigosa e prevista em lei penal...”.

Na Dinamarca, o Código de 1930 prescrevia em seu art. 1º que “cai sob a sanção da lei penal o ato cujo caráter delituoso é previsto pela lei dinamarquesa ou uma ação assimilável a tal ato.” Deste modo, admitia a analogia na definição de condutas delituosas.

Na Alemanha, onde o princípio da legalidade tinha sido inserido desde o Código Penal da Bavária, redigido por Feuerbach em 1813, com rígida vinculação do juiz ao texto legal, o Direito Penal sofreu duro golpe no período nacional-socialista. A Lei de 28 de Junho de 1935, abolindo o então § 2º do CP<sup>65</sup> de 1871, dispunha: “Será punido quem cometer um crime declarado punível pela lei, ou que mereça uma sanção segundo a ideia fundamental da lei penal e o são sentimento do povo.” Assim, além das disposições legais, permitia a definição ampla de crime de acordo com a ideologia política vigente e determinante do que entendia por “são sentimento do povo”.

Segundo Jescheck<sup>66</sup>, o nacional-socialismo suprimiu do Direito Penal alemão a expressão liberal *nullum crimen sine lege* e a substituiu pela expressão autoritária, de sentido inverso, “nenhum delito sem pena” (cf. o § 2º na redacção da Lei de 28 de Junho de 1935).

Ao fim da guerra, ainda em 1945, este dispositivo foi imediatamente declarado inaplicável pelos aliados, e em 1946 foi expressamente revogado e substituído por texto em conformidade com o princípio da legalidade.

As Constituições dos Landers alemães e a Lei Fundamental de 23-5-1949 (art. 103 II GG) regressaram substancialmente ao sentido literal do art. 116 da Constituição de Weimar, e a nova versão do § 2 I, aprovada em 4-8-1953, aderiu literalmente ao art. 103 II GG.

---

<sup>65</sup> Antes da Lei 28 de Junho de 1935, o § 2º do Código Penal alemão determinava que “uma ação só pode ser sancionada com uma pena se esta pena estiver legalmente determinada antes que se cometesse o fato”.

<sup>66</sup> *Ob. cit.*, p.118.

Atualmente, o Código Penal alemão (StGB) no § 2º I preceitua: “A pena e as suas consequências se determinarão pela lei vigente no momento da realização do fato.”

Na Itália, não obstante o advento do regime fascista, não se registrou exceção ao princípio da legalidade.

Note-se, todavia, que, com o término da Segunda Grande Guerra Mundial foram adotados, em vários países, leis e estatutos com efeito retroativo, sobre crimes de guerra, definindo estes de maneira excessivamente larga e imprecisa, contrária aos princípios tradicionais do *nullum crimen sine lege* e da exata definição dos fatos puníveis em tipos penais. São exemplos o decreto francês de 28 de Agosto de 1944 sobre a repressão de crimes daquele gênero e a instituição do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, pelo Acordo de Londres de 1945.

Em Portugal, responsáveis políticos e agentes policiais ligados ao regime político anterior à Revolução de 25 de Abril de 1974 sofreram punições retroativas.<sup>67</sup>

## VII – O PRINCÍPIO FACE AS ATUAIS TENDÊNCIAS DO DIREITO PENAL

Como já referido, o princípio da legalidade ao longo do tempo foi sofrendo, quanto ao seu sentido original, uma série de significativas transformações em razão da própria evolução da ciência penal e da necessidade da sua adaptação às novas realidades e tendências sociais que gradativamente se sucederam.

Não se pode, pois, interpretar hoje o princípio da legalidade da mesma forma como se fizera nos séculos passados. O Estado de Direito liberal puro não mais existe, tendo cedido seu espaço a um Estado de Direito social e democrático. As exigências sociais quando do surgimento das primeiras ideias condicionantes da imputação penal a uma lei escrita, pré-existente ao fato, com contornos definidores deste mesmo fato, de forma a prescindir de toda e qualquer forma de interpretação do seu aplicador, conforme preconizado por Beccaria, correspondia a um período histórico em que se fazia necessário, de forma urgente, colocar

---

<sup>67</sup> Castanheira Neves, *ob. cit.*, p. 323.

limites no então arbitrário poder punitivo do Estado, exercido através de um sistema repressivo de terror, insegurança e crueldade. Com o passar dos anos e dos séculos, outra realidade e outros valores se impuseram ao Direito Penal e, de forma consequente, ao princípio da legalidade.

É importante não perder de vista, porém, que todas as garantias que o princípio da legalidade se propunha quando do seu surgimento, tinha um fundo exclusivamente formal, sem qualquer questionamento acerca do conteúdo substancial da lei penal, sua função e seus fins. Seguindo-se esta linha até os dias atuais, poder-se-ia afirmar que um Estado que praticasse um regime repressivo penal de terror e crueldade, com penas atroz e desumanas, sem qualquer acolhida do caráter fragmentário, subsidiário e finalístico do Direito Penal, mas que toda esta realidade estivesse embasada em lei, estaria se submetendo ao princípio da legalidade, o que, porém, não corresponderia à sua essência e finalidade. Por outro lado, o Reino Unido, cuja tradição e condição democrática não ensejam qualquer dúvida, não se vincula à lei como fonte única ou mesmo principal do seu sistema penal.

Esta realidade serve para demonstrar com alguma clareza a profunda metamorfose sofrida pelo significado e sentido original do princípio da legalidade com relação às exigências e valores sociais nos dias atuais.

Desta forma, há de entender hoje o princípio da legalidade, inserido que está nos principais textos constitucionais do mundo, como princípio orientador da prática democrática, objetivando a elaboração e a aplicação da lei penal em conformidade com a totalidade do sistema político-jurídico determinado pelo texto e espírito do texto constitucional de cada Estado de Direito. Seu caráter, a princípio, meramente formal, já não prescinde de uma referência material que corresponda a todos os demais princípios que regem um Estado de Direito social e democrático.

Já se disse antes que as maiores dificuldades do princípio da legalidade residem nos seus corolários quanto à lei certa e à lei estrita, ou seja, na maior ou menor casuística ou generalidade na elaboração do texto legal, e na consequente maior ou menor vinculação do juiz àquele texto, permitindo uma interpretação também de maior ou menor extensão. Tem sido proposto que o impasse possa ser atenuado, já que solução inexiste, mediante um equilíbrio entre as duas tendências. O excesso de casuísmos, mesmo porque uma determinação absoluta se mostra impossível, enseja lacunas indesejáveis, tendo em vista ser

impossível ao legislador prever todas as hipóteses e nuances de uma forma de conduta; a generalização excessiva, por outro lado, reduzindo a vinculação do aplicador, também reduz a garantia da lei e conseqüentemente a segurança jurídica. Por isso, conforme Jescheck, “(...) só através do jogo combinado de generalização e diferenciação se criam as bases metódicas da formação de tipos em Direito Penal (...)”.

Nos dias atuais, as dificuldades persistem a se localizarem quanto aos mesmos aspectos, acentuando-se gradativamente uma preocupação e um questionamento acerca de uma tendência de demasiada generalização na elaboração das leis penais, especialmente com relação a alguns novos âmbitos de incidência do Direito Penal, como no Direito Penal Económico, no Direito Penal Ambiental, entre outros, para os quais cunhou-se a expressão Direito Penal secundário.

Figueiredo Dias<sup>68</sup> refere que “de há muito não falta quem ponha a questão de saber se o princípio *nullum crimen sine lege* deve valer essencialmente também no domínio do direito penal secundário, dado o carácter casuístico e insusceptível de tratamento sistemático unitário da legislação penal extravagante”. Sem embargo, sustenta ele que o princípio ainda assim se impõe “no contexto de um Estado de Direito, onde aquele princípio, mais que garantia política da comunidade formalmente derivada da concepção orgânica do Estado, conforma um concreto direito fundamental de todas as pessoas e, portanto, também dos destinatários dos juízos legislativos em matéria de direito penal secundário”. Reconhece, porém, que o direito penal secundário, contendo conceitos indeterminados, cláusulas gerais e ainda um grande número de normas penais em branco, pode sugerir a *atenuação* das exigências do princípio da legalidade. Neste sentido recomenda que o intérprete busque o *núcleo essencial* contido na Constituição, mas ainda assim sem que possa justificar pela conformidade com o texto constitucional a pretensão de aplicação analógica de norma incriminadoras. Dentro de um contexto mais geral, ao examinar a realidade da chamada “sociedade do risco”<sup>69</sup>, argumentando que o direito penal clássico que dispomos, de vertente liberal, não se mostra suficientemente preparado para a tutela de “novos” ou “grandes” riscos decorrentes de “uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana, as mais das vezes anônima, se revela suscetível de produzir riscos também eles

---

<sup>68</sup> *Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário*, pp. 30/32.

<sup>69</sup> *O Direito Penal na “Sociedade de Risco*, in *Temas Básicos da Doutrina Penal*, pp. 155/185.

*globais* ou tendendo para tal, suscetíveis de serem produzidos em *tempo* e *lugar* largamente *distanciados* da ação que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a *extinção da vida*”, reconhece e admite ele a existência, paralelamente a posições contrárias e intransigentes de que não cabe ao direito penal o enfrentamento de tais questões, de uma tendência de superação de certos dogmas penais no sentido do “enfraquecimento” ou “atenuação” de determinados princípios, a constituir o chamado “direito penal do risco”, da mesma forma que posições intermediárias no sentido da criação de uma nova dogmática jurídico-penal objetivando aquele propósito.

Castanheira Neves<sup>70</sup> também reconhece esta tendência de abertura normativa da legislação penal “a manifestar-se na conceitualização que imobiliza e não menos nas intenções práticas que assume”, e que “torna tão atual a temática dos conceitos de valor, normativos e indeterminados, inclusivamente das «cláusulas gerais» referida aos pressupostos jurídico-constitutivos da incriminação”. Segundo ele, o moderno Estado de Direito “não pode renunciar na legislação penal a tipos indeterminados e abertos e, particularmente não pode renunciar a cláusulas gerais”. E mais: “Fatores sociológicos ou aqueles que se manifestam na estrutura pluralista das sociedades atuais, e nos dois aspectos desse pluralismo. O pluralismo social em sentido estrito, que tem a ver com a pluripolarização e a «complexidade» das sociedades industriais científico-tecnológicas e a implicar que quanto mais nelas se verifica uma múltipla variedade e contínua diferenciação dos modos de vida e dos comportamentos tanto mais vã será a pretensão de submeter as múltiplas formas do ilícito criminalmente imputável, que daí podem resultar, a uma «casuística descritiva». O pluralismo cultural e ideológico, enquanto expressão das «sociedades abertas», a recusar por sua vez a rígida definição de critérios jurídicos, incapazes de assimilarem na sua aplicação concreta a diversidade e as *nuances* das intencionalidades relevantes. Pelo que ambos os pluralismos postulam uma normatividade jurídica-criminal adequadamente compreensiva, i. é, necessariamente flexível e adaptável nas intenções e suficientemente aberta nos correlatos objetivos, que só conceitos ou critérios indeterminados e em último termo cláusulas gerais podem enunciar. Fatores jurídico-criminais e que têm a ver tanto com os compromissos científicos-criminológicos e político-sociais do atual direito criminal de sociedades e de Estados sociais como com as intenções normativo-jurídicas particulares que o nosso direito

---

<sup>70</sup> *Ob.cit.*, pp. 335/353.

tem vindo a assumir. Aqueles compromissos levam diretamente às cláusulas gerais, pois se, por um lado o direito criminal terá de manter-se aberto às exigências do juízo científico (juízos periciais), com a sua liberdade de investigação e de conclusão em concreto – com o que o dogmático terá de ceder aqui ao zetético –, por outro lado, o político-social, com a sua característica racionalidade consequencial em que os efeitos (a prosseguir) substituem os fundamentos (pressupostos), levará a recusar esquemas rígidos de aplicação estrita a favor de critérios tão-só regulativos («directivas»), mais de invocação programática do que de imposição dogmática – o «programa de fim» prefere o «programa condicional». Quanto às intenções normativo-jurídicas específicas do atual direito criminal, as implicações são ainda análogas, embora por outras razões e de outro tipo. Não deixando desde já de se acentuar que a conciliação dessas intenções jurídico-criminais específicas com os aspectos anteriores se revela em mais de um ponto problemática: são as dificuldades de compatibilizar o sentido jurídico, ou de garantia jurídica, do Estado-de-Direito com a intenção político-finalística do Estado social. Ou não menos uma perspectiva dogmático-normativa com uma perspectiva de «ciência social». E se pode dizer-se que o princípio *nullum crimen* visa justamente prevenir os excessos da intenção científico-político-social no direito criminal ou, para usarmos a expressão de LISZT, a defesa do direito criminal contra a política criminal, o certo é que no domínio autónomo da normatividade especificamente jurídico-criminal o corolário da determinação que resultaria daquele princípio se vê também posto em causa, no seu sentido tradicional, pelas seguintes razões.” Estas razões, de forma sintética, podem assim ser deduzidas: (1) indeterminação pragmática – existem hoje bens jurídicos e valores criminalmente tutelados de difícil definição formal (conceitos de valor, normativos, conceitos indeterminados, etc.), ao contrário da objetividade dos bens jurídicos clássicos (vida, integridade corpórea, património, etc.), pelo que “o direito criminal que correspondia ou era o correlato intencional do sentido originário do princípio *nullum crimen*, e do seu corolário de determinação estrita e formal já não existe ou foi superado; (2) indeterminação normativa – a própria natureza do direito criminal atual, em conformidade com a nova dimensão do moderno Estado de Direito, ainda que uma indeterminação normativa seja da “essência do jurídico”; e (3) indeterminação problemática-decisória – “a normatividade prescritiva ou legal, na sua abstracção e generalidade” carece da especificidade que o caso concreto exige, gerando a necessidade da interpretação jurídica.

Ainda segundo Castanheira Neves, mesmo se concluindo que uma absoluta determinação legal seja impossível, nem por isto significa que o princípio, no que se refere ao corolário da lei certa, reste sem qualquer sentido. Na verdade, ele se mantém como princípio orientador “de um direito criminal objetivo que adequadamente cumpra a *repartição de competências* entre a legislação e a jurisdição – imposta pelo princípio da separação dos poderes –, que atue como *fundamento normativo* das decisões jurídicas concretas – imposta, por sua vez, pelo princípio de vinculação jurídica das mesmas decisões – e ofereça a prática *possibilidade de controle* ainda dessas decisões – como impõe o princípio da objetividade jurídica ou da exclusão do arbítrio”. Esta mesma impossibilidade de uma absoluta determinação legal também não serve para justificar qualquer renúncia do legislador na definição dos pressupostos e critérios jurídicos-normativos das normas incriminatórias, devendo situar-se de forma intermediária entre uma proposta de rígida pré-determinação e uma total ausência de determinação, “capaz de se impor como fundamento vinculante e critério de controle decisório”. Todas as referências, porém, até então acerca do princípio, dizem respeito a uma pré-determinação formal de um comportamento, quando, na verdade, reconhece Castanheira Neves, “o essencial, para o cumprimento da intenção fundamental do princípio *nullum crimen*, está na determinação material daquele sentido, através da descrição de comportamentos que ensejem uma censura jurídico-penal dentro da comunidade”, e não na determinação formal. E conclui que “o direito penal, inclusivamente para cumprir o seu princípio de determinação, não pode identificar-se com a mera legalidade – nem é isto senão o reconhecimento, uma vez mais, do relevo da translegal dimensão jurisprudencial e dogmático-institucional do direito criminal”.

## VIII – CONCLUSÃO

Como visto, o Direito Penal antigo não registra qualquer limitação ao poder punitivo do Estado, tanto no que se refere à determinação das condutas capazes de implicar na reação estatal como quanto às consequências aflitivas a serem impostas aos seus autores. Permeado, inicialmente de sentido mágico e religioso e, posteriormente pelo interesse de

preservação do Estado absolutista e mesmo da Igreja, foi responsável por um clima de insegurança, terror e injustiças. As imputações e suas consequências ficavam ao livre arbítrio do Chefe de Estado ou de seus magistrados que as utilizavam na conformidade de interesses de ordem política.

Em que pesem alguns afoitos argumentos que atribuem sua origem à Magna Charta Libertatum, de 1215, ou à Constituição Criminalis Carolina, de 1532, o princípio da legalidade surge somente no século XVIII, a partir do ideal liberal, fundado nas doutrinas jusnaturalista e contratualista, como forma de limite ao poder punitivo arbitrário dos Estados absolutistas da Idade Média e dos séculos seguintes, bem como instrumento demarcatório da divisão dos poderes do Estado. Se é verdade que já se esboçava através das obras de Montesquieu e de Beccaria e em alguns ordenamentos legais, como nas Constituições de alguns estados norte-americanos, no Código Penal austríaco de 1787, com alguns registros até mesmo em Portugal, é a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que passa o princípio da legalidade a ter contornos mais definidos e se expandir, passando a ser acolhido por textos legislativos de diversos outros Estados, inclusive, mais tarde, nas Constituições e Códigos Criminais de Portugal e do Brasil.

Do seu enunciado latino, idealizado por Feuerbach, se originaram uma série de desdobramentos ou corolários, que vinculam toda e qualquer reação penal por parte do Estado a uma lei escrita, pré-existente à ocorrência do evento delituoso, clara e precisa na determinação dos contornos da conduta delituosa, com aplicação estrita a estes contornos pré-determinados, o que, em outras palavras, significa a inaplicabilidade do direito consuetudinário, a irretroactividade da lei penal, assim como a vedação da interpretação judicial e da analogia em matéria penal. Também como decorrência do princípio da legalidade surge a moderna concepção de tipo, criada por Beling.

Mas são exatamente estas consequências do princípio original que vão suscitar os maiores problemas e questionamentos acerca da sua interpretação e extensão.

A evolução do conceito de tipo, ainda que a partir da ideia original de Beling, demonstrou que o tipo penal não poderia ficar restrito a elementos meramente descritivos. Admitindo-se, assim, um tipo com elementos de natureza subjetiva e normativa foi fácil concluir pela inviabilidade prática de uma pré-determinação exata de condutas delituosas, abrindo-se com isto espaço para a interpretação judicial.

Hoje, se não se pode conceber em Direito Penal qualquer imputação ou consequência dela derivada sem que haja uma lei escrita e previamente vigente ao fato delituoso, correspondente aos corolários da lei escrita e prévia, os corolários da lei certa e estrita são, porém, e certamente continuarão sendo, objetos das mais acentuadas divergências doutrinárias.

Ao lado da doutrina majoritária que, ainda admitindo a impossibilidade de uma pré-determinação exata, defende a viabilidade da interpretação judicial sem recorrer a métodos analógicos, buscando-se o *possível significado literal* do texto da lei, a qual se filia Costa Andrade, uma parcela minoritária, mas nem por isto pouca significativa, em que se encontram alguns penalistas alemães e entre nós, Castanheira Neves, entende que a interpretação implica necessariamente no uso da analogia, em face da impossibilidade metodológica e hermenêutica de distinção entre ambas, ao ponto de Schmidhauser entender o princípio como um simples apelo ao julgador no sentido de a “punibilidade não ser levemente estendida para além do que à partida parece ter sido colocado sob a ameaça penal”, ou mesmo de uma interpretação “o mais razoável possível, sob a preservação dos valores do Estado de Direito”<sup>71</sup>.

Se acrescermos a esta controvérsia metodológica as modernas tendências do Direito Penal moderno, em especial do chamado Direito Penal secundário, em face das necessidades que a chamada “sociedade do risco” impõe, seria fácil concluir que o princípio da legalidade passa por uma séria e incontornável crise.

Da mesma forma, porém, que se admite com certa unanimidade que o princípio da legalidade ao longo do tempo não se manteve com o mesmo sentido que tinha quando da sua origem e formulação, tendo sofrido as inevitáveis influências das transformações das necessidades sociais daquela época para as actuais, com a passagem de um Estado liberal para um Estado social democrático, parece possível admitir-se tenha ele conseguido sobreviver dentro das exigências da moderna sociedade, ainda que estas estejam a recorrer ao Direito Penal com apelos cada vez mais urgentes.

Assim, a preservação do princípio da legalidade passa necessariamente pela ideia de que ele hoje não se limita a um aspecto meramente formal, mas de igual ou maior intensidade material, desde a eleição de novos bens fundamentais que mereçam a tutela penal,

---

<sup>71</sup> Apud Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 74.

com especial atenção ao princípio da fragmentariedade, passando pela sua tradicional forma de garantia do direito à liberdade até a sua interpretação na conformidade de todo o contexto legislativo, em especial, com o texto constitucional<sup>72</sup>.

Mesmo diante dos atuais percalços e dificuldades impostas pela chamada “sociedade do risco”, e de alguns textos legislativos decorrentes das suas complexas exigências, longe de cair na pessimista e “lastimável” assertiva de Schmidhauser, conforme Costa Andrade (*ob. cit.*, p. 74), que reduz o princípio a um simples apelo ao aplicador da lei, a legalidade penal continua a ser hoje princípio essencial do Direito Penal, dirigido ao legislador e ao juiz, como instrumento político e jurídico-penal, caracterizador de uma sociedade democrática, como única forma de preservação dos direitos fundamentais, em especial ao direito à liberdade, e da conseqüente segurança jurídica que em quaisquer circunstâncias não pode deixar de ser preservada.

---

<sup>72</sup> Segundo Gomes Canotilho, *ob. cit.*, pp. 1294/1295, o princípio da interpretação conforme a Constituição, porém, além dos limites funcionais entre órgãos legislativos e jurisdicionais, comporta limites jurídicos “na «letra e na clara vontade do legislador», devendo «respeitar a economia da lei» e não podendo traduzir-se na «reconstrução» de uma norma que não esteja devidamente explícita no texto”.

## BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel da Costa, O princípio constitucional «nullum crimen sine lege» e a analogia no campo das causas de justificação, in Revista de Legislação e Jurisprudência, n.ºs. 3924 e 3925 - 3926, pp. 72/77 – 130/139.

BECCARIA, Cesare, Dos Delitos e das Penas, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, Lisboa, trad. de José de Faria Costa.

BETTIOL, Giuseppe, e BETTIOL, Rodolfo, Istituzioni di Diritto e Procedura Penale, 5ª ed., Padova, Cedam, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto, Teoria Geral do Delito, 1997, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

BRUNO, Anibal, Direito Penal, parte geral, tomo 1º, 3ª ed., 1967, Ed. Forense, Rio de Janeiro.

CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Livraria Almedina, 6ª ed., 2002.

CORREIA, Eduardo, Direito Criminal, vol. I, com a colaboração de Figueiredo Dias, 1999, reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra.

CORREIA, Eduardo, A Evolução Histórica das Penas, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LIII, 1977, pp. 51/150

COSTA, José Francisco de Faria, O Perigo em Direito Penal, reimpressão 2000, Coimbra Editora.

COSTA, José Francisco de Faria, Ler Beccaria Hoje, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LXXIV, 1998, pp. 89/105.

DIAS, Jorge de Figueiredo, Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário, Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência, n.ºs. 3714 e 3720, 1984, Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo, Temas Básicos da Doutrina Penal (O Direito Penal na “Sociedade do Risco”), Coimbra Editora, 2001.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, Lições de Direito Penal, parte geral, I, 4ª ed., 1992, Editorial Verbo, Lisboa-São Paulo.

FREIRE, Pascoal José de Melo, Instituições de Direito Criminal Português, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 155, Abril, 1966, pp. 05/202 e n.º 156, Maio, 1966, pp.69/168.

JACOBS, Gunther, *Derecho Penal, parte geral*, 2ª ed., 1997, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, 4ª ed., 1993, Comares Editorial, Granada, trad. de José Luis Manzanares Samaniego.

MARCOS, Rui de Figueiredo, *Traços da Legislação Penal Pombalina*, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra Editora, 2001.

MARQUES, José Frederico, *Curso de Direito Penal*, vol. 1, Ed. Saraiva, São Paulo, 1954.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, parte general*, 6ª edição, 2002, Editorial Reppertor, Barcelona.

MUÑOZ CONDE, Francisco, e GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, parte general*, 5ª edição, 2000, Tirant lo Blanch, Valencia.

NEVES, Antonio Castanheira, *O Princípio da Legalidade Criminal*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, número especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I*, 1984.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, MORALES PRATS, Fermin, e PRATS CANUT, José Miguel, *Manual de Derecho Penal, parte general*, 1999, Aranzadi Editorial, Pamplona.

ROCHA, Manuel António Lopes, *A Função de Garantia da Lei Penal e a Técnica Legislativa*, in *Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação, Instituto Nacional de Administração, nº 6, março, 1993*, pp. 25 a 43.

ROMANO, Mario, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, tomo I, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal, parte general*, tomo I, Civitas, 2000, trad. da 2ª edição alemã, por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 2ª ed., 1986, Ed. Saraiva, São Paulo.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, e PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral*, 2ª ed., 1999, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo.

WESSELS, Johannes, *Direito Penal, parte geral*, Sérgio António Fabris Editor, Porto Alegre, 1976, trad. de Juarez Tavares.