

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE CRIMINAL¹ EM
PORTUGAL E UE²**

*THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF CRIMINAL LEGALITY IN PORTUGAL AND
THE EU³*

Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira⁴

RESUMO: Se não houver respeito pelo princípio da legalidade criminal, não haverá respeito pelo Estado de Direito. Não haverá respeito pela democracia. Não haverá respeito pelas garantias criminais. O princípio da legalidade criminal está inscrito nos direitos, e deveres, fundamentais universais e humanistas. É um direito (e dever), liberdade e garantia. A História ensina que quando se prejudica o princípio da legalidade criminal é porque se está a caminhar para a ditadura. Embora existam exceções também históricas. Há exceções quando estão em causa crimes contra a Humanidade como é o caso do genocídio.

Palavras-chave: Princípio da legalidade criminal; Direito constitucional; Garantias criminais; Estado de Direito; Democracia.

ABSTRACT: If there is no respect for the principle of criminal legality, there will be no respect for the rule of law. There will be no respect for democracy. There will be no respect for criminal guarantees. The principle of criminal legality is enshrined in fundamental universal and humanist rights and duties. It is a right (and duty), freedom and guarantee. History teaches that when the principle of criminal legality is undermined, it is because you are moving towards dictatorship. Although there are also historical exceptions. There are exceptions when crimes against humanity are involved, such as genocide.

Key-words: Principle of criminal legality; Constitutional law; Criminal guarantees; Rule of Law; Democracy.

¹ Por imposição da Revista em consideração, e por respeito institucional, o presente texto é escrito segundo o novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, com o qual o Autor está em total desacordo, na mesma linha, e com os mesmos argumentos, do vencedor de 2020 do mais importante prémio literário e cultural da Lusofonia, o Prémio Camões, o português Prof. Doutor Vítor Aguiar e Silva, da Universidade do Minho e da Universidade de Coimbra: <https://www.dn.pt/cultura/vitor-aguiar-e-silva-e-o-premio-camoes-2020-um-critico-do-novo-acordo-ortografico--12968738.html>, 8/12/2020.

² União Europeia.

³ European Union.

⁴ Doutor em Ciências Jurídico-Criminais e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Professor em Direitos Fundamentais e Ciências Jurídico-Criminais na Escola Superior de Gestão do IPCA-Minho-RUN-Regional University Network-EU (Portugal) e Professor Convidado do Programa de Mestrado nas Universidades do Porto e Minho (Portugal). Investigador Integrado no JusGov-Research Center for Justice and Governance. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8859-4023>. E-mail: gsopasdemelobandeira@ipca.pt.

Sumário: 1. Objetivos, metodologia e pré-introdução; 2. Primeiras notas ao princípio constitucional da legalidade criminal em Portugal e na UE; 3. Segundas notas ao princípio constitucional da legalidade criminal em Portugal e na UE; 4. Terceiras notas ao princípio constitucional da legalidade criminal em Portugal e na UE; 5. Quartas notas ao princípio constitucional da legalidade criminal em Portugal e na UE; 6. Quintas notas ao princípio constitucional da legalidade criminal em Portugal e na UE; 7. Considerações finais; 8. Referências.

1. OBJETIVOS, METODOLOGIA E PRÉ-INTRODUÇÃO

Se temos convites para publicar em revistas jurídicas e científicas de prestígio máximo de vários países do mundo, não poderíamos declinar aqui também uma proposta de publicar vinda do Prof. Doutor Zulmar Fachin. Está em causa também a fraternidade internacional entre as academias e os académicos. Os objetivos são recuperar e realçar a importância do princípio constitucional da legalidade criminal observado o ordenamento jurídico português, mas também no ambiente intrínseco da UE.⁵ E, portanto, tendo em consideração os principais instrumentos jurídicos internacionais que garantem o Estado de Direito democrático, social, livre e verdadeiro – Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH, 4/11/1950-1953), bem como Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 10/12/1948) ou Carta dos Direitos Fundamentais da UE (CDFUE, 7/12/2000 e 12/12/2007). Está em causa, portanto a chamada Constituição Criminal como sismógrafo do próprio Direito Constitucional e da Constituição ela mesma. As garantias criminais, aplicáveis a todo o direito sancionatório em modo de analogia, são direitos (e deveres), liberdades e garantias que representam uma matéria que já abordámos em muitos outros textos. Como já antes concluímos numa publicação pretérita internacional (BANDEIRA, 2016, p. 42 e ss.): *“Não há Estado de Direito, Social, democrático, livre e verdadeiro, sem direitos e deveres fundamentais constitucionais criminais/penais. Assim como Constitucional será o decretar necessário, adequado e proporcional dum eventual Estado de emergência ou Estado de sítio contra um novo e bestial terrorismo. Desde que a intervenção mínima seja respeitada. E considerando um novo género de agentes, como p.e. os agentes suicidas. / Como já dissemos noutra escrito, é necessário aliás definir dum modo positivo a pena. É uma prova de vigência*

⁵ De acordo aliás com o art. 8º da CRP-Constituição da República Portuguesa.

da norma à custa dum determinado responsável.⁶ No contexto, p.e, dos chamados ‘acórdãos de sentença em processo penal’, supõe-se aliás, pela positiva, que uma confissão demonstra que o autor reconheceu o seu comportamento equivocado e que, por este motivo, se espera uma ressocialização sem problemas.⁷ Mas o que fazer quando a ressocialização é rejeitada pelo próprio? Medidas de segurança? Ou problema da reincidência? Ou ainda da pena ‘relativamente indeterminada’? / Tal como Jano, são duas – ou mais - faces da mesma moeda. Tal como a Mulher de César, não basta ser (fiel), é preciso parecer. / Só com esta dupla visão – que é uma visão complexa e poliédrica -, com base numa ética absoluta multilateral, é que se poderão concretizar com maior eficácia os direitos e deveres constitucionais fundamentais criminais/penais de modo mais profundo e amplo. / O diálogo deve ser contínuo e estar atento à tutela dos valores universais”. A metodologia a ser adotada permanece concentrada numa certa pesquisa comparativa *maxime* dogmática e doutrinal, legal, mas também, ainda que abreviada, jurisprudencial, que podemos analisar sobre a matéria, como v.g., em países como Portugal e em toda a UE, a qual é neste momento em que escrevemos constituída por 27 países.

2. PRIMEIRAS NOTAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE CRIMINAL EM PORTUGAL E NA UE

Art. 29º/1 da Constituição, “Aplicação da lei criminal”: “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”. Assim também o art. 1º do Código Penal Português, “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

⁶ Nesse sentido, ver JAKOBS, Günther, *In Strafrecht Allgemeiner Teil § Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Studienausgabe*, 2. Auflage, Walter de Gruyter . Berlin . New York, 1993, p. 6.

⁷ Nesse sentido, ver JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *In Lehrbuch des Strafrechts § Allgemeiner Teil § Funfte Auflage*, Duncker & Humblot • Berlin, Alemanha, 1996, p. 894.

lhes corresponde”. Só a lei é competente para definir crimes, assim como os fundamentos das medidas de segurança e respetivas penas, assim como as próprias medidas de segurança (CANOTILHO, 2007, p. 491 e ss.). Trata-se em si mesmo de um princípio fundamental. Existe uma reserva de lei da Assembleia da República no que diz respeito aos crimes, penas, medidas de segurança e fundamentos: o Governo somente pode legislar sobre essas matérias por meio da correspondente autorização da Assembleia da República: DL – art. 165º/a c) CRP. Numa outra perspetiva, há uma proibição de intervenção normativa de regulamentos, estando obstaculizada a lei de lhes proporcionar tal faculdade, i.e., há uma proibição de regulamentos penais delegados. Neste contexto, o Direito consuetudinário - usos ou costumes -, está afastado como fonte da definição de crimes ou da punição penal. Pode-se também evocar, neste ambiente, o art. 29º/3 da Constituição: “*Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior*”. Questão diferente é compreender se o princípio da legalidade, e da tipicidade, se aplica às normas jurídicas apresentadas por integração de lacunas. Por este caminho de ideias, podemos afirmar o seguinte do ponto de vista normativo e jurídico: só quando a integração de lacunas signifique uma possibilidade de “criação normativa” com a essencialidade de “legislação” do género dos antigos Assentos, se poderá aceitar existir uma norma jurídica (e não uma interpretação jurisdicional!) para resultados de controlo da constitucionalidade. Recorde-se o art. 2º do Código Civil, “*Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral*”; redação dada pelo seguinte diploma: D.L. nº 47344/66, de 25/11; ora, o Ac. do Tribunal Constitucional 743/96, Diário da República nº 165/1996, Série I-A de 18/7/96, veio precisamente declarar “*a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 2.º do Código Civil, na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115.º, n.º 5, da Constituição*”; aliás, o art. 2º do Código Civil seria Revogado pelo D.L. nº 329-A/95, de 12/12. Tudo indica que também podem ser fontes do princípio da legalidade criminal, o Direito internacional – i.e., o costume internacional e convenções internacionais -, para lá do Direito interno, mas igualmente o Direito comunitário europeu, na perspetiva que a UE tenha poderes penais no círculo do “*espaço europeu de justiça*”. Não por acaso, o art. 8º (“*Direito internacional*”) é transparente

– e quiçá, segundo uma certa visão, inclusive desrespeitador do art. 18º da Constituição em si mesmo, em termos de necessidade, adequação e proporcionalidade: norma jurídica constitucional que constitui o coração da diferença com a Constituição ditatorial lusa de 1933. Nós só podemos restringir os direitos (e deveres), liberdades e garantias se, em si mesma, houver necessidade, adequação e proporcionalidade, por forma a não violar a intervenção gradativa e oscilante do Estado de Direito democrático, social, livre e verdadeiro. E, claro está, para salvaguardar outros Direitos (e Deveres), Liberdades e Garantias -, objetivo e, de certo modo, desencadeador da própria fiscalização do poder democrático interno em Portugal: *“1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. / 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. / 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos. / 4. As disposições dos tratados que regem a UE e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”*. Em qualquer caso, a perda de poder económico, social, político e cultural e, portanto, também mental e, igualmente, em termos de poder legislativo, executivo e judicial, deve ser sempre, por conseguinte, necessária, adequada e proporcional. E, claro está, como já referido, gradativa em função da natural oscilação. Ou seja, funciona como uma balança, a balança da Justiça.

3. SEGUNDAS NOTAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE CRIMINAL EM PORTUGAL E NA UE

Sem princípio da legalidade criminal, não há Estado Democrático de Direito, de igual forma que não há Estado Democrático de Direito sem o princípio da legalidade em matéria criminal. O direito e processo penal é direito constitucional, e o respeito às garantias penais é o que marca a diferença entre democracias e ditaduras. Nestas últimas, é comum a

aplicação de medidas de segurança a imputáveis, ao contrário das democracias, onde as medidas são dirigidas somente a inimputáveis. Não olvidando que uma pessoa pode ser, em simultâneo, imputável por certas ações ou omissões e inimputável por outras tantas ações ou omissões. E isso porque, nas ditaduras, interessa tortura o cidadão por delito de opinião, mormente os adversários políticos ou, por (não) exemplo, pela cor da pele (racismo). Não ignorando as pertinentes críticas de, v.g. Maria João Antunes, quanto ao tratamento inconstitucional dispensado pelo Estado a pessoas com anomalia psíquica (ANTUNES, 2002). Recorde-se que as medidas de segurança contra inimputáveis podem ser renovadas indefinidamente, de forma que, na prática, muitas dessas pessoas são “condenadas a prisões perpétuas”.⁸ E ninguém está livre. A saúde mental não foi uma preocupação durante muitos séculos e as pessoas estão mais frágeis mentalmente do que nunca.⁹ Se o Direito Penal é monopólio do Estado, como refere Pinto de Albuquerque, também é verdade que o Direito Penal Internacional tem ajudado à erosão do princípio da legalidade (ALBUQUERQUE 2021, p. 45 e ss.). Nesse sentido, note-se no Tribunal Penal Internacional, criado pelo Tratado de Roma (*não assinado completamente por países como Estados Unidos e China ditatorial...*) ou v.g. da criação de Tribunais Penais Internacionais para julgar os crimes contra a Humanidade cometidos na ex-Jugoslávia ou Ruanda. É neste contexto que poderemos falar num princípio da legalidade que nasce, vive e se desenvolve na complexidade internacional. Ainda hoje, importante doutrina alemã, a exemplo de Hans-Heinrich Jescheck, que já foi meu orientando e é um dos três principais penalistas teutónicos do mundo, paladinos do direito e do processo penal garantistas, considera que os Julgamentos de Nuremberg representaram “*uma violação do princípio da legalidade criminal, pois foi criado um Tribunal Penal com efeitos retroativos sancionatórios, incluindo a pena de morte*”. Compreendemos a observação técnica, recordando que H.-H. Jescheck era um ex-capitão do exército nazista e que foi totalmente convertido à democracia e ao Estado Democrático de Direito, não se conhecendo, diga-se, qualquer crime contra a Humanidade no seu passado¹⁰ – mas também desconhecemos que quem ganha a guerra não

⁸ Cfr. art. 30º (“*Limites das penas e das medidas de segurança*”).

⁹ <https://saudemental.min-saude.pt/>, 29/11/2021.

¹⁰ Sem ser possível esconder que teve uma alta condecoração de guerra ao serviço do exército nazi: a Cruz de Cavaleiro de Cruz de Ferro em 5/3/1945 como capitão do *Panzer-Aufklärungs-Abteilung* - “Departamento de

cria e estabelece as regras da sua própria paz. *Ai dos vencidos, Vae victis!* O princípio da legalidade criminal no ordenamento jurídico alemão – nomeadamente o StGB ou Código Penal Alemão de 1851 e o §2 I do *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, i.e., o RStGB ou Código Penal Imperial Alemão de 15 de Maio de 1871 -, tem como uma das suas principais fontes o art. 4º do Código Penal Francês de 1810 (JESCHECK; WEIGEND, 1996, p. 132-133). Mas foi apenas o art. 116 da Constituição da República de Weimar – WRV ou *Verfassung des Deutschen Reichs* i.e. Constituição do Império Alemão -, que reconheceu ao princípio da legalidade criminal uma classificação constitucional (JESCHECK; WEIGEND, 1996, p. 132-133). (como direito e dever fundamental, dizemos nós). Porém, como a redação do §2 do StGB era diferente da redação do do art. 116 da Constituição de Weimar, os nazis aproveitaram-se inclusive para aplicar penas de morte retroativas aquando do incêndio do *Reichstag* em 27 de Fevereiro de 1933.¹¹ O nacional-socialismo suprimiu o lema liberal “*nullum crimen sine lege*” para dar lugar a um outro lema: “*nenhum crime sem pena*”.¹² As Forças Aliadas vencedoras da II Guerra Mundial – neste caso norte-americanas, britânicas e

Reconhecimento *Panzer*”, mas também já em 1984 a Grã-Cruz da Ordem do Mérito da República Federal da Alemanha. Assim como ainda antes, também durante a guerra, recebeu a Cruz Germânica em Ouro. Recorde-se que os nazis foram responsáveis diretos pela morte de dezenas de milhões de seres humanos inocentes. Numa das entrevistas que tive com Hans-Heinrich Jescheck – pessoa ultra simpática, e tecnicamente da máxima competência jurídico-científica, do alto dos seus mais de 90 anos - nunca mais poderei esquecer que a certa altura, puxando para aí a conversa em Agosto de 2005 em Freiburg im Breisgau, me referiu e passo a citar: “*a raça italiana é uma raça superior à raça alemã*”...

¹¹ Há várias teses quanto à verdadeira autoria do incêndio do Reichstag. O jovem comunista antifascista holandês de 24 anos Marinus van der Lubbe foi julgado pelos nazis como culpado e condenado à morte por decapitação a 3 dias do seu aniversário. Hoje, face ao testemunho do ex-nazi Hans-Martin Lennings sabe-se que provavelmente o incêndio foi provocado pelos próprios nazis para depois terem mais um pretexto de instalar a ditadura. Lennings referiu ainda que quase todos os soldados nazis envolvidos no incêndio, ao contrário de si próprio, foram assassinados pelos próprios nazis para que não existissem quaisquer testemunhos vivos. Também o “*alto quadro*” nazi Hermann Göring admitiu na festa de aniversário de Hitler em 20 de Abril de 1942 que tinha sido ele o autor do incêndio. Cerca de 4.000 comunistas na maioria alemães foram então presos pelos nazis. Em 28 de Fevereiro de 1933, depois de Hitler convencer o Presidente Paul von Hindenburg, seria assinado o *Reichstagsbrandverordnung*, uma espécie de legislação urgente de “*estado-de-sítio*” que permitia prender sem acusação ou julgamento todos os opositores ao partido nacional socialista nazi, incluindo o encerramento de todas as publicações contrárias ao nazismo. Os historiadores William L. Shirer (1960, p. 192) e Alan Bullock (1999, p. 262) não têm qualquer dúvida na responsabilidade pelo incêndio do Reichstag. Mais tarde a República Federal da Alemanha absolveu de modo parcial (1967) e totalmente a título póstumo (2008) o jovem e bravo resistente ao nazismo Marinus van der Lubbe.

¹² Lei de 28 de Junho de 1935. A reacção internacional contra a abolição legislativa alemã nazi do princípio da legalidade criminal foi profunda. Seguindo o exemplo da então “*Cidade Prussiana Livre de Danzig*” (hoje *Gdansk* na Polónia), o Tribunal Permanente Internacional declarou o princípio da legalidade criminal como uma parte irrenunciável do Estado de Direito – Resoluções do Tribunal Permanente Internacional, Tomo 12, 1937, p. 55.

francesas, mas também de outras nacionalidades consideradas amigas destas, mas em menor número -, logo que puderam, restauraram o princípio da legalidade criminal (JESCHECK; WEIGEND, 1996, p. 132-133). O que todavia não impediu que no próprio Acordo de Londres de 8 de Agosto de 1945 e na KRG-*Kontrollratsgesetz* número 10 de 20 de Dezembro de 1945, estivessem previstas normas penais retroativas.¹³ E, Graças a Deus e/ou à “*Ciência da Guerra*”, dizemos nós, que os derrotados ao fim da guerra foram os nazistas. A par disso, não terão sido também praticados crimes contra a Humanidade por parte dos Aliados contra os alemães e os povos inocentes dos demais países do eixo? Certamente que foram, embora em menor quantidade e, até onde se sabe, sem genocídios étnicos, a exemplo da escabrosa e planejada por alguns doentes políticos “*questão judaica*”. Registrando ainda assim, do outro lado, as bombas atômicas como último recurso para “*acabar com a guerra*”. Ideologia racista nazi que visava o extermínio, não de um só povo como o judeu, mas de vários povos pelo mundo. Tudo isto para reconhecermos que o Direito Penal Internacional, através de Tribunais Penais Internacionais instalados *Ad hoc*, está sempre a produzir exceções ao princípio constitucional da legalidade criminal. As regras são de modo habitual feitas pelos vencedores. E isto, independentemente de no caso concreto, entre Aliados e nazis, existirem diferenças profundas e concretas, desde logo numa política assumida de racismo, extermínio e genocídio. A qual, aliás, não tem um fundamento genético científico sério na sua base.¹⁴ Não nos esqueçamos, ainda, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos poder ser internacionalmente invocada desde 10 de Dezembro de 1948. Mas já antes podia ser invocada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fruto da Revolução Francesa de 14 de Julho, cujo art. 8º assim dispõe: “*A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada*”. Por seu turno, o Constitucionalismo Moderno também tem origem na Magna Carta de João Sem Terra, de 1215, cujo art. 39 estabelece: “*Nenhum ser humano livre será preso, aprisionado ou privado de propriedade, ou tornado delituoso, ou exilado, ou de modo algum destruído, nem*

¹³ KRG, Lei do Conselho Aliado de Controlo nr. 10, de 20 de Dezembro de 1945, para o castigo e sanção de pessoas culpadas de crimes de guerra, contra a paz e contra a Humanidade – *Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland* nr. 3 de 31 de Janeiro de 1946, p. 50.

¹⁴ Cfr. o nosso texto Bandeira, Gonçalo S. de Mello, *Marega X Gobineau, Chamberlain, Fischer e Günther*,

agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, salvo por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra." Agora até mesmo o Rei estava sujeito à lei. Ao julgar as pessoas, por exemplo, teria que seguir um processo legal previamente estabelecido e não a sua vontade, até então absoluta. Mas pode-se ir até mais longe: Bíblia; Homero; clássicos Gregos como Eurípedes ou Ésquilo, Árabes, Persas, Antigo Egípto, Suméria, Vale do Indo, etc.

*“Fala-me, Musa, do homem versátil que tanto vagueou,
Depois que de Troia destruiu a cidadela sagrada.”*
(HOMERO, 2021, p. 43)

4. TERCEIRAS NOTAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE CRIMINAL EM PORTUGAL E NA UE

Estamos de novo em encontro ao princípio da legalidade criminal. Além de Portugal ser um país voluntário no Tribunal Penal Internacional, também é importante referir que este último obedece ao princípio da complementaridade, i.e., o Tribunal só tem jurisdição sobre os crimes que o Estado não possa ou não queira julgar. Pelo que se trata de uma competência residual. Já no contexto da UE, não podemos esquecer que as Diretivas e Decisões-Quadro têm que ser transpostas para o Ordenamento Jurídico Interno, assim como em rigor os Regulamentos dentro deste universo penal. Veja-se o “conflito” entre, por um lado, o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), e, por outro lado, a legislação ordinária que mesmo assim a Assembleia da República e o Governo Português insistiram fazer com vincadas diferenças: Lei 58/2019, de 8 de Agosto, Lei da Proteção de Dados Pessoais, e Lei 59/2019, de 8 de Agosto, Dados Pessoais para Prevenção, Detecção, Investigação ou Repressão de Infrações Penais. A CNPD-Comissão Nacional de Proteção de Dados deliberou inclusive o seguinte: “CNPD delibera desaplicar algumas normas por violação do direito da União”, i.e., Deliberação 2019/494, aprovada a 3 de setembro de 2019. Pelo que, temos que concluir que também os Regulamentos podem criar problemas quanto à sua transposição para os ordenamentos jurídicos internos, bem como quanto à contradição entre o texto original e a

sua interpretação e aplicação. Não é também de olvidar que a UE tem competência originária positiva ao poder obrigar os Estados-Membros a adotar normas que prevejam sanções penais, assim que sejam indispensáveis para tutelar os interesses principais da UE. Numa outra perspectiva, a competência originária negativa obriga os Estados-Membros a não qualificarem como ilícito penal as condutas permitidas pelo Direito da UE. O princípio da assimilação obriga inclusive que a legislação penal nacional deva proteger os interesses da UE na mesma medida que protege os interesses nacionais. Sobretudo se o Tratado da UE e o Tratado de Funcionamento da UE forem levados a sério na sua versão do Tratado de Lisboa. É por meio da lei que se qualificam condutas ou omissões como crimes e se determinam sanções para esses crimes. Neste contexto, o princípio da legalidade criminal é uma orientação tanto para o aplicador da lei, como para o próprio legislador. O direito penal surge como direito penal do facto. O direito penal é direito penal do autor e direito penal do facto, mas sobretudo é um dever do direito penal do facto. Afinal, a personalidade expressa-se no facto. O chamado Direito Penal do Inimigo, no qual vale até torturar, é de rejeitar como é por demais lógico. Como no mito grego, Pandora só guardou a Esperança. Não esquecendo que a “Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados” sofre exceções. Ou seja, não é pelo facto de existir uma violação do art. 32º/8 ou do art. 34º da Constituição Portuguesa, nomeadamente no que diz respeito à questão da interceção das comunicações, artigos 187º e ss. do CPP-Código de Processo Penal português – “árvore dos frutos envenenados” -, que todas as provas daí derivadas, ou derivadas por meios legais paralelos de óbvio alcance, não possam ser válidas e úteis a partir de diferentes pontos de vista jurídico-científicos.

5. QUARTAS NOTAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE CRIMINAL EM PORTUGAL E NA UE

Continuemos a analisar o Princípio Constitucional Fundamental da Legalidade Criminal. Somente podem ser batizados como crimes as ações ou omissões que coloquem em perigo (certas tipicidades abstratas por exemplo) e/ou danifiquem bens jurídicos – individuais ou coletivos - protegidos pela Constituição: art. 40º do Código Penal Português. A Constituição da República Portuguesa é um jardim de bens jurídicos, sejam os mesmos individuais ou coletivos. Mas nem todos necessitam de ser tutelados pelo direito penal.

Noutros casos seria necessário, mas não é adequado. E ainda poderia ser adequado e necessário, mas não proporcional. Ou poderia ser proporcional, mas não adequado ou necessário. Assim como poderia ser adequado e não ser necessário ou proporcional. Enfim, qualquer que seja a hipótese, ela tem que ser cumulativa: a criminalização tem que ser necessária, adequada e proporcional, mas também respeitar a intervenção mínima do Estado, a qual é gradativa e oscilante. Como Figueiredo Dias, Costa Andrade, Taipa de Carvalho ou Faria Costa (que rejeita a autonomia do direito penal económico e social ou também designado como direito penal secundário) ou ainda Pinto de Albuquerque que vamos seguir também, os bens jurídicos coletivos, da Constituição social e económica, são tutelados pelo direito penal económico e social; e os bens jurídicos individuais são protegidos pelo designado direito penal primário ou de justiça ou clássico e correspondem à parte da Constituição que trata dos Direitos (e Deveres), Liberdades e Garantias. Pelo que, o sistema penal serve uma política criminal de proteção de bens jurídicos. Assim, temos duas espécies essenciais de bens jurídicos no presente momento. Sem prejuízo das investigações futuras poderem concluir que afinal existe um *tertium genus*. Ou até mais. Esta política, não prejudicando a separação e interdependência dos três poderes originais, é delimitada pelos órgãos de soberania com competência legislativa. E neste universo é importante separar a fé da razão, de modo a purificar a ciência, mas sem esquecer, e por isso mesmo também, a impossibilidade de separar o direito da ética ou, se quisermos, da moral neutra do interesse público. Um interesse público que é em simultâneo liberal, mas também social. Deste modo, está fora de causa, numa perspectiva penal, proteger p.e. a “moralidade sexual”, as “proposições meramente ideológicas”, ou os “valores de mera ordenação social”. Está em causa a liberdade individual e a liberdade coletiva com responsabilidade e segurança e não um direito e processo penal ideológico. Como já referimos antes, em caso algum nós podemos esquecer que o direito penal e o direito processual penal estão sujeitos à proporcionalidade, adequação e necessidade, e ainda intervenção mínima e gradual, do Estado de Direito democrático, social, livre e verdadeiro, art. 18º da Constituição. Assim, a aplicação do direito penal é subsidiária e fragmentária. Neste prisma, já existiram incriminações que foram consideradas inconstitucionais, assim como outras foram consideradas como não estando contra a Constituição. Podemos, pois, adiantar que podem

existir bens com dignidade penal, os quais, ainda assim, não necessitam de ser protegidos por um escudo criminal. Já sabemos que o art. 18º da Constituição da República Portuguesa – o qual constitui a grande diferença com a Constituição da II República ou Estado Novo ditatorial de 1933 - reclama necessidade, adequação e proporcionalidade, além da intervenção gradativa do Estado. O único caso no qual a Constituição obriga à criminalização, é, por ironia, o do art. 117º/3 - Estatuto dos Titulares de Cargos Políticos. Além do mais, o sistema penal português não tutela as posições jurídicas de pessoas que se encontrem em violação da própria lei penal. Por este caminho, o sistema penal ligado à proteção de bens jurídicos, afasta o direito penal do risco *tout court*. A razão é que este último se fundamenta no uso de categorias transpessoais de imputação de responsabilidade e numa política de antecipação de intervenção do Estado criminal e criminógeno, dizemos nós. Isto não afasta, porém, como aliás já referimos antes, a tutela dos bens jurídicos coletivos e/ou económicos e sociais: Direito penal económico e social. Já os crimes cumulativos ou aditivos também são suscetíveis de não ferirem a Constituição. São estes crimes onde a importância típica reside na própria potencialidade do comportamento do agente vir a ser adicionado a comportamentos autónomos de outros agentes, provocando a danificação da cumulação ou adição destes comportamentos autónomos. O que se bem aplica, por exemplo, aos crimes ambientais. Como já referi antes, “O legislador está legitimado – no seio do Estado de Direito Social, democrático, livre e verdadeiro – para, tendo em vista a necessidade cada vez mais imperiosa de contenção de riscos catastróficos mundiais e/ou globais, conceber, se isso for imprescindível, incriminações ‘adicionáveis’ e/ou acumulativas, que sejam protectoras de bens jurídicos colectivos (...) reais, ainda que, mais ou menos, poliédricos e/ou complexos, em este ou aquele caso concreto”.

6. QUINTAS NOTAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE CRIMINAL EM PORTUGAL E NA UE

Continuemos aqui a importância do Princípio Constitucional da Legalidade Criminal. Trata-se, lembremos, do art. 1º do Código Penal português. Está em causa o Estado de Direito (e de Dever) democrático, social, livre e verdadeiro. É a própria democracia que está em causa. O princípio da legalidade criminal ou penal também se aplica às contraordenações

como princípio da legalidade contraordenacional. Não nos identificamos de modo nenhum com a corrente contrária. Não só por causa do art. 32º/10 da Constituição da República Portuguesa – e art. 29º/1 -; não só por causa do art. 32º do Regime Geral das Contraordenações; mas também por causa do art. 41º do RGCO. Não nos revemos na afirmação, porque também insuportável do ponto de vista axiológico-constitucional, mas igualmente normativo, que as sanções contraordenacionais são alheias a objetivos de prevenção geral, ou prevenção especial, positivas. Repare-se designadamente no montante das coimas no direito da concorrência ou no direito da proteção geral de dados. Têm a potencialidade de alcançar milhares de milhões de € no terreno p.e. da UE . Ora, isso é muito acima do valor das multas penais. Não por acaso se usa a expressão “*burla de etiquetas*” ou “*fraude de etiquetas*”, quando o legislador pretende fazer passar por “*ilícito de mera ordenação social*”, aquilo que, na realidade, é direito penal, ou direito criminal, puros. Já se percebeu aliás que é uma “*nova forma de cobrança de impostos*”.¹⁵ Nesta linha de raciocínio, não podemos esquecer o D.L. nº 244/95, de 14/9, o qual foi apelidado de “*contra-reforma*”. Esta reforma como se sabe foi alvo de profundas críticas pelo nosso orientador académico, Jorge de Figueiredo Dias.¹⁶ Não obstante, estamos convictos que não existiu uma “*contrarrevolução contraordenacional*”, pois estava também apenas a ser cumprido o art. 32º/10 da Constituição. Como é evidente, também a sanção disciplinar sofre de finalidades de prevenção geral e prevenção especial positivas. Até porque, o princípio da culpa e da perigosidade refere-se, quer ao direito e processo penal, quer ao direito contraordenacional, quer ao direito disciplinar. Acompanhando Pinto de Albuquerque (2021, p. 45 e ss.), parece violar o princípio constitucional da culpa a identificação de todos os acompanhantes dos autores materiais, como instigadores e/ou autores morais. Tal como seria inadmissível passar

¹⁵ Cfr. art. 89º/A do RGCO: “*Prestação de trabalho a favor da comunidade*”: “1 - A lei pode prever que, a requerimento do condenado, possa o tribunal competente para a execução ordenar que a coima aplicada seja total ou parcialmente substituída por dias de trabalho em estabelecimentos, oficinas ou obras do Estado ou de outras pessoas colectivas de direito público, ou de instituições particulares de solidariedade social, quando concluir que esta forma de cumprimento se adequa à gravidade da contra-ordenação e às circunstâncias do caso. / 2 - A correspondência entre o montante da coima aplicada e a duração da prestação de trabalho, bem como as formas da sua execução, são reguladas por legislação especial.”. Norma que foi introduzida pela reforma do D.L. nº 244/95, de 14/9.

¹⁶ E também Padrinho na Imposição de Insígnias pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 27/5/2018, Constituinte em 1976 e considerado um dos pais do direito e processo penal portugueses juntamente com Eduardo Correia, seu Mestre. DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal § Parte Geral..., 2019, *passim*.

para os herdeiros a responsabilidade criminal de um crime de fraude fiscal cometido por outrem. Discussão diferente é a questão da criminalização do enriquecimento ilícito ou injustificado. Já não concordamos com Pinto de Albuquerque, ou com o próprio Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, quando defendem a possibilidade de termos que aceitar presunções de culpa, de dolo e/ou negligência (!). Tal como não seriam concebíveis presunções de imputabilidade ou (in)exigibilidade (!). Sendo certo que os crimes de perigo abstrato não violam o princípio da culpa e/ou o princípio da legalidade criminal. Já Eduardo Correia na Comissão Revisora do CP, 1963/1964, afirmava aliás: *“ao direito penal cabe, não organizar a violência, mas sim organizar a não-violência. E esta só pode ser organizada na base de uma ideia optimista do delinquent e do homem. E note-se que a ideia optimista da responsabilidade é também ideia optimista na readaptação”*. Resta saber se perante aquilo que estamos a assistir em relação à expansão da criminalização e dos próprios crimes v.g. violentos, este otimismo vai prevalecer. Bem sabendo todos que em caso algum deve ficar prejudicado o princípio da prevenção da criminalidade e/ou também da reparação de danos. Deste modo, sempre que possível, deve haver reparação (DIAS, 2019, p 23).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como refere Jorge de Figueiredo Dias (2019, p. 23), “... em um Estado de Direito, o princípio da legalidade (o princípio *nullum crimen, nulla pœna sine lege*:infra, 8.º Cap.) constitui a fronteira inultrapassável da punibilidade – e, com isto., também a fronteira de todo o fenómeno criminal”. Também Claus Roxin (1994, p. 97) chama a atenção da validade do princípio da legalidade criminal, como fundamento básico do Estado de Direito democrático, em todo o dito mundo civilizado. Não por acaso a União soviética de ditadura comunista – como também os nazis acima referidos – aboliu (aboliram) esse mesmo princípio em 1917 aquando da sua revolução que, como se sabe, foi bastante violenta e sanguinária. Já na linha supramencionada de Hans-Heinrich Jescheck, também Claus Roxin nos lembra que o princípio fundamental da legalidade criminal foi alvo de exceções aquando dos julgamentos de criminosos nazis. E isto porque se aplicou reactivamente a lei penal. Refere aliás em relação ao castigo dos criminosos nazis o art. 7º II da Convenção de 4 de novembro de 1950 para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais:

“de acordo com os princípios gerais do Direito reconhecidos pelos povos civilizados” – “nach den allgemeinen von den zivilisierten Völkern anerkannten Rechtsgrundsätzen”. Ou seja, no caso de estarem em causa crimes contra a Humanidade como é v.g. o genocídio étnico, tudo indica que é possível quebrar o princípio fundamental da legalidade criminal e aplicar incriminações de modo retroativo, como aliás já aconteceu na História recente. Recorde-se que, em lugares paralelos, nem todos os países do mundo aderiram ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional p.e.... E outros tantos não lhe reconhecem qualquer legitimidade. Em muitos aspetos ainda vigora a lei do mais forte e do vencedor geográfico no espaço e no tempo, pelo que, a nível internacional, toda a legítima defesa, inclusive preventiva, é justificada para se defender o Estado de Direito democrático e social, livre e verdadeiro. Não há alternativas. Apenas alianças possíveis, mas que encarem o ser humano sempre como um fim e nunca como um meio, Kant. O ser humano cuja vontade é fundadora de leis universais teóricas e práticas. Temos dito. *Carpe diem*.

8. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código Penal § à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, 2ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, 4.ª Ed. Reimpressão, 2021.

ANTUNES, Maria João. **Medida de Segurança de Internamento e Facto Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica**. Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo, **O Direito Penal entre ‘Creutzfeldt-Jakob e Günther Jakobs’! ou o Direito Penal (Económico) como Tutela de Bens Jurídicos – e a Responsabilidade dos Entes Colectivos – no Seio do Direito Penal (da Sociedade) do Risco e do ‘Direito’ Penal do Inimigo’**, Estudos Jurídicos Criminais, Editora Juruá, Curitiba, 2008.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Marega x Gobineau, Chamberlain, Fischer e Günther**, Diário do Minho, Braga, 20 de Fevereiro de 2020.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Prevenção do terrorismo vs neoliberalismo**, Diário do Minho, Braga, 30 de Janeiro de 2015.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. AZEVEDO, Patrícia dos Anjos. **Branqueamento de Capitais, Fraude Fiscal e Corrupção Internacional**, Revista Brasileira de Estudos

Jurídicos, vol. 11 (2), 2016.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. FACHIN, Zulmar Antonio. **Responsabilidade Criminal por Dinheiros Públicos, Branqueamento de Capitais/Lavagem de Dinheiro e Direitos Sociais**, Revista Internacional CONSINTER, Ano I - Volume I § Direito e Justiça § Aspectos Atuais e Problemáticos, Editora Juruá, Curitiba, I Simpósio Congresso Internacional do CONSINTER, Editora Juruá, Curitiba-Barcelona, Lisboa, 2015.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Abuso de informação, manipulação do mercado e responsabilidade penal das “pessoas colectivas”: “tipos cumulativos” e bens jurídicos colectivos na “globalização”**, 4. ed. Editora Juruá, Lisboa, 2015.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Abuso de Mercado e Responsabilidade Penal das Pessoas (Não) Colectivas – Contributo para a Compreensão dos Bens Jurídicos Colectivos e dos “Tipos Cumulativos” na Mundialização**, Editora Juruá, Curitiba, 2011.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Criminalidade Económica e Lavagem de Dinheiro, Prevenção pela Aprendizagem**, Revista Internacional CONSINTER de Direito, Ano II, Nº 2, Efetividade do Direito, 1º Semestre, Editora Juruá, Curitiba-Lisboa, 2016.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Garantias de Processo Criminal no Ordenamento Jurídico Português, Ciência Penal em Perspectiva Comparada, Ensaios & Reflexões**, João Gualberto Garcez Ramos / Carla Liliane Waldow Esquível (Organizadores), Prefácio Prof. Doutor Gilberto Giacoia, NEC-UFPR, 1ª Ed. Birigui, São Paulo, 2016.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **O Crime de “Branqueamento” e a Criminalidade Organizada no Ordenamento Jurídico Português**, Ciências Jurídicas, Apresentação: Professor Catedrático Doutor A. Castanheira Neves, Organização: Gonçalo Sopas de Melo Bandeira, Rogério Magnus Varela Gonçalves, Frederico Viana Rodrigues, Editora Almedina, Coimbra, 2005.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **O Crime de “Branqueamento” e a Criminalidade Organizada no Ordenamento Jurídico Português no contexto da UE : novos desenvolvimentos e novas conclusões**, In: AA.VV., Coordenação de SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo N.C. Sopas de Melo, Lavagem de Dinheiro e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira, Editora Juruá, Curitiba, 2009.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Primeiras Notas à Legislação da Lavagem de Capitais em Portugal-UE: O Dever de Formação**. Revista Internacional CONSINTER de Direito, Ano V, Nº IX, Estudos Contemporâneos, 2º Semestre, Editora Juruá, Curitiba-Lisboa, 2019.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Responsabilidade Penal e Contraordenacional das Organizações Colectivas**, Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica, 108, Ad

Honorem - 8, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Presidente do Tribunal Constitucional, Volume I, Direito Penal, Organizadores: José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes, Helena Moniz, Nuno Brandão, Sónia Fidalgo, Sersilito-Empresa Gráfica Lda, Edição Apoiada pela Fundação Eng. António de Almeida, Universidade de Coimbra, Instituto Iuridico, Coimbra, 2017.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Responsabilidade penal económica e fiscal dos entes colectivos: à volta das sociedades comerciais ou sociedades civis sob a forma comercial.** Editora Almedina, Coimbra, 2004.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Segundas Notas à Legislação da Lavagem de Capitais em Portugal-UE: Regime Sancionatório numa Primeira Abordagem.** Revista Internacional CONSINTER de Direito, Ano VI, Nº XI, Estudos Contemporâneos, 2º Semestre, Editora Juruá, Curitiba-Lisboa, 2020.

BULLOCK, Alan. **Hitler: A Study in Tyranny.** New York. Konecky & Konecky, 1999, ISBN 978-1-56852-036-0.

CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. **CRP § Constituição da República Portuguesa § Anotada § Artigos 1 a 107**, 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2007. v. I.

CANOTILHO, J. J. Gomes. In: **CRP § Constituição da República Portuguesa § Anotada § Artigos 108 a 296**, 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2010. v. II.

DIAS, Augusto Silva. **Entre “Comes e Bebes”:** Debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10.07.1996), *RPCC*, 8 (1998). Coimbra, Portugal, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal § Parte Geral § Tomo I § Questões Fundamentais § A Doutrina Geral do Crime.** 3. ed., Gestlegal, Coimbra, 2019.

JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. In **Lehrbuch des Strafrechts § Allgemeiner Teil § Funfte Auflage, Duncker & Humblot.** Berlin, Alemanha, 1996.

ROXIN, Claus. **Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I:** Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Beck, München, 1994, 2005/2006.

SHIRER, William L. **The Rise and Fall of the Third Reich**, New York: Simon & Schuster, 1960, ISBN 978-0-671-62420-0.

Data da submissão: 20/09/2021

Data da aprovação: 09/09/2022