

## **DECISIONISMO VS. LEGALISMO EM DIREITO PENAL**

**João Varela**

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais  
pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa  
Investigador do Centro de Investigação & Desenvolvimento  
sobre Direito e Sociedade (CEDIS)  
da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

*“Yo entiendo por Derecho las profecías acerca de lo que los  
Tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos”.*

HOLMES, Oliver Wendell. *La senda del derecho*. Tradução Eduardo  
Angel Russo. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1975, p. 21 (1897)

**Resumo:** Nesta época da nossa contemporaneidade marcada por uma acentuada incerteza cognitiva e um risco crescente na adopção de decisões, discute-se a pertinência dogmática e metodológica do princípio da legalidade criminal, tendo por “pano de fundo” a polémica

---

Recibido: septiembre 2016. Aceptado: febrero 2017

justiçofilosófica que opõe as correntes doutrinárias que veem no direito a realização concreta de uma ideia de justiça àquelas outras que nos remetem ainda para a lei como critério normativo decisivo de valoração da situação da vida *sub judicio*.

**Palavras-Chave:** lei; racionalidade; sociedade de risco; legalidade criminal; segurança jurídica.

**Abstract:** In a society characterised by a great cognitive diversity and a high risk on taking decisions, we analyse if the principle of criminal legality sustains or not its dogmatic and methodological relevance in view as well of the philosophical and legal discussion about the connection between justice and law.

**Keywords:** law; rationality; risk society; criminal legality; legal security.

## 1. Introdução

Estatui o artigo 203.º, da Constituição portuguesa (CRP): “Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei”. Assim e desde logo, a independência dos tribunais reside, objectivo-materialmente, em que só eles exercem o poder judicial. Ou seja: em conformidade com o princípio da separação de poderes, cabe, exclusivamente, aos órgãos judiciais decidir da aplicação de uma certa norma jurídica, geral e abstracta, a uma determinada situação concreta, sendo, portanto, nessa específica intencionalidade prático-normativa e concretamente orientada que a função judicial se distingue das demais funções estaduais e adquire a autonomia e independência que lhe são, constitucionalmente, reconhecidas e garantidas<sup>1</sup>.

---

1 Recuando à época da Ilustração, encontramos em BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4.ª edição. Tradução José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, III, p. 67 (1766), uma defesa, particularmente, convincente da independência dos tribunais face ao poder legislativo: “O soberano, que representa a própria sociedade, não pode fazer senão leis gerais a que todos os membros fiquem obrigados, mas já não pode julgar que alguém tenha violado o contrato social, pois então a sociedade dividir-se-ia em duas partes: uma representada pelo soberano, que afirma a violação do contrato, e a outra pelo acusado, que a nega. É, pois, necessário

Entretanto e no que respeita à segunda parte daquela estatuição jurídico-constitucional, certas correntes do pensamento jurídico atual privilegiam uma vinculação jurisdicional que vê na lei, não tanto a expressão de uma vontade sufragada por uma maioria parlamentar de circunstância (dimensão política), mas, sobretudo, a manifestação histórico-concreta de uma intenção mais geral à realização da justiça cuja densificação postula a convocação de outros *tópicos* sugeridos pelas especificidades da situação da vida *sub judicio* (dimensão axiológica).

Acontece, porém, que, tendo presentes as particulares exigências dogmático-normativas do princípio da legalidade em direito penal, parecem mais conformes a essas exigências aquelas outras correntes jusfilosóficas que encontram no direito positivo a instância última e decisiva de conhecimento e valoração do caso concreto decidendo.

Chamemos às primeiras posições doutrinárias “decisionistas” (*auctoritas, non veritas facit iudicium*), às segundas “legalistas” (*veritas, non auctoritas facit iudicium*), e vejamos, após proceder a uma sua caracterização breve, qual delas prevalece ou deve prevalecer na aplicação da lei penal e os termos precisos dessa prevalência.

## 2. Decisionismo e legalismo jurisdicionais

As correntes de pensamento jurídico “decisionistas” veem o Direito como a concreta expressão histórica de uma ideia de justiça que se constitui –ela própria– no fundamento axiológico último do homem como pessoa vivendo em comunidade. Assim, é possível assinalar à compreensão da juridicidade as características seguintes<sup>2</sup>: a) assume uma índole problemá-

---

que um terceiro julgue a verdade do facto. Surge, então, a necessidade de um magistrado, aquele cujas sentenças sejam inapeláveis e consistam em meras asserções ou negações de factos particulares”.

- 2 Segue-se de perto a análise feita por NEVES, A. Castanheira. “O papel do jurista no nosso tempo”, em NEVES, A. Castanheira. *Digesta - vol 1.º*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 41 e s.

tico-concretamente transcendente e axiológico-normativamente fundada face à realidade fática que suscita a sua intervenção; **b)** tem uma natureza histórica porque se apresenta *in fieri*, em desenvolvimento e aperfeiçoamento contínuos; **c)** revela-se-nos, assim, em ato, sendo sempre mais do que dela se logrou; **d)** manifesta uma intenção axiologicamente totalizante, que se oferece como realização da liberdade e se funda no reconhecimento da dignidade da pessoa convivente.

Mas porque o direito deve ser compreendido deste modo, também só o juiz pode assegurar o cumprimento efetivo da específica intencionalidade que naquele se nos revela: ser a *ratio essendi* da nossa própria humanidade. “É que, tendo deixado a legislação de poder considerar-se hoje como a manifestação de uma vontade autenticamente comunitária, para ser efetivamente a imposição prescritiva de uma ideologia partidária em veste de governo, só a função judicial pode permitir-se ser ideologicamente neutra, naquela neutralidade que a faça tão-só sensível ao apelo do direito<sup>3</sup>”.

Circunstância esta que traz, implicitamente, consigo uma outra consequência: a independência dos tribunais, desde logo perante a vontade do legislador. Sustenta, todavia, Castanheira Neves que aquela independência jurisdicional não significa desobediência à lei, mas “antes enriquecê-la daquele modo de que ela necessita para ser um instrumento normativo capaz de se desempenhar da sua própria função de direito, de concorrer na realização do direito através da decisão juridicamente adequada dos casos concretos<sup>4</sup>”. Seja como for e no que respeita à interpretação jurídica, a contribuição semântica decisiva será dada pelas particularidades juridicamente relevantes da situação *sub judicio*. Diz ainda o mesmo autor que “ao concorrer na determinação do sentido juridicamente válido da decisão normativa, (a interpretação) intende metodologicamente para a aplicação concreta e só nesta se consuma<sup>5</sup>”.

3 NEVES, A. Castanheira. *op. cit.* p. 45.

4 NEVES, A. Castanheira. *op. cit.* p. 47.

5 NEVES, A. Castanheira. *op. cit.* p. 49.

Dentro deste contexto jusfilosófico, atribui-se hoje preferência às *teorias do consenso em sentido estrito*<sup>6</sup>, designadamente ao *modelo do discurso* que encontra o seu representante principal em Habermas. Assim e segundo este modelo, “uma proposta normativa é justa (...), quando possa ser o resultado dum determinado processo, o processo do discurso racional”<sup>7</sup>. Mantendo a mesma natureza argumentativo-processual, mas sem se confinar às regras formais do discurso jurídico, deparamo-nos com a “teoria processual da justiça materialmente fundada”, defendida por Arthur Kaufmann e que julgamos, particularmente, ilustrativa do sobredito “decisionismo” jurisdicional.

Desde logo e contrariamente ao defendido por Habermas<sup>8</sup>, Kaufmann sustenta que a *ética processual* não é incompatível com a *ética dos bens*, pressupondo-a até: “O principal erro neste debate está em considerar a relação entre os dois tipos de éticas como uma relação de exclusão (*‘ou..., ou...’*); sendo certo que na verdade elas não se excluem”<sup>9</sup>. Neste sentido,

---

6 Deve, todavia, reconhecer-se que o *consenso* é apenas uma ideia regulativa, não algo efetivamente constitutivo. Neste sentido, também KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução António Ulisses Cortês. 4.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 302: “Torna-se (...) claro que o critério de validade do direito, não é o consenso efetivo, mas sim a *susceptibilidade de consenso*”. Em todo o caso e segundo os processualistas, as teorias do consenso representam a tentativa de obter a partir de um processo (formal) de pensamento “conteúdos e regras concretas de comportamento que estejam subtraídas ao engano da percepção” (*ibidem*, p. 398).

7 ALEXY, Robert. “Die Idee einer prozedurale Theorie der juristischen Argumentation, em *RTh-Beiheft*, 2 (1981), pp. 177 e ss., *apud* KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 409.

8 À ética tradicional do bem e da virtude, Habermas contrapõe uma ética do “correto/incorreto” imposta, unicamente, pelas regras formais do discurso. A origem remota desta outra ética encontram-na diversos filósofos do direito no imperativo categórico de Kant. Diz KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 412: “A diferença entre as duas formulações está em que, enquanto em *Kant* o imperativo categórico representa um processo monológico, em *Habermas* representa ao invés um processo de comunicação e cooperação. Comum a ambas as versões é a invocação do princípio da universalização”.

9 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 249.

acrescenta-se mais adiante que “a susceptibilidade de consenso depende essencialmente também do facto de *o conteúdo da norma* constituir, pelo menos de forma aproximada, direito justo”: isto é, “*o direito válido tem de ser análogo ao homem*. Dito de outra forma: as exigências do direito devem ser de tal modo concordantes com as leis da natureza humana (não se entenda ‘natureza’ em sentido meramente biológico) que a vontade moral as possa em consciência fazer suas<sup>10</sup>”. Por outro lado, o jusfilósofo alemão afasta-se da ideia de consenso discursivo como único critério de verdade (*teoria do consenso pura ou formal*), preferindo ver na *convergência* um modelo melhor: “O critério apropriado de verdade ou correção dum enunciado (...) não é a existência dum consenso, mas a circunstância de *vários sujeitos independentes entre si chegarem, a respeito do mesmo objecto, a conhecimentos materialmente convergentes*<sup>11</sup>”. Neste sentido, diz-se que a “teoria da convergência” representa a articulação entre dois tipos de unilateralismos: os da pura teoria do consenso assente na ficção de uma “situação ideal de discurso” e da “teoria da verdade como correspondência”, que não prescinde da experiência (a verdade respeita sempre a “algo”), em termos de considerar a verdade como a adequação entre discurso (subjectivo) e realidade (objectiva) - *veritas est adaequatio intellectus et re*. Dito ainda de outro modo: só a *convergência* é critério da verdade (correção) da solução encontrada (“os momentos subjectivos contrapostos entre si enfraquecem-se ou até se excluem; os momentos objectivos, pelo contrário, reconduzem-se todos ao mesmo ente e garantem-se assim como fundamentados<sup>12</sup>”), sendo o *consenso* somente “o principal meio para determinar a comprovação da objectividade<sup>13</sup>” daquela solução. Acresce, finalmente, que a sobredita “teoria da convergência” se revela ainda compatível com um *falibilismo pragmático* no sentido em que postula apenas um saber substantivo –não substancial–

10 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* pp. 302 e s.

11 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 422.

12 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 422.

13 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 423.

construído a partir de opiniões falíveis. São estes os pressupostos jusfilosóficos de uma “teoria processual da justiça materialmente fundada”, que Kaufmann afirma estar ao serviço do homem como pessoa: isto é, como ser ontológico-relacional<sup>14</sup>. Assim e porque “apenas se aprende a pensar em face da matéria do pensamento e o pensamento apenas se confirma perante a sua matéria<sup>15</sup>”, são os seguintes os princípios epistemológicos que refletem e atualizam aqueles pressupostos e cujo ponto de partida se encontra no *princípio da razão* (“segundo Kant, (...) a razão tem que, ‘em todos os seus empreendimentos, estar sujeita à crítica’<sup>16</sup>”): **a) princípio da argumentação**, em conformidade com o qual o discurso racional funda-se numa “comunidade de argumentação livre”<sup>17</sup>. Todavia e como o próprio autor reconhece, essa comunidade constitui somente uma “ideia regulativa ao serviço da reconstrução argumentativa dum pretensão de validade<sup>18</sup>”; **b) princípio do consenso ou convergência**, que estabelece a verdade de um enunciado quando todos os argumentos (não apenas formais, mas, também, materiais ou empíricos) são “esgotados” e se pode considerar que todos estariam de acordo com a conclusão encontrada caso tivessem compreendido esses

---

14 Diz KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 433: “As relações pessoais do homem são o que identifica o discurso jurídico enquanto tal, pois no fundo o direito legitima-se sempre pelo facto de *garantir a cada um o que lhe compete como pessoa: o suum iustum* (sobretudo através da *garantia dos direitos humanos e fundamentais*)”.

15 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 427.

16 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 428.

17 De entre os argumentos trazidos à colação pelos diversos intervenientes no processo de determinação do direito concretamente aplicável, Kaufmann atribui uma relevância particular ao “sentimento jurídico”, que se constitui numa antecipação do resultado jurídico final. Assim, diz ele que “o sentimento jurídico é *a arte de ter pré-compreensões correctas*” (KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 96), sendo que a introdução no discurso jurídico destas pré-compreensões pressupõe a assunção de uma nova “arte de compreender”: a hermenêutica, que traz à discussão argumentos irracionais ou não totalmente racionais. “Ponderar racionalmente o irracional, eis o que faz a hermenêutica” (*ibidem*, p. 96).

18 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 429.

argumentos. Assim, “um consenso, a que não esteja subjacente um objecto idêntico<sup>19</sup>, é um consenso aparente e, portanto, sem valor<sup>20</sup>”; e) *princípio da falibilidade*, à luz do qual “todo o enunciado, toda a conclusão, todo o argumento é basicamente falível e, portanto, em princípio corrigível<sup>21</sup>”.

Já quanto ao *legalismo jurisdicional*, há quem veja na “sofística” a origem distante da correspondente doutrina jusfilosófica: o positivismo jurídico-científico. Efetivamente e não acreditando os sofistas numa justiça objectiva (o homem em sentido empírico é a medida de todas as coisas), só valeria como direito a norma estabelecida por acordo humano: isto é, a norma positiva. Muitos séculos depois, também Kant vem negar à razão especulativa ou teórica a possibilidade de aceder *a priori* a conteúdos empíricos, sendo-lhe apenas permitido determinar o modo de os conhecer. Neste sentido, a *razão pura* será simplesmente uma “teoria transcendental das formas” e o direito natural “(...) uma *ideia*, uma forma racional *a priori*, relativa às relações dos homens entre si ainda no estado de natureza (...)”<sup>22</sup>. Exclui-se,

---

19 O objecto processual é que confere identidade ao respectivo processo, sendo esse objecto trazido à colação pelos parceiros da argumentação a partir da competência que lhes é própria e só adquirindo os seus exatos contornos no decurso daquele mesmo processo.

20 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 432.

21 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 429. A “falibilidade” está em conexão íntima com o princípio da tolerância, que nos obriga a reconhecer que “em cada conhecimento há sempre uma parcela - e na maioria das vezes uma grande parcela - de não conhecimento” (*ibidem*, p. 498). Diz-se, todavia, que o princípio da falibilidade não deve constituir-se num obstáculo inultrapassável à convergência: “Cada participante no discurso tem de estar disposto a aceitar que os argumentos se ‘esgotam’. A afirmação, correta no âmbito de reflexão filosófica, de que nenhum fundamento é definitivo, não se pode admitir no próprio discurso, pois impossibilitaria todo e qualquer entendimento” (*ibidem*, p. 431).

22 MONCADA, L. Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado - vol. I* (2.ª ed. 1955). Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 256. De algum modo, este direito racional kantiano, *a priori* e sem conteúdo empírico, aproxima-se do conceito kelseniano de *Grundnorm*, que é apenas condição lógico-transcendental de um ordenamento sem contradições e dotado de sentido.

assim, a possibilidade de um direito natural onto-teológico ou apenas antropológico. Diz Kaufmann: “Deste modo, foi rejeitada a pretensão de se poder fundar, a partir da ‘natureza’, um direito natural com um conteúdo inequívoco igual para todos os homens e para todos os tempos. Esta descoberta de Kant é incontornável<sup>23</sup>”. Por sua vez e quase na mesma época, Hegel atribuiu ao Estado uma posição cimeira como expressão última ou mais completa da Liberdade: seguindo a sua máxima “o racional é real e o real é racional”, o sábio do idealismo alemão encontra no Estado a realidade mais perfeita e, portanto, também o valor jurídico superior. São, igualmente, esclarecedoras as palavras de Kaufmann a este respeito: “Estado e razão moral, Estado e direito são um só. Consequentemente, para Hegel, só há *um* Estado e *um* direito - não um Estado ideal ao lado do real, não um direito natural ao lado do positivo; ambos são o mesmo<sup>24</sup>”. Em síntese: o direito natural é o direito estadual.

É, assim, neste cadinho jusfilosófico que emerge o positivismo jurídico-científico<sup>25</sup>, sendo o *positivismo legalista* a mais relevante e duradoura das suas manifestações. Assim e sendo a lei produto da razão (conceito kantiano de lei), também o direito só poderá afirmar-se na sua específica intencionalidade normativa se conforme a essa mesma razão que assegura a todos e cada um de nós a particular dignidade (liberdade) de nos aceitarmos uns aos outros como valores absolutos, nunca como coisas ou meios. É ainda este fundamento último ou *a priori* de racional

---

23 KAUFMANN, Arthur. “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”, em KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (orgs). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. 2.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 98.

24 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 105.

25 É costume assinalar duas grandes correntes principais do positivismo jurídico, a saber: a) positivismo jurídico empírico, que vê o direito como um facto da realidade sensível, seja um facto do mundo interior ou psíquico (positivismo jurídico psicológico), seja um facto do mundo exterior ou físico (positivismo jurídico sociológico); b) positivismo jurídico normativista, que reduz o direito à norma geral e abstracta ditada pelo legislador. Apenas este último é considerado no presente estudo.

universalidade que justifica as notas analíticas que a lei positiva (isto é, politicamente estatuída pelo poder legislativo) encerra: generalidade quanto aos destinatários, abstração relativamente ao conteúdo-objecto e permanência. Diz a este respeito Castanheira Neves: “(...) a abstração permitiria atingir o futuro e assegurar a permanência, a generalidade excluiria o arbítrio e afirmaria a justiça, e a permanência só por si seria condição de segurança<sup>26</sup>”.

Simultaneamente e no plano político, emerge o Estado-de-Direito de legalidade, vigorando aí o princípio do primado da lei: isto é, tanto o poder executivo como o judicial estão sujeitos à lei, sendo a validade das respectivas decisões aferida à luz daquela<sup>27</sup>. Destarte e no que respeita aos tribunais, não apenas é-lhes vedado desobedecer à lei “sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo”<sup>28</sup>, como a interpretação que fazem da lei não lhes permite considerar o pensamento legislativo que não tenha na respectiva letra “um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso”<sup>29</sup> (*legalismo jurisdiccional*).

### 3. O caso específico do direito penal

Independentemente da função de garantia contra as intervenções arbitrárias e lesivas de direitos e liberdades individuais

---

26 NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais* (Separata da *Revista de Legislação e Jurisprudência*). Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 564.

27 Assim, também NEVES, A. Castanheira. *op. cit.* pp. 580 e s.: “(...) o poder legislativo, que só poderá prescrever normas gerais e abstractas, postula, já por isso, institucionalmente, diferentes poderes-funções de execução e de aplicação da sua legislação: um poder executivo chamado à iniciativa de governo e de administração, segundo um princípio de legalidade ou no quadro da lei, e um poder judicial com a função exclusiva da aplicação da mesma lei aos casos particulares da sua previsão abstracta”.

28 Cfr. art. 8.º, n.º 2, Código Civil.

29 Cfr. art. 9.º, n.º 2, Código Civil.

por parte do Estado que lhe é assacada, o princípio da legalidade criminal constitui-se, tradicionalmente, em critério metodológico fundamental de aplicação do direito penal às situações da vida que reclamam essa aplicação. Nesta última perspectiva, relevam, em particular, as dimensões ou corolários seguintes: **a)** determinabilidade (*lex certa*), exigindo-se a precisão ou clareza abstractas do conteúdo de sentido normativo da lei penal; **b)** exatidão (*lex stricta*), exigindo-se a precisão ou clareza concretas do conteúdo de sentido normativo da lei penal (salvo a hipótese de analogia *in bonam partem* ou *pro reo*). É dizer que no processo de determinação do direito penal o critério normativo decisivo é-nos dado pela lei, sendo, todavia, necessário que esta seja, não apenas clara no comando prescritivo (positivo ou negativo) que encerra, como exata na interpretação jurídica que oferece na resolução do caso concreto *sub iudice*. Se esta última circunstância se traduz na preferência atribuída à interpretação declarativa, já a imediatamente anterior implica a proscrição de conceitos jurídicos indeterminados e/ou cláusulas-gerais.

### 3.1. Determinabilidade (*lex certa*)

A lei serve-se de uma linguagem escrita, tendo aí as palavras constitutivas dessa linguagem um determinado significado, que lhes é conferido pelo respectivo uso linguístico (diz Wittgenstein: “o significado de uma palavra é o seu uso na linguagem<sup>30</sup>”). Efetivamente, a linguagem permite-nos designar os seres e objetos com que nos cruzamos construindo, assim, a nossa própria mundividência: “(...) qualquer ‘mundo’ é um produto da linguagem, só se torna mundo através da linguagem<sup>31</sup>”. Existem, por outro lado, múltiplas experiências comuns –particularmente, no seio de uma mesma comunidade humana– que possibilitam um entendimento através da linguagem: “a linguagem forma-se no âmbito interpessoal, logo desde o início a criança apren-

30 WITTGENSTEIN, L. *Philosophische Untersuchungen*. N.º 43, apud KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. p. 174.

31 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 163.

de a ligar o uso das palavras às mesmas realidades que os seus pais, amigos, professores, etc., decorrendo depois este processo cada vez mais também na direção contrária<sup>32</sup>”. Em todo o caso e porque essa reciprocidade não é completa, não há ninguém que tenha exatamente o mesmo mundo que os outros: “em rigor, apenas o próprio falante sabe o que querem dizer as suas palavras<sup>33</sup>”. Dito de outro modo: a par dos conteúdos de sentido que nos são comuns, cada um de nós preserva uma linguagem pessoal construída a partir das suas próprias experiências de vida. Daí se afirmar que a linguagem nem sempre é unívoca.

Tendo presente as considerações anteriores e ainda que nos pareça correto sustentar que a “consciência é sempre consciência linguística, aquilo para que não temos nome e palavra, não se encontra na nossa consciência<sup>34</sup>”, não cremos, todavia, que a nossa irreduzível mundividência pessoal e a ambiguidade linguística que lhe está associada constituam um obstáculo insuperável à determinabilidade da linguagem técnico-jurídica. É que esta última não proscreve –muito pelo contrário– a necessidade de interpretação do respectivo conteúdo normativo (nem todas as palavras têm de evidenciar a univocidade que é própria das que se traduzem em conceitos numéricos<sup>35</sup>), exigindo somente que existam limites semânticos à interpretação jurídica permitida. Por outro lado, sendo a linguagem técnico-jurídica a representação que o legislador tem da realidade e devendo esta representação caracterizar-se pela sua racional universalidade (Kant), os conceitos científicos a que ela se reconduz devem manifestar um sentido dogmático e prático-normativo consolidado e unívoco, independentemente da sua irrenunciável “abertura”

---

32 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 173.

33 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 172.

34 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 176.

35 V.g., art. 19.º, Código Penal: “Os menores de 16 anos são inimputáveis”. Assim, também KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 182, afirma que “(...) uma linguagem legal unívoca em sentido estrito só seria alcançável com uma elevadíssima abstração e esta implicaria a exclusão de toda a referência à realidade”.

às situações da vida<sup>36</sup>. Esta exigência de fixação conceptual revela-se, particularmente, determinante em sede de direito penal, pois, de outro modo, estará, seriamente, comprometida a certeza da lei e, conseqüentemente, a segurança jurídica dos cidadãos contra as intervenções abusivas do Estado nas esferas de liberdade individuais.

Posto o que e excluída no estrito plano do texto da lei a possibilidade permanente de uma linguagem unívoca, a “determinabilidade legal” significa o quê? Segundo o jusfilósofo alemão que temos vindo a citar, “a linguagem vive e renova-se sempre a partir da linguagem corrente, se uma linguagem técnica perder a conexão com a linguagem corrente, morre (...)”<sup>37</sup>. Assim e ainda que a linguagem técnico-jurídica se apresente mais categórico-racional (abstracta) e menos imagética comparativamente à linguagem corrente, Kaufmann acaba por concluir pelo carácter analógico da primeira, nos termos seguintes: no processo de feitura da lei verifica-se a *correspondência* ou *equiparação* entre “a ideia de direito, ou os princípios gerais de direito, e as possíveis situações da vida a regular mentalmente antecipadas pelo legislador (...). Por um lado, a ideia de direito tem de se abrir às situações da vida, tem de se materializar, concretizar, ‘positivar’; por outro lado, as situações da vida têm que ser idealizadas, normativo-conceptualmente configuradas, ‘construídas’<sup>38</sup>”. Sendo ainda certo que a sobredita *correspondência* ou *equiparação* postula a existência de um *tertium*, que o Autor encontra no *tipo (ratio iuris)*: aí “a ideia de direito (...) e a situação da vida devem ser idênticas para que assim possam ser postas em correspondência recíproca (identidade da relação

---

36 Como diz, acertadamente, IHERING, numa sua asserção retirada do 4.º volume de *Geist des römischen Recht*, “a vida não é o conceito; os conceitos é que existem por causa da vida”. A respeito da ambigüidade dogmática do conceito de autoria vertido no artigo 26.º, Código Penal, vide VARELA, J. Athayde. *Os limites de punibilidade em sede de autoria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 143 e ss. e 407 e ss.

37 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 171.

38 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 187.

de sentido)<sup>39</sup>”. Que tanto é dizer que será por referência àquele *tipo* que o conteúdo de sentido normativo da lei há de ser determinado.

É certo que a linguagem técnico-jurídica se serve, amplamente, da linguagem corrente e esta última está longe de ser unívoca. Também aquela primeira linguagem incorpora, frequentemente, “conceitos indeterminados” e “cláusulas-gerais” que não prescindem de uma concretização do aplicador da lei face às circunstâncias da situação da vida carecida de uma decisão jurídica<sup>40</sup>. Em todo o caso e tendo agora em consideração apenas a lei penal, a inexistência de uma delimitação precisa do respectivo sentido e alcance normativos significa a falência das exigências axiológicas ínsitas ao princípio da legalidade criminal, desde logo no plano da feitura do direito legislado. Assim e se nos fixarmos no “tipo”—como pretende Kaufmann—, a “abertura” e “elasticidade” deste conceito obstam a que se pré-defina um sentido possível da norma juspenal *qua tale*: esse sentido será, também, função das características particulares do caso concreto decidendo (“círculo hermenêutico”), cabendo, portanto e em definitivo, ao juiz a possibilidade da sua determinação. Nas palavras de Castanheira Neves, “é (...) menos a lei a dominar o sentido e conteúdo do juízo concreto do que o juízo concreto a decidir do sentido e conteúdo da lei<sup>41</sup>”.

Parece-nos, porém, que a solução pode e deve ser outra, opinião esta que compartilhamos com a larga maioria dos penalistas que veem no “sentido literal possível” a dimensão de certeza ou determinabilidade ainda compatível com a função

---

39 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 187.

40 Tendo por referência o nosso Código Penal, são vários os conceitos indeterminados e as cláusulas-gerais aí incluídos, servindo apenas de exemplo os seguintes: “os bons costumes” (art. 38.º, n.º 1), “especial censurabilidade ou perversidade” (art. 132.º, n.º 1), “motivo de relevante valor social ou moral” (art. 133.º), “motivo não censurável” (art. 151.º, n.º 2), etc.

41 NEVES, A. Castanheira. “O princípio da legalidade criminal”, em *Digesta - vol. 1.º*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 463.

de garantia do princípio da legalidade criminal. Efetivamente e desde logo, toda a linguagem –escrita ou falada– está sujeita a certas regras de uso implícitas que lhe delimitam *a priori* o respectivo espaço semântico. É dizer que contrariamente aos que sustentam a impossibilidade prática de pré-estabelecer limites fixos ao significado das palavras usadas nos diversos “jogos de linguagem”, as teorias analítico-normativas<sup>42</sup> sublinham a irracionalidade dessas teses: “fundamental para todas las teorías de la normatividad es la consideración de que resulta imposible decir siquiera algo significativo si no es posible usar erróneamente las palabras<sup>43</sup>”. De acordo com este pressuposto geral e no âmbito da investigação que desenvolve sobre o discurso prático-racional, Alexy esclarece:

“Las discusiones efectuadas para la clarificación de problemas de comunicación se pueden concebir como un discurso de tipo propio. A este discurso lo llamaremos aquí ‘*analítico-lingüístico*’ o de análisis del lenguaje. En él se trata, por ejemplo, de descubrir ambigüedades, vaguedades, componentes de significado emotivo y sinsentidos. La meta de este discurso es asegurar un lenguaje claro y con sentido. Para garantizar esto, a cada hablante, y en cualquier momento, le debe ser posible entrar en el mismo. De esta forma, se ha encontrado otra regla del discurso: Cualquier hablante debe poder en cualquier momento entrar en un discurso analítico-lingüístico<sup>44</sup>”

Assim e –agora– na perspectiva de uma investigação semântica que tenha por objecto o discurso jurídico-penal, parece-nos que essa investigação há de derivar, em primeira linha, do

---

42 Tendo por objecto os discursos possíveis, uma teoria diz-se *analítica* “cuando en ella se trata de la estructura lógica de los argumentos realmente utilizados y de los argumentos posibles; (...) es *normativa* cuando en ella se establecen y fundamentan criterios para la racionalidad del discurso” (ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2.ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 178).

43 KLATT, Mathias. “El límite del tenor literal”, em PABLO MONTIEL, Juan (ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 232.

significado usual e/ou técnico-jurídico adstrito às palavras que integram o texto legal (“interpretação literal”), ainda que em conexão lógica com as demais normas do mesmo instituto jurídico, sendo ainda possível ir mais longe, caso se revele necessário estabelecer a conexão com a própria parte geral do ordenamento jurídico em causa e as normas convocadas sejam constitutivas do mesmo discurso jurídico (“interpretação sistemática”)<sup>45</sup>. Havendo ainda dúvidas quanto ao sentido normativo possível da lei penal em análise, deve ser investigada a vontade do legislador histórico (“interpretação histórica”), se necessário atualizada face às exigências axiológico-normativas do tempo presente (“interpretação teleológica”). Em todo o caso, o resultado interpretativo final não pode ser outro distinto daquele(s) que o destinatário da norma juspenal pode e deve ter como expectável/expectáveis, tendo em consideração o respectivo texto legal.

Também Alexy –na análise que leva a cabo dos cânones de interpretação que seleciona (semântico, genético, histórico, comparativo, sistemático e teleológico)– acaba por concluir:

“Se pude decir (...) que los cánones no ofrecen una garantía de que se ‘encuentre el único resultado correcto... con una seguridad relativamente grande’ (KRIELE, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*. p. 85), pero sin embargo son más que simples instrumentos de legitimación secundaria de una decisión, la cual se puede encontrar y fundamentar de distintas maneras. Son formas de las que tiene que servirse la argumentación

---

44 ALEXY, Robert. *op. cit.* p. 148.

45 É esta necessária conexão lógico-semântica entre o significado de um determinado termo e o do discurso linguístico geral em que ele está inserido que nos leva, frequentemente, a argumentar que uma certa palavra não tem o sentido que lhe é atribuído porque foi extrapolada do respectivo contexto proposicional. Assim, também KLATT, Matthias. *op. cit.* p. 226: “(...) la filosofía del lenguaje actual expone convincentemente que frente al significado conceptual resulta prioritario analíticamente el significado proposicional. El significado de cada una de las palabras deriva del conjunto de las oraciones, no a la inversa. Por tanto, en la cuestión relativa al límite del significado de la ley no se trata en primera línea de la palabra considerada de forma individual”.

jurídica si quiere cumplir con la pretensión de corrección que se plantea en ella y que, a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, se refiere también de manera especial a la vinculación a la ley<sup>46</sup>”.

Significando tudo isto que a determinabilidade legal é, em verdadeiro rigor, exigida pela própria racionalidade do processo interpretativo, que reflète aquela outra universal racionalidade que deve permear a atividade legislativa, particularmente em sede de direito penal. Como diz Díez Ripollés, “este solapamiento no ha de extrañar, pues si a través de los diversos niveles de racionalidad legislativa se deciden los contenidos de la ley, es justamente la determinación de esos contenidos lo que persiguen los criterios de interpretación”. E concretizando:

“Así, la racionalidad lingüística se aproximaría al criterio gramatical, la racionalidad jurídicoformal al criterio sistemático, la racionalidad pragmática, en alguna medida, al criterio histórico y la racionalidad teleológica al criterio teleológico-valorativo. Aún podría decirse que de algún modo la racionalidad ética tendría algo que ver con el criterio de interpretación conforme a la constitución<sup>47</sup>”.

Portanto e em suma, sustenta-se que já a nível da lei penal, abstratamente, aplicável deve ser possível determinar o(s) sentido(s) normativo(s) permitido(s), tendo em consideração o respectivo teor literal.

### **3.2. Exatidão (*lex stricta*)**

Sendo a *lex certa* o produto de uma vontade legislativa e interpretativa racionalmente determinada, a preservação desta racionalidade virtuosa postula um processo de determinação do direito conducente a uma decisão que garanta ao respectivo destinatário uma idêntica segurança jurídica. Neste sentido,

46 ALEXY, Robert. *op. cit.* p. 240.

47 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 106.

estará vedado à concreta situação da vida em análise assumir uma outra relevância axiológico-normativa e prática que não seja a permitida pela lei penal, abstratamente, convocada. Exemplificando: se alguém subtrai ao colega de quarto o frasco de perfume, que este acaba de adquirir para oferecer à namorada, tendo apenas a intenção de se divertir à custa da apreensão causada à “vítima”, afirmar que se verifica *in casu* a prática de um crime de furto p. e p. no art. 203.º, n.º 1, do Código Penal, significa atribuir ao elemento subjetivo do facto um sentido intencional de “apropriação” que ele, manifestamente, não evidencia.

Todavia e se aceitarmos como boa a *tese da analogia* a que nos referimos já (Kaufmann), teremos de renunciar à tradicional distinção entre *lex certa* e *lex stricta*: em verdadeiro rigor, a lei só se faz *certa* na decisão jurídica (*ratio iuris*) que nos revela - servindo- se de um método indutivo - dedutivo de carácter analógico - o sentido normativo conatural à lei interpretanda e ao caso concreto decidendo (*lex stricta*)<sup>48</sup>.

Creemos, porém e como argumentámos antes, que não apenas é possível como exigido *ex vi* o ditame de certeza ínsito no princípio *nullum crimen* determinar racionalmente um conteúdo de sentido normativo que encontre a sua *extensio* na letra da lei<sup>49</sup>. Isto não significa que não tenha de se investigar a

---

48 Segundo KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* pp. 187 e s., “a ‘*ratio iuris*’ é o *topos* em que se encontram ser e dever, é o lugar metódico da ligação (‘correspondência’) entre realidade e valor. A inferência partindo da situação de facto para a norma ou da norma para a situação de facto é, por isso, sempre uma inferência por meio da ‘*ratio iuris*’. Ela é a pedra angular da inferência analógica, é o fundamento do processo analógico tanto de feitura da lei como de determinação do direito. Pois ela é a mediação entre justiça material e justiça normativa, de que trata todo o conhecimento jurídico”.

49 Assim, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 10.ª edição. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 121, sustentando que há “una *regla semántica metalegal de formación de la lengua legal* que prescribe al legislador penal: a) que los términos usados por la ley para designar las figuras de delito sean dotados de extensión determinada, por donde sea posible su uso como predicados ‘verdaderos de los’ hechos empíricos por ellos denotados; b) que con tal fin sea connotada su intensión con palabras no vagas ni valorativas, sino lo más

configuração estrita ou exata que a hipótese legal deve assumir atendendo às particulares características da situação da vida em análise, investigação essa feita necessariamente mediante o confronto e a articulação entre o texto legal e o caso concreto decidendo. É dizer que, no âmbito deste processo hermenêutico de determinação do sentido normativo *in casu* relevante, não apenas a hipótese legal vai assumindo contornos semânticos mais precisos, como também a situação da vida *sub judicio* ir-se-á, progressiva e simultaneamente, convertendo numa distinta realidade fáctica evidenciando apenas as propriedades jurídico-penalmente previstas na hipótese legal reconfigurada (*fattispecie* concreta ou estrita)<sup>50</sup>. Todavia e porque nem esta última abdica da sua generalidade nem a primeira da sua individualidade, será ainda necessário que a situação-de-facto se justifique perante a hipótese-típica subsumindo-se nela. Efetivamente, só assim poderá a decisão em que se consuma essa subsunção adquirir a normatividade (racionalidade) própria de uma solução de direito nos exatos limites semânticos impostos pela *lex stricta*<sup>51</sup>.

---

claras y precisas posible; c) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predispuestas normas para su solución”.

50 Ferrajoli chama “interpretação operativa” à reconfiguração jurídica dos factos provados, considerando que essa “disposición a leer la realidad *sub specie iuris* genera una forma especial de incomprensión, y de ceguera a veces, respecto de los sucesos juzgados, cuya complejidad resulta por ello simplificada y distorsionada” (FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* p. 58). Sustenta, todavia, este Autor que as circunstâncias particulares do caso concreto *sub judice* são objecto de um juízo de equidade. Assim, “el juez (...) connota las características accidentales y las circunstancias específicas (...) que forman la intención de los casos individuales denotados por la ley como miembros de la clase cuya extensión está determinada por la figura de delito por ella connotada” (*ibidem*, p. 158). Dito de outro modo e em síntese: “(...) el juez, en un sistema de legalidad, connota de manera distinta lo que la ley denota, y denota de manera igual lo que la ley connota” (*ibidem*, p. 162).

51 Tendo por referência um sistema de garantias assente em dez axiomas, FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* p. 96, afirma: “(...) cuanto más precisas sean, de conformidad con el principio de estricta legalidad, las deficiones de los supuestos típicos abstractos dictados por las leyes, tanto más determinados serán los supuestos típicos concretos a los que aquéllas se refieren y tanto

#### 4. Conclusões

A dicotomia entre justiça e legalidade é a consequência de uma certa compreensão (recente) da realidade jurídica, que vê na lei apenas a expressão de uma estrita vontade política, finalístico-funcionalmente orientada<sup>52</sup>. Há quem designe este estado de coisas por “crise da lei”, sendo uma das suas causas mais relevantes a progressiva desvinculação do direito legislado de uma “ideia de justiça” que lhe confira racionalidade. Assim e mesmo após a desacreditação de um direito natural onto-antropológico, o Estado assume-se como o racional, por excelência, convertendo-se, deste modo, no garante máximo de um direito ao serviço da liberdade humana (Hegel)<sup>53</sup>. Estará, todavia, nesta exclusiva vinculação da lei à vontade soberana dos poderes públicos a razão remota da sua instrumentalização: “en él (*Estado de derecho positivista*) la ley, por un lado, alcanza el cénit de su importancia institucional, como producto de una voluntad contingente, no sometida a otros límites que la voluntad de los detentadores de la soberanía, pero, por otro, esa misma implícita arbitrariedad le priva de su estrecha vinculación a la razón, que se va desplazando paulatinamente de la creación a la aplicación del derecho (...)”<sup>54</sup>. Di-lo, também, conclusivamente Castanheira Neves:

“Da radical imanência histórica do direito ao seu abandono ao simples oportunismo também histórico, numa sua abdicante compreensão verdadeiramente historicista, por um lado; da sua exclusiva referência ao Estado a uma acabada assimilação

---

más subsumibles en ellas mediante proposiciones verdaderas o falsas y, antes incluso, verificables y refutables”.

52 Assim, entre outros, NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos assentos...* p. 589: “A lei é um *facto* político (político-normativo), não um fundamento; é uma solução concreta, não um princípio que lhe confira validade”.

53 Como diz NEVES, A. Castanheira. “Justiça e Direito”, em *Digesta - vol. I.º*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 250: “(...) aí (com Hegel) o Estado é a *Vernunft*, a Ideia encarnando na história, e o seu princípio a vontade racional feita destino”.

54 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *op. cit.* p. 68.

pelo político, por outro lado, era só um passo e o direito (ou o seu entendimento) caminhou efetivamente esse passo. Perdeu autonomia e instrumentalizou-se. De uma reserva absoluta de humanidade e de ‘sujeito’ passou a elemento de um poder heterónimo e a ‘objecto’. Decaiu no seu sentido, estatizando-se e politizando-se sem limites (...) <sup>55</sup>”.

Entretanto e na área específica do direito penal, a crescente “expansão” deste direito <sup>56</sup> vem acentuando a perda de racionalidade da legislação criminal. É o caso, entre outros, da chamada “sociedade de risco”, sendo aí a jurisdição convocada a suprir as manifestas insuficiências normativas daquela legislação. Segundo Díez Ripollés, “(...) las exigencias de la sociedad del riesgo obligan a la ley penal a prestar atención a nuevos objetos de tutela colectivos, lo que fomenta sin duda una legislación mucho más imprecisa, con abundancia de tipos de peligro y frecuente uso de la técnica de la ley penal en blanco <sup>57</sup>”.

Se somarmos a tudo isto a relevância particular que a jusfilosofia atual atribui à indagação do “justo concreto”, será fácil compreender a prevalência que se reconhece nos nossos dias às instâncias judiciais comparativamente às legislativas. Neste sentido, Castanheira Neves, após responder positivamente à questão: “terá o direito sentido ou tê-lo-á ainda?”, acaba por concluir que é o juiz “o ‘sujeito’ comunitariamente autêntico e legítimo da intenção jurídica, o sujeito institucional convocado a realizá-la para além dos pluralismos e dos conflitos, e na vocação universalmente integrante, imparcial e de justiça que é própria dessa intenção <sup>58</sup>”. Significando isto que “(...) o verdadeiro Estado democrático assim como o verdadeiro Estado-de-direito, não será o Estado simplesmente de legalidade, mas aquele em

---

55 NEVES, A. Castanheira. *op. cit.* pp. 250 e s.

56 *vide*, por todos, SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del Derecho penal*. 2.ª edição. Montevideo: B de F, 2006.

57 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *op. cit.* p. 72.

58 NEVES, A. Castanheira. *op. cit.* p. 285.

que a *última palabra* de validez e a própria *medida do poder* é o direito. O Estado de justiça e de jurisdição, se quisermos<sup>59</sup>”.

Todavía e em nosso entender, o Estado democrático de direito (ou Estado constitucional de direito) vai muito para além, nas exigências axiológico-normativas que postula, quer do Estado de legalidade, quer do Estado de jurisdição<sup>60</sup>. Efetivamente e sendo a soberania popular exercida “segundo as formas previstas na Constituição” (cfr. art. 3.º, n.º 1, CRP), tratando-se do direito penal essa vinculação formal traduz-se na observância, entre outros, do princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal, designadamente na sua dimensão de determinabilidade<sup>61</sup>. É, aliás, nesta exigência de racionalidade semântica que se materializa, verdadeiramente, a função de garantia assinalada

---

59 NEVES, A. Castanheira. *op. cit.* p. 286.

60 Tendo por referência a estrutura normativa complexa do Estado de direito e por objecto o direito penal, Ferrajoli esclarece, exemplarmente: “Cuantos más valores se incorporen a los niveles normativos superiores en forma de vinculaciones o imperativos negativos, tanto menos quedan expuestos los niveles inferiores - el legislativo respecto al constitucional, el jurisdiccional respecto al legislativo - a elecciones contingentes de justicia sustancial guiadas de hecho por el arbitrio potestativo: las leyes, en pocas palabras, son tanto más vinculantes cuanto más vinculadas estén” (FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* p. 363).

61 A respeito do valor da certeza, diz BOBBIO, Norberto. “Prologo”, em FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* pp. 18 e s., que se trata do “valor fundamental en la defensa del ciudadano frente a los poderes arbitrarios que encuentran su espacio natural en la definición no taxativa de los delitos, en la flexibilidad de las penas, en el poder dispositivo, no cognoscitivo, del juez”. De igual modo, FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* p. 170: “(...) son espacios de *discrecionalidad política* los espacios de inseguridad abiertos en diversa medida por la indecidibilidad de la verdad procesal. Tales espacios no dependen de la voluntad del juez, sino de la inexistente o insuficiente satisfacción de la regla semántica en la que (...) hemos identificado el principio de estricta legalidad: es decir, de la presencia en la ley de expresiones indeterminadas o de antinomias semánticas y de la consiguiente inverificabilidad de las denotaciones penales de los presupuestos de las decisiones. En la medida en que abren incertidumbres insolubles en el plano cognoscitivo, tales carencias dejan espacio al poder de disposición, es decir, al decisionismo del juez, inevitablemente informado por criterios subjetivos de justicia sustancial o ‘políticos’”.

àquele princípio jurídico-constitucional, uma vez que essa exigência implica, bem vistas as coisas, não apenas uma suficiente capacidade comunicacional (racionalidade linguística<sup>62</sup>) e a fixação de um sistema jurídico-penal coerente (racionalidade jurídico-formal), mas ainda a proibição de retroatividade (*lex praevia*) e a redução a escrito (*lex scripta*) da lei penal, sendo a *lex stricta* a concretização prático-normativa dos corolários anteriores assegurando-lhes as necessárias condições de eficácia e efetividade (racionalidade pragmática). Portanto, afirmando-se a lei *lato sensu*<sup>63</sup> como a forma necessária de expressão da vontade popular (*rectior*, vontade parlamentar) em matéria penal, a racionalidade daquele ato normativo resulta da própria Lei Fundamental (cfr. art. 29.º, ns.º 1 e 3, CRP): se na vertente prescritiva o direito penal é um direito *sub specie legis* modelado por critérios de racionalidade linguística e jurídico-formal (legalismo normativo), já em termos decisórios só a subsunção judiciária poderá garantir, em definitivo, a racionalidade pragmática inerente à sua dimensão de *lex stricta* (legalismo jurisdicional).

62 Esta e as diversas outras expressões de racionalidade referidas em texto são identificadas por Díez RIPOLLÉS, José Luis. *op. cit.* pp. 91 e ss., tendo por objecto a criação de leis penais. Assim, este Autor define os seguintes níveis de racionalidade: **a)** *racionalidade ética*, sendo esta a expressão do “sistema de creencias, cultural e historicamente condicionado, que sustenta a una determinada colectividad”; *racionalidade teleológica*, que respeita ao acordo ético-político que assegura a legitimidade democrática de uma certa lei penal e determina, “cuando menos, el objeto de tutela, su grado de proteccion deseable y los correspondientes niveles de exigencia de responsabilidad y de sanción aplicable que se estiman procedentes en caso de incumplimiento de la norma”; **c)** *racionalidade pragmática*, atinente às condições de eficácia (possibilidades reais de concretização dos fins de tutela perseguidos) e de efetividade (expectativas concretas de observância das proibições/imposições prescritas e de reação ao incumprimento) da lei penal em criação; **d)** *racionalidade jurídico-formal*, destinada à fixação de um sistema jurídico coerente; **e)** *racionalidade linguística*, que objetiva garantir à nova lei penal uma suficiente aptidão semântica.

63 Estando a definição de matéria penal sujeita a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (cfr. art. 165.º, n.º 1, al. c), CRP), admite-se que o Governo possa fazer decretos-leis nessa matéria, sob autorização parlamentar (cfr. art. 198.º, n.º 1, al. b), CRP).

Entretanto e se nos questionarmos sobre as repercussões a nível ético-político e cultural deste legalismo penal, são as seguintes as conclusões a que poderemos chegar: **a)** na perspectiva dos fins da pena (racionalidade teleológica), os objetivos perseguidos estão, intimamente, associados aos motivos que informam a racionalidade pragmática. Neste sentido, se a efetividade privilegia a concreta privação de liberdade (prevenção especial negativa), já a eficácia opera na generalidade, quer negativa ou intimidativamente (prevenção geral negativa), quer positiva ou contrafacticamente (prevenção geral positiva)<sup>64</sup>; **b)** na perspectiva da legitimação da intervenção penal (racionalidade ética), o direito penal dos nossos dias revela-se ainda um resquício do Estado hobbesiano. Efetivamente, manifestam-se neste direito certos poderes públicos extraordinários ou de *ultima ratio* aos quais os cidadãos se sujeitam, em ordem à segurança colectiva da sua pessoa e bens (paz jurídica). Por outro lado e na medida em que nos garante que só seremos responsabilizados criminalmente verificando-se os pressupostos fácticos dessa responsabilidade e nos termos certos previstos no respectivo tipo de ilícito, aquele mesmo direito constitui-se, também e como afirma Liszt, na “magna Charta do criminoso”. É, pois, a segurança jurídica a referência axiológica fundamental da ordem jurídico-penal, encontrando este valor a sua consagração máxima no princípio da legalidade criminal<sup>65</sup>.

Por certo, esta segurança jurídica está, intimamente, conexiona a outros valores fundamentais, a saber: **a)** a *liberdade*,

64 Adverte, porém, FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* p. 369: “(...) la idea utilitarista de la prevención, dissociada del principio de retribución (*nulla poena sine crimine*), se ha convertido en uno de los principales ingredientes del moderno autoritarismo penal, asociándose a las doctrinas correccionales de la defensa social y de la prevención especial y legitimando las tentaciones subjetivistas de las que (...) se nutren las actuales tendencias al derecho penal máximo”.

65 Todavía, também o princípio *non bis in idem* (cfr. art. 29.º, n.º 5, CRP) constitui uma manifestação relevante da segurança jurídico-penal, incluindo-se no âmbito de garantia desse princípio a possibilidade individual de defesa contra os atos estaduais violadores da proibição aí estabelecida: *Roma locuta, causa finita*.

no sentido de que nos é permitido fazer tudo quanto a lei não proíbe. Assim, diz Hobbes: “Nos casos em que o soberano não tenha estabelecido uma regra, o súbdito tem a liberdade de fazer ou de omitir, conformemente à sua discrição<sup>66</sup>; **b**) a *igualdade* perante a lei, em conformidade com a qual seja qual for a pessoa a praticar a ação ou omissão prevista na lei, a consequência jurídica da infração cometida será *in abstracto* a mesma<sup>67</sup>; **c**) a *proporcionalidade*, implicando esta que, sendo a consequência jurídica possível do crime praticado a privação de liberdade do respectivo agente, ainda que se entenda à luz do princípio da subsidiariedade que a presença disciplinadora do Estado se justifica (*adequabilidade*), esta só deverá assumir a força punitiva do direito penal estando em causa um risco sério (efetivo ou potencial) para a vida dos homens em comunidade (*necessidade*) e não se traduzindo –mesmo nessas circunstâncias– aquela punição num sacrifício pessoal superior ao prejuízo causado (*proporcionalidade em sentido estrito*)<sup>68</sup>; **d**) a *certeza* na aplicação do direito (“verdade processual”), cujos pressupostos metodológicos são a determinabilidade (*lex certa*) e a exatidão (*lex stricta*) da lei penal e que se materializa na subsunção judiciária. Isto não obstante a verdade processual corresponder sempre a “una verdad *aproximativa* respecto del ideal ilustrado de la perfecta correspondencia. Este ideal permanece nada más que como un ideal. Pero éste es precisamente su valor: es un principio regulativo (o un modelo límite) en la jurisdicción; así como la idea

---

66 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 4.ª edição. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2010, p. 181.

67 Neste sentido, também FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* p. 36: “Las acciones o los hechos, cualquiera que los cometa, pueden realmente ser descritos por las normas como ‘tipos objetivos’ de desviación y, en cuanto tales, ser previstos y probados como presupuestos de iguales tratamientos penales”.

68 Assim, v.g., ainda que se julgue *adequada* a intervenção sancionatória do Estado em sede de maus tratos a animais, a criminalização desta conduta parece-nos contrária à exigência de *necessidade* insita no princípio jurídico-constitucional de proporcionalidade (cf. art. 18.º, n.º 2, CRP), na medida em que aquela criminalização implica ou pode implicar a privação de liberdade humana em virtude de uma ofensa a um ser senciente, mas não humano.

de verdad objetiva es un principio objetivo (o un modelo límite) en la ciencia<sup>69</sup>”.

Dir-se-á, porém, que este direito penal, que afirma a sua excelência na segurança jurídica que empresta à vida social de todos e cada um de nós, se revela nessa sua inteireza dogmática e legal<sup>70</sup> dificilmente conciliável com a sociedade tecnicamente avançada dos nossos dias. Efetivamente, a elevada complexidade estrutural que caracteriza esta última postula uma incerteza cognitiva que parece insusceptível de ser dominada dentro dos limites semânticos de uma lei prévia e escrita, estando essas novas circunstâncias sociais, sobretudo, presentes na chamada “sociedade de risco”, que é a expressão potencialmente mais lesiva da moderna sociedade pós-industrial. Daí, por certo, a particular aversão ao perigo evidenciada pelo direito penal atual e que se traduz, designadamente, na edição de normas que fazem “tábua rasa” das regras gerais de contenção punitiva próprias de uma intervenção de *ultima ratio*: consagração de um conceito alargado ou até unitário de autoria<sup>71</sup>, uso crescente de “conceitos indeterminados”, inobservância dos critérios normativos gerais

69 FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* pp. 50 e s. Acrescenta, todavia, o mesmo Autor que “(...) las sentencias penales son los únicos actos jurídicos cuya validez depende de su verdad” (*ibidem*. p. 605).

70 Esta inteireza não pode nem deve significar intolerância dogmática. Tratando-se do direito penal, a respectiva dogmática deverá ser sempre uma dogmática jurídico-constitucionalmente integrada: isto é, informada pelos princípios constitutivos de um Estado de direito democrático. É dizer, portanto, uma dogmática que apenas deve ser intolerante face àquelas construções da ciência penal que se constituam numa ameaça para os direitos e liberdades fundamentais (v.g., teorias que legitimam modelos penais autoritários). Como ensina KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 505, “a tolerância não termina necessariamente na intolerância, mas apenas na intolerância que põe em perigo a liberdade”.

71 Assim, v.g., pratica o mesmo crime informático e é punido com a mesma pena, não apenas quem executa uma ou várias das modalidades de ação que integram o respectivo tipo legal de ilícito, mas, também, a pessoa que produz ou distribui os dados informáticos que possibilitam aquela execução [cfr., respectivamente, arts. 4.º, ns.º 1 e 3, 5.º, ns.º 1 e 2, 6.º, ns.º 1 e 2 e 7.º, ns.º 1 e 3, todos da Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro)].

de punibilidade da tentativa<sup>72</sup> e da negligência<sup>73</sup>, antecipação da tutela penal, designadamente através da criação de tipos legais de crime de perigo abstracto<sup>74</sup>, edição de normas penais em branco<sup>75</sup>, etc. Em todo o caso e se é inegável a existência de ameaças à vida humana associadas a decisões de risco, também não devemos ignorar todo o contributo que o recente progresso técnico tem dado para o acréscimo do nosso bem-estar individual e colectivo. Acresce que a própria verificação de danos se apresenta muitas vezes como inevitável, sob pena de toda a evolução científica ficar comprometida. Diz Silva Sánchez: “(...) las consecuencias lesivas del ‘fallo técnico’ aparecen como un problema central en este modelo, en el que se parte de que un cierto porcentaje de accidentes graves resulta inevitable, a la vista de la complejidad de los diseños técnicos. Así, se trata de decidir, entre otras cosas, la cuestión crucial de los criterios de la ubicación de los ‘fallos técnicos’, bien en el ámbito del riesgo penalmente relevante o bien en el propio del riesgo permitido<sup>76</sup>”.

---

72 Por exemplo: diversamente da regra geral em conformidade com a qual “a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a três anos de prisão” (cfr. art. 23.º, n.º 1, CP), sancionase a tentativa da prática, respectivamente, dos crimes de dano relativo a programas ou outros dados informáticos, acesso ilegítimo, intercepção ilegítima e reprodução ilegítima de programa protegido, não obstante a pena abstracta não exceder em nenhum desses delitos os 3 anos de prisão (cfr., respectivamente, arts. 4.º, ns.º 1 e 2, 6.º, ns.º 1, 3 e 5, 7.º, ns.º 1 e 2 e 8.º, todos da Lei do Cibercrime).

73 Assim, v.g., todos os crimes de perigo comum previstos no Capítulo III, do Título IV “Dos crimes contra a vida em sociedade”, do Livro II “Parte Especial”, do CP, à exceção dos tipificados, respectivamente, nos arts. 276.º (“Instrumentos de escuta telefónica”), 278.º-A (“Violação de regras urbanísticas” e 284.º (“Recusa de médico”), são punidos na forma negligente, quando a regra geral é a da excepcionalidade no sancionamento criminal da negligência (cfr. art. 13.º, CP).

74 Por exemplo, arts. 22.º (“Abate clandestino”), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, e 21.º (“Tráfico e outras atividades ilícitas”), do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

75 Servem de exemplo os tipos legais de crime previstos, respectivamente, nos arts. 278.º (“Danos contra a natureza”) e 279.º (“Poluição”), ambos do CP.

76 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *op. cit.* p. 15.

Em terceiro lugar, há práticas arriscadas que, sendo ou podendo ser moralmente censuráveis, deveriam permanecer num “espaço livre de direito”<sup>77</sup>: como afirma, paradigmaticamente, Arthur Kaufmann, “se hoje as Igrejas já não conseguem cativar muitos dos seus membros ou até mesmo a maioria, isso não significa que o Estado punitivo deva intervir como substituto, tanto mais que as ameaças penais são meios pouco adequados para formar consciências<sup>78</sup>”. Será o caso, a nosso ver, da eutanásia ativa<sup>79</sup>. Destarte e se evitar riscos próprios e/ou alheios numa hipotética situação futura constitui, por certo, prova de prudência e responsabilidade, não nos parece menos razoável afirmar que decidir pelo menor risco nem sempre será a melhor “aposta”, sobretudo quando está em causa a prossecução de um objectivo valioso (veja-se a saga histórica dos descobrimentos portugueses)<sup>80</sup>. Mais: sendo múltiplas e incontrolláveis as alternativas que hoje se nos oferecem, não decidir por nenhuma significa ou pode significar cair na inanição moral, vitimado por um indiferentismo ou “relativismo absoluto”. Todavia e “porque assim sucede, a tolerância constitui no mundo atual um dos mais importantes mandamentos éticos; ela é hoje incomparavelmente mais importante do que fora no mundo fechado de *Platão* ou *Tomás de Aquino*. Para podermos dominar as nossas atividades futuras, temos de

---

77 Segundo KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 346, “espaço livre de direito significa que a ordem jurídica abdica de valorar determinado comportamento. O juízo sobre a correção do comportamento é da responsabilidade da própria pessoa que o pratica”. Tratar-se-á, no entanto, de “comportamentos *juridicamente relevantes e juridicamente regulados*, mas que *não podem ser adequadamente valorados nem como lícitos nem como ilícitos*” (*ibidem*, p. 339).

78 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 347.

79 VARELA, João Athayde. “Direito a morrer a própria morte”, em *Working Papers - CEDIS / Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade* (disponível em <http://cedis.fd.unl.pt>).

80 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 457, dá outro exemplo: “Se um doente grave, para o qual não haja quase esperança, aposta tudo numa última cartada ao decidir-se por uma nova e arriscada terapia, mas que é a única prometedora de cura, dificilmente se poderá considerar desrazoável esta decisão”.

estar abertos ao que é novo. A atitude de estar, por princípio, aberto ao outro e à novidade e, assim, também à investigação no desconhecido, chama-se tolerância<sup>81</sup>”.

Portanto e por todas estas razões, não se vislumbra um especial interesse dogmático que justifique a inversão dos critérios gerais de intervenção do direito penal, em prejuízo da sua determinabilidade, subsidiariedade e demais garantias substantivas e formais, constitucionalmente consagradas. Mais: entendemos que uma dogmática jurídico-penal informada pelos princípios constitutivos –e valores neles consignados– do sistema constitucional de um Estado de direito democrático deve afirmar-se ainda hoje como a “barreira” intransponível da política criminal.

Convém, todavia, perguntar: não há um direito penal justo? Adoptando uma postura doutrinária retributiva, poder-se-á admitir essa possibilidade, caso se conclua que, tendo em consideração os tipos legais de crime previstos na “parte especial” e o mal inscrito em cada um deles, a pena abstracta é *per se* (isto é, na “aflição” em que se traduz) o “preço” a pagar pela gravidade da ofensa cometida (v.g., nos termos do art. 131.º, CP, é justo castigar quem mata outra pessoa com uma pena de prisão de oito a dezasseis anos). Em todo o caso, julgamos ser esta uma concepção doutrinária desequilibrada e, portanto, injusta em si mesma: responder ao mal com o mal não se traduz em eliminá-lo ou repará-lo, mas, sim, em duplicá-lo<sup>82</sup>. Assim, a privação da

---

81 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 468.

82 Há quem veja nas teorias absolutas da pena (*quia peccatum*) a revivescência da velhíssima lei de talião (“olho por olho, dente por dente”), sendo ambas, assim, a expressão de uma justiça comutativa (*iustitia commutativa*) informada por critérios somente numéricos de igualdade (*vide*, entre outros, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - tomo I*. 2.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 45 e ss.). Neste sentido, já ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. 2.ª edição. Lisboa: Quetzal Editores, 2006, p. 112, valorando a pena como uma espécie de “preço” a pagar ao ofendido pelo crime praticado: “A outra forma fundamental (da justiça particular) é a corretiva e aplica-se nas transações entre os indivíduos. Esta é, por sua vez, bipartida, conforme diga respeito a transações voluntárias ou involuntárias. (...) De entre as transações involuntárias, umas são praticadas às escondidas,

liberdade imposta ao criminoso apenas pode ter um sentido legítimo à luz das particulares exigências axiológico-normativas de uma determinada comunidade política no seu todo (*maxime*, a segurança e tranquilidade civis), residindo no valor da *proporcionalidade* o critério decisivo do *quantum* de privação: a segurança jurídica há de implicar um sacrifício mínimo da liberdade, em termos de só ser legítima a segurança que corresponda à privação mínima de liberdade<sup>83</sup>.

Kaufmann fala-nos ainda de outro tipo de justiça: a chamada justiça distributiva, que Aristóteles descreve do seguinte modo:

“É necessário (...) que a justiça implique pelo menos quatro termos, a saber, duas pessoas, no mínimo, para quem é justo que algo aconteça e duas coisas enquanto partes partilhadas. E haverá uma e a mesma igualdade entre as pessoas e as partes nela implicadas, pois a relação que se estabelece entre as pessoas é proporcional à relação que se estabelece entre as duas coisas partilhadas. Porque se as pessoas não forem iguais não terão partes iguais, e é daqui que resultam muitos conflitos e queixas, como quando pessoas iguais têm e partilham partes desiguais ou pessoas desiguais têm e partilham partes iguais<sup>84</sup>”.

Diz ainda o mesmo jusfilósofo alemão, exemplificando: “assim como 6:3 = 4:2, também o assassinio está para o furto como a pena de prisão perpétua para a prisão temporária”. Trata-se, portanto, de um critério de justiça ou proporcionalidade intrasistemático, mas que não nos esclarece em nada sobre a essência dos factos e das penas respectivas. Isto é: está em causa apenas

---

como o roubo, o adultério, o envenenamento, proxenetismo, a sedução de escravos, o assassinio e o falso testemunho; outras são, também, violentas, como o assalto, aprisionamento, assassinato, rapto, mutilação, linguagem abusiva, insulto”.

83 Assim, também FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* p. 261: “(...) si el fin es también el mínimo de sufrimiento necesario para la prevención de males futuros, estarán justificados sólo los medios mínimos, y por consiguiente el mínimo de prohibiciones, el mínimo de penas y la verdad judicial mínima tal y como queda garantizada (...) por rígidas reglas procesales”.

84 ARISTÓTELES. *op. cit.* pp.112 e s.

o princípio da igualdade na sua vertente material, que determina tratar o igual de forma igual e o diferente de forma proporcionalmente diferente, sem nos dizer “*o que é igual ou diferente (o que é importante para a configuração das previsões legais) nem como se deverá tratar o que é igual ou diferente (o que importa sobretudo para a determinação das consequências jurídicas)*”<sup>85</sup>.

Por último, sustentar que ao direito penal positivado corresponde uma justiça legal (*iustitia legalis*<sup>86</sup>) traduz-se numa “falácia”, na medida em que significa aceitar que as respectivas normas são, juridicamente, válidas (justas) porque, faticamente, vigentes: trata-se da chamada “falácia naturalista”, que nos conduz a inferir um enunciado normativo ou de *dever-ser* de uma verificação empírica e é o inverso da “falácia normativista” correspondente à inferência de uma asserção fáctica ou de *ser* a partir de uma constatação normativa<sup>87</sup>.

---

85 KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 230. Tendo por referência apenas o “como castigar”, Ferrajoli sustenta que há, pelo menos, dois tipos de pena que incumprem o princípio da igualdade material: “la cadena perpetua, porque tiene una duración más larga para los condenados jóvenes que para los viejos; las multas, porque su grado de afflictividad depende de la riqueza del reo” (FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* p. 402). Todavia e entre nós, inexistindo a prisão perpétua (cfr. art. 30.º, n.º 1, CRP), também a severidade da pena de multa varia consoante a situação económica e financeira do condenado (cfr. art. 47.º, ns.º 2 a 4, CP).

86 É Tomás de Aquino quem adiciona ao sistema aristotélico a *justiça legal*, que descreve nos termos seguintes: “La justicia (...) ordena al hombre con relación a otro. Esto puede ser de dos maneras: primera, a otro considerado individualmente; segunda, a otro en común, es decir, en cuanto que el sirve a una comunidad sirve a todos los hombres que en ella se contienen. A ambos modos puede referirse la justicia, según su propia naturaleza. (...) Y en este (segundo) sentido se llama a la justicia virtud general. Y puesto que a la ley pertenece ordenar al bien común, (...) de ahí que se siga que tal justicia, denominada general en el sentido expresado, se llame justicia legal, es decir, porque por medio de ella el hombre concuerda con la ley que ordena los actos de todas las virtudes al bien” (AQUINO, Tomás. *Suma de Teología II*, II, c.58 a.5. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1990; disponível em [sumateologica.wordpress.com](http://sumateologica.wordpress.com)).

87 A *falácia* remete-nos para a chamada “lei de Hume”, em conformidade com a qual não se pode, logicamente, extrair um enunciado de *dever-ser* de um enunciado de *ser* e vice-versa.

Assim, poder-se-á quando muito afirmar uma justiça formal se virmos no direito penal a particular densificação de certos ditames de justiça inscritos na Lei Fundamental de um Estado de direito democrático, desde logo os direitos e liberdades individuais<sup>88</sup>. Nesta última perspectiva, serão manifestações de um direito penal justo a sua natureza fragmentária<sup>89</sup>, a culpa como pressuposto e limite da pena, a preferência por penas não privativas da liberdade, um conceito restritivo de autoria, a não punibilidade de atos preparatórios, a excepcionalidade na punição da negligência, a estrutura acusatória e contraditória do processo penal, a proscrição de certos meios de prova, o princípio *in dubio pro reo* (correlativo processual da regra de presunção da inocência), etc<sup>90</sup>.

Dito isto e sem prejuízo de um acrescido e permanente esforço de renovação da legislação penal existente, em ordem a harmonizá-la, a cada momento e progressivamente, com as exigências axiológico-normativas de um sistema ético-político fundado no respeito devido à dignidade da pessoa humana (legitimação externa), partilhamos, inteiramente, a opinião de

88 Num Estado de direito, a validade das leis penais deriva da sua conformidade com o sistema de garantias substantivas e processuais consagrado na Constituição. Trata-se, assim, de uma questão de legitimação interna ou jurídica que nos remete para a estrutura normativa complexa específica daquele particular modelo de Estado. Assim, também FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* p. 367: “Bien podemos llamar *justicia interna* (o *legal*) a la correspondencia entre vigencia y validez en el seno de cada ordenamiento: de las leyes respecto a la constitución y de las sentencias respecto a las leyes...”.

89 Ensina-nos KAUFMANN, Arthur. *op. cit.* p. 334, que “a chamada ‘natureza fragmentária do direito penal’ é um aspecto do princípio da subsidiariedade”. Assim e de acordo com este princípio, o Estado apenas deve intervir quando necessário: isto é, “tanta liberdade quanto possível para cada membro da sociedade e tanto Estado quanto necessário” (*ibidem*, p. 332).

90 FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* p. 34, fala-nos a respeito dos princípios enunciados em texto de “un esquema *epistemológico* de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad”.

Ferrajoli: “(...) la justicia perfecta no es de este mundo, y cualquier pretensión de haberla realizado por parte de un sistema penal no sólo es ilusoria sino signo de la más peligrosa de las imperfecciones: la vocación totalitaria<sup>91</sup>”. Efectivamente e antes do mais, “es responsabilidad intelectual y política de los juristas y de los legisladores defender y consolidar los valores de racionalidad, de tolerancia y de libertad (...) que en buena parte se identifican con los valores mismos de la jurisdicción<sup>92</sup>”.

Nestes termos e não obstante atribuímos preferência à luz do princípio jurídico-constitucional da legalidade em direito penal ao *legalismo jurisdiccional*, diremos a concluir que este só será aceitável caso esteja ao serviço da tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos: isto é, num Estado de direito democrático a sujeição exclusiva à lei prevista no artigo 203.º, *in fine*, CRP, deve ser entendida em articulação com a previsão do art. 204.º, CRP, em conformidade com a qual “nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”.

João Varela

Coimbra, março de 2017

---

91 FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* p. 462.

92 FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* p. 561.

## Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2.<sup>a</sup> edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007
- AQUINO, Tomás. *Suma de Teología*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1990 (disponível em *sumateologica.wordpress.com*)
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. 2.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Quetzal Editores, 2006
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4.<sup>a</sup> edição. Tradução José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014 (1766)
- BOBBIO, Norberto. “Prologo”, em **Ferrajoli**, Luigi. *Derecho y razón*. 10.<sup>a</sup> edição. Madrid: Editorial Trotta, 2011
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - tomo I*. 2.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007
- DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 10.<sup>a</sup> edição. Madrid: Editorial Trotta, 2011
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 4.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2010
- HOLMES, Oliver Wendel. *La senda del derecho*. Tradução Eduardo Angel Russo. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1975 (1897)
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução António Ulisses Cortês. 4.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010
- “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”, em **Kaufmann**, A.; **Hassemer**, W. (orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. 2.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009
- KLATT, Mathias. “El límite del tenor literal”, em **Pablo Montiel**, Juan (ed.). *La crisis del principio de legalidad en el*

- nuevo derecho penal: decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons, 2012
- MONCADA, L. Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado - vol. I* (2.<sup>a</sup> ed. 1955). Coimbra: Coimbra Editora, 2006
- NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983
- “O papel do jurista no nosso tempo”, em **Neves, A. Castanheira**. *Digesta - vol. 1.º*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995
- “O princípio da legalidade criminal”, em **Neves, A. Castanheira**. *Digesta - vol. 1.º*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995
- “Justiça e Direito”, em **Neves, A. Castanheira**. *Digesta - vol. 1.º*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del Derecho penal*. 2.<sup>a</sup> edição. Montevideo: B de F, 2006
- VARELA, João Athayde. *Os limites de punibilidade em sede de autoria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015
- “Direito a morrer a própria morte”, em *Working Papers - CEDIS / Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade* (acessível em <http://cedis.fd.unl.pt>)