

# *O nullum crimen, nulla poena sine lege à luz do artigo 7.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem\**

## *The nullum crimen, nulla poena sine lege under article 7 of the European Convention on Human Rights*

Bruno de Oliveira Moura 

**Resumo:** O princípio da legalidade penal é uma conquista civilizacional moderna das diferentes sociedades filiadas à cultura jurídica do *civil law*. Todavia, o seu real significado e o seu efectivo alcance são postos à prova no âmbito do Direito Internacional Penal, habitualmente muito influenciado pelas tradições do *commom law*. O presente artigo procura analisar a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) nesta matéria. O objectivo é sinalizar não apenas pontos de aproximação ou convergência com a abordagem mais corrente daquela garantia no quadro do direito continental, mas também pontos de distanciamento ou fragilidade, especialmente as oscilações quanto aos requisitos da “qualidade de lei”.

**Palavras-chave:** princípio da legalidade; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; conceito de pena; requisitos da qualidade de lei; aplicação retroactiva da norma mais favorável ao agente.

**Abstract:** The principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty is a modern civilizational achievement of different societies affiliated with the legal culture of civil law. However, its real meaning and effective scope are put to the test in the field of International Criminal Law, which is heavily influenced by common law traditions. This article seeks to analyze the case law of the European Court of Human Rights (ECHR) on this matter. The aim is to highlight not only points of approximation or convergence with the most current approach to that guarantee within the framework of continental law, but also points of distancing or fragility, especially oscillations regarding the requirements of the “quality of law”.

**Keywords:** principle of legality; European Court of Human Rights; concept of penalty; requirements on the quality of law; retrospective application of the more lenient criminal law.

---

\* O presente artigo é uma versão revista e ligeiramente ampliada do texto que serviu de apoio para a minha fala no Colóquio Internacional de comemoração dos 25 anos do Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), realizado nos dias 4 e 5 de Fevereiro de 2022, em Coimbra, Portugal.

**Sumário:** Introdução; 1 Um antecedente histórico e a evolução mais recente; 2 A analítica do *nullum crimen, nulla poena sine lege*; 3 O “Direito” e a “lei”; 4 A “pena” criminal; 5 Os critérios da “qualidade de lei” (acessibilidade e previsibilidade); 6 A proibição de retroactividade e a exigência de aplicação da norma mais favorável; Conclusão; Referências.

## Introdução

O princípio da legalidade penal é uma conquista civilizacional moderna das diferentes sociedades filiadas à cultura jurídica do *civil law*. Em termos institucionais, a garantia *nullum crimen, nulla poena sine lege* faz parte do núcleo duro da noção mais geral de Estado de Direito, isso não apenas em uma acepção formal, mas também em um sentido material.

Por outro lado, também não se ignora que o Direito Penal contemporâneo não deve ser tratado como uma realidade que se confina aos estreitos limites territoriais de cada Estado-Nação. É cada vez mais importante o papel do chamado “Direito Internacional Penal”<sup>1</sup>, quer através dos seus instrumentos normativos, quer através da jurisdição internacional em matéria criminal. Um dos personagens relevantes neste contexto é o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), o órgão jurisdicional do Conselho da Europa, organização regional que abrange 46 países, incluindo os 27 Estados-membros da União Europeia.

Pretendo abordar algumas questões que o princípio da legalidade penal<sup>2</sup> tem suscitado na jurisprudência deste Tribunal. Por razões de economia, não

---

1 Enquanto ramo do Direito Internacional Público que se dedica às regras e aos princípios sobre os crimes graves que ameaçam a paz, a segurança e o bem-estar da humanidade. Também preferindo aquela nomenclatura, em detrimento do usual “Direito Penal Internacional”: SILVA, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* 62, p. 62 s.

2 É conhecida a evolução histórica do princípio da legalidade criminal. No Direito romano e no Direito medieval o Direito Penal não costumava emanar de regulações estatutárias (legislativas), apesar de assumir progressivamente a forma escrita. O que não impediu a distinção (atribuída a Cícero) entre estatutos que constituíam os crimes e estatutos que eram meramente declaratórios de comportamentos intrinsecamente criminosos (*mala per se*), valendo a proibição de retroactividade apenas para estes últimos. Na época do Direito comum o princípio da legalidade penal continuou a encontrar projecções rudimentares, tendo a *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) chamando a atenção para a ideia de codificação. Só mesmo com o Iluminismo, no quadro da doutrina do contrato social e da teoria da separação dos poderes, é que o princípio da legalidade criminal ganharia a chancela de garantia individual limitadora do poder judicial (com Montesquieu e Beccaria), encontrando a sua conhecida formulação latina no adágio *nullum crimen, nulla poena sine lege* (por Feuerbach). Considerando apenas os diplomas ou textos normativos que mais marcaram a cultura jurídica ocidental, as primeiras menções ao princípio da legalidade penal constam dos arts. 7 e 8 da Declaração de Direitos da Virgínia (1776). Em particular, a proibição de leis (incriminadoras) *ex post facto* surge expressamente no art. 15 da Constituição de Maryland (1776), reaparecendo no art. 1, seção 9, item 3, da Constituição do Estados Unidos da América (1787). No horizonte europeu, o princípio da legalidade é pioneiramente convocado pelo art. 1 do Código Penal Austríaco de 1787 (*Constitutio*

devo aqui versar sobre o sentido e o fundamento do *nullum crimen, nulla poena sine lege* enquanto pilar fundamental do Direito Penal em qualquer Estado de Direito Democrático<sup>3</sup>. Tampouco oferecer uma detida comparação, nesta matéria, entre a jurisprudência do TEDH e a jurisprudência do Tribunal Constitucional português<sup>4</sup>. Pelos mesmos motivos, não apresentarei uma análise linear e abrangente dos casos em que o TEDH decidiu sobre a violação do art. 7.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)<sup>5</sup>. O meu interesse, nesta ocasião, é pontuar, em jeito assumidamente esquemático, os aspectos mais característicos do entendimento que o Tribunal tem seguido quando chamado a decidir em face daquela garantia.

## 1 Um antecedente histórico e a evolução mais recente

Nunca será demais recordar que os regimes totalitários da primeira metade do século XX trouxeram significativos reveses para o desenvolvimento do princípio da legalidade penal. Basta pensar no que ocorreu sob a égide do Direito nacional-socialista<sup>6</sup> e do Direito soviético<sup>7</sup>. O certo é que depois de 1945 o mo-

---

*Criminalis Josephina*) e pelo art. 4 do Código Penal Francês de 1810, este último diretamente inspirado pelos arts. 7 e 8 da Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos (1789). Manifestações semelhantes também podiam ser encontradas no art. 1 do Código Penal Bávaro de 1813 e no art. 2 do Código Penal do Império Alemão de 1871. Sobre este desenvolvimento: KREB, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, nm. 8, 9 e 12.

- 3 A este propósito, com referências: MOURA, *Illicitude penal e justificação*, p. 322 s. Também não caberá aqui retomar as consequências do princípio da legalidade para a tarefa (praxiologicamente empenhada) de interpretação das normas incriminadoras (*op. cit.*, p. 328 s.). Sobre estes diferentes aspectos, sublinhando a importância dogmática da distinção entre normas penais positivas (que estabelecem ou agravam a responsabilidade) e normas penais negativas (que atenuam ou excluem a responsabilidade): QUINTELA DE BRITO, *Anatomia do Crime 8*, p. 41 s., 47 s. Ainda essencial para a compreensão jusfilosófica e jismetodológica do *nullum crimen, nulla poena sine lege*: CASTANHEIRA NEVES, *Boletim da Faculdade de Direito* (Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia), p. 307 s., 379 s.
- 4 Sendo inegável que existe uma tendencial convergência entre ambas. Diferente não poderia ser: por imperativo da Constituição e do Direito internacional convencional, o Estado português está obrigado a interpretar e a integrar a ordem jurídica interna à luz da CEDH. Para um retrato das decisões do Tribunal Constitucional a respeito do *nullum crimen, nulla poena sine lege*: COSTA/BETTENCOURT, *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos II*, p. 383 s.
- 5 Para um abrangente sumário das decisões do Tribunal nesta matéria, veja-se o seu *Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights. No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty*. Na doutrina nacional, com referência às principais decisões do TEDH a respeito do *nullum crimen, nulla poena sine lege*: ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 81 s., 88 s.
- 6 Por meio da cláusula (introduzida em 1935 no § 2 do StGB) de punição baseada no chamado “sadio sentimento do povo” (norma que vigorou até 1946).
- 7 Por meio da orientação governamental de que os tribunais deviam seguir a “consciência jurídica revolucionária” e da cláusula (introduzida nos Códigos Penais Soviéticos de 1922 e 1926) de punição dos “actos socialmente perigosos” (norma que vigorou até 1958).

vimento de internacionalização dos direitos fundamentais conduziu ao amplíssimo (tendencialmente universalizante) reconhecimento do princípio da legalidade criminal em uma série de documentos normativos.

Exemplos disso – para além do art. 7.º da Convenção Europeia para a Protecção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950) – são o art. 11.º, n.º 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); o art. 99.º da Convenção de Genebra relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (1949); os arts. 65.º e 67.º da Convenção de Genebra relativa à Protecção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra (1949); o art. 15.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966); o art. 9.º da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969); o art. 7.º, n.º 2, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981) e art. 5.º, alínea *d*), da Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos (1990)<sup>8</sup>, bem como o art. 49.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).

Ainda neste contexto, é sabido que o princípio da legalidade penal esteve no centro da discussão sobre a legitimidade dos tribunais internacionais militares logo após a segunda guerra mundial, designadamente nos julgamentos de Nuremberga e Tóquio (1946-1949), na medida em que a existência jurídica (normativa) do crime de agressão, dos crimes contra a humanidade e mesmo dos crimes de guerra, antes de 1945, era bastante duvidosa. Contudo, a tese da justiça substantiva viria a prevalecer sobre a ideia formal de legalidade<sup>9</sup>.

---

8 Curiosamente, o princípio da legalidade costuma ser visto como um elemento intrínseco ao Direito islâmico, sobretudo na perspectiva da previsibilidade, com base na ideia de que Deus não pune os seres humanos sem antes enviar uma mensagem de aviso, o que vale especialmente em face do Corão e do Suna, onde se encontra a definição específica de determinados crimes e suas penas (os delitos classificados como *hadd* ou *qisas*). Diversamente, ao abrigo da tradicional Sharia, os juízes dispõem de uma maior discricionariedade, o que inclui o poder de punir determinados crimes não tipificados (os delitos classificados como *tazir*).

9 Com a célebre passagem do julgamento de Nuremberga n.º 217: “A máxima *nullum crimen sine lege* não é uma limitação da soberania, mas um princípio geral de justiça. Afirmar que é injusto punir aqueles que, desafiando tratados e garantias, atacaram estados vizinhos sem aviso é obviamente falso, pois em tais circunstâncias o atacante deve saber que está fazendo algo errado, e, longe de ser injusto puni-lo, seria injusto se seu erro fosse permitido ficar impune. Os líderes nazistas devem ter sabido que estavam agindo em desobediência a todas as leis internacionais quando, em completa deliberação, realizaram seus planos de invasão e agressão”. Logo, o tribunal partiu da premissa de que Resolução nº 95 (I) da Assembleia Geral das Nações Unidas foi meramente declaratória (não constitutiva) dos princípios de Direito internacional que justificavam a sua actuação. Porém, na verdade, o que se deu foi uma aplicação retroactiva do Direito Penal em prejuízo dos réus. Sobre isso, a favor da substituição da doutrina da legalidade estrita pelo princípio da justiça material: RADBRUCH, *Oxford Journal of Legal Studies* 26, p. 1 s. Também considerando legítima essa exceção à proibição de retroactividade: KELSEN, *The International Law Quarterly* 1, p. 164 s.

No âmbito do Direito Europeu, antes do mais, cumpre sublinhar, ainda que de passagem, um pequeno antecedente histórico. A primeira vez em que o princípio da legalidade penal aparece problematizado no horizonte do *case law* de Estrasburgo é em uma tomada de posição da Comissão Europeia dos Direitos Humanos, na sequência de uma petição que lhe foi apresentada, dando origem ao caso *Hogben v. Reino Unido* (1986).

Estava ali em causa a alegada retroactividade de uma decisão governamental que veio aumentar o período mínimo de reclusão a ser cumprido para a concessão de liberdade condicional a um recluso condenado à pena de prisão perpétua, em alteração da prática consolidada no Direito Penitenciário (consuetudinário) britânico. No entanto, aquele órgão acabaria por rejeitar a queixa, convocando uma rígida distinção entre a “pena” propriamente dita e as “medidas de imposição ou execução da pena”.

Como se sabe, em 1998 a Comissão Europeia dos Direitos Humanos tornou-se obsoleta<sup>10</sup>, por força da reestruturação do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que, enfim, viria a assumir, a título permanente, a função de fazer cumprir a CEDH. Desde então, o TEDH adoptou a mencionada diferenciação conceitual, que se tornou um critério reitor da sua actividade interpretativa, com impacto determinante nos seus julgados sobre a garantia consignada no 7.º da Convenção, onde se enuncia o princípio de que não há pena sem lei.

Olhando apenas para o TEDH, é verdade que, em matéria penal, à luz da informação disponível na respectiva base de dados, são muito mais numerosos, por exemplo, os processos nos quais se examina a eventual violação do art. 6.º da Convenção, onde se contempla o direito a um processo equitativo (38.727 casos), do que os processos nos quais se examina a eventual violação do citado art. 7.º (816 casos)<sup>11</sup>. Talvez (em uma suposição optimista) porque os Estados da CEDH não se dediquem sistematicamente a práticas judiciais interditas pela garantia de legalidade ou porque (em outra hipótese benéfica) não se verifique substancial divergência na captação dos seus contornos pelos diversos sistemas jurídicos nacionais.

De qualquer modo, sobretudo em face da especial repercussão social – basta recordar, no contexto do combate ao terrorismo, o debate sobre a doutrina

---

10 Nesta altura o então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias já havia reconhecido o *nullum crimen, nulla poena sine lege* como um princípio geral do Direito (Processo C-75/95).

11 Diante dos dados recolhidos na base HUDOC. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int>. Acesso em: 25 jul. 2022.

Parot e o caso Del Río Prada v. Espanha (a seguir, item 5) – de algumas destas situações, importa perceber como um princípio tão basilar do pensamento jurídico-penal de matriz ocidental – um dos poucos adquiridos normativos cobertos pelo manto de protecção absoluta da inderrogabilidade em cenário de guerra ou outro estado de emergência pública<sup>12</sup> – tem sido trabalhado pelo órgão jurisdicional competente para assegurar o respeito dos compromissos da Convenção.

## 2 A analítica do *nullum crimen, nulla poena sine lege*

Uma primeira observação aponta para diferenças na análise do princípio da legalidade criminal. É sabido que, na abordagem do Direito Penal Português, em sintonia com o pensamento jurídico continental, o enunciado *nullum crimen, nulla poena sine lege* é a moldura semântica que cobre todas as exigências normativas ínsitas à garantia da lei incriminadora. Ou seja: os requisitos da lei escrita, prévia, certa e estrita (*lex scripta, praevia, certa et stricta*)<sup>13</sup>. Por conseguinte, estão ali incluídas a proibição do Direito costumeiro, a proibição da retroactividade, a proibição da indeterminabilidade e a proibição de analogia<sup>14</sup>.

Essa leitura multidimensional vem ganhando espaço também no âmbito do Direito Internacional Penal<sup>15</sup>, em que a doutrina especializada dedica cada vez mais atenção a cada uma daquelas vertentes, mesmo a dimensão da *lex scripta*, que tem sido uma coordenada bastante controvertida nesse horizonte, em face da grande importância histórica que o Direito consuetudinário (não escrito, não legislado, não codificado) desempenhou, após 1945, na legitimação da persecução e do julgamento dos chamados crimes internacionais.

Diversamente, tendo em conta a bifurcação frasal da redacção do n.º 1 do art. 7.º da CEDH, a “doutrina de Estrasburgo” tende a decompor o princípio da

12 CEDH art. 15, n.º 2.

13 Em vez de muitos, contemplando as quatro coordenadas adiante mencionadas: GROPP, *Strafrecht* AT, p. 55 s.

14 TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal* PG, p. 165 s., 179 s. Sendo certo, todavia, que não é incomum, entre nós, a análise em separado da exigência de lei relativamente à definição do comportamento punível (*nullum crimen sine lege*) e da exigência de lei relativamente à definição das sanções aplicáveis (*nulla poena sine lege*), uma clivagem importante para destacar que, no Direito português (CRP, art. 29.º, n.ºs 1, 3 e 4; CP, arts. 1.º, n.ºs 2 e 3, e 2.º, n.º 1), o princípio da legalidade alcança igualmente as medidas de segurança. Veja-se FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* PG I, p. 209, 212 e 214.

15 Cf. DANA, *Journal of Criminal Law and Criminology* 99, p. 864 s., 869 s., 873 s., 903 s., 912 s., com destaque, do ponto de vista da previsibilidade, para a íntima conexão intencional entre as exigências da *lex scripta* e da *lex certa*, onde também crítica o livre uso da analogia *in malam partem* pelo Tribunal Penal Internacional para a antiga Jugoslávia. Contudo, neste horizonte continua sendo comum a abordagem que se limita a distinguir entre o *nullum crimen sine lege* e o *nulla poena sine lege*: BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, p. 65, 246 s., 292 s., 830 s., 990 s.

legalidade penal em dois subprincípios ali *explícitos*: (i) ninguém pode ser condenado por uma acção ou uma omissão que, no momento da sua realização, não constituía infracção criminal (*nullum crimen sine lege*); (ii) não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi cometida (*nulla poena sine lege*).

Ao que se acrescenta um terceiro subprincípio, desta vez um enunciado normativo *implícito* no texto convencional<sup>16</sup>: (iii) a autoridade responsável pela sua aplicação não deve interpretar o Direito Penal extensivamente em detrimento do arguido, designadamente por meio da analogia *in malam partem*. Embora reconhecendo esta última dimensão, o TEDH prefere não dedicar maior esforço na delimitação entre o terreno da interpretação extensiva ainda permitida e o terreno da analogia proibida<sup>17</sup>.

É fácil perceber que, nessa perspectiva, há uma nítida ênfase na proibição de irretroactividade, assumida como a ideia reitora daqueles dois primeiros subprincípios, tornando-se o núcleo da protecção contra o exercício arbitrário do *jus puniendi* estadual. Por outro lado, enquanto a proibição de analogia surge apenas implicitamente<sup>18</sup>, o requisito da determinabilidade é diluído nos distintos critérios que a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos desenvolveu a propósito da “qualidade de lei” (adiante, item 5).

Todavia, a discrepância analítica na abordagem do TEDH não chega a implicar uma autêntica ou substancial diversidade na assimilação dos atributos ou das propriedades que são formalmente exigidos como condições de legitimidade para a incriminação de comportamentos ou a punição dos seus agentes. Na verdade, bem vistas as coisas, a grande diferença não reside nos *parâmetros*, mas no *objecto*: no sistema jurídico português aquelas exigências incidem sobre a *lei* no seu sentido mais estreito<sup>19</sup>, ao passo que na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos elas incidem sobre o *Direito* na sua mais ampla acepção. Ou seja: é preciso apenas a *lege* (no sentido amplo de *droit*), não sendo necessária

16 SANZ-CABALLERO, *The European Journal of International Law* 28, p. 788.

17 *Başkaya and Okçuoğlu v. Turquia* (1999), nm. 36-43. Ainda assim, no caso *Pessino v. França* (2006), foi censurada, a título de analogia proibida (*in malam partem*), a equiparação feita entre a conduta de construir apesar da suspensão administrativa do alvará de construção e a conduta de construir apesar de decisão judicial ou decreto que ordena a interrupção da construção (nm. 28 e 35).

18 Ao contrário do que acontece entre nós (CP, art. 1.º, n.º 3).

19 Enquanto lei formal, *i.e.*, lei da Assembleia da República, sem prejuízo da possibilidade de delegação da competência ao Governo, por meio de específica lei parlamentar de autorização (GRP, art. 165.º, n.º 1, c).

a *lege scripta*<sup>20</sup> (no sentido mais estreito de *lois* ou *statutes*), enquanto previsão emanada de um autêntico legislador (democraticamente legitimado no quadro da representação parlamentar)<sup>21</sup>.

Portanto, em bom rigor, na jurisprudência do TEDH o *nullum crimen, nulla poena sine lege* é substituído pelo *nullum crimen, nulla poena sine iure*. Nesse tocante, a *doutrina de Estrasburgo* está em sintonia com o entendimento corrente no Direito Internacional Penal. Com efeito, desde os casos *S.W. v. Reino Unido* (1995) e *C. R. v. Reino Unido* (1995)<sup>22</sup>, tem prevalecido uma abordagem mais “liberal”, ampla, relaxada, fluida, generosa, daquilo que se deve entender por legalidade, o que inclui não só o Direito Internacional Consuetudinário, mas também o próprio *Commom Law* e qualquer outra forma de normatividade juridicamente vinculativa. Sem prejuízo, no entanto, da progressão da tese de que também no Direito Internacional Penal deve vigorar a exigência de *lex scripta*, tendo o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (arts. 22.º, 23.º e 24.º) significado um importante passo<sup>23</sup> na direcção da mais forte versão do *nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>24</sup>.

### 3 O “Direito” e a “lei”

Assim chegamos a uma segunda nota, relativa ao conceito de “Direito” ou “lei” (*Law*), uma noção normativa crucial para a tematização do princípio na jurisprudência do TEDH. Recorde-se que o art. 7.º da Convenção enuncia que “ninguém pode ser condenado por uma acção ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infracção, segundo o *Direito*<sup>25</sup> nacional ou internacional” (n.º 1, primeira parte).

---

20 Sobre a ausência do requisito da *lex scripta* no sistema CEDH/TEDH, com ênfase na influência da noção de legalidade do *Commom Law*: TIMMERMAN, *Legality in Europe*, p. 25 s., 133 s.

21 GALLANT, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, p. 14 s.

22 *Infra*, notas 27 e 58. Nessas decisões, o TEDH entendeu que a abolição judicial da imunidade conjugal que protegia os maridos contra acusações de violência sexual não violou o art. 7.º da Convenção.

23 Acerca da difícil caminhada do princípio da legalidade penal no horizonte dos tribunais militares *ad hoc* que funcionaram antes do TPI: ENDO, *Revue Québécoise de Droit International* 15, p. 208 s. Exaustivamente: LEMOS, *Nullum crimen nulla poena sine lege e o direito internacional*, p. 83 s.

24 Sobre tudo isso, destacando a importância do processo de codificação no horizonte do Direito Internacional Penal: CORSI, *Georgetown Journal of International Law* 49, p. 1371 s.

25 As versões em inglês e francês (as únicas originais e autênticas) da Convenção utilizam, respectivamente, as expressões “*law*” e “*droit*”. As traduções alemã, italiana, espanhola e portuguesa utilizam, respectivamente, as expressões “*Recht*”, “*diritto*”, “*derecho*” e “*direito*”. Conforme a documentação que se encontra disponível em: <https://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=basictexts/convention> (Acesso em: 25 jul. 2022).

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos concebe o princípio da legalidade criminal como um elemento essencial do Estado de Direito (*rule of law*)<sup>26</sup>. Nessa premissa, o termo “Direito” é definido autonomamente, incluindo não apenas o Direito legislado (*statutory law*), mas também o Direito dos juristas (*case law*)<sup>27</sup>. Isso significa que, para fins do art. 7.º da CEDH, o conceito de Direito (ou lei) abrange não só *normas escritas* de hierarquia inferior à lei em sentido formal, mas também *normas não escritas*, independentemente da sua hierarquia (o que inclui o Direito consuetudinário), bem como os próprios *precedentes judiciais*<sup>28</sup>.

Com base nisso, tem o TEDU entendido que Direito ou lei é a “estipulação (*provision*) em vigor tal como os tribunais competentes interpretaram”<sup>29</sup>. O que facilmente se percebe, desde logo pela grande influência da tradição do *Common Law*. Nada indica que isso deva mudar, uma vez que, apesar do “*Brexit*”, o Reino Unido – onde as *common law offences* continuam a preponderar (esmagadoramente) sobre as *statutory offences*<sup>30</sup> – segue como membro do Conselho da Europa e parte vinculada à CEDH<sup>31</sup>.

Nessa escora, o princípio de legalidade tal como compreendido no Direito Penal português (bem como noutros sistemas da cultura jurídica de matriz romano-germânica) e o princípio da legalidade tal como compreendido na jurisprudência do TEDH divergem no seu *ponto de referência*: ao privilegiar uma abordagem material, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não concebe a exigência de lei parlamentar – mesmo quando sujeita à reserva relativa – como um elemento da garantia contra o arbítrio no exercício do *jus puniendi* estatal. Basta que a incriminação e/ou punição encontre base em algum preceito juridicamente válido, seja uma norma geral e abstracta (regulamento administrativo, práticas consuetudinárias, etc.), seja uma norma concreta de caso anteriormente julgado (decisão judicial)<sup>32</sup>.

---

26 K.-H. W. v. Alemanha (2001), nm 45. A decisão considerou ainda que, no caso dos atiradores do muro de Berlim, embora se tratasse de uma norma não escrita, a prática de não perseguir (responsabilizar) criminalmente os agentes policiais que estavam informalmente autorizados a abrir fogo contra quem tentasse cruzar a fronteira não poderia ser vista como “Direito”, em virtude da sua crassa injustiça objectiva.

27 S. W. v. Reino Unido (1995), nm. 35.

28 Kafkaris v. Chipre (2008), nm. 145-146, com ênfase na análise do Direito doméstico “como um todo”.

29 Vyerentsov v. Ucrânia (2013), nm. 63.

30 Sendo igualmente certo, por outro lado, que a maioria dos países do *Common Law* tem progressivamente caminhado no sentido da definição estatutária (legal) dos crimes. Aliás, em 1973, a Câmara dos Lordes já havia abolido a chamada “doutrina da discricionariedade judicial residual” para a criação das *common law offences*, desta maneira restringindo em alguma medida o poder de inovação dos tribunais em matéria penal.

31 Recentemente, a propósito das *common law offences*: Norman v. Reino Unido (2021), nm. 62.

32 Quanto a ordens que emanam do poder executivo: Custers, Deveaux e Turk v. Dinamarca (2007), nm. 84.

Logo, o âmbito de incidência do art. 7.º da Convenção é maior do que o âmbito de incidência do princípio da legalidade nos tradicionais moldes do Direito continental. Todavia, só aparentemente essa adicional cobertura se traduz em um efectivo alargamento da protecção do cidadão. Afinal, apesar de enaltecer, no seu discurso, o valor garantístico daquele dispositivo, a jurisprudência do TEDH admite que os requisitos da garantia – tanto a irretroactividade quanto a acessibilidade e a previsibilidade – podem ser analisados também em relação a actos normativos que não constituem fonte de Direito Penal em sistemas de legalidade estrita.

Todavia, essa contextualização não significa que o debate sobre a relação entre os conceitos de Direito e lei só ganha relevância ali onde se trata da aplicação do sistema jurídico inglês ou de outros que não se filiam ao paradigma do *Civil Law*. Afinal, em termos prático-normativos, aquela dicotomia está em harmonia com duas ideias que têm contribuído, nos últimos 70 anos, para o processo de superação do positivismo jurídico no horizonte do Direito continental: (i) o Direito não se resume à lei e (ii) nem toda lei constitui (validamente) Direito<sup>33</sup>.

Mesmo no específico campo do Direito Penal, o que se acabou de dizer fica evidente na tendência de relativizar ou flexibilizar o grau de exigência do princípio da legalidade no eixo normativo da determinabilidade do tipo legal de crime e na correspondente aceitação de que os tribunais podem e devem compensar, por meio da sua jurisprudência “consolidada”, aquela originária indeterminação (vagueza), densificando em cada situação concreta o exacto alcance da matéria de proibição<sup>34</sup>. Uma posição que também marca presença na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (a seguir, item 6)<sup>35</sup>.

---

33 Este último aspecto ficou consignado, logo depois da segunda guerra mundial, no texto da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha: “Os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao Direito” (art. 20.º, n.º 3). Acerca dos fundamentos e das consequências daquelas duas ideias, quer no plano de legitimidade crítica, quer no plano da metodologia jurídica: BRONZE, *Lições de introdução ao direito*, p. 152 s., 164 s., 273 s., 305 s., 363 s., 399 s., 658 s., 690 s.

34 Reconhecer um “mandamento de precisão” (*Präzisierungsgesamt*) supostamente dirigido aos juizes penais implica o risco não negligenciável de admitir uma transferência de encargos que contradiz o sentido mais fundo e autêntico do princípio da legalidade, exonerando definitivamente o legislador da sua originária obrigação de garantir uma suficiente determinação quando o assunto é estabelecer os limites do universo dos comportamentos puníveis. Não será um verdadeiro *nonsense* esperar ou exigir que exactamente aquele que deve ser limitado ou constringido na sua actuação se esforce para densificar ou precisar a própria limitação ou constringido? Sinalizando o perigo que a substituição da determinação legislativa por uma jurisprudência “firme” representa para o princípio da legalidade, não apenas na sua vertente democrática, mas também na sua vertente de Estado de Direito: FRISTER, *Strafrecht AT*, p. 48 e 49.

35 Kokkinakis v. Grécia (1993), nm. 40-41.

#### 4 A “pena” criminal

Um terceiro ponto merecedor de destaque prende-se à interpretação do termo “pena” (*penalty*). Desde o início tem sido constante no TEDH a afirmação de que, para o recorte do âmbito de protecção do art. 7.º da Convenção, o decisivo não é dimensão estritamente formal (a mera aparência), isto é, o *nomen iuris* ou a classificação que a sanção recebe no seio do Direito doméstico, mas a dimensão material, vale dizer, a substância da sanção como autêntica reacção criminal que produz efeitos gravosos na esfera de direitos do condenado.

Logo, não basta estar diante de uma consequência jurídica que decorre de uma condenação pela prática de um facto criminoso, embora esse seja inequivocamente o ponto de partida da análise<sup>36</sup>. Tampouco é suficiente olhar apenas para a severidade da punição. Tais elementos operam apenas como indícios. É preciso considerar, ainda em combinação, a natureza e a finalidade (retribuição, prevenção ou reparação) da sanção, bem como os procedimentos da sua efectivação<sup>37</sup>. No essencial, se a natureza e a finalidade da sanção forem meramente preventivas ou reparadoras, não se trata de uma genuína “pena” criminal<sup>38</sup>.

A partir dessa análise, entra no âmbito da garantia de legalidade, por exemplo, a sanção de perda de carta de condução<sup>39</sup>, bem como, em geral, os confiscos<sup>40</sup> e as coimas ou multas administrativas<sup>41</sup>, desde que possuam um carácter punitivo. Na mesma trilha, tem o TEDH considerado que a “punição” relevante para a protecção fornecida pelo art. 7.º da CEDH alcança igualmente as chamadas “normas processuais substantivas”, vistas como preceitos que influenciam a gravidade (duração) da pena imposta<sup>42</sup>.

Da outra banda, estão fora do âmbito da garantia do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, entre outros: a inclusão de nome em registro policial ou judicial de pessoas condenadas por crimes sexuais ou violentos<sup>43</sup>, a ordem de expulsão

---

36 Jamil v. França (1995), nm. 30-31.

37 Van der Velden v. Países Baixos (2006), com a conclusão de que recolha de amostras biológicas e ADN de uma pessoa condenada não pode ser considerada uma forma de sanção penal à luz do art. 7.º da Convenção, tendo em conta a possibilidade de limitar o direito à protecção de dados de um condenado por crimes de certa gravidade, desde que sejam estabelecidos princípios gerais de colecta e determinação do perfil genético.

38 Welch v. Reino Unido (1995), nm. 22-25.

39 Mihai Toma v. Roménia (2012), nm. 20-21.

40 G.I.E.M. e outros v. Itália (2018), nm. 212-233.

41 Georgouleas e Nestoras v. Grécia (2020), nm. 33-43.

42 Scoppola v. Itália (2009), nm. 110-113.

43 Gardel v. França (2009), nm. 39-47.

administrativa ou proibição de residência<sup>44</sup>, o *impeachment* e a respectiva declaração de inelegibilidade<sup>45</sup>, a revogação da licença para actuar como liquidante em procedimentos de insolvência<sup>46</sup>, a suspensão disciplinar no contexto do desporto profissional<sup>47</sup> e as regras sobre prescrição (encaradas como normas processuais)<sup>48</sup>.

Porém, esse entendimento não deixa de ser problemático. Afinal, a sua mobilização sugere o retorno a uma compreensão tendencialmente formalista da intervenção do Estado, que corre o risco de autorizar, em homenagem à lógica preventiva da delinquência, intromissões ou ingerências ainda mais gravosas do que aquelas que seriam justificáveis em nome de uma abordagem estritamente repressiva da criminalidade<sup>49</sup>.

De qualquer maneira, a consolidação dessa orientação, pelo menos desde o caso *Kafkaris v. Chipre* (2008)<sup>50</sup>, significou um contínuo alargamento da noção de “pena”, com o correspondente encurtamento da noção de “medidas de imposição ou execução da pena”<sup>51</sup>. Assim, só caberá falar em “pena”, para fins do art. 7.º da CEDH, se o específico modo como a lei é aplicada no caso concreto permitir a conclusão de que já se está para lá de uma simples opção de política carcerária. Sendo certo que, na prática, tal diferenciação nem sempre é clara ou convincente<sup>52</sup>.

Assim, por exemplo, a lei italiana posterior que veio estabelecer – para as situações em que o arguido escolhe ser julgado nos termos do processo sumário – a substituição da pena de prisão perpétua sem isolamento diurno obrigatório por uma pena de prisão perpétua com isolamento diurno obrigatório viola o art. 7.º da Convenção, por implicar a aplicação retroactiva da lei penal *in malam partem*, ainda que se trate de um preceito inserido no Código de Processo Penal<sup>53</sup>. Mais uma vez, o determinante é a procura pela “substância da pena”: tratava-se, afinal, de uma lei penal substantiva, com impacto directo na liberdade do agente.

Tal entendimento saiu reforçado no exame da conformidade convencional da lei alemã que alterou a duração de medida de segurança privativa de

---

44 C.G. e outros v. Bulgária (2007), B/nm. 2.

45 Paksas v. Lituânia (2011), nm. 65-68.

46 Rola v. Eslovénia (2019), nm. 60-66.

47 Platini v. Suíça (2020), nm. 44-49.

48 Orlen Lietuva v. Lituânia (2019), nm. 97.

49 MURPHY, *European Human Rights Law Review* 2, p. 198 s.

50 Quando comparado com o referido caso *Hogen v. Reino Unido* (1986).

51 Iguamente em *Giza v. Polónia* (2012), nm. 30-33.

52 *Gurguchiani v. Espanha* (2009), nm. 31 e 43.

53 *Scoppola v. Itália* (2009), nm. 114-121.

liberdade aplicável após o cumprimento da pena [“custódia de detenção” (*Sicherungsverwahrung*)], substituindo um período máximo de 10 anos por um período indefinido, com duração condicionada ao tempo de persistência do estado de perigosidade do agente. Nos casos analisados neste contexto<sup>54</sup>, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos concluiu que a finalidade da nova lei não era meramente preventiva (terapêutica), de tal modo que a alteração significou a imposição retroactiva de uma pena adicional, censurada como violação do art. 7.º da CEDH<sup>55</sup>.

Essa interpretação generosa do conceito de pena encontrou o seu apogeu no já mencionado caso *Del Río Prada v. Espanha* (2013), onde o TEDH rejeitou a doutrina Parot, nome pelo que ficou conhecida a mudança de posição do Tribunal Constitucional espanhol, que passou a entender que o regime de remição da condenação não mais se aplicava ao período máximo de cumprimento da pena prisão estabelecido na lei (30 anos), mas sim a cada uma das condenações sucessivamente (o que esvaziava, na prática, aquela figura). Considerou-se que a modificação do regime de remição da pena (um benefício da fase de execução) implicou a extensão do tempo de encarceramento e a alteração da própria finalidade (substância) da sanção, em detrimento do arguido, com violação do art. 7.º da Convenção.

## 5 Os critérios da “qualidade de lei” (acessibilidade e previsibilidade)

Outro ponto digno de menção diz respeito à metódica que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem utilizado para preencher o núcleo do princípio da legalidade penal. O art. 7.º da Convenção é visto como uma garantia contra a perseguição, a condenação e a punição arbitrárias. Na densificação dessa intencionalidade costumam ser convocados dois testes nominalmente distintos, mas que aparecem integrados em uma avaliação unitária<sup>56</sup>, caracterizando aquilo que a documentação do TEDH chama de “qualidade de lei”<sup>57</sup>: a *acessibilidade* e a *previsibilidade* da incriminação e da punição<sup>58</sup>.

54 *E.g.*, *M. v. Alemanha* (2009), nm. 122-136, onde também se censurou, ainda à luz do art. 7.º da Convenção, a norma do StGB (§ 2, item 6) que manda aplicar às medidas de segurança a lei em vigor no momento da decisão. Pormenorizadamente sobre aquele acórdão: ALEXANDER/GRAF/JANUS, *Arizona Journal of International & Comparative Law* 29, p. 605 s.

55 SANZ-CABALLERO, *op. cit.*, p. 799-802.

56 No referido caso *Kafkaris v. Chipre* (2008).

57 Para um panorama da aplicação do critério nos acórdãos do TEDH, veja-se o Relatório “Article 7. The ‘quality of law’ requirements and the principle of (non-)retrospectiveness of the criminal law under Article 7 of the Convention”, 2019. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/>. Acesso em: 25 jul. 2022.

58 Já assim: *C. R. v. Reino Unido* (1995), nm. 32-34; *Cantoni v. França* (1996), nm. 29-35; *Coëme e outros v. Bélgica* (2000), nm. 145.

Com base nisso, o Tribunal entendeu, por exemplo, que a norma cipriota que revogou um regulamento prisional que, no quadro do regime de *liberdade condicional*, reduzia para 20 anos o período máximo de cumprimento da pena de prisão perpétua – não obstante se tratasse da simples disciplina do cumprimento da sanção – envolvia uma situação de insuficiente “qualidade de lei”, em violação do art. 7.º da CEDH. Pois não era suficientemente claro, no momento da prática do facto, se a pena de prisão perpétua constituía isso mesmo – uma privação de liberdade durante toda a vida, isto é, sem termo definido e sem qualquer perspectiva de *remissão* – ou uma sanção com menor duração, com termo definido.

De qualquer modo, em uma fórmula geral, o princípio da legalidade carrega a exigência de que, antes da prática do facto, o destinatário da norma de conduta deve poder retirar do seu enunciado – se necessário com a ajuda da interpretação já oferecida pelos tribunais competentes e por meio de consulta jurídica apropriada – quais actos ou omissões constituem infracção criminal e qual pena será aplicável<sup>59</sup>. Na verdade, essa visão corresponde ao enfraquecimento da dimensão formal do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, em favor de uma concepção alargada de legalidade, substancialmente fundada na possibilidade (*ex ante*) de aceder à fonte do Direito e de prever a condenação (real perigo de persecução penal)<sup>60</sup>.

Além de reconhecer que as leis nem sempre escapam à necessidade de utilizar termos mais ou menos indeterminados, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos reconhece que algumas pessoas, como os profissionais inseridos em sectores altamente técnicos, possuem um especial dever de procura pela informação correcta (actualizada) e de análise do risco de punição do comportamento. Ainda nesse tocante, o TEDH não deixa de sublinhar o papel da sua própria actividade judicativa como factor que contribui para a dissipação de dúvidas interpretativas e para a determinação da matéria de proibição e dos termos da punibilidade.

O mesmo vale em relação à actividade judicativa no cenário do Direito internacional<sup>61</sup>, bem como no seio do Direito doméstico. Por exemplo, no caso *Ashlarba v. Geórgia* (2014) concluiu-se que a indeterminação legal do conceito de “organização criminosa” poderia ser suprida pela jurisprudência firme dos tribunais superiores nacionais, desde que esta revelasse um desenvolvimento coerente com a essência da ofensa, em moldes razoavelmente expectáveis. Algo

---

59 Achour v. França (2006), nm. 54.

60 NICOSIA, *Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e Diritto Penale*, p. 56 s.

61 V.g., *Jorcic v. Alemanha* (2007), nm. 109-114, no que concerne à indeterminação do crime de genocídio.

semelhante já havia sido decidido no caso *Liivik v. Estónia* (2000), a propósito do elemento típico “dano significativo”.

Esses mesmos parâmetros contribuíram para estabilizar a ideia de que o art. 7.º da Convenção também protege o arguido contra alterações jurisprudenciais desfavoráveis, a não ser que a rotação de sentido da decisão já fosse acessível e previsível no momento do facto<sup>62</sup>. Nessa premissa, no caso *Alimuçaj v. Albânia* (2012), o Tribunal decidiu que a condenação do agente, a título de burla, não apenas por um único crime, mas pelo número de crimes equivalente ao número de vítimas individualmente lesadas por um “esquema da pirâmide”, em total e imprevisível desvio da jurisprudência doméstica anterior, violava o *nullum crimen, nulla poena sine lege*, porquanto a punição recebida não era objectivamente expectável à época do facto.

De qualquer maneira, convém perguntar se a discussão em torno da qualidade de lei não é enganosa e supérflua. Por um lado, não está suficientemente clara<sup>63</sup>, na jurisprudência do TEDH, a relação entre aquela categoria e os critérios de acessibilidade e previsibilidade, tampouco a relação entres esses dois parâmetros<sup>64</sup>. Por outro, é comum oscilar, na apreciação da acessibilidade e da previsibilidade, entre um critério objectivo e um critério subjectivo<sup>65</sup>. Na prática, a ênfase na “qualidade” de lei acaba por diluir as relevantes fronteiras entre o princípio da legalidade e a dogmática do erro sobre a licitude do facto<sup>66</sup>, misturando no *nullum crimen, nulla poena sine lege* uma dimensão que pertence ao princípio da culpa<sup>67</sup>.

62 Novamente no caso *Pessino v. França* (2006). Fundamentação que reapareceria no caso *Del Río Prada v. Espanha* (2013), supracitado, onde se concluiu que o giro jurisprudencial representado pela *doutrina Parot*, quando aplicada a factos anteriores, violava o art. 7.º da Convenção, por se tratar de uma modificação objectivamente inesperada.

63 MONTE/FREITAS/SANTOS, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, p. 555: “Embora os requisitos de acessibilidade e precisão sejam reconhecidos como essenciais, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não devota grande profundidade à sua análise”.

64 Para um recente esforço de análise destes elementos, incluindo a sua delimitação perante a dogmática do erro de proibição: PAIUSCO, *Nullum Crimen Sine Lege, the European Convention on Human Rights and the Foreseeability of the Law*, p. 133 s., 148 s., 234 s., 283 s., 361 s.

65 O que pode ser ilustrado com o caso *Kononov v. Letónia* (2010), na diferente abordagem dos votos vencidos.

66 Crítica de VAN DER WILT, *Nordic Journal of International Law* 84, p. 519, 523, 527 s., onde aponta (p. 525 s.) que, em relação aos crimes internacionais (ao contrário do que se verificou em relação aos crimes domésticos), o TEDH só muito gradualmente foi aceitando os testes da acessibilidade e da previsibilidade (p. 525 s.).

67 Ainda neste tocante, embora admitindo que o princípio *nullum crimen, nulla poena sine culpa* também pode ser derivado do art. 7.º da Convenção: RYCHLEWSKA, *Polish Yearbook of International Law* 36, p. 171 s., dedicando particular atenção (p. 175 s.) ao parâmetro da “essência da ofensa”.

Essa nebulosidade decorre de um pragmatismo voltado (*ad hoc*) para os denominados “casos difíceis”, com nítido prejuízo para o desenvolvimento teórico do princípio da legalidade criminal. No final das contas, tudo deságua no “princípio do gelo fino”: quem patina em gelo fino só muito dificilmente poderá esperar encontrar um sinal que indique o local exacto onde cairá<sup>68</sup>. Assim, a referência vaga ao risco difuso de incorrer em responsabilidade criminal, sobretudo no que tange a modificações jurisprudenciais, pode acabar por neutralizar o funcionamento útil dos requisitos da acessibilidade e da previsibilidade<sup>69</sup>. Em culturas jurídicas democráticas, as alterações do Direito Penal devem emanar da legislatura, e não do Judiciário.

## 6 A proibição de retroactividade e a exigência de aplicação da norma mais favorável

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem se esforçado para evitar confusões quanto ao n.º 2 do art. 7.º, esclarecendo que o ali preceituado – a possibilidade de punir uma conduta que, no momento da sua realização, constituía crime segundo os “princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas” – não possui nenhum conteúdo autónomo em face do n.º 1, nem contempla uma verdadeira exceção que afasta circunstancialmente a proibição de retroactividade.

Com efeito, no caso *Maktouf e Damjanovi v. Bósnia e Herzegovina* (2013), por exemplo, concluiu-se que a tese contrária – a ideia de que o n.º 2 autoriza a aplicação retroactiva da lei nacional a condutas que, no momento da sua prática, já eram criminosas à luz do Direito Internacional Penal – seria inconsistente com os trabalhos preparatórios da CEDH, os quais tinham exclusivamente o propósito de facilitar a perseguição dos criminosos da segunda guerra mundial e apenas em conexão com os factos praticados neste cenário. Além disso, tal interpretação tornaria supérflua a exceção, uma vez que o n.º 1 já enuncia o Direito Internacional Penal como legítima fonte de incriminação e punição.

Destacando o espaço de livre conformação normativa que os Estados-membros do Conselho da Europa dispõem para definir a sua política criminal, o Tribunal tem reconhecido, na prática, a obsolescência daquele dispositivo. Até porque a incriminação e a punição dos crimes de guerra actualmente estão pre-

---

68 Advertindo que o art. 7.º da CEDH não deve ser minado pelo “princípio do gelo fino”, embora reconhecendo que a elasticidade dos parâmetros do TEDH deixa espaço para a sua incidência: ASHWORTH/HORDER, *Principles of Criminal Law*, p. 62.

69 MURPHY, *op. cit.*, p. 206 s.

vistas – pelo menos por meio da incorporação de instrumentos de Direito Internacional Penal ou assimilação destas soluções pelas ordens jurídicas internas – na legislação penal de quase todos aqueles países. Contudo, apesar da intenção de justificar (*a posteriori*) os julgamentos de Nuremberga e Tóquio, só muito dificilmente será possível circunscrever a sua aplicação aos casos surgidos naquele horizonte<sup>70</sup>.

Por fim, é ainda no eixo cronológico que se verifica o último grande passo da jurisprudência do TEDH em matéria de *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Trata-se do reconhecimento da eficácia positiva do princípio da legalidade na sua dimensão temporal. Como se sabe, no Direito português tem sido consensual a ideia de que a proibição de retroactividade *in malam partem* tem como reverso axiológico-normativo necessário o mandamento de retroactividade *in bonam partem*<sup>71</sup>. Na verdade, o princípio da aplicação retroactiva das leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido é um imperativo não apenas legal (n.º 4 do art. 2.º do CP), mas também constitucional (n.º 4 do art. 29.º da CRP).

Uma solução que só cede ali onde está em causa a aplicabilidade de uma lei penal mais favorável julgada inconstitucional. Como o princípio da aplicação da lei penal mais benéfica pressupõe a validade das normas em questão, ele não pode prevalecer sobre o próprio princípio da constitucionalidade. De tal maneira que o dever (imposto a todos os tribunais) de não aplicar normas inconstitucionais antecede e modula o dever de aplicar as normas de conteúdo mais favorável ao arguido. Logo, a declaração da inconstitucionalidade da norma mais benéfica implica a repristinação da norma por ela revogada, sem prejuízo da possibilidade – em sede de fiscalização abstracta – de restrição dos efeitos da decisão (n.º 4 do art. 282.º da CRP)<sup>72</sup>.

Diversamente, ao contrário do que ocorre com o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (art. 15.º, n.º 1, *in fine*), a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 9.º, *in fine*), a Carta de Direitos Fundamentais da União

---

70 Uma alternativa – capaz de fornecer algum conteúdo autónomo ao n.º 2, o que poderia ser relevante nas situações de justiça de transição – é ler aquela cláusula como alusão a factos que, embora não encontrando previsão normativa no Direito Internacional Penal, já eram incriminados e punidos, no quadro do Direito interno, por um representativo número de Estados. Contudo, essa interpretação corre o risco de ampliar excessivamente o alcance da excepção, frustrando a teleologia originária do preceito. Veja-se KREB, *op. cit.*, nm. 26.

71 O que não significa, por outro lado, que a solução hoje estampada no Código Penal português não possa ser questionada (nos casos em que já existe condenação definitiva) à luz da garantia do caso julgado material, tendo em conta o valor da segurança jurídica que decorre da estabilização de um acto jurisdicional em tema penal, bem como o próprio princípio da separação dos poderes. Veja-se FARIA COSTA, *Direito penal*, p. 91-92.

72 ANTUNES, *Julgar* 21, p. 101, com indicação dos acórdãos pertinentes.

Europeia (art. 49.º, *in fine*) e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (art. 24.º, n.º 2), a CEDH não consagra expressamente o princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável.

Invocando essa ausência textual e recuperando uma antiga opinião da Comissão Europeia de Direitos Humanos<sup>73</sup>, o TEDH negou-se durante muitos anos a reconhecer a eficácia positiva do princípio da legalidade na sua dimensão temporal. Uma mudança de posição só aconteceria (ainda que em sede de *obiter dictum*) no caso *Scoppola v. Itália* (2009)<sup>74</sup>, a partir de então se integrando na garantia do art. 7.º da Convenção (também implicitamente) um quarto princípio: a retroactividade da lei penal mais leniente (suave)<sup>75</sup>.

## Conclusão

Espero ter conseguido sintetizar alguns pontos relevantes para a discussão sobre o *nullum crimen, nulla poena sine lege* no Direito supraestadual. Obrigando os Estados do Conselho da Europa ao cumprimento das suas decisões, a jurisprudência do TEDH sobre o princípio da legalidade criminal é importante para compreensão do significado e do alcance da garantia enunciada no art. 7.º da CEDU, constituindo precedente judicial em todos os Países-membros, o que contribui não só para uma maior clareza na sua aplicação, mas também para a harmonização dos diversos sistemas nacionais de justiça criminal.

A este propósito, no quadro das políticas dos Estados do Conselho da Europa, há quem identifique nas decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre o *nullum crimen, nulla poena sine lege* uma certa tendência no sentido de uma prática judicativa cada vez mais orientada para os fins de reabilitação dos delinquentes, relativizando em alguma medida a ideia de que a gravidade do crime deve ser o único critério de punição. Isso fica especialmente claro no recente avanço a propósito do princípio da retroactividade da lei penal mais benéfica.

Na verdade, em termos gerais, por meio das decisões do TEDH, esta lógica produz efeitos que vão muito além da específica situação das pessoas envolvidas

73 X. v. Alemanha (Processo nº 7900/77, com decisão de 6 de março de 1978).

74 O Código Penal italiano consagra este princípio desde 1930 (art. 2.º). No mais, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem entendido que a aplicação retroactiva da lei penal mais favorável é um princípio que faz parte da tradição constitucional partilhada pelos Estados-membros da UE. Foi o que aconteceu no caso *Berlusconi* e outros (C-387/02, C-391/02 e C-403/02, com decisão de 3 de maio de 2005, nm. 66-68).

75 MOISE, *Scholars International Journal of Law, Crime and Justice* 3, p. 244-245.

no caso concreto, impactando ainda os diferentes ordenamentos jurídicos nacionais, por meio dos tribunais domésticos. Fala-se, a esse respeito, em uma “fertilização cruzada” entre órgãos judiciais, vista como propícia para “o alinhamento (temporal) de abordagens”<sup>76</sup>. O que confirma, muito claramente, o movimento de protecção multinível de direitos, incluindo o *nullum crimen, nulla poena sine lege*, em um horizonte de cosmopolitismo e pluralismo constitucional<sup>77</sup>.

A título ilustrativo, a justiça bósnio-herzegóvina convocou a jurisprudência do TEDH<sup>78</sup> para cassar decisões condenatórias que implicaram a aplicação retroactiva de normas mais gravosas, introduzidas em 2013 no Código Penal nacional, as quais aumentavam o limite mínimo da moldura penal aplicável a factos praticados em 1976, durante a vigência do Código Penal da República Socialista Federal da Iugoslávia.

De maneira semelhante, mas agora em relação a julgados proferidos contra outro Estado, a justiça norueguesa convocou a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos para concluir que nenhuma necessidade político-criminal – por maior que seja o clamor social, mesmo no contexto do combate ao terrorismo, por exemplo – pode fundamentar a condenação de alguém a uma pena de prisão em limite superior ao previsto em lei<sup>79</sup>.

De resto, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre o princípio da legalidade penal tem sido assumida como tópico argumentativo, influenciando positivamente as práticas dos tribunais que operam no campo do Direito Internacional Penal<sup>80</sup>. Bastará recordar, por exemplo, que o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda reconheceu que os tratados regionais de direitos humanos (como a CEDH) e a pertinente jurisprudência (como o trabalho do TEDH) carregam uma autoridade persuasiva que contribui essencialmente para a interpretação e a realização do Direito aplicável<sup>81</sup>.

Portugal nunca chegou a ser sindicado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no que tange ao art. 7.º da Convenção. Haveria algum interesse em

---

76 VAN DER WILT, *op. cit.*, p. 522.

77 Também assim, com análise detida dos casos *M. v. Alemanha e Del Río Prada v. Espanha*: ANTUNES, *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*, p. 97 s. Antes: ANTUNES, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel da Costa Andrade I*, p. 117 s.

78 *Maktouf e Damjanović v. Bósnia e Herzegovina* (2013), antes mencionado.

79 *Noruega v. Breivik* (2012).

80 *Acusação v. Barayagwiza* – decisão da Câmara Recursal (1999).

81 Sobre tudo isso: KISIC/KING, *Human Rights Brief* 21, p. 10-12.

saber qual seria a pronúncia daquele órgão, v.g., relativamente a soluções como aquela que vem estabelecida pelo art. 69.º, n.ºs 2, 3 e 4, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (regime jurídico da concorrência), que vincula a definição do máximo da coima aplicável a diferentes percentagens do respectivo volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória<sup>82</sup>. Ou, ainda, mesmo em relação ao famoso art. 292.º, n.º 1, da Constituição portuguesa, na parte em que recepciona a Lei n.º 8/1975, de 25 de julho, que pune retroativamente factos praticados por agentes e responsáveis da extinta Polícia Internacional e de Defesa do Estado/Direcção-Geral de Segurança (PIDE/DGS)<sup>83</sup>.

## Referências

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021.
- ALEXANDER, Shawn; GRAF, Leah; JANUS, Eric. M. v. Germany: The European Court of Human Rights Takes a Critical Look at Preventive Detention. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, [s.l.], v. 29, p. 605-622, 2012.
- ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2021.
- ANTUNES, Maria João. Proteção multinível do princípio da legalidade criminal – a “doutrina Parot” e o caso Inés del Río Prada. In: COSTA, José de Faria (Org.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Coimbra, v. I, 2015.
- ANTUNES, Maria João. Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução das Sanções Privativas de Liberdade e jurisprudência constitucional. *Julgar*, [s.l.], v. 21, p. 89-117, 2013.
- ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. *Principles of Criminal Law*. 7. ed. New York: Oxford University Press, 2013.

---

82 Entendendo que esta solução viola (*inter alia*) a exigência de determinabilidade da sanção, quer se entenda a percentagem como uma mera “cláusula de bloqueio” da coima determinada nos termos do n.º 1, quer se entenda a percentagem como um autêntico limite superior da moldura de determinação da coima: CAIERO, *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva IV*, p. 2442 s., 2448 s. e 2469.

83 Para a discussão em torno da legitimidade desta solução, com referências à tese das normas constitucionais inconstitucionais: VAZ, *Teoria da Constituição*, p. 138 s., 144 s.

BASSIOUNI, Mahmoud. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. 2. ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

BRITO, Teresa Quintela de. O princípio da legalidade como parâmetro de interpretação das normas penais na doutrina portuguesa. *Anatomia do Crime*, Lisboa, n. 8, p. 39-85, 2018.

BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 3. ed. Coimbra: Gestlegal, 2019.

CAEIRO, Pedro. Punível com coima de até 10% de um montante qualquer: a inconstitucionalidade das normas sancionatórias do regime jurídico da concorrência, na parte em que (não) fixam um limite máximo para as coimas aplicáveis ao abuso de posição dominante. In: COUTINHO, José Lobo (coord.). *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*. Lisboa: Universidade Católica Editora, v. IV, 2020. p. 2429-2472.

CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Porto: Universidade Católica Editora, 2016.

CORSI, Jessica Lynn. An Argument for Strict Legality in International Criminal Law. *Georgetown Journal of International Law*, [s.l.], v. 49, p. 1321-1381, 2019.

COSTA, José de Faria. *Direito penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017.

COSTA, Lígia Ferro da; BETTENCOURT, Selma Pedroso. GPS do princípio da legalidade penal: uma análise da jurisprudência constitucional. In: AMARAL, Maria Lúcia (org.). *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*. Coimbra: Almedina, v. II, 2016. p. 383-412.

DANA, Shahram. Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing. *Journal of Criminal Law and Criminology*, [s.l.], v. 99, p. 857-927, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Coimbra: Gestlegal, t. I, 2019.

ENDO, Guillaume. Nullum crimen nulla poena sine lege principle and the ICTY and ICTR. *Revue Québécoise de Droit International*, [s.l.], v. 15, n. 1, p. 205-220, 2002.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Article 7. The "quality of law" requirements and the principle of (non-)retrospectiveness of the criminal law under Article 7 of the Convention*. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_quality\\_law\\_requirements\\_criminal\\_law\\_Art\\_7\\_ENG.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_quality_law_requirements_criminal_law_Art_7_ENG.PDF). Acesso em: 25 jul. 2022.

- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights*. No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_7\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf). Acesso em: 25 jul. 2022.
- FRISTER, Helmut. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 7. Auflage. München: C.H. Beck, 2015.
- GALLANT, Kenneth S. *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*. New York: Cambridge University Press, 2009.
- GROPP, Walter. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 3. Auflage. Berlin: Springer, 2005.
- KELSEN, Hans. Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law? *The International Law Quarterly*, [s.l.], v. 1, p. 153-171, 1947.
- KISIC, Nina; KING, Sarah. Toward a More Lenient Law: Trends in Sentencing from the European Court of Human Rights. *Human Rights Brief*, [s.l.], v. 21, p. 9-15, 2014.
- KREß, Claus. Nulla poena nullum crimen sine lege. In: AA.VV. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Freiburg im Breisgau: MPICC, 2022. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/home/mpil>. Acesso em: 25 jul. 2022.
- LEMONS, Miguel Ângelo. *Nullum crimen nulla poena sine lege e o direito internacional*. Em defesa de como os tribunais de guerra deram vida ao Direito Penal Internacional. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra, 2015.
- MOISE, Andrei Emil. The “Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege” Principle and Foreseeability of the Criminal Law in the Jurisprudence of European Court of Human Rights. *Scholars International Journal of Law, Crime and Justice*, [s.l.], v. 3, n. 7, p. 240-247, 2020.
- MONTE, Mário; FREITAS, Pedro Miguel; SANTOS, Margarida. Princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas (anotação ao artigo 49.<sup>o</sup>). In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (coord.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 553-563.
- MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude penal e justificação*. Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015.
- MURPHY, Cian. The Principle of Legality in Criminal Law under the European Convention on Human Rights. *European Human Rights Law Review*, [s.l.], v. 2, p. 192-207, 2010.

NEVES, António Castanheira. O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático. *Boletim da Faculdade de Direito*, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, Coimbra, p. 307-469, 1984.

NICOSIA, Emanuele. *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e Diritto Penale*. Torino: Giappichelli Editore, 2006.

PAIUSCO, Sara. *Nullum Crimen Sine Lege, the European Convention on Human Rights and the Foreseeability of the Law*. Baden-Baden: Nomos, 2021.

RADBRUCH, Gustav. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946). *Oxford Journal of Legal Studies*, [s.l.], v. 26, p. 1-11, 2006.

RYCHLEWSKA, Aleksandra. The Nullum Crimen Sine Lege Principle in the European Convention of Human Rights: The Actual Scope of Guarantees. *Polish Yearbook of International Law*, [s.l.], v. 36, p. 163-186, 2016.

SANZ-CABALLERO, Susana. The Principle of Nulla Poena Sine Lege Revisited: The Retrospective Application of Criminal Law in the Eyes of the European Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, [s.l.], v. 28, p. 787-817, 2017.

SILVA, Alexandre Pereira da. Direito Internacional Penal (Direito Penal Internacional?): breve ensaio sobre a relevância e transnacionalidade da disciplina. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 62, p. 53-83, 2013.

TIMMERMAN, Mikhel. *Legality in Europe*. On the Principle Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege in EU Law and under the ECHR. Cambridge: Intersentia, 2018.

VAN DER WILT, Harmen. Nullum Crimen and International Criminal Law: The Relevance of the Foreseeability Test. *Nordic Journal of International Law*, [s.l.], v. 84, p. 515-531, 2015.

VAZ, Manuel Afonso. *Teoria da Constituição*. O que é a Constituição, hoje? Coimbra: Coimbra, 2012.

## Conflito de interesses

O autor declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

**Sobre o autor:**

**Bruno de Oliveira Moura** | *E-mail:* bruno.oliveira.moura@ulusofona.pt

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais (Universidade de Coimbra/Portugal). Professor auxiliar (Universidade Lusófona de Lisboa/Portugal). Investigador do Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez.

Recebimento: 08.11.2022

Aprovação: 20.12.2022