

Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal

Tauã Lima Verdan¹

Resumo:

O presente artigo tem como ponto primordial tecer comentário a respeito da maciça importância do chamado **princípio da legalidade** para a ramificação penal da Ciência Jurídica, destacando, precipuamente, os nortes fixados por este corolário. Tal aspecto se assenta na íntima e proeminente relação de interdependência mantida entre a sociedade e o Direito, vez que o primeiro é o elemento propulsor das contínuas e fundamentais renovações que o segundo necessita. Para tanto, é salutar lançar mão do brocardo jurídico *Ubi societas, ibi jus* (Onde está a sociedade, está o Direito), que se revela como pedra fundante de tais considerações.

Palavras-chaves: pós-positivismo, Direito Penal, princípio da legalidade, Constituição Federal.

Sumário: I – Comento Inicial; II – A Classificação dos Princípios do Direito Penal; III – Princípio da Legalidade: Gênese Histórica; IV – Princípio da Legalidade: Fito Primário; V – Desdobramentos do Princípio da Legalidade; VI – Princípio da Legalidade e o Princípio da Reserva Legal; VII – Considerações Finais.

I – Comento Inicial:

Tornou-se anacrônico e ultrapassado analisar o Direito, tais quais as suas ramificações, como uma ciência pétrea, alheia as modificações e caracterizada, mormente, pela imutabilidade e estagnação frente as constantes e inevitáveis mudanças que a coletividade passa. Sendo assim, é cogente a necessidade de adotar como prisma de avaliação o brocardo jurídico “Ubi

¹ Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Especializando em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Gama Filho Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

societas, ibi jus”, ou seja, “Onde está a sociedade, está o Direito”, tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém. Para tanto, revela-se primordial a adoção, como filtro de análise, a luz emanada pelo Ordenamento Jurídico Máximo do Estado Brasileiro, qual seja, a Constituição Federal de 1988, a fim de se adequar o texto frio e limitado da norma ao pluralismo e as particularidades que a realidade vigente apresenta.

Com espectro no apresentado, é imperioso ressaltar, em breves e modestas palavras, a concepção pós-positivista que passou a reger a Ciência Jurídica, permitindo, desta feita, maior independência dos operadores do Direito, bem como volumosa adaptação aos fatos. Esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação. Isto posto, evidencia-se que sua essência está fundamentada na valoração de tais postulados e mandamentos, passando a se manifestar como normas jurídicas vinculantes, bandeiras desfraldadas a serem observadas e seguidas como guias.

Neste cenário, os princípios passam a proporcionar, com um aspecto singular, uma abrangência mais significativa, compreendendo as distintas espécies de normas - regras e leis -, e, por conseqüência, desempenhando o papel de supernormas – preceitos que exprimem valor e, por tal fato, são como pontos de referências para as demais, que desdobram de seu conteúdo. Conforme é exposto por Tovar (2008), os princípios passam a constituir verdadeiros Standards pelos quais o arcabouço teórico que compõe o Direito se estrutura. Essa mesma concepção deve ser empregada e estendida para a interpretação de legislação que organiza e integra a ramificação Penal do Direito, sendo pungente a necessidade de analisar os preceitos que fundamentam tal desdobramento, sobretudo, o princípio da legalidade que é ostentado de maneira evidente na *Lex Fundamentalis*.

II – A Classificação dos Princípios do Direito Penal

Quando se discorre a respeito de toda a gama de postulados e mandamentos que atuam como alicerces do Direito Penal, permeando e guiando sua aplicação, é imperioso analisar, em um primeiro momento, a classificação atribuída pelos doutrinadores aos princípios. Ainda nessa ótica, é

impostergável focar de maneira substancial a dicotomia existente, visando atingir uma maior compreensão sobre o tema trazido à baila, bem como facilitar o entendimento. Em face disso, os postulados podem ser avaliados e enquadrados em duas vertentes distintas, a saber: Princípios Constitucionais Explícitos e Princípios Constitucionais Implícitos.

II. 1 – Princípios Constitucionais Explícitos.

Utiliza-se a denominação “Princípios Constitucionais Explícitos”, para fazer alusão a uma das vertentes que afirma que esses postulados devem ser analisados como reflexos da necessidade de limitar a ação punitiva do ente estatal. Para tanto, foi fundamental incluí-los na Carta de Outubro, como parte integrante de sua redação. Segundo Bitencourt (2000, pág. 09) expõe, *“As idéias de igualdade e liberdade, apanágios do iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter menor cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites a intervenção estatal nas liberdades individuais”*.

II. 2 – Princípios Constitucionais Implícitos.

A segunda categoria compreende os postulados que estão subentendidos da redação dos princípios que foram normatizados e positivados na Carta Magna. Deve-se salientar que, por tal fato, não tem sua aplicação reduzida ou condicionada, ao revés, possuem a mesma eficiência dos mandamentos que foram integrados como pilares a Lei Maior.

III – Princípio da Legalidade: Gênese Histórica.

Trazendo à baila o tema em epígrafe, é crucial discorrer de maneira maciça a respeito de todos os pilares históricos que, de certa forma, contribuíram para a formação e o desenvolvimento de premissas que culminaram na construção de todos os arcabouços e aportes que sustentam o Princípio da Legalidade. Em termos primários, é possível afirmar que se denota a pedra fundante do referido mandamento na redação que inaugurou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto dos ideais advindos do Iluminismo. Assim, o artigo 8º. do documento retro citado preconizou que: *“Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente publicada”*.

Tais preceitos passaram a irradiar pelos Estados, passando a integrar de maneira clara e fundamental as Cartas Políticas, no Brasil, a primeira manifestação de tais ditames foi vislumbrada na Carta Magna de 1824. Isto é, na primeira Constituição do Brasil, ainda quando Império, permeado por uma explícita aura de absolutismo e idéias diametralmente opostas às ostentadas pela democracia, aprouve ao constituinte positivar tal mandamento. Ou seja, em um cenário em que as idéias arcaicas e anacrônicas do modelo de concentração de poder tão-só na mão do Imperador, pilar que sustenta o chamado “Poder Moderador”, tinham pleno e irrestrito assento, as concepções emanadas pelo Iluminismo permitiram o favorecimento do princípio da legalidade, mesmo que de forma tão tímida e limitada.

Para tanto, em meros termos exemplificativos, a Constituição em tela apresentou essas premissas no artigo 179, sob a égide “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros” - texto na íntegra (Planalto/2009).

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. (Planalto/2009)

Na década de 1960, denota-se uma atmosfera marcada pela maciça repressão, decorrente de um regime ditatorial, cujas características mais substanciais estão atreladas ao total desrespeito as instituições basilares de um Estado Democrático, ultraje ao cidadão como ser humano dotado de potencialidades a serem desenvolvidas e suplantação dos aspectos primários da Tripartição dos Poderes. Isto é, ante a tais aspectos, fez-se premente e latente a necessidade da promulgação de uma Carta Magna que amparasse em seu seio valores a muito ultrajados e mandamentos que protegessem e resguardassem a população do poder arbitrário do ente estatal. Assim, o constituinte inaugurou uma nova ordem, pautada no garantismo constitucional. Desta feita, ao avaliar a Constituição Cidadã, vislumbra-se que o princípio da legalidade foi abarcado no artigo 5º., inciso XXXIX como cláusula pétrea,

elencando tal preceito como Direitos e Garantias Fundamentais. Destarte, urge trazer à tona a redação do referido inciso que aduz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **XXXIX** - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (Planalto/2009)

IV - Princípio da Legalidade: Fito Primário.

Tendo por axioma tudo o que foi apresentado, é possível dispor que o preceito que resguarda a concepção de legalidade desenvolveu-se como objetivo primário, servir como ponto efetivo a limitar a intervenção arbitrária e desmedida do ente estatal, bem como seu poder punitivo. *Ipsa facto*, em consequência de tais considerações, é válido afirmar que o arcabouço teórico que constitui tal mandamento, busca frear os desmandos dos governantes, a exemplo do foi observado em tempos passados.

Assim, fica explícito que, desde tempos imemoriais até poucos séculos atrás, o poder do Estado/Monarquia/Império era um mero prolongamento da vontade do governante que condicionava a população aos seus desmandos. Frente a isso, evidencia-se que o princípio da legalidade desenvolveu-se como resultante de cenários históricos que foram marcados pela exacerbação dos poderosos ante os mais humildes e aqueles que possuíam opinião ou pensamento diverso do adotado. Em suma, fundou-se como um contraponto as tendências de exagero personalistas daquele que detêm o poder.

Ainda nesse sentido, incumbe ressaltar que, segundo apregoa Mirabete (2008, pág. 38), por si só esse mandamento não se basta, ao contrário, é fundamental a existência de um manancial de corolários que sejam utilizados como alicerces e substrato. Ao trazer para a esfera penal, fica ainda mais nítido sua necessidade, vez que tão-somente por suas disposições, torna-se plausível evitar a punição, fundada no mero desejo dos governantes, daqueles que atentem contra a sociedade por meio da perpetração de condutas criminosas. Isto é, para punir, é primordial que exista uma norma anterior que preveja, de maneira abstrata, a conduta e apresente em seu âmago a punição cominada. É a chamada função de garantia penal.

V – Desdobramentos do Princípio da Legalidade.

O princípio da legalidade traz em si mais que a simples concepção de não haver crime sem lei anterior que o defina ou ainda pena sem prévia cominação legal, estende-se e gera de sua essência outros princípios de maciça relevância. Tais preceitos visam, em um primeiro momento, a obtenção de maior eficiência e que formam, segundo palavras do professor Mirabete (2008, pág. 39), “um todo indivisível”, de modo tal que a concretização de cada um se revela imprescindível para que todos os demais possam se consubstanciar.

V. 1 – Princípio da Anterioridade da Lei:

Também chamado de princípio da exigência da lei anterior ou *laex preavia*, é externado por meio de uma expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. Portanto, com fulcro nesse corolário, proibi-se a edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade. Isto é, a lei que institui o crime e a pena deve ser anterior ao fato ao qual é destinada a punir.

Assim, em linhas iniciais, torna-se latente que, fundando-se em tais premissas, o poder punitivo do Ente Estatal fica adstrito/condicionado as definições legais. Destarte, um indivíduo só poderá ser processado e condenado pelo Estado, desde que ao cometer uma conduta, esta esteja exaurida em um tipo legal. De igual monta, somente poderá ser sancionado nos limites fixados pela legislação que trouxe à baila o ilícito penal.

Posto isto, Roxin (2003, pág. 34) ainda ostenta que de tal mandamento decorre o nomeado princípio da vedação das leis penais materiais *ex post facto*, ou o princípio que proíbe a criação de leis *ad hoc*. Tal preceito se alicerça em um único motivo, qual seja apenas aplacar o estado de ânimos e as excitações que são politicamente indesejáveis. Isto é, são normas construídas devido à emoção emanada pelo momento, e, por esse aspecto, são indesejadas por um Estado Democrático de Direito, dado o seu conteúdo.

Em uma análise primária, denota-se que para empregar uma lei a um determinado fato, é primordial que a norma esteja em plena vigência antes do cometimento do crime. No mais, cabe destacar que somente a lei em sentido

estrito pode criar crimes e penas criminais. Conseqüentemente, desconsidera-se, desse modo, a mera possibilidade de se criar fatos delituosos e sanções penais por meio de atos normativos *lato sensu*, como é o caso do decreto-lei ou medida provisória, antes da aprovação desta pelo Congresso Nacional, bem como por meio de decreto legislativo e resolução.

Ademais, o postulado da irretroatividade da lei penal, tem pleno assento na Carta Política, inciso XL do artigo 5º., ao determinar: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. De igual sorte, no Código Penal, no artigo 2º ao prescrever: “ninguém poderá ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”.

Esse princípio confere ao cidadão a segurança de não ser punido, ou não ser apenado mais severamente, pelo cometimento de fatos que passaram a ser considerados crimes ou passaram a ter pena menos branda por uma lei posterior. Isto é, a lei penal mais severa não pode retroagir para alcançar fatos praticados anteriormente a sua vigência. Esse postulado corresponde à interferência direta do princípio da anterioridade da lei. Entretanto, tal preceito pode ser mitigado, permitindo sua retroatividade quando a lei posterior for mais benéfica, essa premissa é o substrato sobre o qual se estrutura o princípio da retroatividade benéfica, admitido e privilegiado no Ordenamento pátrio.

V. 2 – Princípio da Exigibilidade da Lei Escrita:

Um segundo desdobramento do princípio da legalidade é o *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* ou ainda chamando de princípio da exigibilidade da lei escrita. Isto é, conforme estabelece o princípio em apreço, para criar normas penais incriminadoras e as respectivas sanções mister se faz a edição de uma lei escrita, “*submetida aos rígidos processos de formulação legislativa constitucionalmente estabelecidos, com obediência de todos os ritos e fórmulas para a validade formal da lei*” (LOPES, 1994, pág. 107).

Portanto, arrimando-se no corolário supra, fica explícita a proibição do emprego do direito consuetudinário (costumes e tradições) para fundamentar ou agravar a pena. Em face disso, os costumes não podem ser utilizados como fonte criadora de crimes e penas. Entretanto, cumpre destacar que a utilização dos costumes como fonte do Direito Penal só é vedada se maléfico ao

acusado, isto é, se estiver criando direito repressivo, instituindo ou majorando crimes e penas. Do contrário, para o benefício do réu, a invocação do costume é devida e amplamente aceita pelo Estatuto Repressor Penal.

Com espectro no apresentado, faz premente evidenciar que, devido a tradição da lei escrita adotada no Brasil, o denominado Civil Law, somente esta tem a qualificação carecida para criar a tipificação das condutas passíveis de sofrerem qualquer sanção. Igualmente, estabelecer as medidas a serem tomadas para punir o indivíduo.

V. 3 – Princípio da Proibição da Analogia *In Mallam Partem*:

Nomeado, por vezes, como o princípio da lei em sentido estrito (*lex stricta*) ou ainda *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, é outro postulado que deriva do princípio da legalidade. Traz como flâmula primordial a proibição de criar crimes, fundamentar e agravar a pena por meio de analogia, isto é, fica vedada dentro do Direito Penal a analogia *in mallam partem*. Contudo, faz-se mister arrazoar que é totalmente permitido a analogia *in bonam partem*, ou seja, será utilizada a analogia sempre que for benéfica ao cidadão, visto que gera a diminuição ou até mesmo a não aplicação da pena ao acusado. Tal fato se fixa no pressuposto que a analogia é baseada na concepção de semelhança, assim, em situações que há lacunas na legislação, é inadmissível empregar normas semelhantes para sanar tal mazela.

Deste modo, nas palavras de Maurício Lopes (1994, pág. 123) e o mestre Damásio de Jesus (2003, pág. 09), o Direito Penal admite o emprego da analogia, desde que se atenda ao critério do *favorabilia amplianda*, permitindo a aplicação analógica dos preceitos referentes à exclusão do crime ou de culpabilidade, isenção ou atenuação de pena e extinção de punibilidade. Cumpre ressaltar, porém, que ficam ressaltados os casos em que a lei quiser excluir de certa regulamentação determinados casos semelhantes.

V. 4 – Princípio da Proibição da Taxatividade:

O postulado em tela também é denominado de princípio da lei específica (*lex certa*) ou ainda o *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. A partir disso, fica determinado que são proibidas as leis penais indeterminadas, ou seja,

veda-se os conceitos genéricos ou vagos que permitem abusos e interpretações equivocadas

Isto é, o Ordenamento Criminal Brasileiro estabelece que os tipos penais devem ser claros e precisos, ou seja, o legislador, ao elaborar a figura típica, não deve deixar margens a dúvidas, nem utilizar termos genéricos, muito abrangentes, visto que a lei só irá realizar a sua função preventiva, motivando o comportamento humano, se for acessível a todas as pessoas, em todos os níveis sociais.

VI – Princípio da Legalidade e o Princípio da Reserva Legal:

Segundo alguns posicionamentos, o princípio da reserva legal é um sinônimo do princípio da legalidade, contudo, a fim de trazer à baila um aspecto interessante intrínseco no corolário tema do presente artigo. Assim, admitindo que o princípio da reserva legal é um desdobramento dos pilares que sustentam a legalidade, é crucial tecer que esse pressuposto embasa-se na premissa que apenas a lei, em sentido formal, pode descrever em suas linhas quais são as condutas criminosas, sendo vedada à utilização de decretos, medidas provisórias ou quaisquer outras variantes para criminalizar determinadas condutas. Isto é, a reserva legal está intimamente atrelada ao fato da lei possuir aspecto formal e, por isso, assemelha-se ou mesmo pode ser considerado como um simples sinônimo do corolário do *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*.

VII – Considerações Finais:

Diante de tudo o que foi apresentado, é possível constatar de maneira clara e transparente a real importância dos muitos princípios que permeiam a Ciência Jurídica, sobretudo, em especial, o da legalidade. Este corolário veda a utilização das normas como simples e caprichosa manifestação da vontade do governante, asseverando um cunho de imparcialidade, tal como deve ser, ao Ordenamento Jurídico, de modo geral, e o Estatuto Repressor Penal e normas alienígenas, em especial.

Assim, adotando como premissa final o fato da norma ser abstrata, sendo empregada a todos, sem qualquer distinção, conforme o princípio da

isonomia apregoa. É latente salientar que as leis criminais por tutelarem de maneira singular um dos bens jurídicos mais valorados, a liberdade, deve ter sua atuação limitada aos casos que realmente necessitem e de acordo com os ditames que fixa, sem prejudicar nenhum indivíduo e visando garantir a harmonia da coletividade.

Referências:

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal. Parte Geral - Volume 01.** (7ª edição). São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

GAMA, Ricardo Rodrigues. Dicionário **Básico Jurídico – Verbetes de Uso Forense.** Campinas: Editora Russel, 2006.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Danielle. **O Princípio da Legalidade Penal.** Disponível no site: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2198/O-principio-da-legalidade-penal>>. Acesso dia 04 de Abril de 2009, às 23h14min.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Legalidade Penal – Volume 1 - Projeções Contemporâneas.** Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal – Volume I: Parte Geral** (24ª edição, revista e atualizada). São Paulo: Editora Atlas, 2008.

Princípio da Legalidade. Disponível no site: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio_da_legalidade>. Acesso dia 04 de Abril de 2009, às 21h13min.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal** (5ª edição, 8ª tiragem). São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico**. Disponível no site: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso dia 04 de Abril de 2009, às 15h48min.