

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DO DIREITO PENAL MÍNIMO À MAXIMIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PUNITIVA

Ricardo de Brito A. P. Freitas¹

Posto que, o Direito penal possibilita as mais graves ingerências na esfera da liberdade dos cidadãos, admitidas pelo ordenamento jurídico, tem de se tomar especiais precauções contra o seu abuso. O princípio da preferência e reserva da lei se encontra, por isto, mais enraizado no Direito penal que em qualquer outra parte do Direito vigente (Jescheck, 1993, p.47).

Introdução

É provável não existir na doutrina do direito penal um princípio tão unanimemente festejado como o da legalidade. Desconheço a existência de estudiosos do direito penal que se recusem a apontá-lo como uma espécie de princípio de base deste ramo do direito. Os dogmáticos costumam afirmar que o princípio da legalidade é, juntamente com o da culpabilidade, o mais importante dentre os que dizem respeito ao direito penal do Estado democrático de direito. Por outro lado, sua natureza constitucional explícita lhe confere uma concretude que pode faltar a certos princípios penais acolhidos implicitamente na Constituição da República. Trata-se, em conseqüência, de um princípio do direito penal que se encontra praticamente imune a questionamentos acerca de sua legitimidade.

Porém, em que pese não existir dúvida de que o princípio da legalidade penal possui natureza constitucional, acredito ainda não terem sido suficientemente exploradas as

¹ Professor da UFPE e da Faculdade Damas. Procurador de Justiça Militar do Ministério Público Militar.

suas conexões com o princípio constitucional do Estado democrático de direito. Por tal razão, este ensaio pretende contribuir para preencher uma lacuna que, em meu entender, persiste na literatura penal nacional. Em meu sentir, ao contrário do que aparenta, a relação entre Estado democrático de direito e princípio da legalidade penal não está isenta de conflitos que, inclusive, podem ameaçar a sua própria existência. A expansão do conceito de Estado de direito tem posto em evidência a existência de determinadas contradições entre este e o princípio da legalidade penal. Pretendo, assim, em particular, demonstrar que a passagem do Estado liberal de direito ao Estado social de direito faz nascer determinados desafios nada desprezíveis à plena vigência da legalidade penal. Evidentemente, não tenho a pretensão de esgotar o exame do problema nos estreitos limites deste ensaio, mas apenas de fornecer pistas que possam ser seguidas posteriormente por todos aqueles interessados no problema.

O argumento central deste ensaio é, em síntese, o

seguinte: diferentemente do que parece supor considerável parcela da doutrina, penso que o chamado Estado democrático de direito pode debilitar o princípio da legalidade penal por força de suas próprias características. Porém, o enfraquecimento do referido princípio penal constitucional causa, de forma aparentemente paradoxal, problemas ao próprio Estado democrático de direito, podendo, no limite, ameaçar a sua própria existência. Em consequência, a doutrina penal deve se manter alerta no tocante aos problemas que envolvem o princípio da legalidade, dentre os quais os que dizem respeito ao conteúdo e vigência do Estado democrático de direito.

Há outra razão que justifica a escolha do princípio da legalidade penal como objeto de reflexão: penso que os temas clássicos do direito penal sempre estão sujeitos a releituras a partir de novos enfoques. Seus diversos aspectos nunca estão totalmente explorados. A explicitação de certos problemas ainda não suficientemente investigados ou mesmo a revisão crítica de questões bastante

conhecidas pode representar uma contribuição relevante para a ciência do direito penal. A arqueologia de um tema, às vezes, revela-se um instrumento precioso em investigações posteriores. É o que sucede com o princípio da legalidade penal. Parece-me que ele tem sempre algo a nos dizer de novo, no sentido de que está constantemente a nos proporcionar reflexões atualizadas acerca do problema penal, objeto geral de nossa disciplina. Esclareço, por fim, não ser importante que meus argumentos sejam aceitos, mas debatidos. O importante é que o leitor possa pensar ou repensar criticamente alguns aspectos da problemática que trago à sua consideração.

Atualmente, segundo a doutrina, a noção de legalidade penal assume a condição de verdadeiro princípio penal. Esse princípio é considerado pressuposto necessário de toda atividade punitiva que se pretenda expressão do direito e não da força (Soler, 1987:136). Trata-se, portanto, de um princípio estreitamente conectado à noção de Estado de direito. Para que se possa conhecer a

sua natureza, no entanto, faz-se necessário uma rápida exposição sobre os princípios penais constitucionais de modo a esclarecer qual a sua posição entre os mesmos.

Para prestigiosa corrente doutrinária, princípios constituem valores positivados, razão pela qual são considerados “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema” (Bobbio, 1989:159). Para outras correntes, entretanto, princípios não são apenas normas, mas também fundamento ou razão das normas. Sendo assim, de acordo com este ponto de vista, princípios tanto podem ter natureza jurídico-positiva (constitucional ou infraconstitucional) como podem se referir aos fins políticos do ordenamento penal. Podem, por último, possuir índole marcadamente material. Porém, mesmo estas correntes admitem que os princípios penais, quando positivados, possibilitam intervenções mais efetivas na realidade, porque a positivação os torna mais concretos, mais operacionais, enfim, mais eficazes que os princípios penais materiais. Mesmo que estes últimos não tenham sua

validez condicionada exclusivamente pelo ordenamento positivo, o fato é que a sua “completa fundamentação constitucional” faz-se necessária, pois no Estado de direito não há legitimação possível que não se apóie no texto legal, sobretudo, no texto constitucional (Yacobucci, 2002:144-145; Palazzo, 1989:23).

Os princípios penais materiais não são meras fontes do direito penal, mas verdadeiras “regras constitutivas da existência e desenvolvimento do *jus puniendi*” (Yacobucci, 2002:98). Muito embora existam independentemente de posituação, podem ser positivados. Possuem, assim, “juridicidade e uma ‘positividade’ de algum modo ‘natural’, na medida em que se lhes reconhece sua emergência primária a partir da racionalidade humana, seus vínculos, fins, bens e valores, especialmente os que surgem da convivência social”. Por isso, no que diz respeito aos princípios penais materiais, sustenta-se que a “sua juridicidade não depende exclusivamente das formalidades legislativas, mas tão somente de seu intrínseco sentido de racionalidade

ou de seu reconhecimento histórico-cultural” (Yacobucci, 2002:100).

Os princípios penais positivos, verdadeiras fontes do direito penal, têm por função integrar e conferir coerências aos sistemas jurídicos e são classificados em fundamentais ou derivados. São exemplos de princípios penais fundamentais: o princípio da culpabilidade e o da legalidade penal. Exemplos de princípios penais derivados: o princípio da proporcionalidade, o princípio da intervenção mínima e o princípio da subsidiariedade. O princípio da legalidade penal serve de fundamento a outros princípios penais constitucionais. Todos os princípios penais estão, assim, relacionados. Por conseguinte, a recusa do princípio da legalidade penal abala todo o edifício no qual está estruturado o direito penal do Estado de direito.

Em decorrência do princípio da hierarquia das normas, a natureza constitucional do princípio da legalidade acarreta a sua supremacia sobre as normas penais de hierarquia inferior, como as que se encontram

tram no Código Penal e na legislação penal extravagante.

O princípio da legalidade penal pode ser classificado em princípio da mera legalidade (*nulla poena et nulla crimen sine lege*) e princípio da estrita legalidade (*nulla poena sine crimine et sine culpa*). O primeiro princípio expressa a noção de reserva legal. Por mais imoral, por mais socialmente nociva que seja uma conduta, somente a lei penal pode defini-la como crime. O delito, por seu turno, é pressuposto da pena, igualmente definida formalmente. O fato punível, em suma, não apresenta características ontológicas, mas depende de uma definição legislativa. Diante do princípio da legalidade concebido como mera legalidade, impede-se o magistrado de julgar arbitrariamente, na medida em que se encontra submetido à lei. O magistrado não se pronuncia sobre um ato imoral em si ou socialmente danoso e, por esta razão, merecedor de um castigo, mas sobre uma conduta descrita na lei como crime que, por sua vez, é pressuposto de uma sanção penal. A valoração que o juiz possa fazer sobre esta conduta

é praticamente irrelevante, haja vista estar subordinado à lei. Por outro lado, segundo o princípio da estrita legalidade, a lei penal deve se referir a comportamentos empíricos e objetivos puníveis e não a sujeitos puníveis. A lei penal não pode definir o crime a partir do estilo de vida ou das características pessoais do indivíduo, mas em bases empíricas, isto é, deve contemplar comportamentos concretos minuciosamente descritos com a máxima precisão em todos os seus aspectos (Ferrajoli, 2002:6-7).² A partir

² Diz Ferrajoli (2002:6-7) especificamente acerca do princípio da legalidade estrita: “O princípio da estrita legalidade é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, enquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e que têm, portanto, caráter ‘constitutivo’ e não ‘regulamentar’ daquilo que é punível: como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiram as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os ‘ociosos’, os ‘vagabundos’, os ‘propensos a delinquir’, os ‘dedicados a tráfico ilícitos’, os ‘socialmente perigosos’ e semelhantes”.

desta distinção, procuro diferenciar a mera legalidade da estrita legalidade sempre que se fizer necessário ao longo do texto. Utilizo, porém, a expressão “princípio da legalidade” em sentido geral na maior parte do tempo, sempre que puder fazê-lo sem prejuízo para a compreensão do conteúdo do texto; afinal, mera legalidade e estrita legalidade são apenas duas dimensões da noção mais geral de legalidade penal.

Este ensaio se inicia por uma investigação em torno do processo histórico de formação do conceito de legalidade penal a partir da antiguidade para examiná-lo no seu processo evolutivo que culmina com a emergência dos Estados de direito. A partir do conceito de Estado de direito busca-se precisar a relação existente entre o princípio da legalidade penal e o conceito de Estado liberal de direito. Por último, a partir do exame da evolução conceitual do Estado de direito, pretende-se assinalar a existência de algumas das dificuldades impostas pelo Estado democrático de direito à plena vigência do princípio da legalidade penal.

1. Formação do Conceito de Legalidade Penal

É tradicional na literatura penal a discussão acerca do momento em que teria sido formulado o conceito de legalidade. Geralmente, admite-se que o seu surgimento ocorre com o pensamento iluminista nas décadas anteriores às grandes revoluções liberais que puseram termo ao absolutismo monárquico no continente europeu. Por exceção, há autores que defendem o ponto de vista de que o princípio da legalidade penal surge com a Magna Carta inglesa de 1215, porém, Jiménez de Asúa (1992:384-385) explica, corretamente, que, apesar do referido diploma legal se referir à garantia de que nenhum homem livre poderia ser preso sem fundamento legal, esta se destinava apenas aos membros da nobreza e não a todos os súditos do monarca inglês. Existem, por outro lado, também aqueles que situam a aparição do referido princípio penal na antiguidade romana. A solução da controvérsia, porém, depende basicamente do ponto de partida que se adote

para examiná-la. Se o referido princípio penal é pensado a partir da noção de mera legalidade, não resta dúvida de que a sua progressiva formação deu-se de maneira mais lenta e a partir de um período histórico mais remoto que a noção de estrita legalidade, cuja aparição deu-se tão somente no século XVIII. Em todo caso, não se pode esquecer que o conceito de estrita legalidade é tributário da noção de mera legalidade. Por outro lado, é certo que, sendo o princípio da legalidade mais propriamente político que jurídico, a sua criação relaciona-se à percepção de seu papel de contenção do arbítrio estatal em favor dos direitos individuais concebidos inicialmente como naturais e inalienáveis.³ Considerando-se este dado, é indubitável que o princípio da legalidade penal é um produto

da cultura européia do século XVIII.⁴

O princípio da mera legalidade é produto de paulatina evolução histórica. Sua criação é obra de séculos e não de décadas. Chega-se a dizer, inclusive, que o referido princípio remonta ao direito penal romano, diferentemente do prin-

⁴ Neste sentido, Jescheck (1993:117): “O *fundamento histórico do princípio da legalidade* se encontra na teoria da ilustração do contrato social, pelo qual tem origem política e não jurídico-penal. Suas raízes estão na idéia de uma razão que, dizendo respeito a todas as pessoas, encontra expressão determinante na lei e exclui a arbitrariedade estatal como ‘perturbação’ irracional, assim como o postulado dos direitos naturais e invioláveis de toda pessoa com respeito à liberdade, em limitação da tarefa do Estado à proteção do Direito, e na exigência de dar segurança e certeza ao Direito em benefício de uma burguesia que ganhou progressivamente influência”. E também Antolisei (1988:44): “O princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tem indubitavelmente um conteúdo eminentemente político. Constitui uma garantia para os cidadãos, no sentido de que lhes assegura que não serão castigados senão nos casos previamente fixados pela lei e que, ainda nesses mesmos casos, não sofrerão outras restrições de seus direitos salvo as que as próprias leis estabelecem”.

³ Jiménez de Asúa (1992:382) reafirma nos seguintes termos a natureza predominantemente política do princípio da legalidade penal: “Qualquer que seja a transcendência que os princípios legalistas tenham na área filosófica ou no âmbito científico, o certo é que *sua origem e sentido predominante foram fundamentalmente políticos*”.

cípio da estrita legalidade que deita suas raízes no pensamento iluminista (Ferrajoli, 2002:378). Por isso, mais importante que procurar estabelecer o momento preciso em que o referido princípio adquiriu a forma e a consistência aproximada que mantém até os dias atuais - embora com ampliações não desprezíveis de conteúdo - é verificar como ocorreu o processo de sua formação que, como se pode intuir, remonta à preocupação do ser humano com a sua segurança jurídica, com a liberdade e com a igualdade.

O princípio da legalidade penal é produto da filosofia iluminista e das revoluções liberais, todavia as suas raízes remotas se encontram na antiguidade, mais precisamente nos períodos em que foi sentida a necessidade de enunciar as leis - e não apenas as leis penais - em textos escritos. Em termos práticos, o princípio da mera legalidade, muito embora não o princípio da estrita legalidade, começa a ser formulado a partir do momento em que se passa a conceber o Estado como uma criação artificial, isto é, como uma criação hu-

mana, e não mais como divina; processo iniciado, muito embora não completado, com os antigos gregos. Em determinado momento da evolução política grega e romana na antiguidade, a lei do Estado passa a ser considerada parte de seu processo organizativo e tem como finalidade assegurar a unidade da ordem jurídica mediante a supressão de centros concorrentes de produção do direito, visando à eliminação das desigualdades jurídicas caracterizadoras do privilégio (Cobo Martín, 2000:17). Em tais momentos, os antigos se aproximaram dos modernos. Todavia, padeceria de anacronismo a suposição de que o princípio da legalidade penal em sentido geral poderia ter sido formulado nos Estados da antiguidade, haja vista a inexistência de condições objetivas de toda ordem neste sentido.

Rascón García (1996:49) afirma ter sido durante o período republicano da história romana que “se formulou o primeiro corpo normativo escrito de que temos notícia no Ocidente, conhecido como a Lei das XII Tábuas (*Lex duodecim tabularum*)”. Esta

afirmativa, entretanto, é inexata. Entre os antigos gregos, sobretudo no período clássico, a lei penal escrita teve grande importância, ao contrário do que muitos, erradamente, supõem. O direito escrito entalhado na pedra e exposto publicamente surge entre os anos 650-600 e passa a ocupar progressivamente o lugar do direito consuetudinário. Frise-se, porém, que a forma escrita é exclusiva do direito material, pois o processo penal permanece caracterizado pela oralidade. A lei penal escrita é adotada entre os gregos, em primeiro lugar, para que possa vir a ser conhecida não apenas pelos eventuais litigantes, mas por todos, reforçando-se, assim, a crença dos cidadãos na sua autoridade; em segundo lugar, com o objetivo de permitir a distinção mais clara entre as normas jurídicas e as demais; por último, sob o aspecto político, o direito escrito acarreta a diminuição da força política da aristocracia. Na antigüidade grega, esta classe social, como se sabe, também reproduz o seu domínio sobre os demais segmentos sociais por intermédio do direito con-

suetudinário fortemente impregnado de elementos míticos e religiosos. A adoção na antiga Grécia da forma escrita da lei em geral e da lei penal em particular, indica a existência de um processo em que o elemento racional tenta, muito embora com sucesso apenas relativo, predominar sobre o religioso (Vernant, 2003:57-61). Processo análogo foi verificado na antiga Roma.

De maneira um tanto semelhante ao processo de constituição do direito penal grego, se verifica igualmente, em Roma, uma progressiva passagem do poder punitivo familiar e tribal baseado no costume, característico da sociedade romana pré-estatal, ao *jus puniendi* estatal republicano, fundado na lei escrita, muito embora este processo jamais tenha sido completado por inteiro, na medida em que o costume e o direito penal privado mantiveram o seu prestígio ainda por muito tempo.

Mommsen (1999:37) defende o ponto de vista de que o direito penal romano surge no mesmo instante em que surge o direito penal estatal - formado pela lei escrita e pelo

costume - destinado a limitar o arbítrio judicial. Segundo ele, neste período a norma penal “designa objetivamente quais são as ações imorais”. Procedendo deste modo, ela “organiza de um modo positivo o procedimento para a persecução daquelas”, de modo a determinar qual a sanção que deve ser imposta a cada tipo de delito. Por conseguinte, diz o autor, a partir do momento em que surge o direito escrito e estatal, já “não pode mais haver em Roma nenhum delito sem prévia lei criminal, nenhum procedimento penal sem prévia lei processual, nenhuma pena sem prévia lei penal”.

A concepção de Mommsen acerca da legalidade no direito penal romano republicano é, sem dúvida, bastante limitada, podendo, inclusive, induzir o leitor a acreditar que o princípio da legalidade penal em sua plenitude esteve presente em Roma, o que é inexato. Não se pode identificar a existência de lei penal escrita prévia em relação ao fato punível com a vigência do princípio da legalidade. A lei penal escrita e prévia são, apenas, algumas das condições da legalidade no

âmbito penal, mas estão distante de esgotar o seu significado. No máximo, nela se fazem presentes apenas os pressupostos do princípio da legalidade representado pela noção de mera legalidade.

Revela-se equivocado, como assinalei anteriormente, o entendimento minoritário de que o princípio da legalidade esteve presente no direito penal romano.⁵ Roma, pelo menos no que diz respeito aos crimes de média importância, segundo os estudiosos, teria

⁵ Sustentando a inexistência do princípio da legalidade no direito penal romano e que o mesmo é um produto do iluminismo, por todos: (Antolisei, 1988:44). Mais específico que a maioria dos autores, Welzel (1997:23-24) se posiciona de maneira idêntica sobre a questão e explica: “O princípio *nulla poena (nullum crimen) sine lege* não é um princípio jurídico-romano. Sobretudo foi alheio à época imperial romana e ao direito de Justiniano com seus *crimina extraordinária* e seus conceitos delitivos excessivamente amplos e quase sem limites (p.ex., o estelionato, a infâmia). Tampouco corresponde ao extremista direito romano da vontade, que regia para os *delicta publica* e que não conhecia diferenciação entre preparação, tentativa e consumação; logo, nenhuma classe de tipicidade”.

sido uma espécie de “estado de polícia”, na medida em que a magistratura gozava de ampla discricionariedade no desempenho de suas tarefas (Guarino, 1994:92-93). A lei escrita funcionava apenas como um parâmetro do qual o magistrado podia, em certos casos, se afastar. Neste sentido, segundo reconhece o próprio Mommsen (1999:37), mesmo com o advento da lei penal escrita “não ficou de maneira alguma abolido com isto o arbítrio do magistrado”, visto que este “podia castigar fatos não fixados como delito pela lei, sem ater-se a procedimento algum determinado de antemão pela mesma e fixando a medida da pena a seu arbítrio”, muito embora pouco a pouco esta liberdade ampla de ação viesse a ser restringida. Seja como for, o procedimento técnico utilizado pelo magistrado para aplicar o direito faz com que o direito penal romano se distancie do princípio da legalidade.

Em Roma, afirmam os estudiosos, predomina a utilização da técnica denominada de *jurisprudencia* que consistia na utilização, pela autoridade pública, de fórmulas gerais pro-

venientes da doutrina visando à solução dos conflitos entre particulares. O saber dogmático ainda não havia nascido. Assim, chegam à conclusão de que em todas as fases do passado romano o direito escrito teria sido utilizado de maneira muito limitada (Ferraz, 1980:2 e p.22), o que não é exato. Sabe-se, atualmente, que o direito escrito desfrutou de um prestígio que não pode ser desconsiderado ou minimizado.

Embora seja certo que a lei escrita teve um papel muito limitado na antigüidade, não se pode desconhecer o seu peso especificamente no direito penal romano, sobretudo no período republicano. É verdade que a distinção incompleta entre as esferas do direito e da moral contribuiu para dificultar a emergência da lei escrita. Em Roma, como, de resto, em todos os povos da antigüidade, religião e moral impregnaram profundamente o costume jurídico, dificultando a criação de um direito cujo conteúdo fosse atribuído à consciência humana. Portanto, o direito penal romano enfrentou dificuldades para surgir e se tornar relativamente autônomo. Na

realidade, o direito penal romano jamais se libertou por completo da influência da moral e religião. De toda sorte, o fato é que a lei escrita alcançou significativa importância na república romana quando da promulgação da célebre Lei das XII Tábuas cuja legislação penal se encontrava nas Tábuas VIII e IX. A respeito da Lei das XII Tábuas, é pacífico o entendimento de que, tanto em termos jurídicos como em termos políticos, tal legislação constitui o mais importante diploma penal escrito até então por resumir em texto único as mais relevantes normas penais da maior potência política e militar que a antiguidade até então conheceu, em que pese o fato, como salientei, de ter existido direito penal escrito anterior ao romano.

A legislação das XII Tábuas emerge das lutas políticas entre patriciado e plebe. Seu significado político essencial é o de proporcionar à plebe algum tipo de segurança jurídica e igualdade em relação ao patriciado, o que, naturalmente, seria impraticável na vigência de um direito penal consuetudinário e arraigado

nas tradições que, como em toda e qualquer civilização da antiguidade, sempre favorece a classe dominante em detrimento dos setores sociais subalternos e espoliados. A certeza em relação ao que constitui crime e a punição correspondente, a exigência da lei ser aplicável da mesma forma tanto a plebeus quanto a patricios e a segurança jurídica propiciada pela publicidade decorrente do direito escrito, representam conquistas que não podem ser desprezadas, apesar de não propiciarem a extinção das divisões sociais existentes e tampouco alterações no exercício da dominação política que, em última instância, é exercida pelo patriciado.

Pode-se aquilatar a importância da Lei das XII Tábuas no que concerne à segurança jurídica, à certeza da lei e à igualdade comparando-se o direito penal romano escrito com o direito então existente, sobretudo, no período monárquico do passado romano. Apesar da escassez de informações acerca do direito penal romano monárquico, sobretudo no que se refere aos quatro primeiros séculos de sua histó-

ria, sabe-se que, no campo penal, os magistrados julgam sem apoio em qualquer norma de direito escrito. Tal poder de natureza judicial, denominado de *coercitio*, provém de seu *imperium*. O julgador pode impor as penas que considere mais convenientes, inclusive o confisco de bens. Também pode aplicar castigos puramente disciplinares. Apenas no final do século IV esse poder torna-se limitado graças à possibilidade do prejudicado apelar a uma assembléia popular através de um recurso conhecido por *provocatio ad populum*. Tal recurso, porém, é permitido somente aos condenados à pena capital ou a pena pecuniária muito elevada (Rascón García, 1996:137). Em contraste, na lei escrita das XII Tábuas os crimes implicam na imposição de penas fixas. A multa, por exemplo, é quantitativamente fixa, regulando-se pelo delito cometido e não por algum critério fluido ou arbitrário. Em consequência, pode-se dizer acertadamente que, na Roma republicana, “a norma escrita representa o máximo expoente de publicidade frente à ocultação religiosa da época monárquica”, ao mesmo tem-

po em que proporciona certo grau de segurança jurídica, em virtude de poderem ter as pessoas “conhecimento das conseqüências dos próprios atos antes de realizá-los”, algo de interesse, na época, tanto de plebeus quanto de patrícios (Rascón García, 1996:56).

Bem mais tarde, o direito penal romano, embora menos importante que o direito civil, influenciará o mundo Ocidental. Portanto, a lei penal escrita romana, apesar de insuficiente para que se possa caracterizar o direito penal romano como um direito fundado no princípio da legalidade, sem dúvida contribuiu para facilitar a emergência do princípio ao proclamar a superioridade política do direito penal escrito sobre o direito penal consuetudinário.

O direito penal escrito não desaparece inteiramente do Ocidente com a extinção do império romano, ao contrário do que alguns acreditam. É verdade que, fora fronteiras da república, o direito penal “germânico” é de natureza consuetudinária, diferenciando-se, assim, do direito penal romano. Todavia, no século VI,

há notícia da existência de fontes escritas do direito penal na região atualmente correspondente à França. Inclusive, a partir deste século, mais precisamente no período franco, ou seja, até o ano de 843, verificasse a aparição de um direito escrito como reflexo do poder real (Jescheck, 1993:81), em que pese não ter sido agasalhado o princípio da legalidade em seu interior (Welzel, 1997:24).

Em regra, a decadência da forma escrita do direito corresponde ao enfraquecimento da autoridade política monárquica central nas diversas regiões da Europa Ocidental. Mais tarde, movimento contrário no sentido do fortalecimento monárquico e da constituição dos Estados nacionais contribui para o renascimento da forma escrita, num processo que culmina com o surgimento do princípio penal da legalidade quando da extinção das monarquias absolutas. É importante assinalar, neste sentido, que a noção de mera legalidade esteve bem presente no Estado moderno monárquico-absolutista. Assinala Cobo Martín (2000:16) que o Estado monárquico-absoluto, “embora

possa parecer contraditório e não se sublinhe habitualmente (...) não somente não prescinde da lei, mas se configura com base nela tanto teórica como praticamente”. Portanto, pode-se afirmar com segurança que, em sentido mais restrito, “o princípio da legalidade radica então na própria história do Estado moderno e constitui, junto a outros princípios, um fundamento indisfarçável da organização política indivisível da modernidade jurídica” (Bergalli, 2002:193).

O surgimento no século XI da denominada ciência do direito na Itália igualmente favorece a adoção da forma escrita do direito. Neste período histórico são lançadas as bases do pensamento dogmático moderno com a adoção do princípio da proibição da negação. As principais fontes do direito são, respectivamente, o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, o *Decretum* (1140) de Graciano, os Cânones eclesiásticos e, por fim, as coleções de decretos papais. A tendência expressa pelo direito é fundamentalmente conservadora, na medida em que as fontes mais antigas prevelem em relação às mais

recentes (Ferraz, 1980:31-35). Porém, na região que atualmente corresponde à Alemanha, após a repartição do império carolíngio, a fragmentação do poder estatal provoca a decadência do próprio direito penal. O poder punitivo passa a ser exercido pelos senhores locais com base em normas consuetudinárias e tradições particulares, situação que perdura até o século XIV/XV. A ressurreição do direito penal romano na Itália, região economicamente mais próspera da Europa, não poderia, no entanto, ter deixado de influenciar o direito penal em outras regiões. Também o direito penal alemão recepcionou o direito romano a partir do trabalho realizado na Itália pelos glosadores (1100-1250) e pós-glosadores (1250-1450), o que explica o fato de que, a partir do século XIII a Justiça eclesiástica tenha passado a funcionar na Alemanha em novas bases ditadas pela referida recepção. Da mesma maneira, o direito penal alemão comum é influenciado pela sofisticada recriação rigorosa procedida pelos juristas italianos do direito penal romano. Este, por ser

direito penal do império romano passa a ser considerado como sendo o legítimo direito penal “imperial” (Sacro Império Romano-Germânico) (Jescheck, 1993:81-83).

Em 1532, Carlos V toma a iniciativa de criar uma legislação penal – na verdade, mais processual penal que substantiva – para os súditos do império. Nasce, assim, a *Constitutio Criminalis Carolina* (*Peinliche Gerichtsordnung*) e, com ela, a obrigatoriedade de sua aplicação exclusiva na esfera penal. Apesar disto, a noção de legalidade estrita não se fez presente, na medida em que o magistrado pode se valer de maneira ampla da analogia (Welzel, 1997:24). A despeito da sua importância na evolução do direito penal alemão, a aparição da *Carolina* não é um fenômeno isolado do contexto europeu. Por todas as regiões européias em que a centralização política dos Estados ocorre, concentra-se, igualmente, o poder de criar o direito e aplicá-lo, a exemplo do que acontece na França e na Espanha.

O nascente e posteriormente maduro absolutismo francês tem no *Grand Coutumier*

de Carlos VI (1453), nas *Ordonnances Criminelles* de Francisco I (1539) e na *Ordonnance Criminel* de Luís XIV (1670) seus diplomas penais de maior expressão. Neste último, a parte processual tinha maior destaque que a dedicada ao direito penal, à semelhança da *Constitutio Criminalis Carolina* alemã. Ademais, os crimes (por exemplo, o duelo, o peculato, o falso testemunho, a ocultação da gravidez) são dispostos de forma desordenada e fragmentária. Por conseguinte, o poder de criação do direito penal pelos parlamentos (órgãos judiciais e não legislativos) é, de fato, considerável. Portanto, no direito penal francês pré-revolucionário, não obstante a direção progressista das reformas empreendidas antes da revolução, as penas são arbitrárias. Ao magistrado é concedido o poder de aplicá-las com ampla margem de liberdade, podendo, inclusive, determinar o seu modo de execução, de agravação ou de cumulação com outras penas existentes. Por outro lado, a aplicação da pena de morte pode se revestir de intensa crueldade (Jiménez de Asúa, 1992:302-303). Esta-

va-se, então, ainda muito distante da adoção do princípio da legalidade na França.

O quadro é semelhante na Espanha dos séculos XVI, XVII e XVIII. No direito penal espanhol absolutista, os crimes e as penas são descritos de maneira indeterminada, ampla, vaga. O indivíduo não tem como saber com exatidão o que pode fazer e o que não pode, constituindo-se tal situação numa fonte de insegurança e intranquilidade pessoais. Assim como ocorre em outros Estados europeus, vige o arbítrio judicial na Espanha. A própria “doutrina” penal espanhola, considerando-se como tal o conjunto de pensadores espanhóis do período, não está particularmente interessada em realizar qualquer esforço na direção de algo semelhante à tipificação de condutas. Permite-se, deste modo, o recurso amplo à analogia mediante a comparação entre uma situação não regulada e outra semelhante regulada pela lei penal (Tomás y Valiente, 1992:203-204). Da mesma maneira, nenhuma relevância se empresta ao fato da lei penal aplicável ao comportamento do autor ser ante-

rior ou posterior ao seu advento. Isto se soma à possibilidade de retroatividade da lei mais gravosa ao agente, à indeterminação da definição legal dos crimes e das penas e à possibilidade de utilização da analogia em seu desfavor (Tomás y Valiente, 1992:352-353). Diante deste cenário injusto, compreende-se porque o direito penal na Espanha absolutista se caracterize pelo tratamento desigual nos termos assinalados por Tomás y Valiente (1992:317-318): “A condição social do delinqüente era um elemento essencial para determinar a pena que merecia”, ou seja, “as pessoas privilegiadas as quais as leis aludem genericamente sob o termo ‘fidalgo’ gozavam em matéria penal, como em qualquer outra, de um estatuto notavelmente favorável”.

Progressivamente, no entanto, sobretudo nos países mais importantes da Europa, espíritos reformadores adequados aos novos tempos começam a se agitar em obediência às poderosas transformações estruturais que então se operam no continente. Os pensadores iluministas repensam as

bases do direito penal dos Estados europeus, chegando, inclusive, a influenciar os soberanos absolutistas de sua época, alcunhados de déspotas esclarecidos. Reconhecendo a decisiva influência do iluminismo na criação do princípio da legalidade penal, assinala Jiménez de Asúa (1992:387): “A filosofia do século XVIII foi decisiva não somente para que surgisse a máxima como direito individual na França, mas para dar-lhe essa universalidade que antes não teve”. A principal preocupação dos pensadores iluministas é, justamente, o arbítrio judicial, o que faz com que o princípio da legalidade passe a constar do rol de medidas legislativas capazes de garantir o gozo das liberdades civis, da igualdade entre os cidadãos e da segurança jurídica.⁶

O primado da lei sobre as demais fontes do direito, de acordo com o pensamento

⁶ Assinala Bacigalupo (2006:109), com razão, que “a segurança jurídica está vinculada de uma maneira tão óbvia à idéia do Estado de Direito que, provavelmente por isto, não tem sido um tema freqüente das reflexões dos juristas”.

iluminista, reside na convicção de que “o homem goza, por direito natural, de uma esfera de livre atividade, ou de que o homem, ao consorciar-se, renunciou livremente *pro bono pacis* a uma parcela de suas liberdades naturais”. Em ambos os casos, se faz necessária a existência de uma lei positiva que “determine com a maior clareza possível as ações puníveis para que os juizes não sigam no punir critérios extra-jurídicos, mas apliquem somente a lei penal” (Bettiol, 1966:112). Tal ideologia, que tem na França o seu principal centro difusor, rapidamente se espalha por toda a Europa e passa a fazer parte de todo e qualquer “programa” de reformas políticas e judiciais liberais. Certos pensadores iluministas constituem, até hoje, referências indispensáveis para que se possa entender o alcance político do princípio da legalidade penal, como, por exemplo, Montesquieu, Rousseau e Beccaria.

Em *O Espírito das Leis*, Montesquieu (1996:87) ressalta que apenas nos Estados despóticos o juiz cria a sua própria regra. Nos Estados monárqui-

cos, afirma, o juiz baseia-se na lei, mas a interpreta em busca do seu espírito. Apenas nos Estados republicanos ele fundamenta as suas decisões na letra da lei penal, sem interpretá-la. Nestas duas últimas formas de Estado, assim, a lei constitui a única base legítima de toda punição. Montesquieu contrapõe o Estado despótico à legalidade penal. A lei penal é legítima tão somente quando é criada pelo legislativo que lhe confere um sentido e alcance que não pode ser avaliado pelo judiciário, pois se este interpretar a lei penal estará, em seu entender, usurpando a função do poder legislativo e, por conseguinte, violando o princípio da divisão de poderes.

Ultrapassada, atualmente, a vedação da interpretação da lei penal pelo magistrado, resta integralmente válido, entretanto, o entendimento de que a formulação do direito penal deve contar, obrigatoriamente, com a participação do Poder Legislativo.

Rousseau (1996:82), por seu turno, relaciona o princípio da legalidade à igualdade diante da lei. Ele afirma que a palavra igualdade não deve ser

entendida como sinônimo de igualdade no poder e na riqueza, mas que o poder não pode ser exercido com violência e sim com base na classe e nas leis. Esta afirmação não deve, no entanto, ser entendida como se Rousseau fosse um filósofo da igualdade puramente formal ou jurídica, pelo contrário. Significa, tão somente, que ele compreendia a dimensão jurídica da legalidade penal. Esta, portanto, está vinculada, desde a sua origem à preocupação com a igualdade do indivíduo diante da lei.

Profundamente influenciado pelos dois autores, mas, diferentemente deles, dedicando suas reflexões exclusivamente ao direito penal, Beccaria (2005:39) sustenta que “somente as leis podem decretar as penas correspondentes aos delitos, e esta autoridade não pode residir senão no legislador, que representa toda a sociedade unida pelo contrato social”. Nesta passagem, no âmbito da filosofia do direito penal, faz-se presente uma correlação entre a formulação das leis e a autoridade do legislador que, em Montesquieu, reside no Poder Legislativo.

Beccaria, porém, não formula um conceito técnico de legalidade penal, na medida em que esta preocupação ainda não se fazia presente entre os primeiros pensadores do direito penal liberal. Para os filósofos iluministas, como se sabe, é muito mais importante combater o direito penal, demoli-lo e anunciar as bases do direito penal que, a seu juízo, deveria nascer que, propriamente, formalizar juridicamente os princípios fundamentais do direito liberal.

Do exame do pensamento dos autores citados, extrai-se a conclusão de que, para eles, o direito penal representa um limite ao exercício do poder punitivo e a noção de legalidade encontra-se relacionada à segurança jurídica, à igualdade jurídica ou formal e ao princípio da separação de poderes. Mais tarde, com o advento do Estado de direito, a legitimidade da lei penal dependerá do fato de ter sido formulada mediante a observância do princípio da separação de poderes, justificando-se em nome da liberdade, da i-

gualdade (justiça) e da segurança jurídica.⁷

O advento das Revoluções liberais acelera por toda a Europa e, posteriormente, por todo o mundo, o reconhecimento jurídico do princípio da legalidade penal. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, produto da Revolução francesa de 1789, proclama o princípio da legalidade com o objetivo de assegurar a igualdade jurídica. Se os homens são iguais, respondem igualmente pelas mesmas ações e omissões proibidas pela lei

⁷ Segundo Bobbio (2000:7) “*liberdade* indica um estado; *igualdade*, uma relação”. Assim, “o homem como *pessoa* – ou para ser considerado como *pessoa* – deve ser, enquanto indivíduo em sua singularidade, livre; enquanto ser social, deve estar com os demais indivíduos numa relação de igualdade”. Bobbio (2000:16) também explica que, na verdade, ao se examinar estes “dois valores supremos da vida civil”, “a expressão mais correta é *liberdade e justiça* e não *liberdade e igualdade*, já que a igualdade não é por si mesma um valor, mas o é somente na medida em que seja uma condição necessária, ainda que não suficiente, daquela harmonia do todo, daquele ordenamento das partes, daquele equilíbrio interno de um sistema que mereça o nome de justo”.

penal. Além disso, devem suportar as mesmas conseqüências da infração penal por eles cometida. Em outros termos, se praticam os mesmos crimes devem sofrer as mesmas penas, sem distinção de classes sociais (Duguit, 2005:195-196).⁸ Tal entendimento presente na Declaração francesa é inovador em termos de legalidade penal. Se inicialmente o referido princípio traduz, basicamente, uma preocupação com a limitação do poder do governante e de seus representantes, bem como com a entronização da lei como fonte formal direta exclusiva do direito penal, já se percebe no referido documento o princípio da legalidade penal como lídima expressão da exigência de generalidade da norma jurídica contraposta aos

⁸ Duguit (2005:196-197) reconhece, no entanto, que aplicar as mesmas penas em nome do princípio da igualdade diante da lei penal não implica em renunciar à sua individualização, atitude que, em última análise, implicaria em agir de modo desigual. E afirma: “A aplicação da pena deve variar segundo a situação pessoal do delinqüente. A individualização da pena é a condição essencial, a essência mesma da igualdade na aplicação da lei penal”.

privilégios particulares de toda espécie em matéria penal.

No início do século XIX, Feuerbach (1989:63), pensando certamente na sua doutrina não menos célebre sobre os fins da pena, cria a famosa fórmula sintética *nulla crimen nulla poena sine lege* para expressar o princípio da legalidade.⁹ Segundo ele, o princípio da legalidade possui as seguintes dimensões: a) toda imposição da pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*), ou seja, apenas a cominação do mal pela lei pode fundamentar o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena; b) a imposição de uma pena está con-

dicionada à existência de uma ação cominada (*nulla poena sine crimine*), ou seja, é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário; c) o fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legali*), conseqüentemente, o mal da pena se vinculará mediante a lei a uma lesão jurídica determinada, como resultado necessário.

Esta formulação passa a constar dos Códigos Penais e das Constituições de diversos países liberais e democráticos.¹⁰ No século passado, após a 2ª Guerra Mundial, o princípio também passa a ser acolhido nos vários diplomas internacionais de proteção dos direitos

⁹ Registra Bettiol (1966:112-113), com grande acuidade, referindo-se a Feuerbach e as razões de natureza político-criminal que o levaram a cunhar em termos sintéticos a fórmula da legalidade penal: “Este jurista foi levado a acolher a exigência da regra enunciada não só por razões políticas, mas ainda por motivos deduzidos da idéia de que a lei penal através da ameaça da pena deve prestar-se aos fins da prevenção geral dos crimes. Somente quando o preceito é claramente especificado, somente quando a pena é cominada de maneira que não possam subsistir dúvidas, a generalidade dos súditos pode ser detida no cometimento de crimes”.

¹⁰ Bettiol (1966:112) assinala: “Em todos os códigos penais europeus, originados da fermentação de idéias que levaram à revolução de 1789, foi estatuído o princípio da legalidade”. A exceção mais notável, como se sabe, é do Código Penal dinamarquês, cujo artigo 1º dispunha: “Só se subsume a lei o ato cujo caráter punível esteja previsto pela legislação dinamarquesa ou uma ação inteiramente assimilável a esse ato”.

humanos.¹¹ Atualmente, o princípio da legalidade penal faz parte do patrimônio jurídico de todo Estado vinculado à tradição jurídica européia e, tendo se universalizado, obriga os Estados signatários dos tra-

tados e convenções em matéria de direitos humanos.

No Brasil, em particular, o princípio da legalidade é acolhido por todos os Códigos Penais a partir do Código Criminal do Império (1830), diploma penal de influência liberal. Este, no entanto, o admite apenas parcialmente, na medida em que tolera, em certas hipóteses, uma relativa indeterminação da lei penal no que diz respeito à quantidade de pena. Reza, por exemplo, o artigo 1º: “Não haverá crime ou delito (palavras sinônimas neste Código) sem uma lei anterior que o qualifique”. Porém, mais adiante, dispõe o artigo 33: “Nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais ou menos daquelas que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio ou mínimo, salvo o caso em que aos juízes se permitir arbítrio”.

A doutrina penal da segunda metade do século XIX enfatiza, sobretudo, ao comentar o princípio da legalidade, a importância da impossibilidade de retroação da lei penal para alcançar fatos anteriores à sua

¹¹ Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, Art.11.2: “Ninguém será condenado por ações ou omissões que no momento em que foram cometidas não eram delitivas segundo o direito nacional ou internacional. Tampouco se imporá pena mais grave que a aplicável no momento de comissão do delito”; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Art.15.1: “Ninguém será condenado por ações ou omissões que no momento em que foram cometidas não eram delitivas segundo o direito nacional ou internacional. Tampouco se imporá pena mais grave que a aplicável no momento da comissão do delito. Se posteriormente à comissão do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente se beneficiará disto. Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma), Art.7.1: “Ninguém pode ser condenado por uma ação ou omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía uma infração segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta pena mais gravosa que a aplicável no momento em que se cometeu a infração”.

edição, o que pode ser evidenciado pela opinião do autor da obra *Lições de direito criminal* (1860), Braz Florentino.

Diz Braz Florentino (2003:4-5) que a importância do princípio da legalidade não reside somente no fato de propiciar segurança aos direitos adquiridos. Sua relevância, afirma, “torna-se ainda mais decisiva quando se tratam daquelas leis que imediatamente jogam com os direitos naturais do homem, como a vida, a liberdade e a honra”, pois, “se pudesse haver crime ou delito sem uma lei anterior que o qualificasse, não poderia por isso mesmo haver liberdade civil nem segurança individual”, porque “a vida, a liberdade e a honra dos cidadãos estariam constantemente em perigo, achando-se a mercê dos caprichos de um legislador arbitrário e tirânico”. E conclui, referindo-se ao princípio da legalidade no que diz respeito à proibição da retroatividade em prejuízo do agente: “Só uma regra como a do nosso artigo pode tranquilizar os cidadãos, tirando-lhes toda a incerteza acerca do que é ou não punível, e assegurando-lhes que não

podem ser perseguidos por atos que, de boa fé, podiam supor ao menos indiferentes, visto que a lei social não lhes cominara uma pena”.

Portanto, observa-se que, para a melhor doutrina penal do 2º Império, na raiz do princípio da legalidade penal está a preocupação com a liberdade e a segurança individual.

Todos os Códigos Penais republicanos acolheram o princípio da legalidade penal. O Código Penal de 1890 e a Consolidação das Leis Penais de 1932, além da previsão integral do *nullum crimen, nulla poena sine lege* (artigo 1º, 1ª parte), trazem de forma explícita a proibição da *analogia in malam partem* (artigo 1º, 2ª parte) e o princípio da proibição da retroação da *lex gravior* (artigo 3º, caput). O Código Penal de 1940 acolhe o princípio da legalidade seu artigo 1º e no 2º, contudo, sem fazer alusão expressa à proibição da *analogia in malam partem*. A reforma da parte geral (1984) não altera a topografia nem o conteúdo das referidas disposições legais. As Constituições brasileiras, por outro lado, celebram o princí-

pio através dos artigos 179, XII (1824); 72, § 15º (1891); 113, inciso 26 (1934); 141, § 25 (1946); 150, § 16 (1967); 153, § 16 (Emenda Constitucional nº 1, 1969); 5º, XXXIX (1988).

O princípio da legalidade penal, princípio de índole liberal, encontra-se, como é dado a perceber, relacionado ao Estado democrático de direito, podendo ser considerados como duas faces de um mesmo fenômeno histórico-político. Estado de direito e legalidade penal surgem e expandem-se, ganhando a forma e a expressão que possuem atualmente, a partir de um movimento coincidente que atesta a vinculação existente entre os dois princípios e sugere a impossibilidade da existência de um sem que exista o outro.

2. O Princípio da Legalidade Penal e o Estado de Direito

2.1. Estado de Direito e Princípio da Legalidade

Assinala a doutrina constitucional nacional que o princípio do Estado democrá-

tico de direito é um “super conceito” (Mendes; Coelho; Branco, 2007:139), ou seja, dele se extraem os demais princípios constitucionais, dentre os quais os relativos ao direito penal. Todos os princípios penais se encontram, dessa forma, submetidos ao princípio constitucional do Estado democrático de direito. Em consequência, revela-se correto o entendimento doutrinário de que o direito penal “está limitado negativamente pela Constituição” (Reale, 2002:27).

A noção geral de legalidade em geral e não apenas a de legalidade penal encontra-se associada ao conceito de Estado de direito. Neste sentido, é válida a afirmação de que “a lei é o lugar privilegiado no qual se manifestam as relações entre *Poder e Direito*, de maneira que, por intermédio da lei, o poder ser faz previsível enquanto dotado da racionalidade e objetividade do universal” (Cobo Martín, 2000:22). Esta afirmação, que se refere à relação entre legalidade, o poder e o direito, em geral, é plenamente aceitável no que diz respeito à relação entre legalidade penal, o poder e o direito penal. Há,

porém, uma diferença substancial entre o princípio geral da legalidade e o princípio da legalidade penal. Enquanto o primeiro assume a feição de mera legalidade, o segundo engloba também a noção de estrita legalidade. Neste sentido, Bergalli (2002:193) recorda que, se “por um lado, o princípio da mera legalidade, como princípio geral do direito público, é extensivo a todos os campos de produção do direito estatal, pois sua missão é enunciar as condições de existência ou vigor de uma norma jurídica, por outro, o princípio da estrita legalidade, no sentido de construir uma meta-norma que condiciona a validade das leis vigentes à taxatividade de seus conteúdos e a capacidade de definir a verdade jurídica mediante suas aplicações, é uma garantia que só diz respeito ao direito penal”. Ambas as noções, no entanto, são essenciais ao direito penal do Estado democrático de direito. Talvez por esta razão, Bacigalupo (2006:109) conceitue o Estado de direito como sendo “aquele no qual os cidadãos podem calcular antecipadamente o que ocorrerá no futuro em um sen-

tido específico; ou seja: como se comportarão outros indivíduos e como o fará o Estado, sobretudo como garante da eficácia do Direito”.

O princípio da legalidade penal está indissoluvelmente ligado à idéia de Estado de direito a ponto de se poder dizer que não há Estado de direito se a legalidade penal não se encontra reconhecida e, além disso, assegurada por um Poder Judiciário independente dos demais Poderes do Estado. Por compreender integralmente a natureza desta relação, afirma Heleno Cláudio Fragoso (1987:93) que “o princípio da legalidade é essencial à estrutura jurídica do crime e da pena no Estado de direito”. De fato, assinala Bergalli (2002:193), “no campo do poder punitivo do Estado moderno, o princípio da legalidade alcançou configuração específica quando o Estado constitucional de direito adquiriu plenitude em termos recentes”. Os princípios do Estado de direito e da legalidade estão, dessa forma, entrelaçados numa relação de interdependência. Por outro lado, referindo-se aos direitos individuais e às garantias pró-

prias do Estado de direito, Jescheck (1993:112) reconhece que “no Direito penal é onde se tem desenvolvido mais as garantias formais do Estado de direito, porque nada pode ameaçar com maior persistência à liberdade individual que uma arbitrariedade das autoridades dispondo dos meios do poder punitivo”. De maneira semelhante, Roxin (1997:137) lembra que “um Estado de direito deve proteger ao indivíduo não somente *mediante* o Direito penal, mas também *do* Direito penal”.

Posta nestes termos a relação entre o Estado de direito e o princípio da legalidade, resta examinar no que o primeiro consiste para que se possa avaliar em que medida a negação do segundo pode afetá-lo.

2.2. Conceito de Estado de Direito

Estado de direito é uma expressão reconhecida, mas, em sua dimensão básica, expressa a convicção da “superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens”

(Bobbio, 1988, p.18). Com base nesta noção, o autor formula o seguinte conceito básico de Estado de direito: “Por Estado de direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou excesso de poder”. Tal conceito, entretanto, como ele próprio reconhece, é, ainda, claramente insuficiente no sentido de externar todos os seus elementos essenciais, razão pela qual vale a pena precisar melhor o seu conteúdo.

Em termos puramente formais, todo Estado é Estado de direito, na medida em que ambos constituem sistemas de normas, de competências, de funções, traduzindo, assim, uma mesma e única realidade. Para Kelsen (1990:184-185) “o Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem jurídica”. Pelo fato de não existir ordem jurídica diferenciada da ordem estatal, “a

comunidade a que chamamos de ‘Estado’ é a ‘sua’ ordem jurídica”. Tal entendimento, no entanto, jamais foi aceito integralmente e muito menos o é atualmente entre os estudiosos do direito e da política. Para estes, não se deve confundir “Estados de direito” e “Estados com direito”. “Estados com direito” podem ser ou não “Estados de direito” (Díaz, 1996:63). Nélson Saldanha (1980:8), por outro lado, explica que a discussão acerca do conceito de Estado de direito somente faz sentido se Estado e direito não forem considerados como sinônimos. Segundo ele, “afirmar a equivalência de ambos é elidir da teoria do direito todo o aspecto de politicidade, e tirar do problema do Estado de direito, seu sentido mesmo de problema”. Por tal razão, mostra-se mais acertado e útil distinguir entre Estados de direito (Estado material de direito, Estado constitucional de direito, Estado substancial de direito ou Estado de direito em sentido forte) e Estados com direito (Estado formal de direito, Estado legal, Estado de polícia, Estado de não direito ou Estado de direito em senti-

do fraco e mesmo Estado de direito em sentido fraquíssimo).

O conceito de Estado de direito somente adquire sentido se vier a ser formulado com base em um critério material, caso contrário, mesmo Estados autocráticos seriam Estados de direito, visto que, neles também, o exercício do poder depende do direito, como fonte, e da lei como forma. Portanto, Estado de direito não é sinônimo de Estado legal. Para que um Estado seja adjetivado como Estado de direito não é suficiente que o poder seja exercido mediante obediência às formalidades e procedimentos legais. A circunstância de o Estado atuar sob normas jurídicas é insuficiente para caracterizá-lo como Estado de direito. Este só existe caso seja expressão de uma ordem justa, ou seja, de uma ordem legitimada pela observância dos princípios políticos originados das revoluções liberais. Em suma, pode-se dizer que, apesar de todo Estado criar direito, isto é, produzir normas jurídicas dedicadas ao controle social e à resolução dos conflitos sociais, tal cir-

cunstância não é suficiente para que mereça ser definido como Estado de direito, na medida em que esta definição é um verdadeiro rótulo “qualificativo de legitimidade” (Díaz, 1996:63).

Considerando-se tais observações, pode-se concluir pela conveniência analítica da seguinte classificação de Estado de direito: a) Estado de direito em sentido forte (Estado liberal de direito); b) Estado de direito em sentido fraco no sentido de Estado não-despótico, isto é, aquele no qual o poder político é exercido em conformidade com as leis e não pelos homens, sem qualquer mediação legal; c) Estado de direito em sentido fraquíssimo, ou seja, aquele que identifica o Estado com o ordenamento jurídico, segundo a máxima “todo Estado é Estado de direito”, e que esvazia o próprio conceito de toda a sua substância. O conceito de Estado democrático de direito, como se percebe, é um conceito de Estado de direito em sentido forte, na medida em que absorve e expande o conceito de Estado liberal de direito concebido como aquele em

que existe “não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também a subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente” (Bobbio, 1988:18-19).

Portanto, Estado de direito, em sentido material, é aquele que atua não apenas por intermédio do direito, mas que nele encontra o limite desta atuação.¹² Conforme afirma um dos primeiros juristas a trabalhar teoricamente o seu conceito, Estado de direito é aquele em que “todas as garantias do direito público conduzem, em

¹² Saldanha (1983:18) conceitua o Estado de direito como sendo “aquele em que o limite e o fundamento da ação estatal se encontram na ordem jurídica e essencialmente na base desta, a constituição”. Jorge Miranda (2002:46), por sua vez, conceitua Estado de direito como “o Estado em que, para a garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder e em que o respeito pela legalidade (seja a mera legalidade formal, seja – mais tarde – a conformidade com valores materiais) se eleva a critério da ação dos governantes”.

primeiro lugar, a assegurar a submissão do poder do Estado às normas por ele fixadas” (Jellinek, 2000:435). Esta noção de Estado de direito, no entanto, como visto anteriormente, é insuficiente para descrevê-lo em toda a sua dimensão, pois este pode assumir, basicamente, um sentido forte (estrito ou substancial) ou um sentido fraco (lato ou formal).¹³ Neste

último caso, Estado de direito é Estado simplesmente limitado pela lei (por exemplo, o conceito de *Rechtsstaat*). No primeiro, todavia, Estado de direito é aquele não somente limitado pela lei, mas aquele que também condiciona o conteúdo da lei (por exemplo, o conceito de *stato di diritto*).

2.3. Evolução Conceitual do Estado de Direito

Os Estados de direito em sentido forte são aqueles que “incorporam, nos níveis normativos superiores, limites não somente formais, mas também substanciais ao exercício de qualquer poder” (Ferrajoli, 2002:896). Em termos penais, tal distinção entre Estado de direito em sentido forte e Estado de direito em sentido fraco implica no reconhecimento de que, no primeiro, o exercício do *jus puniendi* encontra-se não somente limitado formalmente pelo direito, mas também materialmente. Portanto, no Estado de direito, o princípio da legalidade penal é

¹³ Referindo-se às características do Estado de direito material em sentido forte, assinala Bobbio (1988:9): “Do Estado de direito em sentido forte, que é aquele próprio da doutrina liberal, são parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o exercício ilegal do poder. Desses mecanismos os mais importantes são: 1) o controle do Poder Executivo por parte do Poder Legislativo; ou, mais exatamente, do governo, a quem cabe o Poder Executivo, por parte do parlamento, a quem cabe em última instância o Poder Legislativo e a orientação política; 2) o eventual controle do parlamento no exercício do Poder Legislativo ordinário por parte de uma corte jurisdicional a quem se pede a averiguação da constitucionalidade das leis; 3) uma relativa autonomia de governo local em todas as suas formas e em seus graus com respeito ao governo central; 4)

uma magistratura independente do poder político”.

um princípio de limitação ampla do poder punitivo, exercendo a função de garantia dos direitos individuais. Neste sentido, afirma-se que “o princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a conseqüente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes” (Canotilho, 1999: 11-13).

A noção exposta no parágrafo anterior não esgota, porém, todo o conteúdo conceitual do Estado de direito no que diz respeito ao princípio da legalidade penal. No que tange especificamente à matéria penal, um dos mais importantes aspectos ou características do Estado de direito reside na idéia de que, talvez, a principal função do Estado seja a de assegurar os direitos individuais mediante garantias legais. Sob este ângulo, o Estado de direito é também aquele que se preocupa em assegurar a liberdade individual mediante a limitação de seu poder, inclusive do poder punitivo, por intermédio da lei maior, razão pela qual também é denominado de Estado constitucional.

Estabelece-se, dessa maneira, a diferenciação entre Estado de direito em sentido forte – cuja primeira manifestação histórica é o chamado Estado liberal de direito – e o Estado de direito em sentido fraco, que pode conviver com regimes politicamente autocráticos. O Estado de direito em sentido forte é, assim, aquele que, limitado pelo direito, não apenas proclama as liberdades individuais, mas se esforça por conservá-las. Já o Estado de direito em sentido fraco é aquele que, não estando limitado pelo direito, pode intervir de forma arbitrária na esfera dos direitos do homem. O Estado formal de direito ou Estado de não direito, identifica-se com a “razão de estado” e não com os direitos humanos. Ao mesmo tempo, trata-se de um Estado que consagra a injustiça, na medida em que admite a aplicação desigual do direito, inclusive do direito penal, privilegiando uns e discriminando outros. Nele, portanto, não há igualdade diante da lei e tampouco liberdade individual. No âmbito penal, o Estado de não direito é aquele que não se deixa limitar por

princípios penais constitucionais de natureza liberal, como, por exemplo, o princípio da legalidade. Nele, as sanções penais são excessivas, são cruéis, são desumanas e, também, são impostas arbitrariamente (Canotilho, 1999:11-13). O princípio da legalidade penal encontra-se, assim, vinculado na sua origem ao Estado liberal de direito (Estado de direito em sentido forte). Reconhecem os estudiosos do direito penal, neste sentido, que o chamado Estado liberal de direito “responde à preocupação de *defender a sociedade do Estado*, o que pretende conseguir mediante a técnica formal da divisão de poderes e o princípio da legalidade” (Mir Puig, 1994:32).

A doutrina constitucional costuma referir-se em seus estudos ao desenvolvimento do conceito originário de Estado de direito – O Estado liberal referido no parágrafo anterior. O Estado liberal de direito se transmuta a partir da primeira metade do século passado em Estado social-democrático de direito ou, mais simplesmente, Estado social de direito. Referindo-se a este processo de transformação do Estado libe-

ral de direito em Estado social de direito, a doutrina assinala que este último toma como ponto de partida os valores e princípios políticos liberais, desenvolvendo-se em virtude das lutas empreendidas durante os séculos XIX e XX por significativas parcelas da sociedade, como, por exemplo, os movimentos sindicais e os partidos políticos. Tais movimentos e partidos, expressão da sociedade civil politicamente organizada, pretendiam a ampliação dos direitos humanos originariamente consagrados pelo Estado liberal de direito. O Estado de direito é, dessa maneira, uma construção histórica, uma conquista gradual no sentido, ao mesmo tempo, do reconhecimento de direitos econômicos, sociais e culturais e da preservação dos direitos e garantias individuais e políticos próprios do Estado liberal de direito. É, por outro lado, consequência da necessidade de maior intervenção do Estado no sentido de assegurar proteção social aos indivíduos, mas sem o sacrifício de seus direitos civis (Díaz, 1996:64-65).

As Constituições dos Estados europeus ocidentais

referem-se atualmente, por força da referida evolução conceitual, ao Estado de direito como Estado social-democrático de direito. Este, por sua vez, reflete uma “concepção sintética do Estado, produto da união dos princípios próprios do Estado liberal e do Estado social”. Expressão de uma síntese, tal desenho do Estado de direito “supõe uma superação de seus componentes básicos isoladamente considerados, o que permite acrescentar a terceira característica da fórmula constitucional: a democracia”. Logo, Estado social-democrático de direito é “um modelo de Estado que pretende unificar, superando-os, os modelos de Estado liberal e Estado social” (Mir Puig, 1994:31). Esta conjugação dos valores liberais, do princípio democrático e dos direitos econômicos e sociais, porém, não se mostra isenta de problemas quando se pensa no direito penal e, especialmente, no princípio da legalidade.

Em resumo, examinando-se a fisionomia peculiar dos Estados social-democráticos de direito no Ocidente, parece aceitável con-

siderar que este apresenta, atualmente, as seguintes características: a) submissão do Estado à lei; b) divisão dos poderes do Estado; c) administração sujeita à fiscalização; d) previsão constitucional dos direitos fundamentais e de suas garantias (v.g. penais e processuais penais), incluindo-se neste elenco os direitos econômicos, sociais e culturais. Em consequência, mostra-se correto o entendimento de que “os Estados que queiram amparar-se e legitimar-se sob este prestigioso título [Estado de direito] terão de adequar rigorosamente suas normas jurídicas e suas atuações fáticas a essas exigências de ética política e a essas regras e práticas de funcionamento e organização derivadas, em definitivo, da liberdade e da responsabilidade de todos, governantes e cidadãos” (Díaz, 1996:65-66).¹⁴

¹⁴ Ferrajoli (2002:897) assinala que o conceito forte de Estado de direito (sinônimo de garantismo) designa “não simplesmente um ‘Estado legal’ ou ‘regulado pelas leis’, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: no plano formal, pelo princípio da *legalidade*, por força do qual todo

Como é dado a perceber, tais características do Estado social-democrático de direito estão relacionadas. A legalidade penal, por exemplo, é resultado da doutrina da separação de poderes e da igualdade jurídica que, por sua vez, são produto da doutrina da soberania popular. Referindo-se a interdependência entre estes dois valores que integram o conceito de Estado de direito, afirma Pérez Luño (2005:20): “Na evolução do constitucionalismo liberal, a invocação do princípio da igualdade diante da lei aparece como uma constante, já que se

poder público – legislativo, judiciário e executivo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes [...]; b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos, por intermédio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das proibições legais de lesões aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlatos poderes de ativarem a tutela judiciária”.

produz um condicionamento mútuo entre este princípio e o dogma da soberania popular”. Assim, diz o referido autor, “já se viu como ambas as idéias aparecem entrelaçadas no artigo 6º, da Declaração de 1789, pois somente se pode falar da lei como produto da vontade geral quando todos podem concorrer em situação de igualdade, isto é, sem nenhum tipo de subordinação política ou vínculo social de dependência, à formação da vontade estatal; enquanto a igualdade diante da lei pressupõe a noção de soberania popular como princípio imediato de legitimação”.

Considerando-se o princípio da separação de poderes e o da soberania popular tem-se que, para o direito penal, o recurso à coação e à força, característicos do direito, encontra-se limitado pelo Estado de direito, na medida em que este “proíbe e persegue toda atuação ou resposta estatal que utilize qualquer tipo de força ou coação que se possa considerar ilegal”. Sendo assim, o Estado “não pode, não deve, de nenhum modo, responder ao delito com o delito, à viola-

ção da lei pelo delinqüente com a violação da lei pelo governante ou seus representantes”, pois se agir assim se converte em um “Estado delinqüente”, perdendo a sua condição de Estado de direito (Díaz, 1996:67). O princípio da legalidade penal, portanto, é, assim, da mesma maneira que os demais princípios constitucionais que caracterizam o Estado de direito, um instrumento de limitação do poder punitivo.

Dentre os diversos pressupostos filosóficos e políticos do Estado de direito, merece menção o princípio da certeza do direito pelo fato de se referir diretamente ao direito penal. Pretende o referido princípio assegurar a cada cidadão a possibilidade de prever quais as conseqüências jurídicas de sua conduta, bem como a dos atores sociais com os quais se relaciona no seu cotidiano. A vigência do princípio da certeza do direito proporciona a redução da insegurança jurídica característica dos Estados de não direito por estimular a confiança do cidadão em relação às atividades que executa e à conservação de seus di-

reitos no confronto com os interesses dos outros indivíduos e do próprio Estado. A relação entre este princípio do Estado de direito e o princípio da legalidade é evidente. Para que exista certeza do direito, deve-se, em primeiro lugar “permitir que os cidadãos tenham condições de saber qual é o direito vigente”, ou seja, os cidadãos “não devem ser constrangidos à *ignorantia legis* pela impossibilidade de conhecer antecipadamente e de interpretar com relativa segurança as normas jurídicas que lhes concernem e que lhes são aplicadas pela autoridade administrativa do Estado”. É, sobretudo, “necessário que as leis não sejam secretas e ainda que os enunciados normativos sejam formulados claramente e que não dêem lugar a antinomias” (Zolo, 2002:39).

O Estado de direito impõe limites ao direito de punir do Estado, dentre os quais está o princípio da legalidade. Em conseqüência, não se pode mais admitir a existência de um direito penal subjetivo que não esteja limitado pelas normas constitucionais em matéria de direitos e garantias

individuais.¹⁵ O Estado de direito não tem poder ilimitado

¹⁵ De maneira geral, a doutrina penal nacional costuma admitir o conceito de direito penal subjetivo. Este é conceituado como a “*facultas agendi* do Estado de criar as infrações penais e as respectivas sanções, de natureza criminal, e de aplicar a essas mesmas sanções, na forma do preceituado em lei, executando-as” (Mestieri, 1999:3). O conceito de direito penal subjetivo, assim, englobaria dois aspectos: o poder de criar a lei penal e o poder de aplicá-la. Tal conceito, no entanto, deixou de ser aceito pacificamente pela doutrina brasileira. Um exemplo desta nova tendência pode ser encontrado em: Brandão (2004:46-69). Apesar disto, ainda mostra-se predominante doutrinariamente o entendimento realista de que “o poder de punir apresenta-se primeiramente como um dado de realidade inafastável, inquestionado pela sociedade quando são atingidos interesses vitais de sua organização e desenvolvimento, correspondendo a uma exigência sentida não só pela vítima, mas por toda a comunidade, que reconhece a necessidade de uma proteção promovida de forma organizada pelo Estado” (Reale, 2002:17). Porém, predomina, igualmente, a compreensão de que o direito penal subjetivo não traduz apenas um poder do Estado, mas, sobretudo, um dever, constituindo-se, portanto, num poder-dever. Por todos: (Lopes, 2005:24). Todavia, para que o conceito de direito penal subjetivo - mesmo enca-

de punir, pois a sua existência importa no reconhecimento da plena vigência de direitos e garantias individuais, o que exclui o direito irrestrito de punir condutas consideradas simplesmente anti-sociais pelo poder público. Portanto, o *jus puniendi* encontra-se limitado pelo direito e sujeito aos controles internos que regulam sua atuação. O direito penal subjetivo somente é compatível com o Estado de direito se o seu

rado como um poder-dever - possa ser considerado compatível com o Estado democrático de direito há de ser limitado pelos princípios penais constitucionais. Neste sentido, assinala Bitencourt (2000:7) ser insuficiente afirmar que o direito penal subjetivo decorre do direito penal objetivo, pois, embora seja certo que o *jus puniendi* baseia-se no *jus penale*, este último há de ter sido formulado nos termos da Constituição da República, em outras palavras: há de estar limitado pelos princípios penais constitucionais. O direito penal subjetivo, assim, limita-se tanto pelo direito penal objetivo como pelo direito de liberdade de índole constitucional. Na mesma direção, Régis Prado (2000:28-29) assinala que o direito penal em sentido subjetivo “fundamenta-se no critério de absoluta necessidade e encontra limitações jurídico-políticas, especialmente, nos princípios penais de garantia”.

exercício observar os direitos fundamentais; fora desta hipótese só existe o arbítrio, visto que o Estado deixa de se apresentar como um ente com legitimidade para punir as pessoas que define como infratoras. Desse modo, o direito penal subjetivo é, de fato, a expressão do poder do Estado, mas de um poder limitado pelos princípios penais de índole constitucional, dentre os quais o princípio penal constitucional da legalidade.

Há, ainda, outra dimensão do princípio da legalidade que merece ser examinada sob o ângulo do Estado de direito. O princípio da legalidade decorre e, ao mesmo tempo, é um instrumento para a concretização de valores constitucionais, tais como a liberdade e a igualdade. Os revolucionários franceses de 1789, por exemplo, entendiam, com razão, que “se todos os homens são iguais, não era lícito castigar mais que aqueles fatos realmente danosos para a sociedade e somente com a pena necessária, e não podia estimar-se tampouco justo que a responsabilidade fosse diversa segundo as pessoas ofendi-

das, nem que as penas fossem diferentes segundo a pessoa do ofensor” (Jiménez de Asúa, 1992:263-264). Em face de tal entendimento, por exemplo, a execução da pena de morte passou a ser efetivada de maneira diferente pelos revolucionários. Em substituição aos suplícios infligidos aos condenados, no lugar da diferenciação tipicamente pré-liberal existente na execução da pena capital, o direito penal revolucionário promove a morte minimamente dolorosa ao infrator, independentemente da classe social a que este pertença. Deixa-se de levar em consideração na execução da pena as diferenças existentes baseadas na riqueza ou na origem social, pois a guilhotina nivela, na hora da morte, todos os cidadãos condenados à pena capital. Por outro lado, a guilhotina, ao mesmo tempo, por influência do utilitarismo e do humanitarismo, pretende tornar menos cruel a execução. Neste sentido, pode-se reconhecer - como reconhecem corretamente os estudiosos do direito penal - sem qualquer vestígio de ironia, que “a guilhotina foi um considerável

avanço no caminho da benignidade” (Jiménez de Asúa, 1992:264).

O princípio da legalidade traduz a generosa promessa iluminista de liberdade acolhida pelo Estado democrático de direito.¹⁶ Neste, o indivíduo pode agir da maneira como lhe aprouver, de maneira penalmente lícita, desde que a sua conduta não esteja prevista na lei penal como crime. O princípio da legalidade permite-lhe, assim, o exercício da de-

nominada liberdade negativa. Pode agir como desejar caso não exista a proibição penal e, por outro lado, não pode ser obrigado por quem quer que seja a agir em uma dada situação se não desejar fazê-lo (Bobbio, 2000:48). O Estado de direito, portanto, permite que o indivíduo usufrua um estado de liberdade e o princípio da legalidade penal constitui uma garantia desta liberdade.

O princípio da legalidade também permite ao indivíduo ser considerado, em termos penais, igual aos demais numa sociedade livre. Este princípio, segundo o conteúdo de sua formulação, refere-se à igualdade formal e não à igualdade material, entendida esta como a que se concretiza no plano econômico e social.¹⁷

¹⁶ Bobbio (2000:7) esclarece a respeito da relação entre os valores liberdade, igualdade e democracia: “Liberdade e igualdade são os valores que servem de fundamento à democracia. Entre as muitas possíveis definições de democracia, uma delas – a que leva em conta não só as regras do jogo, mas também os princípios inspiradores – é a definição segundo a qual a democracia é não tanto somente uma sociedade de homens livres e iguais (porque, como disse, tal sociedade é apenas um ideal limite), mas uma sociedade regulada de tal modo que os indivíduos que a compõem são mais livres e iguais do que em qualquer outra forma de convivência”. Assim, diz ele, “a maior ou a menor democraticidade de um regime se mede precisamente pela maior ou menor liberdade de que desfrutam os cidadãos e pela maior ou menor igualdade que existe entre eles”.

¹⁷ “A igualdade formal costuma ser identificada à exigência jurídica e política sintetizada no princípio da igualdade diante da lei. Dito princípio supõe o reconhecimento de um mesmo estatuto jurídico para todos os cidadãos, o que implica a garantia de paridade de tratamento na legislação e na aplicação do direito” (Pérez Luño, 2005:19). Assinala Bobbio (2000:25) a respeito: “Das várias determinações históricas da máxima

Todos são iguais diante da lei penal: este é o conteúdo do princípio da igualdade no âmbito do direito penal que traduz a exigência de generalidade da lei (princípio da generalidade). Assim sendo, a lei penal deve ser imposta da mesma maneira para todos, independentemente de sua origem, do seu estado econômico, do seu sexo, da sua profissão, etc.¹⁸ Tais desigualdades jurídicas e

de fato não têm o condão de desigualar o indivíduo diante do direito penal; elas são consideradas irrelevantes para que se estabeleçam diferenciações no conteúdo e na aplicação da lei.¹⁹ A desconsideração de tais diferenças faz com que pessoas de fato desiguais sejam consideradas iguais pelo direito, inclusive no plano do direito penal (princípio da equiparação).²⁰ Trata-se, como se per-

que proclama a igualdade de todos os homens, a única universalmente acolhida – qualquer que seja o tipo de Constituição em que esteja inserida e qualquer que seja a ideologia na qual esteja fundamentada – é a que afirma que *todos os homens são iguais perante a lei*, ou, em outra formulação, *a lei é igual para todos*”. Na Constituição da República, o princípio da igualdade encontra-se inscrito no artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”.

¹⁸ “A noção de igualdade diante da lei aparece, sobretudo, como exigência de que todos os cidadãos se encontram submetidos às mesmas normas e tribunais. A igualdade diante da lei implica o reconhecimento de que a lei tem que ser idêntica para todos, sem que exista nenhum tipo ou estamento de pessoas dispensadas de seu cumprimento, ou sujeitos à potestade legislativa ou jurisdicional distinta da do resto dos cidadãos” (Pérez Luño, 2005:22).

¹⁹ Referindo-se ao princípio da igualdade diante da lei, Bobbio (2000:28) assinala que “a *communis opinio* o interpreta como prescrevendo a exclusão de qualquer discriminação arbitrária, seja por parte do juiz ou do legislador, onde por *discriminação arbitrária* entende-se aquela introduzida ou não eliminada sem uma justificação, ou, mais sumariamente, uma discriminação não justificada (e, neste sentido, *injusta*)”. No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Melo afirma (1993:9-10): “A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes”.

²⁰ Referindo-se aos dois princípios diz Pérez Luño (2005:24-25): “Se o

cebe, de um princípio que tem como destinatário não apenas o legislador, mas o órgão incumbido de aplicar a lei. Segundo o referido princípio, somente pode ser conferido um tratamento legal desigual se existir justificativa para tanto, ou seja, se o procedimento de diferenciação não seja desarrazoado. Neste sentido, explica Celso Antônio Bandeira de Melo (1993:38): “É agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto”. Por-

princípio da generalidade estabelece a exigência de um tratamento igual em situações que se consideram iguais, o da equiparação supõe o tratamento igual de circunstâncias ou de situações não coincidentes que, contudo, se estima que devem considerar-se irrelevantes para o desfrute ou exercício de determinados direitos ou para a aplicação de uma mesma regulamentação normativa. Este princípio historicamente é corolário do anterior [princípio da generalidade], já que ambos supõem uma garantia frente a qualquer tratamento discriminatório ou privilégio”.

tanto, a pergunta a ser feita no tocante a possibilidade de tratamento penal diferenciado é a seguinte: existem motivos suficientes para que se possa discriminar alguém, tratando duas ou mais pessoas de maneira desigual? Apenas a resposta positiva pode, sem infringir o princípio da igualdade diante da lei, fundamentar a aplicação desigual da lei penal, desde que seja racionalmente demonstrado existirem certas circunstâncias que a justifiquem.

3. Princípio da Legalidade Penal e Estado de Direito

Os três valores que definem os ideais da revolução francesa são a liberdade, a igualdade e a segurança (Cobo Martín, 2000:27). O princípio da legalidade penal é um dos princípios fundamentais do Estado de direito por assegurar a liberdade individual, a igualdade jurídica, a segurança e a certeza do direito. Negá-lo implica em negar tais valores e, conseqüentemente, o próprio Estado de direito. A emergência do Estado democrático de direito, no entanto, apresenta desafios que precisam ser con-

venientemente equacionados sob pena de serem causados sérios danos ao próprio princípio.

Segundo a teoria constitucional, o modelo do Estado liberal de direito vigente durante o século XIX entrou em crise na primeira metade do século passado, transformando-se em Estado social-democrático de direito. Referindo-se a este processo de transformação, os estudiosos do direito constitucional dizem que o mesmo foi empreendido pelos movimentos sindicais e partidos políticos que, apoiando-se nos direitos e liberdades civis e políticos constitucionalmente assegurados, pretendiam ampliar o elenco dos direitos fundamentais. O Estado social-democrático de direito é, assim, uma construção histórica, um produto da conquista gradual na direção, ao mesmo tempo, do reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais; e da preservação dos direitos e garantias individuais. É, em suma, resultado da necessidade de maior intervenção do Estado no tocante à proteção social dos indivíduos sem abandonar, porém, o compro-

misso de não interferir na esfera pessoal da vida dos cidadãos (Díaz, 1996:64-65).

O Estado social-democrático de direito representa, dentre outras coisas, um esforço no sentido de se articular “direitos, liberdades e garantias (direitos cuja função imediata é a proteção da autonomia da pessoa) com direitos sociais (direitos cuja função imediata é o refazer das condições materiais e culturais em que vivem as pessoas); de articular a igualdade jurídica (à partida) com a igualdade social (à chegada) e segurança jurídica com segurança social” (Miranda, 2002:53). Percebe-se, dessa maneira, que, no Estado social-democrático de direito, o reconhecimento dos direitos sociais não implica na negação ou no sacrifício do conjunto de princípios constitucionais do direito penal, dentre os quais o princípio da legalidade penal, que provém do Estado liberal de direito. Neste sentido, Jorge Miranda (2002:52) diz ser o Estado social de direito um modelo de organização constitucional que, ainda que suceda (ou coexista parcialmente) com o Estado liberal de direito, não

rejeita os valores da liberdade e da igualdade social, mas os aprofunda no sentido social. Na mesma direção, assinala Nelson Saldanha (1980:24) que, no Estado social de direito a conquista de direitos sociais não prejudica os direitos e garantias individuais. Estes não são eliminados pelo Estado social de direito, muito pelo contrário, são por eles complementados. Sendo assim, para a doutrina constitucional nacional, o conceito de Estado de direito contemporâneo que, segundo a Constituição da República, assume a feição de Estado democrático de direito, representa uma espécie de síntese entre os modelos correspondentes ao Estado liberal de direito e o Estado social de direito. Assim, para a doutrina, “o Estado Democrático de Direito é aquele que se pretende aprimorado, na exata medida em que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente os modelos liberal e social que o antecederam e que propiciaram o seu aparecimento no curso da história” (Mendes; Coelho; Branco, 2007:139). Em resumo, com a disseminação dos Estados so-

cial-democráticos de direito no Ocidente, parece aceitável considerar que o Estado de direito possui, atualmente, as seguintes características: submissão à lei; divisão de poderes; administração sujeita à fiscalização; previsão constitucional dos direitos e garantias fundamentais de natureza individual ou coletiva (inclusive as penais e processuais penais).

Pode-se concluir, então, pela possibilidade da existência de Estados de direito em sentido forte que não assumam a forma de Estado social-democrático de direito ou de Estado democrático de direito, embora a recíproca não seja verdadeira. Se o Estado social-democrático de direito ou o Estado democrático de direito não agasalhar os direitos e garantias individuais, dentre as quais o princípio da legalidade penal, não é Estado de direito em sentido forte. Este porém, pode assumir tanto a roupagem do Estado social-democrático de direito como, mais modestamente, a do Estado liberal de direito.

Destarte, afirma-se que, atualmente, a filosofia política tende a trabalhar o conceito de

Estado de direito sob um prisma mais acentuadamente “individualista”, contrapondo-se, assim, às correntes doutrinárias utilitaristas, coletivistas e organicistas. Desse modo, a filosofia política contemporânea tende a conceber o Estado de direito como sendo destinado ao atendimento dos valores e das expectativas individuais em detrimento da esfera pública e do interesse geral. Para a filosofia política contemporânea, o Estado de direito se legitima exatamente em razão de sua preocupação com a preservação dos direitos individuais (Zolo, 2002:18).

A passagem do Estado liberal de direito ao Estado de direito democrático não parece acarretar problemas ao princípio da legalidade penal, afinal, este incorpora os valores que se encontram no cerne do conceito do Estado de direito e a eles agrega outros considerados imprescindíveis ao desenvolvimento pleno da personalidade humana. Porém, ao contrário do que se acredita, esta transformação pode acarretar profundas mudanças no direito penal e, por conseguinte, no

próprio princípio da legalidade, um de seus pilares.

3. O Estado Democrático de Direito e os Desafios ao Princípio da Legalidade Penal

O Estado democrático de direito é produto de lenta evolução histórica. Forças sociais poderosas se movimentaram para transformar o Estado liberal de direito, ampliando-o no sentido da direção da incorporação dos direitos sociais, econômicos e culturais. A participação política da sociedade, expressão de maturidade democrática, impôs ao Estado o dever de intervir ativamente na esfera social para realizar determinadas prestações positivas em todos os planos onde se encontre o interesse humano.

Atualmente, no Estado de direito, a sociedade civil não demanda do Estado apenas que se abstenha de atividades que possam afetar direitos civis e políticos, mas exige dele um atuar efetivo de modo a propiciar melhores condições de existência a todos. O cidadão do Estado democrático de direito é, por conseguinte, uma

espécie de consumidor de serviços produzidos pelo Estado na área da educação, da saúde, do meio-ambiente, da cultura, da previdência social, do transporte coletivo e, como não poderia deixar de ser, da segurança pública.

Para o seu bem-estar o cidadão exige, cada vez mais, a efetiva intervenção estatal no sentido de lhe proporcionar condições para que usufrua uma existência digna, o que é legítimo. O mesmo ocorre no que diz respeito à segurança pública. O cidadão ambiciona o funcionamento eficiente do sistema penal (aparelhos policial, ministerial e judicial, bem como pelas diversas instituições que se destinam à defesa social, tais como hospitais psiquiátricos para indivíduos considerados perigosos e estabelecimentos de custódia de menores infratores, dentre outros). Mas também ambiciona um direito penal que, como instrumento de atuação de tais instâncias de controle social, seja utilizado com o máximo de eficiência no sentido de assegurar a sua vida, a sua integridade física, a sua proprieda-

de, enfim, uma vasta gama de bens jurídicos pessoais, coletivos e difusos. Neste sentido, o cidadão passa a conceber o direito penal como um instrumento a ser utilizado pelo sistema penal para lhe prestar um serviço de segurança pessoal e pública. Na sua percepção, assim como o aumento no número de escolas ou de hospitais gera, em seu entender, melhores condições de aprendizagem e de preservação da saúde, a expansão do direito penal favorece o combate à criminalidade e, por conseguinte, contribui para a preservação da sua segurança.

O Estado democrático de direito, por expressar a necessidade social em torno de uma maior proteção por parte do Estado, tende a utilizar cada vez mais o direito penal como um instrumento de defesa da sociedade contra o crime. Se, historicamente, a possibilidade de utilização da coerção penal é considerada uma das características mais marcantes do poder do Estado, nada mais compreensível que a natureza, ao mesmo tempo repressiva e protetora do direito penal,

também se manifeste no Estado democrático de direito em defesa da sociedade. Formulado pelo Poder Legislativo - órgão depositário da soberania popular - com estrita observância dos mecanismos caracteristicamente democráticos de funcionamento do Estado democrático de direito, o direito penal surge, assim, aos olhos da sociedade contemporânea ansiosa por segurança, como um instrumento legítimo de controle social.

Porém, o direito penal, revela a sociologia criminal, é um instrumento de controle social bastante problemático. Uma de suas características parece ser a sua relativa ineficácia na contenção da criminalidade. A sociedade, no entanto, tende a identificar esta ineficácia com uma suposta deficiência do próprio Estado democrático de direito em proporcionar leis penais em quantidade suficiente para a sua proteção. Por conseguinte, reclama-se, cada vez mais, a intervenção do Estado mediante a formulação de novas leis penais, produzindo-se, dessa forma, o fenômeno conhecido como “inflação

penal”. Deste modo, matérias que, em princípio, deveriam estar além do alcance do direito penal por força do princípio da intervenção mínima, passam a interessá-lo. Por conseguinte, o direito penal do Estado democrático de direito revela a tendência a se transformar em um direito penal máximo. De último recurso contra o desvio, o direito penal torna-se, muitas vezes, a primeira medida a ser imaginada como eficaz para combatê-lo. Diferentemente do denominado direito penal mínimo defendido pela doutrina penal hegemônica, destinado exclusivamente à proteção dos bens jurídicos mais relevantes apenas quando outros meios, jurídicos e não jurídicos, se revelem insuficientes para tutelá-los, o direito penal máximo favorece a expansão desordenada da repressão penal com o objetivo de atender a uma demanda insaciável por segurança.

Desgraçadamente, no entanto, a expansão do direito penal produz efeitos exatamente opostos aos que a sociedade deseja que sejam produzidos. A expansão do direito penal, além

de não assegurar a tranqüilidade almejada, contribui para o aumento da insegurança pessoal. A utilização do direito penal como instrumento prioritário ou mesmo como único instrumento de proteção de bens jurídicos proporciona o surgimento de uma legislação penal puramente simbólica que, no plano prático, termina por agravar a seletividade do próprio sistema penal. Tende, igualmente, a favorecer, também na prática, o surgimento de um direito penal do autor em detrimento do fato punível descrito na norma penal. Aumenta-se, assim, o risco de se punir o “indivíduo racista” ou o “indivíduo machista” em consideração à sua personalidade e ao autor de crimes raciais ou de crimes sexuais, o que afeta o princípio da legalidade penal e, em conseqüência, as próprias bases do Estado de direito.

A proliferação da definição de condutas como delituosas, embora possa deixar de atingir o princípio da mera legalidade, estimula a utilização de elementos normativos do tipo, crimes de perigo abstrato e normas penais em branco

que representam uma ameaça ao princípio da estrita legalidade, sobretudo no que diz respeito à exigência de lei certa. Estranhamente, então, a característica intervencionista do Estado democrático de direito que, originariamente, deveria ambicionar apenas a consagração dos direitos econômicos, sociais e culturais, passa a se dirigir igualmente ao campo dos direitos individuais, ou seja, aqueles que o direito penal, historicamente, promete garantir, inclusive por intermédio do princípio da legalidade. Assim, paradoxalmente, o Estado democrático de direito, ou seja, aquele modelo de Estado de direito teoricamente comprometido com a preservação do princípio da legalidade penal, termina por favorecer, na prática, a sua negação, o que contribui para enfraquecer e, em última análise, para extinguir o Estado de direito em sentido forte e fazer nascer o Estado de não direito.

Em meu entender, faz-se necessária toda atenção e cuidado permanente com a tendência de se associar, automaticamente, a existência de um

direito penal legítimo com aquele direito penal produzido a partir de certas demandas próprias do Estado democrático de direito porque, muito embora em extensão variável, parece-me inevitável a existência de certa tensão entre Estado democrático de direito e o princípio da legalidade penal. Em parte, compete à doutrina penal nacional, muitas vezes se contrapondo aos reclamos imediatos da sociedade organizada, apontar resolutamente o perigo representado pelo sacrifício da legalidade em benefício do direito penal máximo. O Estado democrático de direito é um modelo jurídico-político ideal de Estado máximo no tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais, mas deve ser um Estado mínimo no que tange à intervenção no âmbito da liberdade individual e da segurança jurídica. Caso contrário, arrisca-se a destruição do próprio Estado de direito em sentido forte.

BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI, Francesco (1988). *Manual de derecho penal: parte general*. 8. ed. Tradução de Jorge Guerrero e Marino Ayerra Redín. Bogotá: Temis.
- BACIGALUPO, Enrique (2006). *Hacia el nuevo derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio (1993). *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros.
- BECCARIA (2005). *Dei delitti e delle pene*. 10.ed. Milano: Feltrinelli.
- BERGALLI, Roberto (2002). Principio de legalidad: fundamento de la modernidad. In *Derecho penal contemporáneo*. Miguel Rujana Quintero (org.). Bogotá: Universidad Libre, p.191-204.
- BETTIOL, Giuseppe (1966). *Direito penal*. V.I. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- BITENCOURT, Cezar Roberto (2000). *Manual de direito penal: parte geral*. V.1. São Paulo: Saraiva.
- BOBBIO, Norberto (1989). *Teoria do ordenamento jurídico*.

Tradução de Cláudio de Cicco e de Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Poli.

_____. (2000). *Igualdade e liberdade*. 4.ed. Tradução de Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro.

BRANDÃO, Cláudio (2004). Significado político-constitucional do direito penal. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*. Recife: UFPE, n.14, p.46-69.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (1999). *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva.

COBO MARTÍN, Carlos de. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta, 2000.

DÍAZ, Elías (1996). Estado de derecho. In *Filosofia política II. Teoría del Estado*. Elías Díaz e Alfonso Ruiz Miguel (orgs.). Madrid: Trotta.

DUGUIT, León (2005). *Manual de derecho constitucional*. Granada: Comares.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penal*. 7.ed. Roma: Laterza, 2002.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio (1980). *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FEUERBACH. *Tratado de derecho penal* (1989). Tradução de Eugenio Raúl Zaffaroni e de Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi.

FRAGOSO, Heleno Cláudio (1987). *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense.

GUARINO, Antonio (1994). *Perfil del diritto romano*. 8.ed. Napoli: Jovene.

JELLINEK, Georg (2000). *Teoría general del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica.

JESCHECK, Hans-Heinrich (1993). *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1992). *Tratado de derecho penal*. T.I e T.II. Buenos Aires: Losada.

KELSEN, Hans (1990). *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes.

LOPES, Jair Leonardo (2005). *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires;

- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (2007). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva.
- MESTIERI, João (1999). *Manual de direito penal: parte geral*. V.I. Rio de Janeiro: Forense.
- MIR PUIG, Santiago (1994). *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel.
- MIRANDA, Jorge (2002). *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense.
- MOMMSEN, Teodoro (1999). *Derecho penal romano*. Bogotá: Temis.
- MONTESQUIEU (1996). *O espírito das leis*. 2.ed. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes.
- PALAZZO, Francesco (1989). *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2005). *Dimensiones de la igualdad*. Madrid: Dykinson.
- PRADO, Luiz Régis (2000). *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- RASCÓN GARCÍA, César (1996). *Manual de derecho romano*. 2. ed. Madrid: Tecnos.
- REALE JR, Miguel (2002). *Instituições de direito penal: parte geral*. V.I. Rio de Janeiro: Forense.
- ROUSSEAU (1996). *Du contrat social*. Paris: Librairie Générale Française.
- ROXIN, Claus (1997). *Derecho penal*. T. I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña e outros. Madrid: Civitas.
- SALDANHA, Nélson (1980). *Estado de direito, liberdades e garantias: estudos de direito público e teoria política*. São Paulo: Sugestões Literárias.
- _____ (1987). *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Forense.
- SOLER, Sebastian (1987). *Derecho penal argentino*. T.1º. 4. ed. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina.
- SOUSA, Braz Florentino Henriques de (2003). *Lições de direito criminal*. Brasília: Senado Federal.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (1992). *El derecho penal de la monarquía absoluta*. 2.ed. Madrid: Tecnos.
- VERNANT, Jean-Pierre (2003). *As origens do pensamento grego*. Tradução de Ísis Borges da Fonseca. 13. ed. Rio de Janeiro: Difel.

WELZEL, Hans (1997). *Derecho penal alemán: parte general*. 4. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

YACOBUCCI, Guillermo J. (2002) *El sentido de los principios penales: su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.

ZOLO, Danilo (2002). Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica. In *Teoria critica dello Stato di diritto*. Pietro Costa Danilo Zolo (orgs.)Milano: Feltrinelli, p.17-88.