

O princípio da legalidade como ponto de equilíbrio entre segurança e justiça

The principle of legality as balance between security and justice

Victor Hugo Andrade Araújo¹

Resumo: O artigo analisa o Princípio da Legalidade como uma conquista democrática, resultante da busca por parâmetros mínimos para o convívio das pessoas, diante de fatores como o dinamismo das relações sociais e a aplicação enviesada do direito. Nesse enfoque, a pesquisa aborda a historicidade para estabelecer a proeminência da segurança jurídica frente a visões de mundo subjetivas, o que ocorreu paulatinamente nas sociedades primitivas, civilização grega e direito romano; idade média; idade moderna; e idade contemporânea, contexto do qual o Princípio em tela emergiu em sua feição atual. Na contemporaneidade, a pesquisa correlaciona “justiça” e arbítrio ao constitucionalismo abusivo e ao III Reich. Em conclusão, o Princípio em liça é destacado como garantia de segurança e justiça mediante um padrão isonômico e objetivo de aplicação da lei penal.

383

Palavras-Chave: princípio da legalidade; segurança; justiça.

Abstract: The present article aims to examine the Principle of Legality as a democratic achievement, outcome of the pursuit of basic standards for human coexistence, in the face of factors such as the dynamics of social relations and biased enforcement of the law. For such, the prominence of legal security in light of subjective world perspectives is established. Moreover, addresses the historicity, from primitives societies, Greek civilisation and Roman Law; Middle Ages; Modern Age; and Contemporary Age, background for the current feature emergence, an indicative of the legal security valorisation. Currently, it correlates ‘justice’ and arbitration with abusive constitutionalism and the Third Reich. In conclusion, the Principle is addressed as guarantee of safety and justice by means of an isonomy pattern and objective when enforcing the criminal law.

Keywords: principle of legality; security; justice.

1 Introdução

¹ Mestre em Direito Penal pela Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC); Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Excelência Ltda. (JusPODIVM) e em Direitos Difusos e Coletivos pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS); Analista judiciário da Justiça Federal em Pernambuco (JFPE). Orcid: 0009-0004-8122-9188. E-mail: vh.araujo@outlook.com

Recebido em: 04/09/2024

Aprovado em: 07/12/2024

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



Ao estatuir que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, o art. 5º, XXXIX da CF estabelece, de maneira enfática, um roteiro a ser observado pelo legislador para a criação novos tipos penais ou o agravamento dos já previstos no ordenamento: é necessário que haja uma lei prévia, que deva definir precisamente que condutas repercutirão no direito penal. O preceptivo, no essencial, repete-se no art. 1º do CP, como que a enfatizar o comando constitucional, com a seguinte redação: “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

O Princípio da Legalidade é uma chave normativa que resulta de uma busca milenar por parâmetros mínimos para o convívio das pessoas. Se é tormentoso esperar que as normas jurídicas, em vez de transmitir imposição ou medo, tenham a função precípua de conduzir as pessoas à felicidade pela educação e eticidade – o que seria excelente – é porque a marcha da humanidade mostrou, em diversos períodos, que o ideal de justiça é volátil e sucumbe a visões de mundo discrepantes. Associado a isso, o dinamismo das relações sociais e a aplicação enviesada do direito – neste caso, decorrência do desvio de finalidade pelos detentores de poder –, tornou indene de dúvidas que alguma segurança representa enorme vantagem à proposição metafísica, por vezes, desviante, do que é “justiça”. Sobre o tema, Sandel (2012, p. 309-310) adverte que:

A necessidade de separar nossa identidade de cidadãos de nossas convicções morais e religiosas significa que devemos nos ater aos limites da razão pública liberal nos discursos públicos sobre justiça e direitos. Não apenas o governo não pode endossar uma concepção particular do bem; os cidadãos também não podem introduzir suas convicções morais e religiosas no debate público sobre justiça e direitos. Porque, se o fizerem, e se seus argumentos prevalecerem, eles estarão na verdade impondo a seus compatriotas uma lei fundamentada em uma determinada doutrina moral ou religiosa.

Frise-se, de logo, que se costuma mencionar “justiça” como algo antagônico à ideia de “segurança”. Cabe fazê-lo em certa perspectiva, isto é, quando postas em relevo visões de mundo pessoais. Mas, se a ideia do que é justo for concebida como um elemento que traga garantia, previsibilidade e objetivação, o caminho que se abre é o de um tratamento isonômico – e a isonomia, afinal, reflete a justiça na ideia de igualdade e se coaduna com a premissa de democracia.

2 Historicidade: o Princípio da Legalidade como uma conquista democrática

Na moldura constitucional atual, o regime adotado pela República Federativa do Brasil é o de um estado democrático de direito (CF, art. 1º), configuração na qual o povo é entronizado

como geratriz e titular de todo o poder. Conforme explica Dalmo de Abreu Dallari (1998, p. 19):

A coletividade deve reconhecer seus liames com o poder, manifestando o seu consentimento. É indispensável, para que se reconheça e se mantenha a legitimidade, que haja convergência das aspirações do grupo e dos objetivos do poder. Em conclusão: poder legítimo é poder consentido. O governante, que utiliza a força a serviço do poder, deve estar sempre atento a essa necessidade de permanente consentimento, pois se assim não for o governo se torna totalitário, substituindo a vontade dos governados pela dos próprios governantes.

E é por tal motivo que o poder público, para a realização de suas atividades, submete-se a mandamentos extraídos da própria lei maior. Sob esta premissa é que o Estado não deve fazer nem mais, nem menos do que delimita o ordenamento, sob pena de uma atuação inconstitucional e atentatória aos interesses daquele a quem se submete. Não se pode tolerar que os agentes estatais, ao exercerem as suas funções, desborem dos parâmetros de atuação positivados, sob pena de violação ao próprio interesse público (do povo), e é nessa ordem de ideias que as funções legiferante, administrativa e judicial devem ser pautadas por uma teleologia dirigida à própria coletividade.

Há uma relação intrínseca, extraída dos fins do Estado e dos fins do próprio direito. A esse respeito, anota Radbruch (1934, p. 74-75) que há um caminho a ser trilhado a fim de que se atinja o conteúdo das normas jurídicas, cujo sentido não é dado pela justiça.

Sem dúvida, a justiça manda tratar como iguais as coisas iguais e diferentemente as que são desiguais, na proporção de sua desigualdade; não responde, porém, à pergunta: “que pessoas devemos tratar como iguais ou como desiguais?”, nem à pergunta: “como devem estas ser tratadas?” A justiça só determina e só nos dá a forma do jurídico, não o seu conteúdo.

[...]

Como o direito é essencialmente produto da vontade do Estado e este é, essencialmente, uma instituição jurídica, por isso compreende-se que o problema dos fins do primeiro se ache indissolúvelmente ligado ao problema dos fins do segundo.²

O Princípio da Legalidade é um elemento que consagra a finalidade do direito como um vetor democrático. Nessa linha, é um baluarte do estado democrático de direito, e se reveste de uma garantia que enuncia, a todas as pessoas, a certeza de que só poderão ser acusadas,

² “Sem dúvida, a justiça manda tratar como iguais as coisas iguais e diferentemente as que são desiguais, na proporção de sua desigualdade; não responde, porém, à pergunta: ¿que pessoas devemos tratar como iguais ou como desiguais?, nem à pergunta: ¿como devem estas ser tratadas? A justiça só determina e só nos dá a forma do jurídico, não o seu conteúdo. [...] Como o direito é essencialmente produto da vontade do Estado e este é, essencialmente, uma instituição jurídica, por isso compreende-se que o problema dos fins do primeiro se ache indissolúvelmente ligado ao problema dos fins do segundo” (tradução nossa).

processadas e condenadas por uma conduta tida como criminosa, desde que haja um comando legislativo que assim a tipifique. A regra, então, é a liberdade, que só se pode cogitar em atingi-la, desde que atendida essa diretriz. Bem por isso que os direitos de liberdade são entendidos direitos de defesa, oponíveis ao poder público, e que servem como um modulador desse desnível de forças entre a pessoa humana e o Estado.

Nessa toada, os direitos de liberdade são definidos por Sarlet (2001, p. 50-51) como:

Direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos sendo, neste sentido, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei [...], revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia.

O Princípio em tela é um referencial da mais alta importância para se conceber o direito penal como um instrumento de garantia, e constitui um ponto de partida sempre válido para a abordagem da ciência penal.

Ponha-se em relevo que a historicidade do Princípio em comento revela que o valor segurança jurídica foi ganhando proeminência frente a visões de mundo pessoais, em um processo paulatino, vivenciado pela humanidade ao longo de diversos períodos.

2.1 Sociedades primitivas, civilização grega e direito romano

Nas sociedades primitivas, onde o direito penal era eminentemente sacerdotal e teocrático, as penas eram desumanas, visto que fundamentadas em meras superstições religiosas. Foi com Aristóteles, como um burilamento do pensamento político deixado por Sócrates e Platão, que a noção de alteridade emergiu como caminho para a realização das aspirações humanas, no que deveria ser refletido pelas leis, que continham, intrinsecamente a ideia de justiça como um impositivo ético, como anotam Aftalión, Raffo e Vilanova (2009, p. 387):

Aristóteles, por sua vez, embora percebesse o caráter bilateral ou social da justiça, também sustentava que esta era, em seu sentido mais amplo, o princípio de todas as virtudes, porquanto estabelecia a justa medida para cada uma delas.

[...]

A absorvente *polis* grega tutelava a conduta das pessoas em todas as suas manifestações, públicas e privadas. Sua função era não apenas jurídica, como

educativa; a cidade-estado deveria ensinar a virtude ao cidadão. As leis eram compreendidas como conselhos para uma vida com retidão, para lograr uma existência ditosa, para alcançar a felicidade.³

O pensamento de Aristóteles, mormente no que tange à função educativa das leis e da própria vida em sociedade, pavimentou o caminho trilhado pela civilização romana. Com efeito, no direito romano, as regras escritas eram tidas meramente como meios de interpretação das decisões dos pretores, estas sim, as verdadeiras fontes de emanção das normas daquela época. Mas já vicejava o embrião de um sistema jurídico penal, dado que o poder de decisão dos magistrados, no que tange à acusação, julgamento e execução da pena, deveria observar os limites da lei (reserva legal).

387

Na verdade, não existia um direito penal como um todo independente, muito menos se pode falar numa história do direito penal romano. Porém, sua evolução, desde a dualidade entre crimes públicos e crimes privados até a ampliação da atuação dos julgadores, é de grande importância para o que aconteceu em anos posteriores. Constituiu-se um embrião de sistema jurídico-penal, no qual o magistrado tem o poder de decidir conforme os limites impostos pela lei, o monopólio da acusação, do julgamento e da execução da pena pelo Estado e o reforço do princípio da reserva legal (Bem; Martinelli, 2022, p. 77).

A lei servia como um delimitador de até onde poderia trafegar a atividade dos pretores: o direito romano, em que pese eminentemente costumeiro, contava com parâmetros interpretativos mínimos a serem observados, desde que revelassem, no caso concreto, uma solução boa e justa.

Porque a lei é a principal fonte do direito, nos dias atuais, poderíamos ser susceptíveis de acreditar que a principal fonte do direito romano era a lei, o que seria uma grave incorreção. A própria definição de direito romano exposta, inclusive, afasta-nos da primazia da lei como fonte do direito. Pois bem, no digesto, a definição de direito dada por Celso é esclarecedora: o direito é a arte do bom e do equitativo (*jus est ars boni et aequi*). O direito é comparado à arte e o pretor, que era o juiz romano, ao artesão: assim como o artista constrói a peça de arte, cabe ao pretor construir, no caso concreto, a decisão boa e justa. O direito é uma arte porque se extrai do caso a solução que concretiza a justiça na situação concreta, é essa a boa decisão. Na ideia romana de direito, a solução para a lide brota do caso, não de uma norma geral e prévia, que se assemelha a um caminho predeterminado que deve ser seguido pelo pretor. Destarte, o direito romano não coloca a lei como fonte principal do direito, mas ela servirá como um esquema de interpretação, que pode ser afastado através do arbítrio do pretor, sempre que sua solução (Brandão, 2012, p. 125-126).

Essa concepção casuística é uma herança do pensamento político grego, também revisitado no medievo.

³ “Aristóteles, por su parte, si bien percebió el carácter bilateral o social de la justicia, sostuvo también que ésta era, en su sentido amplio, el principio de toda virtude, en cuanto establecía el justo medio de cada una de ellas. [...] La absorbente *polis* griega tutelaba la conducta de las personas en todas sus manifestaciones, públicas y privadas. Su función era no tanto jurídica como educativa; el Estado-ciudad debía educar al ciudadano en la virtude. Las leyes se entendían como consejos para el recto vivir, para lograr una existencia dichosa, para alcanzar la felicidad” (tradução nossa).

2.2 Idade média

A respeito do período em tela, há que se divisar duas circunstâncias de tempo. Em um primeiro momento, a alta idade média notabilizou-se pela definição de práticas tidas como criminosas sem qualquer observância à lei, e ainda, com a previsão da tortura como meio de instrução válido à obtenção de provas (confissão) ao longo do processo, a exemplo de práticas como o trato da corda, o suplício do fogo e a língua caprina,⁴ e ainda com a pena capital pela inquisição, meio tido como válido a satisfazer as leis divinas.

Foi na baixa idade média em que surgiram as primeiras noções relacionadas ao Princípio da Legalidade. Durante esse hiato histórico, a atividade estatal passou a ser mais limitada, com a assinatura da Magna Carta⁵ em 1215, pelo Rei João Sem Terra. Contudo, ainda não era possível cravar a existência de uma ordenação sistêmica de leis, diante da forte conotação religiosa que ainda imperava. Tomando-se, como exemplo, a concepção tomista, Eduardo Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2022, p. 279) prelecionam que:

De maneira sucinta, quando se fala em *lex* podem-se detectar as seguintes categorias: lei eterna: é a lei promulgada por Deus e que tudo ordena, em tudo está, tudo rege; lei natural: trata-se de uma lei comum a homens e animais; lei comum a todas as gentes: trata-se de uma lei racional, extraída da lei natural, no entanto, comum somente a todos os homens; lei humana: trata-se de uma lei puramente convencional e relativa, assim como altamente contingente, e que deve procurar refletir o conteúdo das leis eterna e natural.

A limitação de poder promovida pela assinatura da Magna Carta, muito embora tenha contribuído ao fortalecimento do poder temporal, cimentou a concepção de segurança que, séculos depois, exsurtiu com o ideário Iluminista.

2.3 Idade moderna

Na marcha da humanidade, avança-se a um momento histórico durante o qual o direito penal foi largamente utilizado como forma de assegurar a supremacia do Estado (representado,

⁴ Eis a síntese dessas três práticas: a) trato da corda: amarrava-se as mãos da pessoa atrás das costas, com o remanescente da corda preso a uma roldana que, acionada, deixava a vítima suspensa; b) suplício do fogo: ateava-se fogo à planta dos pés do torturado, previamente besuntada em gordura; c) língua caprina: a vítima era amarrada e deixada a sós com uma cabra, que roía a pele, carne e ossos de seus pés, borrifados que eram com uma solução de água salgada. Sem embargo de as penas aplicadas contemplarem medidas como a extração de globos oculares, amputação de membros, corte do nariz, dentre outras.

⁵ Confira-se o disposto no art. 39 do diploma em comento: “Nenhum homem será detido ou sujeito a prisão ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular de seus pares ou de harmonia com a lei da terra.”

neste período, pelo absolutismo monárquico), pois a repressão era perpetrada, segundo afirma Cláudio Brandão (2002, p. 29), de maneira a sufocar qualquer princípio de distensão.

Quanto maior fosse o terror penal, maior seria o temor de rebelar-se contra o regime. Segundo o pensamento da época, o crime deveria ser punido da maneira mais brutal possível, porque ele representava uma ofensa à própria pessoa do soberano. Parafraseando Michel Foucault, vê-se no carrasco que executa a pena uma engrenagem entre o príncipe e o povo, pois ele vingava a pessoa do soberano aplicando o suplício em quem realizou a ação criminosa.

Esse era o pensamento vigente à época. É durante esse recorte histórico, entretanto, que se vislumbra a concepção do Princípio da Legalidade. Ganhou notoriedade a obra “Dos Delitos e Das Penas”, publicada em 1764 por Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria. Ele estabeleceu sua construção a partir das influências Iluministas francesas, abeberando-se na noção de contrato social proposta por Rousseau. Nesse enfoque, foi no influxo do período Iluminista, em 1750, que:

A Academia de Dijon, na França, realizou um concurso de ensaios sobre a questão: a restauração das ciências e das artes tende, ou não, a purificar os costumes morais? E Rousseau, que recebeu o prêmio, argumentou que a moral e a bondade estavam corrompidas pelo avanço da civilização. Essa ideia se tornaria recorrente ao longo da existência do filósofo suíço.

[...]

De acordo com Rousseau, as únicas desigualdades naturais são as diferenças de força física, pois são derivadas do estado natural. Na sociedade moderna, o homem é corrompido e as desigualdades resultantes das leis e da propriedade não são naturais e não devem ser toleradas (Godinho, 2019, p. 129).

Outra ideia inovadora daquele tempo também influenciou a concepção de Bonesana, de igual modo a refletir o anseio por segurança: o modelo de tripartição de poderes concebido por Montesquieu. A tradução feita por Thomas Nugent (Morris, 2015, p. 158 *et seq.*) aos Capítulos I (Livro I) e II (Livro XII) de “O Espírito das Leis” dá a ideia de um momento de transição, uma passagem de bastão do protagonismo, feito pela justiça em favor da segurança, como valor predominante do sistema e medida assecuratória da liberdade, ainda em uma visão muito focada à ideia de contrato social:

Deus está relacionado com o universo, como Criador e Preservador; as leis pelas quais criou todas as coisas são aquelas pelas quais Ele as preserva. Ele age de acordo com essas regras porque as conhece; Ele as conhece porque as fez; e as fez, porque são relativas à Sua sabedoria e poder...

Os seres particulares inteligentes podem ter leis que eles próprios fizeram, mas possuem também algumas que jamais fizeram. Antes de existirem seres inteligentes, eles eram possíveis; por isso, tinham relações possíveis e, como consequência, leis possíveis. Antes de as leis serem feitas, havia relações de justiça possíveis. Dizer que

não existe nada justo ou injusto, a não ser o que é ordenado ou proibido pelas leis positivas, é o mesmo que dizer que antes da descrição de um círculo, nem todos os raios eram iguais.

Devemos, portanto, admitir relações de justiça antecedentes à lei positiva pela qual elas são estabelecidas: como, por exemplo, se as sociedades humanas existiam, seria certo obedecer às suas leis; se algum ser inteligente recebia benefícios de outro ser, ele devia demonstrar sua gratidão; se um ser inteligente criava um outro ser inteligente, este último devia continuar em seu estado original de dependência; se um ser inteligente causa dano a outro, merece uma retaliação, e assim por diante.

Mas o mundo inteligente está longe de ser tão bem governado quanto o mundo físico. Porque, embora o primeiro também tenha suas leis, que são invariáveis por natureza, ele não se ajusta a elas de modo tão exato como o mundo físico. Isso porque, por um lado, os seres particulares inteligentes são de natureza finita e, portanto, sujeitos a erro; e, por outro lado, sua natureza exige que sejam agentes livres. Daí que não se ajustam, com constância, às suas leis primitivas; e, com frequência, transgridem as leis que eles mesmos instituíram...

[...]

As leis criminais não receberam sua plena perfeição de imediato. Mesmo nos lugares em que mais se procurou a liberdade, nem sempre ela foi encontrada. Aristóteles informa que, em Cumas, os pais do acusador podiam ser testemunhas. Era tão imperfeita a lei sob o governo dos reis de Roma, que Sêrvio Túlio pronunciou sentença contra os filhos de Anco Márcio, acusados de terem assassinado o rei, seu sogro. Durante os primeiros reinados da França, Clotário fez uma lei segundo a qual ninguém deveria ser condenado sem ser ouvido, o que demonstra que um costume contrário prevalecia em alguns casos ou entre certos povos bárbaros...

Foi sob estas influências que o Marquês de Beccaria (2002, p. 19), afirmou a necessidade de se buscar o caráter humanizador da pena, qual seja: que esta não tenha mais a crueldade como fundamento, mas a própria vontade social, previamente manifestada através da lei.

Consultemos o coração humano e encontraremos nele os princípios fundamentais do verdadeiro direito de o soberano punir os delitos.

Homem algum faz doação de parte da própria liberdade em atenção ao bem público; essa quimera só existe nas novelas. Se fosse possível, cada um de nós desejaria que os pactos que o prendem aos demais, não nos vinculassem; todo homem faz-se o centro de todas as combinações do universo.

A multiplicação do gênero humano, por si mesma pequena, porém muito superior aos meios que a natureza estéril e abandonada oferecia à satisfação das necessidades que cada vez mais se acentuava, uniu os primeiros selvagens. As primeiras uniões fizeram que se formassem necessariamente outras para resistir às primitivas; e, deste modo, o estado de guerra passou do indivíduo para as nações.

Observou Beccaria, então, que há algo inerente à condição humana, o intuito de se prevalecer às custas do poder investido. É por tal motivo que ele propunha uma objetivação das regras, a fim de que se pusesse a termo o escamoteamento do exercício do poder. Se a condição

humana é uma força motriz para o arbítrio, então que se busque um elemento objetivo dotado de maior previsibilidade e controle.

2.4 Idade contemporânea

Foi em 1872 que Rudolf Von Ihering (2001, p. 61), em certa medida, corroborou o legado de Cesare Bonesana, estatuinto que a tendência à prática da injustiça, inerente a todas as pessoas, deveria ser inibida, pois um sistema penal que contasse com tipificações e sanções por demais abstratas poderia redundar em arbítrio.

Pela própria natureza do homem, este se sentirá impedido na prática de uma injustiça antes pela certeza de uma resistência decidida da parte do titular do direito que pela simples norma, pois esta, se deixarmos de lado o obstáculo oposto à infração, no fundo não terá outra força, senão a do preceito moral.

O objetivo de educar para a ética e conduzir as pessoas à felicidade persistia nas normas jurídicas, mas, agora, como um elemento accidental, forte na emergência de se buscar parâmetros mínimos de segurança jurídica na estipulação e repressão a condutas criminosas. Foi na idade contemporânea que o Princípio da Legalidade adquiriu os contornos atuais, calcados no brocardo “*nullum crimen nulla poena sine lege*” e é graças a esta fórmula que o indivíduo, ao ter a certeza prévia do *jus puniendi* estatal ante o cometimento de um ilícito, terá bem delineados os limites da repressão advinda, não mais se admitindo o terror penal como método governamental.

Para além dos outros ramos do direito, é no direito penal que tal exigência se faz presente com muito mais força: sendo este ramo distinto dos demais pela sua própria consequência, qual seja, a pena privativa de liberdade, não se pode admitir que tamanha violência, tutelada pelo Estado como resposta a uma ação criminosa, seja perpetrada contra a liberdade ambulatorial, sem um limitador emanado do próprio Estado.

Isto se dá porque o direito penal não se separa da violência, não porque a reação do Estado à ação criminosa seja via de regra violenta, mas sim porque a reação do Estado à ação criminosa, a pena, sempre será traduzida em uma violência, pois ela se traduz sempre em privação e supressão de bens jurídicos. Nos casos nos quais a violência da pena for aplicada de forma não limitada, sem respeito à dignidade da pessoa humana, estaremos diante dos Estados totalitários; nos casos diametralmente opostos, estaremos diante dos Estados Democráticos de Direito (Brandão, 2011, p. 47).

Na contemporaneidade, inexistem Estados eminentemente liberais, no modelo apregoados pelos iluministas, mas sim, Estados intervencionistas que, sob o modo de produção capitalista ou socialista, intervêm, em maior ou menor medida, na vida das pessoas (Brandão,

2002, p. 66). Nessa esteira, pode-se afirmar que o Princípio da Legalidade é fruto de um amálgama entre as ideias liberais, como os direitos civis, a livre iniciativa e a economia de mercado, e visões de mundo socialistas, como a intervenção do Estado em setores da vida particular. Associado a isso, cabe divisar, mesmo nas leis penais, a existência de elementos de maior vagueza e que, portanto, demandam conformação quando do acoplamento ao caso concreto.

Mesmo pouco depois da Revolução Francesa, então, já se sabia da impossibilidade de fechamento total e certeza absoluta do texto legal. A noção geral de ausência de liberdade do juiz, bem como de um direito inflexível ao longo do tempo, não passa de um mito a ser reestudado. Ainda que, sob um ponto de vista formal, não fosse uma época em que se pudesse falar em poder do juiz para criar o direito, era absolutamente impossível ao julgador encontrar na lei todas as respostas prontas, o que não poderia ser diferente no campo criminal, que necessariamente também tinha que trabalhar com linguagem (Mendonça, 2020, p. 224).

Nesse toar, o Princípio da Legalidade reveste-se – defronte do próprio contexto do que emergiu em sua feição contemporânea, à custa da conjugação de ideias e conceitos díspares, e do mito da plenitude hermética da lei – como um *standard* mínimo, um ponto de equilíbrio entre segurança e justiça, a partir do qual servirá como parâmetro de análise e aplicação do direito penal, através dos quatro vértices interpretativos enunciados por Cláudio Brandão (2002, p. 72):

Juridicamente, o Princípio da Legalidade alcança a interpretação da lei penal e a fundamentação das Teorias do Crime e da Pena. Com relação à interpretação da lei penal as consequências do Princípio em comento são, em primeiro lugar, a proibição da analogia em prejuízo do réu; em segundo lugar, a proibição do Direito Costumeiro *in malam partem*; em terceiro lugar, a exigência de lei certa e, em último lugar, a existência de lei prévia.

Consectário da premissa é que o aludido Princípio deita raízes no estado democrático de direito, harmonizando e conformando, na lei penal,

A expressão social e jurídica da justiça penal, como norma de conduta para cada indivíduo (direito penal substantivo) e como regra de processo especialmente para os funcionários (direito penal processual). Por isso, como para toda a outra lei, o Estado impõe tanto aos cidadãos como a si próprio – quer dizer, aos próprios funcionários – a obrigação de agir em conformidade com a mesma lei (Ferri, 1999, p. 121).

Do exposto, o direito penal serve como elemento de aferição de um sistema normativo cujo cerne é o Princípio da Legalidade. Dessa afirmação, deflui-se que os Estados que não se mostrarem afinizados a este princípio apresentam uma disfuncionalidade no sistema penal, que passa a tender ao arbítrio, denotando, assim, insuspeitada inclinação ao totalitarismo.

3 “Justiça” e arbítrio: Constitucionalismo Abusivo e III Reich

Nos estados totalitários, há uma inquietante ambiguidade conceitual, utilizada como forma de amesquinhar a finalidade da norma. Conceitos edificantes são lançados, mas que ocultam interesses escusos, denotando invariável desvio de poder.

O tema conduz a algo bastante referenciado na atualidade, o chamado constitucionalismo abusivo (*abusive constitutionalism*), definido por David Landau (2020, p. 18) como o uso de ferramentas para criar regimes autoritários e semiautoritários, em que grupos políticos buscam desarmar instâncias de controle e dificultar a transferência de poder, por meio de constituições que, à distância, soam democráticas. Nesse passo, o constitucionalismo abusivo, para o Ministro Barroso, é sinônimo de "legalismo autocrático" e "democracia iliberal", e abrange atos como os seguintes (Brasil, 2021, p. 15-16):

- a) tentativa de esvaziamento ou enfraquecimento dos demais poderes, sempre que não compactuem com os seus propósitos;
- b) desmonte ou captura de órgãos ou instituições de controle, como conselhos, agências reguladoras, instituições de combate à corrupção, Ministério Público etc.;
- c) ataque a organizações da sociedade civil, que atuem em prol da defesa de direitos no espaço público;
- d) rejeição a discursos protetivos de direitos fundamentais, sobretudo no que respeita a grupos minoritários e vulneráveis – como negros, mulheres, população LGBTI e indígenas;
- e) ataque à imprensa, quando leva ao público informações incômodas para o governo.

Essa atuação institucional anômala, invariavelmente, resgata uma concepção que a história já mostrou superada, qual seja, a premissa de que certos conceitos são definitivos e de que haveria apenas um ou alguns poucos modelos preconcebidos de linhas de pensamento e modos de vida. Ora, a pureza intelectual e racional conduz, invariavelmente, a uma sociedade totalitária da qual o III *Reich* serve como exemplo: as atrocidades cometidas pelos nazistas atendiam à “legislação” sob um aspecto meramente formal, mas eram frontalmente incompatíveis com a ideia de direito.

Na Alemanha daquele tempo, temas como "justiça" e "são sentimento do povo alemão" serviam ao propósito do III *Reich*, na letra do código penal nazista de 1936, na medida em que a compreensão da segurança jurídica defluía de publicações do *Führer* e das exigências básicas do partido, que definiam, casuisticamente, o "são sentimento do povo". Outrossim, o Princípio da Legalidade era visto como um estorvo, um obstáculo à "verdadeira justiça", no que culminou com o seu efetivo afastamento pela edição: a) da *lex van der Lubbe*, que permitia a

retroatividade da lei penal; b) da lei de 28/06/1935, que referendava a analogia com base no são sentimento do povo alemão (Fragoso, 2019, p. 220).

Em outros ramos do direito esta prática também se fazia sentir. Em 1941, foi editada a lei para a intervenção do ministério público ao processo civil. Diploma que, na prática, conferia poderes ao *parquet* para dizer se a sentença era, ou não, justa (ou seja, se atendia, ou não, aos anseios do Reich e do povo alemão), o que tornava possível, por critério meramente casuístico, a propositura de medida judicial similar ao que se conhece hoje como ação rescisória (Nery Júnior; Nery, 2007, p. 686-687).

Em síntese, os conceitos fluidos, propalados como “certezas inquestionáveis” (Hassemer, 1993, p. 239) carregam consigo um paradoxo, pois, na prática, o componente valorativo não vem expresso como diretriz constitucional, mas era transferido aos detentores do poder político. De fato, ainda que se tenha em consideração o escólio de Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 5-7), para quem a proteção de bens jurídicos seria um objetivo apenas declarado do direito penal, que se ocuparia muito mais com o controle social, não se pode deixar de mencionar que a carga de certeza e previsibilidade inerente ao Princípio em comento atua, sob certo ponto de vista, como um indutor da justiça – obtida, aqui, não pela axiologia da disposição normativa – afeta a subjetivismos, como visto anteriormente – mas sim, pela isonomia trazida pela objetividade e previsibilidade.

Hoje, o princípio da legalidade, ainda que tenha a mesma fórmula dada por Feuerbach - *nullum crimen, nulla poena sine lege* -, se destina a orientar a lei penal em direção ao ideal da justiça material, de manutenção do condenado na convivência social. Carrega em sua essência, também, a necessidade de proteção e de garantia ao cidadão frente à potestade punitiva, uma meta possível de ser atingida com uma limitação do poder de aplicar e de executar a lei penal. Em suma, de proteção e de garantia dos direitos fundamentais da pessoa.

No século XIX este princípio foi incluído no Direito Penal de quase todos os Estados civilizados. Certa exceção fez o Direito Penal dinamarquês, ao admitir a analogia para fundamentar a pena. O Direito Penal inglês baseia-se somente em parte no direito escrito - *statute law* -, adotando, como regra, a tradição jurídica do Juiz - *common law* -, que submete fortemente o órgão jurisdicional ao precedente.

[...]

Também, em 1935, na Alemanha, se permitiu uma punição extralegal, baseada no “sentimento do povo”, produzindo-se, naquela época, leis amplas e indeterminadas, até sua readmissão em 1946 (Giacomolli, 2000).

Deixe-se claro que a justiça, como elemento interno da segurança, serve ao legislador os valores sociais que nortearão a construção do “injusto” penal, pois a legalidade veicula não

só a norma, mas também transmite o sentido da proibição, que, ao fim, decorre de uma atividade valorativa (Bechara, 2022, p. 128).

Forte nessas premissas, o Princípio da Legalidade densifica a segurança e a justiça, a partir do conteúdo objetivo e isonômico que carrega, diante das multifárias concepções de uma sociedade plural, balizando e conformando as aspirações humanas.

4 Considerações finais

Os plenipotenciários, no exercício da atividade legiferante, estão jungidos a parâmetros impostos pelos sistemas jurídicos, de maneira a não agir em descompasso com a finalidade estatal. Assim é no Estado Brasileiro, regime democrático no qual os mandatários, investidos no poder através do voto popular, devem nortear suas atividades em prol da finalidade pública, por meio de prestações positivas ou negativas.

O problema está em definir o conteúdo dessas prestações: a noção do que é justo, à luz das dissonantes concepções de vida, não foge à regra quanto à dificuldade de se chegar a uma única resposta correta aos problemas da vida. A questão torna-se ainda mais delicada quando envolve o direito penal, cuja sanção é a marca mais indelével de distinção, diante dos outros ramos do direito.

O Princípio da Legalidade, pois, representa uma abstenção, uma limitação de poder aos agentes estatais, em homenagem aos direitos de liberdade, diante da dificuldade de se estabelecer parâmetros justos às expressões normativas que permearam o curso da história.

Nas sociedades gregas, o papel da lei era o de conduzir as pessoas à retidão, ao passo que, na civilização romana, compunha esquemas interpretativos, sem conteúdo vinculante. Foi na alta idade média que se começou a falar em limitar o poder absoluto, com a assinatura da Magna Carta, fato histórico que lançou as bases para a proposição de Beccaria, com “Dos Delitos e das Penas”, séculos depois, ao final da idade moderna, sob o ideal Iluminista. É na esteira da ideia de contrato social que o Princípio da Legalidade age como uma cláusula direcionada ao Estado cuja consequência pelo descumprimento, para dizer o mínimo, é a invalidade da norma que represente malefício à pessoa.

Essa construção sintetiza a importância do Princípio em tela e contextualiza-o ao longo do tempo até a quadra atual, em que representa uma mudança de chave quanto à valorização da segurança, mesmo a considerar a impossibilidade, já notada na idade moderna, de sistemas normativos absolutamente fechados.

Foi na idade contemporânea, ainda que se cogite de modelos que flertam com o totalitarismo – a exemplo do constitucionalismo abusivo e do nazismo –, que o Princípio da

Legalidade, fruto da mescla de correntes liberais e socialistas, adquiriu sua configuração atual. Inspirado na democracia, o citado Princípio entrega a justiça, na forma de um elemento interno, contido na isonomia e previsibilidade de suas disposições. A justiça apresenta-se como decorrência da segurança ínsita ao Princípio. Tanto que não se fala em um corolário de “lei justa” como formulação, ao lado das demais facetas interpretativas – lei prévia, lei certa, lei escrita e lei estrita.

Em conclusão, o Princípio da Legalidade, com padrões objetivos e isonômicos de aplicação da norma penal, atua como um ponto de equilíbrio entre segurança e justiça, constatação a que se chega em razão da volatilidade do que seja justo, diante da miríade de visões de mundo e correntes de pensamento que inspiram as sociedades democráticas.

Referências

AFTALIÓN, Enrique R.; RAFFO, Julio; VILLANOVA, José. **Introducción al derecho**. 5. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.

ALMEIDA, Guilherme de Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia do direito**. 15. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2022.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Sabino Júnior. São Paulo: Editora CD, 2002.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no direito penal contemporâneo. Coordenação de Cláudio Brandão. 2. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2022. (Coleção Ciência Criminal Contemporânea, v. 10).

BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Direito penal parte geral**: lições fundamentais. 7. ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2022.

BRANDÃO, Cláudio. A história das ideias penais e sua conexão com a história do pensamento jurídico. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 83, p. 39-51, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/288/253>. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. In: BRANDÃO, Cláudio (coord.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADPF 622/DF [...] Direito da criança e do adolescente. Relator: Min. Roberto Barroso, 21/05/2021. **Lex**: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 1.007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446738/false>. Acesso em: 08 mar. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**: o criminoso e o crime. Tradução: Paolo Capitanio. 2. ed. São Paulo: Editora Bookseller, 1999.

FRAGOSO, Christiano. **Código criminal e código criminoso**: subsídios e notas ao código penal nazista de 1936, 2019. p. 211-231. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2019/07/c%C3%B3digo-penal-nazista-christiano-fragoso.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2022.

GIACOMOLLI, Nereu José. Função garantista do princípio da legalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 778, p. 476-488, ago. 2000. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/38779>. Acesso em: 14 out. 2020.

GODINHO, Bruno Freitas. **A filosofia da história sob a visão espiritual**. Porto Alegre: AGE, 2019.

HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. Tradução: Carlos Eduardo Vasconcelos. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 30, n. 118, p. 237-282, abr./jun. 1993. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176133/000476736.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 11 mar. 2022.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

LANDAU, David. Constitucionalismo abusivo. Tradução: Ulisses Levy Silvério dos Reis e Rafael Lameira Giesta Cabral. **Rejur – Revista Jurídica da UFERSA**, Mossoró, v. 4, n. 7, p. 17-71, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/index.php/rejur/article/view/9608/10261>. Acesso em: 08 mar. 2022.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. O princípio da legalidade penal: uma releitura inevitável quanto à sua vertente de lei certa. **Ciências Criminais em Perspectiva**, Recife, v. 1, n. 1, p. 215-239, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.faculdaadedamas.edu.br/index.php/crimper/article/view/1368>. Acesso em: 27 set. 2022.

MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas em direito. Tradução: Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015.

NERY JÚNIOR, Nélon; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução e prefácio: L. Cabral de Moncada. Coimbra: Tipografia Minerva, 1934.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6. ed. ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. RS: Livraria do Advogado, 2001.