

O PRINCÍPIO DE LEGALIDADE NO MODERNO DIREITO PENAL¹

LYCURGO DE CASTRO SANTOS

Sumário: 1. Evolução histórica do princípio de legalidade — 2. A inserção do princípio de legalidade no estado democrático de direito; 2.1 O princípio da legalidade e sua realização conjunta com outros princípios de direito penal; 2.1.1 Princípio de intervenção mínima do Direito Penal; 2.1.2 Princípio de proporcionalidade; 2.1.3 Princípio de humanidade; 2.1.4 Princípio de culpabilidade; 2.2 As garantias que derivam do princípio de legalidade; 2.2.1 Garantia criminal; 2.2.2 Garantia penal; 2.2.3 Garantia jurisdicional; 2.2.4 Garantia de execução; 2.2.5 Garantia de técnica legislativa.

1. Evolução histórica do princípio de legalidade

A maioria dos penalistas está de acordo em que o princípio de legalidade é produto direto do pensamento ilustrado, cujas idéias foram determinantes na supressão do Estado Absoluto em pró do Estado Liberal de Direito.²

(1) O presente trabalho foi apresentado no Curso de Doutorado em Direito Penal na Universidade Complutense de Madrid-Espanha em junho de 1994.

(2) Veja-se Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, Tradução de Rodríguez Muñoz, v. I, p. 133; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Tradução e adição de notas Mir Puig e Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, v. I, p. 177; Stratenwerth, *Derecho Penal, Parte General I*, Tradução Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, p. 29. Acrescenta Rodríguez Mourullo, em *Legalidad (Principio De) (Derecho Penal)*, Nueva Enciclopedia Jurídica, v. XIV, p. 882/883, que alguns autores invocam textos legislativos romanos como precedentes do princípio de legalidade. Afirma, sem embargo, seguindo a Jiménez de Asúa que “Estes supostos antecedentes, não obstante tenham aparente

Sem embargo, não deve ser olvidada a importância que tiveram alguns textos políticos-jurídicos europeus, os quais sem dúvida anunciaram de uma forma ou de outra o princípio da legalidade e foram, por isso, precursores do movimento político que logrou instituir os ideais da burguesia européia.

Assim, em 1215, o rei João Sem Terra outorgou a “Charta Magna” inglesa, na qual se proclamou o princípio de legalidade em seu art. 39: *nullus liber homo será apenado nisi per legale indicium parium suorum vel per legem terra*.

A questão sobre haver este princípio instituído por primeiro na Magna Carta inglesa representar de fato uma garantia penal ou simplesmente uma garantia de tipo processual, que se discute na doutrina,³ carece de sentido prático, quando

parentesco com o problema que se estuda, respondem a concepções tão distintas e a vivências tão diferentes que não podemos, na realidade, neles encontrar a autêntica origem do problema que nos ocupa”.

(3) Veja-se, entre outros, Jescheck, cit., p. 177; Mir Puig, *Derecho Penal*, PPU, Barcelona,

se considera que a garantia material *stricto sensu* é um fenômeno do século XIX como garantia constitucional derivada do liberalismo. Foi o princípio de legalidade que se reconhece na *Charta Magna* inglesa uma garantia em favor dos nobres (apenas da aristocracia) estabelecida em um texto legal, cuja idéia fundamental de contenção do poder/dever de punir do Estado frente ao indivíduo apenas se consolidaria na vida política dos países europeus e americanos séculos depois.

Com efeito, mesmo sendo a garantia concedida pelo rei João Sem Terra estritamente processual, já que não se excluía o costume como fundamento e agravação da pena, era ela original e singular em ordem a constituir-se na primeira norma que de uma maneira ou de outra reconheceu o Direito Individual dos nobres frente ao poder ilimitado do rei e assim mesmo um limite do *ius puniendi* que absolutamente não havia na Alta Idade Média.⁴

Posteriormente, como assinala Jiménez de Asúa, os emigrantes ingleses levaram esta garantia a América do Norte, quando foi consagrada de forma muito mais ampla na *Petitions of Right* de Filadelfia no ano 1774.⁵

De fato, estes dois marcos políticos, a *Charta Magna* inglesa e a *Petitions of Rights* norte americana, expressavam, guardadas as devidas proporções entre

ambas, os ideais que marcaram a transição da civilização da Idade Média para a Idade Contemporânea, pois prepararam o Homem para o grande momento político da Revolução Francesa: o fim do Estado Absolutista. Concretamente, antes deste “imperecedouro marco” para a evolução do pensamento penal, durante o Renascimento e a Contra-reforma, apareceram diversos filósofos, políticos e juristas, inspirados pela evolução do pensamento humanista, que faziam oposição à tradição jurídico-penal existente;⁶ o ambiente era propício ao surgimento de um mecanismo agudo de contenção da potestade punitiva do Estado Absolutista.

Alguns penalistas atribuem à *Constitutio Criminalis Carolina* alemã, de 1532, o epíteto de precursora do princípio de legalidade, estabelecido definitivamente a partir da ilustração, como já se disse, mas também ela representou apenas um presságio do que seria, no futuro, o princípio em foco, pois admitia a analogia como fundamento e agravação da pena.⁷ Não obstante, este formidável texto jurídico-político é um “marco único e formidável da legislação alemã na época da recepção no passo da Idade

1990, p. 82; Rodríguez Mourullo, cit., p. 883.

(4) Veja-se infra a garantia jurisdicional derivada do princípio de legalidade.

(5) Jiménez de Asúa, *La Ley y el Delito*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 82. Segundo Rodríguez Mourullo, o princípio também foi reconhecido nas declarações de Virginia (1776) e Mariland (1776), cit., p. 883. Na Europa, costuma-se citar Josephina Austriaca (1787); veja-se a propósito Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 1993, p. 81, Conferir Mezger, cit., p. 133.

(6) Neste sentido, Quintero Olivares, *Derecho Penal, Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 182. Assinala Rodríguez Mourullo que C. Shmitt crê encontrar o princípio *nullun crimen, nulla poena sine lege* em Hobbes. Também N. Bobbio, com relação apenas à máxima *nullun crimen*. Outros, como López de Oñade, dizem que há alusão ao princípio de legalidade em Bacon; conferir *Legalidad, (Principio De)*..., cit., p. 883, n. 10.

(7) Veja-se Mir Puig, cit., p. 82 e bibliografia ali mencionada. No mesmo sentido, Jescheck, cit., p. 177. Segundo Manzini, o princípio que limita as incriminações já se manifestava nas legislações Bárbaras e Carolinas antes do século XI, bem como em alguns textos canônicos dos séculos XII, XIII e XIV; *apud* Rodríguez Mourullo, cit., p. 883.

Média à Idade Contemporânea”, conforme V. Hippel, já que supôs o reconhecimento do Direito Penal e da pena como instituições jurídico-públicas frente às arbitrariedades que à época se praticavam.⁸

O princípio de legalidade foi afinal adotado após a Revolução Francesa de 1789 pelo influxo das idéias de Montesquieu, sobre a divisão dos poderes, bem como em função do pensamento de Rousseau, cuja doutrina do contrato social estava *per si* em antinomia com um sistema legal que prescindisse do princípio de legalidade.⁹

Não era razoável, por outra parte, que os poderes pudessem, sem inequívocos danos à seguridade jurídica e à idéia de justiça que então concebiam os filósofos e políticos, estabelecer crimes e penas com efeitos retroativos. A “crítica política e filosófica ao direito vigente, expressado pelo Marquês de Beccaria, em 1764 (*dei Delitti y Delle Pene*), no sentido de que “(...) apenas as leis podem decretar as penas dos delitos e esta autoridade deve residir unicamente no legislador que representa toda a sociedade unida pelo contrato social”,¹⁰ reflete o princípio de legalidade ou o início de uma preocupação consciente dos penalistas em favor de um incremento das garantias individuais frente ao reconhecido *ius puniendi* estatal.

Assim que vemos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26.08.1789, como se presta contorno preciso ao princípio de legalidade. Dizia o art. 4.º que “La loi ne doit établir que les peines strictement et évidemment

nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée”. Como agudeza diz Cerezo Mir que “com o triunfo da Revolução Francesa o princípio de legalidade dos delitos e das penas se converte em um dos pilares fundamentais do Direito Penal liberal e em um fino expoente do Estado de Direito”.¹¹

Com efeito, o princípio foi acolhido nas constituições revolucionárias francesas de 1791 (art. 8.º), 1793 (art. 14) e do ano III (art. 14). Representava a expressão máxima do iusnaturalismo, conquanto admitia como Direito Natural do Homem, intuído pela razão, conhecer previamente quais eram as condutas que o Estado formulava como proibidas e quais eram as penas a elas aplicadas quando cometidas.

Isto foi percebido com singular clareza por um dos mais lúcidos penalistas alemães da primeira metade do século XIX, P. A. Von Feuerbach, quem teve o mérito de formular pela primeira vez o aforisma *nullun crimen nulla poena sine lege*.¹² Foi dito, não sem razão, que a construção da sua teoria penal estava condicionada diretamente ao princípio de legalidade. De fato, para o máximo representante da escola clássica alemã a pena tinha a função de coacionar psicologicamente os indivíduos a não praticar delitos.¹³ Portanto, era necessário que os indivíduos conhecessem as leis e as penas para que elas tivessem o efeito coativo que as caracterizava. A precedência da lei e da pena e a clareza com que deveria expressar eram pressupostos indispensáveis ao Direito Penal de Feuerbach.

(8) V. Hippel, *apud* Jescheck, cit., p. 131.

(9) Veja-se Jiménez de Asúa, cit., p. 98. Rodríguez Mourullo, cit., p. 883. Afirma Jescheck que “a limitação do papel punitivo pela teoria do contrato social conduz ao princípio de legalidade”, cit., p. 132.

(10) Cesare Beccaria, *apud* Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Tecnos, 1993, p. 162, n. 45.

(11) Cerezo Mir, cit., p. 162.

(12) Veja-se os parágrafos 19 e 20 do *Lehrbuch* de Feuerbach, 14.ª ed., quando ele formula este “mais alto princípio do Direito Penal”.

(13) Idéia que já se via em Pufendorf, conforme Quintero Olivares, cit., p. 39.

Ademais, não se deve olvidar que para este penalista o direito positivo era produto da “reta razão” iusnaturalista, o que faz do princípio de legalidade “uma consequência do iusnaturalismo racionalista: porque é fruto da razão, a lei há de ser essência e fundamento do sistema jurídico”.¹⁴

Pese esta apoteósica carreira do princípio de legalidade, considerado por Frank como parte integrante de nossa consciência jurídico-penal, o certo é que esteve ele vez ou outra menoscabado em ordem a flutuações políticas, as que sempre vinculam o Direito Penal e seus princípios, bem como em função da “superação” do pensamento clássico representado pela emergência da Escola Positivista italiana e pela Escola Correcionalista: ambas defendiam o postulado de que o juiz deveria ser completamente livre para julgar no marco de um Direito Penal defensivo ou voltado para “curar” o delinqüente. Para os mais entusiastas prosélitos destas escolas, não deveria haver limites de pena e era função do Direito Penal antecipar-se ao delito, determinando quem eram os indivíduos perigosos e potenciais infratores das normas fundamentais à convivência social.

Na Espanha seguia esta posição Dorado Montero, chamado “correcionalista-positivista”, quem afirmava que as garantias penais, como o princípio de legalidade, são necessários em um sistema repressivo, não em um sistema de Direito Penal tutelar, que funciona apenas como “meio curativo para o bem do delinqüente e da sociedade”.¹⁵

⁽¹⁴⁾ Ibidem.

⁽¹⁵⁾ Veja-se Quintero Olivares, cit., p. 40. Sobre a substituição de um Direito Penal de fato por um Direito Penal de autor, veja-se Rodríguez Mourullo, cit., p. 884. Para este autor, o princípio de legalidade fica sem sentido no marco da doutrina da “Nova Defesa Social” (n. 13).

Sucedem, todavia, que os danos mais graves infligidos ao Direito Penal Liberal (ou Clássico), não proveio das escolas científicas do positivismo ou do correcionalismo, as quais não postulavam expressamente a eliminação do princípio de legalidade, sabendo que “o ambiente não estava ainda preparado para aceitar passivamente a desapareição de uma regra tão fundamental na civilização européia”,¹⁶ mas sim da instituição dos Estados Nacional-socialistas na Europa.

O princípio da legalidade representava de fato um limite à potestade punitiva estatal, bem como uma proteção do âmbito privado frente à intromissão dos poderes de controle social. Nisto reside que tal princípio não se poderia manter em um estado totalitário, destinado a controlar o máximo possível a vida das pessoas, as quais deveriam obedecer cegamente e sem críticas o que queriam os governantes. Era efetivamente uma antinomia o princípio de legalidade e o Estado Nacional-socialista.

Neste contexto, o § 2.º do Código Penal do Reich de 1871, que dizia: “uma ação apenas pode ser castigada com uma pena se esta se encontrava determinada pela lei antes de que a ação fora cometida” foi prontamente substituído como o advento do III Reich pela Lei de 28.06.1935 com a seguinte redação: “Será castigado aquele que cometa um fato que a lei declara punível ou que mereça sê-lo com base no pensamento fundamental de uma lei ou de acordo com o seu sentir do povo. Se não é aplicável a lei ao ato de modo imediato, será castigado com fulcro na lei cujo pensamento fundamental seja o mais adequado a dito ato”.

Esta lei, como demonstra claramente o sentido legal de seus termos, permitia que a analogia e o costume fossem instrumentos de criação do Direito e

⁽¹⁶⁾ Assim, Rodríguez Mourullo, cit., p. 884.

aplicação da pena em ordem a fundamentá-la ou agravá-la. Supunha o descaso ao princípio de legalidade em favor do “ato espírito” do povo alemão. Não estabelecia grau algum de vinculação do juiz à lei à legislação penal do III Reich.¹⁷

A Lei 1 do Comandante Supremo das Forças Aliadas e a Proclamação 3 do Conselho de Controle de 20.10.1945, não obstante, derogaram aquele preceito legal. A lei fundamental de Bonn, em seu art. 103, inc. II, estabelece que “apenas poderá ser castigado um ato quando a sua penalidade esteja legalmente determinada antes de que o ato seja cometido”.

Pese a situação extraordinária em que se encontravam as potências aliadas, não houve respeito por parte delas ao princípio de legalidade por ocasião dos Juízos de Nuremberg. Com efeito, tais Juízos se apoiavam no Direito Consuetudinário e foram criadas, ademais, figuras típicas como provocar uma guerra de agressão ou crime contra a humanidade que tiveram aplicação retroativa, conquanto não estavam estabelecidas com anterioridade no Direito Estatal.¹⁸

Por fim, o art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU em 10.12.1948, estabelece que “ninguém será condenado por atos ou omissões que no momento da comissão não forem delitivos segundo o Direito Nacional ou Internacional. Tampouco serão impostas penas mais graves que as aplicáveis no momento da comissão do delito”. Este

postulado, sem embargo, nem sempre foi respeitado, mesmo por estados que se auto-intitulam democráticos, os quais apenas subscrevem formalmente o princípio de legalidade e seus derivados, mas que na prática continuam a favorecer um Direito penal absolutista.

Por outro lado, se é certo que o princípio de legalidade não está essencialmente vinculado ao Estado Material de Direito,¹⁹ também não podemos olvidar que a concepção de tal princípio depende essencialmente do que se compreende por Estado de Direito. Evidente que o princípio de legalidade tem um significado muito mais complexo em um Estado Democrático de Direito do que em um Estado Liberal, do tipo Francês do século passado. É esta complexidade que veremos a seguir.

2. A inserção do princípio de legalidade no estado democrático de direito

O princípio de legalidade, como se disse, é fruto da preocupação ilustrada em limitar o *ius puniendi* estatal. Disso deriva a sua natureza: cuida-se de um mecanismo de contenção da intervenção estatal no âmbito privado do indivíduo.

Essa limitação no Estado Democrático de Direito, contudo, difere substancialmente daquela introduzida no Estado Liberal de Direito. O Direito penal liberal caracterizava-se por ser retributivo e o princípio de legalidade se mostrava como uma mera projeção em um Direito que apenas começava a ser codificado

(17) Assim Rodríguez Mourullo em nota ao *Tratado de Derecho Penal*, de Mezger, p. 129. Também na União Soviética, assinala Cerezo Mir, os Códigos Penais de 1922 e 1936 admitem expressamente e com grande amplitude a aplicação da lei penal por analogia, cit., p. 164.

(18) Neste sentido Jescheck, cit., p. 163 e ss. Também Rodríguez Mourullo, quem cita a Jiménez de Asúa (nota 17), cit., p. 885.

(19) Assim, Cerezo Mir, cit., p. 165, para quem nos países anglo-saxões o princípio de legalidade não está aceito expressamente. Não obstante, existe na Inglaterra e nos Estados Unidos um Estado Material de Direito. Afirma ainda este autor que o princípio de legalidade alcança “unicamente seu significado no Estado Material de Direito”, p. 166.

em contraposição ao *usus fori* que primava pela analogia.

No século XX o fenômeno dos Estados intervencionistas traz à questão de restringir ou ampliar o *ius puniendi* maior complexidade, especialmente face a diversidade da criminalidade e dos bens jurídicos que se procura proteger (incremento da criminalidade juvenil, por exemplo), ao mesmo tempo em que se atribui ao Direito Penal um caráter essencialmente preventivo. Com efeito, atualmente se concebe, não sem críticas, que o Direito Penal tem como função a prevenção de delitos através da motivação dos indivíduos para que não se comportem de maneira a comprometer um bem jurídico valorado como imprescindível à vida em comunidade.²⁰ À essa função do Direito penal (e da pena), defendem os “prevencionistas”, deve servir unicamente o princípio de legalidade.

Por outro lado, pese a transcendência filosófica ou seu âmbito científico, o certo é que a origem do princípio de legalidade e seu sentido foram fundamentalmente políticos.²¹ Busca-se com a certeza jurídica própria do Estado de Direito a segurança política dos cidadãos. Isto explica a sua concepção não apenas como um aforismo jurídico-penal, mas também como um postulado constitucional.²²

A adoção formal do princípio de legalidade pode, todavia, não derivar em uma verdadeira contenção do *ius puniendi* estatal. Ao contrário, precisamente nos Estados totalitários ou pseudo-democráticos, o princípio de legalidade, quando não expressamente negado, é

utilizado para justificar e legitimar o Direito penal como meio de garantir através do “terror penal” e da insegurança jurídica, a invariável perpetuação de uma minoria no poder com a consequente submissão do resto da população.

Pensemos, por exemplo, no uso indiscriminado de conceitos genéricos ou imprecisos na formulação dos tipos penais ou das chamadas normas penais em branco. Pensemos, ainda, como desviação velada do princípio da legalidade, a criação de comportamentos típicos, sob os quais não subjaz qualquer lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico protegido pelo Direito penal.

A utilização do princípio de legalidade de uma forma distinta àquela imposta por sua natureza ou mesmo seu radical, mas menos hipócrita abandono nas legislações manifestamente totalitárias, fez com que vários autores lhe atribuísse um valor transcendente ao Direito positivo. Assim, Sax revela que o princípio da legalidade é consequência da inviolabilidade da dignidade humana e Arthur Kaufmann a considera como um princípio derivado do Direito Natural.²³

Esta concepção, sem embargo, não é suficiente para se evitar que o princípio seja menoscabado ou utilizado de um modo distinto em relação àquele em que foi concebido. É necessário algo mais que de fato represente um limite à excessiva intervenção penal²⁴ e garanta, ao mesmo tempo, a liberdade individual e a imprescindível segurança jurídica.

Dois são, no meu entender, os requisitos para se lograr um princípio da legalidade que represente materialmente

(20) Veja-se neste sentido Mir Puig, cit., p. 71 e s.

(21) Veja-se Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, 2.ª ed. Buenos Aires, 1958, t. 2, p. 382.

(22) Neste sentido Rodríguez Mourullo, cit., p. 886.

(23) *Apud* Rodríguez Mourullo, cit., p. 886.

(24) A intervenção penal, assinalam os “prevencionistas”, apenas se justifica quando é absolutamente necessária para prevenir delitos (prevenção especial e prevenção geral); rechaça-se a retribuição clássica na medida em que é impossível a demonstração empírica do livre arbítrio.

uma limitação do *ius puniendi* em um Estado Democrático de Direito: em primeiro lugar, deve o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* ser concebido como um fenômeno jurídico-penal atrelado a outros princípios que também representam uma contenção da intervenção estatal no âmbito privado do indivíduo. Em segundo lugar, dentre as funções de garantia que derivam do princípio da legalidade — garantias criminal, penal, jurisdicional e de execução — deve ser acrescentada a garantia de técnica legislativa. Como bem disse Rodríguez Mourullo, seguindo a Maurach, “em um Estado de Direito, o aforisma *nullum crimen, nulla poena sine lege* se converte no princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta et stricta*.”²⁵

Vejamos em seguida cada um destes requisitos de forma particularizadas.

2.1 O princípio da legalidade e sua realização conjunta com outros princípios de direito penal

O princípio da legalidade forma com os demais princípios de Direito penal — princípio de intervenção mínima, princípio da proporcionalidade, princípio de humanidade e princípio da culpabilidade — um todo indivisível, de modo que a realização de cada um é imprescindível para que todos possam se conformar em um Direito Penal com os fundamentos materiais do Estado Democrático de Direito.

Esta interdependência dos princípios de Direito Penal significa na prática que o não cumprimento de um deles (por exemplo, o princípio da culpabilidade) derivará em um intolerável menoscabo do princípio de legalidade, cuja essência, repita-se, é ser um mecanismo de contenção da intervenção Estatal que

está além da simples garantia de irretroatividade da lei penal.

Vejamos o significado de cada um destes princípios, à luz do princípio de legalidade, no marco de um Estado Democrático de Direito.

2.1.1 Princípio de intervenção mínima do Direito Penal

Por princípio de intervenção mínima do Direito Penal deve ser entendido que “o Direito Penal apenas deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes”.²⁶ Quando outros ramos do direito podem satisfatoriamente proteger os bens jurídicos, a utilização do Direito Penal é ilegítima, na medida em que o Direito Penal não existe nem como fim em si mesmo nem tampouco como forma de *vindicta*.

Isso não significa que não possam existir sanções nos diferentes ramos do ordenamento jurídico para um único ataque a um bem jurídico (por exemplo, a existência de sanções civis e penais derivadas da prática de um crime). O que sim deve ser levado em consideração é que o Direito Penal persegue “um fim de restauração da paz social perturbada pelo delito”²⁷ como última *ratio* e exclusivamente, enquanto outros ramos perseguem distintos fins.²⁸

Ao princípio de intervenção mínima se atribui uma estreita relação com o conceito de bem jurídico. Para ser um bem jurídico protegido pelo Direito

(26) Veja-se Muñoz Conde/García Arán, cit., p. 67.

(27) Feliz expressão do Tribunal Supremo Espanhol na Sentença de 05.03.1955.

(28) Veja-se os problemas levantados por Muñoz Conde a respeito das sanções administrativas que cumpre funções muito parecidas as sanções penais, o que faz com que o Tribunal Constitucional Espanhol imponha às sanções administrativas os princípios e garantias das sanções penais; Muñoz Conde/García Arán, cit., p. 67 e s.

(25) Veja-se Rodríguez Mourullo, cit., p. 888.

Penal, “será preciso que o interesse que encarne tenha a comum valoração positiva e essencial (...); do contrário, não será propriamente um bem jurídico, e por conseguinte, aquela lei penal não estará proibindo uma ação porque ultrapasse um princípio ético-socialmente tolerável, senão por razões diferentes e, por isso, alheias à função do Direito Penal”.²⁹

Por outra parte, o legislador valora essas realidades sociais que são os bens jurídicos de maneira vinculada ao sentimento da comunidade. Não pode aleatoriamente e conspurcando a finalidade do Direito Penal, por exemplo, fazer preponderar através dele interesses de uma minoria que detém o poder sócio-econômico frente uma maioria desprovida deste poder ou estimar como necessário de proteção penal um bem jurídico melhor e suficientemente protegido por outro ramo do ordenamento jurídico, ou ainda construir tipos penais que incriminam determinados comportamentos sociais que não representam menoscabo (ou perigo de ofensa) de bem jurídico algum.

Já dizia M. E. Mayer que um bem jurídico para o Direito Penal há de ter tripla qualidade: há de ser merecedor de proteção, necessitado de proteção e capaz de proteção.³⁰

O bem jurídico merecedor de proteção penal vem condicionado pelo valor que a ele atribui uma determinada cultura em um certo tempo. A necessidade de proteção de um bem jurídico, sob o prisma penal, depende do fracasso ou da

insuficiência da intervenção de leis civis, administrativas, etc. Por fim, a capacidade de proteção penal está em que “nem todos os bens jurídicos merecedores e necessitados de proteção penal são igualmente capazes ou idôneos para esta proteção. Um exemplo disto é a moral sexual”.³¹

Pois bem, sobre a base do bem jurídico e da ação contra ele praticada é construído um conceito de delito. Trata-se de uma “conduta que lesiona ou põe em perigo um bem jurídico e constitui uma grave infração às normas da ética social ou da ordem política ou econômica da sociedade”.³² Deste mesmo conceito se conclui que afronta o princípio de intervenção mínima e, em consequência, o princípio de legalidade, a construção de tipos penais em que não há lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, e assim mesmo há uma ofensa a tais princípios quando o legislador não atua com a devida cautela, prescindindo das três qualidades que deve possuir um bem jurídico para ser protegido pelo Direito penal, qualidades estas anteriormente mencionadas.

Voltamos com isso, ainda que com distinto significado, ao aforismo de Feuerbach *nulla poene sine crimine*, no qual a existência de uma pena estava condicionada ao surgimento da ação ameaçada. Em um Estado Democrático de Direito uma ação para ser qualificada como ameaçada sob o prisma jurídico-penal deve cumprir alguns requisitos determinados pela concepção de bem jurídico relevante para o Direito Penal. Caso contrário perderá ele sua eficácia motivadora, especialmente porque a comunidade prefere cumprir as normas

⁽²⁹⁾ Assim Quintero Olivares, cit., p. 61. Por bem jurídico deve ser entendido “um valor ideal de ordem social juridicamente protegido; Jescheck, cit., p. 351. Sob um prisma sociológico, temos bem jurídico como possibilidade de participação individual ou coletiva dentro de uma determinada estrutura social.

⁽³⁰⁾ *Apud* Muñoz Conde/García Arán, cit., p. 75 e s.

⁽³¹⁾ *Ibidem*.

⁽³²⁾ Assim, Cerezo Mir, cit., p. 20. Segundo este autor o conceito material de delito apenas tem relevância para o legislador em função do princípio de legalidade que rege o Direito Penal (nota 25).

sociais, ainda que estejam elas em contradição com as normas jurídicas.

2.1.2 Princípio de proporcionalidade

A maioria dos autores costuma atribuir ao princípio de proporcionalidade a tarefa de impedir que o Direito Penal se converta em um Direito puramente utilitarista, isto é, um Direito puramente defensivo, como pretendiam os positivistas e os correccionalistas em geral.

Este princípio, afirmam os autores, diz respeito fundamentalmente a pena: o desvalor da ação e o devedor do resultado devem estar em proporção justa à sanção penal que se inflija. Assim, não seria justo castigar-se um furto com uma pena de morte ou com a pena de prisão perpétua, ao mesmo tempo em que se sanciona o parricídio com uma pena privativa de liberdade máxima de trinta anos.³³

Pese o fato de que essa concepção do princípio de proporcionalidade deriva em uma idéia de pena justa e reflete, portanto, uma postura retribucionista com relação à pena, o certo é que podemos também partir de uma posição essencialmente prevencionista e encontrar, sob a égide deste princípio, uma limitação do *ius puniendi* Estatal: O princípio de proporcionalidade não pode ser totalmente compreendido se utilizado apenas como obstáculo contra posturas defensistas radicais.

Proporcionalidade da pena em Direito Penal significa um equilíbrio entre o que se exige em nível de prevenção geral e em nível de prevenção especial para o comportamento humano que se pretenda prevenir. O legislador quando determina

uma sanção penal a uma conduta que pode e quer evitar deve considerar tanto o que é necessário para motivar os indivíduos que não pratiquem o delito e respeitem a norma, como o que é imprescindível para a ressocialização (ou, como mínimo, a não dessocialização) do delinquente. No exemplo do furto supra mencionado, a pena de morte ou a pena de prisão perpétua não cumpriria o pressuposto preventivo geral, pois seria simplesmente intimidatória, própria do "terror penal", nem tampouco satisfaria aspectos de prevenção especial, enquanto se pressupõe que uma pessoa que comete furto não necessita de um tempo tão longo de privação de liberdade para ser ressocializada.

Não é necessário, afinal, buscar nos ideais de justiça, tão difíceis de compreensão na sociedade pluralista em que vivemos, a essência do princípio de proporcionalidade.

Ademais, voltamos ao princípio de legalidade e seu fundamento filosófico: exatamente porque não é possível identificar-se a lesão de um bem jurídico com a pena que por ela se impõe, ou seja, não são justas nem idênticas as duas situações jurídicas, devemos restringi-la o máximo possível, "para que a enormidade da desigualdade não apareça tão patente".³⁴

Sendo esse o fundamento filosófico do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a redução da pena em abstrato aos limites mínimos exigidos pela prevenção geral e pela prevenção especial, ademais de ser uma exigência do princípio de proporcionalidade entre delito e pena, também é requisito para que o princípio de legalidade possa estabelecer-se materialmente como garantia do cidadão frente à intervenção penal estatal.

(33) Normalmente os autores concebem o princípio de proporcionalidade entre pena e delito como derivado do princípio de culpabilidade, pois esta é concebida como reprovabilidade pelo fato. Assim, por exemplo, Jescheck, cit., p. 30 e s. e Quintero Olivares, cit., p. 70.

(34) Assim Jiménez de Asúa, seguindo a Carlos Cassio, em *Tratado*, cit., p. 380 e 381.

2.1.3 Princípio de humanidade

O princípio de humanidade, da mesma maneira que o princípio de proporcionalidade, diz respeito fundamentalmente à pena. Não obstante, como disse Jescheck com agudeza, “impõe que todas as relações humanas que o Direito Penal faz surgir no mais amplo sentido se regule sobre a base de vinculação recíproca, de uma responsabilidade social para com o delinqüente, de uma livre disposição a ajuda e assistência sociais e de decidida vontade de recuperação do condenado”.³⁵

Esse princípio é fruto do liberalismo da ilustração que objetou às penas que de uma maneira ou de outra destruíam a dignidade humana.

Sua adoção expressa nas diversas constituições modernas — veja-se, a propósito, o art. 15 da Constituição espanhola que proíbe expressamente a tortura e as penas ou tratamentos desumanos ou degradante, abolindo a pena de morte, “salvo o que possam dispor as leis penais militares para tempos de guerra”, e o art. 5.º, inc. XLVII, da Constituição brasileira, que proíbe as penas de morte (salvo em caso de guerra declarada, conforme o art. 84, XIX, CR), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis — se traduz em um desejo de ressocializar o delinqüente mantendo um mínimo de sofrimento que possa surgir em função

do cumprimento da pena (o isolamento social já é *per si* um prejuízo para o delinqüente condenado).

Pois bem, Feuerbach já dizia em seu *Leherbuch* que “o ato legalmente ameaçado (o suposto legal) está condicionado pela pena legal, *nullum crimen sine poena legali*, pois o mal, como uma conseqüência juridicamente necessária, está ligado pela lei à concreta lesão jurídica”.³⁶ O que se deve entender por *poena legali* é que ela deve estar de acordo com as exigências materiais do princípio de legalidade, vale dizer, em consonância, entre outros, com o princípio de humanidade. Uma pena que não seja ajustada ao humanitarismo, que não respeite à pessoa humana e sua necessidade social, uma pena que seja simplesmente *vindicta*, não pode revestir-se de caráter de pena legal: é, antes de tudo, uma pena inconstitucional.

2.1.4 Princípio de culpabilidade

É necessário, em primeiro lugar, distinguir o princípio de culpabilidade como garantia democrática e como critério retor de política criminal e de legislação penal do conceito de culpabilidade tradicional estritamente jurídico-penal.³⁷ Aqui não tratarei do conceito de culpabilidade como um dos elementos do delito, que encerra talvez uma das mais vivas discussões no seio do Direito Penal moderno, mas sim do princípio de culpabilidade que se traduz em uma limitação ao *ius puniendi* e que está entrelaçado ao princípio da legalidade.

A meu juízo duas são as limitações que derivam do princípio de culpabilidade. A primeira é a exigência de que no causador de um fato típico concorra dolo ou culpa. Não há espaço para a responsabilidade objetiva, na qual o fato

⁽³⁵⁾ Jescheck, cit., p. 35. Sem embargo, este autor posteriormente assume uma posição nitidamente maniqueísta, segundo a qual o cumprimento das penas não se pode lograr “sem dano nem dor (...), a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais e fazer da má conduta ocasião de prêmio” (p. 36). Creio que não se trata de reduzir o Direito Penal a um instrumento condutor da moral na fase de execução da pena; esta deve, na falta de outro instrumento político-social, obedecer a um programa de ressocialização mínimo (não dissocialização).

⁽³⁶⁾ *Apud* Jiménez de Asúa, “La Ley...”, cit., p. 97.

⁽³⁷⁾ Assim, Quintero Olivares, *Derecho Penal*, cit., p. 69.

é atribuído a quem deu causa ainda que derive de caso fortuito. A segunda é que a pena seja atribuída ao indivíduo pelo fato próprio (individualização do castigo).³⁸

Se considerarmos como a moderna dogmática penal que o dolo e a culpa fazem parte do injusto penal, a ausência de ambos torna atípica a conduta que cause lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pelo Direito penal.³⁹ Isto se põe como óbvio pela mesma função que em seu momento foi atribuído ao Direito penal em um Estado Democrático de Direito. Está claro que o Direito penal apenas pode motivar às pessoas a não se comportarem de tal maneira que provoquem um perigo de lesão ou uma lesão ao bem jurídico protegido. Não pode o Direito penal simplesmente proibir resultados indesejados, como não pode o homem controlar as mortes naturais, as tempestades, os furacões etc.

Por outra parte, o princípio de culpabilidade exige que a pena seja atribuída ao sujeito por sua própria ação. Como

disse Jescheck, com correção, “a essência da culpabilidade não se encontra, segundo isto, em um defeito do caráter adquirido culpavelmente, pela forma com que se há conduzido na vida (culpabilidade pela condução de vida), senão que o autor sucumbiu a tentação na situação concreta e se fez culpável através de sua ação (culpabilidade pelo fato).⁴⁰

Ademais, a culpabilidade persegue a idéia de “individualização do juízo que se emite sobre a conduta de uma pessoa”.⁴¹ Essa individualização nos remete à seguinte questão: é possível a imposição de uma pena a um autor culpável de um injusto penal por baixo do marco mínimo da pena imposta pelo legislador?

Para Roxin, podem existir circunstâncias pessoais do delinquente que fazem com que a pena imposta no mínimo legal seja excessiva desde um ponto de vista preventivo especial. Para essas particularíssimas situações, postula uma pena mínima abaixo do marco legal, desde que corresponda ao limite máximo a que possa condescender os requisitos de prevenção geral, os quais ainda estariam presentes, fortalecendo a consciência jurídica da comunidade.⁴²

Em sentido contrário assinala Jescheck: “Se a pena há de ser compensação da culpável violação do Direito, porque apenas assim cabe alcançar de

⁽³⁸⁾ No mesmo sentido, Quintero Olivares, *Ibidem*, p. 70.

⁽³⁹⁾ Veja-se, a propósito, Quintero Olivares, para quem “a proteção constitucional da exigência de dolo ou culpa resulta fácil teoricamente, posto que a inobservância do preceito do art. 1.º do Código Penal por um tribunal supõe uma infração da lei que, sem prejuízo de sua eventual reparação em via cassacional, encontraria amparo constitucional por violação ao princípio de legalidade; se uma infração penal leva como componente imprescindível um elemento subjetivo (o dolo ou a imprudência) a apreciação de um delito contando apenas com alguns elementos que o integram violaria a letra mesma da lei”, *Derecho Penal*, cit., p. 398. O art. 1.º do Código Penal espanhol, a exemplo do art. 18 do Código Penal brasileiro, exige o dolo ou a culpa para a existência de um delito. Novamente retornamos ao princípio *nulla poena sine crimine*.

⁽⁴⁰⁾ Veja-se Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 30.

⁽⁴¹⁾ Para Quintero Olivares a idéia de individualização implica em que o princípio de culpabilidade tenha proteção constitucional: “Os espanhóis são iguais perante a lei, sem que possa prevalecer discriminação alguma em razão de nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social”, cit., p. 402. Em sentido parecido o art. 5.º da Constituição brasileira.

⁽⁴²⁾ Veja-se Roxin, *Prevención y Determinación de La Pena*, em “Cuadernos de Política Criminal”, 1979.

forma justa o fim de proteção da sociedade (BGH 24, 40-42), deve manter-se uma adequada proporção entre conteúdo da culpabilidade e medida da pena, impedindo uma redução excessiva da pena, de modo que, por exemplo, um delito cometido nos campos de concentração nazista não poderia ser castigado apenas com uma pena privativa de liberdade suspensa condicionalmente pelo fato do autor estar integrado à sociedade há anos, nem porque a coletividade já se encontra suficientemente ensinada pela história".⁴³

Creio que a pena não pode ser aplicada abaixo do marco mínimo estabelecido previamente pelo legislador. Todavia, a esta conclusão não chego a partir da constatação de que o juiz deixaria de aplicar uma justa retribuição pelo fato, que não se compreende em um Estado Democrático de Direito cujo objetivo é prevenir os delitos através da motivação aos indivíduos.

Com efeito, dois são os motivos pelos quais não se pode admitir tal individualização da pena abaixo do mínimo legal: em primeiro lugar contraria o princípio da legalidade, já que a pena mínima estabelecida pelo legislador é o limite mínimo a partir do qual a pena pelo injusto culpável cumpre seus pressupostos de prevenção especial e geral. Em segundo lugar, a adoção do critério de rebaixar a pena aquém do marco mínimo traz consigo um perigo, desde o ponto de vista político criminal, à segurança jurídica.

O princípio da legalidade carrega consigo a idéia de que o juiz não pode a seu talante estabelecer os crimes e as penas que lhe convém reprimir e castigar: está ele, antes de tudo, submetido aos desejos da comunidade expressados na lei, que determinou previamente e com base em dados objetivos que a pena para satisfazer os aspectos de prevenção

especial e geral com relação às infrações penais deve estar entre margens legais (teoria do espaço do jogo). Não se compreende como o juiz pode no caso concreto determinar que ao autor de um delito cabe uma pena abaixo do mínimo legal e que esta pena cumprirá os requisitos de prevenção geral, senão recorrendo a uma indesejável subjetividade que raia a arbitrariedade.

Ademais, contraria a expectativa de segurança jurídica a possibilidade de que o juiz possa rebaixar a pena aquém do mínimo legal: as pessoas que provassem no curto espaço do processo estarem "socializadas", inclusive aquelas que o fossem objetivamente, sabiam que se cometessem um delito seriam sancionadas com penas mínimas ou não sancionadas. Desde um ponto de vista político-criminal é indesejável que isto possa se converter em um fator criminógeno, contrariando tudo o que se esperava da pena em sua função dissuasória dos potenciais delinquentes.

2.2 *As garantias que derivam do princípio de legalidade*

O princípio de legalidade em um Estado Democrático de Direito necessita para se firmar como uma proteção material do cidadão frente ao poder punitivo do Estado algo além de sua simples adoção formal nos textos legislativos. Precisa estar atrelado a outros princípios de Direito penal, questão que vimos no item anterior, como também abarcar em série de garantias, especialmente a garantia da técnica legislativa. Vejamos em seguida quais são as garantias que devem derivar do princípio de legalidade a fim de representar materialmente a função de limite do *ius puniendi* estatal.

2.2.1 *Garantia criminal*

Significa a garantia criminal que "nenhum fato pode ser considerado como

⁽⁴³⁾ Jescheck, cit., p. 32.

delito sem que uma lei anterior o tenha qualificado como tal"⁴⁴ — *nullum crimen sine lege*.

É oportuno ressaltar que o requisito da anterioridade, que corresponde a uma exigência de segurança jurídica e garantia pessoal do cidadão frente à potestade punitiva estatal, não está claramente expresso no aforisma de Feuerbach (mas sim está em sua teoria da coação psíquica). Não obstante, como disse com agudeza Jiménez de Asúa, "o requisito *ex post facto* está insito no citado apotegma, ainda que se anuncie abreviado. Por isso acabamos de formulá-lo completo: *nullum crimen, nulla poena sine Praevia lege*. Por outra parte, esta é a forma que adota nas Constituições norte-americanas, muito bem destacada por Jerome Hall"⁴⁵.

A anterioridade da lei, não obstante, diz respeito apenas a que uma lei penal não pode incidir retroativamente de modo desfavorável ao réu. Vale dizer, toda lei que beneficie o réu deve ter eficácia retroativa, com exceção das leis extraordinárias (leis temporais ou leis excepcionais, como menciona o art. 3.º do Código Penal brasileiro, que proíbe nestes casos a retroatividade da lei mais benigna), pois nestas não há uma "transformação da valoração ético-social",

senão que as necessidades de proteção de um determinado bem jurídico se debilitaram "por razões fáticas" e a antijuridicidade da ação anterior não se modifica com a nova regulação.⁴⁶

Por outro lado, não cabe dúvidas de que a retroatividade da lei penal mais favorável não desmerece o princípio de legalidade, enquanto seu "sentido limitador" da potestade punitiva estatal permanece intacto.⁴⁷

Outro problema diz respeito a que a irretroatividade da lei prejudicial ao réu apenas se aplica às leis penais em sentido material e não às leis processuais em sentido estrito, as quais incidem em todos os supostos imediatamente depois de entrar em vigor.

As leis penais em sentido material se referem direta ou indiretamente à punibilidade do delinquente. As normas estritamente processuais tratam apenas de regular o modo pelo qual o Estado desenvolverá sua função de aplicar o direito ao caso concreto: são todas as normas procedimentais que não dizem respeito à punibilidade do delinquente.

Assim, por exemplo, uma norma que trata de ampliar o tempo de prescrição de um determinado delito não poderá ser aplicada aos fatos anteriores à sua entrada em vigor, pois a prescrição diz respeito diretamente à punibilidade do réu e à extensão de seu tempo depois de praticado o fato que regula significa retroagir uma norma penal *in malam*

(44) Assim Rodríguez Mourullo, cit., p. 888. Veja-se, ademais, o art. 25.1 da Constituição espanhola e o art. 5.º, inc. XXXIX, da Constituição brasileira.

(45) Assim Jiménez de Asúa, "Tratado...", v. 2, cit., p. 383. Acrescenta este autor que por ocasião do Juízo de Nuremberg, no qual foram julgados e condenados membros do regime nazista, acusados de crimes de guerra, "acudiram à hábil argumentação de que foi respeitada a máxima *nullum crimen sine lege* — posto que foi escrita uma "carta", para o tribunal militar internacional e "não foram objeto de enjuizamento delitos desconhecidos ou inominados" — faltando unicamente o requisito *ex post facto*" (p. 383).

(46) Assim Stratenwerth, cit., p. 31/32. Veja-se o art. 9.3 da Constituição espanhola e o art. 5.º, inc. XL da Constituição brasileira. Na doutrina espanhola há divergências acerca da retroatividade das leis mais benignas quando se trata de leis extraordinárias, especialmente em razão do art. 24 do Código penal espanhol. Veja-se, por todos, Muñoz Conde em adições de Direito penal espanhol ao Tratado de Jescheck, cit., p. 193.

(47) Neste sentido Mir Puig, cit., p. 85.

partem, circunstância contrária ao princípio de legalidade.⁴⁸

O princípio *nullum crimen sine previa lege* também abarca o princípio de reserva da lei, segundo o qual apenas a lei escrita poder ser fonte de incriminação de determinados comportamentos humanos e agravamento das consequências legais.

Na Espanha o princípio de reserva de lei não está suficientemente claro em função das interpretações que discrepam do texto constitucional.⁴⁹ Com efeito, o art. 25.1 da Constituição declara que “ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de se produzir não constituam delito, falta ou infração administrativa, segundo a legislação vigente naquele momento”.

O problema surge já na interpretação do termo “legislação”. Para alguns autores, o termo “legislação” deve ser interpretado como sendo lei em sentido formal, pois, de outro modo, “o preceito

resultaria então completamente superfluo uma vez que o art. 9.3 garante a segurança jurídica”.⁵⁰ Para outros, sem embargo, o termo compreende o conjunto de todas as normas estatais.⁵¹ Parece que está com a razão Arroyo Zapatero, quando afirma que “a interpretação do termo aludido admite uma solução diferenciada, segundo qual seja o tipo de norma a que se refere cada caso: norma incriminadora penal ou norma sancionadora administrativa”.⁵²

Isto não resolve, todavia, a questão de qual nível hierárquico deve ter a lei penal. Argumenta a doutrina majoritária que o grau de hierarquia das leis penais vem determinado pelo artigo 81 da Constituição que assegura “lei orgânica” quando se trata do “exercício dos direitos fundamentais e das liberdades públicas”.⁵³ Surge a polêmica no momento em que se questiona se todas as leis penais referem-se ao exercício, ou afetam, no sentido em que acertadamente assinala Arroyo Zapatero,⁵⁴ os direitos fundamentais.

Creio que as leis penais, e apenas aquelas essencialmente incriminadoras, afetam de fato o exercício dos direitos fundamentais e das liberdades públicas,⁵⁵ seja porque estão diretamente relacionadas com a liberdade pessoal, seja porque “afetam sempre o direito à

(48) Contrário a tal entendimento manifesta-se Stratenwerth, seguindo a Gründwald, para quem “resulta duvidoso se merece realmente ser protegido o cálculo do autor de se arriscar à realização de uma ação de cuja antijuridicidade é consciente e referido a uma determinada medida da pena”; “Derecho Penal...”, cit., p. 30. Sem embargo creio que todos os preceitos que agravam a situação do réu são normas materialmente penais e por isso estão submetidas à limitação de irretroatividade. Assim que a conversão de um delito perseguível à instância da parte em delito perseguível de ofício diz respeito diretamente à punibilidade do delinquente (especialmente quando o prazo para apresentação da que-rela caducou), motivo pelo qual está abarcada pela proteção do princípio de legalidade. Atento para esta questão, Jescheck, cit., p. 186.

(49) É indiscutível, todavia, que a reserva absoluta da lei penal significa a proscrição do costume como fonte incriminadora do Direito Penal e a proibição de analogia *in malam partem*.

(50) Assim, Cerezo Mir, *apud* Arroyo Zapatero, em “Principio de Legalidad y Reserva de Ley en Materia Penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 8, mayo-agosto, 1983, p. 23.

(51) Assim, Mir Puig, “Derecho Penal...”, cit., p. 88.

(52) Arroyo Zapatero, cit., p. 24.

(53) Veja-se, por todos, Arroyo Zapatero, cit., p. 24.

(54) *Ibidem*, p. 29.

(55) Veja-se Damasio E. de Jesus, “Direito Penal”, Ed. Saraiva, São Paulo, 1988, v. 1, p. 55, quem afirma com correção que o princípio de reserva não se estende às normas penais não incriminadoras.

honra".⁵⁶ Por isso, todas elas devem ter a hierarquia de lei orgânica, o que se justifica desde o prisma democrático-representativo por permitir a participação efetiva das minorias parlamentárias na discussão e aprovação de qualquer matéria relativa ao direito penal.⁵⁷

2.2.2 Garantia penal

A garantia penal *nulla poena sine praevia lege*, significa que não poderá ser imposta uma pena que não tenha sido previamente estabelecida pela lei. Assim, não basta com que um comportamento esteja previamente proibido por uma lei. É necessário, ademais, que este requisito se estenda às consequências jurídico-penais do delito.⁵⁸

A questão que aqui se formula é se todas as consequências jurídico-penais do delito devem ser submetidas ao princípio de legalidade ou se apenas a pena requerer regulação legal com anterioridade à prática do delito. Creio que as consequências jurídico-penais do delito, em geral (salvo aquelas de índole exclusivamente patrimonial, como a

reparação do dano),⁵⁹ afetam direitos fundamentais, quando menos a honra, e por isso devem sofrer as limitações próprias do princípio de legalidade. Veja-se, por exemplo, os efeitos da pena de inabilitação absoluta (acessória na Espanha) que produzirá, entre outros, "a privação de todas as honras e ofícios e cargos públicos..." (artigo 35, 1, do Código Penal espanhol).⁶⁰

Por outra parte, o problema se agrava quando se trata de medidas de segurança. Estas são as consequências jurídicas que derivam da prática de um fato típico e antijurídico por um agente inculpável que apresenta, não obstante, periculosidade social. O injusto penal funciona como, requisito objetivo para se determinar a existência de um estado pessoal do agente que revele uma probabilidade futura da comissão de delitos.⁶¹

Os riscos, todavia, à segurança jurídica e que podem, no tocante às medidas de segurança, derivar em uma intromissão excessiva e ilegítima do Estado no âmbito privado do indivíduo, não estão apenas nos pressupostos desta consequência jurídica, como também nos limites temporais que a determinam.⁶² Ao contrário das penas, cuja

(56) Assim Cobo/Vives, citados por Arroyo Zapatero, "Princípio...", p. 26. Contrário a este entendimento manifesta-se Mir Puig, para quem deve se verificar em cada caso se a classe de pena afeta algum direito fundamental específico, cit., p. 90.

(57) No Brasil a Constituição apenas determina que a norma penal provenha de lei ordinária, que demanda maioria simples dos membros das casas legislativas para sua aprovação. Veja-se o art. 5.º, inc. XXXIX, da Constituição da República.

(58) Veja-se os arts. 1 e 23 do Código Penal espanhol e o art. 1.º do Código Penal brasileiro. Ao contrário da Constituição espanhola, que não afirma expressamente a garantia penal (que é deduzida de fórmulas genéricas de submissão à lei — arts. 9 e 117.1), a Constituição brasileira assinala expressamente em seu art. 5.º, inc. XXXIX que não há pena sem prévia disposição legal.

(59) Sem embargo, o § 2.º; I, V, StGB, estabelece que também as consequências acessórias como a entrega ao Estado dos proventos ilícitos conseguidos com o delito, o perdimento de objetos, a inutilização de impressos, devem reduzir-se da lei que esteja em vigor no momento da comissão do delito"; Cf. Jescheck, cit., p. 173.

(60) Veja-se sobre os efeitos da condenação o art. 92, inc. I, do Código Penal brasileiro.

(61) Assim se manifesta Rodríguez Mourullo: "uma maneira muito eficaz de compensar as dificuldades, provenientes da própria natureza das coisas, de lograr uma tipificação precisa das situações de periculosidade é condicionar a aplicação das correspondentes medidas à comissão de um fato previsto objetivamente como delito"; cit., p. 891.

(62) Ibidem, p. 891.

duração está previamente estabelecida, as medidas de segurança, por serem orientadas ao futuro, não estão previamente circunscritas no tempo: é impossível determinar-se *a priori* quando cessará o estado de periculosidade do indivíduo.

Para aminorar esta situação indeterminada, contrária à desejável segurança jurídica e, por consequência, ao princípio de legalidade, Nuvolone propõe duas medidas: "A) a jurisdicionalização, ou seja, a atribuição ao poder judicial da exclusiva competência para impor, prorrogar ou renovar medidas de segurança; B) exclusão de toda medida que implique uma privação perpétua de liberdade e favorecimento de um sistema de verificação sucessivo e progressivo de liberdade assistida".⁶³

Essas medidas, com efeito, têm o valor de evitar uma degradação indesejável do princípio de taxatividade, segundo o qual não apenas o comportamento típico, mas também as consequências jurídicas devem estar previamente determinadas pelo legislador. O que importa não é tanto que o cidadão conheça a máxima duração da medida, senão que se resguarde a segurança jurídica — afetada por uma medida de segurança indeterminada (perpétua, quicá), sujeita apenas ao arbítrio judicial — através de "juízos sucessivos, cada um dos quais se conclui com a comprovação dos pressupostos objetivos e subjetivos previamente indicados pelos legislador".⁶⁴

Outro problema pertinente é a retroatividade das medidas de segurança. A aplicação retroativa das medidas de segurança não importam um menoscabo do princípio de legalidade por dois motivos: 1.º) A aplicação de uma nova medida pressupõe que ela é mais eficaz que a anterior a fim de diminuir ou eliminar a probabilidade de que o indivíduo cometerá no futuro outros delitos (retroatividade em benefício do réu); 2.º) Aplica-se, conforme os juízos sucessivos, uma consequência legal — a nova medida de segurança — existente no momento em que se comprova a periculosidade do agente: o que permite a aplicação da medida não é o fato criminoso, que opera como simples garantia, senão o estado perigoso do agente (aspecto subjetivo) "que se prolonga e subsiste no momento em que se aplica a lei posterior (entenda-se: posterior à comissão do fato que dota de relevância a periculosidade, mas não posterior ao estado de periculosidade)".⁶⁵

2.2.3 Garantia jurisdicional

A garantia jurisdicional — *nemo damnetur nisi per legale iudicium* — significa que "ninguém poderá ser condenado, senão em virtude de sentença firme, pronunciada por tribunal competente".⁶⁶

O conceito de sentença firme implica não apenas um ato do juiz no exercício de sua atividade jurisdicional, senão que este ato deve estar mediado pelo devido processo legal — *due process of law*. A sentença judicial que não vem precedida de um processo legal não é uma sentença firme, legítima, mas uma sentença nula. A competência é também um requisito do devido processo legal; vale dizer, um tribunal que julga sem ser

iminente de que cometa crimes de extrema gravidade.

(63) *Apud* Rodríguez Mourullo, cit., p. 891.

(64) Rodríguez Mourullo, *Ibidem*, p. 891. A limitação do tempo da medida de segurança à pena máxima estabelecida ao crime cometido pelo agente não pode ser admitida. Poderíamos estar ante um indivíduo de extrema periculosidade social que, devido ao fato de cometer um crime de pouca relevância (lesão corporal leve, v.g.), ver-se-ia novamente em contato com a comunidade, não obstante a existência do perigo

(65) *Ibidem*, p. 892.

(66) *Ibidem*, p. 888.

competente para tanto profere uma sentença nula.⁶⁷

A garantia jurisdicional, como as outras garantias, abarca os princípios de reserva legal⁶⁸ e irretroatividade de lei *in malam partem* (esta com exceções; veja-se supra a "Garantia criminal").

2.2.4 Garantia de execução

A garantia de execução implica em que "não poderá ser executada pena alguma em forma distinta àquela prescrita pela lei e normas administrativas".⁶⁹

Esta garantia também comporta os princípios de reserva legal⁷⁰ e de ir-

retroatividade de lei prejudicial ao condenado.

2.2.5 Garantia de técnica legislativa

A garantia de técnica legislativa que deriva do princípio de legalidade quicá tenha sua maior importância no fato de se constituir um obstáculo ao Estado intervencionista que apenas formalmente subscreve o *nullum crimen, nulla pena sine praevia lege*, mas que permite, seja com a utilização de tipos penais abertos, seja com o recurso indiscriminado às normas penais em branco, uma exacerbação indesejável do *ius puniendi* estatal frente o âmbito privado do indivíduo.

Afirma com agudeza Jescheck que "o grau de vinculação do juiz à lei se determina pelo grau de exatidão com que a vontade comum consegue expressar-se na lei".⁷¹ Isto significa que a ausência de técnica legislativa que reflita com a maior clareza possível os desejos e as valorações da comunidade sempre derivará em juízos arbitrários, próprios da insegurança jurídica e do terror penal que caracterizaram o Direito penal da Idade Média e que ainda qualificam alguns Estados totalitários contemporâneos.

A indicação indireta, precisa da matéria de proibição, como manifesta Rodríguez Mourullo, "aparece como um inexcusável dever que pesa sobre o poder legislativo".⁷² O legislador deve evitar a utilização de tipos penais abertos tanto quanto seja possível, pois a necessidade de complementação da norma penal pelo juiz para a integração do tipo penal, por exemplo através de elementos normativos, pode lhe resultar em uma sobrecarga de uma tarefa que, em princípio, incumbe ao poder legislativo; ou seja, há uma grave afronta ao

(67) Veja-se o art. 24, inc. II, da Constituição espanhola: "todos têm direito ao juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação contra si formulada, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes à sua defesa, a não declarar contra si mesmo, a não confessar culpável e à presunção de inocência". A Constituição brasileira acolhe em geral esses princípios no art. 5.º, incs. LIII, LIV, LV, LVII e LXIII.

(68) Para Mir Puig a lei neste caso deverá ser orgânica, cit., p. 91.

(69) Assim Rodríguez Mourullo, cit., p. 888.

(70) Assim, Mir Puig, cit., p. 91. Este autor sustenta que a garantia de execução apenas diz respeito ao cumprimento das penas privativas de liberdade, e em forma indireta, em virtude do art. 25, II, da Constituição espanhola. O art. 81 do Código Penal espanhol, não obstante, garante que "tampouco pode ser executada pena alguma em outra forma que a prescrita pela Lei e regulamentos, nem com outras circunstâncias ou acidentes que os expressados em seu texto". No Brasil a Constituição apenas dita regras gerais para a execução das penas (art. 5.º, incs. XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX e L). A Lei Brasileira 7.210/84, em seu art. 2.º, estabelece que a "jurisdição penal dos juizes ou tribunais da justiça ordinária, em todo território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal".

(71) Veja-se Jescheck, cit., p. 173.

(72) Veja-se Rodríguez Mourullo, cit., p. 889.

princípio de separação de poderes, como adverte Baumann.⁷³

Não obstante, não se desconhece que em atenção à própria natureza das coisas, a utilização de elementos normativos resulta inevitável em determinadas ocasiões.⁷⁴ Mas o que é importante é que se tenha como exceção à regra tais elementos do tipo penal e que apenas sejam utilizados em casos de estrita necessidade. O legislador tem a obrigação de evitá-los tanto quanto seja possível, do contrário invariavelmente afrontará o princípio de legalidade.

É certo também que se não pode exigir do legislador uma descrição casuística de cada comportamento passível de sanção penal, tarefa impossível por si mesma, a fim de conseguir a máxima vinculação possível do juiz ao texto da lei. Tampouco, todavia, é possível a admissão de cláusulas genéricas, como no exemplo de Welzel: "Aquele que se comporte de um modo gravemente contrário às exigências da vida comunitária será castigado, segundo a medida de sua culpabilidade, com uma pena lícita".⁷⁵ O problema da uti-

lização de cláusulas gerais está em que a lei deixa de respeitar as diferenças materiais existentes entre os fatos que regula, menosprezando a função de garantia da norma penal.⁷⁶

Há que ser buscado um equilíbrio: o legislador deve "não apenas classificar as características diferenciais que são decisivas para delimitar os tipos penais, senão também destacá-las com o emprego de conceitos específicos gerais. Apenas através do jogo combinado de generalização e diferenciação criam-se as bases metódicas da formação de tipos em Direito penal, através dos quais a função de garantia da lei penal alcança sua importância prática."⁷⁷

Finalmente, um último problema surge quando se trata da exigência de determinação das penas. Como adverte com agudeza Guallart, é imprescindível nesta questão um "discreto arbítrio judicial para acomodar assim o "quantum" das sanções às necessidades individualizadoras do tratamento".⁷⁸ Devem, todavia, ser evitados aqueles marcos penais notadamente extensos que podem conduzir à arbitrariedade judicial.⁷⁹

(73) *Apud* Rodríguez Mourullo, "Legalidad (Princípio De)...", cit., p. 889.

(74) Neste sentido, Bokelmann, citado por Rodríguez Mourullo, cit., p. 890. Este último autor salienta o exemplo do antigo art. 431 do Código Penal espanhol que tratava do escândalo público: o que era considerado "bom costume" em 1848 é totalmente distinto do que assim se considera em 1968. Daí que "a descrição de fatos atentatórios aos bons costumes do momento da promulgação provocaria uma infrutífera petrificação da lei". A utilização de elementos do tipo penal em que predominam a simples descrição, por outro petrificação da lei". A utilização de elementos do tipo penal em que predominam a simples descrição, por outro lado (por exemplo, pessoa, fogo, etc.), permite uma maior vinculação do juiz à lei.

(75) Welzel, citado por Rodríguez Mourullo, cit., p. 889. Como diz Jescheck, não obstante,

a utilização de uma redação geral em lugar de uma casuística evita que surjam lacunas em casos limítrofes, obstáculo a uma correta decisão pelo fato de que o juiz está proibido de completar a norma penal recorrendo-se da analogia; cf. "Tratado...", cit., p. 174.

(76) Assim Jescheck, cit., p. 174.

(77) Veja-se Jescheck, cit., p. 175.

(78) Citado por Rodríguez Mourullo, cit., p. 890.

(79) Rodríguez Mourullo, referindo-se ao Direito penal espanhol, manifesta-se pela ilegitimidade de margens penais extensas, tais como a privação do permitido de conduzir veículos automotores por três meses e um dia a dez anos, o que efetivamente afronta o princípio de técnica legislativa, *ibidem*.