

## DIREITOS HUMANOS: O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

Alexandre Luiz Alves de Oliveira<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente texto pretende trazer algumas considerações sobre os direitos humanos e o princípio da legalidade penal. Objetiva, primeiramente, esclarecer a expressão direitos humanos, uma vez que esta expressão pode apresentar sentido equívoco, ou seja, dependente do contexto. Logo em seguida, na busca da compreensão do conteúdo dos direitos humanos, realiza-se uma análise das suas gerações/dimensões que traduzem o ideal da Revolução Francesa de 1789: liberdade, igualdade e fraternidade. Dentre estas dimensões destaca-se, no trabalho, o princípio da legalidade ensejador da igualdade formal. O princípio da legalidade reverbera no âmbito penal e, ganha uma conotação mais específica. O princípio da legalidade penal trará um rol de garantias ao cidadão frente ao direito de punir estatal que pode ser resumido no sentido brocardo proposto por Anselm von Feuerbach: *nulla crimen nulla poena sine lege*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos; Dimensões dos Direitos Humanos; Princípio da Legalidade Penal; Importância do Princípio da Legalidade Penal.

**ABSTRACT:** The present text intends to bring some considerations about human rights and the principle of criminal legality. It aims, first of all, to clarify the expression human rights, since this expression can present ambiguous sense, that is, dependent on the context. Soon afterwards, in the search for an understanding of the content of human rights, an analysis of its generations / dimensions is carried out, which reflects the ideal of the French Revolution of 1789: freedom, equality and fraternity. Among these dimensions, the principle of legality conducive to formal equality stands out at work. The principle of legality reverberates in the criminal sphere and gains a more specific connotation. The principle of criminal legality will bring a series of guarantees to the citizen against the right to state punishment that can be summarized in the sense proposed by Anselm von Feuerbach: *nulla crimen nulla poena sine lege*.

**KEYWORDS:** Human Rights; Dimensions of Human Rights; Principle of Criminal Legality; Importance of the Principle of Criminal Legality.

<sup>1</sup> Bacharel em direito pela PUC/Minas, especialista em filosofia pela UFMG, mestre em direito ambiental e desenvolvimento sustentável pela ESDHC e doutorando em direito público pela PUC/Minas. Advogado e professor. Bolsista da CAPES.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	<a href="mailto:periodicoscesg@gmail.com">periodicoscesg@gmail.com</a>

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos são frutos de lutas e conquistas. Decorrem das necessidades básicas do indivíduo e objetivam a promoção de suas potencialidades. Desta maneira, sobre esta denominação de direitos humanos, tutelam-se interesses de mais diversos matizes como a liberdade, a participação política equivalente, a igualdade material, a paz, a fraternidade, o meio ambiente, etc.

Observa-se que, ao se tratar de direito humanos, existe uma heterogeneidade de sentidos para a expressão ou o uso de uma pluralidade de termos que lhe são dados como sinônimos. Compreendem-se estes equívocos como derivados de uma não avaliação ou uma não utilização mais específica do termo. Assim, uma primeira tarefa que se impõe é a definição ou limitação da expressão para o presente trabalho. Não se quer com isso dizer que as outras formas de emprego da expressão sejam errôneas, apenas é necessário precisar o sentido para o presente texto.

O capítulo primeiro procura identificar algumas conotações para a expressão “direitos humanos”. Objetiva-se distinguir direitos humanos de direitos fundamentais, liberdades públicas, direitos naturais, para ao final constatar que somente se pode perceber um conceito/conteúdo dos direitos humanos dentro de uma construção histórica das necessidades básicas dos indivíduos.

Essa evolução histórica na busca destes direitos mínimos que têm por finalidade dar oportunidade aos homens de desenvolver suas potencialidades constitui as dimensões dos direitos humanos. Essa temática será retratada no capítulo segundo.

O capítulo terceiro destaca, entre os direitos humanos de primeira dimensão, o direito a liberdade, consubstanciado no princípio da legalidade. O princípio da legalidade é uma conquista do indivíduo frente ao livre-arbítrio do monarca (Estado) e seu corolário no âmbito penal (princípio da legalidade penal) constitui o marco de distinção entre um direito penal do terror e um direito penal liberal.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	<a href="mailto:periodicoscesg@gmail.com">periodicoscesg@gmail.com</a>

No capítulo quarto, salienta-se as determinações/garantias deste importante princípio para a proteção do indivíduo frente ao *jus puniendi* para, ao final, ser apresentada uma síntese conclusiva.

## 1 DIREITOS HUMANOS

No tempo presente observa-se a utilização irrestrita da locução “direitos humanos”. Os jornais, as revistas e até mesmo os textos especializados recorrem à expressão sem adotar uma precisão de conteúdo<sup>2</sup>. Não é incomum verificar que essa falta de exatidão (ou compreensão) leva a confusões ao interlocutor menos versado sobre a temática como, por exemplo, a identificação dos direitos humanos como, tão somente, direitos dos encarcerados. “A definição de direitos humanos tem uma multiplicidade de tão diversos significados que já se afirmou que quando falamos dos direitos humanos muitas vezes não se sabe sobre o que estamos falando”<sup>3</sup>.

O significado heterogêneo da expressão direitos humanos, na teoria e na práxis, contribuiu para fazer desse conceito um parâmetro de equivocidade. As vagas definições de direitos humanos resultam no paradigma de ambigüidade, não permitindo a elaboração de conceito dotado de limites precisos e significativos, que concretizem a análise lingüística do termo<sup>4</sup>.

Indaga-se, de tal forma, o que se deseja expressar quando se emprega a locução “Direitos Humanos”.

Primeiramente, nota-se que existe um equívoco na utilização de expressões que são tomadas como sinônimos. Direitos humanos, direitos fundamentais, liberdades públicas, direitos naturais, direitos individuais não podem ser tomados dentro de uma mesma acepção. Cada um destes vocábulos tem um conteúdo ou alcance próprio que não permite uma perfeita identificação.

<sup>2</sup> (...) “Direitos do homem é uma expressão muito vaga. Já tentamos alguma vez defini-los? E se tentamos qual foi o resultado? A maioria das definições são tautológicas.” Cf. BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 17.

<sup>3</sup> BRANDÃO, Cláudio; GAUER, R. M. C. Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 110, p. 123, 2015. p. 14.

<sup>4</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e direito da União Europeia, em momentos de tensão**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 06.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	periodicoscesg@gmail.com

Na doutrina, algumas advertências chamam a atenção para a ausência de consenso quanto à terminologia mais adequada para referir-se aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, revelando pontos de vista favoráveis e contrários ao emprego desses ou daqueles termos. A própria Constituição brasileira de 1988 recorre a expressões semanticamente diversificadas para fazer alusão a tais direitos: direitos humanos (art. 4º, II); direitos e garantias fundamentais (Título II e art. 5º, §1º); direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI); direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV).<sup>5</sup>

Sidney Guerra<sup>6</sup> relata que os direitos da pessoa humana têm por objetivo principal preservar a dignidade e prover as condições mínimas de desenvolvimento do indivíduo. Devem, por sua vez, vetar os excessos que por acaso sejam cometidos por parte do Estado ou até mesmo de outros particulares. O autor destaca que, observando-se os aspectos relativos ao tempo e ao espaço, utiliza-se a expressão “direitos humanos” para a tutela em âmbito internacional e a expressão “direitos fundamentais” para a proteção no plano interno destes direitos<sup>7-8</sup>.

Direitos fundamentais são aqueles aplicados diretamente, gozando de proteção especial nas Constituições dos Estados de Direito. São provenientes do amadurecimento da própria sociedade. (...) Geralmente, a terminologia “direitos humanos” é empregada para denominar os direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, como também as exigências básicas relacionadas com a dignidade, a liberdade e a igualdade da pessoa que não alcançaram um estatuto jurídico positivo<sup>9</sup>. O autor também menciona que a expressão “liberdades públicas”,

<sup>5</sup> GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33.

<sup>6</sup> GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2013. p.41.

<sup>7</sup> No mesmo sentido lecionam Cláudio Brandão e Ruth Gauer: “Há uma conexão substancial entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, pois eles têm a mesma substância. A diferença entre eles, portanto, é de forma, não de conteúdo. Enquanto os direitos humanos são institutos jurídicos do direito internacional, os direitos fundamentais são institutos jurídicos do direito interno, integrantes do sistema constitucional de norma fundante do ordenamento jurídico interno.” Cf. BRANDÃO, Cláudio; GAUER, R. M. C. Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 110, p. 123, 2015. p. 128.

<sup>8</sup> Mário Lúcio Quintão Soares constata: “Nesse sentido, posicionou-se a doutrina dominante, compreendendo os direitos fundamentais como direitos humanos positivados nas constituições estatais”. Cf. SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e direito da União Europeia, em momentos de tensão**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 10.

<sup>9</sup> GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 38 e 39.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	<a href="mailto:periodicoscesg@gmail.com">periodicoscesg@gmail.com</a>

por sua vez, também não apresenta um sentido unívoco. Geralmente apontam-se duas concepções deste termo que guardam uma identificação com os direitos humanos de primeira dimensão. Uma concepção no sentido negativo se opõe ao autoritarismo e outra no sentido positivo como a liberdade de participação política. Pode-se, então, dentro destas perspectivas, equiparar-se ao vocábulo “direitos individuais” sendo, entretanto, menos abrangente que os “direitos humanos”.

Os termos direitos naturais e direitos humanos não se confundem, igualmente. Quando se emprega a expressão “direitos naturais” geralmente deseja-se fazer uma oposição ao direito positivo ou legislado. Os direitos naturais estariam num plano superior cabendo aos Estados (tanto no âmbito interno como externo) reconhecê-los e protegê-los. Assim, os direitos naturais (independentemente de sua fundamentação) seriam direitos inatos e transcendem ao espaço e ao tempo.<sup>10</sup>

Em suma, se deixarmos de lado os direitos naturais do homem puramente filosóficos, que constituem meras representações mentais, quando hoje falamos em direitos humanos, tanto podemos estar a referir-nos a uma espécie de direitos morais, como a várias espécies de direitos jurídicos, com a particularidade de algum destes direitos jurídicos representarem formas de positivação e proteção institucionalizada dos primeiros.<sup>11</sup>

Fábio Konder Comparato<sup>12</sup>, por sua vez, relata que a expressão “direitos humanos” versa sobre direitos que são inerentes à própria condição humana. São os requisitos básicos da realização do homem sem vinculações com particularidades de indivíduos ou grupos. O doutrinador, contudo, respaldado na doutrina jurídica germânica, estabelece outra distinção para os termos direitos humanos e direitos fundamentais. Os direitos fundamentais seriam estes direitos mínimos para o desenvolvimento do homem assegurados pelas autoridades que possuem o poder político de editar as normas tanto no plano interno (Constituição) quanto no plano externo (convenções ou tratados internacionais). Os direitos fundamentais seriam os

<sup>10</sup> GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>11</sup> ALEXANDRINO, José Melo. A natureza variável dos Direitos Humanos: uma perspectiva da dogmática jurídica. In: BRANDÃO, Cláudio; HOMEM, António Pedro Barbas (orgs.). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2015. p.126.

<sup>12</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	periodicoscesg@gmail.com

direitos humanos positivados. Em outros termos, existiriam os direitos fundamentais típicos (protegidos pelo Estado e pelos organismos internacionais) e os direitos fundamentais atípicos (direitos humanos não expressos em textos legais). Comparato, de tal maneira, fundamenta a vigência dos direitos humanos para além da ordenação do Estado baseando-os numa consciência ética coletiva.

É irrecusável, por conseguinte, encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens e valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais. Ora, essa consciência ética coletiva, como se procura mostrar nestas páginas, vem se expandindo e aprofundando no curso da História<sup>13</sup>.

Cláudio Brandão e Ruth Gauer<sup>14</sup>, também, associam o conteúdo dos direitos humanos à condição humana. Os direitos humanos vinculariam as condições básicas necessárias para a identificação do homem pelo direito. Tais requisitos mínimos de realização do homem independem de qualquer adjetivação (raça, credo, etc..) bastando, tão somente, pertencer à espécie humana. Desta forma, todas as dimensões dos direitos humanos (liberdade, igualdade e fraternidade) almejam a universalidade, ou seja, pertencem a todos os indivíduos.

Assim, v.g., a vida, a liberdade, a possibilidade de aquisição de propriedade, são direitos que se vinculam ao fato do indivíduo ser reconhecido enquanto homem e como tal, ser dotado de vontade, de consciência, percepção e de outras características que o tornam parte do gênero humano<sup>15</sup>.

Noberto Bobbio observa que algumas definições propostas para a expressão “direitos humanos” são, em certa medida, redundantes e não informam sobre o seu conteúdo (tautológicas). “Direitos do homem são os que cabem ao

<sup>13</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72.

<sup>14</sup> BRANDÃO, Cláudio; GAUER, R. M. C. **Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 110, p. 123, 2015. p. 126.

<sup>15</sup> BRANDÃO, Cláudio; GAUER, R. M. C. **Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 110, p. 123, 2015. p. 126.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	periodicoscesg@gmail.com

homem enquanto homem. (...) Direitos do homem são aqueles que pertencem ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”<sup>16</sup>. O pensador italiano compreende “os direitos humanos” como direitos históricos, ou seja, que surgem com o desenrolar das necessidades humanas. São variáveis no transcorrer do tempo e não permitem uma delimitação de conteúdo e interpretação definitiva (transformam-se com a modificação social). “O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.”<sup>17</sup>. De tal maneira, aquele que deseja compreender o alcance e os elementos dos direitos humanos somente pode fazê-lo por uma análise de seu desenvolvimento histórico verificando as suas gerações ou dimensões.

## 2 DIMENSÕES OU GERAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Fábio Konder Comparato<sup>18</sup> relata que foi no período axial<sup>19</sup> que despontou a idéia de uma igualdade entre os seres humanos<sup>20</sup>. A era axial foi de fundamental importância para a construção das concepções basilares da sociedade contemporânea. A mitologia (descrição mítica) perde espaço como forma de explicação do homem e da realidade para a filosofia (lógica/razão), a democracia grega nega um poder político superior ao povo, “em suma, é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais”.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.p. 17.

<sup>17</sup> BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.p. 18.

<sup>18</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.24.

<sup>19</sup> Karl Jaspers definiu a Era Axial (período que decorre entre o ano 800 a.C. e o ano 200 a.C.).

<sup>20</sup> “No centro do período axial, entre 600 e 480 a.C., coexistiram, sem se comunicarem entre si, alguns dos maiores doutrinadores de todos os tempos: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaías em Israel (COMPARATO, 2010, p.20)

<sup>21</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 23.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	periodicoscesg@gmail.com

Nota-se, de tal maneira, que afirmação/consolidação dos direitos origina-se na antiguidade, com contribuições e retrocessos. No tocante aos direitos humanos, entretanto, sua gestação se deu na Idade Moderna<sup>22</sup>. “Foi neste período histórico que as mudanças advindas com o movimento intelectual conhecido como humanismo possibilitou o deslinde deste novo conceito, pois elas criaram as condições necessárias para o seu nascimento.”<sup>23</sup>

Verifica-se, no entanto, que somente na Idade Contemporânea, a busca deste ideal ganhou maior concretude<sup>24</sup>.

Mergulhando as suas raízes profundas no período da grande transformação a que foi dado o nome de era axial (Karl Jaspers) e no subsequente desenvolvimento circular de tradições religiosas, concepções filosóficas e instituições políticas, na segunda metade do século XVIII, a partir dos múltiplos veios da doutrina dos direitos naturais, vem de fato a ocorrer uma repentina cristalização dos “direitos do homem”.<sup>25</sup>

Dentro destes últimos três séculos observa-se a concepção dos direitos humanos que são não raramente divididos em três gerações ou dimensões como salienta Sidney Guerra<sup>26</sup>:

Partindo da análise do modelo inglês (que servirá para demonstrar inicialmente as dimensões dos direitos humanos), verifica-se que os direitos se firmaram a partir de três momentos distintos, no decorrer de três séculos: os direitos civis, que podem ser expressos pela igualdade perante a lei e pelos direitos do homem, no século XVIII; os direitos políticos ganharam amplitude no século XIX, em

<sup>22</sup> “A partir desta visão interdisciplinar, que perpassa o homem do mundo moderno e agrega um múltiplo feixe conceitual próprio da cultura dinâmica dos mundos da filosofia moral, da política e do direito, foi permanentemente reconstruído um núcleo conceitual dos direitos humanos. Porém esse núcleo não foi produto de uma criação abstrata, mas sim concreta, por ter sido vinculada às necessidades dos homens desde a idade moderna”. Cf. BRANDÃO, Cláudio; GAUER, R. M. C. **Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 110, p. 123, 2015. p.127.

<sup>23</sup> BRANDÃO, Cláudio; GAUER, R. M. C. **Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 110, p. 123, 2015. p.129.

<sup>24</sup> Não se quer com isso negar as contribuições de grande importância de outros períodos (documentos) como, por exemplo, a *Magna Charta Libertatum (1215)*, *Petition of Right (1628)*, *Habeas Corpus Act (1670)*, etc.

<sup>25</sup> ALEXANDRINO, José Melo. A natureza variável dos Direitos Humanos: uma perspectiva da dogmática jurídica. In: BRANDÃO, Cláudio; HOMEM, António Pedro Barbas (orgs.). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 118.

<sup>26</sup> GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	<a href="mailto:periodicoscesg@gmail.com">periodicoscesg@gmail.com</a>

decorrência da ampliação do direito de voto no sentido de sufrágio universal; os direitos sociais, no século XX, pela criação do Estado de Bem- Estar (Welfare State). Dessa forma, evidencia-se que os direitos civis foram consagrados durante o século XVIII, ao passo que o período de formação dos direitos políticos foi o século XIX e o advento dos direitos sociais ocorreu no século XX<sup>27</sup>.

Segundo Sidney Guerra<sup>28</sup>, Karel Vasak (palestra ministrada em Estrasburgo em 1979) sugeriu uma catalogação dos direitos humanos baseada em três gerações<sup>29</sup>, observando-se os eventos históricos e os anseios sociais que os marcaram. As revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII que preconizavam a liberdade constituiriam a primeira geração; os movimentos dos trabalhadores que almejavam igualdade material caracterizariam a segunda geração e as experiências horríveis vivenciadas durante os regimes totalitários/Segunda Guerra Mundial e a constatação da necessidade de fraternidade entre os povos marcam os fins da terceira geração dos direitos humanos.

Fábio Konder Comparato<sup>30</sup> destaca que a primeira dimensão dos direitos humanos originou-se de duas “revoluções”<sup>31</sup> do final do século XVIII. A Revolução Americana de 1776 (Declaração de Virgínia/Independência dos Estados Unidos) e a Revolução Francesa de 1789 (Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>32</sup>) constituíram dois importantes movimentos na busca, pela burguesia, de

<sup>27</sup> GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 56.

<sup>28</sup> GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>29</sup> Deve-se salientar que a expressão geração dos direitos humanos não deve trazer a idéia de uma sucessão ou substituição destes direitos. Os direitos humanos são acrescidos de geração em geração (ou passam por uma nova valoração) e, mediante tal perspectiva, autores preferem a denominação de dimensão dos direitos humanos.

<sup>30</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>31</sup> Neste sentido: “O novo projeto liberal, diretamente associado ao constitucionalismo das revoluções, tinha entre os seus grandes objetivos a limitação do poder, a realização da igualdade e garantia individuais. Neste contexto a proclamação dos direitos do homem pode sem dificuldade ser entendida como o primeiro passo para a realização desses grandes objetivos políticos”. Cf. ALEXANDRINO, José Melo. A natureza variável dos Direitos Humanos: uma perspectiva da dogmática jurídica. In: BRANDÃO, Cláudio; HOMEM, António Pedro Barbas (orgs.). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 120.

<sup>32</sup> “A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelece os direitos da personalidade, com especial destaque conferido à liberdade, que foi definida tanto no artigo inicial da carta, que estabelecia que os homens nascessem livres, no artigo subsequente (art. 2º), foi novamente citada como um direito que vem antes da propriedade, da segurança e da resistência à opressão e foi ainda definida, segundo os seguintes termos: A liberdade consiste em poder fazer tudo

eliminar os privilégios da nobreza e do clero. Como constata Comparato, o objetivo principal era menos uma participação de todo o povo no Poder e mais a proteção da classe burguesa frente aos privilégios das classes estamentais. A burguesia ansiava por proteção frente ao livre-arbítrio do governante irresponsável (controle do Estado) e liberdade formal entre todos os cidadãos. “As instituições da democracia liberal – limitação vertical de poderes, com direitos individuais, e limitação horizontal, com a separação das funções legislativa, executiva e judiciária – adaptaram-se perfeitamente ao espírito do movimento democrático.”<sup>33</sup>

Mas a democracia que ressurgiu nessa época nada tem que ver com a *democratia* grega. Nesta, como explicou Aristóteles, o poder supremo (*kyron*) pertence aos *demos*, que o exerce diretamente e nunca por meio de representantes. Ora, o *demos* ateniense é composto, em sua grande maioria, de pequenos camponeses e artesãos, ou seja, de grupos de baixo poder econômico. É por isso que, no pensamento político grego, a democracia representa a exata antítese da oligarquia, em que o poder político supremo pertence à classe proprietária.<sup>34</sup>

A emancipação do homem frente aos grupos sociais promovida por estas revoluções (a ascensão do indivíduo) tornou-o, em contrapartida, frágil frente as contingências sociais. A igualdade perante a lei não se mostrou um corolário de uma igualdade material<sup>35</sup>. As desigualdades materiais eram desprezadas considerando-

---

que não prejudique o próximo (art. 3º), além de ter sido pormenorizada nas formas de liberdade religiosa, de opinião e de liberdade de imprensa. Em segundo lugar estabelece os direitos de participação política, tratando da separação de poderes (art. 16), da fonte da soberania (art. 3º), da lei e do direito do homem de concorrer para a sua formação (art. 6º). Em terceiro lugar estabeleceu as garantias processuais, tanto no campo penal, como a presunção da inocência (art. 9º), e o princípio da legalidade penal e processual penal (arts. 7º e 8º). Em quarto lugar, conforma e define o direito de propriedade, estabelecendo que: “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob a condição de justa e prévia indenização (art. 17)”. (BRANDÃO; GAUER, 2015, p. 136).

<sup>33</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64.

<sup>34</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 63.

<sup>35</sup> “A liberdade apregoada na primeira geração dos direitos humanos, traduzida em liberdade de iniciativa econômica pela burguesia, agora também politicamente fortalecida, possibilitou um notável desenvolvimento industrial e econômico. Entretanto, os beneficiários desse desenvolvimento foram os próprios burgueses, os quais, aproveitando-se do poder político que agora dispunham, utilizavam-se do Direito e do aparato estatal para consolidar a exploração da população que necessitava vender a sua mão-de-obra. Neste panorama, os direitos humanos de primeira geração não se revelaram como suficientes para proteger o Homem em sua dignidade, que foi o motor de sua origem”. Cf.

se todos em plenas condições de igualdade. A atomização social provocou a pauperização da classe trabalhadora e fez eclodir os movimentos por direitos humanos de caráter social, cultural e econômico.

A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e empregados eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente a sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança<sup>36</sup>.

Desta forma, surge a necessidade de reconhecimento desta nova dimensão de direitos humanos. Os direitos humanos de segunda dimensão exigem uma promoção social das classes menos abastadas. Imperioso era diminuir o fosso entre patrões e empregados. Um mínimo existencial (educação, saúde, lazer, trabalho digno, proteção à velhice, etc.) deveria ser garantido a todos os indivíduos. Neste íterim verifica-se a afirmação destes ideais em dois importantes documentos: Constituição mexicana de 1917 e Constituição de Weimar de 1919.

Antônio Pedro Barbas Homem<sup>37</sup> destaca que, sob o patrocínio do Estado Social (ou Bem-Estar Social – Welfare State), a atividade administrativa aumenta consideravelmente. O Estado é convocado a prestar educação, saúde e outras funções sociais. Ademais, “os conceitos de ato administrativo e de serviço público são formulados com a intenção de fornecer uma explicação científica coerente para

---

BRANDÃO, Cláudio; GAUER, R. M. C. **Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 110, p. 123, 2015. p. 142.

<sup>36</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66.

<sup>37</sup> HOMEM, Antônio Pedro Barbas. Do direito natural aos direitos do homem. In: BRANDÃO, Cláudio; HOMEM, Antônio Pedro Barbas (orgs.). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 93.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	periodicoscesg@gmail.com

os problemas suscitados com este novo tipo de atividade administrativa”.<sup>38</sup> A mudança de paradigma é tão considerável vindo até mesmo influir em modificações no direito privado.

O nascimento de um direito social que regula as relações laborais; o aparecimento inovador da responsabilidade objetiva, isto é, que não exige culpa, de modo a responder aos problemas suscitados com os acidentes de trabalho e com os acidentes rodoviários e ferroviários. Também as figuras do abuso do direito e do enriquecimento sem causa são recebidas para exprimir o relevo ético-jurídico da função social dos direitos.<sup>39-40</sup>

Os ideais de fraternidade e solidariedade, apesar de já previstos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, mereceram destaque a partir da Segunda Guerra Mundial. As atrocidades dos regimes fascista e nazista<sup>41</sup>, a polarização entre as grandes potências (EUA e URSS), o processo de descolonização da África, a questão nuclear, despertaram a percepção do futuro comum da humanidade. Surgiram, assim, os direitos de terceira dimensão como a paz, a autodeterminação dos povos, o pluralismo, o meio ambiente ecologicamente equilibrado. “Atuam ainda como afirmação contemporânea de interesses que desconhecem limitações de fronteiras, classe ou posição social e se definem como direitos globais ou de toda humanidade”<sup>42</sup>

<sup>38</sup> HOMEM, António Pedro Barbas. Do direito natural aos direitos do homem. In: BRANDÃO, Cláudio; HOMEM, António Pedro Barbas (orgs.). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 93.

<sup>39</sup> HOMEM, António Pedro Barbas. Do direito natural aos direitos do homem. In: BRANDÃO, Cláudio; HOMEM, António Pedro Barbas (orgs.). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 93.

<sup>40</sup> António Pedro Barbas Homem ainda cita como outros exemplos de legislação social: “a legislação sobre solos e construção, águas e aproveitamento agrícola, assente no princípio da função social sobre os solos e águas; a legislação protetora dos inquilinos; a consagração de seguros sociais e do mutualismo.” Cf. HOMEM, António Pedro Barbas. Do direito natural aos direitos do homem. In: BRANDÃO, Cláudio; HOMEM, António Pedro Barbas (orgs.). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 93.-94.

<sup>41</sup> “A este fenómeno que a filósofa alemã Hannah Arendt designa por banalização do mal, porquanto coloca inclusivamente pacatos chefes de família como colaboradores de um projeto intencionalmente pensado para eliminar da face da terra milhões de pessoas. Assim, este holocausto não foi apenas o resultado da ação de poucas pessoas demoníacas – Hitler e os seus colaboradores mais diretos – mas o resultado de uma organização extensa e altamente organizada” Cf. HOMEM, António Pedro Barbas. Do direito natural aos direitos do homem. In: BRANDÃO, Cláudio; HOMEM, António Pedro Barbas (orgs.). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 98.

<sup>42</sup> GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.62.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	periodicoscesg@gmail.com

Entretanto, as dinâmicas das necessidades humanas apontaram para o nascimento de outra geração de direitos, que representam uma síntese de muitos outros direitos, voltando-se não somente para as gerações presentes, mas também para as gerações futuras. Por isso, diz-se que a terceira geração dos direitos humanos se baseia na solidariedade, abarcando, dessarte, o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio cultural da humanidade e o direito ao meio-ambiente<sup>43</sup>.

Estas dimensões/gerações<sup>44</sup> de direitos culminaram na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. É um marco na história da humanidade onde um sistema de princípios fundamentais foi espontaneamente afirmado pela maioria das nações do planeta. A comunidade internacional reconheceu direitos universais e imprescindíveis a todos os indivíduos. Valores como liberdade, igualdade e fraternidade devem reger o destino da humanidade numa busca constante de aumento de possibilidade de efetivação das potencialidades das pessoas.<sup>45</sup>

Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens<sup>46</sup>

<sup>43</sup> BRANDÃO, Cláudio; GAUER, R. M. C. **Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 110, p. 123, 2015. p. 143.

<sup>44</sup> “Hodiernamente, alguns autores, têm defendido a idéia relativa aos direitos de quarta e quinta geração. No que tange aos de quarta geração correspondem ao direito à democracia (direta), a informação e ao pluralismo (...). Quanto aos direitos de quinta geração, Sampaio os apresenta como direitos ainda serem desenvolvidos e articulados, mas que tratam do cuidado, compaixão e amor por todas as formas de vida” GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 63-64.

<sup>45</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

<sup>46</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.p. 28.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	periodicoscesg@gmail.com

### 3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

Antônio Pedras Barba Homem<sup>47</sup> explica que, desde a Idade Média, o direito natural<sup>48</sup> é utilizado como justificativa para a modificação dos costumes e práticas que estão em descompasso com a racionalidade jurídica. O pensador português destaca que o direito natural no século XIX é utilizado como fundamento de argumentação/refutação tanto de liberais quanto de absolutistas. Observa-se, naquela centúria, um antagonismo nas doutrinas do direito natural.

Mas é importante reter uma outra problemática, que irá fragmentar, para sempre, as bases culturais que cimentavam, tanto do lado protestante como do lado católico, a teoria do direito natural. Assim, se as revoluções liberais se fazem em nome dos direitos naturais, é também em nome do direito natural que lutam as forças anti-revolucionárias e contra-revolucionárias<sup>49</sup>.

Os defensores da monarquia absolutista imputavam ao direito natural um dever de obediência irrestrita ao rei. O pacto social estabelecido no início do estado de natureza determinava que um governante deveria liderar todos os indivíduos sendo a sua vontade um corolário da vontade geral. Posteriormente, baseando-se também no direito natural, o liberalismo irá consagrar a liberdade e direitos naturais (direito de resistência, autodeterminação dos povos, propriedade, igualdade formal<sup>50</sup>, segurança, etc.) como atributos invioláveis do indivíduo, ou seja, oponíveis a todos,

<sup>47</sup> HOMEM, António Pedro Barbas. Do direito natural aos direitos do homem. In: BRANDÃO, Cláudio; HOMEM, António Pedro Barbas (orgs.). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2015.

<sup>48</sup> “A existência de um estado de natureza em que o homem vive até o estabelecimento do pacto social constitui uma daquelas metáforas teóricas cujo sucesso intelectual permitiu ser utilizada como fundamento de sistemas filosóficos opostos, de revoluções, de códigos e de constituições”. Cf. HOMEM, António Pedro Barbas. Do direito natural aos direitos do homem. In: BRANDÃO, Cláudio; HOMEM, António Pedro Barbas (orgs.). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2015.p. 78.

<sup>49</sup> HOMEM, António Pedro Barbas. Do direito natural aos direitos do homem. In: BRANDÃO, Cláudio; HOMEM, António Pedro Barbas (orgs.). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 80.

<sup>50</sup> “O direito à igualdade fez com que todos fossem considerados formalmente iguais perante a lei. Por sua vez, a lei foi tida como o legítimo instrumento de uma sociedade unida por um contrato social, sua legitimidade estaria configurada porque todos deram o seu consentimento, pelo contrato social, para que ela operasse efeitos. Neste panorama, a lei afirmaria no plano ideal a igualdade de todos, já que todos integrariam o contrato social.” Cf. BRANDÃO, Cláudio; GAUER, R. M. C. **Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 110, p. 123, 2015. p. 141.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	periodicoscesg@gmail.com

inclusive ao monarca. Nota-se que sob a alcunha de direito natural se defendiam posicionamentos antagônicos, contraditórios<sup>51</sup>.

Desta forma, o liberalismo utiliza-se desta perspectiva do direito natural para um novo paradigma de sociedade e Estado. É imperiosa a defesa dessa ideologia não somente pelo direito natural, mas, e principalmente, pelo direito positivo<sup>52</sup>.

No plano político, as aspirações da sociedade burguesa vão no sentido da criação do Estado de direito, sustentado, não apenas por princípios de direito natural, mas por leis positivas. O princípio da legalidade é especialmente relevante para explicar transformações intencionalmente pretendidas para as fontes do direito e para a metodologia jurídica<sup>53</sup>.

A sociedade pré-liberal era caracterizada por uma desagregação local e social do direito. O direito era desuniforme, ou seja, tratava os indivíduos desigualmente em função, geralmente de seu estamento. “Uma sociedade de ordens e classes, com estatutos diferenciados para clérigos, nobres e burgueses, com grande diferenciação dentro de cada grupo, sem reconhecimento de estatuto de igualdade perante a lei positiva”.<sup>54</sup> Entende-se, assim, que o primeiro obstáculo a ser superado pelo liberalismo é a desigualdade entre os homens perante a lei. A igualdade de tratamento pela lei passa a ser a pedra fundamental do Estado liberal constituindo, de tal maneira, a legalidade (“democrática”) seu alicerce<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> HOMEM, António Pedro Barbas. Do direito natural aos direitos do homem. In: BRANDÃO, Cláudio; HOMEM, António Pedro Barbas (orgs.). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2015.

<sup>52</sup> “A codificação do direito penal e a codificação do direito civil são, assim, etapas fundamentais no percurso das idéias e das instituições do liberalismo. O estatuto da cidadania liberal exigia tratar todos os cidadãos de modo igual.” Cf. HOMEM, António Pedro Barbas. Do direito natural aos direitos do homem. In: BRANDÃO, Cláudio; HOMEM, António Pedro Barbas (orgs.). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 82.

<sup>53</sup> HOMEM, António Pedro Barbas. Do direito natural aos direitos do homem. In: BRANDÃO, Cláudio; HOMEM, António Pedro Barbas (orgs.). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2015.p. 81.

<sup>54</sup> HOMEM, António Pedro Barbas. Do direito natural aos direitos do homem. In: BRANDÃO, Cláudio; HOMEM, António Pedro Barbas (orgs.). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 83.

<sup>55</sup> “Compreende-se, assim, que uma das proclamações políticas de primeira grandeza dos direitos naturais seja o princípio da igualdade. Ainda hoje as constituições recordam que a primeira das dimensões do princípio da igualdade é o da proibição de privilégios. Compreende-se, ainda, uma outra idéia: a igualdade dos cidadãos exige leis, leis que os tratem de modo igual.” Cf. HOMEM, António Pedro Barbas. Do direito natural aos direitos do homem. In: BRANDÃO, Cláudio; HOMEM,

Para a burguesia nascente, o ideal de busca dos direitos universais do homem era um ponto importante para a sua afirmação econômica. A sua atividade comercial, que estava na base dos primeiros tempos do capitalismo, pressupunha a circulação de produtos, o que mudou por completo à lógica feudal da auto-subsistência da porção territorial do Feudo. O Estado nacional, ao sobrepor-se ao sistema anterior, teve na sua classe burguesa o protagonista da circulação de produtos através de diferentes territórios<sup>56</sup>.

Como salienta Ricardo de Brito Freitas<sup>57</sup>, o princípio da legalidade penal é fruto destas revoluções liberais e da filosofia iluminista que as orienta. Contudo, ao se fazer uma análise mais meticulosa do instituto, percebe-se que sua origem se localiza na antiguidade. A partir do momento em que foi necessária a formulação das leis (penais ou não) em textos escritos, em Estados percebidos como criações artificiais e não divinas, o princípio da legalidade<sup>58</sup> (não se incluindo o princípio da estrita legalidade) ganha importância.

Em determinado momento da evolução política grega e romana na antiguidade, a lei do Estado passa a ser considerada parte de seu processo organizativo e tem como finalidade assegurar a unidade da ordem jurídica mediante a supressão de centros concorrentes de produção do direito, visando à eliminação das desigualdades jurídicas caracterizadoras do privilégio. Em tais momentos, os

---

António Pedro Barbas (orgs.). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2015., p. 86.

<sup>56</sup> BRANDÃO, Cláudio; GAUER, R. M. C. **Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 110, p. 123, 2015. p. 131.

<sup>57</sup> FREITAS, Ricardo de Brito A. P., **Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência Punitiva**. IN: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. (coord.) **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

<sup>58</sup> "Se o referido princípio penal é pensado a partir da noção de mera legalidade, não resta dúvida de que sua progressiva formação deu-se de maneira mais lenta e a partir de um período histórico mais remoto que a noção de estrita legalidade, cuja aparição deu-se tão somente no século XVIII. Em todo caso, não se pode esquecer que o conceito de estrita legalidade é tributário da noção de mera legalidade. Por outro lado, é certo que, sendo o princípio da legalidade mais propriamente político que jurídico, a sua criação relaciona-se à percepção de seu papel de contenção do arbítrio estatal em favor dos direitos individuais concebidos inicialmente como naturais e inalienáveis. Considerando-se este dado, é indubitoso que o princípio da legalidade penal é produto da cultura europeia do século XVIII". Cf. FREITAS, Ricardo de Brito A. P., **Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência Punitiva**. IN: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. (coord.) **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 367.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	periodicoscesg@gmail.com

antigos se aproximaram dos modernos. Todavia, padeceria de anacronismo a suposição de que o princípio da legalidade penal em sentido geral poderia ter sido formulado nos Estados da antiguidade, haja vista a inexistência de condições objetivas de ordem nesse sentido<sup>59</sup>.

Na Grécia antiga o direito gravado em pedra e de exposição pública surge (650-600 a.C.) substituindo, em parte, o direito consuetudinário. O direito penal escrito é concebido, pelos gregos da época, como forma de distinção entre as normas jurídicas e as outras existentes. Ademais, a lei escrita garantiria uma maior autoridade e igualdade (frente aos privilégios da aristocracia). Objetivava-se (com relativo êxito) ser um processo racional frente aos elementos míticos<sup>60</sup>.

A Roma antiga apresentou processo semelhante ao dos gregos. De um *jus puniendi* tribal e familiar, lastreado nos costumes, para o *jus puniendi* estatal republicano, baseado na lei escrita. Observa-se, no entanto, que devido à importância do direito penal privado e dos costumes, o processo não se completou. A lei escrita servia como orientação ao magistrado, sendo que se podia punir fatos não estabelecidos como crime pela lei e ser estabelecidas penas sem qualquer lastro legal<sup>61</sup>.

Os romanos não conheceram o Princípio da Legalidade. O Direito Romano durou aproximadamente 10 séculos e, assim, foi produto de uma evolução milenar. Para os romanos, o Direito poderia ser expresso na definição de Celso: o Direito é a arte do bom e do equitativo (*jus ars boni aequum*). O pretor, em cada caso, deveria construir a decisão boa que realizasse a justiça naquela situação concreta. Por conseguinte, o Direito Romano foi, sobretudo, costumeiro. A lei existia somente

<sup>59</sup> FREITAS, Ricardo de Brito A. P., Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência Punitiva. IN: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. (coord.) **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.p. 368.

<sup>60</sup> FREITAS, Ricardo de Brito A. P., Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência Punitiva. IN: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. (coord.) **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

<sup>61</sup> FREITAS, Ricardo de Brito A. P., Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência Punitiva. IN: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. (coord.) **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	<a href="mailto:periodicoscesg@gmail.com">periodicoscesg@gmail.com</a>

como um guia, como um esquema de interpretação, que o prudente arbítrio do julgador poderia afastar, tendo sempre presente a decisão boa e justa.

Fato que não pode ser ignorado ao se tratar do Direito romano é a promulgação da Lei das XII Tábuas no período republicano. Fruto das disputas entre o patriciado e o povo seu mérito é trazer segurança jurídica e igualdade entre todos os cidadãos independentemente da classe social (o que de fato não ocorreu). Substituem-se os costumes e as penas indeterminadas do período monárquico pela lei escrita e a precisão do castigo frente ao crime cometido. Observa-se, no entanto, que o direito penal romano<sup>62</sup> nunca se despreendeu por completo da intervenção dos costumes e da religião.

Com o advento do Feudalismo/Idade Média<sup>63</sup>, e o conseqüente enfraquecimento da autoridade central das monarquias, verifica-se uma predominância do direito consuetudinário (direito penal germânico, por exemplo) que só perderá espaço com a formação dos Estados nacionais. A partir deste instante, a mera legalidade ressurgiu no Estado moderno monárquico, mas constatava-se, ainda, o arbítrio e a indeterminação dos crimes e das penas.

O nascente e posteriormente maduro absolutismo francês tem no *Grand Coutumier* de Carlos VI (1453), nas *Ordonnances Criminelles* de Francisco I (1539) e na *Ordonnance Criminel* de Luís XIV (1670) seus diplomas penais de maior

<sup>62</sup> “O direito penal romano, embora menos importante que o direito civil, influenciará o mundo Ocidental. Portanto, a lei penal escrita romana, apesar de insuficiente para que se possa caracterizar o direito penal romano com um direito fundado no princípio da legalidade, sem dúvida contribuiu para facilitar a emergência do princípio ao proclamar a superioridade política do direito penal escrito sobre o direito penal consuetudinário.” Cf. FREITAS, Ricardo de Brito A. P., *Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência Punitiva*. IN: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. (coord.) **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 371.

<sup>63</sup> “Durante a Idade Média, com respeito às origens do Princípio da Legalidade, também é digna de menção a obra de *Tiberius Decianus*, datada do século XVI. Deve-se a *Decianus* a divisão do Direito Penal em duas partes: a parte geral e a parte especial. Em sua obra *Tractatus Criminalis*, o autor elabora uma obra abertamente teórica, especialmente porque contém uma parte geral, que se desenvolve a partir do conceito de crime, buscando uma análise sobre os princípios, causas, fontes, natureza, elementos acidentais, e uma parte especial, a qual foi formulada segundo uma sistematização racional dos crimes, sobre a base do objeto violado (*rectius*, bem jurídico) pela ação criminosa. (...) Deciano foi um dos primeiros a estabelecer os princípios gerais que norteiam o crime, com isso estabeleceu a base do Princípio da Legalidade. Todavia, não se pode afirmar que a idéia tida pelo autor em comento sobre a lei era a idéia de lei escrita que se tem hodiernamente. Na Idade Média, a lei não era necessariamente escrita, pois poderia ser também considerada a lei a “lei costumeira”. Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 31-32.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	<a href="mailto:periodicoscesg@gmail.com">periodicoscesg@gmail.com</a>

expressão. Neste último, a parte processual tinha maior destaque que a dedica ao direito penal, à semelhança da *Constitutio Criminalis Carolina* alemã. Ademais, os crimes (por exemplo, o duelo, o peculato, o falso testemunho, a ocultação da gravidez) são dispostos de forma desordenada e fragmentária. Por conseguinte, o poder de criação do direito penal pelos parlamentos (órgãos judiciais e não legislativos) é, de fato, considerável. Portanto, no direito penal francês pré-revolucionário, não obstante a direção progressista das reformas empreendidas antes da revolução, as penas são arbitrárias. Ao magistrado é concedido o poder de aplicá-las com ampla margem de liberdade (...) <sup>64</sup>.

Como já salientado, somente com as revoluções liberais ocorridas no século XVIII, surge o princípio da legalidade penal. A idéia da legalidade ganha identidade com a igualdade de todos os homens. Partindo-se do pressuposto que todos os homens são iguais, devem, conseqüentemente, responder da mesma forma pelas infrações porventura cometidas. Segundo Cesare Beccaria somente a lei dirigida a todos em prol do bem-estar poderia estabelecer crimes e penas:

Abramos a história, veremos que as leis, que deveriam ser convenções feitas livremente entre homens livres, não foram, na maioria das vezes, mais que instrumentos das paixões da minoria, ou o produto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir todas as ações da sociedade com este único fim: todo o bem-estar possível para a maioria <sup>65</sup>.

O princípio da legalidade penal transforma-se, assim, num verdadeiro limite ao poder de punir do Estado. Como destaca Cláudio Brandão (2010), sua formulação jurídica foi apresentada por Anselm von Feuerbach em 1801. Poderia ser resumida no brocardo: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*. <sup>66</sup>

<sup>64</sup> FREITAS, Ricardo de Brito A. P., Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência Punitiva. IN: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. (coord.) **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.p. 373.

<sup>65</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad: Paulo Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2016. p. 19.

<sup>66</sup> No mesmo sentido relata Ricardo de Brito Freitas: “No início do século XIX, Feuerbach (1989:63), pensando certamente na sua doutrina não menos célebre sobre os fins da pena, cria a famosa fórmula sintética *nulla crimen nulla poena sine lege* para expressar o princípio da legalidade.” FREITAS, Ricardo de Brito A. P., Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do

Para Feuerbach, toda pena dentro do Estado é a conseqüência de uma lesão jurídica, fundamentada na preservação do Direito, e de uma lei que comine um mal sensível. Daí decorre os seguintes princípios – toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*); segundo – a imposição de uma pena é condicionada à existência de uma ação incriminada (*nulla poena sine crimen*); terceiro, o mal da pena, como conseqüência necessária, será vinculado à existência de uma lesão jurídica determinada (*nullum crimen sine poena legali*). Posteriormente a Feuerbach, as três fórmulas latinas decorrentes do Princípio da Legalidade foram condensadas na expressão *nullum crimen nulla poena sine lege*. (BRANDÃO, 2010, p. 37).

Anselm von Feuerbach apregoa que, como o Estado (organização civil da comunidade) tem como finalidade impedir a ocorrência de lesões jurídicas, deve-se utilizar da lei penal (coaçoão psicológica) para intimidação dos possíveis infratores. Conhecendo-se a lei e suas conseqüências a tendência é um refreamento dos impulsos pelos indivíduos.

Apesar das importantes contribuições das proposições de Anselm von Feuerbach, atualmente não se pode sustentar o Princípio da Legalidade na sua Teoria da Coaçoão Psicológica. O Princípio da Legalidade tem funções hodiernamente vinculadas com a limitação do *jus puniendi* estatal frente à possibilidade de lesões a direitos individuais<sup>67</sup>.

#### 4 IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Direito penal é violência institucionalizada. “Falar de Direito Penal é falar, de alguma forma, de violência”.<sup>68</sup> Além da violência intrínseca do próprio fato criminoso, aplicar uma sanção penal, também, é limitar ou restringir direitos fundamentais do indivíduo. A pena de morte ceifa o direito fundamental à vida; a

Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência Punitiva. IN: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. (coord.) **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 376.

<sup>67</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

<sup>68</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 21. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 35.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	periodicoscesg@gmail.com

pena de prisão limita o direito de ir, vir e estar e as penas restritivas de direitos (nome auto-explicativo) restringem, por exemplo, o patrimônio.

Saliente-se, de tal maneira que essa forma de controle social<sup>69</sup> (violenta/radical) deve ser, dentro de um Estado Democrático de Direito<sup>70</sup>, utilizada respeitando os direitos fundamentais do indivíduo. O direito penal somente deve regular situações imprescindíveis<sup>71</sup> para convivência social (protegendo bens jurídicos fundamentais<sup>72</sup>) devido à gravidade de suas sanções.

Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando

<sup>69</sup> O Direito Penal nos termos de ZAFFARONI; PIERANGELI fazem parte do sistema penal: Chamamos de “sistema penal” ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a idéia geral de “sistema penal” em um sentido limitado<sup>69</sup>, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes e funcionários e da execução penal. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.70.

<sup>70</sup> “O Estado Democrático de Direito é produto de lenta evolução histórica. Forças sociais poderosas se movimentaram para transformar o Estado liberal de direito, ampliando no sentido da direção da incorporação dos direitos sociais, econômicos e culturais. A participação política da sociedade, expressão de maturidade democrática, impôs ao Estado o dever de intervir ativamente na esfera social para realizar determinadas prestações positivas em todos os planos onde se encontre o interesse humano”. Cf. FREITAS, Ricardo de Brito A. P., Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência Punitiva. IN: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. (coord.) **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 390.

<sup>71</sup> “El segundo de los principios en que se concreta el postulado según el cual el ius puniendi ha de ejercerse em la sola medida exigida por la protección de la sociedad, es el llamado "carácter fragmentario" del derecho penal. Significa que el derecho penal no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Cf. PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2003. p. 110.

<sup>72</sup> “Esos valores, que radican en el pensar jurídico permanente de un obrar conforme al derecho, constituyen el substrato ético-social de las normas del derecho penal. El derecho penal asegura su real observância determinando pena para quienes se apartan de ellas a través de acciones infieles, indisciplinadas, deshonestas, desleales. La misión central del derecho penal reside, entonces, en asegurar la validez inviolable de esos valores, mediante la amenaza y la aplicación de pena para las acciones que se apartan de modo realmente ostensible de esos valores fundamentales en el actuar humano.” Cf. WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956. p. 3.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	periodicoscesg@gmail.com

resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens.<sup>73</sup>

Dentro de um Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade vai exercer importantes funções no âmbito do direito penal. Não há possibilidade de existência de um Estado Democrático de Direito sem respeito aos seus cânones. O direito penal (*jus puniendi*) e sua conseqüente “violência” devem atuar dentro de certos limites impostos pelos direitos humanos/fundamentais.

La principal utilidad que reviste el estudio del fundamento del *ius puniendi* del Estado es que de él derivan ciertos límites a su ejercicio. Unos se deducen del funcionamiento funcional, que condiciona la justificación de la pena y las medidas de seguridad a su necesidad para la protección de la sociedad; otros, del fundamento político, que en el planteamiento acabado de anunciar impone el respeto a las exigencias del Estado democrático de derecho<sup>74</sup>.

Do princípio da legalidade penal podem-se depreender diversas limitações a atuação do *jus puniendi* estatal. Dentro deste princípio<sup>75</sup> pode-se destacar a imposição da reserva legal, a obrigatoriedade de lei certa, a obrigatoriedade de lei escrita, a vedação da analogia *in malam partem* e a obrigatoriedade de lei prévia. “Con la fórmula propuesta nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta se agotan los aspectos esenciales de las garantías criminal penal, que constituyen el núcleo del principio de legalidad”<sup>76</sup>.

Nos termos da imposição da reserva legal, para a criação de infrações penais somente a lei em sentido estrito pode criminalizar condutas e cominar penas. A Carta Magna de 1988 estabelece como direito fundamental no seu art. 5º, XXXIX: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Observa-se que somente por meio de uma lei formal pode atuar o direito penal. Necessário é seguir os trâmites do processo legislativo para que uma conduta possa

<sup>73</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 21. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 35.

<sup>74</sup> PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2003. p. 108.

<sup>75</sup> Existem autores que tratam o princípio da legalidade como gênero e suas vedações ao poder de punir como espécies (subprincípios).

<sup>76</sup> PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2003.p. 132.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	<a href="mailto:periodicoscesg@gmail.com">periodicoscesg@gmail.com</a>

ser configurada como delito e receba, conseqüentemente, uma sanção penal no caso do seu cometimento.

De tal maneira, imprescindível a adoção de um processo legislativo para a criação/aplicação do direito de punir. A Constituição de 1988 (artigo 59) relata sobre o processo legislativo:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Dentre as várias espécies normativas existentes no art. 59 da CF/88, utilizam-se das leis complementares e, principalmente, das leis ordinárias no âmbito do direito penal. As emendas a Constituição cabem trazer princípios ou regras penais (sem propriamente formular tipos penas). As leis delegadas e as medidas provisórias são explicitamente vedadas pelo texto constitucional (art. 68, §1º, II e art. 62, §1º, I, b). Não podem, também, estabelecer tipos penais as resoluções e os decretos legislativos, pois são normas que são desenvolvidas sem a participação do Presidente da República.

A obrigatoriedade de lei certa conferida pelo princípio da legalidade é dirigida ao legislador. O legislador penal deve evitar ao máximo a utilização de termos de caráter dúbios/contraditórios ou expressões vagas ou imprecisas. A construção da figura típica deve especificar de forma explícita e precisa a conduta criminosa servindo de garantia ao cidadão. A lei penal deve ser taxativa (princípio da taxatividade), porque de nada adiantaria a exigência de uma lei para criminalizar se não se puder determinar qual a ação ou omissão vedada. “O princípio da legalidade impõe uma exigência ao legislador quando à linguagem utilizada na formulação da

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	periodicoscesg@gmail.com

norma penal: a norma deve usar signos linguísticos claros, que possibilitem uma individualização do modelo abstrato da conduta incriminada”<sup>77</sup>.

Estar-se-ia, novamente, sob o livre-arbítrio estatal sem a existência de uma lei penal certa.

A exigência de lei escrita, também, é um desdobramento do princípio da legalidade. Não se pode utilizar-se do costume para a elaboração de tipos penais e o estabelecimento de penas. Quando o art. 5º, XXXIX, da CF/88 determina que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” deve-se entender a vedação de utilização de um Direito Consuetudinário dentro do processo de elaboração do direito penal brasileiro<sup>78</sup>. Note-se, entretanto, que a vedação se dirige propriamente para a utilização dos costumes como forma de criminalização sendo que, a melhor doutrina, aceita sua utilização quando for *in bonam partem*. Desta forma, quando a conduta é socialmente aceita não deve o direito penal atuar. O princípio da legalidade atua em favor da liberdade do cidadão e utilizar-se dele para vedar a descriminalização é inverter sua verdadeira função.

As mesmas observações supracitadas valem, também, para a vedação da analogia. A analogia, prevista no art. 4º do Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)<sup>79</sup>, é um processo de integração ao ordenamento jurídico que permite aplicar uma norma existente para uma situação concreta que guarda algumas semelhanças e não é regulamentada pelo direito. A vedação do uso deste expediente *in malam partem*, ou seja, para criminalizar condutas ou agravar sua reprimenda é, também, um corolário do princípio da legalidade penal. No direito penal somente a analogia que é em favor da liberdade pode ser aceita<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 62.

<sup>78</sup> “La segunda exigencia (lege scripta) quiere destacar la exclusión de la costumbre como fuente de delitos y penas”. Cf. PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2003. p. 128.

<sup>79</sup> Art. 4º do Decreto-Lei 4.657/42: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

<sup>80</sup> “Por último, el tercer requisito del aforismo propuesto (*lege stricta*) impone un cierto grado de recisión a la ley penal y excluye la analogía -por lo menos en cuanto perjudique al reo-. La prohibición de la analogía se dirige al juez, por lo que constituye un límite relativo al momento judicial de aplicación de la ley”. Cf. PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2003. p.128.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	periodicoscesg@gmail.com

Por fim, de nada adiantaria para a segurança jurídica dos cidadãos, se estas prescrições do princípio da legalidade não estivessem acompanhadas da exigência da anterioridade da lei ao fato cometido. Constitui garantia individual expressa nos incisos XXXIX e XL do art. 5º da Constituição da República de 1988: “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal e XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (grifo meu).

Com a obrigatoriedade da anterioridade garante-se que os fatos praticados antes da vigência da lei nunca serão criminalizados ou, se já criminalizados, não terão sua consequência agravada por lei posterior. Pode-se ter tranquilidade no desenvolver das atividades cotidianas sem receio de sofrer uma sanção penal porvindoura. A única retroatividade permitida é aquela que vem ampliar a liberdade do cidadão, ou seja, para beneficiar o réu. “El principio de irretroactividad de la ley penal (desfavorable) no es más que un aspecto del principio de legalidad, que se burlaría si aquél no se respetase<sup>81</sup>. Depreendem-se estas mesmas conclusões dos artigos 1º e 2º do atual Código Penal brasileiro:

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

<sup>81</sup> PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2003. p. 128.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	<a href="mailto:periodicoscesg@gmail.com">periodicoscesg@gmail.com</a>

## CONCLUSÃO

Os direitos humanos são todos aqueles direitos mínimos pertencentes aos indivíduos na busca da promoção de sua dignidade. A compreensão de seu conteúdo somente pode ser realizada com uma perquirição das necessidades humanas básicas e a busca de suas consecuições dentro da história.

Estes direitos essenciais, apesar de influências desde a antiguidade, surgiram com os movimentos revolucionários burgueses do século XVIII com ênfase na Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e na Revolução Francesa (1789). Neste primeiro instante tinham como objetivo maior a busca da liberdade frente ao arbítrio estatal (monarca) e a busca por participação política. Posteriormente, a igualdade simplesmente formal, que atendia aos anseios burgueses, mostrou ser uma promotora/potencializadora da desigualdade social levando a constatação da necessidade de “novos direitos humanos”. Os direitos sociais ganham *status*, a partir do final do século XIX, de direitos humanos, uma vez que não basta somente igualdade formal, mas deve ser perseguida, também, a igualdade material. Destacam-se, como marcos desta nova ótica, a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

Após a segunda metade do século XX ganha relevo a constatação do futuro comum da humanidade. Após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial percebe-se que o destino dos homens é um só. Existem direitos que ultrapassam fronteiras e são aspirações de todos como, por exemplo, a paz, o meio ambiente, a autodeterminação dos povos. São os direitos humanos de terceira dimensão. Atualmente, menciona-se outras dimensões de direitos humanos que ainda estão em construção como a manipulação genética e a internet.

Dentre as dimensões dos direitos humanos destaca-se, neste texto, a primeira. Verifica-se que a igualdade formal é consubstanciada no princípio da legalidade. A lei (democrática) é garantidora que todos os cidadãos serão tratados de maneira semelhante, extinguido o privilégio presente no *ancien régime*. A igualdade perante a lei (legalidade) é a pedra fundamental de onde se erguerão os demais direitos humanos.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	<a href="mailto:periodicoscesg@gmail.com">periodicoscesg@gmail.com</a>

O princípio da legalidade na seara penal ganha termos mais precisos. O princípio da legalidade penal é uma das maiores garantias frente ao *jus puniendi* estatal. Observando suas determinações podem-se destacar várias limitações ao direito de punir como, por exemplo, a obrigatoriedade da reserva legal, a exigência de lei escrita e certa, a vedação da analogia *in malam partem* e o princípio da anterioridade legal. A importância deste princípio é tamanha que a história do direito penal divide-se entre o antes e o depois do seu surgimento (direito penal do terror e direito penal democrático).

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José Melo. A natureza variável dos Direitos Humanos: uma perspectiva da dogmática jurídica. In: BRANDÃO, Cláudio; HOMEM, António Pedro Barbas (orgs.). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad: Paulo Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 21. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.

BRANDÃO, Cláudio; GAUER, R. M. C. **Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 110, p. 123, 2015.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	periodicoscesg@gmail.com

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P., Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência Punitiva. IN: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. (coord.) **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOMEM, António Pedro Barbas. Do direito natural aos direitos do homem. In: BRANDÃO, Cláudio; HOMEM, António Pedro Barbas (orgs.). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2015.

PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2003.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e direito da União Europeia, em momentos de tensão**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016	Trabalho 05 Páginas 81-108
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
<a href="http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional">http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional</a>	periodicoscesg@gmail.com