




O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO LIMITADOR DO PODER PUNITIVO: RELEVÂNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*The principle of legality as a restrictor of punitive power: relevance in the
Democratic Rule of Law*

Gisela França da Costa * 

Resumo: O presente artigo aborda, sob uma perspectiva crítica, o princípio da legalidade como pilar do Direito Penal num Estado Democrático de Direito e garantista, previsto na Constituição Federal e no Código Penal. Ressalta-se seu papel como limite ao poder punitivo do Estado e como proteção à liberdade individual. Em um cenário de endurecimento penal e retrocessos garantistas, a legalidade estrita assume função de resistência democrática. O texto defende sua aplicação, exigindo anterioridade, taxatividade e vedação da analogia *in malam partem*. Resgata suas origens históricas no Direito Romano, na Magna Carta e no Iluminismo, com ênfase em Beccaria e Feuerbach. Conclui-se que o princípio deve ser resguardado contra usos arbitrários e populistas do Direito Penal e sua análise segue fundamental no âmbito da dogmática penal.

Palavras-chave: princípios; criminologia; punição; legalidade; garantismo penal.

Abstract: This article critically addresses the principle of legality as a cornerstone of Criminal Law within a Democratic and guarantor-based Rule of Law, as established in the Federal Constitution and the Penal Code. It highlights its role as a limit to the punitive power of the State and as a safeguard of individual freedom. In a context marked by penal harshness and setbacks in legal guarantees, strict legality assumes the role of democratic resistance. The text advocates for its application, requiring anteriority, specificity, and the prohibition of analogy in *malam partem*. It revisits its historical origins in Roman Law, the Magna Carta, and the Enlightenment, with emphasis on Beccaria and Feuerbach. The conclusion is that this principle must be protected against arbitrary and populist uses of Criminal Law, and its analysis remains essential within the field of legal dogmatics.

Keywords: principles of guarantees; criminology; punishment; legality criminal; guarantees.

* Advogada Criminal. Doutora em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestra em Ciências Penais pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Professora da Pós-Graduação em Ciências Criminais e Segurança Pública da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Professora da Pós-Graduação em Criminologia Direito e Processo Penal da Universidade Candido Mendes (UCAM).



O princípio da legalidade está preceituado na Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXIX, e no Código Penal, art. 1º, que determinam que não haverá crime sem lei anterior que o defina, assim como não haverá pena sem prévia cominação legal. Cuida-se de princípio imprescindível para o Direito Penal Democrático, convertendo-se em garantia do indivíduo contra a intervenção do Estado sobre a sua esfera de privacidade. Ou seja, constituindo-se em uma limitação do poder punitivo estatal sobre os indivíduos e tornando-se patente sua função eminentemente garantista (Corrêa Junior; Shecaira, 2002, p.76).

Em um cenário marcado pela intensificação do poder punitivo e pela flexibilização das garantias individuais sob o manto de discursos de eficiência penal, o princípio da legalidade ressurgiu como cláusula de resistência essencial à preservação dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Referido princípio assegura que ninguém será punido sem que haja lei anterior que defina a conduta como criminosa, assegurando a previsibilidade e a racionalidade do sistema penal. Mais do que uma regra de competência legislativa, a legalidade penal assume contornos garantistas, funcionando como verdadeiro freio ao arbítrio estatal, exigindo tipicidade estrita, anterioridade, taxatividade e proibição de analogia *in malam partem*. No contexto da pós-modernidade – época de rupturas, inseguranças e recrudescimento penal seletivo – a legalidade revela-se como entrave mestre contra o expansionismo punitivo. Ao limitar o alcance do *jus puniendi* à estrita legalidade formal, protege-se a cidadania contra o decisionismo autoritário, o populismo penal e a criminalização simbólica de condutas. Preservar o princípio da legalidade, portanto, é manter viva a racionalidade iluminista e a matriz liberal garantista que sustentam os pilares da justiça penal em sociedades comprometidas com a dignidade humana e os direitos fundamentais.

Acerca da origem do princípio da legalidade, há divergências entre os doutrinadores, pois para alguns, nesse sentido Manzini (*apud* Luisi, 1991, p.14), ele remontaria ao direito romano, sendo que para outros o surgimento do princípio remonta ao Direito medieval, em especial às instituições ibéricas (Marques, 1997, p. 181), concepção albergada por Frederico Marques. Entretanto o advento, em 1215, da *Magna Charta Libertatum* (século XIII) é considerado como o antecedente histórico da legalidade pela doutrina brasileira majoritária, sendo adeptos desse entendimento, por exemplo, Néelson Hungria e Francisco de Assis Toledo (1994, p. 21). Contudo, este princípio cristalizou-se com o Iluminismo, através do pensamento de Beccaria.

Como conseqüência do Iluminismo, o princípio da legalidade foi encampado pelas declarações de direitos das Constituições norte-americanas, sendo alçado a postulado universal, após ser inserido nos artigos 7º e 8º da Declaração francesa, que decorreu da revolução de 1789 (Corrêa Junior; Shecaira). Na atualidade, ele está consagrado no artigo 11, item 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que fora aprovada em 1948 pela Assembleia Geral da ONU (Corrêa Junior; Shecaira, 2002, p. 75).

Seguindo esse enfoque, para Hassemer, o princípio da legalidade surgiu com o Iluminismo, sendo expressão da autoconsciência burguesa frente ao poder estatal que antes de simplesmente surgir enquanto *Magna Charta Libertatum do delinquente* surgiu, primeiramente, como *Magna Charta Libertatum do cidadão* frente ao poder punitivo estatal (Hassemer, 2005, p. 332).

Relevante expoente no estudo deste princípio foi Paulo João Alselmo Feuerbach, que possibilitou, no início do século XIX, a formulação do brocardo latino que sintetiza o princípio da legalidade: *nullum crimen, nulla poena sine praevia legem*. Embora alguns doutrinadores afirmem que o professor alemão Anselm Feuerbach não foi o responsável pela elaboração da fórmula latina ampla, ele entretanto organizou um conjunto de fórmulas que abrangeram *nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine* (Batista, 2011, p. 64).

Ela Castilho destacou que o nascimento do princípio da legalidade, em sua formulação final, deu-se nos Estados Unidos, logo alinhado ao sistema da *common law*, que não preconiza a lei escrita como fonte primordial do direito. E tal deveu-se em boa medida pela história de luta pela independência norte-americana (Castilho, 1988, p. 17).

Cumprir destacar que, em determinados contextos históricos e políticos o princípio da legalidade foi suprimido da legislação de alguns países. Assim, por exemplo, na Alemanha, o Código Penal do Reich de 1871, modificado por lei de 28 de junho de 1935 suprimiu o princípio da legalidade e na ex-união soviética o artigo 16 do Código Penal de 1926, possibilitava a analogia em normas penais incriminadoras (Corrêa Junior; Shecaira, 2002, p. 75).

Fazendo um contraponto no que tange à necessidade de observância do princípio da legalidade ou reserva legal para a definição de crimes, determinação e aplicação das penas, traz-se à colação algumas hipóteses, mencionadas pela doutrina, de flagrante desrespeito às balizas da reserva legal.

Alguns autores costumam mencionar os julgamentos ocorridos nos famosos Tribunais de Nuremberg¹ e de Tóquio como exemplos de violação do princípio da legalidade penal (reserva legal e anterioridade), visto que líderes políticos das nações vencidas na Segunda Guerra foram condenados com base em convenções estabelecidas após os fatos (Corrêa Junior; Shecaira, 2002, p. 75).

No Brasil, o princípio da legalidade existe desde a Constituição de 1824, sem jamais ter sido, formalmente, suprimido de nossas constituições ou legislações penais e fundamenta-se no liberalismo político, na democracia, na divisão de poderes e no princípio da culpabilidade (Souza; Japiassú, 2012, p. 76).

¹ Nesse sentido, Batista, 2011, p. 67.

Consoante o princípio da legalidade, a elaboração das normas incriminadoras é função exclusiva da lei (Toledo, 1994, p. 21). Trata-se de sua função constitutiva (Batista, 2011, p. 66). Isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser imposta sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a respectiva sanção penal (Bitencourt, 1995, p. 49). A lei deve definir com precisão, objetividade e clareza a conduta proibida, evitando-se formulações vagas ou imprecisas, viés que alguns doutrinadores denominam de taxatividade, princípio que decorreria do princípio da legalidade. A taxatividade determina no que tange às sanções penais, a impossibilidade de penas indeterminadas: “Cumpre, ainda, mencionar que, no Direito Penal, está em consideração à defesa do cidadão frente às proibições e aos castigos arbitrários, razão pela qual o seu conteúdo material se concretiza na taxatividade dos delitos” (Souza; Japiassú, 2012, p. 77).

O princípio da legalidade, construção teórica do modelo político e jurídico inaugurado na Europa continental com a Revolução Francesa (Castilho, 1988, p. 13), não está adstrito aos crimes e às penas, mas aplica-se também às contravenções penais, às medidas de segurança e à execução penal. No que concerne à execução penal, em função do preceituado no artigo 45 da LEP, a matéria disciplinar igualmente estará submetida ao princípio da legalidade. Segundo Nilo Batista, o referido princípio constitui-se na chave mestra de qualquer sistema penal que pretenda-se justo e racional (Batista, 2011, p. 63).

Com relação à execução penal, Ela de Castilho, em elucidadora afirmação, estabeleceu que o princípio da legalidade, fundante do Estado de Direito, destina-se a limitar a execução penal aos ditames legais, vez que a execução é o aspecto dinâmico e concreto do direito. Assim, desvinculou a ideia de execução enquanto relação de poder e estabeleceu que a própria finalidade da execução penal deverá ser aquela explicitada na lei (Castilho, 1988, p. 24).

O princípio da legalidade na execução penal importa na reserva legal das regras sobre as modalidades de execução das penas e medidas de segurança, de modo que o poder discricionário seja restrito e se exerça dentro de limites definidos. Importa também na reserva legal dos direitos e deveres, das faltas disciplinares e sanções correspondentes, a serem estabelecidas de forma taxativa, à semelhança da previsão de crimes e penas no Direito Penal. As restrições de direitos ficam sob reserva legal, evitando-se o uso de conceitos de sentido aberto (Castilho, 1988, p. 25).

Ratificando a relevância da legalidade, no âmbito da execução penal, Ela de Castilho mencionou que inúmeros países preocuparam-se com um tratamento constitucional da execução, em função da relação conflituosa entre o Estado, detentor do *jus puniendi*, e o indivíduo detentor do *jus libertatis*. Desta feita, prosseguiu a autora apontando a necessidade de ampliação das normas constitucionais que tratem, por exemplo, da reinserção social do apenado a despeito daquelas que já existem procurando garantir a humanidade das penas (Castilho, 1988, p. 25-26).

Shecaira e Corrêa Júnior cuidaram de enunciar que o sistema de penas, compatível com o Estado Democrático de Direito, é o que estabelece penas determináveis dentro de margens, havendo no preceito secundário das normas penais incriminadoras a previsão de limites mínimos e máximos (Corrêa Junior; Shecaira, 2002, p. 75).

O princípio da legalidade assegura a possibilidade de um prévio conhecimento dos crimes e das penas, assim como também garante que o cidadão não seja submetido à coerção penal. Cumpre ressaltar que a coação é compatível com a concepção kantiana do direito enquanto fundamento da liberdade externa (Bobbio, 1995, p. 152), distinta daquela disposta em lei. Desta feita, para que o Direito Penal possa atuar sobre a esfera da individualidade, será necessário que existam proibições casuísticas, previstas em lei. Caso a caso, o legislador penal deve determinar quais condutas serão consideradas proibidas. Maurach subdividiu o princípio da legalidade em quatro subprincípios (Toledo, 1994, p. 22):

O primeiro deles foi o consagrado *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, segundo o qual será necessária a existência formal de uma lei escrita anterior a determinado fato para que este seja considerado um crime ou para agravar a punibilidade. Assim, a alteração mais gravosa não gerará aplicação retroativa (Souza; Japiassú, 2012, p. 78). O cidadão não poderá ser surpreendido pela criação de uma lei e pelo estabelecimento de uma pena. Não poderá haver regulamentação de matéria penal por Medida Provisória (artigo 62, parágrafo 1º, inciso I, alínea b, da CRFB/1988), pois tal matéria deve seguir o processo legislativo constitucionalmente devido, senão haverá vício de origem, que não convalida mesmo ocorrendo posterior conversão em lei (Toledo, 1994, p. 24). O segundo subprincípio consagrou que *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, por ele somente a lei escrita poderá definir crimes e cominar penas. Não poderão ser usados, por exemplo, os costumes para criar tipos penais ou agravar suas penas. O terceiro, subprincípio da legalidade, *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, estabelece a proibição da analogia para agravamento ou criação de novo tipo penal, entretanto permite que esta seja utilizada para beneficiar o sujeito ativo. A vedação da analogia está jungida à analogia *in malam partem*. E por fim, o quarto sub-princípio, *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, estabeleceu que a norma penal não poderá ser vaga, tendo que ser acessível a todos. Nesse diapasão, consiste a proibição de leis indeterminadas ou obscuras, que favoreçam interpretações idiossincráticas (Santos, 2007, p. 23), pois impossibilitam ou complicam o conhecimento das proibições.

A só existência de lei prévia não basta, pois nela devem ser reunidos certos caracteres, quais sejam, a concreta definição de uma conduta, a delimitação de qual conduta é compreendida e a delimitação de qual não é compreendida. Dessa maneira, uma incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em última análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do intérprete ou do aplicador. É também conhecido como princípio da taxatividade (Souza; Japiassú, 2012, p. 78).

Exclusivamente a lei, em sentido *estrito* ou *formal* (Toledo, 1994, p. 23-24), isto é, manifestação da vontade coletiva expressada através de órgãos constitucionais, poderá definir crimes e estabelecer penas, sendo assim, do rol do artigo 59 da Constituição Federal de 1988, somente as três primeiras espécies normativas são aptas a definição de crimes e a cominação de penas. Logo, para efeitos penais, o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição; leis complementares e de leis ordinárias. Não se admite a previsão de infrações penais, a cominação de penas e medidas de segurança e a criação de normas de outra natureza, penal, por meio de medidas provisórias, de leis delegadas, de decretos legislativos e de resoluções.

No que concerne às medidas provisórias, a vedação constitucional é expressa no artigo 62, parágrafo 1º, inciso I, alínea “b”. Soma-se a isso o fato da medida provisória, espécie do gênero lei delegada, tendo sua eficácia condicionada à aprovação do Congresso Nacional, ter como entrave o disposto no artigo 68, § 1º da CF/88, que veda a delegação em matéria de direitos individuais (Toledo, 1994, p. 24).

Ora, a medida provisória, por não ser lei, antes de sua aprovação pelo Congresso, não pode instituir crime ou pena criminal. Se o faz, choca-se com o princípio da reserva legal, apresentando vício de origem que não convalida pela sua eventual aprovação posterior, já que pode provocar situações e males irreparáveis (Toledo, 1994, p. 24).

Em um Estado de Direito, o princípio da legalidade deve ser verificado nos procedimentos pré-processuais, durante a fase processual e na fase executória. Embora na prática fique restrito, por inúmeras vezes, a elaboração dos preceitos primários e secundários das normas penais incriminadoras. Outrossim, a Constituição Federal de 1988 preceituou normas atinentes ao tratamento dos apenados e ao cumprimento das penas, tornando patente a aplicação do referido princípio. Assim, as normas elencadas no artigo 5º, incisos XLVIII, XLIX e L, determinando o respeito à integridade física e moral dos presos, o cumprimento da pena em estabelecimentos diversos, em função da natureza do delito, do sexo do apenado e da sua faixa etária evidenciam que o postulado se aplica à fase de execução da pena (Luisi, 2003, p. 18).

Nesse sentido, discorrendo especificamente sobre os limites constitucionais e legais da execução penal, Ela de Castilho observou que a execução penal ao observar um conflito infundável entre o Estado e o indivíduo exige soluções políticas visando a garantir o respeito aos direitos humanos (Castilho, 1988, p. 25-26).

A permanência do princípio da legalidade como eixo estruturante do Direito Penal revela sua vocação não apenas normativa, mas essencialmente política. Em tempos pós-modernos, em que o Estado Democrático de Direito é desafiado por forças de exceção, discursos de intolerância e pressões por punições exemplares, reafirmar a legalidade significa manter viva a função contra-

hegemônica do Direito Penal. A sua observância, nas fases legislativa, judicial e executiva, representa não um formalismo vazio, mas a concretização de um compromisso histórico com os direitos humanos, com a limitação do poder e com a previsibilidade das sanções. A ruptura da legalidade penal, como demonstrado em experiências autoritárias do século XX ou em decisões contemporâneas marcadas pelo voluntarismo judicial, abre caminho à arbitrariedade e ao enfraquecimento do controle democrático das instituições. Assim, a legalidade não é um princípio do passado, mas uma exigência permanente diante das novas tecnologias de vigilância, das políticas criminais emergentes e da globalização do punitivismo. Mantê-la viva, lúcida e efetiva é reafirmar que o Direito Penal deve servir à liberdade, e não à opressão – que deve proteger, e não castigar por conveniência política. É esse o verdadeiro sentido da legalidade no século XXI.

Nesse sentido, o princípio da legalidade constitui um limite essencial do poder punitivo, integrando os direitos fundamentais negativos e assegurando previsibilidade e controle normativo. Ressalta, daí, que a legalidade penal é um pressuposto da legitimidade democrática da jurisdição criminal, pois impede decisões penais baseadas em moralismos ou subjetivismos, vez que sem legalidade estrita não há justiça penal possível.

Para além das violações diretas, é urgente reconhecer que o princípio da legalidade também sofre lesões indiretas, muitas vezes mais sutis, porém igualmente graves, como ocorre com a proliferação de tipos penais vagos, normas penais em branco, crimes de perigo abstrato e responsabilizações por condutas comissivas por omissão. Esses instrumentos, ainda que formalmente legais, abalam a previsibilidade da norma penal, transferem indevidamente o poder de criação normativa ao Judiciário e colocam em risco o ideal de segurança jurídica. O abuso desses tipos penais fragiliza a legalidade restrita, favorecendo interpretações discricionárias e abrindo espaço para práticas penais seletivas e incompatíveis com os fundamentos do Estado de Direito. Nos crimes de perigo abstrato, por exemplo, rompe-se com o nexo entre conduta e lesão, necessidade de lesividade, criminalizando puramente o risco presumido e antecipando o momento da punição sem justa causa concreta. Já os crimes omissivos impróprios frequentemente exigem um dever jurídico indeterminado, o que fere a taxatividade e expõe o cidadão à incerteza jurídica. Em um Estado que se pretende democrático, é indispensável uma revisão crítica desses modelos penais à luz do garantismo, não apenas como exigência técnica, mas como compromisso político com a liberdade, a igualdade e a limitação legítima do poder de punir. Resgatar o princípio da legalidade em sua dimensão substancial significa, portanto, rejeitar o arbítrio disfarçado de legalidade e exigir leis claras, certas e proporcionais, que não sirvam ao populismo punitivo e ao Direito Penal simbólico, mas à proteção da cidadania.

Nesse diapasão, pensar criticamente o sistema de justiça criminal brasileiro exige reconhecer sua histórica seletividade, sua funcionalidade político-social na gestão de corpos e territórios vulnerabilizados e sua fragilidade democrática diante de pressões midiáticas e populistas. Logo, não há como tratar o Direito Penal fora do contexto de poder em que ele se insere, sendo necessário desvelar seus mecanismos simbólicos e sua constante tendência à expansão. Nesse cenário, o princípio da legalidade, consagrado no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, é muito mais do que uma formalidade jurídica: é condição estrutural para a contenção do arbítrio, para a racionalidade do sistema penal e para a previsibilidade das consequências jurídicas dos atos humanos. Sua violação abre espaço à produção de normas vagas, imprecisas e indeterminadas, o que resulta num Direito Penal de exceção travestido de normalidade democrática.

Nessa perspectiva, a legalidade deve ser compreendida em consonância com os postulados da intervenção mínima e da fragmentariedade, funcionando como trincheira contra o panpenalismo contemporâneo e suas manifestações simbólicas.

Por fim, o uso exacerbado do Direito Penal como resposta para todas as crises sociais apenas desloca o foco da desigualdade estrutural, promovendo o encarceramento em massa e legitimando práticas autoritárias. A legalidade não pode se reduzir à mera existência de lei, mas deve englobar sua clareza, certeza e acessibilidade, como forma de proteger o cidadão do poder punitivo desmedido. É nesse ponto que a legalidade se revela elemento garantidor e contramajoritário, freando o populismo penal e impondo limites constitucionais à sanha punitivista do Estado. Pensar um Direito Penal democrático, portanto, exige restaurar a legalidade em sua plenitude: não apenas formal, mas material, crítica e comprometida com a justiça, a dignidade da pessoa humana e o Estado Constitucional e Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 29. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. v. 1.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

CASTILHO, Ela Wiecko V. **Controle da legalidade na execução penal**: reflexões em torno da jurisdicionalização. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**: parte geral. 4. ed. Tradução: José Luiz Manzares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1999.
- LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2003.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**: parte geral. Paraná: Thoth Editora, 2025.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral I. 6. ed. ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2021.