



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PEDRO AUGUSTO DE OLIVEIRA NETO

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO LIMITE NEGATIVO AO PODER
POLÍTICO: GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

**FORTALEZA
2007**

PEDRO AUGUSTO DE OLIVEIRA NETO

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO LIMITE NEGATIVO AO PODER
POLÍTICO: GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC/CE), como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Glauco Barreira Magalhães Filho.

FORTALEZA
2007

PEDRO AUGUSTO DE OLIVEIRA NETO

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO LIMITE NEGATIVO AO PODER
POLÍTICO: GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia apresentada no Curso de Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC/CE), como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Glauco Barreira Magalhães Filho.

Aprovada em 19 / 01 / 2007

BANCA EXAMINADORA

Prof. Glauco Barreira Magalhães Filho (Orientador)
Universidade Federal do Ceará

Prof. Carla Sofia Pereira
Faculdade Christus

Prof. Raul Carneiro Nepomuceno
Faculdade Farias Brito

A meus pais.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Glauco Barreira Magalhães Filho, por ter aceitado o convite para exercer a importante função de orientador da presente monografia.

Aos Professores Raul Carneiro Nepomuceno e Carla Sofia Pereira, por comporem a banca examinadora desta monografia.

À Débora Arruda Queiroz Lima, pelo inestimável apoio dado a este estudo monográfico.

A meu amigo João Celso Moura de Castro, pelas valorosas sugestões dadas à elaboração deste trabalho.

A todos os amigos que torcem por meu sucesso acadêmico.

"É preciso que os homens bons respeitem as leis más, para que os homens maus respeitem as leis boas".

Sócrates

"Autoridades são apenas alguns, e só durante algum tempo, enquanto cidadãos somos todos nós, e durante toda a vida".

Hugo de Brito Machado

RESUMO

Analisa a evolução histórica do Princípio da Legalidade e do Constitucionalismo, com o escopo de demonstrar seu desenvolvimento. Acentua a importância do Princípio da Legalidade, do império da Lei e dos ideais do Constitucionalismo para a manutenção do Estado Democrático de Direito, explicitando a influência desses primados nos diversos ramos do Direito e indicando a origem da legitimidade das leis e disposições constitucionais. Analisa os efeitos maléficos do suplante das instituições republicanas e democráticas, mediante estudo de caso.

Palavras chave: Princípio da Legalidade. Constitucionalismo. Império da Lei. Estado Democrático de Direito

ABSTRACT

Analyses the historical evolution of the Principle of Legality and the origins of constitutionalism, in order to show out its development. Accentuates the importance of the Principle of Legality, of the Rule of Law and of the ideals of Constitutionalism for the sustain of a Democratic State of Law, stressing the influence of these ideals on the various Law specialities. Accentuates the importance of the Principle of Legality, of the Rule of Law and of Constitutionalism for the sustain of a Democratic State of Law, stressing the influence of these ideals on the various Law specialities, indicating the origins of the legitimacy of laws and constitutional displays .

Analyses the detrimental effects of the suppression of the democratic and republican institutions, by a practical case study.

Keywords: Principle of Legality. Constitutionalism. Rule of Law. Democratic State of Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO E DA LEGALIDADE, NO QUE CONCERNE À LIMITAÇÃO DOS PODERES DO GOVERNANTE	13
1.1 Primeiras considerações	13
1.2 Pré-história	14
1.3 Antiguidade Oriental	16
1.4 Antiguidade Clássica	19
1.5 Idade Média	23
1.6 Idade Moderna	25
1.7 Idade Contemporânea	31
2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA MANIFESTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	34
2.1 Adaptação do Princípio da Legalidade aos diversos ramos do Direito	34
2.2 O Princípio Constitucional da Legalidade e sua essencialidade ao Estado Democrático de Direito	38
3 OS MALEFÍCIOS TRAZIDOS PELA SUPRESSÃO DA LEGALIDADE INSTITUÍDA, VISANDO O VILIPÊNDIO DAS INSTITUIÇÕES REPUBLICANAS E DEMOCRÁTICAS	46
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

INTRODUÇÃO

O Princípio da Legalidade e sua manifestação nos diversos ramos do direito – quer o pátrio, quer o alienígena – marca o processo de evolução político-social das sociedades modernas que, mediante opção feita pela democracia, assentam as regras do jogo, da vida social dos cidadãos, ao mesmo tempo em que estabelece limites ao Estado a esse poder de interferência e disciplinamento.

Tais disposições, que regulam sobretudo o exercício do poder político e a atribuição de bens a cada indivíduo, por sua acentuada importância, devem ser legitimadas tanto pelos primados do Direito Natural quanto pelo concurso da vontade popular, que mediante representação democrática deverá produzir as diversas espécies normativas, através de processo legislativo que observe as garantias estampadas na Lei Maior, e propicie ampla discussão e aferição da conveniência da adoção de determinada medida.

Os fenômenos do regular e democrático Processo Legislativo – que confere certa rigidez e limite à mudança da ordem jurídica estabelecida, vez que há a necessidade de certa transigência política para que seja praticável a aprovação de medidas legais – e da universalidade e imperatividade das leis que passaram por esse crivo, o Império da Lei ou o *Rule of Law*, são os verdadeiros baluartes da segurança jurídica, informando ao indivíduo como planejar sua vida em vista à persecução lícita de seus objetivos e almejos (*the pursuit of happiness*, como inscrito na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América), além de garantir e dar-lhe ciência de suas defesas ante a ação estatal e dos demais indivíduos. Desta forma, afasta-se por completo a edição repentina de normas, possibilitando-se detida discussão da matéria a ser legislada, tanto

pelos legisladores quanto pela opinião pública, que, mediante pressão legítima pode interferir no curso do Processo Legislativo, como visto recentemente no Brasil, em que o clamor popular barrou a proposta de aumento salarial dos parlamentares, largamente tida por imoral. Afasta-se, outrossim, a imposição unilateral da agenda de organizações ou movimentos políticos que tentem subverter as leis impostas, não se submetendo aos imperativos do devido Processo Legislativo e da participação legítima na política, pugnando por medidas autoritárias, e pelo afastamento do concurso da vontade popular legitimamente estabelecida nas Casas Legislativas.

Da mesma maneira, a imperatividade das leis, os princípios constitucionais e o Direito Natural (nesta monografia, centrar-nos-emos na análise dos dois primeiros conceitos, sem, obviamente, descartar a fundamental importância do último na definição do conteúdo dos primeiros, notadamente dos princípios constitucionais) criam salutar óbice à ascensão e tomada de poder de partidos ou facções políticas que, vitoriosos em eleições democráticas e contando com considerável respaldo popular, tentam subverter a ordem legal, mediante a imposição de seus particulares valores políticos, pois, considerando-se os monopolistas das vontades e desejos do povo, não raro são prepotentes o bastante para considerar a tradição legal e as instituições republicanas (temporiedade e alternância – pessoal, no mínimo - no exercício do poder, principalmente) e democráticas (legitimação do governo estabelecido por eleições livres e não viciadas, e o estabelecimento de diversas garantias individuais face ao gigante estatal, sem prejuízo de outros dispositivos que atuem neste esteio), como meras formalidades, de somenos importância, que podem e devem ser elididas em nome da vontade popular, da qual o partido ou governante seria o único porta-voz.

Nesse esteio, a presente monografia tem por escopo demonstrar a essencialidade do Princípio da Legalidade, do respeito às disposições constitucionais democráticas e do Império da Lei – exercendo a função de limites negativos à ação dos governantes - para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

O estudo monográfico será dividido em três partes.

Começaremos demonstrando a manifestação da legalidade no desenvolvimento da história humana, e como ela paulatinamente amoldou-se à conformação que hoje observamos no constitucionalismo moderno.

Seguiremos ressaltando e explicando as causas pelas quais o Princípio da Legalidade é de fundamental importância à manutenção do Estado Democrático de Direito, após demonstrarmos como o este foi incorporado e disciplinado nos diversos ramos do Direito.

Finalmente, lançaremos mão de estudo de caso explicativo, em que apontaremos os malefícios acarretados pelo menoscabo da legalidade vigente, visando à implantação de governos autoritários.

A presente monografia, ressalte-se, não tem o intento de esgotar um tema tão amplo e importante, mas contribuir para a evolução do pensamento jurídico, e, mais especificamente, para a doutrina constitucional, prestigiando os princípios estampados na Carta Magna e contribuindo para a evolução do Estado Democrático de Direito.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO E DA LEGALIDADE, NO QUE CONCERNE À LIMITAÇÃO DOS PODERES DO GOVERNANTE.

1.1 Primeiras considerações.

O constitucionalista Português *José Joaquim Gomes Canotilho*¹, logo ao início de sua célebre obra, ensina que o movimento constitucional gerador da Constituição em sentido moderno é oriundo não de uma cultura de legal específica, senão de expressões normativas de diversas culturas que entre si diferiam geográfica e cronologicamente, buscando respostas a questionamentos freqüentemente coincidentes, no que tange aos problemas jurídicos políticos.

Vale citar preciosa lição do mestre lusitano, ao definir constitucionalismo como:

A teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.²

*Alexandre de Moraes*³, por sua vez, identifica a origem formal do constitucionalismo nas Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América e da França, motivadas pela independência das 13 colônias britânicas e da Revolução em França, no século XVIII.

¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª edição. Almedina, Coimbra, 2002, p. 47.

² Idem, ibidem, p.47.

³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª edição. – São Paulo : Atlas, 2004, p. 37.

Se conjugarmos os ensinamentos dos autores supra, temos que *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*, citada por José Joaquim. Gomes Canotilho e apreciada no sentido estritamente formalista e moderno enunciado por Alexandre de Moraes como a forma de estabelecer freios ao poder político mediante princípios e normas editadas pelos destinatários destas, mediante representação democrática, informada pelos diversos primados democráticos e humanitários que floresceram desde a renascença (informada pelas teorias políticas da Grécia Antiga e influenciada pelo conhecimento desenvolvido em toda a Idade Média) até os tempos correntes, com ênfase à teoria da organização estatal pela separação de poderes, ou funções, largamente tratada por Montesquieu em seu “*L’Esprit des Lois*”, dentre outras que serão oportunamente comentadas.

Lançadas as origens formais do constitucionalismo, interessa-nos perscrutar a História do Direito a fim de encontrar as forças sociais que desde a pré-história contribuíram para o surgimento do Constitucionalismo Formal e um dos princípios basilares de sua estrutura lógica, o Princípio da Legalidade.

1.2 Pré-história.

*Leonel Itaussu Almeida Mello*⁴ afirma que durante o período paleolítico o homem era dominado pela natureza, e que aquele vivia sob o estado de selvageria, caracterizado pela economia coletora e caçador, vida grupal e nomadismo.

⁴ MELLO, Leonel Itaussu A. & COSTA, Luís César Amad. **História Antiga e Medieval: da comunidade primitiva ao Estado Moderno**. 4ª edição, 5ª impressão. São Paulo: Scipione, 2003, p. 13.

Mesmo no Paleolítico inferior (período compreendido de 600.000 a 30.000 a.C), vislumbrava-se uma primitivíssima organização social, o que se dava em virtude da associação dos homens em grupos, para melhor enfrentar as intempéries naturais. Naturalmente, os membros mais aptos e fortes sobrepunham-se aos demais integrantes do grupo, exercendo uma liderança fugaz, sujeita a toda sorte de desafios e despida de formas efetivas poder de coação.

No período neolítico, que teria começado por volta de 8.000 a.C e tido termo por volta de 4.000 a.C, o supracitado cientista político afirma que teve início o domínio do homem sobre a natureza. O advento da agricultura e da domesticação dos animais – a revolução neolítica, como ficou celebrizada na historiografia - acarretou a sedentarização dos grupos humanos outrora nômades e a produção de excedentes alimentares.

É justamente nesta época de inaudita abundância dos víveres em que se cogita terem surgido instituições eminentes como a propriedade privada, as classes sociais e a religião.

O surgimento e consolidação dessas instituições - notadamente a propriedade privada - propiciou o surgimento da sociedade civil, que impulsionou o surgimento de uma estrutura normativa inegavelmente mais complexa, destinada a ordenar a distribuição dos bens entre os diversos grupos (clãs, aldeias ou tribos, conforme o grau de complexidade).

Sob os auspícios da Idade do Metal, que sucedeu ao Neolítico, surgiram a “revolução urbana”, com aglomeração populacional em centros urbanos propiciada pelo comércio; o largo emprego de instrumentos e armas de metal, facilitando as campanhas guerreiras; e o mais

importante, que marcou a passagem da humanidade da Pré-História para a história: o aparecimento da escrita.

É relevante notar que é deste período de transição que datam as primeiras organizações político-sociais de que sem tem notícia – objeto nodal de nosso estudo neste capítulo introdutório - quais sejam, as cidades-estado mesopotâmicas e o Baixo e Alto reinos egípcios.

1.3 Antiguidade Oriental

Ainda conforme ensinamento de *Leonel Itaussu Almeida Mello*⁵ as primeiras civilizações antigas surgiram na área conhecida por Crescente Fértil, compreendida entre o que hoje são os atuais Egito e o Iraque, em que repousam os vales férteis da Mesopotâmia e do Rio Nilo, além de paisagens desérticas e montanhosas.

No Antigo Egito, a evolução do período Pré-Dinástico ao período Imperial deu-se pela unificação dos nomos (unidades políticas de feitiço tribal), atribuída a Menés; a partir daí, pode-se falar em governo centralizado egípcio.

O governo imperial egípcio pode ser caracterizado como uma monarquia absoluta teocrática, em que o faraó era considerado deus e governante, entidade merecedora de adoração e

⁵ Idem, *ibidem*, p. 29.

encarregada do exercício da guerra e da justiça, herdeira do poder temporal e divino de seus ascendentes.

Em conseqüência da caracterização do Faraó como um deus governante, senhor de todos, não se poderia conceber limitação alguma a seus desígnios, pois desobedecê-los ou questioná-los significaria provocar a ira da providência e da própria natureza, vez que seria ele, na concepção egípcia, a causa de tudo quanto fosse louvável e bendito; desde a fertilidade da terra à prosperidade econômica e militar do Egito.

*Rubim Santos Leão de Aquino*⁶ ressalta o sensível contraste entre a caracterização do monarca mesopotâmico e o egípcio, frisando que aquele, ao contrário deste, não era tido como um deus encarnado, senão apenas como representante das divindades. Nas palavras do referido autor, é neste ponto da história que se começa a fazer a “*distinção entre o aspecto divino e o aspecto humano da figura real*”, asseverando ainda que

O Rei Babilônico era uma pessoa, embora tivesse concentrado em si mo poder divino, que ele precisava reafirmar a cada ano na festa de da Criação do Ano Novo. O mito e o rito babilônico exprimiam, assim, um pensamento que distingue, com certa clareza o Homem, o mundo e os deuses, embora não estabeleça entre eles uma nítida distinção de planos. Tudo parece ter igual importância.⁷

Impende ressaltar que dentre os povos da Mesopotâmia, destacaram-se notadamente no campo do Direito os Babilônios, eis que foi entre eles que surgiu um dos primeiros

⁶ AQUINO, Rubem Santos Leão de, FRANCO, Denize de Azevedo, LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. **História das sociedades vol.1: Das comunidades primitivas às sociedades medievais**. 18ª edição. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1980, p. 107.

⁷ Idem, *ibidem*, p.108.

documentos jurídicos historicamente comprovado: o Código de Hamurabi, codificação escrita e sistematizada de antigas leis sumerianas adaptadas aos costumes babilônicos.

O Código de Hamurabi tratava de variados temas, desde a cominação de penas a quem cometesse roubo, homicídio ou dano à propriedade alheia; ao estabelecimento do tratamento jurídico a ser dispensado a mulheres, crianças e escravos.

Além disso, o código previa regulação econômico- social:

Determinava a equivalência entre o crime e os danos (Lei de Talião), variando a modalidade e intensidade da pena conforme a categoria ou classe social do infrator e da vítima (desigualdade perante a lei); regulamentava a propriedade privada (o roubo era crime grave) e a herança (direito de primogenitura), as profissões e certas instituições, como o casamento e o divórcio; consagrava a pena de morte e dividia a sociedade babilônica em homens livres, subalternos (que não possuíam direito à propriedade da terra) e escravos.⁸

Como bem se pode notar, o Código de Hamurabi não continha expressamente cláusula alguma que estabelecesse óbice ou condição ao exercício do poder pelos monarcas, sendo voltado aos súditos ordinários do reino, regulando a atividade privada e definindo as penalidades cabíveis aos transgressores da ordem.

É lícito crer que tal questionamento não fosse sequer aventado, pois, muito embora o rei babilônico não fosse considerado uma divindade, cria-se ser ele favorecido pela predileção divina, o que lhe conferia autoridade inquestionável. Contudo, o aludido documento prestou vultuoso serviço ao que tempos depois viriam ser as primeiras noções de legalidade e segurança

⁸ Idem, Ibidem, p.119.

jurídica, pois, se por um lado, a publicidade e fixação em pedra das regras codificadas impediam que o súdito pudesse alegar em seu favor ignorância da lei ao descumpri-la, criavam, ao mesmo tempo um código de conduta que deveria ser seguido, e cujo cumprimento deveria ser cobrado do governante.

1.4 Antiguidade Clássica

Enuncia *José Reinaldo Lima Lopes*:

A Grécia Clássica conhece várias formas de organização e institucionalização. Basta citar a profunda diferença entre Atenas e Esparta. O nosso interesse aqui se concentra na tradição ateniense porque ela é mais reconhecível e sobre esta voltarão os filósofos e juristas ocidentais. Esparta deixa traços históricos, mas não se converte em modelo ideal que inspire o ocidente, embora com Atenas compartilhe um elemento fundamental de nossa tradição jurídica: a laicização do direito e a idéia de que as leis podem ser revogadas pelos mesmos homens que a fizeram.⁹

O Estado de desenvolvimento legal a que alude o autor só é galgado pelos povos helênicos - e latinos, conforme se comentará adiante - após sucessivos séculos de organização social resumida à célula familiar, cujo principal elemento constitutivo era a religião, baseada no culto a deuses domésticos. Da posterior aglutinação das famílias em grupos sucessivamente maiores nasceram as cidades gregas.

As cidades gregas eram então governadas sob a forma monárquica. O Rei, que exercia funções religiosas e políticas, deveria ser descendente do fundador da cidade, como recomendava

⁹ LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História – Lições Introdutórias**. 1ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 33 e seguintes.

a tradição religiosa desse povo. Ele era investido de tantos poderes que atuava ainda como magistrado, juiz e chefe militar.

No período clássico, houve a escritura das leis gregas, surgindo as leis fundamentais, um tosco esboço do que um dia viriam a ser as constituições dos estados nacionais europeus. As “Leis e Constituições” de Drácon (621 a.C) são exemplos dos primeiros diplomas legislativos gregos. Nesta codificação específica, obrigou-se aos clãs familiares o recurso a tribunais quando precisassem resolver suas questões, abolindo-se a justiça familiar, que engendrava violentos conflitos.

Seguem-se, na história legislativa grega, as “Leis de Sólon”, que suprimiram a escravidão por dívida, reformaram a estrutura familiar. No pertinente à limitação dos poderes constituídos, as “Leis de Sólon” diminuíram o poder do Areópago, em que predominava a oligarquia tradicional, criando o tribunal dos Heliastas e o conselho dos 500, dividindo, portanto, as funções consultivas e administrativas que aquele órgão detinha.

A isto se seguiram as reformas de Clístenes (508-502 a.C), que ampliaram o poder representativo procedendo à divisão territorial de Atenas em distritos.

Merece especial relevo na obra legislativa de Clístenes o ostracismo, instituto idealizado para que por meio de votação se pudesse decretar exílio a algum cidadão que ameaçasse a Democracia Ateniense, visando alçar-se ao poder de maneira tirânica. É o primeiro registro que se têm de um instituto deste tipo, voltado exclusivamente à defesa da Democracia, valioso pelo pioneirismo, embora pese ter sido muitas vezes exercido com notórios excessos e

carecesse de legitimidade plena conforme os cânones da Democracia Liberal Moderna, por não representar o sistema político ateniense boa parte dos habitantes da cidade, aqueles que não tinham direito a participar das votações públicas ou ascender a cargos administrativos.

Cabe, neste momento do estudo, indagar as manifestações legais romanas, bem como a evolução das formas de governo na história de Roma. Note-se que o legado romano ao direito é enorme, e que neste trabalho ele será abordado de forma panorâmica, pois a pormenorização do Direito Romano seria um trabalho de proporções monumentais, não sendo objeto deste trabalho.

A monarquia romana, que durou da fundação de Roma à expulsão dos Tarquínios (509 a.C) caracterizava-se pela eleição do monarca pelo colégio de pontífices e pela não hereditariedade, embora a divisão de cargos, honras e privilégios fosse feita entre familiares.

Com a deposição dos últimos monarcas romanos, surge República, em que o poder político será exercido de maneira mista: ao lado das variadas magistraturas anuais, têm-se as assembleias - reconhecidas por *José Reinaldo de Lima Lopes*¹⁰ como elementos representativos das diversas camadas sociais – o Colégio de Pontífices (sacerdotes- funcionários autorizados a utilizar as formas legais e interpretá-las) e o Senado, que segundo o autor citado era dominada pela aristocracia agrária romana, era vitalício e representava a autoridade dos “pais fundadores”. É no seio da República que se dá um importante passo à publicidade do Direito Romano, com a criação da Lei das XII tábuas, tida por conquista plebéia, pois levava ao conhecimento de todos

¹⁰ Idem, ibidem, p.44.

várias disposições legais que eram guardadas e interpretadas exclusivamente pelos patrícios e sacerdotes.

O sistema político romano, durante o Império, manteve-se na formulação mista observada na república, com a manutenção de magistraturas e assembléias. É bastante comum a dúplici divisão cronológica e política do Império Romano em “Principado” que durou desde Augusto (27. a.C) até Diocleciano (284. d.C.) e “Dominato”, que durou desde Diocleciano até o queda do império. Naquele, o absolutismo imperial era adequado às formas republicanas, enquanto que neste o poder tendia a ser notadamente centralizado.

Durante o Império a participação popular é notavelmente estendida com o Edito de Caracala, que confere cidadania a todos os habitantes do império romano.

Notável legado dos romanos ao direito foi a compilação do *Corpus Iuris Civilis*, por iniciativa do Imperador de Constantinopla, Justiniano. *José Carlos Moreira Alves* leciona que:

Pouco depois de assumir o poder, Justiniano, em 528 d.C., nomeou comissão de dez membros (...) para compilar as constituições imperiais vigentes. Em 529, estava a compilação pronta, e foi intitulada *Nouus Iustinianus Codex*¹¹

Em seguida à edição do código, com a conclusão das *Pandectas* - uma compilação de fragmentos de jurisconsultos clássicos, o *iura* - , das *Institutas* - organização de um manual escolar que servisse aos estudantes como introdução ao direito compendiado nas *Pandectas* - ,e das *Novelas* – reunião das constituições promulgadas, posteriormente por Justiniano, tem-se o

¹¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45.

que o romanista francês Dionísio Godofredo denominou *Corpus Iuris Ciuilis* (*Corpo do Direito Civil*), designação essa que hoje é universalmente adotada¹².

1.5 Idade Média

Por força da queda do império Romano, a Europa Ocidental restou fragmentada entre diversos povos. Seguindo mais uma vez o magistério do eminente professor *José Reinaldo de Lima Lopes*, temos que:

A certa altura, no final do século V e inícios do século VI, a situação pode ser sumariada da seguinte maneira: os francos, sob a liderança de Clóvis, os ostrogodos, sob a liderança de Teodorico, o Grande, e os visigodos, sob a liderança de Eurico e depois de Alarico, disputam o Ocidente. Os Francos controlam o norte do que hoje é a França, os ostrogodos controlam a Itália setentrional partir da Ravena, e os visigodos controlam o sul da França, ou Gália. Especialmente na Gália a divisão entre romanos e não romanos é forte. Teodorico governa a Itália com conselheiros romanos que mantém de modo geral. Neste mundo dividido, duas ordens de direito se estabelecem: o direito dos bárbaros e o direito romano vulgarizado, ou direito romano bárbaro.¹³

O Direito dos povos ditos bárbaros consiste na consolidação de costumes, em códigos gerais que tratavam de procedimento político e tarifas. No dizer de *Carlos Fernando Mathias De Souza* tem-se que:

De qualquer modo, pode-se falar nos direitos dos bárbaros e nos direitos na época feudal. E o plural se impõe, visto que o direito variava tanto entre os reinos bárbaros quanto de feudo para feudo. Em muito apertada síntese, recorde-se o que Walter, em obra editada em 1824, designou *Corpus Juris Germanici* (é claro, que não se constituía em um corpo de direito, até porque formado de modo automático, desprovido de plano e unidade). Em verdade, o “direito medieval”, quer no período franco, quer no conseqüente período feudal, foi condensado em coleções (ainda que algumas com

¹² Idem, *ibidem*, p.48.

¹³ LOPES, José Reinaldo Lima. *Op. cit.*, p.67.

importância apenas relativa), contendo o primitivo direito consuetudinário e leis escritas regulando as novas relações decorrentes do feudalismo.¹⁴

Exemplo proeminente deste tipo de codificação é a conhecida *Lex Salica*, que data do tempo de Clóvis, e trazia a positivação de normas políticas, como o acesso ao poder real através de sucessão por agnação, além de regras esparsas de direito civil.

O Direito Romano bárbaro consistia em manifestações do direito romano que foram mantidas pelos povos bárbaros. Teve fundamental importância por ter auxiliado à manutenção da ordem nas vastas regiões que formavam o Império Romano.

Com o surgimento da sociedade medieval feudal, em que a vida, a propriedade e o poder fundamentavam-se sobre a detenção de propriedade fundiária e os súditos reais eram classificados em segmentos estanques, definidos pelo nascimento, os grandes senhores feudais deviam obediência ao Rei, o senhor dos senhores. Aqueles, por sua vez detinham a propriedade da terra, a qual eram ligados seus vassallos, que lhes juravam fidelidade e obedeciam a um código consuetudinário que impunha diversas obrigações para com o *land lord*, o senhor da terra.

Nesse contexto é extremamente imperioso destacar a Magna Carta, datada de (1215), documento reputado o mais importante legado medieval ao movimento constitucionalista que viria aflorar com as Revoluções Liberais.

¹⁴ SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. O direito na Idade Média (I). **Correio Braziliense**. Brasília, 11 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www2.correioweb.com.br/cw/2000-12-11/mat_19809.htm>. Acesso em 28 de nov. 2006.

A Magna Carta limitava o poder monárquico Inglês, notadamente o do Rei João Sem Terra (*King John*), que o firmou, procurando evitar, dessa maneira, o exercício do poder absoluto, incondicional e irrestrito por parte dos governantes, no caso, os monarcas ingleses.

Tal documento nasceu da discórdia entre o Rei João Sem Terra, o Papa Inocêncio III e os nobres ingleses, que não chegavam a um consenso acerca das prerrogativas do soberano. Conforme os termos da Magna Carta, o Rei João Sem Terra deveria renunciar a alguns direitos e respeitar determinados procedimentos legais, reconhecendo estar a vontade do rei estaria sujeita à lei.

A descomunal influência da Magna Carta na cultura legislativa hodierna é facilmente perceptível; vez que foi ela que engendrou institutos jurídicos que hoje são tidos por direitos fundamentais nos estados civilizados, como, por exemplo, o *habeas corpus*, o tribunal do júri, a noção de legalidade penal e tributária e a cláusula do *due process of law*.

*Glauco Barreira Magalhães Filho*¹⁵ lembra-nos que O "*Instrument of Government*" inglês, contendo 42 artigos, promulgado em 16.dez.1633 por Cromwell, é considerado a primeira Constituição escrita do mundo em bases modernas, de caráter nacional e limitativo, tendo servido de padrão ao constitucionalismo americano

1.6 Idade Moderna

¹⁵ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. Belo Horizonte. Mandamentos, 2001, p. 188.

No panorama geral da Idade Moderna, há a consolidação dos estados nacionais sob o poder real, com a manutenção de instituições formadas na Idade Média, como as distinções oriundas do nascimento – fundamento da ordem estamental que ora vigorava - e as ordens e corporações de ofício.

Com o advento do Iluminismo, o regime absolutista vigente inclinou-se à modificação em algumas nações Européias - como Portugal, Espanha, os estados italianos, a Rússia, a Prússia e a Áustria – evoluindo a uma forma de governo influenciada pelos ideais progressistas e humanistas do mencionado movimento. Muito embora ainda houvesse expressiva força política nas mãos do soberano, esperava-se que este reinasse inspirado pelos novos valores emergentes.

Na Inglaterra, em que a idéia de legalidade e limitação dos poderes políticos já se encontrava bem mais desenvolvida do que no restante do orbe, o Parlamento cria um ato intitulado “*An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown*” - que em vernáculo, significa “ Um Ato que Declara os Direitos e Liberdades do Sujeito e Define a Sucessão da Coroa”¹⁶ – mais conhecido por “*Bil of Rights*”.

Este documento consagra direitos civis e políticos tidos por imutáveis, e inalienáveis aos cidadãos ingleses. Naturalmente, à efetivação desses direitos positivos correspondia a vedação de condutas da Coroa tida por abusivas. Como exemplos dos direitos protegidos e garantias estabelecidas pelo *Bill of Rights*, temos: direito de petição à Coroa; direito ao devido processo legal, mediante a proibição ao Poder Real de estabelecer seus próprios tribunais e atuar

¹⁶ Tradução nossa.

como juiz; direito a ser taxado somente por exações devidamente aprovadas pelo Parlamento Britânico, vedada a fixação de impostos pura e simplesmente por prerrogativa real; afastamento da possibilidade de manutenção de exército regular em tempos de paz sem o consenso parlamentar; o direito à propriedade de armas para a autodefesa, nos termos da lei; direito à eleição dos membros do Parlamento sem ingerência real; a liberdade de expressão parlamentar, cujo conteúdo não poderia ser questionado em qualquer juízo corpo político externo ao próprio Parlamento (o que lançou as bases do que hoje se conhece por imunidade parlamentar); o afastamento de penas desumanas e fianças excessivas, bem como de aplicação de multas sem o devido julgamento.

Note-se que muito da limitação à Monarquia Britânica derivou do aumento da força do Parlamento Inglês. O sistema representativo britânico, que lançava o norte a ser seguido para a organização do Poder Legislativo dos novos estados emergentes das revoluções liberais, a despeito de severas críticas que lhe foram feitas, cumpriu a função de apresentar óbice à sanha autoritária e arrecadatória da Coroa Britânica. Os ingleses, de um modo geral, se sentiam representados pelo Parlamento, e tinham a percepção que por ele poderiam influir no rumo do país; tanto é que *Hugh Brogan*¹⁷ assevera que os dissídios entre colonos que se instalaram no que hoje são os Estados Unidos da América e a metrópole britânica não se deram pura e simplesmente pela estipulação de impostos desta sobre aquelas, e sim pela afronta à regra da “*no taxation without representation*”, ou seja, a impossibilidade de imposição de tributos sem o concurso da vontade política daqueles que suportarão ônus das exações.

¹⁷ BROGAN, Hugh. *The Penguin History of the USA*. Londres. Penguin Books, 2001, p.125.

Como se pode inferir, a gradual mudança política e cultural em curso na Europa preparava o ânimo dos súditos dos impérios europeus – tanto os que habitavam as metrópoles, na Europa Ocidental, quanto os habitantes das colônias espalhadas pelo mundo, principalmente no continente americano - para o devir das grandes revoluções liberais.

Com efeito, no que concordamos com magistério de *José Reinaldo de Lima Lopes*¹⁸, “tanto a revolução Francesa quanto a Americana apropriam-se do jusnaturalismo nascido no século XVII e enriquecido pela filosofia das luzes dos enciclopedistas”.

A Revolução Americana, que precedeu à Francesa, desenrolou-se durante a segunda metade do século XVIII, culminando na criação dos Estados Unidos da América em 1776. Os americanos liberavam-se da Coroa Britânica, e consagraram como seus princípios de governo a democracia, inspirada por ideais republicanos, e o federalismo. Esses princípios foram corroborados na Constituição dos Estados Unidos da América, adotada no dia 17 de setembro de 1787, pela Convenção Constitucional na Filadélfia, e tornando-se efetiva no dia 4 de março de 1789¹⁹.

Constata-se de plano a adoção da teoria da tripartição de poderes na Carta Americana. Os primeiros três de seus sete artigos tratam, respectivamente, dos poderes Legislativo (note-se que este não figura em primeiro à toa, mas devido à forte representação popular que encerra),

¹⁸ LOPES, José Reinaldo Lima. Op. cit., p. 205.

¹⁹ BROGAN, Hugh. Op. cit, p. 186 e seguintes.

Executivo e Judiciário. Os demais artigos discorrem dos poderes dos entes federativos, o processo de emenda constitucional e a ratificação da Constituição.

Tal delimitação e positivação estrita das funções políticas da União e dos Estados Americanos, e, dos limites a serem obedecidos pelos mencionados entes no trato recíproco viriam a impedir que o poder central (já limitado pelo mecanismo dos *checks and ballances*) interferisse na autonomia executiva legislativa e judicial dos estados federados; inaugurando um sistema federalista com repartição de autonomia nunca dantes vislumbrada.

No que concerne à limitação do poder político ante a esfera privada, reclamada pelos críticos da Constituição, que a consideravam omissa nesse aspecto, foram editadas as dez primeiras emendas constitucionais americanas, que viriam a ser conhecidas por *Bill of Rights*. São muitos os direitos e limitações ao Estado garantias por essa complilação de emendas, dentre os quais se pode destacar: o direito à liberdade de expressão e de imprensa; o direito à livre associação e reunião; o direito de petição aos poderes públicos; o direito à liberdade religiosa; impedindo o a fixação estatal de credo comum e obrigatório; o direito à propriedade e porte de armas; a proibição ao governo de uso de propriedade particular como quartéis militares sem o consenso do proprietário; proibição da tomada ou restrição da propriedade sem o devido mandado judicial; vedação de julgamentos repetidos de um indivíduo pelo mesmo crime (exceto restritíssimas hipóteses); vedação de punição sem o devido processo legal; direito do réu a não ser forçado a produzir prova ou testemunho que o incrimine; vedação à desapropriação despida de compensação justa; instituição do tribunal do júri para julgamento de crimes e questões cíveis que ultrapassassem certo teto legal; vedação de penas cruéis ou desumanas e de multas ou

fianças excessivas; a declaração do caráter meramente exemplificativo dos direitos concedidos no *Bill of Rights*.

A Revolução francesa, que marcou a queda do antigo regime, substituindo a monarquia absolutista pela república. Nas palavras de *Canotilho*,

A Revolução Francesa procurava edificar uma nova ordem sobre os direitos naturais dos indivíduos – eis o primeiro momento individualista – e não com base em posições subjectivas dos indivíduos enquanto membros integradores de uma qualquer *ordem jurídica estamental*. Os direitos do homem eram individuais: todos os homens nasciam livres e iguais em direitos e não “naturalmente desiguais” por integração, segundo a “ordem natural das coisas”, num dado estamento. A defesa dos direitos, para além da defesa da *liberty and property* perante o poder político, era também um gesto de revolta contra os *privilégios* do “senhor juiz”, do “senhor meirinho”, do “senhor almoxarife”, do “senhor lorde”. A expressão póstuma – *ancien regime* – mostra claramente isto: a “ruptura” com o “antigo regime” e a criação de um “novo regime” significa uma nova ordem social e não apenas uma adaptação político-social ou um ajustamento prudencial da história.²⁰

Nesse contexto, fez-se imperiosa uma codificação para adaptar o sistema legal francês à nova conformação política trazida pela revolução. Fazia-se mister o implemento de um regime jurídico que abolisse os privilégios feudais outrora vigentes. Houve, por conseguinte, a edição do Código Civil Francês, que passou a vigor no dia 21 de março de 1804.

O Código Civil Francês, como se afirmou aqui, prestou valioso tributo ao princípio da legalidade e ao império da lei, firmando que as leis só poderiam ser aplicadas se houvessem sido devidamente promulgadas e publicadas, estabelecendo a *vacatio legis* em certos casos, e proibindo a existência de leis secretas ou leis que se aplicassem a eventos ocorridos anteriormente à sua vigência, proibindo ainda os juizes de declinar a tutela jurisdicional alegando

²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 53.

lacunas na lei, o que no direito brasileiro celebrizou-se pelo princípio processual da “inafastabilidade da tutela jurisdicional”. O código regulava ainda o direito de família e o direito de propriedade, baseando-se numa mescla entre os costumes existentes na França à época da edição do código (logicamente, trata-se aqui daqueles costumes que fossem compatíveis com os princípios delineados pela revolução) e o Direito Romano Clássico.

1.7 Idade Contemporânea

O Constitucionalismo moderno abrigou diversos ciclos constitucionais, que mantinham umbilical correspondência às condições político-econômicas experimentadas nas nações que os adotaram. Esse leque estende-se desde as constituições autoritárias adotadas durante as experiências nazi-fascistas, que previam poderes e permissivos exagerados aos governantes, às constituições de cunho social-democráticas, que adotam a disciplina dos direitos e garantias individuais, além da previsão e garantia aos direitos sociais, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Explica *Leandro do Amaral D. de Dorneles* que as constituições modernas primam pela racionalização do Estado e pela despersonalização do poder político, tendo por traços característicos

- a) uma Constituição normalmente escrita, de forma a ser certa, definitiva e acessível, de modo que todos possam exercer seus direitos e sua dignidade humana; (11)
- b) uma Constituição rígida, protegida contra as arbitrariedades do poder, ou seja, cujos procedimentos de reforma sejam especiais e dificultados;
- c) uma parte da Constituição dedicada a transcrição de direitos fundamentais básicos de qualquer cidadão contra o arbítrio do Estado;

d) uma parte da Constituição destinada à organização racional do poder, tendo como princípio fundamental a divisão de poderes ou de funções, de modo a limitar a atuação do poder do Estado.²¹

O articulista cita, ainda brilhante e esclarecedora lição do douto *Canotilho*, ressaltando que:

fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII.²²

E arremata asseverando

Em síntese, podemos dizer que o constitucionalismo moderno caracteriza-se pela existência de uma Constituição jurídica, pela universalização dos direitos e liberdades, com suas respectivas garantias, e pelo aperfeiçoamento de técnicas que limitam o poder político. No plano histórico, a primeira Constituição de acordo com esta doutrina foi a inglesa, mas esta surgiu a partir de um largo processo histórico, carecendo de documento articulado e codificado. Como criação consciente e deliberada, refletida em um documento escrito, a primeira realização institucionalizada do constitucionalismo decorreu das constituições das colônias norte-americanas, seguida da experiência francesa.²³

É no diapasão do Constitucionalismo moderno, em que floresceu a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que faremos a análise da ligação íntima entre o

²¹ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. O constitucionalismo: da visão moderna à perspectiva pós-moderna. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=86>>. Acesso em 28 de nov. 2006.

²² CANOTILHO, J.J. Gomes, *apud* DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Op. cit.

²³ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Op. cit.

Princípio da Legalidade e a manutenção do Estado Democrático de Direito, com especial ênfase no direito pátrio.

2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA MANIFESTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.

2.1 Adaptação do Princípio da Legalidade aos diversos ramos do Direito

O Princípio da Legalidade, oriundo do Direito Constitucional, foi adaptado doutrinariamente a diversos ramos do direito – notadamente o direito público - a fim de informar os diversos ramos do direito em conformidade com a Carta Maior.

O Império da Lei é a principal característica apresentada pelo Estado de Direito, evidenciando o ideal da subtração do poder absoluto do soberano e de seus prepostos, na medida em que impele o Estado a observar critérios previamente estabelecidos, vedando a atuação arbitrária daqueles que detêm poder.

Os exemplos notórios de adaptação doutrinária ao Princípio da Legalidade encontram-se no Direito Administrativo, no Direito Tributário e no Direito Penal, senão vejamos:

No Direito Administrativo, o Princípio da Legalidade tem um caráter altamente relevante, e é norte da interpretação de todo o direito administrativo. Na irretocável lição do mestre *Hely Lopes Meirelles*:

A legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda sua em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contém verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercer os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador, sem ofensa ao bem-comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa.

O *princípio da legalidade*, que até bem pouco só era sustentado pela doutrina, passou agora a ser imposição legal entre nós, pela lei reguladora da *ação popular* que considera nulos os atos lesivos ao patrimônio público quando eivados de “ilegalidade do objeto”, que a mesma norma assim conceitua: “A ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo” (Lei 4.717/65, art. 2º, c e parágrafo único, c), agora também é princípio constitucional (art. 37 da CF de 1988).

Além de atender à legalidade, o ato do administrador público deve conformar-se com a *moralidade e a finalidade* administrativas para dar plena legitimidade à sua atuação. Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativas, no sentido de que, tanto atende às exigências da lei, como se conforma com os preceitos da instituição pública.

Cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do direito e da moral, pra que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais. Desses princípios é que o direito público extraiu e sistematizou a teoria da moralidade administrativa.²⁴

Como se percebe, a lei administrativa deve definir pormenorizadamente o limite e o conteúdo do poder e da função de seus prepostos, para que estes não se aproveitem da posição e do dinheiro público para atuar conforme sua própria vontade pessoal.

É sabido, por outro lado, que os agentes da administração dispõe, em determinadas ocasiões, de poder discricionário, concedido por lei à administração, mediante o qual os atos administrativos especificamente dotados do atributo da discricionariedade podem ser realizados conforme os juízos de conveniência e oportunidade do administrador, uma vez que nunca se

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18.ed. São Paulo, RT, 1993, p.82 e 83.

poderia esperar que a lei definisse todos os atos exigidos pela prática administrativa. Contudo, tal margem de liberdade de ação não se confunde com arbitrariedade nem serve como expediente à realização de ilícitos camuflados com uma aparência de legalidade, devendo haver uma ligação evidente entre a atividade discricionária e a contemplação dos princípios administrativos da moralidade e da eficiência.

Como se vê, a legalidade se presta, aqui, a defender a coletividade da ação abusiva de quem se encontra investido de poder administrativo, e do gasto indevido do erário em operações de favorecimento ilícito de particulares.

Na seara penal, o Princípio da Legalidade, esculpido no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, ganha contornos mais específicos, na medida em que se observa que, de fato, o dispositivo régio de salvaguarda legalidade penal é o inciso XXXIX do mesmo artigo da Constituição Federal. Ele estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal”²⁵ – o mesmo teor trazido pelo Artigo 1º do Código Penal Brasileiro - no que ficou celebrizado como “Princípio da Reserva Legal”, ou, ainda, “Princípio da anterioridade da Lei Penal”.

Em prisma ainda mais pivotal do que observado em relação ao Direito Administrativo, o Princípio da Legalidade no Direito Penal atua, igualmente, como garantia de liberdade individual contra o Estado, garantido ao cidadão que ele não poderá sofrer penas não cominadas

²⁵ BRASIL, Constituição Federal de 1988. 24.ª ed. São Paulo. Editora Atlas, 2005.

por Lei, tampouco responder por crimes anteriormente definidos em Lei. *Júlio Fabbrini Mirabete*, ao discorrer sobre o tema, em comentário ao Artigo 1º do Código Penal, pondera que:

O artigo define o *princípio da legalidade*, a mais importante conquista de índole política, norma básica do Direito Penal moderno, inscrito como garantia constitucional no artigo 5º XXXIX da Carta Magna (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal). O princípio *nullum crimen , nulla poena sine praevia lege* assegura que não pode ser considerado crime o fato que não estiver previsto na lei e que não pode ser aplicada sanção penal que não aquela cominada abstratamente nesta regra jurídica. Ainda que o fato seja imoral, anti-social, ou danoso, não há a possibilidade de se imputar ao autor a prática de um crime ou aplicar-lhe uma sanção penal pela conduta praticada.²⁶

Os regimes autoritários nunca se conformaram com a vigência plena dessa garantia individual. Seu natural despreço à democracia não poderia abrir concessões a uma regra que atasse as mãos do todo-poderoso Estado, que deveria subjugar os cidadãos sob todos os aspectos, e utilizar seus aparatos para coibir protestos e contestações ao governo, classificando-os como crimes quando bem lhes aprouvesse. O Nacional Socialismo Alemão, bem como o Socialismo Soviético, por exemplo, adotavam a analogia como forma idônea à criação de tipos legais.

O Princípio da Legalidade no contexto tributário presta-se a garantir ao contribuinte que nenhum tributo será instituído ou majorado a não ser através de Lei. *Hugo de Brito Machado* teoriza brilhantemente sobre o tema , vendo a lei como manifestação legítima da vontade popular, representada pelos parlamentares, donde se extrai a ilação de que tributo instituído em lei corresponde a tributo consentido e corroborado pelo povo, que permite que o Estado devasse seu patrimônio para dele retirar subsídios necessários à satisfação de necessidades coletivas. Conclui que:

²⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 4ª ed. São Paulo : Atlas 2003, p. 97.

Mesmo não sendo a lei, em certos casos, uma expressão do consentimento popular, presta-se o princípio da legalidade para garantir a segurança nas relações do particular (contribuinte) com o Estado (Fisco), as quais devem ser inteiramente disciplinadas, em lei, que obriga tanto o sujeito passivo como o sujeito ativo da relação obrigacional tributária.²⁷

2.2 O Princípio Constitucional da Legalidade e sua essencialidade ao Estado Democrático de Direito.

No contexto constitucional, claramente mais amplo, pode-se afirmar que o Princípio da Legalidade estabelece duas vias de conduta claramente distintas: a ampla liberdade do indivíduo no trato civil e privado, excetuada somente por determinações claras e inequívocas da lei; e a vinculação, tanto quanto possível, dos titulares de funções públicas – mormente aquelas que encerram poder político em si – ao que a Lei determinar, de forma que tal investidura nos quadros públicos e políticos não sirva de ferramenta ao favorecimento individual e a práticas odiosas.

A atuação do princípio da legalidade como limite negativo ao poder político é essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito e a segurança jurídica. É o que assegura que o Estado não lançará mão de medidas restritivas de direitos como a liberdade e a propriedade sem permissivo legal (pois, como vimos, o Estado, ao contrário do indivíduo, deve atuar estritamente conforme ditames legais positivos), ou promulgará lei posterior desconforme aos princípios constitucionais protetores dos direitos individuais ou sociais. No dizer de *Luis Roberto Barroso*, o “Estado de Direito, desde suas origens históricas, evolve associado ao

²⁷ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 14. ed. rev. amp. São Paulo. Malheiros. 1998, p. 30

princípio da legalidade, ao primado da lei, idealmente concebida como ‘expressão da vontade geral institucionalizada’²⁸..

Ainda no que se refere à essencialidade da segurança jurídica -intrínseca ao Princípio da Legalidade – ao Estado Democrático de Direito, discorre *Alexandre Rezende da Silva*:

Com a atividade estatal limitada aos mandames legais e com o aumento crescente, absurdo até, da interferência do Estado na sociedade civil, a previsibilidade de suas atitudes são da maior importância. Se não o cidadão não tiver um mínimo de desta previsibilidade relativamente ao Estado, estará vivendo uma situação absurda, em que um gigante pode invadir seu quintal a qualquer momento com a força de um elefante e a astúcia de uma raposa, vale dizer, viverá uma situação de angústia (...). Tal princípio é a máxima garantia do indivíduo frente ao poder, por isso mesmo respeitá-lo é respeitar a todos.²⁹

E continua seu raciocínio citando Norberto *Bobbio*:

O governo das leis celebra hoje o próprio triunfo na democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente por não ter dúvidas, posso concluir tranqüilamente que a democracia é o governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos.³⁰

²⁸ BARROSO, Luís Roberto *apud* SILVA, Alexandre Rezende da. **Princípio da legalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3816>>. Acesso em: 06 dez. 2007.

²⁹ SILVA, Alexandre Ferreira da. Op. cit.

³⁰ BOBBIO, Norberto *apud* Silva, Alexandre Ferreira da. Op. cit.

O maior ponto de apoio do indivíduo nesse aspecto repousa na Constituição, a Lei Maior, que não à toa também recebe o epíteto de Carta Política, vez que delinea a estrutura dos poderes estatais – segmentando-os, com o fito de assegurar-lhes autonomia funcional e administrativa, indispensável ao funcionamento independente de suas atribuições - e define em linhas gerais as relações de poder entre o Estado e os cidadãos, reconhecendo aquele como entidade mais poderosa e impondo-lhe restrições (garantias sob o ângulo dos cidadãos) no trato com estes. Além disso é ela quem define os princípios que nortearão a criação de legislação infraconstitucional. Acrescente-se que, para que a Constituição goze desse poder de proteção social, ela há de ser oriunda de formulação democrática.

Valoroso acréscimo concede a este trabalho o ensinamento do eminente Professor *Glauco Barreira Magalhães Filho*³¹, que leciona que as garantias constitucionais englobam as garantias institucionais (garantias de Direito Público para a proteção de direitos decorrentes de princípios de organização e de ação social econômica ou política: imprensa livre, ação popular, autonomia universitária e outros) e as garantias fundamentais (garantias de direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração). A Constituição prevê ainda a garantia de institutos, da órbita de Direito Privado, para a proteção da família, do casamento, do direito sucessório e outros.

No Estado Democrático de Direito, em que vigora o Império da Lei, esta, por sua inegável importância e força, deve haurir sua legitimidade junto ao povo e aos princípios constitucionalmente estampados, mediante o sistema de representação política, através do qual as casas legislativas devem representar politicamente tanto quanto possível o quadro de preferências

³¹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Op. cit, p. 203.

e tendências políticas verificadas na sociedade. O Processo Legislativo, portanto, deve estar sujeito à ingerência da atuação política dessas várias tendências, que devem ou transigir e entrar em consenso por um meio termo, e ver seus projetos legais serem aprovados ou negados, obedecendo à força política de que dispõem e ao império da Lei Maior.

A força política de que aqui se fala despe-se de certa conotação negativa que esta expressão possa trazer em seu bojo. Força política, na acepção aqui tratada, designa a maior ou menor representatividade de tendência ou partido político junto a sociedade, o que logicamente deve influenciar sobremaneira na quantidade de cargos legislativos a ele conferidos.

A afirmação da vontade popular mediante Processo Legislativo democrático levado a cabo por representantes eleitos por sufrágio universal e livre, com a excepcional atuação de institutos de democracia direta e respeitando-se a Constituição é a única forma praticável de expressão fiel da mencionada vontade compatível com o Estado Democrático de Direito. Isto porque vemos o Poder Legislativo, quando democraticamente constituído, como o poder que real e efetivamente representa os diversos matizes políticos dispersos na sociedade, sendo mais resistente a veleidades populares do que o Poder Executivo, que encerra considerável acúmulo de poder na figura de um governante e na burocracia executiva por ele alçada ao poder.

De pouco ou nada vale o sistema de legalidade estabelecido em regimes de exceção, levado a cabo por grupos (por vezes, até por indivíduos) que impõe seu particular padrão de controle social, hipertrofiando as próprias prerrogativas em evidente detrimento à vida social daqueles que foram marginalizados do processo político. Como lembra *José Afonso da Silva*:

O Princípio da Legalidade, no Estado Democrático de Direito, funda-se no princípio da legitimidade, senão o Estado não é tal. Os regimes ditatoriais também atuam mediante leis.³²

Cabe aqui transcrever valoroso ensinamento de *J.J Canotilho*, ao tratar da aparente contradição entre o princípio da legalidade e a vontade popular, indagando-se se haveria contradição entre o Estado de Direito e a Democracia: “haverá dois corações políticos?”

O Estado de Direito cumpria e cumpre bem as exigências que o constitucionalismo salientou relativamente à limitação do poder político. O Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma *constituição* limitadora do poder através do império do direito. As idéias do ‘governo de leis e não de homens’, de ‘Estado submetido ao direito’, de ‘constituição como vinculação jurídica do poder’ foram, como vimos, tendencialmente realizadas por institutos como os de *rule of law*, *due process of law*, *Rechtsstaat*, *principe de la légalité*. No entanto, alguma coisa faltava Estado de Direito Constitucional – a *legitimação democrática do poder*. Acontece que até a conciliação entre Estado de Direito e Democracia merece sérias reticências a muitos autores e suscita verdadeiras perplexidades. Assim, por exemplo, nos quadrantes culturais norte-americanos é conhecido o cisma entre os constitucionalistas (“*constitutionalists*”) e os “democratas” (“*democrats*”) para significar a opção preferencial a favor do Estado juridicamente constituído, limitado e regido por leis (“constitucionalistas”), ou o Estado constitucional dinamizado pela maioria democrática (“democratas”). Na Alemanha são inúmeras as controvérsias sobre as antinomias entre *Demokratie* e *Rechtsstaat*. Na França, Benjamin Constant celebrou a distinção entre “liberdade dos antigos”, amiga da participação na cidade, e “liberdade dos modernos” assente na distanciação perante o poder

O que significam, no fundo, estas persistentes angústias perante a simbiose de Estado de direitos e Estado democrático no Estado Constitucional?

Respondem alguns que Estado de Direito e democracia correspondem a dois modos de ver a liberdade. No Estado de direito concebe-se a liberdade como *liberdade negativa*, ou seja, uma “liberdade de defesa” ou de “distanciação” perante o Estado. É uma *liberdade liberal* que “curva” o poder. Ao Estado Democrático estaria inerente *liberdade positiva*, isto é, a liberdade assente no exercício democrático do poder. É a *liberdade democrática* que legitima o poder. A lógica escondida nessas duas liberdades leva mesmo os autores a falar de “*two profoundly divergent and irreconcilable attitude to the ends of life*” (Isaiah Berlin) ou da propensão para um “*dualism of American Mind*”, isto é, a propensão “*to divide their political hearts between the will of the people and the rule of law*” (Robert McCloskey). O coração do povo balança, portanto, entre a vontade do povo e a *rule of law*.³³

³² SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 23 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2004, p. 423.

³³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 94 e 95.

Há de se salientar que, a nosso ver, democracia e legalidade são conceitos intrinsecamente ligados, não podendo aquela subsistir sem essa, absolutamente; e que - ainda no esteio da terminologia do texto acima citado – Estado de Direito e Democracia são noções complementares, e não conflitantes.

O entendimento ora perfilhado baseia-se na percepção de que a liberdade geral só pode ser mantida mediante o estabelecimento de regras de convivência social e administração estatal pré-estabelecidas e gerais, que visem à melhor forma de proporcionar o bem social (conceito de conteúdo indefinido, princípio de atuação legislativa, a ser pormenorizado na produção legislativa, conforme os ditames das instituições democráticas, manifestando, desta forma, a vontade popular), e não o favorecimento específico de particulares (e daí emerge a importância da universalidade das leis), contemplando, desta forma, o Princípio da Igualdade perante a Lei e assegurando a segurança jurídica, fundamental ao planejamento dos indivíduos. A Constituição Brasileira, neste esteio, estampa no inciso II de seu artigo 5º que "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*"³⁴. A liberdade, destarte, só pode ser limitada por força de Lei, e define-se negativamente, sendo lícito ao indivíduo pautar sua conduta de qualquer maneira não defesa em Lei.

Em verdade, a legalidade deve ser vista como condicionamento legítimo à expressão da vontade popular, e não como uma contradição a esta, eis que o povo, assim como os governantes o são, é súdito das leis, especialmente da Lei Maior, que fornece os Princípios a que todo o Ordenamento Jurídico deve servir. Caso alguma lei nova seja ofensiva às previsões

³⁴ BRASIL.Op. cit.

constitucionais, deve ser fulminada antes mesmo de sua vigência, no seio do próprio processo legislativo; caso alguma lei venha a macular os princípios constitucionais, deve ser declarada como tal, tendo sua aplicação suspensa. Dessa forma, não se estabelece um fetichismo legal, com a insustentável manutenção de normas que perderam seus fundamentos éticos e sociais, e facultase a alteração ou supressão de leis e até de certos dispositivos constitucionais, em nome dos princípios e garantias dispostos na própria Constituição, na evolução social, e logicamente, dos valores estampados no Direito Natural.

A crença generalizada numa contradição inconciliável entre o Estado Democrático de Direito – com sistema de legalidade e liberdade individual que este encerra - e a chamada vontade popular, não raro açula movimentos e facções políticas que se arvoram em defensores do povo e de sua vontade, passando a tratar a lei estabelecida e as instituições democráticas e republicanas como meros empecilhos ou formalidades menores a seus desígnios políticos inenarráveis, enquanto caem na graça do povo, apresentando-se como seu salvador.

Os membros de um partido político imbuído de princípios autoritários que galgam um considerável grau de respaldo popular e, conseqüentemente, lançam-se por meios lícitos e pelo sufrágio popular a altos cargos de um Estado, passam, não raro, a considerarem-se privilegiados, excluídos do âmbito de incidência de legislação que impeça a realização de seus propósitos políticos. Esse é o primeiro passo para a instauração de regimes totalitários.

O desrespeito e inobservância manifestos da legislação e princípios constitucionais vigentes acarreta sérias conseqüências malignas, das quais reputamos a supra aludida como a mais danosa à convivência social. No capítulo que segue, explicar-se-á mais detidamente os

males acarretados pelo vilipêndio da ordem legal, ilustrando-os com exemplos práticos comentados.

3 – OS MALEFÍCIOS TRAZIDOS PELA SUPRESSÃO DA LEGALIDADE INSTITUÍDA, VISANDO O VILIPÊNDIO DAS INSTITUIÇÕES REPUBLICANAS E DEMOCRÁTICAS.

A atuação contumaz e a popularização exacerbada dos aludidos grupos sociais ou políticos, que enxergam a constituição democrática e a correspondente tradição legal de determinado Estado como óbice a seus projetos políticos, ao mesmo tempo em que se negam a reformá-las através de processo legislativo regular (porque, muitas vezes, tais reformas seriam impossíveis por meios democráticos, dadas as metas extremas a serem buscadas), em que há, como explicitado, a participação dos diversos setores da sociedade mediante a atuação do sistema representativo, são o fator determinante para o suplante da democracia.

O exemplo mais vistoso e violento da hipótese aventada foi a tomada do poder, na Alemanha, pelo Nacional Socialismo, precedida da formulação de uma mentalidade que deitasse as bases para a tomada do poder. *Friedrich August Von Hayek*, dá-nos um exemplo desse tipo de mentalidade, ao citar excertos de livro de pensador e ativista do Nacional Socialismo Alemão, *Paul Lensch*:

"This class of people, who unconsciously reason from English standards, comprises the whole educated German bourgeoisie. Their political notions of 'freedom' and 'civic right,' of constitutionalism and parliamentarianism, are derived from that individualistic conception of the world, of which English Liberalism is a classical embodiment, and which was adopted, by the spokesmen of the German bourgeoisie in the fifties, sixties, and seventies of the nineteenth century. But these standards are old-fashioned and shattered, just as old fashioned English Liberalism has been shattered by this war. What has to be done now is to get rid of these inherited political ideas and to assist the growth of a new conception of State and Society. In this sphere also Socialism must present a conscious and determined opposition to individualism. In this connection it is an astonishing fact that, in the so-called 'reactionary' Germany, the

working classes have won for themselves a much more solid and powerful position in the life of the state than is the case either in England or in France.”³⁵

Em vernáculo:

“Essa classe de pessoas, que inconscientemente raciocinam por padrões ingleses, compreende a integralidade da burguesia alemã. Suas noções políticas de ‘liberdade’ e ‘direitos civis’, de constitucionalismo e parlamentarismo, são derivadas da concepção individualista do mundo, da qual o Liberalismo Inglês é um clássica representação, e que foi adotada pelos porta-vozes da burguesia germana nos anos cinquenta, sessenta e setenta do século XIX. Contudo, esses padrões estão obsoletos e fragmentados, assim como o Liberalismo Inglês foi fragmentado por esta guerra. O que tem de ser feito agora é esquecer essas idéias políticas e assistir o crescimento de uma nova concepção de Estado e Sociedade. Nessa esfera também deve o Socialismo apresentar uma consciente e determinada oposição ao individualismo. Nesse raciocínio repousa o impressionante fato de que, na chamada Alemanha ‘reacionária’, as classes trabalhadoras ganharam para si uma posição bem mais sólida e poderosa na vida estatal do que ocorre na Inglaterra ou França.”³⁶

Conforme a idéia política estampada no texto acima, que reflete um pouco da ideologia do Nacional Socialismo Alemão, as noções de constitucionalismo, liberdade individual, representação política e direitos civis, fariam parte de uma concepção individualista do mundo, já superada em nome de uma nova ordem que virá a reformular o Estado e a Sociedade, em nome da engenharia social maquinada pelo Partido Nazista com vistas a assegurar a Glória do Povo Alemão, vedadas as críticas de correntes opostas.

O triunfo do Partido Nazista Alemão, haurido como vantagem direta da aceitação de seus padrões políticos, valeu-se, ainda de um gradual processo de conversão ao totalitarismo, conhecido por *Gleichschaltung* (‘sincronização’, em tradução literal), tendente à destruição do individualismo e à instauração de um estado policial, mediante reformas legais, constitucionais e

³⁵ LENSCH, Paul *apud* HAYEK, Friedrich August Von, *The Road to Serfdom*. 50ª edição. Chicago: Chicago University Press. 2004, p.193.

³⁶ Tradução nossa.

sociais, como o decreto datado de 27 de fevereiro de 1933, chamado de *Reichstagsbrandverordnung*, (Decreto do Reichstag em chamas), que suspendeu a maioria dos direitos humanos estampados pela Constituição da República de Weimar, de 1919, e permitiu a prisão de adversários políticos do Partido Nazista e a instituição de milícias paramilitares como a *Sturmabteilung – SA* - (tropas da tempestade). O “Decreto do Reichstag em chamas” é reputado como um dos eventos-chave ao estabelecimento do monopartidarismo na Alemanha.

Após o *Reichstagsbrandverordnung*, a Alemanha assistiu, ainda, à decretação do *Ermächtigungsgesetz*, (ato de habilitação), o segundo passo dado rumo ao totalitarismo, pelo qual o parlamento Alemão transferiu todos os poderes legislativos ao Chanceler Adolf Hitler, que poderia legislar sem o concurso do Reichstag. Estava completamente revogada a Constituição de Weimar.

Adolf Hitler tinha o maciço apoio da população alemã, e seus poderes extraordinários, conforme se acabou de constatar, foram-lhe conferidos por ato legislativo; contudo, estavam em irreconciliável contradição com a Constituição de Weimar, pois nenhuma carta política que seja tida por democrática coexistiria com tão considerável acúmulo de poderes e funções estatais, o que atenta evidentemente aos direitos individuais, sociais e mesmo ao direito natural. A falta de legitimidade da delegação de poderes exposta é evidente.

O solapamento do poder político e sua conseqüente concentração nas mãos de um ditador ou de uma junta de governo, que se processa com a aparência de meras reformas institucionais em que o Poder Constituinte Reformador deturpa o sentido democrático e republicano dado a uma constituição pelo Poder Constituinte originário - ou ainda pior, quando se

tenta legitimizar golpes à institucionalidade e à ordem posta mediante a manipulação da opinião pública combinada com a utilização incosequente e inaceitável de institutos de democracia direta para subverter a ordem democrática, reformular radicalmente a estrutura estatal e eliminar os freios e contrapesos necessários à manutenção de um governo equilibrado e respeitador das liberdades individuais e coletivas- é uma ofensa tanto aos princípios que norteiam o Direito Constitucional Moderno quanto aos imperativos do direito natural, mormente o da liberdade individual, que não pode coexistir com uma conjuntura política em que um grupo restrito dispõe da força aparato estatal como instrumento para impor seus projetos políticos particulares.

O jornalista REINALDO AZEVEDO, ao tratar do embate entre uma pretensa vontade popular e as instituições democráticas, indaga-se retoricamente se aquela não deveria, por força, suplantar a esta, no que conclui:

E o "meu" povo? Ele é a fonte legitimadora das instituições democráticas e, portanto, tem de ser protegido de si mesmo se atentar contra os códigos que guardam seus direitos (...). Esse é, aliás, o aparente paradoxo das sociedades modernas, em que vigora o estado de direito: a cultura da reclamação, da permanente mobilização, da constante reivindicação de direitos resulta em grupos de pressão que querem impor a sua agenda, ainda que o preço seja o fim da universalidade das leis.³⁷

O Império da Lei, conforme asseverado neste trabalho científico e corroborado pelo jornalista supra-aludido, é condicionamento legítimo à expressão da vontade popular, pois nele está pressuposta a utilização de técnica processual legislativa que permite a ampla discussão de medidas a serem tomadas ou leis a serem impostas, submetendo-as à detida apreciação e votação por representantes do povo, que devem observar as garantias estampadas na Carta Magna. Tal

³⁷ AZEVEDO, Reinaldo. Urna não é tribunal. Não absolve ninguém. **Revista Veja**, Edição 1972 . 6 de setembro de 2006.

procedimento de legislação e reforma estrutural, por sua própria natureza, é propício à discussão ponderada e repetida apreciação da conveniência da medida a ser tomada; caminho diverso do falacioso argumento de que um governo plebiscitário, no qual há a constante mudança das regras do jogo, a manipulação de massas azeitada pelo assistencialismo oficial, e a legitimação de abusos e concentração de poder, novamente em nome da “vontade popular”, representaria a verdadeira democracia.

Exemplo e atual de tal conformação encontra-se na Venezuela. Hugo Chávez, segundo informação da Revista VEJA:

Nos últimos seis anos, desde que foi eleito, Chávez usou o cargo para iniciar a construção em seu país de uma versão extemporânea do regime totalitário que existe em Cuba. O coronel ainda não atingiu a sofisticação que garante a sobrevivência de Fidel Castro, este sim um esquerdista autêntico, um fóssil da Guerra Fria que sobrevive em sua ilha particular como um capataz magnânimo mas repressor. Chávez, porém, já atingiu o patamar de comandante de um regime tipicamente autoritário, que compromete as liberdades essenciais. Curiosamente – mas não surpreendentemente – a operação desmonte da democracia venezuelana foi feita pelo que se acredita ser um dos meios mais democráticos de representação – os plebiscitos. Foram sete consultas populares em seis anos. Essa democracia direta passou por cima das instituições e permitiu ao chavismo reescrever a Constituição e demolir os outros poderes da República. Depois de uma longa queda-de-braço com a oposição, o presidente venezuelano venceu o plebiscito do ano passado que pretendia encurtar seu mandato. Com a vitória, Chávez encheu-se de força moral e partiu para a ofensiva para neutralizar qualquer desafio a sua autoridade.³⁸

O povo, em uma democracia, não deve ter o poder de subverter a ordem estatal mediante a utilização de institutos de democracia direta, que devem ser utilizados pontualmente, e, saliente-se, devem ser previstos e determinados mediante legislação especial, em assuntos em que esse tipo de consulta popular seja recomendável. De outra forma, as decisões políticas obtidas através da consulta direta ao próprio povo podem ser objeto de influência dos *agenda-setters*,

³⁸ SCHELP, Diogo. O clone do totalitarismo. **Revista Veja**. Edição 1903 de 4 de maio de 2005.

para utilizar-se a nomenclatura empregada por *Canotilho*³⁹. Isto é o que está ocorrendo na Venezuela, onde a adesão à idéia do salvacionismo político abriu caminho à ascensão de Hugo Chávez, que, mediante a realização de diversos plebiscitos, tenta conferir uma aparência de legitimidade a seu projeto autoritário, alegando que o povo chancela os ataques por ele perpetrados à ordem constitucional. Utilizando-se de tal sorte de artifícios, o citado governante está descaracterizando o Estado Democrático de Direito que vigia na Venezuela. Na visão de Adrián Gurza Lavalle, tal descaracterização já se completou, pelos seguintes razões:

- A autonomia de poderes, princípio básico da democracia, foi suprimida. Chávez ampliou o número de juízes da Suprema Corte, de vinte para 32, e preencheu os novos cargos com aliados políticos. Juízes de instâncias inferiores podem perder o emprego caso assinem sentenças desfavoráveis ao governo.
- Numa democracia, se a oposição perde as eleições, ela continua a participar do jogo político. Na Venezuela a oposição está sendo amordaçada. Um novo Código Penal, que acaba de entrar em vigor, torna ilegal qualquer forma de crítica ao governo. No momento, 248 pessoas, entre jornalistas, sindicalistas, dirigentes políticos, professores universitários e militares, já estão sendo processadas por esse motivo.
- A lei da mordaza obriga a imprensa a adotar a autocensura. Comentários ou notícias podem ser interpretados como uma tentativa de desestabilizar o governo e dar origem a um processo. Outra legislação restringe os horários em que o rádio e a televisão podem transmitir noticiários.
- As regras do jogo político e institucional mudam constantemente, uma vez que Chávez se investiu de poderes extraordinários nos sete plebiscitos que convocou e venceu.
- Não há mais respeito pelas normas que regem o direito à propriedade privada. O governo começou seu projeto de reforma agrária desapropriando uma fazenda que abriga o maior rebanho de corte do país.⁴⁰

Chegou-se ao cúmulo da revogação da presunção de inocência no novo código penal venezuelano. O conceito de que qualquer pessoa é inocente até prova em contrário, criado na Revolução Francesa, é uma das bases do direito moderno. Sua revogação estampa claramente as ilícitas intenções persecutórias do governo.

³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 290.

⁴⁰Idem, *ibidem*.

Mesmo com a aprovação de considerável parcela da população, conclui-se que a tomada de tais medidas fere a institucionalidade do Estado em questão, estabelecendo novo regime constitucional ditado pela burocracia executiva, que mediante a utilização indevida e oportunista de mecanismos de democracia indireta e de arranjos políticos, logrou manietar os demais poderes da República, alterando profundamente a estrutura do Estado venezuelano, desrespeitando imperativos do constitucionalismo moderno e até do direito natural, como visto, procedendo-se à escandalosos desrespeitos à liberdade individual e ao direito de propriedade. Tais reformas constitucionais, pelo que foi aqui exposto, são ilegítimas e anti-democráticas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A monografia elaborada centrou-se na afirmação da necessidade fundamental do Princípio da Legalidade, do Império da Lei, e dos imperativos democráticos do constitucionalismo moderno para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Conforme demonstrado, percorreram-se tortuosos caminhos até o estabelecimento do Princípio da Legalidade e seus corolários garantísticos nos ordenamentos jurídicos modernos. Esses caminhos ainda estão sendo traçados em boa parte do orbe terrestre, quer em estados ditatoriais, quer em culturas que ainda não acordaram para a necessidade de se respeitar os direitos individuais nem para o importantíssimo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, adotando como pilares básicos da organização social a devoção fetichista ao Estado, a ditames revolucionários ou a manutenção e proselitismo de uma religião, e utilizando, quando lhes é conveniente, os meios mais ignominiosos para garantir a higidez dos ditos pseudo-valores.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, supra-mencionado, é fundamento material da Unidade da Constituição, no dizer do Professor *Glauco Barreira Magalhães Filho*. Nele, “todos os princípios encontrarão a sua harmonização prática”⁴¹, inclusive o Princípio da Legalidade, tão extensivamente tratado neste trabalho. Como assentado na introdução da presente monografia, é o Direito Natural (donde o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana emana) que fornece os valores que informam o conteúdo das normas constitucionais e, de maneira mais ampla, do Ordenamento Jurídico como um todo. O Princípio da Legalidade conferirá

⁴¹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Op. cit., p. 229.

funcionalidade a estes valores, garantindo a pronta aplicação dos preceitos por ele resguardados, como forma de proporcionar ordem nas relações entre indivíduos e entre esses e o Estado.

O Princípio da Legalidade, atuando como limite negativo à ação do governante, e, numa perspectiva mais ampla, como proteção do indivíduo ante a atuação estatal, constitui-se em importantíssima ferramenta de defesa do cidadão e de seus direitos mais caros e fundamentais, num Estado Democrático.

Este trabalho foi elaborado no intuito de explicar e clarificar a origem da legitimidade e a importância da estrita observância de Leis impostas democraticamente, ressaltando a universalidade e imperatividade destas, que devem ser observada inclusive – e principalmente – pelos detentores do poder político e administrativo. Além disso, busca-se aqui fazer um alerta às consequências indesejáveis que a supressão da legalidade democrática pode acarretar.

Evidentemente, admitimos a existência de numerosas imperfeições no sistema representativo, mormente no sistema brasileiro, mas isso deve antes servir de incentivo a estudos e projetos a seu melhoramento do que de pretexto para sua execração e descrédito, o que interessa, como amplamente salientado, a movimentos e organizações políticas que pretendem regular e disciplinar a vida social à revelia das exigências democráticas exigidas para tanto, acreditando-se legitimadas para tanto por se terem por porta-vozes iluminados da vontade do povo.

Assim, espera-se que este estudo tenha contribuído para a conscientização da importância do Princípio da Legalidade como limite à ação dos governantes, a necessidade de sua aplicação à

luz dos princípios de Direito Constitucional e de Direito Natural e sua inegável exigência à manutenção do Estado Democrático de Direito.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AQUINO, Rubem Santos Leão de, FRANCO, Denize de Azevedo, LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. **História das sociedades vol.1: Das comunidades primitivas às sociedades medievais**. 18ª edição. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1980.

AZEVEDO, Reinaldo. Urna não é tribunal. Não absolve ninguém. **Revista Veja**. Editora Abril. Edição 1972, 6 de setembro de 2006.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. 24.ª ed. São Paulo. Editora Atlas, 2005.

BROGAN, Hugh. **The Penguin History of the USA**. Londres. Penguin Books, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª edição. Almedina, Coimbra, 2002.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. O constitucionalismo: da visão moderna à perspectiva pós-moderna. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=86>>. Acesso em 28 de nov. 2006.

HAYEK, Friedrich August Von, **The Road to Serfdom**. 50ª edição. Chicago: Chicago University Press. 2004.

LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História – Lições Introdutórias**. 1ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 14. ed. rev. amp. São Paulo. Malheiros. 1998.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. Belo Horizonte. Mandamentos, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18.ed. São Paulo, RT, 1993.

MELLO, Leonel Itaussu A. & COSTA, Luís César Amad. **História Antiga e Medieval: da comunidade primitiva ao Estado Moderno**. 4ª edição, 5ª impressão. São Paulo: Scipione, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 4ª ed. São Paulo : Atlas 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª edição. – São Paulo : Atlas, 2004.

SCHELP, Diogo. O clone do totalitarismo. **Revista Veja**. Editora Abril. Edição 1903, 4 de maio de 2005.

SILVA, Alexandre Rezende da. **Princípio da legalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3816>>. Acesso em: 06 dez. 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 23 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2004.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. O direito na Idade Média (I). **Correio Braziliense**. Brasília, 11 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www2.correioweb.com.br/cw/2000-12-11/mat_19809.htm>. Acesso em 28 de nov. 2006.