

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: ALGUNS ASPECTOS

Feliciano SILVA
PUCCAMP

1 - INTRODUÇÃO

De todas as experiências humanas a do Direito é a que mais exige forma predeterminada e certa em suas regras. Exige predeterminação formal, sendo o modelo legal a expressão máxima dessa exigência. E essa predeterminação formal, essa certeza, exigiu a constituição de um poder, isto é, o Estado, que fixa, em concreto, as normas e as faz cumprir.

Dai, desde Roma do Império, com o pretor decidindo "ad exemplum legis", passando pela Magna Carta Libertarum concedida por João Sem Terra aos seus barões, na Inglaterra, em 1215, passando pelo período das chamadas Declarações de Direitos, a primeira votada em Filadélfia pelos representantes das colônias sublevadas, aos 14 de outubro de 1774, culminando com a conhecidíssima Declaração francesa de 1789, resulta que, salvo um ou outro tropeço ao longo da história (nazismo, fascismo etc.), em normal e previsível evolução, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa sendo em virtude de lei", como manda o artigo 5º, II, da Constituição Brasileira de 1988.

Instituído o princípio da legalidade, como tese constitucional, há que se distinguir, desde logo, a legalidade específica da legalidade genérica.

Por certo que a expressão “fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” se refere à lei no sentido amplo (legalidade genérica), abrangendo a lei formal (ato elaborado segundo as regras do processo legislativo, artigos 59 a 60 da Constituição Federal), as medidas provisórias, convertidas em lei, a lei delegada (artigos 62 e 68 da Constituição Federal), os decretos do Poder Executivo, e, até mesmo, as resoluções e portarias. Já o princípio da reserva legal (legalidade específica) significa que uma regra do Código Supremo atribuiu determinada matéria exclusivamente à lei formal.

2 - LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Em se cuidando da Administração Pública, o artigo 37 da Constituição Federal estabelece o princípio da legalidade genérica que rege todos os atos administrativos. Não da legalidade específica, que se traduz no princípio da reserva legal, aplicável à atividade tributária e ao direito repressivo (cf. José Afonso, in Curso de Dir. Const., RT, 5ª ed., págs. 369/70).

A lei, como fonte do Direito Administrativo, deve ser entendida em sentido amplo e compreende as constituições (federal e estadual), as leis complementares, delegadas, ordinárias, as medidas provisórias, os tratados, os decretos, os regulamentos e as instruções (cf. G. Gasparini in Dir. Administrativo, Saraiva, 3ª ed., pág. 17). É lei, no sentido amplo, uma Resolução de Ministro de Estado ou de Secretário de Município, desde que complementadas pelos princípios da razoabilidade, da logicidade e da congruência a que se submetem os atos administrativos (cf. José Afonso, ob. cit. pág. 369).

Só pode ser entendida nessa acepção, a expressão cunhada pelos tratadistas, segundo a qual “administrar é aplicar a lei de ofício”. Enquanto que, na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

E o ato do administrador público será sempre vinculado à lei ou discricionário, isto é, regrado pelo sistema jurídico vigente. Vinculado, quando a lei não deixa opções ao administrador, estabelecendo que, diante de determinados requisitos, a Administração agirá dessa ou daquela forma. Discricionário, quando o ordenamento jurídico deixa alguma margem de liberdade de decisão ao agente público, diante do caso concreto, podendo a autoridade optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. A discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei, mas se a Administração ultrapassar esses limites a decisão passa a ser arbitrária e, em face do princípio da legalidade genérica, írrita e nula (cf. Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Dir. Adv.*, 4.^a ed., Atlas, pág. 176).

3 - LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

Em tema de Direito Tributário a regra geral é a da legalidade específica, pois, foi reservado à lei formal a possibilidade de se exigir ou de se aumentar tributo.

Diz o artigo 150, I, da Constituição Federal: **Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.**

Transigiu, no entanto, a Constituição, com o princípio da reserva legal, contentando-se, em certos casos, com a legalidade genérica ao permitir, no artigo 153, parágrafo 1º, que o Poder Executivo, "atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei" altere as alíquotas dos impostos de importação de produtos estrangeiros, de exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados, de produtos industrializados e de operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários.

Entretanto, inobstante essa transigência, como anotava Amílcar Falcão, por força do princípio da legalidade específica, exige-se que em lei formal estejam determinados, pelo menos, o fato gerador do tributo, a sua alíquota, a respectiva base de cálculo

e os sujeitos passivos diretos e indiretos da obrigação tributária (cf. Fato Gerador da Obrigação Tributária, Forense, 5ª ed., pág. 8).

De outro lado, tratou a Constituição de reforçar a reserva legal que instituiu, complementando-a com outras garantias, quais sejam a da irretroatividade e a da anterioridade da lei tributária (artigo 153, III).

Pelo primeiro princípio, aliás já enunciado no artigo 5º, XXXVI, da mesma Constituição, fica vedada a possibilidade de tributar fatos pretéritos, garantida que está, duplamente, a intocabilidade do direito adquirido, do ato JURÍDICO perfeito e da coisa julgada.

Pelo segundo princípio, nenhum tributo poderá ser cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, vale dizer, em cada exercício somente poderão ser arrecadados os tributos criados por lei anterior ao exercício correspondente. A lei instituidora do gravame só poderá entrar em vigor antes do início do exercício financeiro em que se pretenda efetuar a cobrança da exação.

4 - LEGALIDADE PENAL

No campo do Direito Penal, a legalidade específica não comporta concessões, pois a Constituição, de modo absoluto, no artigo 5º, XXXIX, reservou exclusivamente à lei formal a possibilidade da criação de crimes e de imposição de sanções: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Esse princípio, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, cuja regra latina foi fornecida por Feuerbach no século XIX, geralmente constante dos dispositivos de abertura dos Códigos penais modernos, foi formulado pela primeira vez, em termos mais precisos, no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem, da Revolução Francesa, nos seguintes termos: "Ninguém pode ser punido sendo em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada".

Inscrito na Constituição, fazendo da lei penal a fonte exclusiva de declaração dos crimes e penas, a regra limita o poder estatal de interferir nas liberdades individuais, assegurando à pessoa a faculdade de fazer o que não estiver proibido (*permissit quod non prohibetur*). Consoante Frederico Marques, o princípio tem significado político e jurídico. Vale garantia constitucional dos direitos do homem e fixa o conteúdo das normas incriminadoras, não permitindo que o ilícito penal seja estabelecido genericamente, sem definição prévia da conduta punível e determinação da *sanctio juris* aplicável (cf. Tratado, 2ª ed., Saraiva, vol. I, pág. 143)

Desdobra-se em quatro outros princípios:

a) *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*.

É impossível a edição de norma penal incriminadora retroativa, fundamentando um ilícito penal ou agravando a sanção penal. Somente a lei formal, como ato elaborado segundo as regras do processo legislativo, consoante os artigos 59 a 60 da Constituição Federal, é que pode criar crimes ou contravenções, penas ou medidas de segurança.

A medida de segurança também se submete ao princípio da legalidade específica, pois é uma forma de sanção penal e, ademais, o sistema da reforma de 1984 revogou a redação primitiva do artigo 75 do Cód. Pen (cf. Damásio, in Cód. Pen. Anot. ed. Saraiva, 1989, pág. 2; Paulo José da Costa, in Curso, ed. Saraiva, 1991, vol. I, pág. 214).

b) *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*.

O Direito Penal nega ao costume a função criadora ou agravante de tipos ou sanções penais (cf. Anibal Bruno, Direito Penal 3ª ed, Forense, tomo I, pág. 194).

A incriminação de uma conduta só tem assento em lei formal, sendo impossível erigir-se a punibilidade de qualquer conduta com base nos costumes.

Na esfera do Direito Penal, o costume, como fonte secundária, encontra aplicação como causa supra legal de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade ou de atenuação da pena. Presta-se a abrir a porta do cárcere, não a fechá-la, segundo Mezger, e,

consoante informava Frederico Marques, é preponderante nas regras sobre a aplicação da lei penal no espaço, dado que certas normas reconhecidas e proclamadas pelo Direito das Gentes se fundam no direito consuetudinário (cf. Frederico Marques, ob. cit., pág. 190).

c) Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta.

Proibido, nos domínios das normas incriminadoras, o emprego da analogia como forma de preenchimento de lacunas para a aplicação ou agravação da pena em hipóteses não previstas em lei (analogia in malam partem). Seja da analogia da lei, em que se parte de um preceito legal isolado, seja da analogia do direito em que, a partir de um conjunto de normas, extrai-se um princípio para aplicá-lo a um caso omissio (cf. Assis Toledo, Princípios, 2ª ed, Saraiva, pág. 25).

Admitida, porém, em quaisquer hipóteses, a analogia in bonam partem, que encontra justificativa em um princípio de equidade, para beneficiar o réu, inobstante a opinião em contrário de Fragoso, que aceita sua aplicação somente às normas de caráter geral. Assim, segundo o saudoso penalista, a norma do artigo 128, II, do Cód. Pen., que estabelece a impunidade do aborto, se resultante a gravidez de estupro, é norma excepcional e não se estende, analogicamente, aos casos em que a gravidez resulte de outro crime contra a liberdade sexual (cf. Lições, 11ª ed, Forense, Parte Geral, pág. 88)

d) Nullum crimen, nulla poena sine lege certa.

Inadmissíveis as preceituações genéricas e amplas acerca das condutas puníveis, as incriminações de alcance latíssimo, todas com o fim de cobrir, o mais possível, eventuais lacunas do sistema repressivo. Está vedado, como lembra Frederico Marques (cf. ob. cit. pág. 145), mencionando o direito italiano, descrever crimes "a forma libera", enunciando o legislador um comportamento genérico, suscetível de compreender uma variedade infinita de condutas, utilizando-se de fórmulas descritivas vagas, tais como "praticar violência popular" ou "cometer um ato perigoso à saúde

ou à moral pública" ou "praticar ato que possa impedir o funcionamento da justiça ou à execução regular da lei".

Interessante observar que, em relação aos crimes culposos, consoante anotou Welzel, citado por Fragoso, o tipo é aberto, pois, a lei não define o que sejam negligência, imprudência ou imperícia.

Enquanto que para outros fatos delituosos, suficientemente definidos ou fechados, basta ao juiz comprovar a realização do fato previsto em lei para concluir por sua ilegitimidade, em relação às definições abertas dos crimes culposos, o juiz assume parte do papel do legislador na determinação da própria ação delituosa (cf. Hungria-Fragoso in Comentários ao Cód. Pen., 6ª ed, Forense, vol. I., tomo II, pág. 447).

Embora tangenciando os limites do princípio da legalidade específica, sem a descrição completa da conduta típica, parece, contudo, que as normas penais incriminadoras dos fatos culposos não chegam a afrontar a Constituição, muito embora retirem do sistema a precisão, a segurança e a garantia, próprias da definição prévia e completa da conduta punível, instituída pela reserva legal.