

# O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO EXPRESSÃO DE PODER E DIREITO

ELIZA CRISTINA GONÇALVES DIAS (\*)

*RESUMO:* A sociedade e as diversas relações nela compreendida necessitam de regulamentação, e a forma regulatória mais eficaz, já há muito é conhecida, é a lei, desde o Direito Romano esta é a melhor forma de regular e pacificar as condutas humanas. A lei é expressão de Direito, quando manifestar a vontade geral e for elaborada através dos representantes escolhidos pela sociedade ou pela mesma de forma direta, como ocorre na democracia. Mas é também expressão de poder, como ocorre nos regimes absolutistas, quando de forma autoritária o governante impõe através da lei sua vontade aos governados, isto também pode ocorrer em regimes democráticos quando os governantes utilizam outros meios de editar leis, ou medidas com força de lei, que não representam a vontade da população, a exemplo das medidas provisórias, que estão previstas na Constituição Federal Brasileira de 1988.

*PALAVRAS-CHAVE:* Princípio da Legalidade. Lei. Direito e Poder. Direito Romano. Constituição Federal Brasileira de 1988.

## 1. INTRODUÇÃO

O homem quando aceita ceder parcela de sua soberania para conviver em sociedade, o que Rosseau chamava de contrato social, o fazia em prol do bem comum, mas também para viabilizar sua sobrevivência, uma vez que a oposição de interesses particulares gerava o predomínio da vontade do mais forte e muitas vezes o extermínio do mais fraco, aceitou, portanto, ser governado e um dos meios de governar e articular as vontades é através da lei.

O sentido clássico do princípio da legalidade é aquele que versa que as condutas das pessoas em sociedade serão pautadas nos ditames legais, a lei ditará o que fazer e o que ela não proibir, a contrário sensu, será permitido.

Para este princípio, portanto, a lei é a principal fonte de direito, uma vez que através dela serão pacificados os conflitos sociais e ditados os comportamentos humanos em sociedade.

---

(\*) Graduada pela Faculdade 7 de Setembro. Advogada.

A evolução da obrigatoriedade da lei, e por consequência do princípio da legalidade, acaba por demonstrar que esse princípio só será um alicerce jurídico para um Estado, quando a lei for expressão da vontade geral, como ocorre na democracia e é enunciada de forma expressa no artigo 6.<sup>a</sup> da Declaração de 1789, Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão, *in verbis*:

Art. 6.<sup>o</sup> A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Portanto, a lei é também meio de evitar discriminação, uma vez que como abordado no artigo 6.<sup>o</sup> supracitado, todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades.

Assim, quando todos os cidadãos — mesmo que de forma indireta ou representativa — não concorrerem para a formação dessa, ela não será direito e sim forma de imposição, forma de exercício de Poder dos governantes sobre os governados, a exemplo da clássica frase de Luis XIV, “*l’etat c’est moi*”, que significava que o Rei governava sem nenhuma limitação legal ou constitucional.

Nesses tipos de regime absolutistas, apesar de muitas vezes haver o império das leis, não se pode afirmar que há realmente a aplicação do princípio da legalidade, uma vez que para configurá-lo é necessário a presença de uma vontade comum, vontade dos governados, que não significa a vontade de cada particular de forma isolada, mas sim uma vontade que os une, os beneficia e os torna iguais e dignos, e esta é oprimida em regimes totalitários.

## 2. VISÃO GERAL ACERCA DO PRINCÍPIO

O surgimento das leis, como principal fonte de direito, foi necessária, uma vez que as sociedades arcaicas nas quais os costumes eram a principal fonte de direito, não havia segurança, pois os usos e costumes eram, por sua natureza, indefinidos e difusos.

As leis passaram, então, a fazerem-se necessárias e essenciais para o bom governar e para a convivência social, daí porque direito é entendido como um sistema hierárquico de normas dotadas de sanção organizada.

A palavra lei deriva etimologicamente do latim *Lex*, dentre seus vários significados, lei juridicamente quer dizer regra, norma ou um conjunto das

mesmas. Trata-se de regras formuladas por uma autoridade competente para tal — que vai variar de acordo com o governo de cada Estado — com o intuito de regular as condutas dos que vivem em sociedade e impor sanções aos que não cumprem o que ela determina.

Como dito, leis são normas elaboradas pelo poder competente, que normalmente é o Poder Legislativo, e a finalidade contida nas leis é a de atribuir direitos e obrigações aos cidadãos.

As funções Estatais, a saber, legislativa, executiva e judiciária, são de suma importância para o princípio, ele é basilar em um Estado de Direito, uma vez que havendo a separação dos poderes, o Poder Legislativo que é o responsável por editar as leis, e o faz como representante do povo, atuará limitando o Poder Executivo, que não poderá ditar as normas jurídicas de acordo com suas conveniências.

O princípio ora estudado significa a submissão e o respeito à lei, respeito este tanto por parte dos particulares, quanto do Estado, ou seja, todos os órgãos estatais devem respeito às leis, inclusive o Poder Legislativo, aquele responsável por sua edição.

Muito se festeja o princípio da legalidade afirmando que ele é uma garantia ao cidadão e um primado do Estado Democrático de Direito, a questão é saber por que à submissão à lei é uma garantia ao cidadão, Bastos (2010, p. 294) explica que:

A resposta há de ser encontrada nos princípios da ideologia democrática. A lei tem uma vinculação necessária com a participação do povo no processo da sua elaboração, ainda que pela via da representação. Ademais, a lei, como vontade do Órgão Legislativo, é sempre fruto de um colegiado, circunstância que exclui a prepotência do chefe isolado.

Razão pela qual, não basta haver uma norma que obrigue as pessoas a cumpri-la para está presente o princípio da legalidade, é necessário que haja a participação popular, mesmo que de forma indireta, representativa, na formação da lei a que os mesmos estão obrigados. Nessa linha de raciocínio, é considerado que em regimes absolutistas, que os cidadãos não participam da formação da lei, não está presente o princípio da legalidade.

Portanto, grande é a importância do referido princípio e isto em virtude do mesmo constituir uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera de liberdades individuais, só podendo interferir nessas liberdades por meio da lei.

### **3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O DIREITO ROMANO**

Afirma-se que o princípio da legalidade surgiu na época do Iluminismo, período que vai do sec. XVII para o sec. XVIII, ganhando força através dos

filósofos iluministas e do contratualismo, mas no Direito Romano já havia traços característicos do princípio, embora não houvesse sua presença de forma expressa nos Códigos da época.

No Direito Romano antigo a primeira expressão legal, foi a Lei das XII Tábuas, entretanto, não se pode afirmar que já havia nessa época a presença da lei como a entendemos hoje, nem tampouco do princípio da legalidade, uma vez que o referido diploma representava a condensação em forma de Lex, dos usos e costumes em prática na época.

Apesar de, a divisão tripartida de poderes ser uma conceituação moderna e está presente no Espírito das Leis de Montesquieu, em Roma já havia a distinção de funções do governo a órgãos diferentes. O Poder Legislativo, tanto na Realeza quanto na República, já estava presente e era confiado aos comícios o momento de votação, aos magistrados a iniciativa e projeto de leis — “Lei é o que o povo romano constituía, por proposta de um magistrado senatório, como por exemplo, o cônsul”, Inst.1,2,4 — e ao Senado cabia a sanção das mesmas.

Na definição de Papiniano para Lex: “Lei é o preceito comum, o decreto de homens prudentes, correção dos delitos que, espontaneamente ou por ignorância, se cometem, pacto comum da coisa pública” (D. 1.3.1. Papiniano I-Definitionum). Em Gaio (Inst. 1,3), havia também conceito de lei: “é aquilo que o povo ordena e constitui”.

Tabosa (2003, p.73) ao definir a lex romana, aduz que:

Lei é a norma proposta pelo magistrado, através dos comícios e sancionada pelo senado. Dependendo da época, o conceito de povo era mais ou menos abrangente. Na Realeza, até quando só existia o comício por cúrias, votava as leis apenas a elite patriarcal. Mas, no final, da República, quando patrícios e plebeus já participavam, nivelados, dos comícios por tribos, o conceito de povo abarcava todos os cidadãos ou toda a massa do eleitorado.

Poletti (1996, p. 35) aduz que a importância dessas referências do Corpus Juris Civilis, é que observamos que o *populus* é a fonte da lei.

Essa importância dada ao povo romano na hora da formação da lei caracteriza um traço importante do princípio da legalidade que é aquele em que não basta haver uma norma que obrigue as pessoas para está caracterizado o princípio, mas deve haver uma participação popular, mesmo que de forma indireta na feitura das leis que vão obrigar os cidadãos, uma vez que este princípio é uma forma de limitação da atividade estatal.

Capito (reinado de Augusto), em um texto conservado por Aulo Gélcio (*Noctes Atticae*, 10.20.2), dá-nos uma definição de lei que corresponde ao conceito dos juristas do último século da República: *lex est generale jussum populi aut plebis rogante magistratu* (lei é uma ordem geral do povo ou da plebe, a

pedido de um magistrado), observa-se que neste período republicano o conceito de lei é mais abrangente, abarcando também os plebicistas. Os projetos de lei eram afixados para que os cidadãos pudessem promover discussões não oficiais com o magistrado sobre a matéria que a lei versava. Ao tratar da participação do senado na sanção das leis, Giordani (1996, p.110), remonta que:

A lei aprovada pelos comícios necessitava da ratificação do senado: *auctoritas patrum*. “A partir da lei Publilia a *auctoritas* do senado passou a ser dada por antecipação, qualquer que fosse o resultado da votação comicial (*incertus eventus*); tornou-se assim mera formalidade e com esse caráter subsistiu enquanto subsistiram os próprios comícios.

Na parte do Direito Romano dedicada a delitos e penas percebe-se com mais força as raízes da legalidade, uma vez que a distinção de delitos em públicos e privados tinham como razão de ser o fato de estarem determinados em leis ou não, os delitos prescritos em lei eram os denominados públicos e estes possuíam sanções impostas pela lei.

Já no absolutismo do segundo império, as normas escritas se reduziam as *constitutiones imperiales*, “o que agrada ao príncipe tem força de lei”, época em que a lei e a obrigatoriedade de seu cumprimento representava poder, imposição feita pelo Imperador, e não havia o traço democrático.

#### 4. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO BRASIL

No Brasil todas as constituições, exceto a Constituição de 1937, trouxeram de forma expressa o princípio da Legalidade. A atual Constituição Federal de 1988 já faz referência ao mesmo no seu artigo 5.º

Dois acepções podem ser perquiridas ao fazer-se a real interpretação do princípio ora elucidado, primeiramente ao tratar da aplicação do mesmo em relação aos particulares, na esfera particular o que não for proibido por lei está permitido. Na Constituição Federal de 1988 há no artigo 5.º, II essa acepção em relação aos particulares, ao dizer que, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

Já em relação à Administração Pública, a eficácia de sua atuação está condicionada ao atendimento da lei, o artigo 37 da Constituição Federal aduz que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios obedecerá ao princípio da legalidade.

Ainda em relação aos particulares, o princípio representa na esfera penal, uma garantia, uma limitação à atuação estatal, quando o Código Penal alega que: Art. 1.º — Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. Constitui uma real limitação ao Poder Estatal de

interferir na esfera de liberdades individuais, é uma contenção ao poder punitivo.

No Brasil, um país de cunho extremamente positivista, essa pequena exposição demonstra o quanto o princípio é forte e expressão de direito, mas há também neste país democrático de direito, o princípio da legalidade como expressão de poder, e isso ocorre quando há na nossa Constituição a autorização para o Poder Executivo editar medidas provisórias, em caso de relevância e urgência, que possuem força de lei e não são feitas de forma democrática pelo Poder Legislativo, há doutrinadores que afirmam que a figura da medida provisória é um desvirtuamento do princípio da legalidade.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tanto Estados democráticos quanto ditatoriais atuam mediante leis, entretanto, para agir de acordo com os ditames do princípio da legalidade, o ato legislativo tem que ser emanado de um órgão de representação popular e de acordo com o processo legislativo estabelecido pela Constituição do país, isso quer dizer que a lei deve sempre representar a vontade geral, uma vez que só a mesma pode impor obrigações positivas e negativas aos particulares e ao Poder Público.

Conclui-se, portanto, que só há a aplicação do princípio quando a lei é formulada de maneira democrática, no Direito Romano só há a aplicação do princípio na época em que os comícios também participavam nas votações das leis, no período do Império em que o direito Romano tinha como principal fonte as Constituições imperiais, normas impostas pelo Imperador, o que há é força, imposição, o princípio da legalidade como poder e então, o desvirtuamento do mesmo.

Da mesma forma no Direito Brasileiro atual, quando a lei for formulada de forma democrática de acordo com o processo legislativo que há na Constituição Federal com a participação dos representantes eleitos pela população para integrar o Poder Legislativo, há a verdadeira aplicação do princípio da legalidade, o mesmo representa direito e até mesmo uma garantia de limitação de poder estatal à população. Já quando o Poder Executivo atua elaborando medidas com força de lei, há um desvirtuamento do princípio e então, ele representará a imposição do poder Estatal sobre os governados.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira, *Direito Romano*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense. 2001.  
BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, 22. ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

- CARLETTI, Amilcare, *Curso de Direito Romano*, São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 1999.
- CRETILLA JÚNIOR, José, *Primeiras lições de direito*, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito, *Fundamentos do direito*, São Paulo: Atlas, 2010.
- POLETTI, Ronaldo, *Elementos de direito romano público e privado*, 1. ed., Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de direito Constitucional Positivo*, 23. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- TABOSA, Agerson, *Direito Romano*, Fortaleza: Imprensa Universitária, 1999.

