

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DE BRASIL E ARGENTINA

Orientando: Tomás Eon Barreiros

Orientador: Alexandre Coutinho Pagliarini

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho compara dispositivos normativos do Brasil e da Argentina quanto ao princípio da legalidade estrita. Tanto no Brasil quanto na Argentina, enquanto o ato administrativo é vinculado ao princípio da legalidade estrita, as ações privadas não são vinculadas a tal princípio. Entretanto, o art. 19 da Constituição Argentina (veiculador da liberdade individual) – ao contrário do que acontece no Brasil – tem servido de apoio a interpretações mais favoráveis à plena liberdade do cidadão no país portenho.

2 DA VINCULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA

A vinculação do ato administrativo ao princípio da legalidade estrita é tema recorrente nas obras de doutrinadores do Direito Administrativo. Afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 10-11) que

o próprio do Estado de Direito, como se sabe, é encontrar-se, em quaisquer de suas feições, totalmente assujeitado aos parâmetros da legalidade. Inicialmente, submisso aos termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis, e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público. Deste esquema, obviamente, não poderá fugir agente estatal algum, esteja ou não no exercício de “poder” discricionário.

Na mesma linha, esclarece Carlos Ari Sundfeld (2004, p. 158):

Segundo o princípio da submissão do Estado ao Direito, todo ato ou comportamento do Poder Público, para ser válido e obrigar os indivíduos, deve ter fundamento em norma jurídica superior. O princípio determina não só que o Estado está proibido de agir contra a ordem jurídica como, principalmente, que todo poder por ele exercido tem sua fonte e fundamento em uma norma jurídica.

Gustavo Henrique Pinheiro de Amorim (2006, p. 17), por sua vez, esclarece que, em relação à Administração Pública,

o princípio da legalidade significa que a Administração sempre se submeterá à lei e só poderá agir quando – e como – a lei autorizar. Enquanto ao particular “é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”, não podendo o administrador afastar-se ou desviar-se dos mandamentos da lei e das exigências do bem comum, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Esta é, igualmente, a doutrina aceita no país vizinho, conforme se depreende da leitura de Agustín Gordillo:

El concepto de “Estado de Derecho,” por cierto, no es unívoco y ha sufrido una evolución que lo ha ido perfeccionando: en un primer tiempo se pudo decir que lo fundamental era el respeto a la ley por parte del Poder Ejecutivo; esto era y es el todavía vigente principio de la *legalidad* de la administración. (2003, p. III-22)

3 DA NÃO VINCULAÇÃO DAS AÇÕES PRIVADAS AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA

Já no que diz respeito às ações privadas, estas não estão vinculadas ao princípio da legalidade estrita. Ao particular, é lícita qualquer ação que não seja proibida, conforme reza o art. 5º, II da Constituição Federal do Brasil: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esclarece Amorim (2006, p. 17) que “O princípio da legalidade, nesse sentido, significa que aos particulares é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe”.

A Constituição Argentina, por seu turno, no seu art. 19, assim positiva tal princípio:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Como se vê, portanto, ambas as Constituições estabelecem o mesmo princípio. Entretanto, no Brasil, tal norma consubstanciada no texto constitucional não tem gerado muitos efeitos próprios à sua interpretação em casos de interesse exclusivo de particulares, como é especificamente o uso de substâncias entorpecentes. Já na vizinha Argentina, decisão recente da Suprema Corte,

embasada na interpretação do art. 19 da Constituição Argentina, afirmou a inconstitucionalidade de § do art. 14 da Lei 23.737, que estabelece:

Art. 14 – Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. § La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.

Entendeu a corte, ao julgar recurso extraordinário (no caso Arriola), que o consumo individual de drogas, na medida em que não afete a terceiros, não pode ser apenado, por configurar-se qualquer pena numa afronta à norma constitucional de proteção aos direitos individuais.

A respeito da decisão, comenta José Luis Ares:

Sin embargo, el fallo “Arriola” resulta novedoso (además de la unanimidad de la decisión) al remarcar muy nítidamente la diferencia entre consumidor y traficante; la exhortación a los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes controlando también los precursores químicos, como así adoptar medidas de salud preventivas en especial hacia los grupos más vulnerables, y la necesidad de fijar estándares más claros definiendo de un modo inequívoco los casos de tenencia que no puedan causar daño o poner en peligro bienes jurídicos de terceros. (2009).

Como se vê, tal decisão, embora não deixe de considerar os aspectos sociais e políticos em torno do tráfico e do consumo de entorpecentes ilícitos, afirma a defesa do princípio constitucional de plena liberdade individual nas ações privadas que não afetem a terceiros.

4 CONCLUSÃO

Dessa breves considerações, pode-se concluir que a coerência da decisão da Suprema Corte Argentina, interpretando o texto constitucional em todas suas consequências, constitui-se num modelo que legitima a afirmação dos direitos individuais, na lógica dos avanços do ordenamento jurídico nos países democráticos, que vêm reconhecendo cada vez mais a liberdade individual como direito fundamental.

As cortes brasileiras, no exercício do controle de constitucionalidade, bem fariam em olhar para o exemplo do país vizinho. As tão propaladas qualidades da Constituição Federal do Brasil só poderão tornar-se efetivas na medida em que as

cortes nacionais procurarem interpretá-la sempre no sentido de aprofundamento da defesa dos direitos individuais, como fez a corte do país irmão em decisão recente, muito comentada não apenas na Argentina, mas em diversos países.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. **Direito Administrativo**. Coleção Para aprender Direito, v. 1. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2006.

ARES, José Luis. Tenencia de estupefacientes para consumo personal. Comentario al fallo "Arriola". In: **Derecho Penal Online**. 15 set. 2009. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,596,0,0,1,0>>. Acesso em: 22 jun. 2010.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. T. 1. Parte General. 8. ed. Buenos Aires: FDA, 2003. Disponível em: <<http://www.gordillo.com/Pdf/1-8/1-8III.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 6. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed., rev., aum. e atual., 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.