INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE FORMAÇÃO EM TEORIA GERAL DO DIREITO PÚBLICO
Prof.: Rodrigo Pereira de Mello

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

(01) Origens parlamentares: **a)** luta das "elites", representadas pelos "parlamentos", contra os monarcas: a legalidade como "controle do poder", não como condição para sua legitimidade (exemplos destacados: a Inglaterra, na Carta Magna de 1215, na República de Cromwell de 1664 e na Revolução Gloriosa de 1688), configurando a sua função primária e ainda atual (por exemplo, arts. 49, V, 50, 70/71, 58 § 3º, 82, 166, etc., da CF-88); **b)** luta dos "revolucionários", representados pelo "3º Estado", contra o "poder", representado pelo monarca e pelos "1º e 2º Estados": a legalidade como "vontade geral" (Rosseau), único meio legítimo para que previamente se autorize ações do poder público (exemplos destacados: a Revolução Norte-Americana, especialmente no texto da Constituição de 1787, e a Revolução Francesa, especialmente no texto da Declaração de 1789). Da observância da legislação à observância da lei: o paradigma das fontes do direito e sua hierarquia.

(02) O Estado Constitucional e Democrático de Direito: sua essência na supremacia constitucional e na legalidade democrática (lei como oposição ao poder autoritário e manifestação da "vontade geral" em um sistema representativo). A legalidade em seu sentido amplo (juridicidade): a legalidade, em sentido amplo, como compatibilidade com a constituição (constitucionalidade) e com as leis (legalidade em sentido estrito). A normatividade e a eficácia constitucionais como reação "contra o legislador" (do direito *na* lei ao direito *pela* lei; da igualdade *sob* a lei até a igualdade *na* lei): a norma constitucional como efetiva "lei fundamental", parâmetro de comportamento jurídico (heterônomo) controlável pela jurisdição (cogente) – a diferença entre as experiências histórica norte-americana (especialmente, "Madison *versus* Marbury", de 1803) e européia (antes, com Kelsen na Constituição Austríaca de 1920, e após a 2ª Guerra Mundial). O controle da legalidade no sistema jurisdicional brasileiro: de um lado, sua abrangência

(administrativo, judicial e legislativo); de outro lado, a inexistência de controle "concentrado" e a garantia de uniformidade do "direito federal".

(03) Algumas questões gerais controvertidas: **a)** a *lei* como norma ("reserva de lei"; foco primário na estrita disciplina comportamental e de competência do Poder Público) e como parâmetro ("legalidade"; foco primário na hierarquia das fontes normativas): **a.1)** historicamente, as cláusulas "ordem pública" e "poder geral de polícia"; **a.2)** na atualidade, as delegações executivas, as cláusulas gerais e as meramente autorizativas e, ainda, a questão do *"poder regulamentar"* e/ou do *"poder regulatório"*; **b)** a "legislação" pelo Governo (Poder Executivo): delegação legislativa (CF, art. 68), medida provisória (CF, art. 62) e "decreto autônomo" (CF, art. 84, inciso VI).

(04) Os três momentos do princípio da legalidade na CF-88:
(04.1) art. 5º, II (princípio "aberto"): legalidade como direito fundamental, liberdade individual – conseqüência em termos de caracterizar os respectivos sujeitos ativo e passivo – e segurança jurídica – irretroatividade da lei, art. 5º, XXXVI);

(04.2) art. 37, *caput* (legalidade como condição de validade jurídica para as iniciativas da Administração Pública): questão de destaque: a legalidade (em sentido estrito), a infralegalidade e os seus destinatários:
a) internos *versus* externos;
b) obrigação administrativa *principal versus* obrigação administrativa *acessória* (analogia necessária com o Direito Tributário – art. 113 do CTN);

(04.3) art. 5º, XXIX (matéria penal), e 150, I (matéria tributária):
a) legalidade estrita ou material (previsão em lei formal dos elementos necessários para a integral caracterização do dever jurídico e de suas conseqüências: "reserva de lei"): garantia de liberdade individual ("controle do poder") e requisito de legitimidade para a ação estatal;
b) na matéria penal (art. 5º, XXXIX): origem de todos os princípios; *nullo crimen sine lege* e Magna Carta de 1215; sentido clássico do princípio: norma específica ("reserva de lei"); o problema das condutas criminais genéricas:

costumes, ordem pública, desacato, honra, etc.; a questão da lei penal em branco: distinção entre a lei penal, que contempla a hipótese criminal e lhe fixa a pena – cuja edição incumbe, exclusivamente, a União (CF, art. 22, I), e a norma extrapenal – que nem sequer necessita ser lei, desde que atenda ao requisito temático ou hierárquico próprio para com a matéria de fundo a que se refere –, que efetivamente relaciona os atos aos quais se remete a lei penal – e cuja edição pode incumbir a todas as pessoas políticas de direito público interno (*v.g.* no STF, INQ 1.915, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 28.10.04, e RE 148.687, Rel. Francisco Rezek, DJ 15.09.95); o problema em direito penal, e especialmente nas *normas penais em branco*, relativamente ao emprego de condutas genéricas: eventual inconstitucionalidade por infração á efetividade da garantia constitucional de direito fundamental;

c) na matéria tributária (art. 150, I): *no taxation without representation*; os aspectos próprios da lei em sentido formal (art. 97 do CTN: instituição, extinção, majoração ou redução de tributos; definição dos respectivos elementos: fato gerador, alíquota e base de cálculo; instituição de penalidades, sua dispensa ou redução; hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários); a questão das "obrigações acessórias" (CTN, art. 113: "legislação"); o "abuso" do "direito de bloqueio" e a banalização da lei (formal) tributária; as interessantes situações da fixação dos prazos de vencimento (RE 195.218, Rel. Ilmar Galvão, DJ 02.08.02), dos critérios para sua atualização (*v.g.*, RE 172.394, Rel. Marco Aurélio, DJ 15.09.95) e da "multa regulamentar".

(05) O princípio da legalidade e a sua relação com a teoria das fontes do direito. Na CF-88, as fontes do art. 59 e, atualmente, o *decreto autônomo* do art. 84, VI (na redação da EC 32/01). Principais aspectos controvertidos: **a)** lei complementar *versus* lei ordinária (ADC-1 e Hugo de Brito Machado); **b)** âmbito da medida provisória (antes e após a EC 32/01); **c)** natureza jurídica dos decretos legislativos e das resoluções das Casas Legislativas.

(06) A questão da retroatividade. CF, arts. 5º, XXXVI (geral) e XL (penal: retroatividade benéfica – HC 73.168, Rel. Moreira Alves, 1ª T., DJ 15.03.96 *versus* RE 21.132, Rel. Nelson Hungria, 1ª T., 26.01.53), e 150, III, "a" (tributário); LICC, art. 6º; CTN, art. 146.