

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O DIREITO ADMINISTRATIVO

THE PRINCIPLE OF LEGALITY AND ADMINISTRATIVE LAW

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Luiza Fernanda Gama Bastos¹

Pedro Bentes Baranda Bisneto²

Hamilton Gomes de Santana Neto³

RESUMO: A presente pesquisa versa sobre o princípio da legalidade, abordando de forma geral e mais precisamente no Direito Administrativo, com o objetivo de analisar um dos princípios mais importantes que norteia a Administração Pública em seu todo, abordando o contexto histórico de seu surgimento, sua definição ampla e mais restrita à Administração Pública, a influência da constitucionalização sobre ele, a sua relação com o instituto da juridicidade e aplicação prática do referido princípio.

Palavras-chave: Princípio da Legalidade. Juridicidade. Administração Pública. Direito Administrativo.

ABSTRACT: The present research deals with the principle of legality, addressing in general and more precisely in Administrative Law, with the objective of analyzing one of the most important principles that guides Public Administration as a whole, addressing the historical context of its emergence, its definition broader and more restricted to Public Administration, the influence of constitutionalization on it, its relationship with the institute of legality and practical application of that principle.

751

Keywords: Principle of Legality. Legality. Public administration. Administrative law.

RESUMEN: La presente investigación versa sobre el principio de legalidad, abordando en general y más precisamente en el Derecho Administrativo, con el objetivo de analizar uno de los principios más importantes que orienta a la Administración Pública en su conjunto, abordando el contexto histórico de su surgimiento, su definición más amplia. y más restringido a la Administración Pública, la influencia de la constitucionalización sobre la misma, su relación con el instituto de legalidad y la aplicación práctica de dicho principio.

Palabras clave: Principio de Legalidad. Legalidad. Administracion Publica. Derecho Administrativo.

¹ Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas -FD/UFAM. E-mail: luiza8bastos@gmail.com.

² Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas -FD/UFAM. E-mail: Pedrobisneto445@gmail.com.

³ Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da UFAM. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas -UFAM. Especialista em Direito Processual pela Escola Superior da Magistratura do Amazonas -ESMAM. Especialista em Direitos Humanos pela Escola Superior de Advocacia do Amazonas -ESA - OAB/AM. Assessor Jurídico de Desembargador do TJ/AM. E-mail: hgsneto1994@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo está informado por determinados princípios, alguns deles próprios também de outros ramos do direito público e outros dele específicos e enquadrados como setoriais, na classificação de Cretella Júnior.

Sendo o Direito Administrativo, em suas origens, de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios sempre representaram papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.

Os dois princípios fundamentais e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, que não são específicos do Direito Administrativo porque informam todos os ramos do direito público; no entanto, são essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais.

A Constituição de 1988 inovou ao fazer expressa menção a alguns princípios a que se submete a Administração Pública Direta e Indireta, a saber, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e eficiência (art. 37, caput, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98), aos quais a Constituição Estadual acrescentou os da razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público (art. III).

A Lei nº 9.784, de 29-1-99 (Lei do Processo Administrativo Federal), no artigo 2º, faz referência aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Dessarte, consegue-se vislumbrar a importância, abrangência e visibilidade do Princípio da Legalidade no ordenamento jurídico brasileiro e, em razão disso, a presente análise se faz imperiosa.

1. CONTEXTO HISTÓRICO E O SERGIMENTO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Quando se fala em Princípio da Legalidade, segundo o juriconsulto Rafael Mafei, há que se falar nas Revoluções Inglesa (1640) e Francesa (1789) e nas consequências da Revolução Americana (1783), datando esta em especial da sua Constituição.

Assim o é a perspectiva histórica pois, a sua maneira, cada uma dessas efemérides implicou em menor ou maior detalhe naquilo que se viria a entender como o princípio em questão.

A começar pelos fatos ocorridos nas Ilhas Britânicas no século XVII, tem-se que as intermináveis guerras civis; motivadas ora por questão religiosa ora por motivo dinástico (quando muito, na visão de Burke, por ambas), suscitaram o aparecimento da figura do habeas corpus. Prescindindo maiores detalhes sobre o instrumento, é esclarecedor perceber que sua relação com o Direito Administrativo está justamente no seguinte:

Uma vez que tenha sido desenvolvido pela Câmara Baixa do Parlamento, trata-se de um reconhecimento da inviolabilidade do corpo do réu e, também, da sua personalidade jurídica enquanto tal. Essa diferenciação entre o aspecto físico e jurídico é bem descrita por Chris Given-Wilson e remonta a uma distinção consuetudinária com origem na Alta Idade Média.

Mais que simples diferenciação do caráter dual da pessoa (entre física e jurídica), trata-se do reconhecimento em si mesmo, da inviolabilidade desta enquanto se seguir qualquer trâmite processual. É, portanto, o reconhecimento por parte do Estado de um caráter principiológico e protetivo do Direito.

Em se tratando dos galicismos jurídicos, Hely Lopes Meirelles aduz que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão tem dois aspectos fundamentais para o entendimento do princípio. O primeiro é a citação dos elementos ininterferíveis dos indivíduos, os quais estão em uma esfera “além” da mera jurisdição: entre elas, a liberdade (por inferência, a autonomia) e a propriedade.

Nesse sentido, além desse entendimento de que há esferas da vida privada extemporâneas à legislação do Estado (salvo se não interferirem na existência da coletividade, “ideia” que vem dos contratualistas), há o entendimento; bem descrito mesmo por Di Pietro, de que; se há essas esferas externas, é certo então que há esferas “internas” reguladas do Direito e; por isso, há uma própria linha jurídica que regula o próprio Direito do Estado.

Esse, por fim, foi o arremate das ideias que; na concepção do jurista luso Avelãs Nunes, caracterizou o cenário no qual o Princípio da Legalidade é, não sendo outro o contexto, uma “armadura” modelável e regulável ao e do corpo do Estado: inevitavelmente à Administração Pública.

E é nessa última que se insere o respingo jurídico da Revolução Federalista Americana, terminologia utilizada por Leandro Karnal; posto que essencialmente o processo revolucionário dos EUA se deu de um conjunto de colônias; apartadas entre si e não obstante unidas pela causa, contra uma metrópole vigente.

Ainda que esse processo histórico anteceda o francês, é dele que se revela notável influência nos aspectos brasileiros do princípio; já que a própria maneira de se organizar (administrativamente) dos estadunidenses se deu de maneira gradativa; a partir do II Congresso da Filadélfia (1775), até os decretos regimentais 4º e 5º do Presidente George Washington (1885).

Isso posto, daquele país veio a ideia de que os agentes públicos podem e devem; para além de qualquer aspecto político, responder em caráter administrativo pelos sucessos e insucessos de seus atos; sob a égide do Estado. Este, assim, passa a ser um “ente responsável”: condição que se não vai verificar mesmo no período Parlamentarista Francês (1791-1793), ou na Era Napoleônica (1799-1815) e até na pacata monarquia constitucional inglesa.

Nesta, por sinal, a responsabilidade do monarca; portanto do Estado, viria apenas com os Atos da Reforma (1909), produzidos por Eduardo VII. Em caráter distinto, na América; primeiro com a Constituição Norte-Americana e depois nos processos revolucionários de independência na América Latina, verifica-se especial atenção das recém-nascidas nações com a questão da responsabilidade dos agentes públicos.

Isso se deve, especialmente, nos EUA ao temor da ascensão de alguma figura ditatorial (algo que inclusive é mencionado pelo jurista Gouverneur Morris, pai-fundador do país) e; no caso latino-americano, segundo Aníbal Pérez-Liñán, devido à forte descentralização política e, então, ao surgimento da figura dos caudillos.

Inviolabilidade da pessoa humana, sentido de existência na própria Lei e caráter de responsabilidade do ente público: é a fórmula tríplice, referendada na doutrina de Di Pietro, para o Princípio da Legalidade, e é pedra basilar, na doutrina de José Afonso da Silva, para o que se entende como Estado Democrático de Direito.

Finalmente, um complemento para que se feche uma definição: a civilíssima doutrina alemã, durante a Era Bismarck (1871-1890), visando a coibir eventuais obstruções àquele Estado citado, elaborou a ideia do Reichstaatlungen: a ideia de que não é assunto um “Direito do Estado”, mas que esse mesmo Estado, está na confluência e na limitação do próprio Direito, daí o conceito “Estado Democrático de Direito”. E ele, pois, só assim está inserido porque é um agente responsável, a ponto de “dobrar-se” a seus próprios ordenamentos e responsabilidades.

Essa tetralogia permite que se afirme que, historicamente, o Princípio da Legalidade é aquele por meio do qual o Estado se torna um agente responsável por seus atos, de sorte que esses só existem por e mediante o estrito fio da Lei: instrumento que torna o ente público equiparável,

mas ainda identificável dos demais, garantindo a esses a inviolabilidade pelo ordenamento também engendrado.

1.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

É aqui que melhor se enquadra aquela ideia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei.

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a ideia expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles (2003:86) e corresponde ao que já vinha explícito no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei”.

No direito positivo brasileiro, esse postulado, além de referido no artigo 37, está contido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal que, repetindo preceito de Constituições anteriores, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei. A observância do referido preceito constitucional é garantida por meio de outro direito assegurado pelo mesmo dispositivo, em seu inciso XXXV, em decorrência do qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ainda que a mesma decorra de ato da Administração. E a Constituição ainda prevê outros remédios específicos contra a ilegalidade administrativa, como a ação popular, o habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança e o mandado de injunção; tudo isto sem falar no controle pelo Legislativo, diretamente ou com auxílio do Tribunal de Contas, e no controle pela própria Administração.

1.2 INFLUÊNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Embora o vocábulo constitucionalização comporte diferentes significados, o que interessa é o que diz respeito à inserção, na Constituição, de valores e princípios que passaram a orientar a atuação dos três Poderes do Estado, já que integram a legalidade considerada em sentido amplo.

Hoje é possível afirmar que a lei, no Estado de Direito Democrático (adotado na Constituição de 1988), tem sentido formal, pelo fato de que emana do Poder Legislativo (com ressalva para as medidas provisórias e leis delegadas), com observância das normas do processo legislativo postas pela Constituição, e sentido material, porque lhe cabe o papel de realizar os valores consagrados pela Constituição sob a forma de princípios fundamentais. Nas palavras de José Afonso da Silva, é nesse sentido que o princípio da legalidade está consagrado no art. 5º, II, da Constituição, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. O texto não há de ser compreendido isoladamente, mas dentro do sistema constitucional vigente, mormente em função de regras de distribuição de competência entre os órgãos do poder, de onde decorre que o princípio da legalidade ali consubstanciado se funda na previsão de competência geral do Poder Legislativo para legislar sobre matérias genericamente indicadas, de sorte que a ideia matriz está em que só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal, o que faz coincidir a competência da fonte legislativa com o conteúdo inovativo de suas instituições, com a consequência de distingui-lo da competência regulamentar”.

756

Essa ideia de que a lei tem sentido material (além de formal) se reforça pela própria leitura do preâmbulo da Constituição, que indica os valores essenciais que constituem fundamento de todo o sistema jurídico brasileiro e cuja observância se impõe ao Estado no exercício de suas três funções: legislativa, judicial e administrativa.

A parte introdutória da Constituição (arts. 1º a 4º) contém a afirmação dos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático. Além disso, em vários outros dispositivos revela-se a preocupação com determinados valores a serem observados no desempenho da função estatal e, dentro desta, da função administrativa a cargo da Administração Pública. Esta já não está mais submetida apenas à lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição, relacionados com a liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar e justiça. A própria moralidade, cuja aceitação, no âmbito

do direito, tem sofrido restrições, foi erigida em princípio constitucional a que se vincula a Administração (art. 37), além de constituir fundamento autônomo para a propositura de ação popular (art. 5º, LXXIII). Sua infringência pode constituir lesão à probidade administrativa (prevista como crime do Presidente da República no art. 85, V) e constituir fundamento para a perda ou suspensão de direitos políticos (art. 15, V).

2. SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Pelo que foi exposto nos itens anteriores, conclui-se que é possível falar em princípio da legalidade em sentido estrito e em sentido amplo.

O sentido estrito é reservado para as hipóteses em que a Constituição exige lei para a prática de determinado ato pela Administração Pública. Por isso também é conhecido como princípio da reserva de lei. É o caso, por exemplo, do art. 5º, II, pelo qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei; em decorrência desse princípio fica vedado à Administração impor deveres, aplicar penalidades ou conceder direitos sem previsão legal. É o sentido original do princípio, que vem desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e que foi adotado no direito brasileiro a partir da Constituição de 1824.

É nesse sentido do princípio que se encaixa o ensinamento de doutrinadores brasileiros. Cite-se o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando afirma que, “ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis”.

Também aí se enquadra o ensinamento de Gilmar Ferreira Mendes, em seus comentários ao art. 5º, II, da Constituição,²⁶ quando afirma que a ideia expressa nesse dispositivo “é a de que somente a lei pode criar regras jurídicas (Rechtsgesetze), no sentido de interferir na esfera jurídica dos indivíduos de forma inovadora. Toda novidade modificativa do ordenamento jurídico está reservada à lei”. E acrescenta o autor que, quando o dispositivo fala em lei, ele está a abranger o bloco de legalidade ou de constitucionalidade, abrangendo tanto a lei como a própria Constituição. Além disso, nesse bloco de legalidade estão incluídas “as emendas constitucionais (art. 60), as leis complementares, as leis delegadas (art. 68) e as medidas provisórias (art. 62), estas como atos

equiparados à lei em sentido formal. São os atos normativos igualmente dotados de força de lei, ou seja, do poder de inovar originariamente na ordem jurídica”. O autor ainda lembra que “também os tratados internacionais ratificados pelo Brasil constituem atos equiparados à lei em sentido formal, igualmente dotados de força de lei, com especial relevância para os tratados sobre direitos humanos, os quais, com status de supra legalidade, situam-se na ordem jurídica num patamar entre a lei e a Constituição, tal como fixado na recente jurisprudência do Supremo Tribunal.”

Em relação à reserva de lei, ainda cabe ressaltar que ela pode ser absoluta ou relativa. A reserva de lei é absoluta quando a própria lei deve disciplinar determinado assunto, sem possibilidade de complementação ou regulamentação por atos normativos do Poder Executivo. Gilmar Mendes²⁷ indica, como exemplos, o art. 14, § 9º, da Constituição, pelo qual “a lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade”; e o art. 146, que reserva à lei complementar a normatização dos conflitos de competência em matéria tributária, a regulação das limitações ao poder constitucional de tributar e a criação de normas gerais em matéria de legislação tributária. É o caso também do art. 61, que exige lei de iniciativa do Presidente da República para uma série de matérias, como a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, regime jurídico dos servidores públicos da União e Territórios, dentre outros. Ainda é o caso do art. 37, X, que exige lei para a fixação e alteração da remuneração e dos subsídios dos servidores públicos, e do art. 37, XIX, que exige lei para a criação de autarquia.

A reserva de lei é relativa quando a lei estabelece apenas os parâmetros, as diretrizes, os standards, deixando que o Poder Executivo regule a matéria. O exemplo clássico é o art. 153, § 1º, que faculta ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V (importação de produtos estrangeiros; exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; produtos industrializados; e operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários. Em sentido amplo, o princípio da legalidade abrange não só a lei (nas várias modalidades supramencionadas), como também os princípios e valores contidos de forma expressa ou implícita na Constituição e que se dirigem aos três Poderes, limitando a discricionariedade de que dispõem. Nas palavras de Gilmar Mendes,²⁸ “no caso dos princípios, a estrutura normativa aberta deixa certas margens de ‘livre deliberação’ (free Ermessen) aos Poderes

do Estado. Assim ocorre quando a Constituição, em seu art. 37, determina a obediência, pela Administração Pública, à moralidade e à impessoalidade.

No livro da Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, apontamos a importância dos princípios no direito administrativo quanto à interpretação das leis, quanto à integração (já que devem ser invocados em caso de omissão da lei) e como importante instrumento de limitação da discricionariedade administrativa. Segundo entendimento então manifestado, “não se pode negar que, no direito brasileiro, o papel dos princípios como fonte do direito administrativo passou por uma evolução muito semelhante à ocorrida na França, ainda que por caminhos diversos. Lá, foi o papel da jurisdição administrativa que levou a distinguir os princípios com força constitucional, superiores à lei, e os princípios sem força constitucional. Aqui, foram as alterações no direito positivo, principalmente a partir da Constituição de 1988. Isto porque, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, os princípios constituíam fonte subsidiária de interpretação (art. 4º). A partir do momento em que a Constituição de 1988 consagrou uma série de valores e princípios essenciais ao Estado de Direito Democrático, também se tornou possível distinguir as duas categorias de princípios referidos no direito francês. Os princípios de valor constitucional passaram a ocupar posição hierárquica superior às leis ordinárias, tornando-se de observância obrigatória para os três Poderes do Estado. Especialmente os princípios que decorrem do Título II da Constituição, pertinente aos direitos e garantias fundamentais, são de aplicação imediata, por força do disposto no art. 5º, § 1º. Por outro lado, os princípios fundamentados apenas em leis infraconstitucionais continuam a constituir fonte subsidiária do direito, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro”.

Como instrumento limitador da discricionariedade administrativa, os princípios desempenham papel fundamental. Sempre que a Administração Pública tenha várias opções para atingir a mesma finalidade, ela deve necessariamente optar por solução que esteja em consonância com os princípios informadores do direito administrativo, grande parte deles com fundamento constitucional. Por isso mesmo, conforme realçamos na referida obra, “em vez de afirmar-se que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pela lei, melhor se dirá que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pelo Direito. O princípio da legalidade há de ser observado, não no sentido estrito, concebido pelo positivismo jurídico e adotado no chamado Estado legal, mas no sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em Estado de Direito propriamente dito”.

Ainda quanto aos significados do princípio da legalidade, não se pode deixar de mencionar o ensinamento do francês Eisenmann, lembrado por Odete Medauar. O autor aponta quatro significados para o princípio: “a) a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza; c) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa; d) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer”.

O primeiro significado foi o que prevaleceu no período inicial do liberalismo, quando se adotava o já referido princípio da vinculação negativa da Administração Pública à lei, semelhante ao princípio da autonomia da vontade que caracteriza a atuação dos particulares.

O segundo significado é o que corresponde ao sentido atual do princípio da legalidade: todos os atos da Administração Pública devem ter fundamento em uma norma legal. Entende-se que tal significado abrange a reserva legal absoluta e a relativa.

O terceiro significado corresponderia a uma reserva legal muito estrita, que excluiria qualquer regulamentação por parte da Administração. Nas palavras de Odete Medauar, o terceiro significado traduz uma concepção rígida do princípio da legalidade e corresponde à ideia de Administração somente executora da lei. Atualmente, não se pode conceber que a Administração tenha só esse encargo. Esse significado do princípio da legalidade não predomina na maioria das atividades administrativas, embora no exercício do poder vinculado possa haver decisões similares a atos concretizadores de hipóteses normativas abstratas”. Esse terceiro sentido corresponde à reserva legal absoluta, já referida.

O quarto significado também é excessivamente restritivo da atuação administrativa. Uma coisa é afirmar que a Administração só pode realizar o que a lei permite; outra coisa é afirmar que a Administração só pode realizar o que a lei ordena. Esta última hipótese transformaria a Administração em autômato executor das regras postas pelo legislador.

Repita-se, portanto, que o segundo significado apontado é o que tem aplicação, já que todos os atos praticados pela Administração Pública devem ser fundamentados em lei.

2.1 LEGALIDADE ESTRITA, LEGITIMIDADE E JURIDICIDADE

A legalidade administrativa se concretiza como uma garantia aos administrados, que podem exigir a consonância do ato administrativo com a lei, sob pena de sua invalidação. É necessário, contudo, perceber que as mudanças que afetaram a sociedade e o aparato estatal geram mutações na concepção da legalidade administrativa.

Conforme a doutrina de Raquel Carvalho, é possível apontar as seguintes fases para o conceito de legalidade administrativa.

Legalidade estrita. Essa concepção de legalidade administrativa nasceu com o pensamento inspirador do Estado Liberal, influenciado pela preocupação com as arbitrariedades do período absolutista, do que resultou a ideia de restringir a atuação administrativa à mera execução das regras dispostas pelos representantes do povo. Assim, a legalidade estrita surgiu como um instrumento de proteção, um princípio limitador à atuação do Poder Público, a qual seria possível, apenas, dentro dos limites determinados pelas normas aprovadas pelos representantes do Povo.

Na Administração Pública, não há espaço para liberdades e vontades particulares, deve, o agente público, sempre agir com a finalidade de atingir o bem comum, os interesses públicos, e sempre segundo aquilo que a lei lhe impõe, só podendo agir “secundum legem”. Enquanto no campo das relações entre particulares é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei define as condições da atuação dos Agentes Administrativos, determinando suas tarefas. A estrita e absoluta legalidade tornaria inviável o aperfeiçoamento da contratação administrativa. A lei ressalta a liberdade para a Administração definir as condições da contratação administrativa.

2.2 Legalidade

O avanço democrático do modelo de Estado e o enfraquecimento do positivismo tornaram insuficiente o raciocínio de que bastaria que a conduta administrativa fosse legal. Assim, passou-se a permitir o controle do ato administrativo, mesmo quando a conduta fosse aparentemente compatível com a lei. Esse avanço está relacionado à mutação da noção clássica de legalidade para uma ideia de legitimidade, que exige também a obediência à moralidade e à finalidade pública. Tal concepção permite uma maior amplitude ao controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário, que pode, para invalidar um ato administrativo, avaliar sua adequação à finalidade pública e aos princípios que regem à Administração Pública, como a moralidade.

A presunção de legitimidade é relativa, trata-se de um meio de prova indireto em que o sistema considera provisoriamente provados os fatos que dão ensejo ao ato administrativo. A presunção pode ser afastada pela atuação de ofício da Administração (princípio da autotutela) ou pela impugnação administrativa ou jurisdicional. Se a Administração entender que as circunstâncias fáticas inexistiam, deverá, como regra, declarar a invalidade do ato por meio da

edição de outro ato administrativo. Nesse caso, a nova norma jurídica inserida no sistema afasta a presunção de validade da norma anterior, pois também é presumida conforme ao Direito.

Outro estudo importante sobre o tema encontra-se na obra *Legalidade e legitimidade* de Carl Schmitt.¹⁹ Ao escrever sobre a legitimidade de uma Constituição, o autor, destoando dos ensinamentos de Hans Kelsen, afirma que a legitimidade do texto constitucional não depende de sua criação em conformidade com as leis vigentes naquele período. O Poder Constituinte, no momento da elaboração da Constituição, teria a liberdade de estabelecer a disciplina normativa e a organização política do Estado. Historicamente, afirma Schmitt, seriam admissíveis duas formas de legitimidade: a dinástica, apoiada na autoridade do rei, e a democrática, sustentada na vontade popular.

A legitimidade da atuação do Estado, na visão de Schmitt, repousa no poder estatal de decisão, inclusive em momentos de exceção em que o Estado pode fazer leis, contrariando, se for o caso, a legalidade vigente. Esse poder decisório que legitima o Estado decorre da necessidade de continuidade da comunidade política que se encontra ameaçada em momentos de crise. Nessa esteira, a legitimidade não se confundiria com a legalidade. Enquanto no Estado de Direito a Administração Pública submetia-se à legalidade, hoje, no Estado Democrático de Direito, além do respeito à lei e à Constituição, deve a atividade administrativa pautar-se por uma legitimidade reforçada. O Direito Administrativo que outrora satisfazia-se com o princípio da legalidade, hoje requer ainda o respeito à legitimidade.

O estudo da legitimidade do Direito passa, indubitavelmente, pela compreensão do princípio democrático em sede administrativa. A legitimidade do Direito Administrativo, além de exigir o respeito aos direitos fundamentais, relaciona-se com a democratização da atuação administrativa.

2.3 Juridicidade

A exigência de que a lei predetermine de forma completa e absoluta toda a atuação da Administração é incompatível com a realidade posta, sendo indispensável a existência de uma margem decisória importante de ponderação e concretização das normas constitucionais. A juridicidade é apresentada como um conceito maior, que extrapola a compreensão tradicional da legalidade estrita, pois vincula a Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo (formado não apenas pelas leis, mas também pela Constituição e pelos princípios jurídicos), permitindo uma margem maior de autonomia, dentro dos limites apresentados pelo ordenamento.

Haverá casos em que a Administração pode, sim, agir na ausência de lei ou mesmo contra a lei. Desde que se atente para a finalidade do princípio da legalidade, torna-se ilógico proibir a atuação administrativa na ausência de lei em sentido estrito quando a consequência do agir for a expansão da esfera de direitos do cidadão e o cumprimento das normas constitucionais e/ou previstas em tratados de direitos humanos. O mesmo se diga sobre a atuação administrativa contra a lei em sentido estrito que se faça necessária para garantir a efetividade dos direitos fundamentais e humanos.

Segundo Fabrício Motta, o princípio da juridicidade altera a concepção clássica da legalidade administrativa e faz desnecessária "regra legal específica (leia-se: lei formal) para habilitar toda e qualquer ação administrativa". É evidente que com isso não se assume a desnecessidade de algum vetor normativo que oriente a ação administrativa, o que de resto seria incompatível com a lógica assumida no ordenamento jurídico de que o motor do poder público é o Direito, e não a vontade arbitrária de alguém. A função administrativa acontece segundo o ordenamento jurídico, mas nem sempre segundo uma lei em sentido estrito. Embora em relação a algumas matérias, como por exemplo aquelas de natureza sancionatória, a Administração ainda esteja vinculada à existência de lei em sentido estrito, produzida pelo Poder Legislativo está sepultado o entendimento segundo o qual a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei formal determina.

3. APLICAÇÃO PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Sabe-se que o Princípio da Legalidade previsto no Art. 37 da Constituição da República é aplicado a toda a Administração Pública Direta e Indireta e que no Art. 5º, II, também temos essa previsão para o particular.

Para o particular, há a permissão de se fazer tudo aquilo que a lei não proíba. Outrossim, para a Administração Pública, há que se fazer somente aquilo que a Lei permite. Daí, percebe-se que a Administração Pública, por atender o Interesse Público, possui menos liberdade que o particular, no que diz respeito ao princípio da legalidade. Em contrapartida, o interesse público se sobrepõe ao interesse particular.

Como exemplo da Aplicação Prática desse Princípio na Administração Pública, temos a Lei de Licitações e Contratos, que prevê como devem ser realizadas e os requisitos a serem preenchidos pelo Gestor Público para comprar e contratar. Ora, se assim não fosse, teríamos cada

Administrador Público fazendo à sua maneira uma compra, por exemplo, de equipamentos médicos para uma Unidade de Saúde.

Outro exemplo que se pode destacar, é a Lei 8.112/90, o Estatuto dos Servidores Públicos Federais, que obriga a Administração Pública a cumprir com os direitos e obrigações dos servidores públicos da União. Como o Princípio da Legalidade submete o Estado à lei, há a segurança para a sociedade de que os atos dos agentes públicos serão de acordo com o que está previsto na legislação e não conforme qualquer vontade pessoal.

No entanto, é preciso notar que a legalidade não se resume apenas à observância da lei, mas sim a todo o sistema jurídico. Fato que comprova essa afirmação é quando se analisa o Código Penal Brasileiro. Não há crime sem lei anterior que o defina. Essa é mais uma proteção que o Princípio aqui abordado concede aos administrados: o Estado não pode utilizar o seu poder de punir quaisquer pessoas por um crime não prevista na lei penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da legalidade nasceu com o Estado de Direito e quase que com ele se confunde.

Legalidade e controle judicial constituem os dois lados da mesma moeda e são essenciais para garantir os direitos individuais e coletivos previstos na Constituição.

Embora desde longa data superado o seu sentido original – levando os incautos a falarem em crise de legalidade – o princípio, que foi idealizado pelos filósofos da Revolução Francesa, proclamado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e previsto nas Constituições Brasileiras, desde a Constituição do Império, de 1824, mantém-se como o mais importante princípio do Estado de Direito, essencial para garantir a liberdade, a igualdade, a dignidade e todos os direitos fundamentais do homem.

Pela observância do princípio da legalidade é que são modelados todos os institutos do direito administrativo, postos à disposição da Administração Pública e dos particulares que com ela se relacionam. Os atos e contratos, os procedimentos, as funções administrativas (serviço público, polícia, fomento, intervenção e regulação), as competências dos órgãos e entidades administrativas, o controle, as infrações e respectivas sanções, tudo tem que ser definido e delimitado por lei.

Ainda que seja impossível a previsão expressa em lei de cada ato ou conduta administrativa, o princípio da legalidade, como vinculação positiva da Administração Pública à lei, ainda tem plena aplicação no sentido de que todos os atos, contratos ou condutas, inseridos

como função administrativa do Estado, praticados por qualquer dos três Poderes, têm que encontrar o seu fundamento no ordenamento jurídico.

A exigência de respeito à lei e a possibilidade de recurso ao Judiciário para assegurar a sua observância constituem a maior garantia de observância dos direitos do cidadão e são essenciais para a segurança jurídica e demais valores consagrados no preâmbulo da Constituição

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado.- 28. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang;

STRECK, Lenio Luiz (coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico) : direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.