

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

ROBERTO BOTELHO

é Advogado;

Mestre e Doutor em Direito, pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP;
Professor Titular em Cursos de Graduação e
Pós-Graduação, nas Cadeiras de Teoria Geral do
Estado, Direito Constitucional e Direito

Administrativo;

Bacharel em Ciências Jurídicas – Direito –, pelas
Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU; e
Major na Reserva da Polícia Militar do Estado de
São Paulo.

1 PROLEGÔMENOS

Antes de adentrarmos a discussão do tema ora proposto visualizamos, inicialmente, a real necessidade de efetuarmos algumas considerações.

Aproveitaremos a temática dos princípios administrativos, na forma que ganhou área, desde a sua inserção pelo Legislador Constituinte Originário federal, durante a Assembléia Nacional Constituinte, no “**caput**”, do art. 37, da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, nos seguintes e exatos termos:

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos

princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:¹

Apenas pela leitura do Texto Constitucional acima transcrito, vê-se que houve uma significativa marca, quanto aos princípios que devem reger as atividades administrativas.

Ainda, os referidos princípios são, hoje, colocados como uma verdadeira ***pedra-de-toque***, pois asseguram à Administração Pública e aos seus administrados, em geral, todas as garantias para que não ocorram atos eivados de abuso de poder ou desvio de finalidade, principalmente e agora no Estado Brasileiro, pelo que está no aporte da Constituição da República, em seu art. 1º:

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito ...”. (grifo do autor).

Sabemos que antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, a Administração Pública era considerada a verdadeira anfitriã de todo e qualquer ***“comportamento estatal”***, haja vista que de tudo fazia em seu interesse e, em muitas vezes, sem a efetiva participação direta do administrado, que não apenas seria, como o é, o alvo do comandamento infralegal.

Hoje, diferente de outros tempos não muito remotos, buscaremos e encontraremos em nosso Texto Constitucional, uma base segura para que possamos, então, tratar dos princípios administrativos.

É sempre conveniente lembrarmos que já estamos, no caso particular, um tanto quanto atrasados no início desse estudo, e diga-se, até mesmo, no próprio continente sul-americano.

2 CONCEITO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

¹ ***“Caput”***, com a redação determinada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998.

Será a partir daqui, que centraremos as nossas forças, no sentido de trazermos a lume os entendimentos sobre a conceituação do **princípio da legalidade** para, então, oferecermos uma conclusão ao tema ora proposto e que é objeto desse nosso estudo.

Buscaremos agora e de imediato, a assertiva de **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**:

“O princípio da legalidade explicita a subordinação da atividade administrativa à lei² e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público, noção, esta, que, conforme foi visto, informa o caráter da relação de administração. No Brasil, o art. 5º, inciso II, da Constituição dispõe: ‘Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’”.³

HELLY LOPES MEIRELLES, quanto ao tema, assim se posiciona:

“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou

² **Fritz Fleiner** esclareceu o sentido de Administração legal, afirmando: ***“A Administração legal significa então: Administração posta em movimento pela lei e exercida nos limites de suas disposições” (Principes Généraux du Droit Administratif Allemand, 1933, p. 87).***

Forsthoff encarece as relações entre o princípio da legalidade e liberdade individual ao considerar que na lei se assenta a garantia da liberdade individual, o que se verifica por uma dupla maneira: por um lado através do conhecimento de liberdades determinadas, tanto pela própria Constituição quanto através da legislação ordinária; por outro lado graças ao princípio da **legalidade da Administração**, ‘que não admite maiores intervenções na liberdade e propriedade além das que se acham legalmente permitidas. Este princípio se baseia na divisão de poderes e pressupõe que a Administração age embasada na lei (...)’”. (***Tratado de Derecho Administrativo***, pp. 252-253).

³ **MELLO**, Celso Antônio Bandeira de. ***Curso de direito administrativo***. 11ª ed., rev., atual. e ampl. de acordo com as Emendas Constitucionais 19 e 20, de 1998. São Paulo : Malheiros, 1999, p. 35.

desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”. ⁴ (grifo original).

Entre os dicionaristas, começaremos por **DE PLÁCIDO E SILVA**, que conceitua **legalidade** como sendo:

“Derivado do latim, de legais, quer exprimir a situação da coisa ou do ato, que se mostra dentro da ordem jurídica ou é decorrente de preceitos de lei.

É, pois, a ação exercida dentro da ordem jurídica ou na conformidade das regras e solenidades prescritas em lei.

A legalidade do ato, assim, decorre em ter sido executado consoante as formalidades e exigências legais, ou segundo os requisitos legalmente instituídos.

Por vezes, legalidade quer exprimir as próprias solenidades ou formalidades legais. E assim se diz: é feito ou foi feito com todas as legalidades, isto é, com atenção a todos os desejos ou requisitos da lei.

Em outros casos, exprime o próprio poder legal: está contra a legalidade ou contra o poder legal, que é o poder legalmente instituído”. ⁵ (grifos originais).

J. M. OTHON SIDOU conceitua **legal** como sendo:

“Adj. (Lat. legalis) Relativo ou conforme à lei. Cognatos: legalizar (v.), tornar legal; legalização (s.f.), ato ou efeito de converter em legal aquilo que não era; legalista (adj. e s. 2g.), referente às

⁴ **MEIRELLES**, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24^a ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1999, p. 82.

⁵ **SILVA**, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. v. III, Rio de Janeiro : Forense, 1996, p. 56.

*disposições legais; pessoa que luta pela observância das leis ou pela manutenção das instituições políticas; legalidade (s.f.), caráter do que é conforme às leis, ou ajustado ao direito legal; legalitário (adj.), cons.”.*⁶ (grifos originais).

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, quanto está trabalhando com o princípio da legalidade, expõe que:

“A submissão das relações humanas à lei é condição da convivência, de imemorial concepção. No Direito Privado prevalece a autonomia da vontade, agindo a lei como um limite da ação; no Direito Público não existe autonomia da vontade e a lei é o próprio e único fundamento da ação do Estado.

O Estado de Direito é, por definição, aquele que se submete às suas próprias leis; ‘suporta a lei que fizeste’ (legem patere quam fecisti), seria, na expressão consagrada de Duguit, o enunciado síntese desse princípio. O Estado autolimita-se e assegura à sociedade, que organiza e dirige, essa preciosa dádiva: a certeza jurídica.

É preciso ter e mente que a legalidade deve ser entendida sempre no sentido amplo, de submissão ao Direito, em todas as suas expressões.

*Em particular, o princípio da legalidade informa a teoria da relação jurídica administrativa, a teoria das nulidades e a teoria do controle”.*⁷ (grifos originais).

Nessa mesma esteira é que está o entendimento de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que assim se expressa:

⁶ SIDOU, J. M. Othon. Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4ª ed., Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1996, p. 457.

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 10ª ed. rev., atual e aum. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1992, p. 62.

“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 idéia expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles (1996:82) e corresponde ao que já vinha explicito 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’”.⁸.

Constata-se, portanto, que os tanto os lexicógrafos, como os festejados doutrinadores, são pacíficos, nos entendimentos que nos oferecem, por força da análise do conceito do princípio da legalidade.

3 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antes de adentrarmos ao estudo específico dos princípios que regem o processo administrativo, por ser oportuno, trataremos os ensinamentos profícuos de **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**,⁹ quando trata de análise acurada do que realmente é **princípio**, nos exatos e seguintes termos:

“Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema,

⁸ **PIETRO**, Maria Sylvia Zanella di. ***Direito administrativo***. 11. Ed., São Paulo : Atlas, 1999, p. 68.

⁹ **MELLO**, Celso Antônio Bandeira de. ***Curso de direito administrativo***. 11ª ed., rev, atual. e ampl. de acordo com as Emendas Constitucionais 19 e 20, de 1998. São Paulo : Malheiros, 1999, pp. 620-630.

verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.

E, na seqüência, dispara de forma objetiva e certa que:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada”.

Decorrente do Título II, de nosso Texto Constitucional Supremo de 5 de outubro de 1988, no que se relaciona a direitos e garantias fundamentais, podemos destacar para, então, podermos oferecer comentários aos princípios da igualdade ou isonomia, ao da **legalidade**, que é, exatamente, o que nos interessa, bem como ao da ampla defesa e ao contraditório.

À guisa de registro doutrinário, ofertaremos comentários rasos, sobre alguns princípios para, então e imediatamente, focarmos no cerne deste Trabalho.

Começaremos estudando a origem do princípio da isonomia, com os contornos dados pela **“Declaration des Droits de L’Homme et du Citoyen”**, de 25 de agosto de 1789,¹⁰ de onde decorreu o entendimento de que todos são iguais perante a lei e, como consequência, devem receber a gama de proteção que a Ordem Jurídica assegura ao cidadão comum.

Ainda, é **CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO**, quando está oferecendo uma análise a esse princípio, aponta a gama de possibilidades de sua aplicação, do seguinte modo:

“... no Estado liberal desenvolvido política e economicamente, por exemplo, a regra da igualdade perante a lei tem operado à guisa de vigoroso escudo de proteção do indivíduo contra os excessos de intromissão na liberdade por parte de governos intervencionistas, como em que o cânone isonômico passa a engrossar as fileiras da série de medidas e princípios garantidores da liberdade econômica formal nos sistemas de democracia capitalista. Pode-se também lançar mão do postulado igualitário para, com ele, obterem-se maiores conquistas no campo de justiça social, para tanto, emprestando-lhe um alcance renovado e consentâneo com a vocação humanista e socializante dos dias que correm, e desse modo desgarrando-o de suas origens e limitações burguesas”.¹¹

¹⁰ Está expresso pelo art. 1º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: ***“Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits; les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l’utilité commune”.***

¹¹ **CASTRO**, Carlos Roberto de Siqueira. ***O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional.*** Rio de Janeiro : Editora Forense, 1983, pp.64-65.

É claro que a atividade da Administração Pública tem de estar prevista na lei, de molde que o particular poderá fazer ou deixar de fazer tudo o que é permitido e o que não lhe for defeso, proibido; ¹² por outro lado, a Administração Pública só poderá realizar determinada atividade se houver calço legal ou regulamentar, que de suporte à realização daquela atividade administrativa.

PONTES DE MIRANDA, com conhecimento profundo sobre o assunto, disciplina com clareza peculiar que:

“... quando se diz que só a lei pode impor fazer-se, ou deixar de fazer alguma coisa, quer-se exprimir que não importa qual o conteúdo do ato. Se ao Estado importa que se faça, ou não se faça ‘alguma coisa’, que o diga em lei. Naturalmente, há as regras jurídicas inferiores à lei que se editam administrativamente, pelo estado de necessidade, que se revela, mas ainda é questão de legalidade e de poderem ou não ser editadas. ‘Serão em virtude de lei’. O decreto somente pode veicular ao ato ou à omissão se cabe na competência do Presidente da República, ou do Governador, ou de Prefeito a regra jurídica que se decreta. Dá-se o mesmo a propósito dos regulamentos: com eles se regula, não se legisla. Não se falou de instruções, nem de avisos, nem de portarias. A portaria lembra a ordem ou mando ao porteiro, ou aos porteiros. Pensar-se que a Justiça pode atribuir à portaria o que só a lei é dado editar-se é pensar-se que os juizes possam esquecer textos claríssimos da Constituição de 1967: ‘Ninguém pode ser obrigado a fazer ou

¹² O inc. II, do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 dispõe que **“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”**.

deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' (art. 153, § 2º)".¹³ (grifos originais).

À guisa de registro doutrinário, também, é que nos permitimo-nos trazer à colação, por ser oportuno, o disposto e que adere às duas situações acima mencionadas e que estão plasmadas em nosso Texto Magno Supremo, de 5 de outubro de 1988, respectivamente, no "**caput**", art. 5º, encontraremos o princípio da igualdade ou isonomia e, no "**caput**", do art. 37, encontraremos, dentre os princípios lá colacionados, o da **legalidade**, senão vejamos:

"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ...

...

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguintes:".¹⁴ (grifos do autor).

Conforme já citamos alhures, a Administração Pública tem de observar princípios específicos e insertos no Texto Constitucional federal de 5 de outubro de 1988.

Ainda, por força do próprio **princípio da legalidade**, inserto que está no "**caput**", do art. 37, da Carta Política federal de 5 de outubro de 1988, a Administração Pública, direta e indireta, deverá observar exatamente o que a norma especificou, não podendo ir além, ficar aquém ou fora daquele comandamento, sob pena do administrador

¹³ **PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição do Brasil. t. V, Rio de Janeiro : Editora Forense, 1987, p. 3.**

¹⁴ O "**caput**" está com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998.

público ou quem lhe faça as vezes ser responsabilizado nas quatro áreas: civil, penal ou criminal, administrativa ou disciplinar, e a política.

CONCLUSÃO

Trouxemos neste trabalho o entendimento dos dicionaristas e doutrinadores, pátrios e alienígenas, sobre o que é o **princípio da legalidade**.

Assim sendo, procedemos a uma pesquisa para, então, encontrarmos o significado deste princípio.

Demonstramos, dessa forma, as suas particularidades, bem como a designação específica que doutrinadores consagrados fazem, quando do estudo particularizado deste **princípio vetorial**, sobre os quais nos debruçamos.

Assim sendo, podemos chegar à conclusão de que, uma gama de autores trata o **princípio da legalidade** como sendo a condição indispensável e necessária à produção dos atos subseqüentes, dentro do exercício de atividades administrativas.

No entanto, cabe-nos observar que as particularidades deste princípio, bem como o seu alcance, para podermos afiançar que, por força de mandamento constitucional, ele, de modo algum, poderá ser desconsiderado pelo agente público, haja vista ser este – o agente público – um mero gestor da coisa pública.

BIBLIOGRAFIA

- BRASIL.** Constituição da República Federativa do Brasil : promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 23^a ed., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2000.
(Coleção Saraiva de legislação).
“Atualizada até a Emenda Constitucional n.º 23, de 02 de setembro de 1999, acompanhada de novas notas remissivas e dos textos, integrais, das Emendas Constitucionais e das Emendas Constitucionais de Revisão”.
- CASTRO,** Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional.* Rio de Janeiro : Editora Forense, 1983.
- MEIRELLES,** Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 24^a ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo : Malheiros Editores, 1999.
- MELLO,** Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 11^a ed., rev, atual. e ampl. de acordo com as Emendas Constitucionais 19 e 20, de 1998. São Paulo : Malheiros, 1999.
- MOREIRA NETO,** Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial.* 10^a ed. rev., atual e aum. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1992.
- PIETRO,** Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo.* 11^a ed., São Paulo : Atlas, 1999.
- PONTES DE MIRANDA.** *Comentários à Constituição do Brasil.* Rio de Janeiro : Editora Forense, t. V, 1987.
- SIDOU,** J. M. Othon. *Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas.* 4^a ed., Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1996.
- SILVA,** De Plácido e. *Vocabulário jurídico.* Rio de Janeiro : Forense, 1996, v. III.