



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

2ª Edição

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

Editora PUCSP

São Paulo

2022

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Vidal Serrano Nunes Júnior
DIRETORA ADJUNTA
Julcira Maria de Mello Vianna
Lisboa

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz
Nelson Nery Júnior

Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL | ISBN 978-85-60453-62-7

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico)

: direito administrativo e constitucional / coords. Vidal Serrano Nunes Júnior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de doze tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

INTRODUÇÃO

O texto trata do tema pertinente ao *princípio da legalidade*, mostrando a evolução por que passou desde o seu nascimento, com o Estado de Direito, sob inspiração dos ideais da revolução francesa, passando pelas transformações advindas com o Estado de Direito Social e, posteriormente, com os novos elementos introduzidos com o Estado de Direito Social e Democrático.¹

O princípio da legalidade foi elaborado a partir da instauração do Estado de Direito, na segunda metade do Estado Moderno. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello,² “enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de *qualquer Estado*, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é *específico do Estado de Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria”.

No entanto, a sua configuração não permaneceu estática no decurso do tempo. Os primeiros passos no sentido da submissão do Estado à lei foram dados ainda no período do Estado de Polícia; a sua consagração deu-se por influência dos princípios do liberalismo adotados pela Revolução Francesa; ganhou nova extensão com a formação do Estado de Direito Social; ampliou-se ainda mais com o Estado de Direito Social e Democrático, até chegar ao modelo atual, de constitucionalização do direito administrativo, especialmente dos princípios da Administração Pública.

Importa, portanto, analisar o princípio desde suas origens.

Além do nascimento e evolução do princípio da legalidade, em seus aspectos teóricos, o texto analisa também a evolução do tema no direito brasileiro, apontando o seu significado atual e analisando o princípio da reserva de lei, nas feições absoluta e relativa. E comenta também os limites da função normativa do Poder Executivo e das

¹ A análise do tema partiu de estudos elaborados por ocasião da tese sobre *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, defendida em 1990 na Faculdade de Direito da USP, e atualizada nas edições posteriores para acompanhar a evolução do princípio da legalidade até os dias atuais.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 102-103.

agências reguladoras diante do princípio da legalidade.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. A fonte do direito no período do Estado de Polícia	3
2. Origem do princípio da legalidade: o Estado de Direito.....	5
3. Uma primeira evolução do princípio da legalidade no Estado Social de Direito ...	9
4. O princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito	14
5. O princípio da legalidade no direito brasileiro.....	16
6. Influência da constitucionalização sobre o princípio da legalidade.....	21
7. Significado do princípio da legalidade.....	23
8. A função normativa do Poder Executivo diante do princípio da legalidade.....	27
9. A função normativa das agências reguladoras diante do princípio da legalidade.	29
10. Conclusões	31
Referências	32

1. A FONTE DO DIREITO NO PERÍODO DO ESTADO DE POLÍCIA

O Estado de Polícia foi um período da história em que o direito público ficou na penumbra, pois se esgotava “*em um único preceito jurídico, que estabelece um direito ilimitado para administrar*”, consoante palavras de Adolfo Merkl.³ Era um modelo estruturado sobre princípios *regis voluntas suprema lex* (a vontade do rei é a lei suprema), *quod principi placuit legis habet vigorem* (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei), *the king can do no wrong* (o rei não pode errar). A vontade do príncipe era soberana. Ele não se sujeitava à lei nem ao controle judicial.

³ MERKL, Adolfo. *Teoria general del derecho administrativo*, p. 96.

Segundo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandes,⁴ no período do Estado de Polícia, “*a fonte de todo Direito é a pessoa subjetiva do rei na sua condição de representante de Deus na comunidade, o que significa que pode atuar tanto por normas gerais como por atos singulares ou por sentenças contrárias àquelas*”.

Para combater o poder absoluto do príncipe, a doutrina alemã elaborou a *teoria da bifurcação da personalidade do Estado*. Ao lado do Estado, pessoa política, dotado de *jus imperii*, em relação ao qual se aplicava a teoria da irresponsabilidade, idealizou-se a figura do *Fisco*, que teria personalidade de direito privado e que administrava o patrimônio público como se fosse um particular atuando na administração de seus bens. O primeiro, associação política, pessoa jurídica de direito público, detinha poderes de mando e praticava atos de império. O segundo, praticando os chamados *atos de gestão*, submetia-se ao direito privado e, em consequência, a tribunais independentes, sem qualquer vinculação ao príncipe. Estes tribunais passaram a reconhecer, em favor do indivíduo, a titularidade de direitos adquiridos contra o fisco, todos eles fundamentados no direito privado. Mas o Estado, pessoa jurídica, enquanto poder público, continuava sem limitações estabelecidas pela lei e indemandável judicialmente pelos súditos na defesa de seus direitos.

A bifurcação da personalidade do Estado abrandou o sistema, mas não o extinguiu.

A essa bifurcação da personalidade jurídica do Estado correspondeu uma bifurcação de regimes jurídicos: de um lado, o *jus politiae* (direito de polícia) que, partindo da ideia de poder sobre a vida religiosa e espiritual do povo, concentrou em mãos do príncipe poderes de interferir na vida privada dos cidadãos, sob o pretexto de alcançar a segurança e o bem-estar coletivos; de outro lado, o *jus civile* (direito civil), que regia as relações do Fisco com os súditos e que ficava fora do alcance do príncipe, gerando direitos subjetivos que podiam ser assegurados por meio de controle judicial.

O grande mérito desse sistema foi o de submeter uma parte da atividade do Estado à lei e aos Tribunais. Não era ainda o direito público, então inexistente como ramo autônomo, mas sim o direito civil. Foi um primeiro passo no sentido de submeter a

⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, p. 410.

Administração Pública à lei e ao controle judicial.

2. ORIGEM DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: O ESTADO DE DIREITO

Na segunda metade do Estado Moderno, formaram-se os princípios do liberalismo, voltados para as garantias de liberdade dos cidadãos, sob influência dos princípios da Revolução Francesa. Como consequência da preocupação com a liberdade do homem, foi atribuída ao Estado a missão apenas de proteger a propriedade e a liberdade dos indivíduos, como se verifica pelos arts. 2º e 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Pelo art. 2º, “*o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão*”.

O art. 17 também protegia a *propriedade*, ao determinar que “*como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém pode dela ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização*”.

A posição do Estado tornou-se essencialmente negativa, pois ele não devia desrespeitar os direitos e liberdades inalienáveis do indivíduo. Foi a época do Estado abstencionista, do “*laissez faire, laissez passer*”, que impunha ao Estado uma posição mais passiva, em respeito à liberdade e à propriedade. Era um Estado que não intervinha na ordem social e econômica, mas prestava apenas os serviços essenciais.

Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,⁵ “*este Estado, em sua forma típica e original, caracteriza-se, primeiro, pelo reconhecimento de que o Poder é limitado por um Direito superior, que está fora de seu alcance mudar. Tal Direito, natural porque inerente à natureza do homem, constitui a fronteira que sua atuação legítima não pode ultrapassar. Visto do ângulo dos sujeitos (passivos) do Poder, esse Direito é um feixe de liberdades, que preexistem à sua declaração solene, e recobrem o campo da autonomia da conduta individual. Autonomia que é a regra, a qual sofre apenas as restrições*

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado de direito e o direito natural. *Estado de Direito e Constituição*, p. 12.

estritamente necessárias ao convívio social".

A ideia do *direito natural*, decorrente da natureza do homem e descoberto pela razão, está na base da concepção clássica do Estado de Direito.

Com a instauração do Estado de Direito, substituiu-se a ideia da vontade do rei como fonte de todo o Direito pela ideia da lei como resultante da vontade geral do povo, representada pelo Parlamento. Adotando-se o princípio da separação de poderes, tirou-se do Poder Executivo a capacidade de ditar leis gerais, já que estas constituem expressão da vontade geral; ao Executivo compete apenas editar atos singulares previamente disciplinados em lei.

Desse modo, o poder só é exercido de forma legítima quando resulta da lei. É a ideia que veio expressa, de forma clara, no art. 5º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

"A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que ela não ordena".

A norma completa-se com a do art. 7º, assim redigido:

"Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias serão castigados; porém todo cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência".

Por sua vez, a Constituição Francesa de 1791, no art. 3º, estabelece que "*não há na França autoridade superior à da lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência*".

Com tais normas, ficou consagrado o *princípio da legalidade*, que nasceu junto com o *princípio da separação de poderes* (que dá primazia ao Poder Legislativo, colocando os dois outros sob a égide da lei) e com o *princípio da igualdade* (pelo qual as leis devem ser iguais para todos, vedado qualquer tipo de discriminação).

De acordo com a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,⁶ "*três aspectos*

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, p. 27.

avultam no que tange à igualdade jurídica: a igualdade de todos perante o Direito, a obrigatória uniformidade de tratamento dos casos iguais e, face negativa, a proibição das discriminações”.

Paralelamente ao princípio da legalidade, surgiu a exigência de controle dos atos do poder público por órgão independente, dotado do atributo da imparcialidade. Legalidade e controle judicial passaram a constituir os dois lados da mesma moeda.

No livro da *Discrecionariiedade Administrativa na Constituição de 1988*,⁷ no qual expusemos a evolução do princípio da legalidade, assim resumimos os pontos fundamentais da concepção clássica do Estado de Direito, tal como concebido à época do liberalismo:

1. o reconhecimento da *liberdade* dos cidadãos, dotados de direitos fundamentais, universais, inalienáveis;
2. o princípio da *legalidade*, segundo o qual ninguém pode ser afetado em sua liberdade senão em virtude de lei e que traz, como consequência, a vinculação da Administração Pública à lei;
3. o princípio da *judicialidade*, que exige a existência de um órgão independente para decidir os litígios;
4. o princípio da *igualdade* de todos perante a lei, vedado qualquer tipo de discriminação;
5. a concepção *substancial* do direito que, fazendo-o decorrer da natureza do homem, imprime-lhe caráter de justiça.

Na mesma obra, demonstramos que o princípio da legalidade, em suas origens, coadunava-se com os princípios do liberalismo e, por isso mesmo, não tinha a mesma extensão que adquiriu em fase subsequente.

Mantiveram-se algumas ideias herdadas do Estado de Polícia e, em especial, da teoria da bifurcação da personalidade do Estado; tal foi o reconhecimento de que a Administração Pública tem uma esfera de atuação livre de vinculação à lei e livre de qualquer controle judicial. Era a ideia de discrecionariiedade (como poder político, isento de controle judicial), própria daquele período, e que teve que ser compatibilizada com o princípio da legalidade administrativa. A consequência foi que este último teve que

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionariiedade administrativa na Constituição de 1988*, p 10.

receber interpretação mais liberal do que a hoje adotada, aproximando-se do princípio da autonomia da vontade que prevalece nas relações jurídicas entre particulares: *a Administração podia fazer não só o que a lei expressamente autorizasse, como também tudo aquilo que a lei não proibisse.*

Tal entendimento do princípio ficou expresso na parte inicial do art. 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em cujos termos “*a lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade...*”.

Essa concepção da legalidade, que gerou consequências funestas, ficou conhecida como *doutrina da vinculação negativa da Administração*, já que, por ela, a lei apenas impõe barreiras externas à liberdade de autodeterminação da Administração Pública.

Vinício Ribeiro⁸ ensina que “*naquelas alturas a Administração encontrava-se limitada não só pelo texto legal, como pelo limite externo constituído pelos direitos subjetivos dos particulares; primeiramente, no entanto, as atenções voltaram-se para os direitos subjetivos; a lei definia apenas as esferas jurídicas dos cidadãos como limites ao arbítrio da Administração. Esta, dentro dos limites referidos, gozava de liberdade, de uma esfera de irrelevância ou indiferença jurídica, que era ainda a continuação do estado de coisas do regime de polícia. Além disso, o Parlamento era o órgão próprio e suficiente que arcava com a função legislativa*”.

García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández⁹ apontam dois fundamentos para essa postura: um, de raízes históricas, pois representa “*um eco da nefasta doutrina do ‘princípio monárquico’, que pretende justificar, na condição histórica do monarca como chefe do Executivo, um princípio de liberdade autonômica na organização e no funcionamento da Administração, que a liberaria da lei, postulada pelo princípio democrático e pela doutrina genuína da separação dos poderes*”. A outra razão, que operou talvez de modo preponderante, foi “*a interpretação heterodoxa da divisão de poderes que lança o constitucionalismo francês desde suas origens e que se expressa na isenção jurisdicional do Executivo, e na tendência ao fortalecimento daí resultante*”.

⁸ RIBEIRO, Vinício. *O Estado de Direito e o princípio da legalidade da Administração*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1981, p. 55.

⁹ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, pp. 415-416.

Com efeito, os revolucionários interpretaram o princípio da separação de poderes de forma bastante rigorosa, entendendo que os atos do Poder Executivo não podiam ser apreciados pelo Poder Judiciário, daí resultando a formação do sistema de dualidade de jurisdição, ainda hoje adotado na França e em outros países que nele se inspiraram, e que acabou favorecendo o fortalecimento do Poder Executivo. Daí a tese de que só o Parlamento pode baixar normas gerais, porque só ele representa a vontade do povo. Daí também a ideia de que uma parte da atividade administrativa – não pertinente aos direitos individuais – estaria livre de submissão à lei e ao controle judicial.

3. UMA PRIMEIRA EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ESTADO SOCIAL DE DIREITO

A primeira evolução do princípio da legalidade deu-se com a superação dos princípios do liberalismo, em decorrência das consequências nefastas que gerou: profunda desigualdade social, com a formação de grandes monopólios, surgimento do proletariado, em condições de miséria, doença, ignorância, que tendiam a acentuar-se com o modelo de Estado não intervencionista.

Em decorrência disso, alguns Estados passaram a adotar regimes totalitários, enquanto outros preferiram adotar o modelo do *Estado de Direito Social*, que não deixa de ser Estado de Direito (que protege os direitos individuais, mediante a sujeição do Estado à lei e ao controle judicial), mas que passa a preocupar-se também com o bem-comum. Nesse modelo, também chamado de Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, o Estado assume novo papel: a missão de buscar a igualdade entre os homens, perdida com o liberalismo; para alcançar esse objetivo, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos. A preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade.

Segundo Jean-Jacques Chevallier,¹⁰ “o princípio democrático, longe de contribuir para frear a expansão estatal, vai, ele mesmo, servir de poder propulsor; é a favor do exercício das liberdades políticas e sob a pressão dos eleitores que vão ser

¹⁰ CHEVALLIER, Jean-Jacques. L'État de droit. *Revue du droit public et de la science politique*, v. 2, p. 376.

consagrados os direitos novos”, no campo social e econômico. Acrescenta o autor que “o Estado vai ver erguerem-se as barreiras que entravam sua atuação: não há mais ‘espaço privado’ protegido, ‘sociedade civil’ preservada de suas ingerências; o Estado vê a ele atribuir-se uma função de regulamentação global, que o leva a imiscuir-se nas relações sociais de toda natureza, sem se deixar deter por um princípio de liberdade do comércio e da indústria transformado, no fim dos anos, em uma concha vazia”.

A consequência foi a mudança do papel do Estado, que teve que abandonar a sua posição passiva e começar a atuar no âmbito das atividades antes exercidas exclusivamente por particulares. Ampliou-se a intervenção na ordem econômica e social. Aumentou o rol de serviços públicos a cargo do Estado. Ampliou-se o poder de polícia, que deixou de se exercer apenas na manutenção da ordem pública, e passou a atuar em todos os ramos da atividade privada.

Paralelamente à essa mudança no papel do Estado, ocorreu também profunda alteração no mundo do Direito, que passou a ter notável desenvolvimento no ramo publicístico e com reflexos também no direito privado e seus princípios fundamentais, dando início ao que se chamou de publicização do direito civil. Enquanto o individualismo, próprio do período do Estado liberal, tomou conta do direito privado, o socialismo, próprio do Estado Social, instalou-se no campo do direito público, em especial do direito administrativo, que deixou de ser um corpo de normas garantidoras apenas das liberdades individuais, para transformar-se num corpo de normas disciplinadoras de toda a atuação da Administração Pública,¹¹ sempre com vistas à consecução do bem comum. Isto não significa que os direitos individuais deixassem de ser reconhecidos e protegidos; pelo contrário, estenderam o seu campo, de modo a abranger direitos sociais e econômicos.

Por outro lado, o acréscimo de funções a cargo do Estado – que se transformou em Estado prestador de serviços, em Estado empresário, em Estado investidor – trouxe como consequência o fortalecimento do Poder Executivo e, inevitavelmente, sérios golpes ao princípio da separação de poderes. Já não se vê mais o Legislativo como único Poder de onde emanam atos de natureza normativa. O grande volume de atribuições assumidas pelo Estado concentrou-se, em sua maioria, em mãos do Poder Executivo que,

¹¹ Cf. RIBEIRO, Vinício. *O Estado de Direito e o princípio da legalidade da Administração*, p. 60.

para atuar, não podia ficar dependendo de lei, a cada vez, já que sua promulgação depende de complexo e demorado procedimento legislativo.

Como consequência, passou-se a conferir atribuição normativa ao Poder Executivo, que veio a exercer essa competência por meio de decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos, medidas provisórias. O legislador, em inúmeros casos (especialmente no direito norte-americano), passou a adotar a técnica de editar fórmulas gerais, “*standards*”, para serem completados pelo Executivo; este deixou de ser apenas um *executor* de normas postas pelo Legislativo.

O direito natural deixou de estar na base do direito positivo. A escola do voluntarismo jurídico, que defende a ideia de um direito resultante da razão, substituiu a escola de direito natural, segundo a qual o direito positivo aparece vinculado a direitos inalienáveis, eternos, independentes da vontade do homem. O direito desvincula-se da ideia de justiça, passando a lei a constituir apenas uma ordem. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho,¹² essa nova forma de conceber o Direito inspira-se em Thomas Hobbes que, no *Leviathan*, afirmava que a lei não é um conselho, é uma ordem; é a lei que determina o justo, não é o justo que faz a norma.

A mesma ideia encontra-se em Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*. Segundo ainda ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,¹³ a doutrina positivista de Kelsen “*exprime o Estado legal. O Direito nada mais é do que norma coativa estabelecida pela autoridade. Esta é quem como tal estabelece a Constituição, fundada no pressuposto lógico-transcendental (adotado por Kelsen) de que devemos nos conduzir como a constituição prescreve*”. Por essa razão, entende o autor que *o Estado de Direito se transformou em Estado Legal*.

Realmente, em sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen deixa clara a sua intenção de retirar ao direito qualquer conteúdo axiológico. Logo no preâmbulo afirma que sua tarefa é a de desenvolver uma “*teoria pura do direito, isto é, uma teoria depurada de toda ideologia política e de todo elemento científico-cultural, e consciente de sua peculiaridade em razão da legalidade própria de seu objeto*”. E acrescenta que “*desde o princípio teve por meta elevar a jurisprudência, que aberta ou ocultamente se dissolvia*

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, p. 41.

¹³ *Idem*, p. 42.

quase por completo no racionalismo jurídico-político, à altura de uma ciência autêntica, de uma ciência do espírito”.

Sob o ponto de vista do princípio da legalidade, o Estado de Direito Social (ou Estado Legal) apresenta avanços e retrocessos. Ele representa um avanço na medida em que coloca toda a atividade da Administração Pública sob a égide da lei. Aí foi grande a influência do positivismo jurídico, que não podia conceber uma Administração Pública desvinculada da lei. Enquanto na fase inicial do Estado de Direito (época do liberalismo) se reconhecia à Administração Pública ampla discricionariedade (como poder político) no espaço livre deixado pela lei, no período do Estado Social de Direito a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa; o princípio da legalidade ganhou sentido novo, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite. A discricionariedade passou a ser vista como um *poder jurídico*, limitado pela lei.

Segundo ensinamento de Adolfo Merkl,¹⁴ que foi um dos primeiros, no direito administrativo, a seguir a lição de Kelsen, “*o sentido jurídico do princípio da legalidade consiste em que cada uma das ações administrativas se acha condicionada por uma lei formal, da qual deve resultar a licitude ou a necessidade jurídica da ação administrativa em questão*”. Diz ele, ainda, ao tratar do princípio da juridicidade da administração, que “*toda ação administrativa concreta, se quer ter-se a certeza de que realmente se trata de uma ação administrativa, deverá ser examinada sob o ponto de vista de sua relação com o ordenamento jurídico. Só na medida em que possa ser referida a um preceito jurídico ou, partindo do preceito jurídico, possa derivar dele, manifesta-se essa ação como função jurídica, como aplicação do direito e, devido à circunstância de que esse preceito jurídico tem que ser aplicado por um órgão administrativo, mostra-se como ação administrativa. Se uma ação que se pretende apresentar como ação administrativa não pode ser legitimada por um preceito jurídico que prevê semelhante ação, não poderá ser compreendida como ação do Estado*”.

Com essa extensão do princípio da legalidade a toda a atuação administrativa, o princípio da vinculação negativa, aplicado no período inicial do Estado de Direito, é substituído pelo *princípio da vinculação positiva da Administração Pública à lei*, traduzido pela conhecida fórmula segundo a qual *a Administração Pública só pode fazer*

¹⁴ MERKL, Adolfo. *Teoria general del derecho administrativo*, p. 223.

o que a lei permite.

Como consequência, a discricionariedade deixa de ser vista como poder político, livre de submissão à lei e ao controle judicial, e assume a natureza de poder jurídico, já que limitado pela lei. Esta não é mais uma barreira externa, fora da qual a Administração pode agir livremente, já que toda a atuação administrativa passou a desenvolver-se dentro de um círculo definido pela lei. Fora desse círculo nada é possível fazer.

Esse foi o avanço do princípio da legalidade.

Mas ele também experimentou algum retrocesso, pois a lei deixou de ser manifestação da vontade geral do povo e instrumento de garantia dos direitos fundamentais, na medida em que o Poder Legislativo deixou de ser o único a editar normas legais, assumindo uma posição de dependência em relação ao Executivo, além de promulgar leis em sentido apenas formal, desvinculadas da ideia de justiça.

Conforme demonstramos no livro *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*,¹⁵ inúmeros aspectos negativos costumam ser apontados pelos doutrinadores como decorrentes do Estado Social de Direito: (i) a perda da preeminência do Poder Legislativo em favor do Executivo, tendo em vista que mecanismos foram criados na estrutura dos três Poderes, gerando dependência administrativa e financeira do Legislativo e Judiciário em relação ao Executivo, isto sem falar na preeminência, sob o aspecto político, da figura do Presidente da República sobre os membros dos demais Poderes; (ii) a perda do prestígio e da grandeza da lei, em decorrência de sua desvinculação dos princípios do direito natural e da ideia de justiça, passando de instrumento de realização do bem comum para instrumento da realização da vontade de grupos, de classes, de partidos; (iii) a perda, em grande parte, do caráter de generalidade, abstração, impessoalidade da lei, já que ela passa a atender interesses parciais da sociedade ou de grupos;¹⁶ (iv) outorga de função normativa ao Poder Executivo, que passa a editar normas com a mesma força da lei, gerando instabilidade e desconfiança que acentuam a preeminência do Poder Executivo sobre o Legislativo em matérias da maior relevância para os direitos individuais e para o bem-estar coletivo; (v) enfraquecimento do Poder Judiciário, na medida em que passa a examinar a lei apenas sob o aspecto formal,

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, pp. 18-20.

¹⁶ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, pp. 45-48.

sem qualquer preocupação com seu conteúdo material, desvinculado que ficou dos princípios de direito natural que estavam presentes nas origens do Estado de Direito.

4. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado de Direito nasceu *liberal*, voltado para a contenção do poder em benefício da *liberdade*, da proteção dos direitos individuais. Daí a expressão *Estado Liberal de Direito*. Formou-se com base nos princípios da separação de poderes, da legalidade, da isonomia, da judicialidade.

A esses aspectos o Estado Social de Direito acrescentou a preocupação com o bem comum e trouxe em seu bojo a ampliação do princípio da legalidade, que passou a abranger, não só a lei, mas também os atos normativos postos pelo Poder Executivo.

Nova fase do Estado de Direito foi introduzida com a instituição do modelo de *Estado Democrático de Direito*, adotado na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, e, dentre outras, na Constituição Portuguesa de 1976, na Constituição Espanhola de 1978 e na Constituição Brasileira de 1988.

A Lei Fundamental da Alemanha determina, no art. 20, § 3º, que “*o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito*”. A referência à *lei* e ao *direito* significa que o princípio da legalidade ganhou nova amplitude, porque passou a exigir a submissão da Administração Pública à lei e aos valores, princípios e fins previstos de forma implícita ou explícita na Constituição.

Além disso, a Lei Fundamental inicia com a proclamação dos direitos fundamentais, afirmando, no art. 1º:

1. *A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la é obrigação de todo poder público.*
2. *O povo alemão reconhece, portanto, os direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamentos de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.*
3. *Os direitos fundamentais a seguir discriminados constituem direito diretamente aplicável para os poderes legislativo, executivo e judiciário.*

Na Introdução dessa Constituição, publicada pelo Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal de Bonn, de 1986, afirma-se que “*suas normas não se esgotam com princípios sobre estrutura e função da organização pública. A Lei Fundamental é bem mais do que isso, um ordenamento de valores que reconhece na defesa da liberdade e da dignidade humana o seu mais elevado bem jurídico. Sua concepção do homem, contudo, não é a do indivíduo autocrático, mas a da personalidade integrada na comunidade e a esta vinculada de múltiplas formas. Como expressão de que seja tarefa do Estado servir ao ser humano, os direitos fundamentais abrem a Lei Fundamental*”.

A Constituição Espanhola de 1978, no art. 103.1, estabelece que a Administração Pública serve com objetividade aos interesses gerais e atua com *submissão plena à lei e ao Direito*.

Por sua vez, a Constituição Portuguesa de 1976, no art. 2º, determina que “a República Portuguesa é um *Estado de Direito Democrático*, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia de expressão e organização política democrática...”. Depois, no art. 266, coloca os princípios fundamentais a que se submete a Administração Pública, afirmando que ela visa “*a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos do cidadão*”; pelo item 2, “os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar com *justiça e imparcialidade no exercício das suas funções*”.

E ainda, na parte relativa aos direitos e deveres fundamentais, o art. 16 determina que “*os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional*”; e que “*os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*”.

O importante a assinalar com relação ao Estado de Direito Democrático foi a *ampliação do princípio da legalidade*, que passou a abranger, não só os atos normativos, mas também os princípios e valores previstos de forma expressa ou implícita na Constituição. Essa ampliação do princípio da legalidade acarretou a redução da discricionariedade administrativa e, em consequência, a ampliação do controle judicial sobre os atos da Administração Pública.

5. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

No direito positivo brasileiro, o princípio da legalidade foi consagrado desde a Constituição Imperial, de 1824, cujo art. 179, I, já determinava que “*nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de Lei*”.

Gilmar Ferreira Mendes,¹⁷ em comentário ao art. 5º, II, da atual Constituição, ensina que “*no primeiro quartel do século XIX, a Constituição Imperial de 1824 incorporou o postulado liberal de que todo o Direito deve expressar-se por meio de leis. Essa ideia inicial de ‘Império da Lei’, originada dos ideários burgueses da Revolução Francesa, buscava sua fonte inspiradora no pensamento iluminista, principalmente em Rousseau, cujo conceito inovador na época trazia a lei como norma geral e expressão da vontade geral (volonté general)*”. E acrescenta que “*a generalidade de origem e de objeto da lei (Rousseau) e sua consideração como instrumento essencial de proteção dos direitos dos cidadãos (Locke) permitiu, num primeiro momento, consolidar esse então novo conceito de lei típico do Estado Liberal, expressado no art. 4º da Declaração de Direitos de 1789: ‘A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica ao outro. O exercício dos direitos naturais de cada homem não tem mais limites que os que asseguram a outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Estes limites somente podem ser estabelecidos pela lei’*”.

A mesma norma contida na Constituição de 1824 repetiu-se nas Constituições posteriores, com ressalva para a de 1937. Na atual Constituição, consta do art. 5º, II, em cujos termos “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”.

Além disso, a Constituição de 1988 inovou ao introduzir em seu texto um capítulo específico dedicado à Administração Pública. No art. 37, indicou os princípios a que se submete a Administração Pública, dentre os quais o da *legalidade*. Inúmeros dispositivos da Constituição contêm aplicação do mesmo princípio, como o art. 5º, XXXIX, pelo qual “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia*

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 243.

cominação legal”; e o art. 150, I, pelo qual é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “*exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça*”; em matéria de servidores públicos, o art. 37 exige lei para a fixação e alteração da remuneração e dos subsídios dos servidores públicos (inciso X) e para a criação de autarquia (inciso XIX); o art. 61, § 1º, exige lei para a criação de cargos, empregos ou funções (inciso II, “a”) e para a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública (inciso II, “e”). Isto para mencionar apenas alguns exemplos.

Na própria legislação infraconstitucional existe previsão expressa do princípio da legalidade em várias leis. É o caso, por exemplo, da Lei de Processo Administrativo federal (Lei 9.784, de 29.01.1999), que, no art. 2º, *caput*, dá o elenco dos princípios do processo administrativo, incluindo dentre eles o da legalidade; no parágrafo único, I, é expressa ao exigir “*atuação conforme a lei e o Direito*”. Também a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666, de 21.06.1993) faz expressa menção ao princípio da legalidade em seu art. 3º.

No direito brasileiro, embora a norma do art. 5º, II, venha da Constituição Imperial de 1824, o princípio da legalidade acompanhou a evolução que se verificou em outros sistemas jurídicos que adotaram o modelo do Estado de Direito.

Pela análise das diferentes fases por que passou o princípio da legalidade, verifica-se que, em um primeiro momento, do Estado de Direito Liberal, a legalidade equiparava-se ao princípio da autonomia da vontade, próprio das relações entre particulares, significando que a Administração Pública pode fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a ideia expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles¹⁸ e que corresponde ao que já vinha explícito no art. 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*”. A mesma ideia resultava do art. 5º da mesma Declaração, pelo qual “*a lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene*”.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 86.

Além disso, a legalidade, nesse primeiro período, não abrangia toda a atividade administrativa do Estado, restando, por herança do período do Estado de Polícia, uma órbita de atuação livre da submissão à lei e ao controle judicial.

Em um segundo momento, do Estado de Direito Social (instaurado no Brasil a partir da Constituição de 1934 e revigorado na Constituição de 1946), passou o princípio a ser visto como vinculação positiva à lei, de tal modo que *a Administração Pública só pode fazer o que lei permite*. Além disso, a legalidade ganhou maior amplitude, uma vez que, com a outorga de função normativa ao Poder Executivo, a submissão da Administração passou a se dar, não só em relação à lei, como ato do Poder Legislativo, mas também aos atos normativos do Poder Executivo com força de lei, como os regulamentos autônomos, os decretos-leis, as medidas provisórias. É o chamado “*bloco de legalidade*” e que, na realidade, está contido na exigência de que a Administração se submeta à lei e ao Direito.

A Constituição de 1988, de um lado, adotou o modelo de Estado Democrático de Direito, com a inclusão de valores e princípios no conteúdo do princípio da legalidade, para imprimir-lhe conteúdo de justiça e dar à lei um sentido material, além do puramente formal; de outro lado, reduziu a força dos atos normativos do Poder Executivo, no que diz respeito aos regulamentos autônomos, que deixaram de existir no direito brasileiro.

O modelo de Estado Democrático, referido no preâmbulo da Constituição, é afirmado no art. 1º, *caput*, e reafirmado no parágrafo único,¹⁹ sendo ainda confirmado pelo art. 3º, que atribui à República, entre outros objetivos, o de garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; isto sem falar no art. 6º, que garante os direitos sociais, e no Título VIII, referente à ordem social, que tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193), com normas voltadas para a seguridade social, educação, cultura, adolescentes, idosos e índios; na maioria dos casos, o Estado desenvolverá atividades com participação

¹⁹ “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 e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

da coletividade interessada, acentuando-se o caráter democrático com que se exercerá a função administrativa do Estado.

Por sua vez, o modelo de *Estado de Direito*, também referido no art. 1º, significa que *toda atividade estatal está submetida à lei e ao direito*, cada um dos Poderes exercendo suas atribuições com independência em relação aos demais, e cabendo ao Judiciário, cercado de garantias de imparcialidade e independência, apreciar a legalidade dos atos da Administração e a constitucionalidade de leis e atos normativos editados pelos demais Poderes.

O novo modelo veio para atender ao ideal de transformar o Estado Legal em Estado de Direito, novamente vinculando a lei aos ideais de justiça; o objetivo é o de submeter o Estado ao *Direito* e não à lei em sentido puramente formal. A lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784, de 29.01.1999), depois de incluir o princípio da legalidade no *caput* do art. 2º (que dá um rol de princípios que devem ser observados nos processos administrativos), no parágrafo único, inciso I, do mesmo dispositivo exige seja observado o critério de “*atuação conforme a lei e o Direito*”.

Nas palavras de José Afonso da Silva,²⁰ “*a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político, de onde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de justiça material), fundante de uma sociedade democrática qual seja a que instaura um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção*”.

A lei, no Estado de Direito Democrático, tem sentido *formal*, pelo fato de que emana do Poder Legislativo (ressalvadas algumas hipóteses previstas na Constituição, como é o caso das leis delegadas e medidas provisórias) e sentido também *material*, porque lhe cabe o papel de realizar os valores consagrados pela Constituição sob a forma de princípios fundamentais.

Essas ideias foram inseridas com muita clareza no preâmbulo da Constituição,

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*, p. 105.

que faz referência a inúmeros valores a serem alcançados pelo Estado Democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

Nesse Preâmbulo estão contidos os valores essenciais que constituem fundamento de todo o sistema jurídico brasileiro e cuja observância se impõe ao Estado no exercício de suas funções: legislativa, judicial e administrativa.

Demonstramos, no já referido livro *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, a preocupação da doutrina em realçar a importância do preâmbulo de uma Constituição, precisamente por consagrar determinados valores fundamentais que estão na base de todo o direito. Alguns chegam a afirmar a força obrigatória do preâmbulo. Georges Vedel e Pierre Delvolvé²¹ afirmam que a opinião mais exata é no sentido de que “em todas as suas disposições, tendo natureza de prescrições, o Preâmbulo e os textos aos quais ele remete possuem regras de direito positivo, de natureza constitucional”. Os autores citam jurisprudência em que o Conselho de Estado francês admite o valor jurídico das disposições do Preâmbulo, que invoca como fonte positiva e constitucional para explicar o alcance jurídico dos “princípios gerais do direito perante a Administração”.

Héctor Jorge Escola²² também realça a importância do preâmbulo como meio de definir os fins de interesse público que o Estado deve alcançar. Em sua obra, transcreve frase de Story, segundo a qual “é uma máxima admitida no curso ordinário da justiça que o preâmbulo de um estatuto revela a intenção do legislador, faz conhecer os males que quis remediar e o fim que quis alcançar”.

José Cretella Júnior²³ mostra que as opiniões de juristas brasileiros a respeito dividem-se em dois grupos distintos, o primeiro acentuando a importância do Preâmbulo, ressaltando-lhe a relação com os dispositivos do texto; o segundo, procurando minimizar a relação entre a peça vestibular e o próprio texto articulado. Em sua opinião, “como o

²¹ VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*, p. 376.

²² ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, p. 255.

²³ CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*, pp. 76-77.

Preâmbulo é elemento integrante da Constituição, assim que promulgada não há a menor dúvida de que a ele se deve recorrer, quando surgem problemas de hermenêutica, desde que, nessa peça vestibular ou introdutória, haja princípios que se relacionem mesmo de modo direto ou indireto com os dispositivos constitucionais questionados”.

Assiste razão ao mestre. Adotando o modelo de Estado de Direito Democrático, em que existe a preocupação de imprimir conteúdo material à lei, o Preâmbulo, embora não contenha comandos, com imposição de obrigações ou proclamação de direitos, contempla uma série de valores considerados essenciais para o cumprimento dos fins do Estado e que, por isso mesmo, constituem fatores determinantes na interpretação sistemática das normas constitucionais.

Com a instauração do Estado de Direito Democrático, na Constituição de 1988, manteve-se o *princípio da vinculação positiva à lei*, com a ideia de que a Administração Pública só pode fazer o que a lei determina. Porém, mais uma vez, ampliou-se o princípio da legalidade, com a inclusão, ao lado da lei, de valores e princípios previstos de forma expressa e implícita na Constituição. A consequência é a maior limitação à discricionariedade, tanto legislativa como administrativa, e a ampliação do controle pelo Poder Judiciário, que passou a examinar aspectos que antes lhe eram vedados.

Como se verá, o princípio da legalidade, no Estado Democrático de Direito, compreende um sentido restrito, que corresponde à chamada *reserva de lei* (para as matérias que só podem ser disciplinadas por lei), e um sentido amplo, que abrange princípios e valores, cujo principal papel é o de reduzir as opções do poder público, no exercício de sua competência discricionária.

6. INFLUÊNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Embora o vocábulo *constitucionalização* comporte diferentes significados, o que ora 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,²⁴ 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”.

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).

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*, p 362.

Daí poder-se afirmar que, no direito positivo brasileiro, o princípio da legalidade também sofreu ampliação, que permite falar em submissão à *lei e ao Direito*, na famosa fórmula adotada na Constituição Alemã de 1949.

7. 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,²⁵ 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

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 108.

²⁶ In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 244 e ss.

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 *supralegalidade*, 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

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 247.

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 supra mencionadas), 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*,²⁹ 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 referidas 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,*

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 245.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, pp. 156-162.

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,³⁰ *“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.³¹ 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.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 162.

³¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 122.

O terceiro significado corresponderia a uma reserva legal muito estrita, que excluiria qualquer regulamentação por parte da Administração. Nas palavras de Odete Medauar,³² o terceiro significado “*traduz uma concepção rígida do princípio da legalidade e corresponde à ideia de Administração somente executora da lei. Hoje não mais 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.

8. A FUNÇÃO NORMATIVA DO PODER EXECUTIVO DIANTE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A Constituição de 1988, de um lado, adotou o modelo de Estado Democrático de Direito, com a inclusão de valores e princípios no princípio da legalidade (considerado em sentido amplo); de outro lado, reduziu a força dos atos normativos do Poder Executivo, no que diz respeito aos regulamentos autônomos,³³ que deixaram de existir no direito brasileiro.

Quanto a esse aspecto, o direito brasileiro afasta-se da sistemática adotada em outros países, como a França, que adota o *regulamento autônomo*, com a mesma força da lei, nas matérias expressamente indicadas na Constituição. Também nos Estados Unidos

³² *Idem*, p. 122.

³³ *Regulamento autônomo ou independente* é o que inova na ordem jurídica, porque estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei. Opõe-se ao *regulamento executivo*, que complementa a lei ou, nos termos do art. 84, IV, da Constituição, contém normas para “fidel execução da lei”.

reconhece-se a competência das agências reguladoras para baixar regulamentos com força de lei.

Com efeito, no direito brasileiro, os atos normativos do Poder Executivo, ressalva feita às medidas provisórias e às leis delegadas, não têm, a partir da Constituição de 1988, a mesma força obrigatória que as leis, tendo em vista que não existe mais fundamento constitucional para os chamados regulamentos autônomos, agasalhados na Constituição anterior. Todos os atos normativos do Poder Executivo e dos órgãos e entidades da Administração Pública, baixados por meio de decretos, portarias, resoluções, instruções, dentre outros, colocam-se em posição hierárquica subordinada à lei.

Na Constituição de 1967, o art. 81, V, outorgava competência ao Presidente da República para “*dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal*”, única hipótese de decreto dessa natureza agasalhada expressamente na legislação; tratava-se de decreto autônomo sobre matéria de organização da Administração Pública. A atual Constituição, no art. 84, VI, na redação original previu a mesma competência para “*dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal*”, porém “**na forma da lei**”. Vale dizer que a competência regulamentar supõe a existência de lei prévia.

Além disso, o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, revogou, a partir de 180 dias da promulgação da Constituição, sujeito esse prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange à ação normativa.

A Emenda Constitucional 32, de 11.09.2001, alterou o art. 84, VI, da Constituição, para dar competência privativa ao Presidente da República para dispor, mediante decreto, sobre “*organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos*”.

Pode-se dizer que essa é a única hipótese de regulamento autônomo que tem fundamento constitucional, assim mesmo bastante restrita devido às limitações contidas no dispositivo. Outra restrição também decorre do art. 61, § 1º, II, “e”, que faz depender de lei de iniciativa do Presidente da República “*a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública*”. Vale dizer que o Poder Executivo não pode, por meio de decreto, criar Ministérios e órgãos administrativos, mas apenas

estabelecer normas sobre sua organização interna e sobre o seu funcionamento, assim mesmo sem a possibilidade de aumentar a despesa.

Em decorrência dos preceitos constitucionais citados, os atos normativos baixados pelo Chefe do Poder Executivo, por Ministros de Estado (estes, com fundamento no art. 87, parágrafo único, inciso II), por órgãos administrativos ou por entidades da administração indireta, são válidos se dispuserem sobre aspectos exclusivamente técnicos, muitas vezes fora do alcance do legislador e sem conteúdo inovador da ordem jurídica, ou se limitarem seus efeitos ao âmbito interno da Administração, como meio de instruir os subordinados sobre a forma de cumprir as leis e regulamentos. Tais atos não podem, sob pena de infringência ao art. 5º, II, estabelecer normas inovadoras na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, punições, proibições, porque isso é privativo do legislador. Além desse dispositivo, o art. 48 da Constituição outorga competência exclusiva ao Congresso Nacional para “*dispor sobre todas as matérias de competência da União*”.

Combinando-se tais conclusões com o que já foi exposto sobre o princípio da reserva de lei no item 7, tem-se que entender possível, na hipótese de *reserva legal relativa*, a regulamentação pelo Poder Executivo, desde que observados os parâmetros ou diretrizes postos pelo legislador. Nesse caso, o regulamento não estará inovando na ordem jurídica, já que essa inovação foi feita por lei; mas estará preenchendo os espaços livres deixados intencionalmente pelo legislador para serem complementados por atos normativos da Administração Pública. Nesse caso, entra-se na esfera de discricionariedade administrativa de que dispõem as autoridades administrativas para a edição de atos normativos, desde que obedecidos os parâmetros definidos em lei.

Tais atos normativos baixados pelo Poder Executivo e por órgãos e entidades da Administração Pública são também obrigatórios, porém desde que observadas as normas contidas em lei, ou seja, desde que observada a hierarquia das normas legais, segundo a Constituição, e não invadam matéria de reserva de lei.

9. A FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DIANTE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Questão que tem sido bastante controversa no direito brasileiro é a pertinente

à *função normativa das agências reguladoras*. Com relação a esse aspecto, não há dúvida de que elas também se sujeitam ao princípio da legalidade, tal como previsto no art. 5º, II, e 37 da Constituição. Em consequência, não podem criar direitos, impor obrigações, prever e definir infrações e sanções, sem a anterior previsão em lei. No entanto, tem sido reconhecido a elas o poder de editar atos normativos, observados determinados limites.

Já tratamos do assunto em diferentes oportunidades.³⁴ Partimos da distinção entre atos normativos estatais, impostos unilateralmente pelo Estado, como é o caso dos *regulamentos* de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, que têm fundamento no art. 84, VI, da Constituição, e *atos normativos decorrentes de consenso* entre o poder público e os interessados e que se enquadram como *novo tipo de direito*, ainda que chamados também de regulamentos. Neste segundo caso, o ato normativo pode ser baixado pelas agências, desde que resulte de negociação, de consenso, de participação dos interessados. É um direito a que falta a característica da imposição unilateral de regras de conduta. Contudo, deve colocar-se em nível hierárquico inferior às normas estatais.

Outra conclusão a que chegamos ao tratar do assunto, parte da distinção entre os *atos normativos propriamente ditos*, que ditam regras de conduta futuras, com caráter de generalidade e abstração, à semelhança da lei, e os *atos normativos de efeitos concretos*, os quais, formalmente, apresentam-se como atos normativos, mas que, quanto ao conteúdo, são verdadeiros atos administrativos, porque decidem casos concretos. À medida que as agências vão se deparando com situações irregulares, com atividades que quebram o equilíbrio do mercado, que afetam a concorrência, que prejudicam o serviço público e seus usuários, que geram conflitos, elas vão baixando atos normativos para decidir esses casos concretos. Trata-se do tipo de atividade mais típica da função reguladora: ela vai organizando determinado setor que lhe está afeto, respeitando o que resulta das normas superiores (e que garantem o aspecto de estabilidade, de continuidade, de perenidade) e adaptando as normas às situações concretas, naquilo que elas permitem certa margem de flexibilidade ou de discricionariedade.

Outra possibilidade que se reconhece às agências é a de, por meio de atos

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, pp. 200-201. E também em art. sobre “Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade” (*Direito regulatório: temas polêmicos*, pp. 19-50).

normativos, interpretar ou explicitar conceitos indeterminados contidos nas leis e regulamentos, especialmente os de natureza técnica. Trata-se de conceitos que se inserem na ideia de especialização das agências, exigindo definição mais precisa, porém sem inovar na ordem jurídica.

Mantendo o entendimento anteriormente manifestado, a conclusão é a de que falta fundamento constitucional para as agências reguladoras baixarem regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade, no qual se insere também o princípio da segurança jurídica. As agências não podem baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidade, ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em lei. Trata-se de matéria de reserva de lei.

10. CONCLUSÕES

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

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.

CHEVALIER, Jean-Jacques. L'État de Droit. *Revue du droit public et de la science politique*, 1988, v. 2, pp. 313-380.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. Volume 1.

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

_____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, pp. 19-50.

ENTERRIA, García de; FERNANDES, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madri: Editorial Civitas, 1988. Tomo I.

ESCOLA, Hector Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestgero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MERKL, Adolfo. *Teoria general del derecho administrativo*. México: Editora Nacional, 1980.

RIBEIRO, Vinício. *O Estado de Direito e o princípio da legalidade da Administração*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1981.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

VEDEL, Georges; DELVOLLÉ, Pierre. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1984.