

PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE: NORMAS LEGISLATIVAS PRIMÁRIAS EDITADAS PELO EXECUTIVO

Sileia Vasconcelos Galiza¹

Das restrições das atividades dos governantes, ditadas pela lei, emergiu o princípio da legalidade. Além da retenção da atividade estatal, o princípio da legalidade serve para assegurar a igualdade entre as pessoas que se encontram na mesma situação jurídica.

Em regra, a lei deve provir do Poder Legislativo, o qual, certamente, traduz a vontade popular. O procedimento para elaboração de leis não poderia ser atribuído a outro poder. Mas, excepcionalmente, frente às situações emergenciais ou a inerência da norma das atividades do outro poder, atribuiu-se, a outro poder, a faculdade para legislar. Ao Poder Executivo cabe as medidas provisórias e as leis delegadas. A nacionalidade, a cidadania, os direitos individuais, políticos e eleitorais não serão objetos de lei delegada. Dependendo de aprovação do Congresso Nacional, sob pena de perder a eficácia, a medida provisória não serve de ameaça aos direitos individuais. O decreto regulamentar de competência do Presidente da República para a execução de lei, para todos os efeitos, não pode instituir direitos e obrigações ou restringir aqueles.

Na realidade, contando com a presença do diploma legal, a importância do princípio está em dois fatores: a limitação da atividade das pessoas e a fixação das atividades estatais. “Ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. – inciso II do artigo 5º da Constituição Federal.

Erige-se em restrição do verdadeiro Estado democrático: o seu pressuposto fundamental radia no princípio da legalidade.

A lei-norma abstrata, genérica, aplicável a todos em um sem-número de casos futuros – constitui o terreno e o âmbito dentro do qual as pessoas e as entidades cumprem os seus papéis na vida social.

Vige esse entendimento no Estado Democrático porque nele se adota a pressuposição de que a lei emana dos órgãos competentes e estes expressam a vontade geral da Nação.

¹ Mestre em direito, advogada, especialista em direito civil e direito processual civil/metodologia para o ensino superior, *Amica Academiae* francana de letras/Franca-SP, docente na Faculdade Atenas de Paracatu/MG e na FUNORTE em Montes Claros/MG, ex-funcionária da UNIFRAN (Universidade de Franca/SP)

Esse princípio atinge o clímax mais expressivo no Direito Penal onde se escreve a regra de que existe crime sem lei anterior que o defina como tal.

O fazer, ou o não fazer, em uma sociedade de convívio civilizado, particularmente quando as relações sociais se tornam cada vez mais complexas, requer um regimento que facilite esse convívio. À margem desse princípio, ou seja, do campo necessário ao inter-relacionamento das pessoas regulamentado em vista do bem comum, vire a liberdade de ação individual.

O princípio de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei surge como uma das vigas mestras do nosso ordenamento jurídico.

A sua significação é dúplice. De um lado representa julgar os comportamentos, quer individuais, quer dos órgãos estatais, às normas jurídicas das quais as leis são a suprema expressão. Nesse sentido, o princípio da legalidade é de transcendental importância para diferenciar a distinção entre o Estado Constitucional e absolutista, este último de antes da Revolução Francesa. Aqui teria lugar para o arbítrio. Com o primado da lei cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei, que se presume ser a expressão da vontade coletiva.

De outro lado, o princípio da legalidade garante o particular contra os possíveis desmandos do Executivo e do próprio Judiciário. Instaura-se, em consequência, uma mecânica entre os poderes do Estado, da qual resulta ser lícito apenas a um deles, qual seja, o Legislativo obrigar aos particulares a cumprir o que foi descrito.

Os demais atuam as suas competências dentro dos parâmetros fixados pela lei. A obediência suprema dos particulares, pois, é para com o Legislativo. Os outros, o Executivo e o Judiciário, só competem na medida em que atuam na vontade da lei. Não podem contudo, impor ao indivíduo deveres ou obrigações *ex novo*, é dizer, calcados na sua exclusiva autoridade.

No fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura, ao particular, a prerrogativa de repelir as injeções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei.

A resposta há de ser encontrada nos princípios da ideologia democrática. A lei tem uma vinculação necessária com a participação do povo no processo da sua elaboração, ainda que pela via da representação. Ademais, a lei, como vontade do Órgão Legislativo, é sempre fruto de um coligado, circunstância que exclui a prepotência do chefe isolado.

O princípio da legalidade eleva, portanto, a lei à condição de veículo supremo, como visto, ela é uma garantia, o que não exclui, contudo, a necessidade de que ela mesma seja protegida contra possíveis máculas que a desencaminhem do seu norte autêntico. Nessa acepção a própria isonomia de todos perante a lei é uma contenção de possíveis abusos que ela possa encerrar. A sua submissão à Constituição não deixa, também, de ser uma delimitação da sua vontade soberana.

Sem embargo do realce que ainda ostenta, o princípio da legalidade sofre, é forçoso reconhecer, um processo de relativa perda de importância dentro do Estado Democrático e intervencionista em que vivemos. É que, neste, certos atos, embora sem contestarem a supremacia formal da lei, com a qual passam a rivalizar.

É crucial que esses atos por encobrirem, sempre, delegações de competências que, a rigor, seriam do Legislativo, têm recebido a mais viva condenação por parte da doutrina. O primado da lei subsiste, pois, quer em nível teórico no sentido de que a Constituição o proclama solenemente, quer do ponto de vista de um ideal sempre acalentado, ante o qual as violações sofridas não são senão uma série de picadilhos que devem ser estirpado a fim de que se restaure a santidade da supremacia da lei.

O tradicional princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, aplica-se normalmente na Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitido a realização de tudo que a lei não proíba. Esse princípio coaduna-se com a própria fundação administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade de preservar-se a ordem jurídica.

Os órgãos da Administração direta e indireta na realização das atividades que lhes competem regem-se por normas. Além das normas específicas para cada matéria ou setor, há preceitos gerais que informam amplos campos de atuação. São os princípios do direito administrativo. Tendo em vista que as atividades da Administração Pública são disciplinadas preponderantemente pelo direito administrativo, tais princípios podem ser considerados também, princípios jurídicos da Administração Pública brasileira.

Em direito “Princípios” significa fórmulas nas quais estão contidos os pensamentos diretores do ordenamento, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico. Consistem em “enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico para sua aplicação e integração e para a elaboração de normas. Constituem as bases nas quais assentam institutos e normas jurídicas.

O ordenamento pátrio confere relevo aos PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. A Constituição de 1988, no § 2º do artigo 5º faz decorrer direitos dos princípios por elas adotados, nos seguintes termos: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros elementos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”. A atual Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto Lei 4.657/42), no artigo 4º, assegura aos princípios gerais de direito a “*condição de autêntica forma de expressão do direito normativo*”².

No direito administrativo, os princípios revestem-se de grande importância. Por ser um direito de elaboração recente e não codificados, os princípios auxiliam a compreensão e consolidação de seus institutos. Acrescente-se que, no âmbito administrativo, muitas normas são editadas em vista de circunstâncias de textos, sem reunião sistemática. Daí a importância dos princípios, sobretudo para possibilitar a solução de casos não previstos, para permitir melhor compreensão dos textos esparsos e para conferir certa segurança aos cidadãos quanto à extensão dos seus direitos e deveres.

A relevância dos princípios no direito administrativo vem comprovada na atualidade do chamado “*direito administrativo comunitário europeu*”; a Corte da Justiça da União Européia vem se valendo dos princípios do direito administrativo na solução de muitas questões, em especial na tutela dos direitos dos cidadãos ante medidas da Administração de Estados integrantes.

Os princípios revestem-se de FUNÇÃO POSITIVA ao se considerar a influência que exercem na elaboração de normas e decisões sucessivas, na atividade de interpretação e integração do direito; atual, assim, na tarefa de criação, desenvolvimento e execução do direito e de medidas para que se realize a justiça e a paz social; sua função negativa significa a rejeição de valores e normas que os contrariam.

² FRANÇA. Limongi, *Princípios gerais do direito*. São Paulo: atlas, 1971, p.13-14.

O rol dos princípios do direito administrativo não é idêntico nos diversos ordenamentos e na doutrina. Por outro lado, há princípio de maior abrangência e princípios setorizados.

Na Constituição de 1988, encontram-se mencionados explicitantes, como princípios temos os seguintes: princípio da legalidade, princípio da impessoalidade, princípio da moralidade, princípio da publicidade e princípio da eficiência, este último acrescentado pela Emenda Constitucional 19/98 – Reforma Legislativa. Alguns doutrinadores buscam extrair outros princípios do texto constitucional como um todo, seriam os princípios implícitos. Outros princípios do direito administrativo decorrem da classificação de elaboração jurisprudencial e doutrinária.

Aqui serão considerados princípios do direito administrativo os mais abrangentes, que permeiam, de modo mais amplo, os campos de atuação da Administração. Combinado esse critério com a menção explícita, no *caput* do artigo 37 da Constituição, há cinco princípios a serem observados por toda a Administração pública brasileira, serão expostos como princípios constitucionais do Direito Administrativo os de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Outros princípios a serem arrolados decorrem, sobretudo, de elaboração jurisprudencial e doutrinária sendo indicados com mais frequência, podendo ter também base constitucional, por referência implícita.

Dentro deste contexto, analisaremos com maior ênfase e especificação o PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, embora já descrito anteriormente. Senão vejamos:

Uma das decorrências da caracterização de um Estado como Estado de Direito encontra-se no princípio da legalidade que informa as atividades da Administração Pública. Na sua concepção originária esse princípio vinculou-se à separação de poderes e ao conjunto de idéias que historicamente significam oposição às práticas do princípio absolutista. No conjunto dos poderes do Estado trazia a supremacia do poder legislativo em relação ao poder executivo; no âmbito das atuações, exprimia a supremacia da lei sobre os atos e medidas administrativas. Mediante a submissão da Administração à lei, o poder tornava-se objetivado; obedecer à administração era o mesmo que obedecer à lei, não à vontade instável da autoridade. Daí um sentido de garantia da legalidade administrativa.

Embora permaneçam o sentido de poder objetivado pela submissão da Administração à legalidade e o sentido de garantir, certeza e limitação do poder, registrou-se

evolução na idéia genérica da “legalidade”. Alguns fatores dessa evolução podem ser apontados, de modo nominado “legalismo” ou “legalidade formal” pelo qual as leis passaram a ser vistas como justas por serem leis, independentemente do conteúdo. Outro desvirtuamento: formalismo excessivo dos decretos, circulares e portarias, com exigências de minúcias irrelevantes. Por outro lado, com as transformações do Estado, o Executivo passou a predominar sobre o Legislativo; a lei votada pelo Legislativo deixou de expressar a vontade geral controladas pelo Executivo. Este passou a ter ampla função normativa, como legislador por delegação, como legislador direto, por exemplo ao editar medidas provisórias, como emissor de decretos, portarias e circulares que afetam direitos. Além do mais, expandiram-se e aprimoram-se os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis.

Ante tal raciocínio, buscou-se assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, sujeitando-se as atividades da Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos parceiros fundamentais que norteiam todo o ordenamento. A Constituição de 1988 determina que todos os entes e órgãos da Administração obedeçam ao princípio da legalidade; a compreensão desse princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também dos preceitos decorrentes de um Estado democrático de direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme reza o artigo 1º, *caput* da Constituição Federal; e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional. Além do mais, o princípio da legalidade obriga a Administração cumprir normas que ela própria editou.

O princípio da legalidade traduz-se, de modo simples, na fórmula: “A Administração deve sujeitar-se às normas legais”. Essa aparente simplicidade oculta questões relevantes quanto ao modo de aplicar, na prática, esse princípio.

Tornaram-se clássicos os quatros significados: 1) A Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei; 2) a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza; 3) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa; 4) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer.

Note-se que, na ordem dessa enumeração, o vínculo da administração à norma vai aumentando, de tal modo que o segundo significado implica limitação mais acentuada que o primeiro; o terceiro agrava mais que o segundo; o quarto fixa maior restrição.

O último significado – a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena-se predominasse como significado geral do princípio da legalidade paralisaria a Administração, porque seria necessário um comando legal específico para cada ato ou medida editadas pela Administração, o que é inviável. Há casos em que a norma à Administração para realizar uma atividade, como por exemplo, a lei que estabelece o prazo de sessenta dias para a Administração regulamentá-la; ao baixar o regulamento no prazo fixado, a Administração estará editando ato que a ordenou realizar.

O terceiro significado – somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a uma hipótese abstrata fixada explicitamente por norma legislativa, traduz uma concepção rígida do princípio da legalidade e corresponde à idéia 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 da atividade administrativa, embora no exercício do poder vinculado possa haver decisões similares a atos concretizados de hipóteses normativas abstratas.

O segundo significado exprime a exigência de que a administração tenha habilidade legal para adotar atos e medidas; desse modo, a Administração poderá justificar cada uma de suas decisões por uma disposição legal; exige-se base legal no exercício de seus poderes. Esta é a fórmula mais consentânea à maior parte das atividades, prevalecendo de modo geral. No entanto, o significado contém gradações; a habilidade legal, por vezes, é somente norma de competência, isto é, norma que atribui poderes para adotar determinadas medidas, ficando a autoridade com certa margem de escolha no tocante à substância da medida, por vezes, a base legal expressa um vínculo estrito do conteúdo do ato ao conteúdo ou às hipóteses aí arroladas.

Em geral, nas medidas de repercussão mais fortes nos direitos dos cidadãos, há vinculação mais restrita da medida administrativa ao conteúdo da norma.

Deve-se lembrar também que, para muitas matérias, a Constituição Federal, as Constituições Estaduais e as Leis orgânicas Municipais exigem a disciplina por lei formal, ou seja, por lei que deverá necessariamente resultar de tramitação do Legislativo. É a chamada “reserva de lei”; por exemplo: o artigo 68, § 1º, inciso II, da Constituição Federal veda que o Legislativo delegue nas matérias relativas à nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais.

O sentido do princípio da legalidade não se exaure com o significado de habilitação legal. Este deve ser combinado ao primeiro significado, com sentido de ser vedado à Administração, no desempenho de respeitar todas as normas do ordenamento.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição 2001. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 2001.

MEDAUAR. Odete. **Direito administrativo moderno**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES. Helly Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25.ed. São Paulo, Malheiros, 2000.

MELO. Celson Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 1997.

PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.