

O Princípio da Legalidade na Administração Pública à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Daniel Gualberto Peres Batista⁽¹⁾

Resumo:

Os princípios administrativos são os fundamentos de todos os atos da Administração Pública, balizadores do Estado no exercício de sua função administrativa. Dessa forma, todos os institutos do Direito Administrativo são alicerçados em tais princípios.

Segundo os ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, as normas jurídicas classificam-se em princípios e regras. Nas regras o conflito existente entre elas é resolvido no plano de validade, uma vez que aplicáveis ambas a mesma situação, apenas uma regulará, dando a outra um caráter de nulidade. Os princípios, ao contrário, são analisados no plano de valoração, havendo conflito entre eles, o interprete no caso em exame deverá de acordo com o interesse público, atribuir certo grau de preponderância principiológica.

Este pequeno trabalho tem como objeto a análise do princípio da legalidade previsto no *caput do* artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como seus aspectos jurídicos.

Veja-se, *in verbis*: Art. 37 (*caput*). *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte**:...*(grifos nossos).

Palavras-chaves: Princípio. Legalidade. Direito Administrativo.

Sumário: 1 Princípio da legalidade: Conceito e Aspectos Jurídicos; 1.1 Do Sistema do Princípio da Legalidade; 1.2 Da Legalidade em Face Distinção Público - Privada;

¹ Daniel Gualberto Peres Batista, acadêmico do curso de Direito pela Universidade Candido Mendes, Ex – Estagiário do escritório de advocacia Menequini; Estagiário-Conciliador contratado e nomeado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

2 Da Competência Normativa e Legislativa; 3 Do Regulamento e a Lei; 4 Da Discricionariedade à luz do Princípio da Legalidade; 4.1 Da Legalidade na Discricionariedade Normativa e Decisória; 4.2 Das Formas de Manifestação do Princípio da Legalidade; 5 Da Teoria da Sujeição Especial; 6 Da Moralidade Administrativa em consonância com a Legalidade; 7 Considerações Finais.

1. Princípio da Legalidade: Conceito e Considerações iniciais

Inicialmente, necessário dizer que este é o princípio básico que dá seguimento a conduta do agente público, uma vez que em desacordo com tal princípio, a atividade é ilícita.

O princípio em tela “implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumento de fiel e dócil realização das finalidades normativas”². Dessa forma, todos os agentes públicos, até o mais modesto deve respeitar tal princípio, pois, trata-se de alicerce de todas as condutas na administração pública, dando, assim, licitude aos atos na administração. Entrementes, tal princípio é utilizado para controle da população nas atividades administrativas coniventes com a lei, realizadas pelos diversos agentes públicos.

Necessário salientar que quando a Constituição se refere ao princípio da legalidade, não está se referindo a uma interpretação literal, a que se considerar a expressão como qualquer norma jurídica, numa análise de interpretação sistemática. Doutro modo, vigora no sistema jurídico brasileiro a regra de que a lei disporá sobre toda e qualquer matéria, entretanto há restrições a tal legalidade, haja vista, ser inconstitucional uma lei que subordine o exercício de competência exclusivamente administrativa à autorização do Poder Legislativo, nesse sentido é a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“... Carece, pois, de plausibilidade a arguição de inconstitucionalidade, no caso, do condicionamento à aprovação prévia da Assembleia Legislativa da investidura dos conselheiros da agência reguladora questionada. 3.

2 BANDEIRA DE MELO. Celso Antônio, RDP nº. 90, pp. 57-58

Diversamente, é inquestionável a relevância da alegação de incompatibilidade com o princípio fundamental de separação e independência dos poderes, sob o regime presidencialista, do art. 8º das leis locais, que outorga à Assembleia Legislativa o poder de destituição dos conselheiros da agência reguladora autárquica, antes do final do período da sua nomeação a termo. 4. A investidura a termo – não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras – é, porém, incompatível com a demissão *ad nutum* pelo Poder Executivo: por isso, para conciliá-la com a suspensão cautelar da única forma de demissão prevista em lei – ou seja, a destituição por decisão da Assembleia Legislativa -, impõe-se explicitar que se suspende a eficácia do art. 8º dos diplomas estaduais referidos, sem prejuízo das restrições à demissibilidade dos conselheiros da agência sem justo motivo, pelo Governador do Estado, ou da superveniência da diferente legislação válida³

1. 1 Do Sistema do Princípio da Legalidade

A Constituição estabeleceu como principal função do Poder Legislativo a competência para criar normas que atenda a demanda social, garantindo, entretanto, a participação do povo e de seus representantes, consolidando assim os quatro Status de Jellinek, quais sejam: **Status ativo**, status esse em que o povo escolhe seus representantes no seu mais amplo exercício de democracia constitucionalmente previsto; **Status passivo**, ao passo em que o povo apesar de escolher seus representantes, submete-se as normas criadas por eles; **Status positivo**, pois, é direito do indivíduo exigir de seus representantes os direitos constitucionalmente garantidos no título II da Carta Suprema, bem como nas demais normas em vigor no ordenamento jurídico; **Status negativo**, uma vez que, ao mesmo tempo em que o Estado concede direito, limita-os, dando aplicabilidade ao princípio da limitabilidade, basilar dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Nesse diapasão, os três poderes da República, assim previstos no artigo 2º da Carta Suprema, devem agir dentro dos limites de suas atribuições constitucionalmente previstas, bem como em leis e seus respectivos regimentos internos. Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

3 ADI/MC nº. 1949/RS, Plenário Relator. Ministro. Sepúlveda Pertence. Julg. 18.11.1999. DJU, 25 nov. 2005.

“O ato do julgamento é o momento culminante da ação jurisdicional do Poder Judiciário e há de ser regulado em seu regimento interno, com exclusão de interferência dos demais Poderes. A questão está em saber se o legislador se conteve nos limites que a Constituição lhe traçou ou se o Judiciário se manteve nas raias por ela traçadas, para resguardo de sua autonomia. Necessidade do exame em face do caso concreto. A lei que interferisse na ordem do julgamento violaria a independência do Judiciário e sua conseqüente autonomia. Aos tribunais compete elaborar seus regimentos internos, e neles dispor acerca de seu funcionamento e da ordem de seus serviços. Esta atribuição constitucional decorre de sua independência em relação aos Poderes Legislativo e Executivo. Esse poder, já exercido sob a Constituição de 1891, tornou-se na Constituição de 34, e desde então vem sendo reafirmado, a despeito dos sucessivos distúrbios institucionais. A Constituição subtraiu ao legislador a competência para dispor sobre a economia dos tribunais e a estes imputou, em caráter exclusivo. Em relação à economia interna dos tribunais a lei é o seu regimento. O regimento interno dos tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende de matéria regulada, pois são normas de igual categoria”⁴.

Percebe-se que o princípio da legalidade esta entrelaçado a atividade administrativa, e perspectiva de sua forma, dando ensejo assim a grandes discussões no Supremo Tribunal Federal.

1.2 Da legalidade em Face da Distinção Público - Privada

As relações regidas pelo direito privado têm como condão reconhecer que tudo o que não estiver disciplinado por uma norma proibitiva, está abrangido no campo da licitude, pautado no princípio da autonomia privada, arrimado no artigo 5º, II da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutro modo, no que tange às relações regidas pelo Direito Público, toda a organização estatal, bem como as atividades administrativas, são cridas pelo ordenamento jurídico. Assim, tudo o que em virtude de lei, não for autorizado terá o condão de proibido, ao passo que tudo que for autorizado será obrigatório, dentro das competências estabelecidas pela lei aos diferentes órgãos do estado. Entrementes, é muito usual a lei determinar os fins

4 ADI nº. 1.105-MC, Pleno. Rel. Min. Paulo Brossard. Julg. 3.8.1994. DJ, 27 abril 2001.

pretendidos por ela, deixando de determinar os meios, não significando, entretanto, ausência de autorização para o agente público escolher os meios. Assim, deve o agente escolher os meios necessários que mais se adéquem aos fins pretendidos pela lei, no interesse na Administração Pública.

2. Da Competência Normativa e Legislativa

A competência normativa é a “função normativa como aquela de emanar estatuições primárias – seja em decorrência do exercício do poder originário para tanto, seja em decorrência de poder derivado – contendo preceitos derivados genéricos”⁵, ao passo em que competência legislativa é espécie de competência normativa, tendo como característica o condão de gerar normas de cunho legislativo.

Necessário ressaltar a existência de várias espécies normativas no ordenamento jurídico brasileiro, como os regulamentos, sentenças, bem como instrumentos contratuais. Dessa forma, apesar de originariamente a competência para criar espécies normativas seja atribuído ao Poder Legislativo, o Poder Executivo e Judiciário, cada qual no exercício de sua respectiva atribuição atípica, exercem tal competência, criando, inclusive, seus regimentos internos.

3. Do Regulamento e a Lei

No ordenamento jurídico brasileiro vigente, há divergência sobre a possibilidade de regulamento ser utilizado para complementar lei lacunosa. Assim, criaram-se 04 (quatro) correntes sobre o tema, quais sejam: **1ª corrente** entende que a depender da situação, poderá ser aplicado o regulamento para suprir a lei; **2ª corrente** defende que lei poderá atribuir competência ao Poder Executivo para criar regulamento que disciplinará as

5 GRAUS. Eros Roberto. Revista trimestral de Direito Público, p. 114.

matérias lacunosas na lei; **3ª corrente** manifesta-se no sentido que uma lei sumária propiciará competência ao Poder Executivo para editar regulamento para suprir a lei; 4ª corrente sustenta que o regulamento deve ser estritamente de acordo com a lei, não podendo inovar ou acrescentar a esta, sob pena de nulidade.

O Supremo Tribunal Federal vem admitindo o regulamento suprir a lei em determinadas hipóteses. Em precedente no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, o STF, declarou válida a resolução nº 7 do Conselho Nacional de Justiça, resolução esta que trata do nepotismo no Poder Judiciário. Sob essa orientação, válidos seriam regulamentos que implementem direitos fundamentais, bem como as que contemplem vedações constitucionais, nesse diapasão os regulamentos autônomos são relevantes quando tratam-se de temas ligados à Constituição da República Federativa do Brasil, conforme precedente do Supremo Tribunal Federal:

“5. No Direito Constitucional contemporâneo, inexistente espaço para a tese de que determinado ato administrativo fere o Princípio da Legalidade, tão só porque encontra fundamento direto na Constituição Federal. Ao contrário dos modelos constitucionais retórico-individualistas do passado, despreocupados com a implementação de seus mandamentos, no Estado Social brasileiro instaurado em 1988, a Constituição deixa em muitos aspectos de ser refém da lei, e é esta que, sem exceção, só vai aonde, quando e como o texto constitucional autorizar. 6. A empresa defende uma concepção ultrapassada de legalidade, incompatível com o modelo jurídico do Estado Social, pois parece desconhecer que as normas constitucionais também têm status de normas jurídicas, delas se podendo extrair efeitos diretos, sem que para tanto seja necessária a edição de norma integradora. 7. A Constituição é a norma jurídica por excelência, por ser dotada de superlegalidade. No Estado Social, seu texto estabelece direitos e obrigações de aplicação instantânea e direta, que dispensam a mediação do legislador infraconstitucional. Mesmo que assim não fosse, há regramento infraconstitucional sobre a matéria, diferentemente do que afirma a impetrante. 8. A Portaria TEM nº. 540/2004 concretiza os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1, III, da CF), da Valorização do Trabalho (art.1º, IV, da CF), bem como prestigia os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza de reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos (art. 3, I, III e IV, da CF). Em acréscimo, foi editada em conformidade com a regra do art. 21, XXIV, da CF, que prescreve ser da competência da União ‘organizar, manter e executar a inspeção do trabalho’. Por fim, não se pode olvidar que materializa o comando do art. 186, III e IV, da CF, segundo o qual a função social da propriedade rural é cumprida quando, além de

outros requisitos, observa as disposições que regulam as relações de trabalho e promover o bem-estar dos trabalhadores”.⁶

4. Da Discricionariedade à luz do Princípio da Legalidade

À luz da discricionariedade, percebe-se ser um dos principais temas do Direito Administrativo, tendo em vista que o Brasil adota o regime democrático de governo. Conceituando, a discricionariedade seria “o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativo com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”⁷. Dessa forma, extrai-se da tal conceito, ser a discricionariedade um poder concedido à Administração Pública, através de seus agentes públicos, para agir de forma conveniente em momento oportuno, pautado na legalidade, uma vez que a discricionariedade é uma prerrogativa concedida por lei.

Nesse sentido Maria Sylvia Zanella Di Pietro pondera que “a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”⁸. Doutro modo, a discricionariedade é norma legislativa, uma vez que a própria lei confere ao agente público o poder de agir no caso concreto de forma discricionária, tratando-se, *in casu*, de disciplina normativa discricionária. Entrementes, o instituto da discricionariedade não pode ser tratado como um direito subjetivo, pois, a discricionariedade é meio de satisfazer de forma mais eficiente possível as necessidades, ou seja, a melhor opção para Administração Pública, portanto, trata-se de um dever-poder conferido à Administração Pública.

A discricionariedade não tem como objetivo a ação em desconformidade com a lei, desenvolvendo-se, portanto, de acordo com ordenamento jurídico vigente. Dessa forma, insuscetível de existência um poder discricionário desprovido de controle. Assim, de acordo com o caso

6 MS nº. 14.017/DF, Primeira Seção. Rel. Min. Herman Benjamin. Julg. 27.5.2009. Dje, 1º jul. 2009

7 MEIRELLES. Direito Administrativo brasileiro, p. 120

8 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, p. 212

concreto, bem como com a decisão a ser tomada, haverá um controle de legalidade da discricionariedade.

Discussões doutrinárias surgiram acerca da discricionariedade e a atribuição de liberdade. Surgiram na Itália duas grandes correntes, qual sejam: 1ª Corrente sustentada por Constantino Mortati, segundo o qual a discricionariedade propiciava uma escolha jurídico-cognoscitiva; 2ª Corrente arrimada por Massimo Severo Giannini, assevera que discricionariedade trata-se de uma vontade política para realizar o interesse público. Optamos pela visão de Giannini, pois, apesar de a discricionariedade decorrer da lei, deita raiz nos princípios políticos, visando, pois, atender os interesses públicos.

4. 1 Da Legalidade na Discricionariedade Normativa e Decisória

A lei pode conferir à Administração Pública competência para normas abstratas, bem como normas sem cunho normativo. Dessa forma, a discricionariedade normativa tem como objeto, a atribuição à Administração para produzir regulamentos que vincularão condutas futuras e conseqüentemente determinando as atividades lícitas e ilícitas. Doutro modo, a discricionariedade decisória tem como objetivo, tomar determinada decisão no caso concreto, sobre determinada matéria específica, atendendo o interesse público, com as devidas observâncias de estilo, bem como os princípios doutrinariamente conhecidos como “expressos”, previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Outrossim, busca a norma abstrata delinear condutas humanas, atendendo o interesse social, pautado no “superprincípio” da legalidade sob a ótica jurídica, regulando as matérias expressamente previstas em lei, ao passo em que a discricionariedade provisória tem uma aplicabilidade, em sentido estrito, à determinado caso, não ensejando assim, efeitos *erga omnes*.

4. 2 Das Formas de Manifestação do Princípio da Legalidade

Sob o prisma de uma interpretação extensiva jurídica, necessário distinguir duas espécies em pauta de legalidade, quais sejam: legalidade estrita e legalidade simples. A legalidade simples é a necessidade de uma lei que regule direitos e obrigações, não excluindo, entretanto, a possibilidade da mesma regular casos concretos, sob o primado exposto na discricionariedade decisória. Entrementes, a legalidade estrita é determinada pela Carta Suprema de 1988, determinando a criação de lei exaustiva, para regular determinada matéria, excluindo, assim, de seu âmbito a possibilidade de aplicação da discricionariedade normativa. Assim, percebe-se, *in casu*, que a Constituição Federal, confere ao Poder Legislativo a competência regular determinada matéria, não podendo o Poder Executivo suprir, por meio de atos regulamentares, qualquer lacuna de tal lei, uma vez que trata-se de legalidade estrita.

Necessário trazer a baila que, conquanto, a Constituição Federal não especificar expressamente a aplicabilidade estrita a determinada matéria, poderá tal lei, utilizando-se do princípio da legalidade, discricionariedade, bem como da supremacia do interesse público, pautado no superprincípio e fundamento da República a Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conferir competência ao Poder Executivo para regulamentar leis lacunosas, para que esta atinja seu fim pretendido, qual seja: suprir a necessidade social, haja vista ser a lei a “sombra” da sociedade.

Conquanto, a discricionariedade estar contida na delegação legislativa, prevista no artigo 68 da Carta Suprema, estas não se confundem, pois, tratando-se de delegação legislativa, há transferência pelo Poder Legislativo do exercício de competência para regular determinada matéria, por meio de lei delegada, ao Poder Executivo. Dessa forma, extrai-se que a delegação legislativa é transferência de exercício, e não da própria competência, uma vez que, esta pertence originariamente ao Poder Legislativo, conforme se infere do artigo 2º c/c artigo 44 *usque* 69, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, podendo, inclusive, conforme artigo 49, V da Carta Suprema, sustar a Lei Delegada fora dos limites estabelecidos a tal Órgão, bem como os atos normativos que exorbitem o poder regulamentar.

5. Da Teoria da Sujeição Especial

Extrai-se do ordenamento jurídico brasileiro que, o princípio da legalidade vigente, à luz do Estado Democrático de Direito, conduzem-nos, assim, a rejeição da teoria da sujeição especial. Segundo essa teoria, o princípio supracitado tem caráter híbrido, tendo assim, interpretação diferente, conforme o vínculo existente entre o particular e o Estado. Sob tal prisma, quando tratar-se de sujeição geral, qualquer ato administrativo que restrinja os direitos individuais previstos no artigo 5º da Constituição, necessita de fundamento legislativo, ao passo em que, no caso de sujeição especial, como o Servidor Público, não poder-se-á falar em garantia ao princípio da legalidade, pois, trata-se de exceção a garantia do princípio em tela. Assim, não coadunamos com tal teoria, haja vista carecer de fundamentação legal, bem como fundamentação Constitucional. Dessa forma, percebe-se que a Administração Pública não pode suprimir o princípio supra, porque, não há sustentabilidade legal que excepcione a garantia do superprincípio da legalidade. Outrossim, toda discricionariedade deverá pautar-se em lei vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

6 Da Moralidade Administrativa em consonância com a Legalidade

A moralidade impõe a Administração Pública que atue efetivamente pautada nos preceitos éticos, em relação aos seus administrados, bem como aos Servidores Públicos.

Outrossim, a moralidade administrativa esta intimamente ligada ao princípio da legalidade, pois, os agentes que a compõem devem agir no intuito de atender o interesse social, assim, em alguns casos, os atos administrativos em desacordo com a moralidade, também estarão com a legalidade, ocasionando assim, a nulidade de tais atos.

Criada originariamente pela Constituição Federal, a ação popular, prevista no artigo 5º, LXXIII, da Carta Suprema, regulamentada pela lei nº. 4.717/65, é um dos meios mais eficazes de combater a imoralidade na Administração Pública, podendo ser proposta tal ação por qualquer cidadão

brasileiro, visando anular os atos eivados de improbidade. Entrementes, necessário dizer que a ação civil pública prevista no artigo 129, III, da Constituição Federal, regulamentada pela lei nº. 7.347/85, sendo uma das principais funções do Ministério Público, é também instrumento de combate a imoralidade administrativa.

Muito corriqueiro eram acontecimentos de nepotismo no Poder Público Brasileiro, sendo uma das mais escandalosas formas de imoralidade na Administração Pública, entretanto, foram proibidos no Brasil a nomeação de cargos em comissão ou funções gratificadas de cônjuge, qualquer parente em linha reta ou colateral, entretanto necessário ressaltar que não se trata de nepotismo o fato de tais pessoas ocuparem cargos públicos, quando devidamente aprovados em concursos públicos. Assim, extrai-se que o objetivo de tal proibição, está entrelaçada a pessoas vinculadas por parentesco ou afinidade, que não passem pelo processo do concurso público.

7 Considerações Finais

Com todo o exposto acima, passando por uma análise sistêmica e teleológica, percebe-se que o princípio da legalidade na Administração pública vincula todos os atos dos agentes públicos que atuam em razão dela.

Doutro modo, o conhecido doutrinariamente como superprincípio da legalidade, é dos temas mais relevantes no Direito Administrativo, haja vista, conforme estudado, ser matéria estritamente ligada ao interesse social, pois, os administradores, atuam, buscando, pautado na dignidade da pessoa humana, na presunção de legalidade de seus atos, bem como na supremacia do interesse público, atingir todo o necessário para atender a demanda social. Desta feita, a compreensão de todos os aspectos característicos de tal princípio e as múltiplas espécies consagradas no Ordenamento Pátrio afigure-se como mecanismo essencial para o Direito Administrativo.

Referências:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08 Jul. 2012.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. Editora Forum, 2011

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed. Editora Lumen Juris, 2011.

BANDEIRA de MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 17ª ed. Editora Malheiros, São Paulo, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 34ª ed. Editora Malheiros

GRAUS. Eros Roberto, **Revista Trimestral de Direito Público**.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 07 jul. 2012.

Mimoso do Sul – ES, 12 de julho de 2012