

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE SOBRE A PERSPECTIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA E BRASILEIRA

THE PRINCIPLE OF LEGALITY UNDER THE PERSPECTIVE OF PUBLIC ADMINISTRATION: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE DOCTRINE AND CASE LAW OF PORTUGAL AND BRAZIL *

PEDRO MIGUEL ALVES RIBEIRO CORREIA**
EDMAR MENDES DA SILVA***
JOÃO BILHIM****
UNIVERSIDADE DE LISBOA, PORTUGAL

Resumo: Este trabalho tem como objetivo apresentar uma análise comparativa entre o entendimento da doutrina e jurisprudência portuguesa e brasileira, no que diz respeito à aplicação do princípio da legalidade na Administração Pública.

Palavras-chave: Princípio da legalidade; Administração Pública; Portugal; Brasil.

Abstract: This paper aims to present a comparative analysis of the understanding of the Portuguese and Brazilian doctrine and jurisprudence, regarding the application of the principle of legality in Public Administration.

Keywords: Principle of Legality; Public Administration; Portugal; Brazil.

* Artigo recebido em 29/06/2016 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 15/07/2016.

** Doutor em Administração Pública pela Universidade Técnica de Lisboa. Professor de Administração Pública e Análise de Dados na Universidade de Lisboa. Investigador Integrado do Centro de Administração e Políticas Públicas (CAPP). E-mail: pcorreia@iscsp.ulisboa.pt.

*** Doutorando em Ciências Sociais no Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCSP) da Universidade de Lisboa. E-mail: silva.edmarmendes@gmail.com.

**** Doutor em Sociologia pela Universidade Técnica de Lisboa. Professor de Administração Pública na Universidade de Lisboa. Investigador Integrado do Centro de Administração e Políticas Públicas (CAPP). E-mail: bilhim@iscsp.ulisboa.pt.

1. Introdução

As interpretações acerca do princípio da legalidade não foram sempre lineares, tendo se adaptado aos contextos de cada época. De seu surgimento, no período da revolução francesa, onde era fortemente influenciado pelas ideias positivistas, até os dias atuais, o conceito do termo se modificou significativamente, acompanhando a mudança do próprio conceito de lei.

Nota-se que entre os diferentes ordenamentos jurídicos há muitos pontos semelhantes quanto à aplicação do princípio da legalidade na Administração Pública, bem como é possível se observar interpretações diferentes quanto ao mesmo princípio. Assim, uma das melhores maneiras de se compreender o alcance de tal princípio é por meio de um estudo comparado.

Objetivando um estudo comparado entre Portugal e Brasil quanto ao entendimento do princípio da legalidade na Administração, inicia-se o presente trabalho com um breve histórico como forma de situar o surgimento do princípio da legalidade e a sua vertente na Administração Pública. Em seguida, passa-se ao estudo do princípio da legalidade quanto às suas interpretações, as suas modalidades e as suas possíveis visões de aplicação na Administração Pública. Por fim, aborda-se o cerne deste trabalho, que é um estudo comparado quanto à forma como o Princípio da Legalidade sob a perspectiva da Administração Pública é visto pela doutrina Portuguesa e Brasileira.

2. O princípio da legalidade na administração pública

2.1. Breve abordagem histórica

O surgimento do princípio da legalidade, expressão do Estado de Direito, remonta ao período do Iluminismo, no final do século XVIII. Nesta época vigorava a monarquia absolutista na França que consistia na centralização do poder nas mãos do monarca. Contrário a esta forma de governo, os ideais iluministas (muito ligados aos interesses da burguesia ou Terceiro Estado) pregavam a necessidade de uma forma de controlar os poderes do monarca, reduzindo a intervenção do Estado na economia, visto que o controle do rei sobre os atos da crescente burguesia comercial acabava por impedir o desenvolvimento público, cerceando os direitos de

livre comercialização desta, para privilegiar exclusivamente os interesses do clero e da nobreza (Canotilho, 1996).

O quadro social, econômico e político da época exigia uma nova resposta à forma de governo, distanciando-se cada vez mais das teorias absolutistas e dando força às ideias contratualistas. Assim, a revolução francesa, muito influenciada pelos iluministas e baseada nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, põe fim ao absolutismo e inicia uma nova forma de governo, onde o poder passava das mãos do monarca para o povo, implementando dessa forma o chamado Estado de Direito.

Passou a vigor então um Estado de Direito Formal, a partir do qual o Estado passava a se submeter a um sistema de normas estabelecidas por uma Assembleia Representativa do Terceiro Estado. Essa nova forma de governo criava condições para o ideal liberal do livre desenvolvimento da iniciativa privada, submetendo o poder Executivo às normas ditadas pelo Parlamento, representante da *volonté générale* (Canotilho, 1996).

Assim, esse Estado de Direito formal foi decisivamente influenciado pelo positivismo jurídico-estadual, distanciando-se cada vez mais a Política do Direito e privilegiando-se a componente burguesa do Estado de Direito. A partir disso, foi se desenvolvendo a construção do princípio da legalidade da administração (realização do Estado de Direito) passando por mudanças significativas com a crise do positivismo e o desenvolvimento do pensamento pós-positivista.

Partindo-se da breve análise histórica do princípio legalidade na Administração, passa-se ao estudo das interpretações desse princípio, suas modalidades e as possíveis visões de sua aplicação à Administração.

2.2. Interpretações da legalidade na administração pública

Gomes Canotilho (1996) explica que historicamente o princípio da legalidade da administração postulava dois princípios fundamentais: o *Princípio da Supremacia* ou *Prevalência da Lei* (*Vorrang des Gesetzes*) e o *Princípio da Reserva de Lei* (*Vorbehalt des Gesetzes*), que permanecem válidos (embora tenham sofrido algumas mudanças no século XX) tendo em vista que, em um Estado democrático-constitucional, a lei continua sendo a maior expressão do princípio

democrático (daí a supremacia) e o instrumento mais apropriado e seguro de estabelecimento de regimes (daí a reserva da lei). Como observado por este autor, “o Princípio da Supremacia da Lei e o Princípio da Reserva de Lei apontam para a *vinculação jurídico-constitucional do poder executivo*” (Canotilho, 1996, p. 371).

Ora, no que tange a modalidade da supremacia ou preferência de lei (legalidade-limite), o princípio da legalidade torna ilegal todo e qualquer ato administrativo que não tiver respaldo em lei. Para este efeito, na época, considerava-se lei aquela elaborada pelo Parlamento. Nesse mesmo sentido, explica Diogo Freitas do Amaral, que “nenhum ato de categoria inferior à lei pode contrariar o bloco de legalidade, sob pena de ilegalidade” (2016, p. 46).

Por sua vez, a reserva de lei (legalidade-fundamento) significa que o ato administrativo deve buscar seu fundamento na lei. Isso tem especial relevância no que diz respeito à relação entre o Legislador e a Administração, tendo em vista que o administrador não pode legislar matéria de competência do legislador, ou seja, matérias pertencentes à “reserva de lei parlamentar”, que no período pós-revolução eram as matérias de liberdade e propriedade (as mais importantes para a sociedade liberal). Significa ainda que o legislador deve estabelecer no essencial quais as matérias passíveis de serem legisladas pelo administrador. Nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade: “A reserva de lei implica, portanto, uma especial densidade normativa da lei” (1986, p. 39). Assim, no século XIX, o Administrador gozava de discricionariedade nas matérias que não fossem de propriedade e liberdade e onde ainda não houvesse lei, podendo, desta forma, atuar livremente.

É relevante ainda, no âmbito do princípio da legalidade administrativa, a doutrina de Charles Eisenmann (2013) que enumera quatro possíveis formas de se conceber a subordinação restritiva do poder da Administração Pública à lei.

A primeira delas entende que basta que a atuação da Administração Pública não viole qualquer norma legal, para ficar esta com a faculdade de atuar livremente, com respaldo no fato de não haver norma legal que a obrigue a fazer ou a deixar de fazer algo. É a chamada vinculação negativa à lei. Nesta acepção, a legalidade seria uma relação de não-contrariedade com a lei, como ocorre no âmbito particular.

A segunda assume que a Administração Pública só pode fazer o que uma norma superior (legal ou constitucional) a autorize e a habilite a fazer, ainda que esta não entre em

detalhes do conteúdo dos atos a serem emitidos. Neste caso, privilegia-se a existência de habilitação formal da Administração para a realização de determinados fins.

A terceira visão do princípio da legalidade específica que a Administração só pode emitir os atos com respaldo em norma legal não apenas habilitadora, mas que seja predeterminante do conteúdo dos atos a serem praticados. Por outras palavras, a Administração Pública não criaria direitos e obrigações, visto que eles já estariam previamente estabelecidos pela lei, apenas detalharia sua implementação utilizando-se, para tanto, de certa margem de discricionariedade.

Por fim, a quarta visão atribui maior rigor à anterior, ao estabelecer que a competência da Administração Pública tenha que estar apoiada em norma legal que esgote o conteúdo dos atos a serem praticados, quer determinando, quer facultando a sua prática. Nesta visão, todas as competências da Administração Pública só poderiam ser vinculadas.

Traçando um paralelo entre o que foi dito por Eisenmann e Canotilho, percebe-se que os dois concordam em duas das visões básicas apresentadas para o princípio da legalidade: a *preferência da lei* e a *reserva de lei*, bem como no fato de que esta última possa subdividir-se em *legalidade formal*, onde a lei habilita a administração a produzir o ato sem necessariamente especificar o conteúdo; ou *legalidade material*, em que a lei predetermina o conteúdo do ato administrativo no todo ou em parte.

Ainda em uma análise das quatro visões enumeradas por Eisenmann sobre como conceber a subordinação do poder da Administração Pública à lei, é possível concluir-se que as mais relevantes são as intermediárias, pois tanto a primeira quanto a quarta seriam inviáveis, visto que na primeira delas a legalidade da Administração se igualaria à legalidade aplicada ao particular, o que seria inconcebível, pois sempre que existisse o choque de interesses entre as duas liberdades prevaleceriam os da Administração, por força da imperatividade de seus atos. Outro argumento em desfavor desta visão é o fato de que, diferente do que ocorre quanto ao particular, a lei é uma vontade interna ao Estado (sendo ele que a edita), do qual a Administração faz parte. Daí a aplicabilidade da máxima afirmada por Guido Zanobini de que “o indivíduo pode fazer tudo o que não lhe é expressamente vetado, ao passo que a Administração pode fazer apenas o que a lei expressamente lhe consente” (1955, pp. 206-207).

Já na quarta visão, a lei predeterminaria o conteúdo dos atos da Administração, ficando esta impedida de qualquer esfera de apreciação da lei. Embora compatível com a antiga visão positivista, tal abordagem não é compatível com um Estado Social de Direito, uma vez que este possui múltiplas e complexas atribuições que, normalmente, são exercidas num contexto de grande dinamismo.

Entretanto, a segunda e a terceira visão são relevantes para o atual emprego de princípio da legalidade da Administração nos países abordados neste estudo.

Na segunda forma estabelecida por Eisenmann, bastaria a existência de leis autorizativas da atuação administrativa para que, mesmo que a lei não predetermine o conteúdo dos direitos e obrigações, a Administração Pública fique autorizada a tomar uma entre as várias medidas possíveis.

Na terceira, o ato da Administração Pública supostamente não criaria direitos e obrigações, visto que estes já estariam previamente estabelecidos na lei, cabendo-lhe apenas os detalhamentos da implementação, ainda que com uma certa margem de discricionariedade.

Como se pode observar, as duas visões supracitadas abordam o princípio da legalidade como impositivo de uma relação de conformidade da Administração Pública com a lei, no mesmo sentido explicado por Canotilho (1996) quanto à reserva de lei.

É dentro desta variação de possibilidades interpretativas que deve ser trabalhado o princípio da legalidade, sendo também necessária uma análise crítica sobre o significado da palavra “lei”, na busca pelo sentido que melhor satisfaz o instituto nos sistemas Português e Brasileiro, objetos deste trabalho.

3. Princípio da legalidade em Portugal

Da análise das visões de Eisenmann, o doutrinador José Manuel Sérvulo Correia (1987) retira as seguintes concepções do Princípio da Legalidade: não-contrariedade (compatibilidade, preferência da lei ou legalidade-limite) que, como já foi dito, representa a exigência do ato administrativo não poder entrar em contradição com uma lei; e conformidade (reserva de lei ou legalidade-fundamento), que, além da não-contradição, exige que a Administração atue com respaldo em alguma lei.

O autor ainda subdivide a ideia de conformidade em mera legalidade formal e legalidade material. A primeira consiste em que "basta a existência de normas que tenham por objectivo regular a produção jurídica do acto, atribuindo poderes para a sua emissão" (Sérvulo Correia, 1987, p. 58), servindo, portanto, como fixação de uma base mínima de legalidade para a prática do ato administrativo, habilitando sua emissão. A segunda implica que a lei já predetermina parte ou todo o conteúdo dos atos a serem praticados pela Administração.

Concluindo o pensamento, o autor adverte ainda que a legalidade formal jamais vai ser apenas formal, já que a lei habilitadora da Administração ou até mesmo o ordenamento jurídico em seu conjunto, sempre condicionarão de alguma maneira o conteúdo dos atos a serem emitidos pela Administração.

Tendo isso em vista, destaca-se que, em Portugal, o princípio da legalidade da Administração fundamenta-se no artigo 266º, n.2 da Constituição da República, que assim dispõe: "Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé".

Como explica Gomes Canotilho, o sentido do princípio da legalidade atribuído hoje pela doutrina portuguesa entende que (2003):

(...) a administração está vinculada à lei não apenas num sentido negativo (a administração pode fazer não apenas aquilo que a lei expressamente autorize, mas tudo aquilo que a lei não proíbe), mas num sentido positivo, a administração só pode actuar com base na lei, não havendo qualquer espaço livre da lei onde a administração possa actuar como um poder jurídico livre. (p. 833)

Nota-se a vinculação da atual doutrina Portuguesa à segunda visão de Eisenmann quanto ao princípio da legalidade.

A visão da subordinação da Administração ao princípio da legalidade da Administração em Portugal afastou-se do antigo modelo positivista já no século XX, com o fim das guerras mundiais. Isso foi possibilitado devido, primeiramente, alteração do conceito material de lei, que passou a abarcar todo o bloco legal (a Constituição; as leis ordinárias; os regulamentos; os direitos resultantes dos contratos administrativos e de direito privado; os atos administrativos constitutivo de direitos; os princípios gerais de Direito; e o Direito Internacional vigente na ordem interna). Nesse sentido, Diogo Freitas do Amaral ensina que (2016):

(...) na fase histórica atual e no quadro dos regimes democráticos, ou seja, no âmbito do Estado social de Direito, o conteúdo do princípio da legalidade abrange não apenas o respeito da lei, em sentido formal ou em sentido material, mas a subordinação da Administração pública a todo o bloco legal (...). (p. 45)

Além disso, configurou-se também o alargamento do domínio da juridicidade relevante (muito mais amplo do que as matérias de liberdade e propriedade).

Assim, são dados novos contornos aos subprincípios da supremacia da lei e da reserva de lei. Quanto ao primeiro, ele passa a ter além de sua vertente negativa, uma vertente positiva, onde a lei (ato legislativo, incluindo normas da união europeia com valor legislativo) passa a ser pressuposto e fundamento de toda a atividade administrativa (princípio da precedência da lei), como é possível se observar no supramencionado entendimento doutrinário atual. Surge, portanto, a necessidade de uma lei que fixe, no mínimo, os fins (interesses públicos a satisfazer) e as competências, matérias estas de reserva de função legislativa, por força do artigo 3º do Código de Processo Administrativo.

Já no que tange a reserva de lei, esta também sofreu alterações no século XX, em Portugal. Atualmente, como explica Diogo de Freitas do Amaral (2016):

(...) ao invés do que sucedia no período liberal, hoje, por força das transformações verificadas após as guerras mundiais do século XX, no tocante quer ao tipo de atividade desenvolvida pela Administração (deixou de ser meramente «agressiva» para passar também a ser «constitutiva»), quer aos fins da lei (que deixaram de ser apenas a garantia da liberdade e propriedade dos cidadãos), a reserva de lei é um problema que se coloca, sobretudo, no *quadro constitucional* e não no *campo administrativo* – está em causa a delimitação de fronteiras da competência legislativa do parlamento e do governo. (p. 46)

Por outras palavras, esse subprincípio transferiu-se para o domínio do direito constitucional como um princípio relativo à repartição dos poderes legislativos entre o Executivo e o Legislativo.

Assim, no que diz respeito às matérias de reserva de lei parlamentar deve o legislador regular além dos fins e da competência, também o procedimento e o conteúdo (remontando, neste ponto, à terceira visão da subordinação da Administração à lei). Há, portanto, um poder discricionário limitado do administrador nesse âmbito, sendo esse poder conferido por lei e sujeito aos preceitos constitucionais e aos princípios jurídicos.

Dessa forma, diferente do que ocorria quanto à reserva de lei no século XIX, não há uma presunção da legalidade, embora se mantenha a autotutela declarativa, bem como limita-se a atividade da Administração aos casos previstos na lei e a situações de urgência. Logo, explica Vieira de Andrade que (1986):

(...) se não é possível definir, com base na reserva legal, um conceito material de lei (...), sempre se pode afirmar que pertence à lei, em exclusivo, a determinação, pelo menos, dos interesses públicos que constituem o fim da atividade administrativa, bem como a repartição das atribuições e competências pelos entes e órgãos da Administração – em especial no que toca à prática de atos jurídicos que correspondem ao exercício de poderes de autoridade. (p. 39)

Conclui-se disto, reforçando o que foi dito anteriormente, que a lei deve servir de pressuposto para a atuação da Administração e ainda como critério de intensidade da normatização legislativa, ou seja, a lei pode dispor sobre a atribuição da competência e do fim a ser atingido pelo ato (intensidade mínima), e sobre a determinação de um conteúdo essencial do ato (intensidade máxima).

Diogo Freitas do Amaral explica, ainda, que (2016):

(...) o princípio da legalidade [na atualidade] tem por objeto todos os tipos de comportamento da Administração pública, a saber: o regulamento; o ato administrativo; o contrato administrativo; o contrato de direito privado; os simples factos jurídicos. Qualquer destas formas de ação administrativa tem necessariamente de respeitar a legalidade. A violação da legalidade por qualquer desses tipos de atuação gera ilegalidade – com todas as consequências jurídicas daí decorrentes (*v.g.*, invalidade ou ilicitude, responsabilidade civil, etc.). (p. 46)

Pelo que foi exposto, percebe-se que a maior parte da doutrina portuguesa entende que a lei passa a ser não apenas um limite, mas ainda pressuposto e fundamento de toda a atividade da Administração, onde esta só pode fazer aquilo que a lei expressamente permite (princípio da reserva de lei total ou global). Princípio este que valeria tanto para a *Administração de autoridade* quanto para a *Administração de prestações*.

A distinção entre Administração autoridade ou Administração agressiva (*Eingriffsverwaltung*) e Administração constitutiva ou Administração prestação (*Leistungsverwaltung*) foi uma contribuição da doutrina alemã. Sobre o assunto, Diogo de Freitas do Amaral ensina que (2016):

De facto, por vezes a Administração pública aparece-nos como autoridade, como poder, a impor sacrifícios aos particulares; a esta administração chama a doutrina alemã de administração agressiva, porque ela «agride» os direitos e interesses dos particulares. (...) noutros casos, a Administração pública aparece-nos como constitutiva de direitos ou vantagens económicas e sociais, ou como prestadora de serviços ou de bens, nomeadamente quando funciona como serviço público (...). Aqui a Administração não aparece a agredir a esfera jurídica dos particulares, mas, pelo contrário, a protegê-la, a beneficiá-la, a ampliá-la, constituindo vantagens. (pp. 50-51)

Quanto a isto, Gomes Canotilho posiciona-se argumentando que “Qualquer que seja a orientação (...), afigura-se nos correto exigir, pelo menos, um *praticável alargamento da reserva de lei às subvenções importantes (...)*” (2003, p. 730). Assim, percebe-se que na opinião deste autor para a resolução da problemática da aplicação da reserva de lei na administração prestação não deve ser levado em conta apenas o ponto de vista dos cidadãos, mas também o ponto de vista do Estado Democrático, que é responsável pela administração dos recursos escassos.

Merece destaque ainda a posição do Tribunal Constitucional no Acórdão n.º214/2011¹, quanto ao julgamento de pedido de apreciação preventiva de constitucionalidade, feito pelo Presidente da República. Nessa oportunidade, a Corte pronuncia-se pela inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 1.º e 3.º do Decreto n.º 84/XI da Assembleia da República (suspensão do atual modelo de avaliação do desempenho de docentes), entendendo pela inconstitucionalidade consequencial das restantes normas do mesmo Decreto n.º 84/XI, da Assembleia da República. Do julgado destaca-se que:

Não põe o Tribunal em dúvida, como o Presidente da República não põe, que um acto de natureza regulamentar possa ser revogado por um acto de natureza legislativa. Não estando em causa um acto provindo de um órgão integrado na administração autónoma, em que da autonomia normativa podem decorrer limites ao poder regulador e consequentemente também ao poder revogatório do legislador (cfr. J.C. Vieira de Andrade, “Autonomia regulamentar e reserva de lei”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró, I, Coimbra, 1984, pág. 21; Vital Moreira, Auto-Regulação Profissional e Administração Pública, Almedina, 1997, págs. 186 a 191 e Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, II Vol., 4ª edição, Coimbra Editora, 2010, pág. 2010), essa aptidão é inerente ao princípio da hierarquia das fontes normativas implícito no artigo 112.º da Constituição.

¹ Acórdão disponível na íntegra em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110214.html>

E, como o pedido reconhece, também não é questionável esse poder revogatório do Parlamento, através de acto legislativo, mediante a mera afirmação de uma reserva de regulamento por parte do Governo, que assim seria invadida. Como o Tribunal vem afirmando, a Constituição não restringe o âmbito da competência legislativa em geral, nem confere ao Governo uma reserva de competência originária regulamentar em certas matérias. O poder regulamentar conferido ao Governo pela alínea c) do artigo 199.º para fazer “os regulamentos necessários à boa execução da leis” não corresponde a qualquer reserva de regulamento, no sentido de a lei não poder ultrapassar um determinado nível de pormenorização ou particularização de modo a deixar sempre ao Governo, enquanto titular do poder regulamentar, um nível de complementação normativa relativamente a cada uma das leis. Como se afirmou no acórdão n.º 461/87, o legislador dispõe “de uma omnimoda faculdade – constitucionalmente reconhecida – de planificar e racionalizar a actividade administrativa, pré-conformando-a no seu desenvolvimento, e definindo o espaço que ficara à liberdade de critério e à autonomia dos respectivos órgãos ou agentes, ou antes pré-ocupando-o (preferência de lei)”. De outro modo, como se realçou no acórdão n.º 1/97, a reserva de competência regulamentar do Governo redundaria necessariamente num limite da competência legislativa da Assembleia da República quanto a certas matérias, limite que a Constituição não permite deduzir perante um preceito como o da alínea c) do artigo 161.º que expressamente atribui à Assembleia da República competência para fazer leis sobre todas as matérias, salvo as reservadas ao Governo. E estas, as competências legislativas reservadas ao Governo, não são outras senão as respeitantes à sua própria organização e funcionamento (n.º 2 do artigo 198.º da Constituição) (...).

Reforçando esse posicionamento da jurisprudência, merece destaque o Acórdão de 9 de Outubro de 2014, referente ao Processo nº 061/14, do Supremo Tribunal Administrativo², no julgamento de ação administrativa especial, onde a Corte assim entendeu:

Sumário: I - “A CRP não restringe o âmbito da competência legislativa em geral, nem confere ao Governo uma reserva de competência orgânica regulamentar em certas matérias. O poder conferido ao Governo pela al. c) do art. 199º para fazer regulamentos necessários à boa execução das leis, não corresponde a qualquer reserva de regulamento, no sentido da lei não poder ultrapassar um determinado nível de pormenorização de modo a deixar ao Governo, enquanto titular do poder regulamentar, um nível de complementação relativamente a cada das leis” – cfr. acórdão do TC 214/2011. II - Não havendo reserva de regulamento, ou seja, em matérias onde a AR e Governo tenham ambos competência para legislar, nada obsta a que uma Lei da Assembleia da República determine que determinada matéria até então sujeita a regulamentação (Despacho Conjunto) pelo Governo seja regulada por lei em sentido formal. Nestas condições, a regulamentação a fazer

² Acórdão disponível na íntegra em: <http://www.dgsi.pt>

- através de lei em sentido formal, apesar da matéria poder ser administrativa – insere-se no exercício da função legislativa e não no exercício da função administrativa. III - Nas situações referidas no ponto II não pode o interessado lançar mão da ação prevista no art. 77º do CPTA.

Como se pode observar, o sistema português claramente adota a segunda visão de Eisenmann quanto à subordinação restritiva do poder da Administração Pública à lei. Tendo sido analisado o conceito atual de lei no sistema português e a visão doutrinária em relação ao princípio da legalidade na Administração, passa-se ao estudo da aplicação deste princípio no Brasil.

4. Princípio da legalidade no Brasil

Partindo das interpretações apresentadas a respeito do princípio da legalidade da Administração, convém inicialmente destacar a posição da doutrinadora brasileira Odete Medauar (2003) sobre as visões enumeradas por Eisenmann. A autora explica que em tais visões o vínculo da Administração à lei, na sequência apresentada, vai de um significado extremamente liberal para as práticas administrativas, quando entende que a Administração pode atuar livremente desde que não viole a lei, até um significado altamente restritivo, onde, além do ato ter que estar fundamentado na lei, seu conteúdo deve ainda estar nela predeterminado.

Na opinião da autora, a terceira visão exprime uma ideia de Administração apenas executora da lei, traduzindo uma rigidez do princípio da legalidade, não sendo esta a que predominaria no Brasil. Pois como explica Medauar, “embora norteadas pelo Princípio da Legalidade, a função administrativa não tem o fim único de executar a lei, desempenhando amplo rol de atividades que propiciam serviços, bens, utilidades, dificilmente 'enquadráveis' na rubrica 'execução da lei'” (1993, p. 53). A autora ainda chama atenção quanto ao seguinte (1993):

O segundo significado exprime a exigência de que a Administração tenha habilitação 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 dos seus poderes. Esta é a fórmula mais consentânea à maior parte das atividades da Administração brasileira, prevalecendo de modo geral. No entanto, o significado contém gradações; a habilitação 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 da norma ou às hipóteses aí arroladas. (p. 137)

A maioria dos autores brasileiros, adotando a segunda visão de Eisenmann, entende que a legalidade aplicada à Administração atual exige que o administrador somente possa realizar o que a lei autoriza ou determina, não possuindo liberdade para criar novas regras. Ou seja, a legalidade administrativa é encarada como norteadora das condutas dos agentes da Administração, devendo toda e qualquer atividade administrativa ser autorizada por lei, caso contrário seria ilícita (Carvalho Filho, 2012).

Estes autores utilizam como fundamento de seu entendimento o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal Brasileira de 1988, que assim estabelece: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.³ Assim, atribuem um sentido formal ao princípio da legalidade, entendendo que a Administração Pública não poderia exigir dos administrados determinados comportamentos que não estejam expostos em lei em sentido estrito⁴, ou seja, aquela que é fruto de elaboração do Poder Legislativo. Percebe-se aqui que, diferentemente de Portugal, na doutrina majoritária brasileira vigora a adoção do conceito do subprincípio da legalidade-limite nos mesmos termos vigentes no século XIX (lei é aquela elaborada pelo Parlamento).

Dessa forma, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que o princípio legalidade administrativa se revestiria de “(...) uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões (...)” (2010, p. 102). O mesmo autor entende por “legalidade” aquilo que é conforme a lei, bem como, às normas que, com base nela, a Administração expeça, adquirindo então um sentido mais extenso. Partindo desta ideia de legalidade, a Administração estaria vinculada positivamente não somente à lei em sentido estrito,

³ A doutrina brasileira, no âmbito do Direito Administrativo, admite a existência de duas vertentes do princípio da legalidade: a legalidade do setor privado, contida no art. 5º, II, da Constituição, e a legalidade administrativa, contida no *caput* do art. 37º da Constituição.

⁴ MACHADO, Hugo de Brito, *Curso de Direito Tributário*, São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 87-88, explica que "Em sentido formal, lei é o ato jurídico produzido pelo Poder competente para o exercício da função legislativa, nos termos estabelecidos pela Constituição. Diz-se que o ato tem a 'forma de lei'. Foi feito por quem tem competência para fazê-lo, e na forma estabelecida para tanto, pela Constituição. Nem todos os atos dessa categoria, entretanto, são leis em sentido material. Em sentido material, ele é o ato jurídico normativo, vale dizer, que contém uma regra de direito objetivo, dotada de hipoteticidade. Em outras palavras, a lei, em sentido material, é uma prescrição jurídica hipotética, que não se reporta a um fato individualizado no tempo e no espaço, mas a um modelo, a um tipo. É a uma norma. Nem sempre as leis em sentido material também são leis em sentido formal"

mas ainda a eventuais normas por ela emitidas, com fundamento na lei, que visem regular seus comportamentos posteriores.

Destaca-se ainda a posição desse doutrinador no que diz respeito ao art. 5º, II da Constituição, com base no qual entende que a Administração não poderá emitir atos que restrinjam liberdades dos administrados, salvo se estiver previamente fundamentada em lei que lhe possibilite tal restrição (Bandeira de Mello, 2010).

Em suma, na visão dominante na doutrina brasileira, a legalidade administrativa, denominada de legalidade restrita, admite a máxima de que a Administração Pública somente pode agir se e quando a lei autorizar a atuação.

Nesse sentido tem se posicionado também a jurisprudência dos tribunais, como se pode observar na seguinte decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo⁵:

Ementa: Administrativo - Ação civil pública - Pretensão de município ao ressarcimento de seus cofres por ex-prefeito (...). Desvio de verbas advindas de convênios com o Estado e a União - Conduta improba caracterizada - Violação ao princípio da legalidade estrita e da impessoalidade - Inteligência do art. 11 "caput" e inciso I da Lei 8.429/92 - Emprego, entanto, em gastos da própria Administração - Ressarcimento indevido (...). Recurso provido em parte. (...) Nessa esteira, de argumentar-se que, em se tratando da coisa pública, as formalidades legais devem sim ser observadas e à risca. Cuida-se de ater-se ao princípio da legalidade, além dos demais previstos no art. 37 "caput" da Lei Maior. E, como trás visto, o demandado desprezou tal regramento, dando destino diverso aos valores recebidos por conta dos convênios mencionados. Tal conduta, por certo, contraria o princípio da legalidade e até mesmo a exigência constitucional que diz com a impessoalidade. Irrelevante ter ou não havido prejuízo ao erário, quer porque as condutas do art. 11 independem desse resultado, quer porque a lei de regência dispensa o dano patrimonial à caracterização dos atos que prevê (art. 21,1). (Apelação, n.º 0000209-16.1997.8.26.0279, 13ª Câmara de Direito Público, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Ivan Sartori, Julgado em 30/06/2010)

Foi expressamente mencionado, na supracitada decisão, o posicionamento (maioritário) da legalidade restrita (ou estrita). O posicionamento também é verificado nos tribunais superiores, como é o caso da decisão do Supremo Tribunal Federal⁶ no processo de mandado de segurança, que assim entendeu:

⁵ Decisão disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br>

⁶ Acórdão disponível em: www.stf.jus.br

Ementa: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. A Administração Pública submete-se ao princípio da legalidade, sobrepondo-se ao regulamento a lei em sentido formal e material (...). (Mandado de Segurança, MS28033DF, Tribunal Pleno, STF, Relator: Min. Marcos Aurélio, Ac. Eletrônico, Julgado em 23/04/2014, DJe 213 de 29/10/2014)

Outra decisão que reforça o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁷ quanto à legalidade na Administração Pública, é do agravo regimental em que a Corte entendeu:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. TAXA DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS - TSA. LEI 9.960/2000. CONSTITUCIONALIDADE. INSTITUIÇÃO DO FATO GERADOR POR ATO INFRALEGAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1. A jurisprudência do STF é firme no sentido de que a instituição de que a Lei 9.960/2000, que autoriza a Suframa a instituir taxas por meio de portaria, contraria o princípio da legalidade. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (Agravo Regimental, AgR ARE 937195 AM – AMAZONAS, Primeira Turma, STF, Relator: Min. Edson Fachin, Julgado em 15/03/2016)

Esclarecendo a matéria do julgado, a jurisprudência dominante da Suprema Corte entende que o artigo 1º da Lei 9.960/2000, viola a Constituição Federal por não definir de forma específica o fato gerador da cobrança da Taxa de Serviços Administrativos (TSA), não deixando claro qual atuação estatal própria do exercício do poder de polícia ou qual serviço público, específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição, seria passível de taxaço.⁸ Portanto, entende a Corte que a cobrança da TSA pela Administração é uma violação ao princípio da legalidade por violação da Constituição.

Como se pode perceber, a legalidade restrita é a que vigora no Brasil. No entanto, parte da doutrina têm se levantado no sentido de apontar a inadequação deste posicionamento, posicionando-se em sentido contrário dessa visão tradicional. Essa corrente doutrinária observa que a visão inicial do princípio da legalidade aplicado à Administração Pública vem se

⁷ Acórdão disponível em: www.stf.jus.br

⁸ No Brasil, por força do artigo 145º, II da Constituição Federal, e do artigo 77º do Código Tributário Nacional, as taxas têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

modificando ao longo dos tempos, e que aquela submissão total à lei tornava a atividade administrativa inviável.

Gustavo Binenbojm aponta como mecanismo de superação dessa visão clássica de legalidade restrita a ideia de constitucionalização do Direito Administrativo. Assim, passaria a se fundamentar a atuação da Administração no sistema de direitos fundamentais e no sistema democrático, reunidos em princípios e regras constitucionais. Nas palavras do autor: “(...) a Constituição, e não mais a lei, passa a situar-se no cerne da vinculação administrativa à juridicidade” (2008).

Demonstrado o entendimento doutrinário e jurisprudencial brasileiro sobre o princípio da Legalidade na Administração, resta traçar alguns comentários a um ponto que é comum aos dois sistemas, qual seja o das exceções a esse princípio.

5. Exceções ao princípio da legalidade

Conforme Freitas do Amaral (2016), a doutrina administrativa entende que o princípio da legalidade admite as seguintes exceções:

- A teoria do *estado de necessidade*, onde o Estado em circunstâncias excepcionais, tais como: calamidade pública; estado de guerra; estado de sítio, etc., fica dispensado do atendimento às exigências legais necessárias para emissão de atos e tomadas de decisões, ainda que tais decisões venham a ferir os direitos e interesses dos particulares. Ressalta-se que, neste caso, sanada a situação de necessidade, o Estado fica obrigado a indenizar os particulares que tiveram seus direitos sacrificados.⁹;
- A teoria dos *atos políticos*, segundo a qual os atos de conteúdo e materialidade são de cunho essencialmente inerente à função política, também conhecidos por “*atos políticos*” ou “*atos de governo*”. Estes estão livres de serem declarados como ilegais em decisões de tribunais administrativos, em apreciações de impugnações contenciosas;
- A teoria do *poder discricionário da administração*, segundo a qual, embora todo ato administrativo necessite de lei prévia que o fundamente, existem situações que permitem ao administrador a

⁹ A teoria do estado de necessidade, que tem sua origem no direito romano “*necessitas non habet legem*” é pacificamente aceita pela doutrina e jurisprudência de todos os países democráticos (Freitas do Amaral, 2016, p. 68).

escolha ou a possibilidade de fixar a medida de sua ação. Vale ressaltar, porém, que essa discricionariedade é conferida pela própria lei, só cabendo ao administrador atuar nesse sentido quando a lei o permita.

Analisando as teorias admitidas pela doutrina como sendo exceções ao princípio da legalidade, conclui-se, no mesmo sentido do mencionado autor, que as situações descritas, na realidade, acabam por respeitar tanto a prevalência da lei como a reserva de lei. Ora, basta se perceber que cada uma das mencionadas situações são possíveis porque a lei assim o determina, bem como que devem ser exercidas em respeito aos demais ordenamentos jurídicos.

Com base no que foi exposto até aqui, convém passar ao estudo da interpretação e aplicação do princípio da legalidade à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

6. Conclusão

Observa-se que a doutrina Portuguesa, aqui representada por Gomes CANOTILHO, Diogo de Freitas do AMARAL, José Manuel SÉRVULO CORREIA, etc. tem o entendimento de que a Administração Pública hoje fundamenta seus atos no pressuposto exarado no segundo entendimento de EISNENMANN, no qual a Administração Pública só pode fazer o que uma norma superior (pertencente ao bloco de legalidade) a autorize e a habilite a fazer.

Quanto ao entendimento da doutrina Brasileira, aqui representada por Celso Antônio Bandeira de MELLO, Gustavo BINENBOJM, Odete MEDAUAR, etc. observa-se que, assim como ocorre em Portugal, adota-se a segunda visão de EISENMANN, porém de forma diferente. O entendimento dominante quanto à legalidade administrativa é o da denominada legalidade restrita, em que admitem a máxima de que a Administração Pública somente pode agir se e quando a lei (em sentido estrito) autorizar a atuação. Vê-se que este é um ponto discordante entre as duas doutrinas, pois o conceito de lei em Portugal tem uma maior amplitude em relação ao Brasil (embora parte da doutrina brasileira atual comece a defender uma constitucionalização da ideia de legalidade na Administração).

Ligada às ideias quanto ao conceito de lei, percebe-se que enquanto em Portugal discute-se na doutrina (assim como na Alemanha) a possibilidade de determinadas situações onde não se aplique a reserva de lei, no Brasil, devido à legalidade restrita, não se cogita na

doutrina (ainda) essa possibilidade. Neste último país as maiores discussões doutrinárias a respeito deste princípio giram em torno da amplitude de sua fundamentação, com defensores da chamada Constitucionalização do Direito Administrativo.

Conclui-se ainda que um fator concordante entre as duas doutrinas pode ser verificado na interpretação dada às teorias das exceções ao princípio da legalidade, visto que da análise das teorias admitidas pela doutrina como exceções ao princípio da legalidade, vê-se que ambas acabam por respeitar tanto o princípio da prevalência da lei como o da reserva de lei que em outras palavras são exatamente o que preceitua a legalidade restrita.

Referências Bibliográficas

- BANDEIRA DE MELLO, C. A. Curso de direito administrativo. São Paulo: Editora Malheiros, 2010
- BINENBOJM, G. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: Um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 13, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 20 de Junho 2015.
- CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1996.
- CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional e teoria da constituição 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO FILHO, J. S. Manual de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2012.
- EISENMANN, C. Cours de droit administratif. Anthologie Du Droit. Tomo I. Paris: L.G.D.J., 2013.
- FREITAS DO AMARAL, D. Curso de direito administrativo. v. 2. Coimbra: Almedina, 2016.
- MACHADO, H. B. Curso de direito tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.
- MEDAUAR, O. A processualidade no direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MEDAUAR, O. Direito administrativo moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- SÉRVULO CORREIA, J. M. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 1987.
- VIEIRA DE ANDRADE, J. C. O ordenamento jurídico administrativo português. Contencioso Administrativo. Braga: Livraria Cruz, 1986.
- ZANOBINI, G. L'attività amministrativa e la legge. Scritti Vari di Diritto Pubblico. Milão: Giuffrè, 1955.

Universidade Católica de Petrópolis
Centro de Teologia e Humanidades
Rua Benjamin Constant, 213 – Centro – Petrópolis
Tel: (24) 2244-4000
lexhumana@ucp.br
<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana>



CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; MENDES DA SILVA, Edmar; BILHIM, João. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE SOBRE A PERSPECTIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA E BRASILEIRA. *Lex Humana*, v. 8, n. 1, ago. 2016. ISSN 2175-0947. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=1129> . Acesso em: 30 Jul. 2016.
