

**TATIANE FERREIRA MATUOKA**

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SEU  
FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL**

**FACULDADE DE EDUCAÇÃO SÃO LUÍS  
NÚCLEO DE APOIO DE PÓS GRADUAÇÃO *LATO SENSU*  
JABOTICABAL - SP  
2015**

**TATIANE FERREIRA MATUOKA**

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SEU  
FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Faculdade de Educação São Luís, como  
exigência parcial para a conclusão do curso de  
Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito  
Administrativo.

Orientador: Prof. Esp. Waldomiro Camilotti Neto

**FACULDADE DE EDUCAÇÃO SÃO LUÍS  
NÚCLEO DE APOIO DE PÓS GRADUAÇÃO *LATO SENSU*  
JABOTICABAL - SP  
2015**

## **Dedico**

a minha mãe Maria de Lourdes Ferreira por ter  
sempre me apoiado nos momentos de cansaço.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço em primeiro lugar à Deus pela oportunidade de viver.

Aos meus pais por sempre me incentivarem a estudar.

Ao Prof. Esp. Waldomiro Camilotti Neto, pela dedicação em suas orientações prestadas no decorrer do curso, bem como na elaboração deste trabalho, me incentivando e colaborando no desenvolvimento de minhas ideias.

Aos colegas de curso de pós-graduação pelo compartilhamento de conhecimentos jurídicos através do Fórum.

“O remédio para nossas preocupações consiste em estar inteiramente ocupado, realizando alguma coisa construtiva”. (Maria Zownseand)

## RESUMO

O Direito Administrativo nasceu e se desenvolveu apoiando-se em dois conceitos opostos, sendo eles: de um lado, a proteção aos direitos individuais frente ao Estado, que serve de fundamento ao **princípio da legalidade**, um dos esteios do Estado de Direito; e de outro lado, a de necessidade de satisfação dos interesses coletivos, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo, quer para a prestação de serviços públicos.

## **SUMÁRIO**

|                                                                            |           |
|----------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO</b>                                                          | <b>1</b>  |
| <b>1. DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b>                          | <b>2</b>  |
| 1.1. Conceito de princípios                                                | 2         |
| 1.2. Administração pública direta e indireta                               | 4         |
| 1.3. Classificação geral dos princípios da administração pública           | 4         |
| <b>2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SEU TRÍPLICE FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL</b> | <b>6</b>  |
| 2.1. Legalidade privada e legalidade pública                               | 13        |
| 2.2. Restrições excepcionais ao princípio da legalidade                    | 15        |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>                                                | <b>18</b> |
| <b>REFERÊNCIAS</b>                                                         | <b>19</b> |

## **INTRODUÇÃO**

Este trabalho procura apresentar uma breve explanação acerca do princípio da legalidade e seu fundamento constitucional.

Ademais, objetivamos, com este trabalho, destacar a importância do princípio da legalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

## **1. DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

### **1.1. Conceito de princípios**

A Constituição Federal de 1998, no art. 37, estabelece que 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.

MELLO (2005, p. 145) aduz que princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. Adverte o autor que violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma, eis que a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

GOMES (2006, p.8) afirma que são os princípios que norteiam e delimitam a atuação concreta do Estado por meio da Administração Pública e se encontram acima das normas jurídicas, orientando a evolução e a aplicação das demais normas de Direito Administrativo nos limites de atuação da própria Administração Pública, caracterizando-se, ainda, como disposições puramente abstratas que tem a sua exteriorização por meio das normas do sistema jurídico-administrativo brasileiro.

Convém observar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro a respeito:

Os dois princípios fundamentais e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, que não são específicos do Direito Administrativo porque informam todos os ramos do direito público; no entanto são essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais.

A Constituição de 1988 inovou ao fazer expressa menção a alguns princípios a que se submete a Administração Pública Direta e Indireta, a saber, os princípios da legalidade, impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e da eficiência (art. 37, *caput*, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19 de 04.06.1998), aos quais a Constituição Estadual acrescentou os da razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público (art.111). (DI PIETRO, 2013, p. 64).

CRETELLA JUNIOR, José (1997, p. 15) reza que princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subseqüentes, Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência.

Os princípios servem para a interpretação das demais regras postas no ordenamento jurídico, são balizas norteadoras para o alcance do exato sentido das demais normas; suprem, também, a ausência de regra posta, na medida em que a conduta dos administrados e servidores, mesmo não existindo lei específica, não deve ser contrária aos princípios já enunciados pela Constituição, é o que ocorre, por exemplo, com a moralidade, pois, mesmo se não houver lei formal impondo conduta compatível com os preceitos éticos da instituição, o servidor mesmo assim deve atuar dessa forma, pois já é consagrada a moralidade pública como princípio constitucional, opinam SCATOLINO e CAVALCANTE FILHO (2014, p.55).

A Lei Nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), no artigo 2º, faz referência aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, salienta DI PIETRO (2013, p.64); ademais, outras leis esparsas fazem expressa referência a princípios específicos de determinados processos, tal como ocorre com a Lei Nº 8.666/93 (Lei sobre licitação e contrato) e

com a Lei Nº 8.987/95 (Lei sobre concessão e permissão de serviço público), acrescenta a ilustre doutrinadora.

## 1.2. Administração pública direta e indireta

GOMES (2006, p.19) define Administração Pública como o conjunto harmônico formado por entidades, órgãos e agentes públicos, destinado a exercer atividades inerentes ao Estado e aos seus fins; classificando-a em duas categorias distintas, a saber: (i) **administração direta ou centralizada**, composta por todas as entidades e órgãos públicos diretamente ligados ao poder central, entendendo-se como poder central a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal; encontram-se, portanto, no centro do Estado, exercendo, em caráter exclusivo, as funções essenciais à existência e manutenção do Estado (por exemplo: segurança pública, administração da justiça, etc); e (ii) **administração indireta ou descentralizada**, composta por pessoas jurídicas (que não se assemelham às entidades e órgãos públicos), de Direito Público ou Privado, destinadas à execução de funções e à prestação de serviços públicos de titularidade do Estado e a elas transferidas em caráter exclusivo (por exemplo: correios e telégrafos, atividades bancárias, etc.). (grifo nosso)

## 1.3. Classificação geral dos princípios da administração pública

GASPARINI (2012, p.60) classifica os princípios em: (i) **onivalentes**, isto é, os que valem para qualquer ciência, a exemplo do princípio de não contradição: uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo; (ii) **plurivalentes**, ou seja, os que valem para um grupo de ciências, a exemplo do princípio da causalidade, que informa as ciências naturais: à causa corresponde um dado efeito; (iii)

**monovalentes**, tais como os que valem só para uma ciência, a exemplo do princípio da legalidade (a lei submete a todos), só aplicável ao Direito; ademais, estes últimos podem ser: a) **gerais**, a exemplo do que valem só para um ramo de uma dada ciência, como é o princípio da supremacia do interesse público, que só é aplicável do Direito Público; b) **específicos**, ou seja, os que valem só para uma parte de um ramo de certa ciência, nos moldes do princípio da continuidade do serviço público (a atividade pública é ininterrupta), só verdadeiro para o Direito Administrativo, que é sub-ramo do Direito Público. (grifo original).

Nesta mesma toada, DI PIETRO (2013, p.63) classifica os princípios em: (i) **onivalentes** ou **universais**, comuns a todos os ramos do saber, como o da identidade e o da razão suficiente; (ii) **plurivalentes** ou **regionais**, comuns a um grupo de ciências, informando-as nos aspectos em que se interpenetram, como o princípio da causalidade, aplicável às ciências naturais e o princípio do *alterum non laedere* (não prejudicar a outrem), aplicável às ciências naturais e às ciências jurídicas; (iii) **monovalentes**, que se referem a um só campo do conhecimento como os princípios gerais de direito, como o de que ninguém se escusa alegando ignorar a lei; (iv) **setoriais**, que informam os diversos setores em que se divide determinada ciência, por exemplo, na ciência jurídica existem princípios que informam o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito Penal, etc. (grifo original).

SCATOLINO e CAVALCANTE FILHO (2014, p.56) afirmam que os princípios são de observância obrigatória pela Administração, ou seja, não é uma faculdade do agente público em toda a sua atividade estar pautado de acordo com os princípios administrativos, e sim um dever; ademais, o agente público deve obedecer aos princípios expressos e implícitos na Constituição Federal. Referidos doutrinadores prosseguem, trazendo importante esclarecimento, qual seja:

Na aplicação dos princípios, **não existe hierarquia** entre eles, uma vez que todos tem de ser respeitados durante a atividade do agente público, sejam princípios expressos, sejam implícitos. Um princípio não pode ser preterido para a aplicação de outro. O ato tem que ser, ao mesmo tempo, praticado de acordo com a lei, com a impessoalidade, moralidade; deve ser corretamente divulgado, ser eficiente, dentro dos seus limites (razoável e proporcional), havendo, também, a sua justificação. (SCATOLINO; CAVALCANTE FILHO, 2014, p.56, grifo original)

Nenhum princípio administrativo é absoluto, conforme opinião de SCATOLINO e CAVALCANTE FILHO (2014, p.57), eis que podem ser restringidos em determinadas hipóteses, como, por exemplo, quando a Constituição admite restringir a publicidade cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, CF).

## 2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SEU TRÍPLICE FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

GASPARINI (2012, p.61) afirma que o princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor; qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe à anulação, sendo seu campo de ação bem menor que o do particular visto que este pode fazer tudo que a lei permite e tudo que lei não proíbe, aquela só pode fazer o que a lei **autoriza** e, ainda assim, **quando** e **como** autoriza. (grifo original)

Aduz, ainda o mesmo doutrinador, que se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situações excepcionais (grave perturbação da ordem e guerra quando irrompem inopinadamente).

Inerente ao Estado de Direito, o princípio da legalidade representa a subordinação da Administração Pública à vontade popular; o exercício da função administrativa não pode ser pautado pela vontade da Administração ou dos agentes públicos, mas deve obrigatoriamente respeitar a vontade da lei, defende MAZZA (2014, p. 92).

De acordo com MEIRELLES (2015, p. 324), as leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contem verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos.

MAZZA (2014, p. 92) destaca que o princípio da legalidade é o mais importante princípio específico do Direito Administrativo, eis que dele derivam vários outros, tais como: finalidade, razoabilidade, isonomia e proporcionalidade.

De opinião diversa, SCATOLINO e CAVALCANTE FILHO (2014, p.56) entendem que os princípios da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do interesse público constituem a base do regime-jurídico administrativo; contudo, isso não significa que estejam em nível de hierarquia superior aos demais princípios, eles são os pilares, a base do Direito Administrativo, servindo até mesmo de interpretação para a aplicação dos demais.

DI PIETRO (2013, p.64) afirma que o princípio da legalidade, juntamente com o controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, eis que a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

GASPARINI (2012, p.62) pontua que ao princípio da legalidade também se submete o agente público; com efeito, o agente da Administração Pública está preso

à lei, e qualquer desvio de sua competência pode invalidar o ato e tornar o seu autor responsável, conforme o caso, disciplinar, civil e criminalmente.

Similar entendimento possui DI PIETRO (2013, p.65) ao alegar que a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados, sem lei regulamentada.

Nessa mesma toada, GOMES (2006, p. 9) entende que a Administração Pública e seus agentes devem sempre atuar em conformidade com a lei aplicável, sendo o conceito de lei, neste contexto, de caráter genérico, na medida em que engloba todo e qualquer ato normativo (lei ordinária, lei complementar, decreto, resolução, portaria, etc), eis que a desconformidade do ato administrativo com a lei aplicável implica a sua invalidade, respondendo o seu autor pela infração cometida.

O princípio da legalidade advém do fim do Estado Absolutista, que cedeu espaço para o surgimento do Estado de Direito, pois neste modelo a criação de direitos e obrigações surge a partir da lei, contrapondo-se ao regime anterior, em que esses poderes eram concentrados na pessoa do rei, pontuam SCATOLINO e CAVALCANTE FILHO (2014, p.57).

GASPARINI (2012, p.62) esclarece que o princípio da legalidade orientou o constituinte federal na elaboração do inciso II do art. 5º da Constituição da República, que estatui: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, sendo que esta regra, se de um lado prestigia e resguarda o particular contra investidas arbitrárias da Administração Pública, de outro, exige lei ou ato equivalente, como é a medida provisória, para os comportamentos estatais, pois quaisquer desses comportamentos, por mínimos que seja, podem alcançar o particular; todavia, não carece existir lei estabelecendo se, como e quando a Administração Pública deve agir, pois muitas vezes o interesse

público, a moralidade administrativa e o dever de agir permitem sua atuação sem a existência de uma específica lei.

GASPARINI (2012, p.62) observa que o princípio da legalidade não incide só sobre a atividade administrativa, sendo extensivo às demais atividades do Estado, aplicando-se, portanto, à função legislativa, salvo nos casos de países de Constituição flexível, onde o Poder Legislativo pode, livremente, alterar o texto constitucional; é o caso da Inglaterra, onde o Legislativo é também poder constituinte. Afirma, ainda, que referido princípio aplica-se também à atividade jurisdicional, ou seja, não pode o Judiciário comportar-se com inobservância da lei, seu comportamento também se restringe aos seus mandamentos; daí deriva a sua afirmação: “Nem o Judiciário em sua prestação jurisdicional prescinde da bitola legal, que lhe impõem as regras legais, como as de competência e as processuais.”, ou seja, ninguém está acima da lei.

A observância do princípio constitucional da legalidade é garantida por meio de outro direito assegurado pelo mesmo dispositivo, em seu inciso XXXV, em decorrência do qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ainda que a mesma decorra de ato da Administração; e a Constituição ainda prevê outros remédios específicos contra a ilegalidade administrativa, como a ação popular, o habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança e o mandado de injunção; tudo isto sem falar no controle pelo Legislativo, diretamente ou com auxílio do Tribunal de Contas, e no controle pela própria Administração, conclui DI PIETRO (2013, p.65).

MAZZA (2014, p. 94) esclarece que o princípio da legalidade encontra fundamento em três dispositivos diferentes na Constituição Federal de 1988, sendo eles:

(i) **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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*”, empregada com iniciais minúsculas no dispositivo, a expressão administração pública significa a atividade administrativa, cujo exercício no âmbito de qualquer dos Poderes nas diferentes esferas federativas deve obediência aos regramentos estabelecidos pela legislação;

(ii) **Art. 5º, II**: “*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”, esse dispositivo constitucional contempla a chamada **legalidade geral** cujo alcance ultrapassa as fronteiras do Direito Administrativo, eis que referido comando estabelece garantia ampla de que os particulares não terão sua liberdade restringida senão pelo Parlamento;

(iii) **Art. 84, IV**: “*Compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*”, a parte final do dispositivo reforça o papel secundário reservado aos atos administrativos no direito brasileiro; secundário no sentido de que tais atos pressupõem a existência de uma lei a ser por eles regulamentadas e, em decorrência, executada, ou seja, sem lei prévia não se admite a prática de ato administrativo disciplinando determinada matéria. A função do ato administrativo é estabelecer uma ponte concretizadora entre a lei geral e o caso específico, restringe-se a estabelecer detalhamentos capazes de tornar aplicável o dispositivo legal; decretos e regulamentos, assim como todos os atos administrativos em geral, só podem ser expedidos para viabilizar a execução da lei, afirma MAZZA (2014, p. 96, grifo original).

O princípio da legalidade pode ser entendido em dois sentidos: **legalidade em sentido amplo e em sentido estrito**, sendo que a legalidade em **sentido estrito** significa atuar de acordo com a lei, ou seja, obedecer à lei feita pelo Parlamento, já a legalidade em **sentido amplo ou legitimidade** significa obedecer não só a lei, mas também obedecer aos princípios da moralidade e do interesse

público; desta forma, a palavra legitimidade apresenta um conceito mais abrangente do que o conceito de legalidade, pois legalidade seria obedecer à lei e a legitimidade obedecer à lei e aos demais princípios administrativos, salientam sabiamente SCATOLINO e CAVALCANTE FILHO (2014, p.58, grifo original).

Na opinião de MAZZA (2014, p.93), o princípio da legalidade não se reduz ao simples **cumprimento da lei em sentido estrito**; a Lei federal nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo), no art. 2º, parágrafo único, I, define a legalidade como o dever de **atuação conforme a lei e o Direito**; a redação do dispositivo permite contemplar o que a doutrina estrangeira tem chamado de **princípio da juridicidade**, isto é, a obrigação de os agentes públicos respeitarem a lei e outros instrumentos normativos existentes na ordem jurídica. (grifo original).

A juridicidade é uma ampliação do conteúdo tradicional da legalidade; além de cumprir as leis ordinárias e leis complementares (lei em sentido estrito), a Administração está obrigada a respeitar o denominado **bloco da legalidade**, ou seja, as regras vinculantes da atividade administrativa emanam de **outros veículos normativos**, a saber: a) Constituição Federal, incluindo **emendas constitucionais**; b) Constituições Estaduais e Leis Orgânicas; c) medidas provisórias, d) tratados e convenções internacionais; e) costumes; f) atos administrativos normativos, como decretos e regimentos internos; g) decretos legislativos e resoluções (art. 59 da CF); h) princípios gerais do direito, indica MAZZA (2014, p. 93, grifo original).

Nesse sentido, observam SCATOLINO e CAVALCANTE FILHO:

O entendimento inicial do princípio da legalidade tem evoluído para o conceito de juridicidade. No sentido de que a Administração deve observar não só a lei, aos princípios expressos e implícitos na Constituição e, ainda, outras fontes normativas (ex. tratados internacionais), havendo todo um **bloco de legalidade** a ser observada. Portanto, juridicidade significa atender as regras do ordenamento jurídico vigente. (SCATOLINO; CAVALCANTE FILHO, 2014, p.56, grifo original)

Decorrente do princípio da legalidade há o **princípio da reserva legal**, exigindo que determinados assuntos sejam tratados especificamente por meio de lei confeccionada pelo Parlamento, assim, o princípio da legalidade exige atuação conforme a lei e a reserva legal veda que determinados assuntos sejam tratados por fontes normativas diversas da lei, salientam SCATOLINO e CAVALCANTE FILHO (2014, p.59, grifo original).

Nesta mesma toada, Alexandra Mazza aduz:

Quanto ao princípio da **reserva legal**, ou legalidade em sentido positivo, preceitua que **os atos administrativos só podem ser praticados mediante autorização legal**, disciplinando temas anteriormente regulados pelo legislador. Não basta não contradizer a lei. O ato administrativo deve ser expedido *secundum legem*. A reserva legal reforça o entendimento de que somente a lei pode inovar originariamente na ordem jurídica. O ato administrativo não tem o poder jurídico de estabelecer deveres e proibições a particulares, cabendo-lhe o singelo papel de instrumento de aplicação da lei no caso **concreto**. (MAZZA, 2014, p.93, grifo original)

Eis algumas situações elencadas por SCATOLINO e CAVALCANTE FILHO (2014) em que a Constituição exige, necessariamente, que a matéria resulte de lei (reserva legal): (i) criar entidades (CF, art. 37, XIX) ou órgãos públicos (CF, art. 61, § 1º, II, “e”); (ii) criação de cargos, empregos ou funções públicas (CF, art. 61, § 1º, II, “a”); (iii) contratação temporária por prazo determinado (CF, art. 37, IX); (iv) requisitos para ocupação de cargos públicos (CF, art. 37, I); (v) situações em que estrangeiro pode ocupar cargo público (CF, art. 37, I), (vi) reserva de vagas e critérios de admissão para pessoas portadoras de deficiência em concursos públicos (CF, art. 37, VII), (vii) exercício do direito de greve pelo servidor público (CF, art. 37, VII), e (viii) fixação e alteração de remuneração e subsídio (CF, art. 37, X).

## 2.1. Legalidade privada e legalidade pública

MEIRELLES (2015, p. 322) destaca os diferentes significados que a legalidade tem no Direito Privado e no Direito Público ao definir que na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal; enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

DI PIETRO (2013, p.65) assevera que, segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite; no âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da **autonomia da vontade**, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe, ideia esta que já vinha explícito no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: 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 pode ser estabelecidos por lei.” (grifo original).

Na mesma toada, MAZZA (2014, p. 96) afirma que a relação que o particular tem com a lei é de liberdade e autonomia da vontade, de modo que os ditames legais operam fixando limites negativos à atuação privada; assim, o silêncio da lei quanto ao regramento de determinada conduta é recebido na esfera particular como permissão para agir. Por isso, normas permissivas no Direito Privado tendem a ser desnecessárias, já que a simples ausência de disciplina legal equivale à autorização, as normas privadas permissivas servem para criar exceções dentro de proibições gerais ou reforçar liberdades já existentes em decorrência da falta de regramento; o Direito Privado tem uma **norma geral permissiva implícita**, pois a ausência de norma específica está tacitamente regulada como permissão genérica, acrescenta referido doutrinador. (grifo nosso)

Pelo contrário, a relação do agente público com a lei é de subordinação, razão pela qual os regramentos estabelecidos pelo legislador desenham limites positivos para as atividades públicas; por isso, a ausência de disciplina legal sobre certo comportamento significa no âmbito da Administração Pública uma proibição de agir, esclarece MAZZA (2014, p.96).

Nesse sentido, acrescenta Alexandre Mazza:

O legislador define normas públicas proibitivas somente para excepcionar permissões gerais ou rechaçar comportamentos vedados pela falta de norma específica. No Direito Público existe uma **norma geral proibitiva implícita** na medida em que a falta de regra específica atrai a incidência de um comando proibitivo genérico. (MAZZA, 2014, p.96, grifo nosso)

A Administração Pública e seus agentes somente podem praticar determinado ato administrativo se autorizado por lei, diversamente do administrado, em relação ao qual tudo o que não é expressamente proibido é, em sentido negativo, permitido, ou seja, para a Administração Pública a legalidade é **estrita**, já para os advogados, é **ampla**, conclui GOMES (2006, p. 9, grifo original).

Relevantes diferenças entre a **legalidade privada** e a **legalidade pública** são: (i) a **legalidade privada** é destinada aos particulares, tem seu fundamento na autonomia da vontade, ou seja, os particulares podem fazer tudo que a lei não proíbe, o silêncio legislativo equivale à permissão, contem normas permissivas que excepcionam proibições gerais ou reforçam liberdades, possui norma geral implícita permissiva; e (ii) a **legalidade pública** é destinada aos agentes públicos, tem seu fundamento na subordinação, ou seja, os agentes públicos só podem fazer o que a lei autoriza, o silêncio legislativo equivale à proibição, contem normas proibitivas que excepcionam permissões gerais ou reforçam vedações, possui norma geral implícita proibitiva,. aduz MAZZA (2014, p.97, grifo nosso).

A **legalidade para o agente público** é a legalidade do art. 37 da CF, que exige atuação sempre de acordo com a lei, ou seja, ele só pode fazer o que a lei permite, já a **legalidade para o cidadão** encontra-se estampada no art. 5º, II da CF, definindo que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, rezam SCATOLINO e CAVALCANTE FILHO (2014, p.58, grifo original).

## 2.2. Restrições excepcionais ao princípio da legalidade

MELLO (2005, p.126) aponta três restrições excepcionais ao princípio da legalidade, expressamente mencionadas na Constituição Federal, sendo elas: (i) a **medida provisória** (art. 62 da CF), o **estado de defesa** (art.136 da CF) e o **estado de sítio** (arts. 137 a 139 da CF). (grifo nosso)

MARINELA (2014, 32) esclarece que as **medidas provisórias** são medidas completamente diferentes das leis, pois representam uma forma excepcional de regular certos direitos, forma essa atribuída ao Presidente da República e prevista expressamente no texto constitucional em seu art. 62 (esse dispositivo foi objeto de Emenda Constitucional – EC Nº 32, de 11.09.11), a sua edição depende dos pressupostos de relevância e urgência, diferente da lei que só está condicionada à relevância da matéria; essas medidas tem prazo de vigência definido na Constituição, 120 dias, distanciando-se da lei que, mesmo sendo de modalidade temporária, tem no seu próprio corpo a definição do prazo. (grifo nosso).

As medidas provisórias são normas precárias, porque podem ser desfeitas pelo Congresso Nacional dentro do prazo para apreciá-las, assim, se elas não forem confirmadas, perdem a sua eficácia desde sua edição, retiradas, portanto, com efeitos *ex tunc*; em situação oposta tem-se a lei que, para a persistência, só

depende do mesmo órgão e, se revogada, perde a eficácia dali para frente, com efeitos *ex nunc*, adiciona MARINELA (2014, 33).

No tocante ao **estado de defesa**, MELLO (2005, p.127) afirma que é um instrumento para defesa do Estado e das instituições democráticas, previsto no art. 136 da CF, autorizando o Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, a decretá-lo, organizando medidas destinadas a preservar ou restabelecer, em locais determinados, a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções; tal providência não excederá a 30 dias, prorrogada por igual período, uma única vez, e estará sujeita a controle posterior do Congresso Nacional. (grifo nosso)

Essa medida pode restringir alguns direitos constitucionais: sigilo de correspondência, de comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, XII), direito de reunião (art. 5º, XVI) e a exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente (art. 5º, LXI), além da possibilidade de ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, representando, nesses casos, uma restrição excepcional ao princípio da legalidade, esclarece com maestria MELLO (2005, p. 128).

O **estado de sítio**, que também representa um instrumento de defesa do Estado e das instituições democráticas, previsto no art.137 da CF, é utilizado para medidas mais graves; pontua MARINELA (2014, p. 33, grifo nosso).

Referida doutrinadora esclarece que, nesse caso, o Presidente da República, ouvindo o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, com prévio controle pelo Congresso Nacional, poderá decretar o estado de sítio, que consiste na instauração de uma legalidade extraordinária, por determinado tempo, e de âmbito nacional, objetivando preservar ou restaurar a normalidade constitucional, perturbada por uma das seguintes hipóteses: comoção nacional (rebelião ou

revolução interna), ineficácia do estado de defesa (inciso I), declaração de guerra (guerra externa) e resposta à agressão armada estrangeira (inciso II).

Nas hipóteses do inciso I, poderão ser restringidos os seguintes direitos (art. 139): inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI), sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, XII), direito de reunião (art. 5º, XVI), direito de propriedade (art. 5º, XXV), exigibilidade de prisão somente em flagrante ou por ordem judicial (art. 5º, LXI) e, também, liberdade de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação (art. 220), além da possibilidade de intervenção nas empresas prestadoras de serviços públicos e requisição de bens; já nos casos do inciso II, poderão ser restringidas, em tese, todas as garantias previstas na Constituição, desde que presentes três requisitos constitucionais: haja necessidade de efetivação da medida, tenham sido objeto de deliberação por parte do Congresso Nacional no momento de autorização da medida e estejam expressamente previstos no Decreto Presidencial (art. 138, *caput*, cc. Art. 139, *caput*), todas essas situações estão sujeitas ao controle pelo Poder Judiciário, finaliza MELLO (2005, p. 128).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante da grandeza do Estado, verifica-se a necessidade de disciplina e organização próprias no tocante às questões internas e externas de sua competência.

No Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar que o princípio da legalidade estabelecida na Constituição Federal é uma importante ferramenta que delimita a atuação da Administração Pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e agências, além das associações públicas e entidades paraestatais), eis que seus agentes somente podem praticar determinado ato administrativo se autorizado por lei.

## REFERÊNCIAS

CRETELLA JUNIOR, José. **Revista de Informação Legislativa**. Vol. 97. São Paulo: RT, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Fábio Bellote. **Elementos de Direito Administrativo**. Barueri, SP: Manole, 2006.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Impetus, 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SCATOLINO, Gustavo; CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de Direito Administrativo**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2014.