

# PRINCÍPIO DE LEGALIDADE

JOSÉ NILO DE CASTRO  
Procurador do Município de Ipatinga-MG  
Mestre em Direito Público pela UFMG  
Doutor em Direito Público pela Université de  
Droit, d'Économie et de Sciences Sociales de  
Paris (Paris II).

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. I. **CARACTERÍSTICAS DO PRINCÍPIO DE LEGALIDADE.** 1. Análise do princípio de legalidade: A. Aspecto histórico. B. Aspecto Jurídico. 2. As fontes do princípio de legalidade: A. Fontes não escritas da legalidade. B. Fontes escritas. II — **SANÇÕES DO PRINCÍPIO DE LEGALIDADE.** 1. Anulação dos atos administrativos: A. O poder da Administração. B. O poder do Judiciário. C. O controle do poder Legislativo. 2. Revogação dos atos administrativos: A. Competência da Administração Pública. B. Impossibilidade do Judiciário. III. **LEGITIMIDADE, CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE.** 1. A legitimidade. 2. A constitucionalidade. 3. Princípio de legalidade e princípio de constitucionalidade. São dois ou um só princípio?  
**CONCLUSÃO.** Bibliografia.

Em sentido vulgar, princípio designa o começo de alguma coisa.

Em linguagem jurídica, princípio é base e alicerce do Direito. Tem sentido mais relevante do que a própria norma ou regra jurídica. O respeito ao princípio é mais importante do que o respeito à lei. Ofender um princípio, diz CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, é muito mais grave do que ofender uma simples regra, porque, neste caso, há agressão parcial, enquanto quem ofende um princípio ataca o sistema jurídico.

No plural, princípios são normas elementares, requisitos primordiais instituídos como base de alguma coisa no universo jurídico.

Nem sempre se inscrevem nas leis. São dogmas, axiomas jurídicos, servindo-se de fundamento da ciência jurídica universal, instituídos como axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal<sup>(1)</sup>.

Esse o seu sentido jus-filosófico. Após haver-lhe extraído a noção, vejamos-lhe o exame.

---

(1) DE PLÁCIDO E SILVA, **Dicionário Jurídico**, Rio, Forense, 2ª edição, 1967, vol. III, p. 1220.

Nosso estudo se fará em três linhas principais, abrangendo três partes, a saber: as características do princípio de legalidade (1ª parte), suas sanções (2ª parte) e, por fim, a trilogia fundamental consistindo em enfoques da legitimidade, da constitucionalidade e da legalidade (3ª parte).

## I — CARACTERÍSTICAS DO PRINCÍPIO DE LEGALIDADE

O homem é um animal essencialmente social. Sua existência só se justifica no grupo. Daí dizemos que a história do naufrago Robinson Crusoe, protótipo do homem só, não passa apenas de **mera estória**, uma vez que, mesmo sozinho na ilha deserta, distanciado da sociedade dos homens, sempre pertenceu a ela.

A sociedade impõe comunidade de vida regular; vida regular implica na existência de regras gerais. Daí o Direito, que só tem explicação ontológico-existencial nas comunidades organizadas, onde pontifica a convivência humana. No caso específico, aqui considerado, destaca-se a menos imperfeita das sociedades, que é o Estado, a que está vinculada a idéia de poder. A vontade estatal se impõe, porque, dentro da hierarquia natural dos seres e das instituições, as entidades inferiores, como as pessoas, estão subordinadas à esfera superior, nascendo daí o direito recíproco entre elas.

Ora, neste contexto, exurgem os poderes superiores, do Estado, que são: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, com os quais se patenteia o convívio do princípio de legalidade, cuja análise, porém, revela diversas conotações.

### I. Análise do princípio de legalidade

#### A — Aspecto histórico

Como os homens, os princípios têm o peso de sua história. E o princípio de legalidade não foge à regra, já que não se lhe podem fixar abstratamente os elementos, mas apenas pelas referências às circunstâncias históricas, nas quais nasceu, é que se lhe caracterizam os aspectos.

Em verdade, a concepção da legalidade é também uma concepção histórica. Charles EISENMANN afirma que, no curso do século XIX, quando juristas e políticos lutaram pela submissão da Administração à lei..., a palavra legalidade visava apenas a lei propriamente dita (a lei formal) <sup>(2)</sup>. É a tradição histórica, portanto do liberalismo, que era necessário refer. Como veremos, o princípio de legalidade possui um sentido verdadeiramente novo, portanto distanciado daquele outro, dentro da concepção histórica.

(2) EISENMANN C., *Cours de Droit Administratif*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1982, Tome I, pp. 458/459.

#### B — Aspecto Jurídico

Designa, então, o princípio de legalidade certa forma de submissão de atos a certos tipos de regras. Indica a existência de relações entre dois elementos: o elemento limitado e o elemento limitador. Por aquele tem-se regrada uma ação, por este consubstancia-se uma submissão, na prática do ato, da autoridade à norma imposta.

O exercício da função administrativa é dominada, pois, pelo princípio fundamental da legalidade. Este princípio significa que as autoridades administrativas são obrigadas, nas decisões que tomam, a se conformar com a lei ou mais exatamente com a legalidade, isto é, com o conjunto de regras de direito, das quais muitas, mas não todas, são contidas nas leis formais <sup>(3)</sup>.

Este princípio diz respeito a todas as atividades das autoridades administrativas. Primeiramente, as decisões administrativas individuais, pelas quais toda medida particular deve ser conforme com as regras gerais preestabelecidas; em segundo lugar, também os atos administrativos regulamentares <sup>(4)</sup> devem respeitar a legalidade.

Por conseguinte, o princípio de legalidade aplicado à Administração, diz VEDEL, exprime a regra segundo a qual a Administração deve agir conforme o direito. O que caracteriza, de maneira mais expressiva, o princípio de legalidade aplicado à Administração é que ele não exprime somente a submissão desta às regras de direito que lhe são exteriores, mas sua submissão às regras que ela mesma editou <sup>(5)</sup>.

Essa definição contém o sentido amplo da palavra **legalidade**.

Embora doutrinariamente a melhor, vários autores não concordam com essa colocação. Por exemplo, Charles EISENMANN: para este grande publicista francês o princípio de legalidade tem sentido restritivo de limitação da administração pelas leis formais somente <sup>(6)</sup>.

(3) LAUBADÈRE A., *Traité de droit administratif*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 8e. édition, tome I, 1980, p. 251.

(4) Aqui estão incluídos os regulamentos, atos administrativos gerais e normativos, disciplinando situações previstas em lei e os regulamentos independentes (autônomos) que provêm situações não disciplinadas em lei.

(5) VEDEL G., *Droit Administratif*, Paris, Presses Universitaires de France, 6e. Édition, 1976, pp. 266/267.

(6) EISENMANN C., op. cit., p. 459. Seu argumento é impressionante, como o foi sua figura de homem e de jurista na Europa: "a concepção originária da legalidade compreende apenas as leis; não compreende nem os regulamentos... Não é ilógico tratar aqui leis e regulamentos formando um só bloco? Não é diferente a respeito das leis e dos regulamentos a situação da Administração? Os regulamentos são atos administrativos, são lavrados, feitos pela Administração, constituem obra dos agentes administrativos. Como se poderia assimilar-lhes as regras e as estabelecidas pela autoridade legislativa, superior à Administração? Tem-se o princípio de legalidade como um princípio que se refere a toda a Administração; ora os regulamentos são produtos da ação de alguns agentes administrativos... Não nos parece, justo colocar no mesmo plano, para definir os limites que se impõem à Administração e à sua ação, as leis propriamente ditas e os regulamentos".

Também SEABRA FAGUNDES afirma que "o princípio de legalidade se tem entendido como condicionamento de toda atividade à lei no sentido **formal** (regra emanada do órgão legislativo), não havendo meio juridicamente utilizável para estabelecer e manter" a distinção entre lei no sentido **formal** e no sentido **material** (norma de caráter geral e abstrato) <sup>(7)</sup>.

Não achamos, "data venia", inteiramente procedentes essas colocações. Filiamo-nos à primeira, exposta pelo saudoso LAUBADÈRE e por VEDEL (submissão à legalidade, às regras do direito em geral). O sentido mais amplo o domina, porque a lei corresponde a uma das fontes da legalidade.

## 2. As fontes do princípio de legalidade

### A — Fontes não escritas da legalidade

Como fontes não escritas da legalidade, citamos os princípios gerais de direito, que têm ora valor igual ou superior à lei ou igual à Constituição <sup>(8)</sup>.

Também destacam-se os costumes, como fontes não escritas da legalidade. Pela sua prática continuada e aceita pela maioria nos agrupamentos humanos, incorporam-se à regra de direito. As decisões do Judiciário confirmam a existência dessas fontes não escritas da legalidade.

### B — Fontes escritas

Não obstante o valor das fontes não escritas, entre as quais se insere o princípio de legalidade, as fontes escritas da legalidade, no sentido amplo que adotamos, é que se destacam consideravelmente.

Na hierarquia normativa, de nosso direito positivo, registramos: 1º) A Constituição e as Emendas Constitucionais; 2º) as leis complementares; 3º) as leis ordinárias; 4º) as leis delegadas; 5º) os decretos-leis; 6º) os decretos legislativos e 7º) as resoluções, dentro da competência de edição do direito, legislativamente falando.

Ora, ajuntam-se, aí, também, os julgados do Judiciário, que, se não têm força vinculativa direta (não são "**arrêts de règlement**" dos Corpos Judiciários franceses do Antigo Regime — "**Las parlements**"), possuem autoridade consolidada, tornando obrigatório mesmo o recurso a eles na apreciação jurisdicional de casos

(7) SEABRA FAGUNDES M., **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, Rio, Forense, 5ª edição, 1979, p. 95, nota 3.

(8) JEANNEAU B., *Les principes généraux du droit dans la Jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954.

semelhantes. Veja-se o direito sumular do Supremo Tribunal Federal. Fala-se até da existência de um poder legiferante do Supremo Tribunal Federal (SEABRA FAGUNDES).

No direito alienígena, os trabalhos do Juiz, sobretudo, do Juiz administrativo francês, revelaram até a construção do poder normativo jurisdicional <sup>(9)</sup>. O Juiz, ao constatar os fatos, acolhendo pretensão de alguém, está **criando direito novo**.

Por isso também é que o princípio de legalidade se subsume no corpo da regra de direito "lato sensu".

O princípio de legalidade, diz SEABRA FAGUNDES, "nos interessa particularmente, quando relacionado com as atividades administrativas do Estado, mas é extensivo a todas as atividades estatais. A submissão à ordem jurídica não atinge apenas os atos do Poder Executivo" <sup>(10)</sup>. Também à ordem jurídica de órbita constitucional se submetem os Poderes Legislativo e Judiciário.

A submissão da Administração Pública à ordem jurídica só se tornará efetiva pelo sistema de controle (ou autocontrole) de suas atividades, no mecanismo estatal. Onde:

## II — SANÇÕES DO PRINCÍPIO DE LEGALIDADE

A liberdade de ação do administrador explicita o alcance da lei, enquanto que a limitação desta só se torna eficaz através de certos procedimentos. Nenhum ato jurídico e até mesmo atos políticos estão afastados de controles. Todavia esses se realizam de duas maneiras, a saber, pela Anulação e Revogação dos atos administrativos.

### I. Anulação dos atos administrativos

#### A — O Poder da Administração

O Executivo possui autocontrole de suas atividades. Reconhecendo no ato que lavrou vícios **de ilegalidade**, ex-officio ou através dos recursos administrativos, hierárquico ou gracioso, pode o Executivo (a Administração), invalidá-los. É um controle mais rápido e eficiente: restauração imediata da ilegalidade pelo controle administrativo interno, isto é, a própria justiça de casa.

#### B — O Poder do Judiciário

Sendo provocado, o Juiz anula pela sua decisão, atos administrativos ilegais (inexistentes — "Quod nullum est nullum prodeit effectum" — ou nulos — nulidade

(9) WALINE M., **Le pouvoir normatif de la jurisprudence**, Mélanges G. SCHELLE, II, p. 613.

(10) SEABRA FAGUNDES M., op. cit., p. 95, nota 5.

absoluta, é a concebida em Direito público (HELY LOPES MEIRELLES). Relativa, pode ser concebida em direito administrativo em matéria contratual (LAUBADÈRE) e atos relativamente inválidos (SEABRA FAGUNDES). Sabemos que os vícios dos atos administrativos podem atingi-los em razão de competência, forma, motivo, objeto e finalidade (Lei da ação popular define tais vícios — art. 2º da Lei 4.117, de 29/06/1965 —, que são modalidades da ilegalidade).

Impõe-se-nos, aqui, o estabelecimento de três graduações de atos: o **ato administrativo** como gênero, o **ato político** como espécie e o **ato exclusivamente político** como subespécie <sup>(11)</sup>.

A Administração tem por objetivo realizar o direito, executá-lo.

O ato administrativo é o ato jurídico através do qual o Estado determina situações jurídicas individuais ou concorre para sua formação <sup>(12)</sup>. E cinco são os seus elementos, como sabemos (competência, forma, motivo, objeto e finalidade).

O ato administrativo político possui conceituação mais ampla e elástica, donde a dificuldade para encontrar-lhe definição, porque materialmente não se distingue do ato administrativo <sup>(13)</sup>.

Através de indicadores, como a **finalidade** e o **conteúdo**, é que podemos avizinhar-nos de sua compreensão. Por exemplo, o ato exclusivamente político não afeta direitos individuais. Daí sua exclusão de controles. Na França, a construção da teoria dos atos de Governo ("actes de gouvernement"), que o Conselho de Estado consolidou, é explicada pelo fato de, sobre esses atos, não se exercer controle algum; por exemplo, os atos de nomeação de Ministros, o decreto de convocação da Assembléia Nacional, de sua dissolução. "Mutatis mutandis", não é diferente a situação em nosso direito positivo, pois que as questões políticas escapam, em absoluto, ao exame do Judiciário. Já o ato **não estritamente político**, por exemplo, a cassação de mandatos dos **agentes políticos**, interfere com o direito subjetivo (o direito ao exercício do mandato). Aqui o Judiciário é convocado e aprecia a questão de fundo, conhecendo-a integralmente, valorando-lhe os motivos.

### C — O controle do Poder Legislativo

Aqui se desenvolve, no aspecto essencialmente político, verdadeiro controle, destinado à fiscalização das atividades administrativas, do ponto de vista geral de sua **legalidade** e conveniência do interesse coletivo <sup>(14)</sup>.

(11) SEABRA FAGUNDES M., op. cit., pp. 159/165.

(12) SEABRA FAGUNDES M., op. cit., p. 7, nota I e p. 26, n.º 12.

(13) SEABRA FAGUNDES M., op. cit., p. 159.

(14) SEABRA FAGUNDES M., op. cit., pp. 103 e seguintes.

O texto constitucional federal alinha artigos neste sentido (arts. 40/42). Nos âmbitos estaduais e municipais, diferente não é o comportamento na atividade controladora.

## 2. Revogação dos atos administrativos

### A — Competência da Administração Pública

Revogação significa o desfazimento do ato administrativo legítimo, ilegal, por conveniência do interesse público. A administração é o único juiz do desfazimento do ato, visando atender motivos não de legalidade, mas de pura conveniência administrativa. É a grande diferença com relação à anulação. Esta supõe sempre a existência de vícios no ato, isto é, sua ilegalidade; a revogação, ao contrário, pressupõe sempre a inexistência de vícios no ato; portanto, só se revogam atos legítimos e legais.

### B — Impossibilidade do Judiciário

A declaração de nulidade de um ato administrativo é decidida pela Administração ou pelo Judiciário, como vimos anteriormente. No entanto, quanto à revogação, o Poder Judiciário é inoperante. Não pode jamais desfazer legalmente ato juridicamente válido. O único juiz da conveniência (do mérito) é a própria Administração na revogação do ato administrativo.

## III — LEGITIMIDADE, CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE

Tendo em vista os liames existentes entre essas três categorias do direito, afigura-se-nos oportuno, dentro do contexto do princípio de legalidade, examiná-las sumariamente, evocar aspectos relacionados da Legitimidade, da Constitucionalidade e da Legalidade. Cada uma delas tem sua conotação própria, conceito e alcance, positivados no tráfico jurídico.

### I. A Legitimidade

Etimologicamente, legitimidade provém do adjetivo **legítimo** (do latim - legitimus, referente à "lex"). É tudo que está conforme a regra jurídica, portanto, válido, puro, perfeito, regular.

Exprime a natureza do que é legítimo.

Juridicamente (ou meta-juridicamente) a legitimidade refere-se à Justiça e, de um modo geral, a valores suprapositivos (éticos, religiosos, filosóficos, políticos).

A legitimidade, conceito meta-jurídico possui campo de atuação maior do que o da legalidade. Legal é tudo aquilo que está de acordo com a lei, com as normas

jurídicas positivas. Mas legítimo é não só o que é legal, como o que se passa de harmonia com outros princípios éticos, religiosos, políticos, aceitos pela comunidade. Assim, praticar uma ilegalidade pode ser legítimo, desde que a lei infringida seja considerada injusta ou iníqua pela opinião dominante da coletividade.

À guisa de informação neste sentido, refere-se o Projeto de Constituição para o Império do Brasil de 30/08/1823, elaborado pela Comissão da Assembléia Constituinte (in Constituição do Brasil, Rio, Imprensa Nacional, 1948). São destaques os artigos 34 e 35.

“Art. 34 — se a lei não é lei senão no nome, se é retroativa, ou oposta à moral, nem por isso é lícito ao brasileiro desobedecer-lhe, salvo se ela tendesse a depravá-lo, e torná-lo, vil e feroz”.

“Art. 35 — Em tais circunstâncias é dever do brasileiro negar-se a ser o executor da lei injusta”.

Está aí, pois, contestado já o princípio rousseauiano: **“la loi ne peut être injuste, puisque nul n’est injuste envers lui-même”**.

Dentro desse raciocínio, chega-se ao aspecto político da legitimidade tão estudada atualmente.

“A legitimidade do poder político é, a bem dizer, a sua base ética, que pressupondo a aceitação da investidura pelo povo leva-o à obediência” (15). Essa obediência é **“imediata, natural e espontânea”**.

O que é legítimo é sempre legal; todavia, nem tudo o que é legal é legítimo. Pode haver regras de direito ilegítimas, sem deixar, entretanto, de ser regras jurídicas.

A análise nos leva até à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a Carta política por excelência, o primeiro documento de nível constitucional a afirmar que a nação é a detentora original da soberania (16). É, segundo SEABRA FAGUNDES, a consagração atual, na coletividade, como fonte de legitimidade, prescrita no artigo XXI, item 3, da Carta das Nações Unidas, de 1948:

“A vontade do povo será a base de autoridade do Governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto”.

(15) SEABRA FAGUNDES M., **A Legitimidade do Poder Político na Experiência Brasileira**, Recife, Publicação da O. A. B./PE, 1982, p. 9.

(16) “Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d’autorité qui n’en émane expressément” (art. 1º, nº 3, da Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 26 de agosto de 1789).

É o que as Constituições contemporâneas traduzem.

Todavia, diz SEABRA FAGUNDES, se essa é uma verdade, cuja proclamação vem sendo feita há quase dois séculos, sua trajetória, na prática, é diferente (17).

Veja-se a nossa trajetória constitucional, a esse respeito, desde a Independência do Brasil.

A Assembléia Geral Constituinte e Legislativa convocada por D. Pedro I, em 3 de junho de 1822, evidencia tecnicamente a vinculação do ordenamento jurídico, então criado, ao princípio legitimista monárquico. Ouvia-se o povo pelos seus representantes. Nossa primeira Constituição estabelecia, no seu artigo 12, que todos estes poderes do Império do Brasil são delegações da Nação. Reconhecera-se, pois, o poder constituinte popular...

Ademais, esta legitimidade resultou, para o D. Pedro I, do exercício da Regência, anterior à Independência (18). O estatuto político é que veio com a Constituição de 1824, legítima, no entanto. Não estamos seguros, por outro lado, de que a **Primeira República** tenha nascido com legitimidade (19). O povo estava distante, na sua maioria, desta aspiração. As crises sucessivas provam-no, como as fraudes, somente ocorrendo a abertura do caminho da legitimidade do poder na promulgação da Constituição de 16 de julho de 1934. Iniciava-se, aí, momento de verdadeira legitimidade institucional, quebrada, porém, em 1937, revivida em 1946, e destruída em 1964, com o movimento de 31 de março para 1º de abril de 1964.

Vivemos, portanto, sem a legitimidade institucional, sendo os textos constitucionais sucessivos apenas detentores de **lagaldade peculiar**, porque, desde aquela época — Ato Institucional nº 1/64 —, registra-se período de **continuidade da hermenêutica autoritária** (20). Daí o grito constante pela Constituinte para a recuperação da **legitimidade do poder**, portanto, **das leis**.

## 2. A Constitucionalidade

Embora, como acabamos de ver, não exista uma legitimidade institucional, há, no entanto, um ordenamento jurídico que, pela força, se tentou institucionalizar.

Sem possuir **legitimidade de origem** ou de **título**, quis-se adquirir a legitimidade **de exercício**. Esta é a roupagem, sob a qual se contém nossa constituicionali-

(17) SEABRA FAGUNDES M., **A Legitimidade**..., op. cit., p. 12.

(18) SEABRA FAGUNDES M., op. cit., pp. 15/16.

(19) SEABRA FAGUNDES M., op. cit., pp. 16/17.

(20) RUBEM RUSCHEL R., **A Ilegitimidade da Constituição Vigente**, tese apresentada ao III Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, Belo Horizonte, maio de 1982, p. 8.

dade, no momento. Como lei fundamental, embora ilegítima, impõe respeito, é o ordenamento jurídico vigente. Defluem daí regras positivas, princípios constitucionais, aos quais estão submetidos os poderes da Nação. O artigo 34 do Projeto de Constituição para o Império do Brasil, de 30/08/1823, citado há pouco, demonstra a exatidão da afirmativa.

Até a auto-destruição do grupo dominante ou a deterioração irremediável, reabrindo-se as portas da consulta ao povo (21) não há como negar a lei fundamental, a natureza constitucional das regras jurídicas dentro do permitido por esta mesma lei fundamental, na qual se subsume o princípio de legalidade.

### 3. Princípio de legalidade e princípio de Constitucionalidade. São dois ou um só princípio?

É dentro do bloco de constitucionalidade que tentaremos encontrar explicação para a questão.

A relação constitucional, isto é, de subordinação entre duas regras **constitucional e legislativa** (ou de nível legislativo), pode ser mais ou menos estreita, segundo é exigida uma conformidade ou simples compatibilidade entre estas duas regras.

A conformidade de um objeto a outro é a semelhança a este outro, que reproduz, que se encontra nele, sob cujo modelo se fez (C. EISENMANN) (22). Exigir para os atos dos órgãos administrativos relação de conformidade com a legislação é postular que tais atos sejam a realização concreta de seu esquema ou modelo predeseñado nesta regra jurídica.

Acreditamos que não são dois num só os princípios de legalidade e de constitucionalidade.

Senão vejamos.

A aproximação, que existe, com o princípio de legalidade facilita a compreensão do princípio de constitucionalidade (23).

A legalidade não é somente a conformidade com a lei, mas indica, progressivamente, a Constituição (os tratados internacionais — arts. 8º, I e 44, I, Constituição Federal), os regulamentos, os princípios gerais do direito, os costumes, as decisões

(21) SEABRA FAGUNDES M., *A Ilegitimidade...*, op. cit., p. 25.

(22) EISENMANN C., *Le droit administratif et le principe de légalité*, Études et Documents du Conseil d'Etat, 1957, p. 32.

(23) FAVOREU LOUIS, *Le principe de constitutionnalité*, in Mélanges a C. EISENMANN, Édition Cujas, 1974, p. 47.

do Poder Judiciário; a constitucionalidade, por outro lado, designa a conformidade com um conjunto de regras que ultrapassam esses quadros normais de regra de direito (24), **impondo-se com autoridade incontestável**.

Não é o princípio de constitucionalidade um aspecto mais geral do princípio de legalidade? Não nos parece. Porque os dois se situam em níveis diferentes. Incluem os dois o controle de conformidade com a Constituição e se juntam no ápice, no **fim**. Mas, no seu ponto de partida, são diferentes: é supralegislativo para o princípio de constitucionalidade. Este exige relação de conformidade em sentido estrito. O princípio de legalidade o exige em sentido mais amplo, havendo margens de poder **discricionário**. O princípio de constitucionalidade se aplica à atividade **puramente normativa**, sendo, pois, a parte de competência vinculada necessariamente maior (25).

Um é de valor constitucional; outro é de valor infraconstitucional, na partida, no início.

No que tange aos princípios de constitucionalidade, em nosso direito positivo, destacam-se os princípios constitucionais **enumerados**, para cuja proteção existe uma técnica autônoma (iniciativa do interessado e competência do Procurador-Geral da República). Segundo o Prof. Raul MACHAHO HORTA, é o Supremo Tribunal Federal a jurisdição concentrada para o caso de preservação dos princípios constitucionais **enumerados** (por exemplo, art. 10, VII, da Constituição Federal) (26). Fora daí encontram-se os princípios **estabelecidos**, cuja proteção é também entregue ao Judiciário. O Supremo, continua o ilustre constitucionalista, é a Corte Constitucional da Federação no âmbito dos princípios constitucionais enumerados, detém o monopólio jurisdicional. Os princípios constitucionais **estabelecidos** (art. 13, p. exemplo), quando violados, são examinados pelo Judiciário, de modo geral, no exercício de jurisdição difusa (27).

Do exposto também deflui, dentro da "pirâmide jurídica" (KELSEN), a elasticidade envolvente dos princípios da constitucionalidade com referência da legalidade. É que "os problemas da interpretação constitucional são mais amplos do que aqueles da lei comum, pois repercutem em todo o ordenamento jurídico" (28).

(24) FAVOREU L., op. cit., p. 47.

(25) FAVOREU L., op. cit., p. 48.

(26) Trata-se, aqui, da **representação interventiva**, distinta da **geral e interpretativa** (Cf. NUNES LEAL V., *Representação de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: Um aspecto inexplorado*. Tese apresentada à VII Conferência Nacional da O.A.B., Curitiba, maio de 1978.

(27) MACHADO HORTA R., *A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*, Belo Horizonte, 1964, pp. 259/260.

(28) BARACHO J.A.O., *Hermenêutica Constitucional*, Revista da Faculdade de Direito da UFMG, maio de 1977, p. 180.

### Conclusão

Retomando, para finalizar, as características do princípio de legalidade, suas sanções e o inter-relacionamento da legitimidade, da constitucionalidade e da legalidade, um dado evidente depreende-se também da análise: é que o ato administrativo, "em contínuo e eventual processo, possui força jurídica original: mesmo definitivo é contestável" (29); daí, portanto, a importância do princípio de legalidade, que, nascido no liberalismo, se coaduna com a liberdade e a ordem, que nos traz a sentença de ALAIN: "la liberté ne vaut pas sans l'ordre, l'ordre ne vaut rien sans la liberté".

### BIBLIOGRAFIA

- BARACHO J.A.O., **Hermenêutica Constitucional**, Revista da Faculdade de Direito, UFMG, maio 1977, pp. 173/216.
- CAETANO M., **Direito Constitucional**, Rio, Forense, vol. I., 1977.
- CASTRO J.N., **L'autonomie communale en droit brésilien et en droit français**, Thèse de doctorat en droit, Paris, 1982.
- DE PLÁCIDO E SILVA, **Dicionário Jurídico**, Rio, Forense, 2ª edição, 1967, vol. III.
- EISENMANN C., **Le droit administratif et le principe de legalité**, Études et Documents du Conseil d'Etat, 1957.
- **Cours de droit administratif**, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, tome I, 1982.
- FAVOREU L., **Le principe de constitutionalité**, in Mélanges a C. EISENMANN, Édition Cujas, 1974, pp. 33/48.
- **L'Apport du Conseil Constitutionnel au droit public**, in *Révue POUVOIRS*, 1980, n° 13, pp. 17/26.
- JEANNEAU B., **Les principes généraux du droit dans la Jurisprudence administrative**, Paris, Sirey, 1954.
- LAUBADÈRE A., **Traité de droit administratif**, Paris, 8e. édition, tome I, 1980.

(29) SCHWARTZENBERG R.G., **L'autorité de chose décidée**, Paris, Librairie Générale de Droit de Jurisprudence, 1969, p. 419.

MACHADO HORTA R., **A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro**, Belo Horizonte, 1964.

MEIRELLES H.L., **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo, ERT, 5ª edição, 1977.

NUNES LEAL V., **Representação de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: Um aspecto inexplorado**, tese apresentada à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Curitiba, maio de 1978.

RUBEN RUSCHEL R., **A ilegitimidade da Constituição vigente**, tese apresentada ao III Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, Belo Horizonte, maio de 1982.

SCHWARTZENBERG R.G., **L'autorité de chose décidée**, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969.

SEABRA FAGUNDES M., **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, Rio, Forense, 5ª edição, 1979.

— **A Legitimidade do Poder Político na Experiência Brasileira**, Recife, Publicação da O.A.B./PE, 1982.

TIMSIT G., **Le rôle de la notion de fonction administrative em droit administratif français**, Paris, Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1963.

VEDEL G., **Droit Administratif**, Paris, Presses Universitaires de France, 6e. édition, 1976.

WALINE M., **Le pouvoir normatif de la Jurisprudence**, Mélanges G. SCHELLE, II, p. 613.