

O SILÊNCIO DA LEI NA ESFERA ADMINISTRATIVA

Camilla Mendonça Martins

Acadêmica do 2º ano do curso de Direito das FITL – AEMS

Mariana Ineah Fernandes

Acadêmica do 2º ano do curso de Direito das FITL – AEMS

Sarah Caroline de Deus

Advogada, Especialista em Direito Constitucional e Mestre em Direito Difusos.
Docente das Faculdades Integradas de Três Lagoas – AEMS.

RESUMO

O presente artigo é o resultado de pesquisa bibliográfica acerca do princípio da legalidade. Para tanto, se utilizou o método dialético. O objeto consistiu em demonstrar a atuação dos agentes públicos frente aos princípios da Administração Pública, com enfoque ao princípio da legalidade, levando em consideração a atuação do agente público na ausência do aludido princípio. O objetivo é tecer uma crítica a respeito da legislação que norteia a administração pública, além de demonstrar o que é possível ou não fazer na falta da legislação, abordando o abuso da legalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Agentes públicos; Princípio da legalidade; Abuso da legalidade; Administração pública.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado a seguir aborda os princípios da Administração Pública, com enfoque no princípio da legalidade, visto que este norteia o agente público, delimitando o que o administrador pode ou não fazer. Esse princípio traça limites para a atuação, assim como, serve de garantia mediante as regras positivadas no ordenamento jurídico.

O objetivo da lei administrativa é reger a atuação do administrador mediante a sociedade, para que este não venha violar os princípios administrativos. Assim como irá, também, dar liberdade para atuação do administrador, desde que respeite os limites impostos pela própria lei.

1 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O artigo 37 da Constituição Federal traz 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...”, ou seja, os agentes públicos têm que seguir a risca princípios desde sua integridade até as leis que os regem.

A legalidade nada mais é do que as leis positivadas, em que o administrador e os agentes públicos devem nortear-se, trazendo o que podem ou não fazer. Impessoalidade significa a não intervenção dos preceitos individuais, preferências e objetivos próprios na defesa do interesse público. Isso quer dizer que devem agir de forma imparcial, sem benefício próprio ou de terceiros por afinidade. Moralidade “exige respeito a padrões éticos, de boa fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade incorporados pela prática diária ao conceito de boa administração.” (MAZZA, 2014; 103-104). Publicidade é a divulgação dos atos administrativos, transparência na atuação administrativa, fornecendo livre acesso dos indivíduos a respeito dessas informações. E por fim, eficiência, que deve ser analisada no conjunto com todos os demais princípios, pois proporciona “economicidade, redução de desperdício, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional” (MAZZA, 2014; 113) para finalizar os valores do administrador e seus agentes.

Assim, esses princípios têm o fundamento de limitar a atuação e o poder do Estado (administrador) e de seus agentes, pois “todos os princípios do Direito Administrativo são desdobramentos da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público” (MAZZA, 2014; 90).

À luz do arcabouço inaugural princípio lógico apresentado, se faz necessário analisar de forma pormenorizada o objeto do presente estudo, qual seja, o princípio da legalidade em consonância com aquilo que ele visa proteger.

2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE E OS BENS QUE SE VISA PROTEGER.

A legalidade, princípio constitucional do Direito Administrativo, tem arrimo legal na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º, *caput*, II e 37, *caput*, que dispõe expressamente:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:

II – ninguém será obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
[...]

Diante do dispositivo legal e dos preceitos doutrinários, infere-se que o princípio da legalidade representa uma garantia para os administrados, pois, qualquer ato da Administração Pública somente terá validade se respaldado em lei, em sua acepção ampla. Representa um limite para a atuação do Estado, visando à proteção do administrador em relação ao abuso de poder; o que demonstra uma subordinação deste, ante ao dispositivo legal. Em face disso, não poderá o administrador público mediante ato administrativo, conceder direitos, estabelecer obrigações ou impor proibições aos cidadãos, pois dependerá de prévia previsão em lei.

Conceitua Meirelles (2004, p.87) que,

A legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa esta condicionada ao atendimento da Lei e do Direito.

Vale ainda, ressaltar a diferença entre o princípio da legalidade na Administração Pública e entre os particulares, sendo que naquele o agente público deve sempre agir com a finalidade de atingir o bem comum, os interesses públicos e sempre segundo aquilo que a lei lhe impõe, enquanto que nas relações entre particulares é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, o qual se denomina de princípio da autonomia da vontade. A Constituição Federal apresenta três institutos que alteram o funcionamento regular do princípio da legalidade, são esses: a medida provisória, o estado de defesa e o estado de sítio.

Contudo, pode-se dizer que o princípio da legalidade visa estabelecer proteção e regramento para que não sejam editadas leis que infrinjam as regras constitucionais, as leis complementares e a Constituição, mas, também implica na efetiva aplicação de normas que tragam bons resultados e na impossibilidade de aplicação das que trazem maus resultados, visando sempre à vontade popular. Em suma, define-se legalidade como o dever de atuação conforme a lei e o Direito.

Ao contrário daquilo que se entende condizente com a lei e o Direito, estão os procedimentos que contrariam esses preceitos, os quais a doutrina costuma definir como abuso da legalidade, o que será contemplado a seguir.

3 A LEGALIDADE E O ABUSO

As leis positivadas em todo o ordenamento jurídico não podem infringir as garantias dos agentes públicos, assim como dos demais indivíduos que compõem a sociedade. Isso porque, em se tratando da administração pública, como já foi estabelecido, só será permitido agir de acordo com o que estiver positivado. A lei não pode ultrapassar os seus parâmetros. Além disso, na falta da lei não é permitido que o administrador e muito menos os agentes públicos atuem de acordo com seus preceitos, assim como não abusar do poder que a lei lhe permite ou desvio de finalidade. Isso ocorre quando há o excesso na atuação do agente, extrapolando os limites que a lei lhes impõe.

De acordo com Carvalho Filho (2010, p. 52):

Pela própria natureza do fato em si, todo abuso de poder se configura como ilegalidade. Não se pode conceber que a conduta de um agente, fora dos limites de sua competência ou despida da finalidade da lei, possa compatibilizar-se com a ilegalidade. É certo que nem toda ilegalidade decorre de conduta abusiva; mas todo abuso se reveste de ilegalidade e, como tal, sujeita-se à revisão administrativa ou judicial.

Logo, não se pode utilizar da livre ação que a lei permite para se sobressair ao particular. Isso faz com que se questione acerca do ato discricionário, em especial, como ele é perfectibilizado no silêncio da lei, questionamento delimitado nas linhas a seguir.

4 O ATO DISCRICIONÁRIO É A MESMA COISA DE AGIR NO SILÊNCIO DA LEI?

Segundo Di Pietro (2012, p.202), “ato administrativo é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita ao controle pelo Poder Público”. Estes diferem de fatos administrativos, pois são praticados pelo Poder Público sob amparo do direito privado e são providos de manifestação de vontade;

aqueles são desprovidos de manifestação de vontade, cuja natureza é meramente executória.

Nesse mesmo sentido, leciona Meirelles (2011, p.154):

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Os atos administrativos, entre diversas classificações se dividem quanto ao grau de liberdade, em atos administrativos discricionários e atos administrativos vinculados. Estes são praticados pela Administração sem margem alguma de liberdade, pois a lei define de antemão todos os aspectos da conduta; já os atos discricionários dispõem de margem de liberdade para que o agente público decida, diante do caso concreto, qual a melhor maneira de atingir o interesse público.

Vale lembrar que os atos discricionários estão sujeitos a amplo controle de legalidade perante o Judiciário, não se confundindo com o ato arbitrário (ato praticado fora dos padrões de legalidade, exorbitando os limites de competência definidos pela lei).

Preceitua Meirelles (2004, p. 149):

A discricionariedade está – doutrina Fleiner – em permitir o legislador que a autoridade administrativa escolha, “entre as várias possibilidades de solução, aquela que melhor corresponda, no caso concreto, ao desejo da lei”. Mas deverá sempre estrita observância a lei, porque a exorbitância do poder discricionário constitui ato ilícito, como toda ação voluntária carente de direito.

O uso do poder discricionário deve atender ao fim legal, que é o que vem expresso ou subentendido na lei, o que justifica a lei administrativa ser sempre finalística. Esse fim é sempre imposto pelas leis, implícita ou explicitamente. Em outras palavras, assinala no mesmo sentido, o desembargador do TJRN Seabra Fagundes *apud* Meirelles (2004, p.150): “A competência discricionária não se exerce acima ou além da lei. O que a distingue da competência vinculada é a maior mobilidade que a lei enseja ao executor no exercício, e não na liberação da lei.” Ou seja, é discricionária quanto aos motivos e objetos, mas em relação a competência, finalidade e a forma, esta não se desvia dos textos e preceitos legais.

Diante do dito anteriormente, pode-se dizer que o ato discricionário não é a mesma coisa de agir no silêncio da lei, tendo em vista que este implica na omissão

da lei, falta de dispositivo legal e a lacuna da lei, sendo essa essencial nos atos discricionários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentado o presente escrito, se observou que o administrador e seus agentes não podem usufruir de livre arbítrio para decidir e agir mediante a lei que é imposta. Ao mesmo tempo em que possuem liberdade para sua atuação, a lei também estabelece limites que visam impedir o abuso de poder e o desvio de finalidade. Dizer que não há lei que não regre determinada ação, não quer dizer que, na esfera administrativa, é permitido fazer.

Em síntese, a discricionariedade do administrador não é afastada pela legalidade, o que se aparta são os atos arbitrários, posto tal qual foi visto, os atos discricionários são efetuados à luz da conveniência e oportunidade do interesse público, no qual se admite um juízo de valor por parte do agente público, com uma liberdade que é restrita aos limites da regra geral. Ao passo que o ato arbitrário, o referido “abuso” versado nesse artigo, consiste no ato que é feito apartado dos limites da norma, o que acarreta a invalidade e a ilegalidade do ato, visto que não podem subsistir na ordem jurídica, assim, exige-se a sua retirada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.