

Questões sobre discricionariedade administrativa - I

*Vladimir da Rocha França
Bacharel em Direito pela UFRN*

Introdução

A discricionidade administrativa representa um dos grandes pontos de controvérsia na seara do direito administrativo. Mas para compreender o poder discricionário, é preciso entender a concepção de Estado adotada pela sociedade. Haja vista a extensão do tema, exporemos aqui os conceitos iniciais que a doutrina em sua maioria estabelece para o instituto e a relação entre vinculação e discricionidade; deixando para outra oportunidade enfrentar o problema dos elementos essenciais do poder discricionário e seus limites.

No Estado de Polícia, o poder está desvinculado de um ordenamento jurídico efetivo e, todas as suas funções essenciais, encontram-se reunidas em uma mesma pessoa ou um mesmo grupo político, tratando-se a coisa pública consoante os desígnios da autoridade, no pressuposto que estes definem com clareza, objetividade e certeza, os reais interesses da coletividade. Entretanto tal modelo foi ultrapassado pela história.

Temos hediondamente a forte presença do Estado Democrático de Direito onde são princípios fundamentais o ideal da soberania popular, da igualdade perante à lei, da sua construção pela ação do povo por meio de seus representantes, conforme a filosofia exposta por Rousseau no “Contrato do Estado (legislar, dar soluções aos conflitos pela prestação jurisdicional e gerir a coisa pública) e permitindo assim, uma maior participação da sociedade na condução de seus destinos, como Montesquieu preconiza no seu “Espírito das Leis”.

Rege-se o Estado de Direito por um sistema de normas jurídicas, emanadas por um órgão específico e, normalmente, formado consoante os interesses sócio-políticos dominantes, controlados jurisdicionalmente. Toda a atividade pública está auto-vinculada ao ordenamento jurídico vigente, segundo o princípio da legalidade. Qualquer atentado à submissão dos órgãos e dos agentes públicos à lei é encarada como uma ameaça à “Vontade Geral” nela expressa.

O ilustre administrativista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO fornece-nos a seguinte opinião de GIOVANI MIELE, lembrando que “a realidade jurídica se determina segundo seus próprios parâmetros, pois, “nada existe para o ordenamento jurídico se não existe nele e por ele, e toda figura, instituto ou relação com que nos encontramos, percorrendo-as suas várias manifestações, tem uma realidade própria que não é menos real que qualquer outro produto do espírito humano em outros campos e direções. A realidade do ordenamento jurídico não tem outro termo de confronto senão ele mesmo: donde ser imprópria a comparação com outra realidade, com o fito de verificar se, porventura, as manifestações do primeiro conferem com aquela ou se afastam das manifestações do mundo natural, histórico ou metafísico”.²

Mesmo assim, a clássica visão do Estado de Direito, onipotência e onisciência da lei tem sido constantemente questionada pela realidade que os órgãos e agentes públicos se deparam.

Segundo ALMIRO DO COUTO E SILVA, pela experiência histórica, o Estado de Direito é conhecido como “aquele em que a sujeição da ação estatal à lei não significa sempre a execução automática dos preceitos que a integram”³. Há diversos graus de liberdade de ação para os órgãos do Estado perante a lei.

O Poder Legislativo não pode ser obrigado a agir, dentro da sua função típica; embora exista uma tendência a restringir essa liberdade, marcada por exemplos como a inconstitucionalidade por omissão (CRFB, art. 103, §2º) e o mandado de injunção (CRFB, art. 5º, LXXI). Não se admite que haja interferência de outro poder estatal, havendo portanto uma maior liberdade.

Estritamente vinculado à lei, o Poder Judiciário aplica a norma jurídica no caso concreto seguindo os parâmetros fixados pelo sistema jurídico à prestação jurisdicional. Contudo isso não implica em dizer que inexista a criação do juiz ou do intérprete nessa função.

O Poder Executivo constitui uma etapa intermediária. No exercício da função administrativa, a lei confere ao Poder Público um campo de liberdade para que possa fazer concreta a ótima gestão da coisa pública. É insuficiente para tanto a pura aplicação da lei, sem que haja espaço para a Administração Pública tornar mais dinâmica e eficaz a satisfação do interesse público, contido na própria lei e dentro da competência que esta lhe definiu.

Entretanto essa liberdade da Administração Pública não é criada de modo a produzir arbitrariedade. Do contrário, a criatura “discricionariedade” voltar-se-ia contra o seu único criador, a lei.

Conceito de Poder Discricionário

A lei estabelece as competências que permitirão aos agentes públicos desempenhar as funções e observar os fins que a mesma contém. Dentro dessas competências, caberão aos agentes públicos atuar no sentido de satisfazer os interesses da coletividade de forma concreta e efetiva.

Quando as circunstâncias e a matéria tratada permitem, a lei procura prever com maior precisão possível as necessidades e problemas com os quais se depararão o agente público. Tenta ainda impor o comportamento que este deve manter, assim como as soluções que devem ser escolhidas.

Todavia decorre dos preceitos que norteiam o Estado de Direito o princípio de que as normas integrantes do sistema jurídico devem pugnar por conceitos gerais e abstratos, haja vista a repulsa à exceção, ao favoritismo, às perseguições e à tutela de interesses individuais em detrimento aos interesses da coletividade.

O legislador é incapaz de apresentar normas que em seu seio estejam presentes todos os elementos de fato dos problemas enfrentados pela Administração Pública. E, causa temeridade à sociedade que se estabeleça normas por demais específicas, enfim, riscos aos direitos e garantias individuais e da própria coletividade.

Portanto, se a lei pode definir comandos específicos, sem que isso ameace os princípios básicos do Estado de Direito, assim o fará. Caso a instituição dessas diretivas se mostrem possivelmente danosas ao interesse público ou insuficientes para a sua satisfação, caberá à lei criar o necessário espaço à Administração Pública poder atuar com eficiência.

O insigne jurista JOSÉ CRETELLA JÚNIOR diz-nos: “Dentro da legalidade, os agentes da Administração, balizados embora por normas jurídicas que lhes regem os movimentos, tomam atitudes, intervindo ou não, agindo ou deixando de agir. Quando agem, selecionam, dentre as várias possibilidades que lhes oferecem, a que melhor traduza, num dado momento, a vontade da Administração orientada para o interesse público. Jogam, para isso; com o livre poder de apreciação para resolver este ou aquele caso. Ou para não resolver”.⁴

Existindo espaço para o administrador em optar por um comportamento adequado à

resolução do problema posto, ou melhor, para fazer uma apreciação subjetiva do caso concreto, sustentado por critérios de conveniência e oportunidade, há discricionariedade.

O professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO assim define discricionariedade: “é a margem de liberdade que remanesça no administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.”⁵

O consagrado administrativista nos traz novos aspectos para análise. Reafirma que a partir do momento que a norma falha em sua onipresença, abre-se caminho para o administrador fazer a escolha ótima. E se refere também a controvertida questão da fluidez das expressões da lei. O problema dos conceitos abrangidos na norma será tratado na seqüência deste trabalho, a ser publicada neste periódico.

O poder discricionário compreende um instrumento poderoso nas mãos dos agentes e órgãos públicos, no exercício da atividade administrativa. Podemos identificar nas três esferas do Poder Público, o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, a sua existência. Mas, é no Executivo, onde predomina a função administrativa, que o poder discricionário não constitui uma atividade secundária ou periférica, como afirma ALMIRO DO COUTO E SILVA.⁶

AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ faz-nos recordar da repulsa provocada em muitos pela discricionariedade. Esta contribuiria um anacronismo e uma incoerência no Estado de Direito, como um dos últimos focos do “absolutismo autoritário” no dizer de TEZNER, ou, podendo somente ser admitida quando na “ausência de direito subjetivo público a um determinado comportamento da autoridade, no sujeito estranho à administração em relação ao Estado” como define BÜHLER; enfim, deve existir no sistema de modo restrito e excepcional ou até mesmo não existir.”⁷

Não se admite a discricionariedade sem que lei faça a demarcação de suas fronteiras, na ausência de circunstâncias fáticas e jurídicas que possibilitem ao administrador dispor da chamada opção discricionária.

Vinculação e Discricionariedade

A distinção entre atos vinculados e atos discricionários representa um ponto significativo na questão do poder discricionário.

Nos atos vinculados, a lei constrói o ato administrativo com todas as especificações necessárias a sua aplicação, devendo o administrador ater-se ao seu enunciado e aos requisitos e elementos indispensáveis a plena eficácia da medida prevista, sob pena de invalidade. É importante também verificar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em um de seus julgados, citado pelo saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES: “A legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo.”⁸

Todo o ato administrativo tem um conteúdo mínimo de vinculação. A lei não abdica de indicar a competência, a forma e a finalidade dos atos administrativos. Mas também é difícil um ato inteiramente vinculado.”⁹

Só há uma escolha para o agente público, quando investido no poder vinculado: a que a

lei objetivamente determinar, e tipificada de modo à não causar qualquer dúvida ou controvérsia na aplicação da lei. Predominam as especificações da norma jurídica sobre os elementos deixados livres aos agentes públicos.

Entende HELY LOPES MEIRELLES que o poder discricionário se manifesta quando existe, na prática dos atos administrativos, a possibilidade da Administração Pública de escolher sua conveniência, oportunidade e conteúdo¹⁰. Essa escolha passa por uma apreciação subjetiva da Administração Pública consoante critérios de conveniência e oportunidade que a mesma forma.¹¹

O administrador tem o poder discricionário na medida do disposto em lei, restrito naqueles elementos deixados livres pela lei. A Administração Pública subordina-se à lei incondicionalmente, devendo observar no exercício do poder discricionário o mínimo de legalidade e o interesse público.

A atividade administrativa trata da subsumção dos fatos da vida real às categorias legais, no entendimento de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ.

O exercício do poder discricionário, como já foi dito, constitui a instrumentalização do Poder Público no atendimento do interesse público, permitindo que a Administração Pública possa atuar quando a lei determina a interferência do juízo subjetivo do administrador.

A lei institui a discricionariedade quando verifica que a Administração Pública, mais próxima dos problemas por ela enfrentados, evidentemente, e, mostra-se melhor preparada para tomar as decisões e escolhas mais adequadas ao uso concreto.

Diante do caso concreto, o administrador atua como um mediador entre este e a lei. Cabe a ele, dentro da sua competência, tornar efetivo e resguardado o interesse público, e, consoante as formas que a lei determinar.

A discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Nesta o poder público exorbita a esfera de sua competência e utiliza-se de instrumentos proibidos ou inadequados no cumprimento da finalidade legal, ou mesmo, ignora-a seguindo finalidades estranhas ao interesse público. O exercício do poder discricionário pressupõe a severa obediência aos parâmetros legais e a correta subsumção do caso concreto às categorias opostas pela lei. Seria uma incoerência se o Estado de Direito edificasse um poder, um instrumento, sem limites e, danoso ao ordenamento jurídico, para a Administração Pública.

Para a análise das condições que viabilizam a “opção discricionária”, é preciso a compreensão de dois aspectos, na lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.¹²

O primeiro tópico refere-se ao exame da norma jurídica que admite o “juízo discricionário”. Na vinculação, ocorrendo o acontecimento previsto, a ação do agente público goza de total objetividade e contém o comportamento exigido e especificado para o caso.

Já na discricionariedade a norma jurídica é imprecisa. Pode não haver a descrição antecipada da situação que exigirá dada medida administrativa; pode a situação ser descrita através de conceitos vagos e indeterminados, bem como irreduzíveis a uma objetividade total; pode contar a permissão expressa à liberdade decisória; e pode ter seu objetivo exposto de forma genérica ou por uma forma específica carente de precisão.

O segundo tópico trata do exame do caso concreto, onde realizar-se-á o confronto entre este e a norma jurídica que admite a interferência subjetiva do administrador. Somente diante da situação posta pela realidade, o agente público pode avaliar as condutas administrativas cabíveis e adotar a que representa “providência ótima” para o adimplemento de seu dever legal.

O administrativista paulista filia-se a uma corrente minoritária na doutrina e na jurisprudência brasileira, defendendo a admissibilidade da apreciação subjetiva do administrador

sobre a finalidade do ato. Apesar de sempre vinculante, haveria margem de liberdade na qualificação do interesse público.¹³

Comentando o voto do ilustre jurista MIGUEL SEABRA FAGUNDES, em acórdão proferido na ap. Cível nº 1.422 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, VICTOR NUNES LEAL expõe a posição deste renomado administrativista potiguar: “Entretanto, segundo esclarece o des. SEABRA FAGUNDES, apoiado nos melhores autores, “no que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro”. Quanto à finalidade dos atos administrativos (discricionários ou vinculados), está ela sempre expressa ou implícita na lei; por isso mesmo, o fim legal, que é necessariamente um fim de interesse público, também constitui aspecto vinculado dos atos discricionários, susceptíveis, portanto, de apreciação jurisdicional”.¹⁴

Para o professor ALMIRO DE COUTO E SILVA, caberia o juízo discricionário no fim imediato e específico do ato administrativo, desde que corrobore o fim genérico expresso na lei”.¹⁵

Tanto a discricionariedade quanto a vinculação não podem ser vistas numa visão absoluta. Compreendem elementos que devem existir em harmonia no regime jurídico-administrativo, sob pena de ou eliminar a criatividade e dinamismo indispensáveis à gestão dos interesses públicos, ou impossibilitar a fiscalização dos atos administrativos.

Bibliografia

- CRETELLA JÚNIOR, José. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Forense, 1975.
- LEAL, Victor Nunes. Problemas de Direito Público. Rio de Janeiro, Forense, 1960.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 16 ed. São Paulo, RT, 1991.
- MELLO, Celso Antônio B. de. Curso de Direito Administrativo. 5 ed. São Paulo, Malheiros, 1994.
- Discricionariedade e Controle Jurisdicional. São Paulo, Malheiros, 1992.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio de Poder do Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo nº 06, p.41-78.
- SILVA, Almiro do Couto e. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro, jan/jun. 1990, vol 179/80, p. 51-67.

¹ Celso Antônio B. de Mello, Discricionariedade Administrativa e Controle Jurisdicional. São Paulo, Malheiros. 1992, pág. 26.

² Almiro do Couto e Silva. Poder Discricionário no Direito Administrativo. RDA jan/jun 1990, vol. 179/80, pág. 52.

³ José Cretella Júnior, Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Forense, 1975, pág. 134.

⁴ *Op. cit.*, pág. 48.

⁵ *Op. cit.*, pág. 51.

⁶ Afonso Rodrigues Queiró, A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo. RDA nº 6, pág.41.

⁷ Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, RT, 1991, pág. 97.

⁸ *Idem*

⁹ *Idem*

¹⁰ Celso Antônio B. de Mello, Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 1994. pág. 203.

¹² ____, pág. 207.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Victor Nunes Leal, Problemas de Direito Público. Rio de Janeiro. Forense, 1960. pág. 279.

¹⁵ *Op. cit.*, pág. 57.