

# DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO



2ª EDIÇÃO

jurídico  
**atlas**

# 2

## Discricionariedade Administrativa

### 1 CONCEITO

No Estado de Direito, que tem como um dos alicerces o princípio da legalidade, todos os poderes que a Administração Pública exerce são limitados pela lei, de forma que impeça os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas. Com efeito, sendo ela dotada de prerrogativas de poder público, que lhe asseguram posição de supremacia sobre o particular, indispensável para a consecução dos fins de interesse público, o princípio da legalidade surge como garantia de equilíbrio entre os poderes de autoridade que a Administração exerce e os direitos individuais assegurados pelo ordenamento jurídico.

Por isso mesmo, todos os poderes são *regrados* pela lei. Todavia, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade prevista na lei, hipótese em que se diz que o poder da Administração é *vinculado*, porque a lei não deixa opções; ela estabelece que, diante de determinados pressupostos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo, diante de um poder vinculado, o particular tem um *direito subjetivo* de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, *todas válidas perante o direito*. Nesses casos, o poder da Administração é *discricionário*, porque a adoção de uma ou outra solução é baseada em critérios de *mérito* – oportunidade, conveniência, justiça, igualdade, a serem perquiridos pela autoridade, porque não definidos pelo legislador. Foi este que, ao reger a matéria, deixou intencionalmente a decisão para a

Administração, segundo critérios que só podem ser levados em consideração, adequadamente, diante do caso concreto.

Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassar esses limites, sua decisão passa a ser *arbitrária*.

A *arbitrariedade* coloca-se do outro lado da linha que demarca o limite da discricionariedade. Aquela é a liberdade de ação que ultrapassa os limites da lei; esta é a liberdade de ação exercida nos limites da lei.

Pode-se, pois, dizer que a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é *vinculada* quando a lei estabelece uma única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos cuja existência a Administração deve apenas constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva. A discricionariedade que possa haver, nesses casos, é mínima, porque se limita à escolha do momento de agir.

Na atuação discricionária, a Administração, diante de determinado caso concreto, tem mais de uma alternativa a sua escolha, qualquer delas inserindo-se dentro dos limites da legalidade.

Pode-se, portanto, definir a discricionariedade administrativa como a *faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito*.

## 2 JUSTIFICAÇÃO

Costuma-se justificar a discricionariedade administrativa segundo *critérios práticos e critérios jurídicos*.

Sob o ponto de vista prático, a discricionariedade justifica-se, quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações que o administrador terá que enfrentar. Isso sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilidade de

atuação com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis.

Fiorini<sup>46</sup> aponta os motivos *errôneos* e os motivos *lógicos* da discricionariedade.

Seriam motivos errôneos aqueles invocados pelo governante para realizar seu trabalho sem nenhum controle ou forma de suprir as deficiências do legislador. Para ele, essas definições “afirmam uma heresia jurídica, pois identificam legislador com administrador, ato administrativo com lei e apresentam a discricionariedade como fruto do acaso ou do erro”. O autor observa que essa errônea colocação sobre a origem das faculdades discricionárias é a causa de serem elas consideradas como uma atividade precária e repudiável. Esse repúdio aumenta com a afirmação de que a faculdade discricionária não é suscetível de apreciação judicial.

Passando, depois, ao exame dos motivos lógicos, o autor afirma que “as faculdades discricionárias não podem ser produto de negligência legislativa, pois se apresentam como uma classe de atividade necessária para desenvolver com eficácia certas gestões onde prevalece um fim de bem-estar coletivo. Isto é o que confirmam incontestavelmente as investigações realizadas sobre as funções sociais do Estado moderno. A discricionariedade se exerce como uma atividade formalmente necessária para o eficaz desenvolvimento da administração pública; quer dizer que, se não existisse, seria impossível a plena realização dos interesses sociais”. Acrescenta, mais além, que o caráter prático e imediato que apresenta a função de custodiar os interesses públicos é o que determina, com força de razão necessária, a instituição das faculdades discricionárias. Não se trata de um esquecimento do legislador, mas de uma faculdade conscientemente criada em favor e em benefício da gestão dos interesses públicos tutelados pela Administração. A discricionariedade é criada para que se administrem interesses da coletividade e para ela. A norma legislativa que autoriza a discricionariedade é que especifica quais devem ser os interesses públicos protegidos pela autoridade administrativa; a esta cabe escolher os meios mais adequados para atingir aqueles fins.

Diz o autor, de forma lapidar, que “a discricionariedade é a faculdade que adquire a administração para assegurar de forma eficaz os meios realizadores do fim”.

Com efeito, o legislador não teria condições de prever todas as situações possíveis, nem poderia estabelecer formas de proceder imutáveis e perenes, pois

---

46. *La discrecionalidad en la administración pública*, 1952:31-41.

as mesmas logo se revelariam inadequadas para atender às freqüentes mutações da vida social. Daí a afirmação de Fiorini segundo a qual “a discricionariedade é, então, a ferramenta jurídica que a ciência do direito entrega ao administrador para que a gestão dos interesses sociais se realize respondendo às necessidades de cada momento”.

Esse mesmo aspecto é realçado por Consuelo Sarria,<sup>47</sup> que, baseando-se na lição de Manuel Maria Diez e Fiorini, observa “como o exercício das funções estatais não pode limitar-se ao automatismo, e menos ainda no caso da função administrativa que, em razão de seu conteúdo mesmo, refere-se a uma atividade *permanente e direta*, para a consecução de fins de interesse geral, o que implica que se levem em conta as circunstâncias de cada momento, pois, caso contrário, se a atividade administrativa estivesse prévia e absolutamente regrada, perderia tais características”.

Não se poderia deixar de mencionar o pensamento de Afonso Queiró,<sup>48</sup> quando diz que “a norma é obra de um *legislador*, e seria insensato negar que a este legislador é *impossível, material e logicamente impossível*, para muitíssimas hipóteses, transmitir ao agente mais do que ordens e enunciar os fatos com conceitos de caráter em certa medida vago e incerto, de tal maneira que o agente ao executar essas ordens e interpretar esses conceitos deve fixar-se, devendo agir em uma dentre várias interpretações possíveis destes últimos”.

*Materialmente*, é impossível ao legislador prever todas as ocorrências que possam vir a ocorrer no mundo dos fatos; sob o ponto de vista *lógico*, é impossível ao legislador utilizar, em todas as normas, conceitos precisos, unissignificativos, que possibilitem interpretação única e invariável.

Em outro trabalho sobre o mesmo tema, Queiró<sup>49</sup> afirma que “há um limite para a determinação dos conceitos utilizados pelas normas, além do qual não há legislador que, enquanto tal, possa ir, sob pena de passar da *abstração à individualização*, da norma abstrata à ordem individualizada: quer dizer, sob pena de abandonar o objetivo do próprio Estado de Direito”. Mais além, repete a mesma idéia: “o legislador, para se manter tal, tem, pois, que deixar à Administração uma certa margem de discricionariedade. Pode, sim, fazê-la desaparecer, mas para isso tem de sacrificar... a sua própria qualidade de legislador!”

Idéia semelhante é defendida por Régis Fernandes de Oliveira,<sup>50</sup> quando fala em uma *impossibilidade jurídica* de o legislador prever todas as soluções: “Diante

47. *Discrecionalidad administrativa*, 1982:106.

48. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo* (Apud Régis Fernandes de Oliveira, *Ato administrativo*, 1978:67).

49. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo, *RDA* 6/41-78.

50. *Ato administrativo*, 1978:68-69.

disso, impõe-se notar que, caso possível fosse o legislador descer a minúcias e, utilizando-se da cibernética, pudesse prever, na atividade legiferante, todas as ocorrências possíveis, então teríamos, pura e simplesmente, a substituição de um órgão do poder por outro, ou seja, teríamos a supressão do órgão administrativo ou executivo. Este não passaria de mero cumpridor de ordens emanadas, concretamente, do Poder Legislativo. Em sendo assim, ocorreria verdadeira invasão dos órgãos encarregados do exercício do poder, com a dualidade deles e perderia validade a noção tripartida, consagrada em nosso direito positivo.”

Ainda sob o *ponto de vista jurídico*, costuma-se justificar a discricionariedade apelando-se para a teoria da formação do direito por degraus, elaborada por Kelsen.<sup>51</sup> Ele parte da idéia de que “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas de igual hierarquia, situadas umas ao lado das outras, mas uma ordem graduada de diferentes espécies de normas. Sua unidade é restaurada pela conexão que resulta de que a produção e, portanto, a validade de uma remonta a outra, cuja validade está, por sua vez, determinada por outra; retorna este que desemboca, por último, na norma fundamental, na regra hipotética fundamental, e portanto no supremo fundamento de validade, naquele que cria a unidade desta série de atos criadores”. Depois, ao cuidar da “relatividade da oposição entre produção e aplicação do Direito”, ele afirma que “a maior parte dos atos jurídicos são ao mesmo tempo atos de produção jurídica e atos de execução jurídica. Com cada um desses atos jurídicos é executada uma norma de grau superior e produzida uma norma de grau mais baixo. Desta sorte, o primeiro ato constituinte – o mais elevado da produção jurídica – se apresenta como execução da norma fundamental; a legislação, que é produção de normas gerais, como execução da Constituição; a sentença judicial e o ato administrativo, por meio dos quais se estabelecem as normas individuais, como execução da lei; e a realização do ato coativo, como execução das ordens administrativas e sentenças judiciais”.

Dentro do tema da *interpretação*, Kelsen dedica um item à “indeterminação relativa do grau inferior em relação ao superior”: diz ele que “a relação entre um grau mais alto e outro mais baixo da ordem jurídica, como a que existe entre a constituição e a lei, ou entre a lei e a sentença judicial, é uma relação de determinação ou de vinculação... Porém a determinação não é completa. A norma de grau superior não pode vincular em toda direção o ato pelo qual é executada. Sempre há de ficar uma margem mais ou menos ampla de livre apreciação, de maneira que a norma de grau superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de consumação que a executa, o caráter de

---

51. *La teoría pura del derecho*, 1941.108 ss.

um marco que há de ser observado por esse ato. Até uma ordem que chega ao detalhe tem que deixar ao executor uma infinidade de determinações. Se o órgão A dispõe que o órgão B detenha o súdito C, o órgão B há de decidir, segundo seu critério, quando, onde e como realizará a ordem de detenção, decisões estas que dependem de circunstâncias externas que não precisam nem podem tampouco prever em grande parte o órgão que dá a ordem”.

Constitui tarefa própria da interpretação a verificação do marco que representa a norma a interpretar-se e, portanto, o conhecimento das várias possibilidades que estão dentro desse marco.

Considerando-se a ordem jurídica vigente no direito brasileiro, constata-se que, a partir da norma de grau superior – a Constituição – outras vão sendo editadas, como leis e regulamentos, até chegar-se ao ato final de aplicação ao caso concreto. Em cada um desses degraus, acrescenta-se um elemento inovador, sem o qual a norma superior não teria condições de ser aplicada. Em cada momento de produção jurídica, tem-se que respeitar os limites opostos pela norma de grau superior. Assim é que a Administração Pública, ao praticar um ato discricionário, acrescentando um elemento inovador em relação à lei em que se fundamenta, somente agirá licitamente se respeitar os limites que nesta se contêm. Vale dizer que é no próprio ordenamento jurídico que se encontra o fundamento da discricionariedade.

### **3 A DISCRICIONARIEDADE NAS TRÊS FUNÇÕES DO ESTADO**

Partindo-se da teoria de Kelsen sobre a formação do direito por degraus, fácil seria concluir que nas três funções do Estado existe discricionariedade, já que em todas elas existe emanção de atos que introduzem um elemento novo em relação ao ato superior.

A crítica que se faz à teoria de Kelsen é no sentido de que ele identifica discricionariedade e interpretação. Com efeito, se cada norma contém um esquema com muitas possibilidades de execução à escolha do executor do ato, a interpretação, na realidade, corresponderia a essa atividade de opção entre várias soluções possíveis. Na realidade, na interpretação, o que cabe é extrair do próprio ordenamento jurídico o sentido verdadeiro da norma interpretada, excluindo a possibilidade de mais de uma solução correta; já na discricionariedade existe o poder de escolha entre várias opções que decorrem da norma.

Outra crítica à idéia de Kelsen está no fato de que ela torna difícil, senão impossível, distinguir a atividade vinculada da atividade discricionária da Administração Pública, já que, para ele, cada ato implica um acréscimo em relação à norma de grau superior, quando, na realidade, em se tratando de atividade vinculada, a Administração tem que se limitar a constatar o atendimento dos requisitos legais, sem possibilidade de optar por solução diversa daquela prevista em lei.

O que pode ocorrer e normalmente ocorre é que, após o trabalho de interpretação, resulta para a Administração Pública a possibilidade de optar por uma ou outra solução, ambas fundamentadas na mesma norma; vale dizer que, terminado o trabalho de interpretação, começa a discricionariedade. Esse aspecto será mais bem desenvolvido no item 5.4.

O que agora importa é tratar da discricionariedade nos três Poderes do Estado. Segundo Renato Alessi,<sup>52</sup> existe nas três funções estatais *emanação de atos de produção jurídica*, ou seja, atos que introduzem modificação em relação a uma situação jurídica anterior, com a seguinte distinção:

1. a *legislação* é ato de produção jurídica *primário*, porque fundado única e diretamente no poder soberano, do qual constitui exercício direto e primário; mediante a lei, o Estado regula relações, permanecendo acima e à margem das mesmas;
2. a *jurisdição* é a *emanação de atos de produção jurídica subsidiários* dos atos primários; nela também o órgão estatal permanece acima e à margem das relações a que os próprios atos se referem;
3. a *administração* é a *emanação de atos de produção jurídica complementares*, em aplicação concreta do ato de produção primário e abstrato contido na lei; nessa função, o órgão estatal atua como parte das relações a que os atos se referem, tal como ocorre nas relações de direito privado. A diferença está em que, quando se trata de Administração Pública, o órgão estatal tem o poder de influir, mediante decisões unilaterais, na esfera de interesses de terceiros, o que não ocorre com o particular. Daí a posição de superioridade da Administração na relação de que é parte.

Todavia, em qualquer dessas funções, em cada ato de produção jurídica – seja lei, sentença ou ato administrativo – pode haver certa margem de liberdade, embora muito mais reduzida no caso da função jurisdicional.

52. *Instituciones de derecho administrativo*, t. 1, 1970:7-8.



A liberdade do legislador é mais ampla, porque seu único limite é a Constituição; como diz Stassinopoulos,<sup>53</sup> a liberdade do legislador “abrange o domínio inteiro das relações jurídicas para as quais nada foi previsto na Constituição... Ao contrário, o poder executivo ou se encontra vinculado pela lei, em todos os casos em que a lei regulou a matéria, ou se encontra na impossibilidade de agir, não tendo a faculdade de limitar a vontade de quem quer que seja, no caso, aliás, bastante raro, em que a lei nada previu a esse respeito”. Além disso, “a liberdade do legislador ainda é diferente do poder discricionário por uma outra razão: o legislador escolhe as regras de direito, apreciando livremente as tendências e as relações sociais, enquanto o órgão administrativo está sempre a serviço da lei e a sua tarefa consiste em encontrar a melhor maneira de realizar a vontade do legislador”.

Stassinopoulos<sup>54</sup> nega possa haver discricionariedade na função jurisdicional; nesta existe apenas trabalho de interpretação, ou seja, de busca da única solução possível perante o direito. Para ele, muitas soluções possíveis ou uma livre escolha entre elas são dois elementos incompatíveis com a noção rígida de coisa julgada; a solução a que o juiz chega é única: é a mesma que o legislador teria adotado. Diz ele que “pela força da coisa julgada que impõe a decisão do juiz como uma verdade objetiva, a solução dada é considerada como a justa aplicação da lei”. Quando o juiz aplica uma pena de dois anos de detenção, é porque só essa dosagem é correta; a de três já seria ilegal. A lei não deixou ao juiz a escolha entre várias penas legalmente válidas, mas o obrigou a procurar aquela que o legislador aplicaria. O juiz deve procurar o espírito da lei e conformar-se a ele. Ele “exprime a vontade da lei, o administrador exprime a sua”. Há na função discricionária o papel criador da *vontade* do agente, no sentido de que ela opta por uma solução, segundo critérios puramente administrativos, não conferidos ao juiz. Apenas no caso da jurisdição graciosa, Stassinopoulos admite a discricionariedade, mas, nesse caso, o juiz não desempenha função tipicamente jurisdicional, pois age como um órgão administrativo.

Não há dúvida de que, em determinadas situações, o juiz depara com certos “conceitos indeterminados”, como boa-fé, ordem pública, moralidade, premeditação e tantos outros comumente empregados pelo legislador. No entanto, a situação é diferente daquela em que se encontra o administrador, porque a tarefa do juiz é encontrar a única solução possível, enquanto na discricionariedade administrativa a lei deixa um leque de opções, todas elas válidas, razão pela qual o Judiciário não pode substituir uma solução por outra. No caso da

53. *Traité des actes administratifs*, 1973:139-140.

54. Ob. cit. p. 141-142.

função jurisdicional, não se pode conceber que o juiz tivesse várias opções, para escolher segundo critérios políticos; caso contrário, poder-se-ia admitir que, depois de decidir a lide, pela aplicação da lei segundo trabalho de exegese, restariam outras soluções igualmente válidas. Como diz Eros Roberto Grau,<sup>55</sup> “a segunda razão que me impele a repudiar o entendimento de que o juiz atua no campo de uma certa ‘discricionariedade judicial’ repousa sobre a circunstância de à autoridade judicial não estar atribuída a formulação de *juízos de oportunidade*, porém, exclusivamente, de *juízos de legalidade*. Ainda que não seja, o juiz, meramente, ‘a boca que pronuncia as palavras da lei’, como se vê do quanto até este ponto venho expondo, sua *função – dever-poder –* está contida nos lindes da legalidade (e da constitucionalidade). Interpretar o Direito é formular *juízos de legalidade*”.

A decisão judicial exclui a possibilidade de remanescerem outras soluções, todas válidas perante o direito. Daí por que deve ser aceita com cautela a afirmação de que o Judiciário exerce poder discricionário; ele o faz quando não atua no exercício da jurisdição propriamente dita, que até etimologicamente significa a função de *dizer o direito*.

É no campo do direito administrativo que o tema tem maior importância, pelas dificuldades de delimitar o campo da discricionariedade para fins de admissão ou exclusão do controle pelo Poder Judiciário. E também porque, como diz Consuelo Sarria,<sup>56</sup> é por meio da atividade administrativa que “se realizam atividades específicas de exercício da lei de maneira concreta, permanente, direta e imediata frente aos administrados”. É à Administração Pública que incumbe a tarefa de atender às necessidades coletivas; nessa tarefa, o poder discricionário é da mais alta relevância.

Na função jurisdicional, distingue-se mal a interpretação da discricionariedade, pois, sendo o Judiciário o intérprete máximo da lei, entende-se que a solução aplicada ao caso concreto era a única possível perante o direito; depois de transitada em julgado a decisão, não cabe mais qualquer discussão sobre a interpretação adotada.

Na função administrativa, a distinção ganha maior relevância, já que, nela, a apreciação judicial será sempre possível quando se trata de simples interpretação (busca da solução única, juridicamente válida), não ocorrendo o mesmo quando se trate de poder discricionário, em que a existência de duas ou mais alternativas válidas afasta a possibilidade de o Poder Judiciário substituir a de-

55. *Contribuição para a interpretação e a crítica da ordem econômica na Constituição de 1988*, 1990:191.

56. *Discrecionalidad administrativa*, 1982:102.

cisão administrativa por sua própria decisão, quando aquela tenha feito a opção dentro dos limites legais. Caso contrário, haveria o que Afonso Rodrigues Queiró,<sup>57</sup> com felicidade, chamou de *dupla administração*. A lei deixa à Administração um espaço para utilizar critérios puramente administrativos, de oportunidade e conveniência, mas não os fornece ao Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional. A Administração, desde que observe os contornos definidos pelo ordenamento jurídico, dispõe de critérios administrativos próprios, que permitem distinguir a discricionariedade administrativa do trabalho de pura exegese; este último pode ser corrigido pelo Judiciário, enquanto aquela é de apreciação exclusiva da Administração.

#### 4 LOCALIZAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE

Ao examinar-se a justificação da discricionariedade administrativa, já ficou implícita a idéia de que seu *fundamento* se encontra no ordenamento jurídico positivo; é a própria lei que deixa ao administrador espaço para apreciação discricionária; trata-se de decorrência do princípio da legalidade. Longe está o tempo em que a discricionariedade era vista como poder puramente político.

Embora seja difícil, senão impossível, definir aprioristicamente todas as hipóteses em que existe discricionariedade, pode-se afirmar que ela está presente, em regra, quando:

1. a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção *ex officio* do funcionário, a critério da Administração, para atender à conveniência do serviço;
2. a lei é insuficiente, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico;
3. a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível traçar todas as condutas diante

---

57. O limite do poder discricionário das autoridades administrativas. RDA 92/8.

de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde, ao meio ambiente;

4. a lei usa certos conceitos indeterminados ou, nas palavras de Linares,<sup>58</sup> “fórmulas elásticas”, assim consideradas aquelas que encerram valorações, isto é, sentidos axiológicos, jurídicos, tais como comoção interna, utilidade pública, bem comum, justiça, equidade, decoro, moralidade etc.

Na lei, tanto se encontra o fundamento da discricionariedade, como também se definem seus limites; por outras palavras, a lei não confere discricionariedade total à Administração. É preciso, portanto, verificar onde ela se localiza.

Ficará de lado, por ora, a discussão sobre discricionariedade como *poder* da Administração ou como qualificação de seus *atos*, uma vez que será vista no item subsequente.

Para tratar do assunto, os autores utilizam critérios diversos, a saber, dentre outros, o da discricionariedade nas etapas de formação do ato administrativo, o da discricionariedade na norma jurídica, o da discricionariedade nos elementos do ato administrativo e o da discricionariedade nos conceitos indeterminados.

#### 4.1 Discricionariedade nas etapas de formação do ato administrativo

Dentre os autores que procuram a discricionariedade nas etapas de formação do ato administrativo, cite-se Consuelo Sarria,<sup>59</sup> para quem a tomada de decisão pela autoridade administrativa implica um processo intelectual que se inicia com a *análise de sua própria competência*, continua com a *observação e valoração jurídica da situação fática* e culmina com a *apreciação das medidas adequadas* em razão da situação de fato, variando o poder discricionário em cada uma dessas etapas de formação de um ato administrativo. Quanto à competência, a autoridade administrativa não tem possibilidade de atuar discricionariamente, uma vez que só pode realizar aquelas atividades que lhe foram atribuídas pela lei, tendo em conta os fins nela determinados. Na observação e

58. *Poder discrecional administrativo*, 1958:280-282.

59. *Discrecionalidad administrativa*, 1982:111-112.

valoração dos fatos, também não existe discricionariedade para a Administração, quando tenha que estabelecer simplesmente a medida de existência dos fatos e sua conformidade com o definido pelo ordenamento jurídico preestabelecido; todavia, poderá haver discricionariedade quando, de acordo com sua competência e diante de fatos reais previstos pelo ordenamento jurídico respectivo, deva a autoridade avaliar as conseqüências que possam produzir-se em razão dos mesmos. Por último, quanto às medidas adequadas frente à situação de fato, a autoridade administrativa, aí sim, conta com poder discricionário para estabelecer quais são as circunstâncias do momento, medidas que hão de estar presentes sempre dentro do marco da legalidade, que limita sua ação.

Segundo Consuelo Sarria, quando a autoridade administrativa avalia as conseqüências dos fatos e as medidas pertinentes para o cumprimento de suas funções, de acordo com as competências que lhe foram atribuídas pela lei e com vista em lograr os fins de interesse público que lhe são próprios, está avaliando a oportunidade, a conveniência e o mérito de sua própria decisão, quer dizer, está utilizando sua discricionariedade administrativa, tendo a possibilidade de decidir se atua ou não, ou, se o faz, de escolher uma ou outra decisão, “sendo todas válidas para o direito”.

No direito brasileiro, dentre outros autores, merece ser lembrada a lição de Caio Tácito que, ao demonstrar onde se localiza a discricionariedade, distingue as várias etapas de formação do ato administrativo:<sup>60</sup> (a) a primeira é a *verificação da competência específica*; nessa fase, não há qualquer discricionariedade, porque “cada autoridade dispõe de uma capacidade de agir que provém da regra de direito”; (b) a fase seguinte é a da *constatação dos motivos*, ou seja, das situações de fato ou de direito que determinam sua iniciativa; aqui não há qualquer discricionariedade, porque se trata de mera constatação; a existência ou não dos motivos é matéria de ordem objetiva: sua observação imperfeita provocará um erro de fato ou de direito, sujeito ao controle de legalidade; (c) a seguir, vem a *apreciação do valor dos motivos* que corresponde a um “processo psicológico, pertencente ao prisma discricionário”; (d) segue-se a *concretização do objeto* comissivo ou omissivo, fase em que opera com maior amplitude o poder discricionário; “é este, por excelência, o seu terreno próprio. Não existindo norma legal que vincule obrigatoriamente a autoridade a praticar determinado ato, ou a se abster de praticá-lo, pertence, livremente, à administração a faculdade de decidir, segundo sua convicção, da oportunidade, da justiça, da conveniência ou da necessidade do ato administrativo”.

60. Caio Tácito. *Desvio de poder em matéria administrativa*. Tese, 1951:24 ss.

Quanto à *finalidade*, Caio Tácito coloca-a como limite à discricionariedade administrativa. “Na escolha do objeto não limita-se o agente a apreciar os antecedentes do ato, ou seja, os fatores objetivos que requisitam a ação administrativa. Ele determina o seu procedimento, o alcance da competência, os fins públicos que justificam a sua interferência. Ele age em relação aos motivos para realizar os *fins legais*.”

Também a *forma* é considerada, pelo autor, como elemento vinculante da vontade do agente administrativo. A inobservância da formalidade legal prescrita vicia o ato jurídico e coloca-se, em consequência, no setor do exame da legalidade.

Após essa reconstituição analítica do ato administrativo, Caio Tácito conclui que “o poder discricionário é a faculdade concedida à Administração de *apreciar o valor dos motivos e determinar o objeto* do ato administrativo, quando não o preestabeleça a regra de direito positivo”.

#### 4.2 Discricionariedade na norma jurídica

Outros autores procuram a discricionariedade no exame da própria estrutura da norma, em regra a partir do ensinamento de Kelsen<sup>61</sup> sobre a diferença entre Direito e Natureza. Embora afirmando serem coisas diversas, ele reconhece que é difícil a distinção, porque “o Direito parece estar no domínio da Natureza, ter uma existência de todo natural, pelo menos em parte de seu ser. Se se analisa qualquer estado de coisas consideradas pelo Direito, como por exemplo uma resolução parlamentar, um ato administrativo, uma sentença judicial, um delito, podem-se distinguir dois elementos: um deles é um ato sensorialmente perceptível, que tem lugar no tempo e no espaço, um acontecimento exterior, o mais das vezes uma conduta humana; o outro é um sentido assim como imanente ou aderente a esse ato ou acontecimento, uma significação específica”, que seria a significação jurídica, ou seja, a significação do ato perante o direito.

A partir daí, reconhece-se que as normas jurídicas constam de duas partes: *hipótese* da norma, onde se descrevem os fatos que podem ocorrer, e o *mandamento* da norma, onde se definem as consequências jurídicas dos fatos descritos. Ocorrendo o fato que a hipótese da norma descreve, incide o mandamento.

61. *La teoria pura del derecho*, 1941:26.

Essa distinção é aceita, para fins de localização da discricionariedade, por Régis Fernandes de Oliveira,<sup>62</sup> para quem a discricionariedade pode estar na hipótese da norma ou no mandamento, e também por Celso Antônio Bandeira de Mello.<sup>63</sup> Este último assim sintetiza seu pensamento: “A esfera de liberdade administrativa – aliás, sempre circunscrita – pode residir na *hipótese* da norma jurídica a ser implementada, no *mandamento* dela ou, até mesmo, em sua *finalidade*.” A discricionariedade está na *hipótese da norma* quando os pressupostos de fato por ela enunciados (*motivos* do ato administrativo) são descritos mediante os chamados conceitos práticos, ou seja, determinados por meio de palavras vagas, imprecisas, como *pobreza* e *notável saber*. A discricionariedade está no *mandamento* quando a norma *facultar* um comportamento, ao invés de exigí-lo. E está na *finalidade*, quando esta é expressa por meio dos referidos conceitos práticos, como moralidade pública.

Celso Antônio ainda aceita que a lei possa deferir discricionariedade quanto à *forma* do ato ou ao *momento* de sua prática.

### 4.3 Discricionariedade no momento da prática do ato

Não há dúvida de que, no que diz respeito ao *momento* da prática do ato, pode-se afirmar que existe, em regra, discricionariedade, até mesmo com relação aos chamados atos vinculados. Se a lei nada estabelece a esse respeito, a Administração escolhe o momento que lhe pareça mais adequado para atingir a consecução de determinado fim. Dificilmente o legislador tem condições de fixar um momento preciso para a prática do ato. O que ele normalmente faz é estabelecer um prazo para que a Administração adote determinadas decisões, com ou sem sanções para o caso de seu descumprimento; às vezes, a lei estabelece que o vencimento do prazo implica conseqüência determinada, como ocorre com o prazo de 15 dias para que o Executivo vete ou sancione projeto de lei aprovado pelo Legislativo: vencido o prazo, o silêncio do Executivo implica sanção do projeto (art. 66, § 3º, da Constituição). Nessas hipóteses, há uma limitação quanto ao momento da prática do ato, mas ainda assim persiste a discricionariedade, porque, dentro do tempo delimitado, a autoridade escolhe o que lhe parece mais conveniente.

62. *Ato administrativo*, 1978:73-74.

63. *Curso de direito administrativo*, 2000:756.

#### 4.4 Discricionariedade nos elementos do ato administrativo

Além do aspecto concernente ao *momento* da prática do ato, a discricionariedade ainda pode estar localizada em alguns de seus *elementos*, assim considerados os requisitos essenciais a sua própria existência. Decompondo-se o ato em seus cinco elementos – *sujeito, objeto, motivo, forma e finalidade* –, é possível indicar onde se localiza a discricionariedade.

##### 4.4.1 Sujeito

Com relação ao *sujeito* – aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato –, não existe discricionariedade. O sujeito só pode exercer as atribuições que a lei lhe confere e não pode renunciar a elas, porque lhe foram conferidas em benefício do interesse público. A competência para a prática de atos administrativos é fixada em lei; é *inderrogável*, seja pela vontade da Administração, seja por acordo com terceiros, embora possa ser objeto de *delegação* ou *avocação*, desde que não conferida a determinado órgão ou agente com exclusividade.

##### 4.4.2 Objeto ou conteúdo

O segundo elemento a considerar é o *objeto* ou *conteúdo*, que pode ser definido como o efeito jurídico imediato que o ato produz; é aquilo que o ato enuncia. Alguns autores distinguem conteúdo e objeto. É o caso de Régis Fernandes de Oliveira<sup>64</sup> que, baseando-se na lição de Zanobini, diz que o objeto é a coisa, a atividade, a relação de que o ato se ocupa e sobre a qual vai recair o conteúdo do ato. Dá como exemplo a demissão do servidor público, em que o objeto é a relação funcional do servidor com a Administração e sobre a qual recai o conteúdo do ato, ou seja, a demissão. Na desapropriação, o conteúdo do ato é o próprio ato de desapropriar, e o objeto é o imóvel sobre o qual recai.

É evidente que, como elemento do ato administrativo, interessa o segundo aspecto, ou seja, a produção de efeitos jurídicos.

Pois bem, a norma jurídica, ao estabelecer os efeitos jurídicos que decorrem de determinada conduta, pode deixar ou não certa margem de discri-

---

64. *Ato administrativo*, 1978:54.



cionariedade para a Administração. Isso ocorre quando ela confere mera *faculdade* de agir e quando dá à Administração mais de uma opção para agir. É a discricionariedade situada no *mandamento* da norma. Assim, a lei pode dizer que, diante de determinada situação, apenas um efeito jurídico é possível; por exemplo, praticada certa infração de trânsito, a lei pode prever a pena de multa apenas. Ou pode ocorrer que a lei preveja dois ou mais efeitos jurídicos (objetos) possíveis, à escolha da Administração, segundo critérios puramente administrativos, ou seja, de oportunidade e conveniência; exemplo disso é a previsão de duas ou mais penalidades para punir determinada infração, cabendo à Administração escolher uma delas. Os Estatutos dos Funcionários Públicos, em regra, prevêem a multa e a suspensão como duas penalidades da mesma graduação para punir certos tipos de infração.

Ainda como decorrência do mandamento da norma, a Administração pode ter uma opção entre o agir e o não agir; a lei apenas lhe confere a *faculdade* e não o dever de praticar determinado ato. Assim, se diante de certa situação a Administração está obrigada a adotar determinada providência, sua atuação é vinculada; isso se verifica no caso em que, comprovado um ilícito administrativo, a autoridade competente é obrigada a aplicar a penalidade prevista em lei, sob pena de incorrer ela mesma no crime de condescendência criminosa; o mesmo ocorre nas várias hipóteses de normas que conferem direitos subjetivos aos administrados, cabendo à Administração apenas verificar se os requisitos legais foram atendidos, não podendo recusar o direito, sob pena de correção da decisão pelo Poder Judiciário.

Em outras hipóteses, a lei deixa que a Administração decida, segundo critérios puramente administrativos, se pratica ou não determinado ato. Assim é que, realizada uma licitação, é possível à autoridade optar entre celebrar ou não o contrato segundo razões de interesse público devidamente justificado. O mesmo se diga com relação ao concurso para provimento de cargos públicos.

Nos casos em que não existe discricionariedade no *mandamento* da norma, o administrado tem um direito subjetivo oponível à Administração, podendo fazê-lo valer em juízo; o contrário acontece quando o mandamento da norma confere uma *faculdade* à Administração, hipótese em que o administrado não tem como exigir a satisfação de seu interesse; é aí que os doutrinadores italianos, dentre os quais, Renato Alessi,<sup>65</sup> falam em *direitos debilitados* ou direitos *menores* ou *enfraquecidos* pelo poder discricionário da Administração.

---

65. *Instituciones de derecho administrativo*, 1970, t. 2, p. 414-415.

#### 4.4.3 Forma

Com relação à *forma* – revestimento exterior do ato ou modo como a declaração se exterioriza –, há divergência na doutrina, porque, para alguns, os atos são sempre vinculados, sob esse aspecto, enquanto, para outros, a forma pode ou não ser discricionária, dependendo do que dispuser a lei.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>66</sup> aponta o *formalismo* como uma das características que distinguem o ato administrativo do ato de direito privado; neste, “a forma é livre, salvo quando houver estipulação em contrário. A regra, portanto, é a da liberdade de forma. Qualquer que seja adotada, é aceitável. A exceção é a exigência de uma dada formalização. Pelo contrário, o ato administrativo tem que se ater a um ritual formalístico. Necessita expressar-se dentro de certos modelos e atender a um plexo de exigências em sua exteriorização”. No entanto, ele reconhece que, em certas situações, pode inexistir uma forma determinada: “Ainda quando inexista uma previsão específica de forma, ela terá que ser, no mínimo, aquela suficiente para a garantia da Administração e dos administrados quanto ao teor do ato, ao comprometimento que acarreta para o Estado e aos *elementos de defesa do indivíduo perante eventual ilegitimidade dele*”.

Também Gordillo<sup>67</sup> realça o fato de que “não há normas jurídicas que imponham uma determinada estrutura formal do ato, ainda que existam práticas e costumes no sentido de fazê-lo de determinada maneira”. Contudo, acrescenta ele que “esta relativa elasticidade das formas aplica-se principalmente em relação a formas de pouca transcendência, não a outras de maior importância: por exemplo, o fato mesmo da forma *escrita* é, em nosso modo de ver, uma formalidade muito importante em cuja ausência só muito limitadamente se pode admitir a validade do ato”.

Do mesmo modo, Jean Rivero<sup>68</sup> diz que a decisão executória (terminologia empregada no direito francês para designar o ato administrativo) “não está sujeita a uma forma determinada. Não há formas comuns a todas as decisões administrativas. Cada autoridade deve observar as que lhe são prescritas de maneira geral e, eventualmente, para a decisão considerada... Há decisão executória desde que a autoridade competente manifestou de maneira não equívoca a sua vontade de produzir um efeito jurídico”. Ele lembra até o fato de que a “decisão pode ser puramente tácita: quando a Administração, a que se apresentou requerimento, não respondeu no prazo de quatro meses, o silêncio é

66. *Ato administrativo e direitos dos administrados*, 1981:19-20.

67. *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, 1979, cap. X-3.

68. *Direito administrativo*, 1981:113-114.

normalmente interpretado como uma recusa; excepcionalmente, se uma lei o prevê, como aceitação”.

Na realidade, quando se fala em *formalismo* do ato administrativo, o que se quer afirmar é a necessidade de que ele seja *expresso* e *escrito*, salvo hipóteses excepcionais de atos verbais ou até mesmo tácitos. Não significa o formalismo que todos os atos administrativos tenham forma determinada pela lei. A necessidade de documentar todos os atos é que leva à exigência de forma escrita, o que constitui uma garantia para a Administração e para os administrados, na medida em que permite o controle do ato em todos os níveis que o ordenamento jurídico prevê (controle administrativo, legislativo e judicial).

Desse modo, a não ser que a lei imponha à Administração a obrigatoriedade de obediência a determinada forma (como decreto, resolução, portaria), o ato pode ser praticado pela forma que lhe parecer mais adequada. Normalmente, as formas e procedimentos mais rigorosos são exigidos quando estejam em jogo direitos dos administrados, como ocorre nos concursos públicos, na licitação, no processo disciplinar.

Ressalte-se, também, que às vezes a lei prevê mais de uma forma possível para atingir o mesmo efeito jurídico: o acordo pode ser formalizado, em determinadas hipóteses, por meio de ordem de serviço, nota de empenho, carta de autorização; a ciência de um ato ao interessado pode, quando a lei permita, ser dada por meio de publicação ou de notificação direta. Nesses casos, existe discricionariedade quanto à forma.

#### 4.4.4 Motivo

No que concerne ao motivo, parece haver consenso na doutrina quanto à possibilidade de haver discricionariedade.

Define-se o motivo como o pressuposto de direito e de fato que serve de fundamento ao ato administrativo. Pressuposto de direito é o fato descrito na norma (hipótese da norma) como fundamento de determinado ato. Pressuposto de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato. Para que este seja legal, é necessário que haja uma coincidência entre o motivo de fato e o motivo de direito descrito na lei. Dependendo de como o legislador define os fatos ensejadores de determinada conduta da Administração, poderá haver discricionariedade ou vinculação quanto ao motivo.

Haverá *vinculação* do motivo, quando a lei, ao descrevê-lo, utilizar noções precisas, vocábulos unissignificativos, conceitos matemáticos, que não dão

margem a qualquer apreciação subjetiva. Exemplo: terá direito à aposentadoria o funcionário que completar 35 anos de serviço público ou 70 anos de idade; fará jus à licença-prêmio 5 funcionário que completar cinco anos de serviço, sem punições e sem ultrapassar o número certo de faltas justificadas.

Ao contrário, haverá *discricionariedade* quando:

1. a lei não definir o motivo, deixando-o ao inteiro critério da Administração; é o que ocorre na exoneração *ex officio* do funcionário nomeado para cargo de provimento em comissão (exoneração *ad nutum*); não há qualquer motivo previsto na lei para justificar a prática do ato; em casos como esse, cabe à autoridade escolher o motivo (desde que legal) que a levará a praticar determinado ato;
2. a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos que deixam à Administração a possibilidade de apreciação dos fatos concretos segundo critérios de valor que lhe são próprios; é o que ocorre quando a lei manda punir o servidor que praticar “falta grave” ou “procedimento irregular”, sem definir em que consistem; ou quando exige, para o provimento de certos cargos, “notável saber”; enfim, sempre que a hipótese da norma se refere a *conceito de valor*, como ordem pública, moralidade administrativa, boa-fé, paz pública e tantas outras de uso freqüente pelo legislador.

#### 4.4.5 Finalidade

Quanto à *finalidade* – resultado que a Administração pretende alcançar com a prática do ato –, já não há o mesmo consenso por parte de doutrina brasileira.

Hely Lopes Meirelles<sup>69</sup> diz que “não se compreende ato administrativo sem fim público. A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo – discricionário ou regrado – porque o direito positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica”.

Também Seabra Fagundes<sup>70</sup> considera que “a finalidade do ato é examinada como aspecto da *legalidade*, tendo-se em vista verificar se a Administração Pública agiu ou não com o fim previsto na lei. Indaga-se da *finalidade* para

69. *Direito administrativo brasileiro*, 1988:128.

70. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 1984:135.

apurar se o ato administrativo foi praticado para alcançar o *fim* desejado pelo texto legal.

Caio Tácito<sup>71</sup> considera também o fim como elemento sempre vinculado do ato administrativo. Em suas palavras, o agente administrativo “age em relação aos motivos para realizar os *fins legais*. Se, como vimos, esse fins não podem ser senão aqueles determinados em lei para o caso específico, se não é lícito ao agente substituí-los ainda que por outro fim público, é evidente que a finalidade do ato representa uma limitação à discricionariedade, um dique à expansão dos critérios oportunistas na determinação do objeto. A finalidade é, em última análise, um elemento sempre vinculado, que não comporta apreciação discricionária”.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>72</sup> faz uma colocação um pouco diferente. Para ele, “pela mesma razão que propicia a irrupção de discricionariedade na hipótese da norma – concernente ao motivo – pode também ocorrer discricção quanto à *finalidade*. Expressada esta por via de conceitos práticos, a indeterminação relativa daí resultante engendra certa liberdade administrativa que, inclusive, refluí sobre os motivos”. E dá o exemplo em que a lei dispõe que “as pessoas que se portarem indecorosamente serão expulsas do cinema a fim de se proteger a “moralidade pública”. Como o conceito de moralidade é variável no tempo e no espaço e é impossível fixar, com absoluto rigor, sua dimensão precisa, remanesce para o administrador alguma discricção no que diz respeito à finalidade.

Todos os autores são unânimes em reconhecer que a Administração Pública está vinculada ao atendimento do *interesse público*. Só que, para alguns, isso é suficiente para concluir que o ato administrativo é sempre vinculado quanto aos fins; e, para outros, como a lei não estabelece critérios objetivos para identificar, no caso concreto, o que é de interesse público, restaria certa discricionariedade para o administrador público.

Na realidade, deve-se distinguir, na *finalidade* do ato, aquela que corresponde a um dos princípios fundamentais a que se submete toda a atividade estatal, e aquela que decorre, implícita ou explicitamente, da lei para cada categoria de ato.

Com efeito, o princípio da supremacia do interesse público ou princípio da finalidade pública está presente tanto no momento da *elaboração* da lei, como no momento de sua execução. Ele inspira o *legislador* e vincula a *autoridade*

71. *Desvio de poder em matéria administrativa*, 1951:25.

72. *Curso de direito administrativo*, 2000:758.

*administrativa* em toda a sua atuação. O legislador, ainda quando estabelece normas para proteger o direito individual, tem o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo; a Administração Pública não pode desviar-se de fins de interesse público, sob pena de ilegalidade, por desvio de poder.

Nesse sentido, não há a mínima possibilidade de contestação quando se afirma que a Administração está *vinculada* a fins de interesse público.

Todavia, isso não é suficiente para afastar certa margem de discricionariedade quando os fins têm que ser analisados em relação a cada caso concreto. É aqui que se coloca, do mesmo modo que no *motivo* do ato, a questão dos conceitos indeterminados, quando a lei se refere à finalidade do ato como sendo a ordem pública, a moralidade, o bem-estar, o interesse público, o bem comum, e não há critérios objetivos que permitam concluir, em cada caso, o que é melhor para a consecução daqueles objetivos, ainda que a Administração tenha que observar determinadas limitações, como a competência, a forma, a motivação, a proporcionalidade dos meios aos fins, a razoabilidade. Dentro desses limites, poderá haver mais de uma solução válida perante o direito, hipótese em que haverá discricionariedade com relação aos fins. A lei não predetermina a conduta que a Administração deve adotar num caso concreto, para atingir determinados objetivos de interesse público; a autoridade é que deverá decidir entre agir ou não agir, agir por uma ou outra forma.

Entretanto, além desse sentido amplo em que se pode considerar a finalidade do ato, existe outro, mais restrito, que designa o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei.

Sob esse aspecto, a finalidade do ato é sempre vinculada pela lei; não há, aí, qualquer margem de discricionariedade para a Administração, pois é o legislador que define a finalidade que o ato deve alcançar, não havendo liberdade de opção para a autoridade administrativa; se a lei coloca a demissão entre os atos punitivos, não pode ela ser utilizada com outra finalidade que não a de punir; se a lei permite a remoção *ex officio* do funcionário para atender à conveniência do serviço, não pode ser utilizada para finalidade diversa, como a de punição. Isso caracterizaria o desvio de poder.