

6

ATIVIDADES E PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

SUMÁRIO: 6.1 Multiplicidade de atuações – 6.2 Tipologia das atividades administrativas – 6.3 Poder e função no âmbito administrativo – 6.4 Poder vinculado – 6.5 Poder discricionário: 6.5.1 Terminologia; 6.5.2 Evolução conceitual; 6.5.3 Conotação atual do poder discricionário; 6.5.4 Poder discricionário e mérito administrativo; 6.5.5 Justificativa do poder discricionário; 6.5.6 Campos de exercício do poder discricionário; 6.5.7 Parâmetros do poder discricionário; 6.5.8 Poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados – 6.6 Poder regulamentar – 6.7 Poder normativo – 6.8 Poder hierárquico – 6.9 Poder disciplinar – 6.10 Bibliografia.

6.1 Multiplicidade de atuações

O complexo de órgãos e entes personalizados, conduzidos por um corpo de agentes, que forma a Administração Pública, realiza grande número de atividades. As atividades destinam-se precipuamente a atender necessidades e interesses da população; fragmentam-se em inúmeras variedades, cada qual com características jurídicas e técnicas próprias. A Administração Pública desempenha, assim, amplo e diversificado leque de atividades, para cumprir as tarefas que o ordenamento lhe confere, atividades essas de diferentes tipos, sob várias formas e regimes.

Ao discorrer sobre a tipologia das *atividades administrativas*, pretende-se aqui dar uma visão de conjunto dessas atuações estatais, sem o intuito de exauri-las e de estudá-las em profundidade. Muitas serão explanadas, de modo mais amplo, páginas adiante. Serão consideradas as atuações que a Administração realiza de modo habitual, com mais frequência.

Deve-se ressaltar que as *atividades administrativas* são complementares entre si e sujeitas a contínua orientação e coordenação. Na prática, os diferentes tipos se inter-relacionam, parecendo por vezes confundir-se. Além do mais, na atualidade registra-se a emergência de fórmulas novas de atuação, para que a Administração tente acompanhar o ritmo dinâmico e veloz das mudanças da sociedade, sob o impacto de tecnologias avançadas, inclusive no âmbito da informática. Parte das novas fórmulas decorre também dos vínculos mais próximos e intensos entre Administração e administrados (sociedade).

6.2 Tipologia das atividades administrativas

O estudioso do direito acostuma-se às enumerações, classificações ou tipologias dos institutos jurídicos nos diversos ramos do conhecimento jurídico. Além das facilidades didáticas, as tipologias propiciam melhor apreensão do instituto ou figura que se examina, visão panorâmica de sua amplitude e ideia mais aprimorada sobre as facetas de que se reveste.

Encontram-se na doutrina várias classificações das atividades administrativas, às vezes aglutinadas por critérios, às vezes só arroladas.

Tornou-se clássica e muito difundida a tipologia elaborada pelo autor italiano Orlando, em 1900, no v. I do *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, p. 75-78, que distinguiu, na Administração, *atividade jurídica e atividade social*. A primeira destina-se a assegurar o direito entre as pessoas e harmonizar os vários direitos dos indivíduos entre si e com o interesse público; aí se incluem a organização da Administração, a polícia, a desapropriação, a tutela dos indivíduos ante os atos da Administração; nesse campo predomina a face de autoridade. A atividade social visa aos fins de bem-estar e progresso social, ressaltando-se as atuações nos setores de saúde, agricultura, educação; aqui predomina a face de prestadora de serviços úteis ao atendimento de necessidades dos indivíduos.

Também conhecida se apresenta a tipologia formulada pelo espanhol Jordana de Pozas, no trabalho “Ensayo de una teoría de fomento en el derecho administrativo”, na *Revista de Estudios Políticos* 48, 1949, p. 41 e ss., segundo o qual as atividades administrativas englobam três modalidades: *polícia, serviço público e fomento*. A polícia tem por objetivo a manutenção da ordem pública em sentido amplo, mediante a limitação das atividades privadas. O serviço público leva à satisfação das necessidades coletivas de modo direto. Por sua vez, fomento é atuação administrativa destinada a promover, incentivar ou proteger atividades que atendam a necessidades públicas, sem usar coação ou criar serviços públicos.

No Brasil, Diogo de Figueiredo Moreira Neto elabora classificação das atividades administrativas, distinguindo as seguintes: *poder de polícia* – a Administração “limita e condiciona o exercício das liberdades e direitos individuais, visando a assegurar um nível aceitável de convivência social”; serviços públicos – a Administração, “por si ou por seus delegados, satisfaz não só as necessidades essenciais como certas necessidades secundárias da comunidade”; *ordenamento econômico* – “função de caráter disciplinativo ou substitutivo das atividades privadas no campo da economia, isto é, nos processos de produção, circulação e consumo das riquezas”; *ordenamento social* – execução de imposições legais de uma disciplina pública ou substitutiva da ação da sociedade no campo social, ou seja, na saúde, na educação, no trabalho, na previdência; fomento público, também denominada *atividade propulsora* – a Administração procura, por todos os meios a seu alcance, por à disposição do maior núme-

ro possível de indivíduos os instrumentos do desenvolvimento econômico e do progresso sociocultural, pela adoção de medidas capazes de incentivar a iniciativa privada de interesse coletivo nesses campos” (*Curso de direito administrativo*, 15. ed., 2009, p. 134-135).

São mencionadas com frequência as atividades-fim, diferenciando-as das atividades-meio. As primeiras dizem respeito às atuações voltadas mais diretamente aos administrados, como ensino, pavimentação de ruas, coleta do lixo. As segundas concernem ao âmbito interno da Administração ou aparecem como atividades de apoio para o desempenho das primeiras, como, por exemplo, os serviços contábeis, os serviços de expediente, os serviços de arquivo.

Tendo em vista a dificuldade de abranger a maior parte das atividades administrativas numa classificação, serão somente enunciadas as atividades mais frequentes:

- a) *atividade normativa*, também denominada preceptiva – a Administração disciplina setores da vida coletiva, com base na Constituição ou em leis;
- b) *atividade prestacional* – propicia serviços públicos (por exemplo: água, luz, coleta de lixo, limpeza de ruas, assistência social);
- c) *atividade limitadora de direitos*, por alguns denominada atividade autoritária, ordenadora, interventora – restringe, limita ou retira direitos (por exemplo: proibições de atividades, desapropriação, polícia das construções);
- d) *atividade fiscalizadora* – destina-se a verificar o cumprimento de preceitos que os particulares devem observar em vários setores (por exemplo: fiscalização de tributos, inspetoria do trabalho, fiscalização do trânsito, vigilância sanitária);
- e) *atividade organizacional* – visa a estruturar internamente seus órgãos e distribuir as competências;
- f) *atividade contábil* – engloba os serviços de contabilidade existentes em todo órgão administrativo;
- g) *atividade tributária* – consiste, sobretudo, nas atuações relativas ao lançamento e arrecadação de tributos;
- h) *atividade punitiva ou sancionadora* – impõe sanções a particulares ou a servidores, por descumprimento de preceitos legais (por exemplo, interdição de atividades e demissão);
- i) *atividade econômica* – atuações que repercutem direta ou indiretamente na economia, condicionando atividades e interesses de grande parte da população (por exemplo: desempenho de atividades comerciais e industriais, controle de preços, controle do câmbio, disciplina do crédito ao consumidor);

j) *atividade social* – destinada a propiciar melhores condições de vida a setores carentes da sociedade (por exemplo: construção de moradias populares e abertura de frentes de trabalho);

l) *atividade de pesquisa*: científica, técnica, levantamento de dados;

m) *atividade especificamente jurídica* – assessorias ou consultorias jurídicas, defesa da Fazenda Pública em juízo;

n) *atividade de planejamento* (por exemplo: elaboração de planos de desenvolvimento, planos urbanísticos);

o) *atividade de documentação e arquivo* – destina-se a conservar documentos, registros e processos;

p) *atividade cultural* (por exemplo: bibliotecas, museus e teatros públicos, promoção de espetáculos, concertos, eventos artísticos, manutenção de orquestras, corpos de ballet e corais);

q) *atividade educacional* (por exemplo: rede oficial de ensino de primeiro e segundo graus; universidades públicas);

r) *atividade de controle interno* (por exemplo: inspetorias, corregedorias);

s) *atividade de fomento ou incentivo* – estímulo a condutas e atuações de particulares, sem uso de mecanismos de coação (por exemplo: subsídios, incentivos fiscais, prêmios e condecorações);

t) *atividades materiais* – também denominadas atividades de execução material ou operações materiais – consistem em atuações bem concretas (por exemplo: poda de árvores, pavimentação de rua, limpeza de córrego, plantio de mudas).

6.3 Poder e função no âmbito administrativo

Para que a Administração possa realizar o conjunto das atividades que lhe cabem, no cumprimento de seu papel na vida coletiva, o ordenamento lhe confere poderes.

Sem entrar no exame aprofundado da noção de *poder*, basta lembrar que seu conceito é fugidio e, ao mesmo tempo, de grande importância no âmbito do direito público. Em acepção ampla, pode significar *capacidade geral de agir*. Nas relações humanas, consiste, em essência, no *predomínio da vontade de uma pessoa sobre as demais*. Nos vínculos entre órgãos administrativos, é o predomínio de um sobre outro. Nos vínculos funcionais entre autoridades ou agentes públicos, expressa a ascendência de uns sobre os outros, que se traduz, por exemplo, em expedir ordens e instruções, fiscalizar as atividades, modificar decisões, desfazer decisões. No aspecto relacional Administração-particulares, o poder da primeira sobre os segundos acarreta a imposição de condutas, de ônus, de encargos, de sanções, e a restrição ao exercício de direitos e atividades, sempre com fundamento legal.

Nos textos de direito administrativo, diversos vocábulos aparecem associados à ideia de poder, às vezes com acepção sinônima.

Alguns autores mencionam o termo *potestade*, transpondo para o ordenamento pátrio a dualidade existente na Itália – *potere e potestà* –, e, na França, *pouvoir e puissance*. Para uns, são sinônimos; para outros, *potestà* significa poder jurídico, ou poderes e direitos de agir, ao mesmo tempo deveres de agir e intervir. Parece melhor, no ordenamento brasileiro, ater ao termo “poder”, que, no âmbito da atuação administrativa, se reveste de sentido próprio, adiante explicitado.

Usa-se também a palavra *imperium* ou *império*, que significa, em essência, a possibilidade de emitir comando dirigido a outrem e de executar coativamente o próprio comando. Muitas atuações administrativas são dotadas de imperatividade.

Outro termo citado com frequência é *autoridade*, por vezes como sinônimo de poder. No âmbito da ciência política tem o sentido de *poder estabilizado dotado de legitimidade*. No direito administrativo designa, comumente, o agente público com titularidade legal para decidir, e nesta acepção será aqui usado.

Menciona-se amiúde, no direito administrativo brasileiro, a locução *poder-dever*, para expressar o dever conjugado ao poder ou, de modo similar, *o dever que nasce do exercício de um poder*. Indica-se, mesmo, no rol dos princípios do direito administrativo, o princípio do poder-dever, que significaria a obrigação imposta à autoridade de tomar providências quando está em jogo o interesse público. Embora não represente demasia o vocábulo “dever” associado a poder, pois evoca explicitamente a ideia de “obrigação de agir”, o esclarecimento do sentido que o termo “poder” adquire no âmbito da atuação administrativa torna prescindível o uso da fórmula composta.

O sentido de poder no âmbito administrativo será bem apreendido se vier explicado ou transmutado com base na ideia de *função*.

No direito público, a palavra *função* é usada em várias conotações, dentre as quais: a) atribuição ou competência ou encargos de um órgão, como, por exemplo, na frase: esse órgão tem a função de fiscalizar as construções; b) fim a que se destina a atividade do órgão público, como, por exemplo, na frase: a medida teve a função de propiciar livre acesso às informações. Também se diz que a função significa poder exercido no interesse alheio, isto é, interesse estranho ao sujeito que o exerce. Publicistas modernos ponderam, no entanto, que as autoridades e órgãos públicos não têm interesses próprios, daí parecer incompatível contrapor, nesse âmbito, interesse próprio e interesse alheio; embora todas as autoridades e órgãos públicos atuem, em princípio, no interesse alheio (interesse da população), tais publicistas preferem outro elemento para caracterizar a essência da função: *o exercício do poder preordenado a um fim*. Na função, o exercício do poder não é livre, mas, pela impossibilidade de separá-lo de um fim, apresenta-se inevitavelmente condicionado a requisitos

que justificam a atuação e orientam seu concreto desenvolvimento. Na função, o dever surge como elemento ínsito ao poder, e desse modo a Administração concretiza, na sua atuação, o poder conferido pela norma, para atendimento de um fim. Assim, as atividades da Administração Pública configuram-se, em princípio, como função. A referibilidade a um fim mostra o caráter instrumental do poder. Os limites postos pelo ordenamento ao exercício do poder administrativo correspondem à exigência de garantir o vínculo do poder ao fim para o qual foi atribuído. Mediante a ideia de função o poder administrativo apresenta, portanto, conotação peculiar, pois se canaliza a um fim, implicando, além de prerrogativas, deveres, ônus, sujeições.

Há um rol de *poderes administrativos* cujo exercício mostra-se mais abrangente que outros, no desempenho das inúmeras atividades administrativas. Permeiam, com maior frequência, as medidas e decisões adotadas pelas autoridades. Serão objeto de exame a seguir, restando os demais para tratamento em separado. Quanto aos deveres, ônus e sujeições específicos, serão indicados difusamente no estudo dos diversos temas.

6.4 Poder vinculado

Tradicionalmente, o *poder vinculado* e o poder discricionário vêm estudados de modo contraposto. Deve-se considerar, preliminarmente, que o princípio da legalidade norteia as atividades da Administração. Há, no entanto, modos diversos de incidência da legalidade.

Há poder vinculado, também denominado *competência vinculada*, quando a autoridade, ante determinada circunstância, é obrigada a tomar decisão determinada, pois sua conduta é ditada previamente pela norma jurídica. O ordenamento confere ao administrador um poder de decisão, mas predetermina as situações e condições, canalizando-o a uma só direção. Por isso na doutrina se diz que há matérias de reserva legal absoluta, em que o vínculo da Administração ao bloco de juridicidade é máximo. Se houver uma só solução, como consequência da aplicação de uma norma, ocorre o exercício do poder vinculado.

É frequente encontrar-se na doutrina imagem utilizada para caracterizar o *poder vinculado em contraposição ao poder discricionário*: o poder vinculado teria seu exercício comparado ao da funcionária de um teatro a quem o espectador mostra sua entrada numerada, cabendo a ela somente indicar o lugar marcado no bilhete; o poder discricionário seria comparado à funcionária do teatro quando as entradas não são numeradas e então encaminha o espectador para onde quiser.

A doutrina contemporânea vem afirmando que, no geral, no cotidiano das atividades administrativas, são poucas as situações de vinculação pura e de discricionariedade pura, daí ser insustentável a oposição rígida entre poder vinculado e poder discricionário. Melhor parece levar em conta o aspecto pre-

dominante no exercício do poder, mencionando-se decisão ou medida em que predomina o poder vinculado ou o poder discricionário.

Como exemplos de exercício de poder vinculado habitualmente citados estão: licença de construir, matrícula em escola pública.

6.5 Poder discricionário

Em essência, *poder discricionário* é a faculdade conferida à autoridade administrativa de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis.

6.5.1 Terminologia

Na linguagem corrente, inclusive usada na imprensa, ocorre confusão entre *discricionariedade* e arbítrio. Utiliza-se o termo “discricionário” com o sentido de “arbitrário”, abusivo. O estudioso do direito administrativo deve descartar tal acepção no âmbito dessa matéria, pois aí o termo se reveste de significado diverso. Se a Administração tem suas atividades informadas pelo princípio da legalidade, o poder discricionário não há de ser equivalente ao poder arbitrário ou abusivo. O poder discricionário, caracterizado essencialmente como escolha de uma entre várias soluções, é conferido por normas legais e deve atender a parâmetros no seu exercício.

Antes de figurar nas obras de direito administrativo, o termo “discricionariedade” indicava mero atributo do soberano, expressando sua aptidão, e a de seus agentes, para bem desempenharem suas funções.

O vocábulo não aparece nos primeiros autores franceses e italianos do direito administrativo; na segunda metade do século XIX, doutrinadores franceses denominam *atos de pura administração* às decisões resultantes do que hoje é o poder discricionário. No fim do século XIX e início do século XX, o termo já integrara a linguagem da doutrina e jurisprudência do direito administrativo.

Na atualidade, diferentes expressões são utilizadas para designar a matéria: *poder discricionário*, *atividade discricionária*, *discricionariedade*. Se considerado, de modo rigoroso, o sentido desses vocábulos, o *poder discricionário* seria a atribuição legal de decidir com possibilidade de escolha; *atividade discricionária* refere-se ao exercício de funções com utilização do poder discricionário, enquanto *discricionariedade* é a própria possibilidade de escolha. No entanto, o uso indistinto das expressões não implica erro, facilitando a exposição do tema, que, em essência, é o mesmo nas citadas denominações.

6.5.2 Evolução conceitual

A partir de fins do século XIX surgiram várias teorias para caracterizar o poder discricionário, registrando-se evolução no sentido de apontar-lhe parâmetros.

Em concepções iniciais sobressai a ideia de escolha livre, subtraída no seu conteúdo a toda disciplina legal, baseada somente em apreciações subjetivas da autoridade.

Na França, até os primórdios do século XX, os atos discricionários ou atos de pura administração conceituavam-se como aqueles insuscetíveis de apreciação pelo juiz. Em 1908, o mais alto tribunal administrativo francês deixou de admitir a existência de atos totalmente livres, exigindo observância de regras de competência e de forma.

Para outra corrente, o conceito de poder discricionário se resolvia levando-se em conta a situação de ausência de lei ou imprecisão da lei, de um lado, e, de outro, a liberdade conferida à Administração para interpretar tais leis ou criar novas normas. No primeiro caso, o exercício do poder discricionário era equiparado ao trabalho do juiz; no segundo, à atuação do Legislativo.

Posteriormente desenvolveu-se entendimento de que o poder discricionário consistia na liberdade de apreciação, mas em vista do atendimento do interesse público. Na França buscou-se traduzir em fórmula jurídica a obrigação de observância do fim, criando-se a figura do vício do ato administrativo por desvio de poder ou desvio de finalidade. Admitiu-se, então, a apreciação jurisdicional da conformidade ao fim.

Essa orientação evoluiu e veio a exigência de nexo entre a decisão administrativa e seus antecedentes (circunstâncias de fato), isso como reflexo da necessidade de que a decisão fosse determinada por razões objetivas de interesse público. Com o motivo inseriu-se um vínculo a mais no exercício do poder discricionário.

A partir da segunda metade do século XX, com a dinâmica estatal intervencionista, ampliam-se as atividades administrativas – um número crescente de medidas e decisões afeta direitos e interesses de indivíduos e grupos. O contexto político-institucional das décadas de 70, 80 e 90 apresenta-se muito diferente do contexto do início do século. A realidade atual registra a existência de inúmeros centros de interesse na sociedade e a ampliação dos direitos de indivíduos, de grupos e de direitos difusos. É notória a heterogeneidade de interesses, acarretando pressões de indivíduos e grupos sobre a Administração para atendimento de suas reivindicações. Outros fatores presentes: impacto do avanço tecnológico e conseqüente tecnicização no tratamento de matérias a cargo da Administração; uso de práticas consensuais, conciliatórias; medidas de estímulo e incentivo. Ante esse contexto, surge, num setor da doutrina, a preocupação com a atuação discricionária, formulando-se ressalvas às concepções clássicas e buscando-se nova disciplina, para que se torne o mais objetiva possível, imparcial e, em certa medida, controlável. Um dos resultados dessa preocupação situa-se no tratamento doutrinário e jurisprudencial que circunscreve e direciona o exercício do poder discricionário com base em diversos parâmetros.

6.5.3 Conotação atual do poder discricionário

Hoje, no âmbito de um Estado de direito, é impossível cogitar-se de poder discricionário fora do direito, subtraído a toda disciplina legal. Na contraposição poder vinculado-poder discricionário, o primeiro corresponderia às matérias de reserva legal absoluta e o segundo, a matérias de reserva legal relativa.

A discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada: trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade-vínculo. Só vai exercer-se com base na atribuição legal, explícita ou implícita, desse poder específico a determinados órgãos ou autoridades. Por outro lado, o poder discricionário se sujeita não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo.

Permanece, no entanto, certa margem livre de apreciação da conveniência e oportunidade de soluções legalmente possíveis. Daí a atividade discricionária caracterizar-se, em essência, por um poder de escolha entre soluções diversas, todas igualmente válidas para o ordenamento. Com base em habilitação legal, explícita ou implícita, a autoridade administrativa tem livre escolha para adotar ou não determinados atos, para fixar o conteúdo de atos, para seguir este ou aquele modo de adotar o ato, na esfera da margem livre. Nessa margem, o ordenamento fica indiferente quanto à predeterminação legislativa do conteúdo da decisão.

A autoridade, ao exercer o poder discricionário, deve atender ao interesse público referente à competência que lhe foi conferida, e, por isso, a escolha que realiza é finalística. Evidente que há diversos interesses no contexto social, o que leva à ponderação comparativa de todos ante aquele atinente a sua competência. Por isso, um setor da doutrina menciona a relevância do conhecimento fiel e completo dos fatos relacionados à decisão a ser tomada e da consideração de todos os interesses envolvidos, atribuindo a cada um o peso justo.

6.5.4 Poder discricionário e mérito administrativo

A margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade corresponde à noção de *mérito administrativo*.

O *mérito administrativo* expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário.

Em ordenamentos estrangeiros, os termos “oportunidade” ou “juízo de oportunidade” traduzem a apreciação do mérito.

Em alguns temas aparece o contraponto entre *legalidade* e *mérito*, em especial nos estudos sobre o ato administrativo, como aspectos do mesmo, e nos estudos sobre controle jurisdicional da Administração, quando se discu-

te o alcance desse controle, mencionando-se que ao Judiciário descaberia o exame do mérito das decisões da Administração. Em obras contemporâneas sobre a discricionariedade, nota-se tendência a considerar que o contraponto legalidade-mérito encontra-se atenuado no momento presente.

O vocábulo *mérito*, empregado no âmbito das atividades administrativas, não deve ser confundido com o mesmo termo usado no âmbito do direito processual civil. Segundo Cândido Dinamarco, no processo civil o mérito é aquilo que alguém vem a juízo postular, pedir, é a pretensão à satisfação de um interesse; a pretensão é o elemento substancial da demanda, o seu conteúdo socialmente relevante, é a pretensão que identifica o mérito (*Fundamentos do processo civil moderno*, 2. ed., 1987, p. 202-203).

6.5.5 *Justificativa do poder discricionário*

Vários argumentos vêm apontados na doutrina para justificar esse poder de escolha, conferido à autoridade administrativa, na solução de muitos assuntos na área de sua competência.

Uma das explicações centra-se no seguinte: o Poder Executivo tem a função de direção política e administrativa, aí incluído o poder regulamentar; tais funções não poderiam ser desempenhadas corretamente se tudo fosse predeterminado, de modo absoluto, pela lei; o Estado contemporâneo, muito complexo, com amplas funções, não pode atuar sem flexibilidade; torna-se fundamental deixar margem de maleabilidade à Administração em época de rápidas mudanças; grandes metrópoles, convivência de massa, problemas sociais, grandes tragédias exigem, por vezes, rapidez de atuação e certa margem de escolha; a discricionariedade atende, portanto, a necessidade institucional.

De modo correlato, pondera-se ser impossível ao legislador elaborar normas para todos os aspectos da vida social em que o Estado atua.

O poder discricionário seria explicado também pela necessidade de adequar a disciplina de certas matérias às situações concretas que surgem.

6.5.6 *Campos de exercício do poder discricionário*

Embora seja impossível arrolar todas as matérias em que o legislador confere margem de escolha à autoridade administrativa, algumas atividades ensejam o exercício mais frequente do poder discricionário.

Assim a atividade normativa, nos casos de inexistência de lei disciplinadora da matéria ou de lei que somente atribui a competência para disciplinar a matéria. Por exemplo: um Secretário da Educação, ao fixar normas para distribuição de aulas excedentes a professores, inexistindo norma de lei a respeito; uma congregação de faculdade oficial que estabelece regras para revisão de provas.

A atividade de planejamento, mesmo apoiada em inúmeros dados, admite escolha de diretrizes.

Aparece arrolado na doutrina o *poder discricionário de iniciativa*, que expressa a competência para criar novos serviços, promover atividades públicas, adotar medidas de fomento e assistência.

Cita-se também a *discricionabilidade de gestão interna*, que diz respeito a decisões cotidianas, direcionadas principalmente à estruturação dos órgãos, à ordenação dos serviços, aos procedimentos. Exemplo: nomeações para cargos de direção e chefia; delegação de competência; formação de comissões e grupos de trabalho; distribuição de competências.

Utiliza-se a expressão *discricionabilidade tática* para designar a margem de liberdade na adoção rápida de medidas eficazes ante situações de fato que assim exijam, como nos casos de catástrofes, calamidades, epidemias, caos financeiro.

Muito frequente em autores italianos é a referência à *discricionabilidade técnica*. Não se trata de outra espécie de poder discricionário. Seria a escolha da solução a adotar pela utilização de critérios decorrentes de conhecimentos especializados, técnicos ou científicos. Nem sempre a técnica e a ciência implicam certeza absoluta; no campo da técnica e das ciências exatas, biológicas, matemáticas também há diversidade de entendimentos, controvérsias. Podem existir conhecimentos técnicos aceitos amplamente pela comunidade científica; há juízos prováveis oscilantes, há alternativas técnicas e científicas igualmente válidas para o direito, que justificam escolha. Assim, nem sempre ocorre uniformidade ou concordância total na área técnica e científica. Permanecendo margem de escolha, o poder discricionário aí incide, sem que o uso de conhecimentos técnicos enseje modalidade diferente desse poder. Se houver apenas uma solução possível, como resultado da aplicação de pauta científica ou técnica universal, trata-se de poder vinculado; regras técnicas uniformes remetem ao bloco vinculado.

6.5.7 Parâmetros do poder discricionário

O tratamento doutrinário e jurisprudencial do poder discricionário vem evoluindo no sentido de circunscrevê-lo dentro de parâmetros, com vistas a direcioná-lo ao atendimento verdadeiro do interesse da população, impedindo abusos.

Além dos requisitos de competência, forma, motivo, fim, em geral verificados depois da edição de medidas, a doutrina contemporânea volta seu interesse para o processo formativo da decisão. Daí resulta o cuidado com normas organizacionais e instrumentos pelos quais a autoridade possa conhecer e ponderar os diversos interesses envolvidos em cada situação. E também a preocupação com os meios de assegurar informação ao público, ou seja, o acesso da população às decisões administrativas.

A discricionariedade vista como liberdade-vínculo e a atenção dada aos mecanismos decisórios correspondem à ideia de que o processo eleitoral ou a nomeação para um cargo de confiança na cúpula do Executivo não configuram passaporte para o absoluto, que dota os administradores de poderes incondicionados. Isso porque a democracia não se exaure na eleição, na existência de vários partidos políticos e no funcionamento do Legislativo e do Judiciário; deve transpor o limiar da Administração e aí vigorar.

Daí decorre o elenco de *parâmetros do poder discricionário*, também denominados *limites*, que incidem não somente sobre a edição de atos administrativos, mas também sobre as demais atuações.

Doutrinadores pátrios, como Caio Tácito, mencionam *limites externos* (competência e existência material dos motivos) e *limites internos* (fim legal); autores estrangeiros referem-se a *limites formais* (competência e forma) e *substanciais* (grau de interesse público que legitima o uso desse poder).

Ante as dificuldades de separar, com precisão, os tipos de parâmetros, serão a seguir enunciados os principais, sem a preocupação de agrupá-los segundo critérios, nem de exauri-los:

- a) parâmetros decorrentes da observância da Constituição, da lei, dos princípios constitucionais da Administração, outros princípios do direito administrativo e princípios gerais do direito;
- b) tipo de interesse público a atender, estabelecido diretamente pela norma atribuidora de competência, ou indiretamente, pela norma de regulamentação do órgão;
- c) normas de competência, que atribuem o poder legal de tomar as medidas atinentes à situação; necessária se torna a correspondência da decisão à função exercida pela autoridade;
- d) consideração dos fatos tal como a realidade os exterioriza. A autoridade administrativa não há de inventar fatos ou apreciá-los com erro manifesto, levando a consequências absurdas e sem razoabilidade. Relaciona-se esse aspecto à qualificação jurídica dos fatos e ao requisito do motivo do ato administrativo;
- e) associada ao parâmetro anterior, encontra-se também a motivação das decisões. Tradicionalmente predominou a regra da não obrigatoriedade de explicitar as razões da decisão, sobretudo no exercício do poder discricionário. Hoje a linha se inverteu, para prevalecer a exigência de motivação, salvo exceções;
- f) o poder discricionário deve observar as normas processuais e procedimentais, quando pertinentes à atuação, tais como: contraditório, ampla defesa, adequada instrução, inclusive com informações técnicas e atos probatórios;
- g) garantias organizacionais também se incluem entre os parâmetros do poder discricionário; por exemplo: a composição e o modo de funcionamento

interno dos órgãos, em especial dos colegiados que decidem ou atuam no processo de decisão; as regras de abstenção ou relativas a impedimentos, ligadas ao princípio constitucional da impessoalidade;

h) preceitos referentes à forma, ou seja, ao modo de exteriorização das decisões administrativas.

6.5.8 Poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados

Nos estudos sobre o poder discricionário vêm se mencionando, ultimamente, os chamados *conceitos jurídicos indeterminados*, matéria essa tratada em especial no direito alemão. A expressão designa as fórmulas amplas, muito utilizadas no direito público e no direito privado, como, por exemplo, boa-fé, justo preço, valor histórico e cultural, perigo para pessoas e bens, ordem pública.

Na verdade, o conceito em si não é indeterminado, como conceito, pois é possível expressar verbalmente o seu significado. O que ocorre é a impossibilidade de identificar *a priori* todas as situações que se enquadram na fórmula. Mas, no momento em que uma situação ou fato aí se enquadram, efeitos ou consequências jurídicas ocorrem.

Algumas correntes se formaram para explicar os vínculos entre os *conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade*. Segundo um entendimento, não haveria discricionariedade quando o legislador usasse uma fórmula ampla, pois isso levaria a uma única solução, sem margem de escolha. Em linha oposta, diz-se que a presença de um “conceito indeterminado” leva necessariamente ao exercício do poder discricionário.

Melhor parece considerar que o direito sempre utilizou tais fórmulas amplas, mesmo no direito privado, sem que fossem necessariamente associadas a poder discricionário. Havendo parâmetros de objetividade para enquadrar a situação fática na fórmula ampla, ensejando uma única solução, não há falar em discricionariedade. Se a fórmula ampla, aplicada a uma situação fática, admitir margem de escolha de soluções, todas igualmente válidas e fundamentadas na noção, o poder discricionário se exerce.

6.6 Poder regulamentar

O *poder regulamentar* configura um dos modos de exercício do poder normativo no âmbito do Poder Executivo. Do ponto de vista lógico, é melhor dizer que há um poder normativo geral, do qual o poder regulamentar se apresenta como espécie. Sob o ângulo didático, parece mais adequado separar o estudo do poder regulamentar, ante a importância que sempre assumiu no ordenamento pátrio e o tratamento específico que a doutrina vem lhe conferindo.

No direito brasileiro, o *poder regulamentar* destina-se a explicitar o teor das leis, preparando sua execução, completando-as, se for o caso. Do exercício do poder regulamentar resulta a expedição de regulamentos, veiculados por meio de decretos. Trata-se dos chamados regulamentos de execução, de competência privativa do Chefe do Executivo, são atos administrativos que estabelecem normas gerais. A Constituição de 1988, no art. 84, IV, confere ao Presidente da República a atribuição de expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei. As Constituições dos Estados-membros e as leis orgânicas de Municípios contêm dispositivos similares para os Governadores e Prefeitos, respectivamente.

Algumas justificativas do poder regulamentar vêm apontadas com frequência: a lei não pode abrigar todas as minúcias da matéria que disciplina, só o Executivo tem conhecimento pleno dos mecanismos e meios administrativos, necessários à fiel execução da lei; por vezes, é necessária a indicação, adaptação ou criação de órgãos administrativos para o cumprimento da lei; em outras, a execução da lei depende de procedimentos administrativos, da elaboração de formulários etc.

Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz, o poder regulamentar enfrenta duas ordens de limitações: de um lado, não pode exceder os limites da função executiva, o que significa dizer que não pode substituir a função legislativa formal (do Poder Legislativo), modificando ou ab-rogando leis formais; de outro lado, não pode ultrapassar as fronteiras da lei que explicita, dispondo *ultra* ou *extra legem* (cf. *Conflito entre poderes*, 1994, p. 74). Ao poder regulamentar é vedado também restringir preceitos da lei.

Algumas situações são detectadas, referentes ao exercício do poder regulamentar ante o próprio teor da lei. Se a lei silencia a respeito da expedição de um regulamento, é possível que este seja desnecessário a sua execução. Se a execução da lei depender da sua explicitação ou de providências e medidas administrativas a serem fixadas em regulamento, deverá este ser expedido, cabendo ao Chefe do Executivo realizar tal avaliação.

Muitas vezes, a própria lei, nos artigos finais, prevê a edição de regulamento. No ordenamento brasileiro entende-se que, em princípio, a ausência de regulamentação impede a eficácia da lei. No entanto, essa orientação não pode prevalecer de maneira absoluta, em especial ante a inércia do Executivo. No caso em que a lei prevê a edição de regulamento, sem fixar prazo, ao Executivo deve-se conceder prazo razoável (40 a 60 dias) antes de ser caracterizada a omissão ou inércia; após esse prazo, as disposições da lei hão de ser invocadas, caso sua execução não dependa de regulamento; se este for necessário, resta ao titular do direito usar a via jurisdicional. Na hipótese em que a lei fixa prazo e este se encerra sem que o Executivo expeça o regulamento, os preceitos da lei também poderão ser invocados, se prescindirem de regulamento; necessitando deste, resta reclamar o reconhecimento do direito na via jurisdicional.

6.7 Poder normativo

Além do poder regulamentar, a Administração detém a faculdade de emitir normas para disciplinar matérias não privativas de lei. Tais normas podem ter repercussão mais imediata sobre pessoas físicas, jurídicas, grupos, a população em geral, ou mais imediata sobre a própria Administração, podendo ter ou não reflexos externos.

Na Administração direta, o Chefe do Executivo, Ministros e Secretários expedem atos que podem conter normas gerais destinadas a reger matérias de sua competência, com observância da Constituição e da lei. Exemplo: decreto do Presidente da República que dispensa a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional de interpor recursos judiciais em rol de matérias; decreto de Prefeito que disciplina a venda de pastéis na feira; resolução de Secretário da Educação disciplinando a atribuição de aulas excedentes.

Em órgãos colegiados, tanto da Administração direta como da indireta, as decisões de caráter geral, no âmbito das respectivas competências, expedem-se, em geral, por resoluções. Exemplo: resolução do Conselho Nacional de Trânsito que disciplina o uso de tacógrafo (registrador de velocidade); resolução de colegiado de uma universidade sob forma de autarquia para disciplinar o reconhecimento da equivalência de títulos acadêmicos obtidos em outras universidades; resolução de diretor de faculdade sobre revisão de provas.

6.8 Poder hierárquico

A existência de *hierarquia* nas relações entre órgãos e nas relações funcionais entre servidores leva ao exercício de poderes e faculdades do superior sobre o subordinado, vistos como desdobramentos ou decorrências do *poder hierárquico*, dentre os quais o poder de dar ordens ou instruções; de controle sobre atividades dos órgãos e autoridades subordinadas; de rever atos dos subordinados; de decidir conflitos de competência entre subordinados; de coordenação (ver item 3.10 do Capítulo 3, em que o tema da hierarquia é estudado de modo mais amplo).

O poder hierárquico configura, assim, instrumento para que as atividades de um órgão ou ente sejam realizadas de modo coordenado, harmônico, eficiente, com observância da legalidade e do interesse público.

6.9 Poder disciplinar

O *poder disciplinar* é atribuído a autoridades administrativas com o objetivo de apurar e punir faltas funcionais, ou seja, condutas contrárias à realização normal das atividades do órgão e irregularidades de diversos tipos. Incide principalmente sobre servidores; mas pode abranger também a conduta de outras pessoas, como, por exemplo, a de alunos de escolas públicas, que, num determinado período, vinculam-se estreitamente às atividades de um órgão.

O *poder disciplinar* liga-se ao poder hierárquico, embora um não se reduza ao outro. O poder hierárquico é mais amplo que o poder disciplinar. Este, por sua vez, pode não se exercer totalmente na linha hierárquica direta entre servidores ou entre órgãos. Por exemplo: em Administrações em que a apuração de faltas funcionais se realiza de modo centralizado, num órgão específico para essa atividade, inexistente linha hierárquica direta entre tal órgão e o servidor cuja conduta se apura; no caso, a hierarquia direta pode ocorrer no momento da decisão final do processo disciplinar, ou seja, no ato de absolver ou punir o servidor. Um “sentido” hierárquico existe no preceito muito difundido na Administração brasileira, segundo o qual somente servidores de igual ou superior grau hierárquico podem apurar faltas de outro e aplicar-lhe pena.

Não deve ser confundido o *poder disciplinar* com o *poder penal* do Estado. Este é exercido pelo Poder Judiciário, regido pelo processo penal; visa à repressão de condutas qualificadas, na legislação penal, como crimes e contravenções; portanto, tem a finalidade de preservar, de modo precípua, a ordem e a convivência na sociedade como um todo. O poder disciplinar, por sua vez, é atividade administrativa, regida pelo direito administrativo, segundo normas do processo administrativo; visa à punição de condutas qualificadas em estatutos ou leis administrativas como infrações ou ilícitos; tem a finalidade de preservar, de modo imediato, a ordem interna do serviço, para que as atividades do órgão possam ser realizadas sem perturbação, dentro da legalidade e da lisura. A diferença entre as duas atuações possibilita sua concomitância ante a mesma conduta do servidor, ensejando a imposição conjunta de sanção administrativa e de sanção penal, sem que possa ser invocado o *bis in idem*.

O exercício do poder disciplinar apresenta-se, sobretudo, como dever da autoridade. Assim, o art. 143 do Estatuto dos Servidores Cíveis Federais (Lei 8.112/90) dispõe o seguinte: “A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”. Preceito semelhante encontra-se nos demais estatutos de servidores.

Os estatutos de servidores e as leis orgânicas de categorias funcionais atribuem competências para apurar infrações e para aplicar penas disciplinares. Desse modo, o poder disciplinar não pode ser exercido sem estar legalmente atribuído.

As condutas consideradas infrações devem estar legalmente previstas: ainda que indicadas mediante fórmulas amplas, sem a tipicidade rígida do Código Penal, não de ser adotados parâmetros de objetividade no exercício do poder disciplinar para que não se ensejem arbítrio e subjetividade. Quanto às penas, a autoridade somente poderá aplicar aquelas indicadas na lei, não outras, observando a proporcionalidade entre o tipo de conduta e o tipo de pena.

Concepção clássica do direito administrativo associa poder disciplinar a discricionariedade. A respeito da discricionariedade em geral, já se observou no item 6.5.3 deste capítulo que há hoje uma tendência universal de circunscrevê-la e direcioná-la. Não mais é viável invocar poderes livres ou zonas livres a título de discricionariedade. Um rol de princípios e exigências que integram o direito administrativo contemporâneo denotam o direcionamento da discricionariedade, como já se mencionou. No tocante ao poder disciplinar, soa estranho atualmente associá-lo à discricionariedade: de início, em virtude dos parâmetros que norteiam o poder discricionário em geral (ver item 6.5.7 deste capítulo); em segundo lugar, porque o poder disciplinar há muito vem se exercendo sob moldes processuais, justamente para impedir arbítrios e subjetivismos. Os paradigmas processuais mostram-se incompatíveis com atuações livres e desvinculadas de preceitos legais, tanto que sob tais moldes se exerce a função jurisdicional. Reflexo disso está na garantia de contraditório e ampla defesa nos processos administrativos e aos acusados em geral, prevista no inc. LV do art. 5.º da CF. Reflexo disso encontra-se em toda a elaboração jurisprudencial pátria, no sentido de maiores garantias aos indiciados em processos disciplinares, mesmo antes da previsão constitucional explícita, trazendo, por decorrência, restrição a margens livres que pudessem levar ao arbítrio.

6.10 Bibliografia

Atividades administrativas em geral

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NIGRO, Mario. *Lazione dei pubblici poteri – Lineamenti generali*. In: AMATO, G.; BARBERA, A. *Manuale di diritto pubblico*. Bolonha: Il Mulino, 1986.
- ORLANDO, V. E. *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*. Milão: Società Editrice Libreria, 1900. v. 1.

Poder discricionário e poder vinculado

- AZZARITTI, G. *Dalla discrezionalità al potere*. Pádua: Cedam, 1986.
- BATTAGLINI, Andrea Orsi. *Attività vincolata e situazioni soggettive*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, mar. 1988.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *RDA* 179-180, p. 51-67, jan.-jul. 1990.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- GIANNINI, M. S. *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*. Milão: Giuffrè, 1939.
- MEDAUAR, Odete. Poder discricionário da Administração. *RT* 610, p. 38-45, ago. 1986.
- _____. Parâmetros de controle da discricionariedade. In: GARCIA, Emerson (org.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 79-89.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

- MORON, M. Sanchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madri: Tecnos, 1994.
- MORTATI, C. Discrezionalità. *Novissimo digesto italiano*, v. V, 1959.
- NUNES LEAL, Victor. Poder discricionário e ação arbitrária da Administração. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- SESIN, Domingo Juan. *Administración pública, actividad reglada, discrecional y técnica*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

Poder regulamentar

- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes – O poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: RT, 1994.
- MARCHIANÓ, Giovanna. *La funzione regolamentare*. Pádua: Cedam, 1988.
- NUNES, Simone Lahargue. *Os fundamentos e os limites do poder regulamentar do mercado financeiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- NUNES LEAL, Victor. Lei e regulamento. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

Poder disciplinar

- BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Do poder disciplinar na administração pública*. São Paulo: RT, 1972.
- COSTA, José Armando da. *Teoria e prática do direito disciplinar*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo disciplinar*. 3. ed. São Paulo: RT, 1994.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *O direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.