

PODER VINCULADO E PODER DISCRICIONÁRIO

CAIO TÁCITO

Professor da Faculdade de Direito da
Universidade do Estado da Guanabara

O ato administrativo se desdobra dentro de quadros legais preestabelecidos. A norma jurídica, obrigatória tanto para os administrados como para os administradores, é, assim, um *vínculo* ao qual se prende a liberdade de ação da autoridade. Chama-se a êsse limite ou contenção legal do poder administrativo de *poder vinculado*, porque todo ato administrativo está subordinado ou ligado a uma norma jurídica anterior, ou seja, à regra de competência que permite ao agente a prática do ato administrativo.

Esta subordinação não significa, porém, que à Administração esteja vedada uma certa latitude de apreciação dos fatos e soluções, independente de uma predeterminação legal. Como observou JELLINEK, "uno Stato, di cui tutta l'attività fosse vincolata, è una concezione irrealizabile". A medida que se amplia o campo de ingerência do Estado, voltado cada dia mais a novas tarefas sociais, torna-se imperativo fornecer-lhe os meios materiais de eficiência e presteza. A atividade administrativa, modernamente mais intensa e variada, se multiplica em aspectos particulares que não podem ser abrangidos na minúcia dos textos de lei. O fenômeno social não se escraviza a coletes de força, nem a cintos de segurança. Carece, portanto, a Administração de maleabilidade de métodos e caminhos para atender-lhe aos reclamos imperativos e dispares.

A Administração encontra, assim, no processo de sua realização, um campo de livre desenvolvimento, no qual lhe é facultada a

seleção da maneira de agir. Subordinado sempre à *legalidade* de sua atuação, é lícito ao administrador se orientar livremente com referência à oportunidade e à conveniência dos atos administrativos. Esta capacidade de auto-determinação representa o *poder discricionário* do Estado, que se exaure plenamente no setor administrativo, não podendo ser objeto de consideração jurisdicional. A *oportunidade* do ato poderá, em certos casos, ser reexaminada pela própria Administração; em nenhuma hipótese poderá ser apreciada pelo Poder Judiciário, que, nessa matéria, está impedido de se manifestar.

O próprio equilíbrio jurídico exige que o juiz e o administrador se coloquem em seus pólos respectivos, exercendo a função típica a que se acham habilitados, não somente pelo grau da competência, como mesmo pela formação profissional. Foi exatamente a invasão judiciária no campo da discricionariedade que retardou, nos Estados Unidos, a formação sistemática do direito administrativo, como realçou ROGER PINTO, estudando a evolução constitucional americana.

O administrador, dotado de experiência prática e maior capacidade de adaptação aos fatos, decidirá com mais plasticidade os problemas administrativos. Não cabe ao juiz, mesmo perante erros e desacertos, substituir a ação executiva pelo arbítrio da toga. A ditadura judiciária será tão nociva quanto o descriteiro da Administração. Não é, porém, absoluta a inviolabilidade do poder discricionário. Soberano nos aspectos de oportunidade e conveniência, o ato administrativo está franqueado à análise jurisdicional no capítulo da legalidade.

É necessário, assim, precisar o conceito da discricionariedade em função da norma jurídica. Definindo-lhe o conteúdo e os limites de projeção, ter-se-á traçada a fronteira entre a legalidade e a oportunidade, entre o controle jurisdicional e a discricionariedade administrativa.

A definição clássica de MICHOUX exprime, em linhas gerais, o sentido da competência discricionária:

“Il y a pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité agit librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit”.

Ou, ainda, segundo a fórmula de GIRAUD:

“Il y a pouvoir discrétionnaire pour l'Administration lorsque celle-ci n'est pas obligée par la loi d'adopter une attitude déterminée. Elle a le choix entre l'action et l'abstention, ou si elle agit, elle a le choix entre diverses décisions... Le pouvoir discrétionnaire est une certaine liberté de décision laissée à l'Administration”.

Quando a lei estabelece, expressamente, a forma de realização, cessa a esfera discricionária. O procedimento administrativo está *vinculado* à determinação legal. Não lhe pertence a faculdade de optar por esse ou aquele método de execução. Cumpre-lhe, unicamente, reproduzir, materialmente, o conteúdo da norma legislativa.

Se, entretanto, a lei não particularizou o sentido da conduta administrativa, ou lhe possibilitou escolher entre soluções alternativas, subsistirá, em sua plenitude, o poder discricionário.

A competência vinculada é, por essa forma, o oposto à competência discricionária. São quantidades antinômicas, a se repelirem pela incompatibilidade conceitual: onde há vinculação, cessa a discricionariedade; onde se apresenta a discricionariedade, repele-se a vinculação.

A prática administrativa evidencia, porém, serem raros esses modelos extremos e categóricos. Não há, usualmente, nenhum ato totalmente vinculado ou totalmente discricionário. Existem matizes de predominância, mais ou menos acentuados, dando relevo à parte livre ou à subordinada da manifestação administrativa.

O equívoco da doutrina clássica estava em considerar o ato administrativo como um todo indivisível e, sob essa unidade, qualificá-lo em uma ou outra daquelas categorias. Se nos detivermos, porém, na análise de sua criação, poderemos concluir que a vinculação ou a discricionariedade se manifesta no tocante a cada um dos elementos essenciais do ato.

Não se pode mais falar em *ato discricionário*, como um todo orgânico; mas em *aspectos discricionários* relacionados a determinados elementos, como os motivos ou o objeto. MAURICE HAURIU foi dos primeiros a perceber a importância da distinção, escrevendo, no início do século atual:

“Il n'y a pas d'actes discrétionnaires; il y a un certain pouvoir discrétionnaire de l'Administration, qui se

retrouve plus ou moins dans tous les actes, et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives. Ce pouvoir est discrétionnaire, parce que le juge administratif n'est pas juge de l'opportunité; l'appréciation de l'opportunité est laissée entièrement à l'administration active; elle constitue son domaine réservé. Il y a des actes où la question d'opportunité a plus d'importance que dans d'autres, mais il n'y a pas d'actes où, à côté de la question d'opportunité, on ne puisse soulever des questions de légalité, ou même des questions de moralité administrative; or, la légalité et la moralité administrative ne sont pas discrétionnaires, elles sont obligatoires".

Reveno o processo de criação do ato administrativo, refazendo a sua etiologia, poder-se-á surpreender a ação do poder discricionário sobre as diferentes partes de que êle se compõe. Segundo a sua natureza, cada elemento essencial poderá se enquadrar no setor da legalidade ou da oportunidade.

A primeira etapa do ato administrativo é a verificação da competência específica. Cada autoridade dispõe de uma *capacidade de agir* que provém da regra de direito. Não há, em matéria administrativa, nenhuma competência geral ou universal: por mais ampla que seja, ela decorre de uma previsão legal. A sua latitude não, depende da vontade do agente, mas dimana sempre de um preceito jurídico anterior.

A regra de competência não é um produto da vontade, mas uma emanção da norma. Não é uma criação subjetiva do administrador, mas um critério objetivo da lei. Não é, em suma, um requisito discricionário, mas um elemento vinculado.

A realização do ato pressupõe, por outro lado, determinados antecedentes objetivos. A autoridade administrativa não age no vácuo, não atua arbitrariamente. Ela se movimenta em função de certas situações de fato ou de direito que determinam a sua iniciativa. A primeira etapa dinâmica do ato administrativo é, portanto, a constatação da *existência dos motivos*. Segue-se, imediatamente, a apreciação do *valor desses motivos*, a fim de que possa a autoridade se orientar no tocante à necessidade de sua atuação e aos meios indicados para a obtenção de um resultado.

É precisamente na sucessão dessas duas etapas que se insere o elemento discricionário. Ao passo que na verificação da *existência, material ou legal dos motivos* não há senão o processo de apreensão da realidade, na sua *valorização* subjetiva-se a tramitação do ato administrativo. A existência ou não dos motivos é matéria de ordem objetiva: a sua observação imperfeita provocará um erro de fato ou de direito, sujeito ao controle de legalidade. A ponderação e a medida dos motivos, como causas determinantes da ação do administrador, correspondem a um processo psicológico, pertencente ao prisma discricionário.

Apreendidos e analisados os antecedentes, manifesta-se a autoridade por meio da concretização do *objeto*, comissivo ou omisivo. É sobretudo nesse setor que opera, com maior amplitude, o poder discricionário. É êste, 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. O núcleo do poder discricionário, a sua parte mais importante e habitual, é a livre determinação do objeto do ato.

A liberdade optativa da Administração se sobrepõe, no entanto, o elemento de finalidade. Na escolha do objeto não se limita o agente a apreciar os antecedentes do ato, ou seja, os fatores objetivos que requisitam a ação administrativa. Êle determina o seu procedimento, levando em conta, especialmente, o alcance da competência, os fins públicos que justificam a sua interferência. Êle age *em relação* aos motivos para realizar os *fins legais*.

Se, como vimos, êsses fins não podem ser senão aquêles 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.

Finalmente, na expressão do ato administrativo, está a autoridade obrigada a obedecer aos requisitos formais estabelecidos pelo legislador. O rito essencial da *forma* é, portanto, outra con-

dição vinculante da vontade do agente administrativo. A inobservância de formalidade legalmente prescrita vicia o ato jurídico e coloca-se, em consequência, no setor do exame de legalidade.

Verifica-se, nessa reconstituição analítica, que não existe poder discricionário absoluto. Ele atua sobre determinados elementos do ato administrativo, subordinado, porém, a uma limitação explícita ou implícita. Ele dispõe, por assim dizer, de uma área territorial autônoma, dentro da qual pode operar com inteira desenvoltura. Desde que viole, no entanto, os limites legais, mobiliza-se o controle de legalidade para reconduzi-lo aos seus domínios. Ele funciona, a rigor, num sistema de liberdade vigiada, porque, como ficou modelarmente SEABRA FAGUNDES, “no que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro”.

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. Ele se submete não somente a limites externos (que VÍTOR NUNES LEAL chamou, simbolicamente, de *horizontais*), como sejam: a competência, a forma e a existência material dos motivos; como também a limites internos (que se poderiam descrever como *verticais*), que dizem respeito à observância do fim legal.

Ao controle jurisdicional incumbe, exatamente, a limitação do poder discricionário. Verificar se a autoridade administrativa não excedeu dos limites da competência livre não é mero aspecto de fato, mas questão de direito. Ao Judiciário cumpre examinar não somente o arcabouço exterior do ato administrativo, como também as condições internas de legalidade.

A matéria de fato a que se relaciona a ação administrativa não está, portanto, vedada ao acesso da apreciação do juiz. A opinião de que somente poderá o exame jurisdicional percorrer os elementos extrínsecos do ato repousa, como demonstrou, excelentemente, SEABRA FAGUNDES, em uma falsa concepção do mérito. A verificação da existência dos motivos é questão jurídica substancial. Se o administrador deduziu o seu procedimento de um fato inexistente, ou de falsa interpretação de um fato real, carece a validade do ato de seu alicerce material. Inexistente ou vicioso o motivo — que é o antecedente, ilegítimo será o ato — que é o consequente.

A legislação brasileira acolheu, aliás, este princípio quando fixou, no artigo 13, § 9.º, letra *a*, da Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, a ilegalidade de atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou *indevida aplicação* do direito vigente e especificou que

“a autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de atos administrativos, *sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade*”.

O ato administrativo válido obriga *erga omnes*. Tanto a ele se submete o particular, como a própria administração, segundo o clássico princípio *legem patere quam ipse fecisti* (sofre a norma que tu mesmo criaste).

A *eficácia* do ato administrativo, como a dos atos jurídicos em geral, pode ser instantânea, ou depender de ato ou fato posterior (condição suspensiva ou requisito de eficácia).

Também podem os atos administrativos ter trato sucessivo, isto é, adquirirem eficácia em momentos cronologicamente distintos, que se sucedem no tempo.

Ao contrário dos atos jurídicos privados, os atos administrativos são, via de regra, auto-executáveis, no sentido de que à Administração é facultado impor coativamente aos destinatários a observância de suas ordens e instruções. Excepcionalmente, a lei condiciona a produção dos efeitos do ato administrativo à execução judicial, como, por exemplo, na cobrança de dívidas fiscais ou na desapropriação de bens privados declarados de utilidade pública. A regra é a auto-executoriedade, ou execução administrativa, dos atos da Administração.