O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO — EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

L. LOPES RODÓ
Prof. na Faculdade de Direito de Santiago de Compostela (Espanha)

SUMÁRIO: *A jurisdicionalização da atividade administrativa. Concepção da doutrina francesa. Atividade vinculada e poder discricionário. Intervencionismo do Estado na ordem econômica. Natureza e limites do poder discricionário. Contrôle do poder discricionário. Conclusão.*

* O século XIX foi, aos poucos, tornando jurídica a atividade administrativa. Êsse mesmo século "jurisdicionalizou" a Administração, isto é, transformou-a em juiz, incumbido de defender o Direito por ela próprio violado, para criar mais tarde verdadeiras jurisdições ou tribunais independentes que julgariam os atos da Administração e os retificariam quando a mesma infringisse o Direito estabelecido.

Examinemos essa evolução que se realiza sob a égide da distinção entre o poder vinculado e o poder discricionário e que condiciona o *processus* de formação do Direito administrativo.

I — Na França, o triunfo das idéias revolucionárias consagrou o princípio de que a lei — expressão da vontade geral — deve dominar por completo, mesmo na vida administrativa (princípio da legalidade da Administração). A Administração se submete à lei, da mesma forma que o indivíduo.

Isso, porém, não significa que a atividade administrativa se limite apenas ao cumprimento da lei. Que a Administração deva submeter-se à lei não quer dizer, de forma alguma, que ela não tenha outra cousa a fazer senão executar a lei. A atividade administrativa não tem por finalidade única realizar o Direito, e sim cuidar dos interêsses públicos.

A Administração se acha, pois, com relação ao Direito em situação idêntica à dos indivíduos que devem ajustar-se ao Direito, agir jurìdicamente, não executando nem realizando, porém, o Direito. Quan-

---

* NOTA DA RED.: (*In* "Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger" — Juillet-Septembre 1953, n.º 3). Tradução de G. A. dos Anjos.

do a Administração age, não o faz apenas para executar a lei, mas para satisfazer os interêsses gerais: do mesmo modo eu compro uma casa porque isso me interessa e não para ter o prazer de cumprir certos artigos do Código.

Mas o princípio da legalidade da Administração que originàriamente se traduz apenas por um *limite externo*, determina, logo após, um movimento de invasão legal do domínio administrativo, com receio de que as liberdades individuais não sejam suficientemente protegidas pela simples *limitação externa* da atividade da Administração. Em conseqüência disso, afirma-se que a lei deve mesmo apontar os *fins*, os objetivos a serem atingidos pela Administração.

Não obstante, como não é possível fixar com antecipação todos os fins concretos da atividade administrativa, alguns dêles ficam forçosamente para ser determinados pela própria Administração, que a tal respeito exercerá um poder discricionário. Assim, por exemplo, o artigo 101 da Lei de Administração local espanhola de 1950, ao designar as matérias pertinentes à competência municipal, que pelo mesmo dispositivo legal não puderam ser previstas, termina pelas seguintes palavras: "E não importa quaisquer outros trabalhos e serviços cujo objetivo seja o de satisfazer aos interêsses, às necessidades e às aspirações ideais da comunidade municipal". Aí estão os fins indeterminados que deixam a porta aberta ao poder discricionário da Administração para escolher os objetivos de sua própria atividade.

II — Á medida, porém, que a esfera da legislação aumenta, cada vez mais se torna vinculada a atividade administrativa. Mostra-nos Otto Mayer que a dependência da administração com relação à lei nem sempre é a mesma: em certos casos ela é absoluta (atividade vinculada) ; em outros, embora a lei indique os objetivos, a administração pode apreciar as circunstâncias e temos, então, o poder discricionário vinculado (*gebunden Ermessen*) ; finalmente, às vêzes, os próprios objetivos não são assinalados e, nesse caso, há poder discricionário livre (*freies Ermessen*). Evidentemente o poder discricionário não existe quando se trata de liberdades individuais e de outras matérias de caráter fundamental para a ordem jurídica.

Fleiner se exprime no mesmo sentido.

Mais tarde a invasão legislativa fêz progressos. A lei não se contenta mais em proteger os direitos fundamentais: assume a direção de *tôda* a atividade administrativa.

Ainda há, contudo, atos discricionários porque pode haver normas que deixem de determinar um poder vinculado. Laun, baseando-se na distinção existente entre as normas categóricas e as normas disjuntivas, afirma que há poder discricionário quando a Administração se acha diante de uma norma que contém um preceito disjuntivo, isto é, que permite várias soluções. Exemplo de norma categórica: "as obras públicas municipais serão sempre executadas de acôrdo com o projeto e com o orçamento prèviamente aprovados pelo Conselho Municipal". Só há, neste caso, uma solução: antes de executar uma obra, é preciso que tanto o projeto como o orçamento sejam aprovados.

Exemplo de norma disjuntiva: o artigo 113 da antiga lei municipal espanhola de 1935: "Os Conselhos Municipais incentivarão a construção de casas a preços módicos e para tal fim poderão: alugar, vender... ceder... terrenos para a construção de habitações baratas, construí-las por conta própria, adquirir terrenos, lançar empréstimos especiais etc." Temos aí várias soluções e, portanto, uma porta aberta ao poder discricionário da Administração para escolher aquela ou aquelas que julgar melhor ou melhores, conforme os casos e determinadas circunstâncias. O que permite a escolha dos objetivos não é o poder discricionário mais amplo — é, porém, a sombra do poder discricionário que subsiste quando o objetivo se acha expresso na norma disjuntiva. No exemplo acima, o objetivo foi indicado: "incentivar a construção de casas a preços módicos"; várias vias, entretanto, foram admitidas para atingir tal finalidade, tendo sido atribuído um certo poder discricionário.

Essa nova concepção é ainda exposta com maior clareza por Herrnritt quando diz que o poder discricionário é a autorização contida numa norma jurídica para executar esta última conforme sua própria concepção dos fins gerais do Estado. O poder discricionário é, portanto, um episódio da aplicação das normas jurídicas. Daí resulta que não há verdadeira oposição (qualitativa) entre poder vinculado e poder discricionário. A atividade administrativa é sempre dominada, ou, antes, dirigida, por normas jurídicas e o poder, quer discricionário quer vinculado, é apenas a via de realização, a maneira de efetuar, conforme as circunstâncias, a execução da lei.

III — Mais tarde surgiu o intervencionismo do Estado, conseqüência dos choques de interêsses provocados por uma intensa vida econômica e política. O Estado é ainda Estado de Direito, não mais com o conteúdo ideológico do individualismo, porém com um conteúdo bem mais amplo; é um Estado que realiza seus fins de maneira jurídica e por meios igualmente jurídicos, e que, por não se contentar mais com fins jurídicos, atinge também os fins concernentes ao bem-estar social.

A Administração multiplica suas atividades e as leis não podem mais regulá-las com a minúcia que seria de desejar.

A lei, nos tempos atuais de intervencionismo administrativo, foi obrigada a bater em retirada, a afastar-se do campo da Adminsitração, declarando-se impotente para resolver minuciosamente os múltiplos problemas que oferece a vida administrativa, e deixando assim o caminho livre para uma nova expansão da atividade discricionária da Administração.

A lei deve limitar-se freqüentemente a estabelecer conceitos indeterminados, cláusulas gerais, verdadeiros "cheques em branco" (*Blankettbegriffe*), perante os quais surge o poder discricionário. Mas êsse poder discricionário apresenta características novas. Não é mais o poder discricionário de outrora, que surgia desprovido de norma jurídica. Quando a lei bate em retirada após haver invadido o campo da Administração, não se retira de modo definitivo; conserva, pelo

contrário, as praças fortes. A lei proporciona as normas gerais às quais a Administração deve submeter-se e sòmente confere o poder discricionário quando não pode ir mais longe em sua regulamentação e quando se acha em presença da folhagem exuberante da vida administrativa moderna, verdadeira floresta virgem, onde não pode entrar o grosso das fôrças legislativas.

Produziu-se, portanto, um deslocamento no poder discricionário. Outrora, êle era exercido à margem da lei. Atualmente êle consiste numa livre apreciação da lei, e, por isso mesmo, êle se apóia sempre numa lei. Não se encontra à margem da lei e sim dentro dos limites desta última.

IV — Qual é, portanto, a natureza do poder discricionário?

Segundo Bernatzik o poder discricionário consiste na apreciação subjetiva que o funcionário deve fazer quando se acha em presença de um conceito impreciso, indeterminado.

Pelo contrário, segundo Hauriou, a Administração é essencialmente autônoma. Não admite que a Administração seja animada por uma vontade interna legal, e sim por uma vontade executiva livre.

Em resumo, as opiniões dos autores podem agrupar-se em duas grandes correntes doutrinárias que decorrem, afinal de contas, de duas concepções opostas da relação entre o Estado e o Direito.

Certos autores os identificam. O Estado é a mesma cousa que o Direito e tôda a atividade do Estado é o Direito em ação. Quando ao poder discricionário, é concebido como sendo a margem indispensável de liberdade exigida pelo fenômeno de concretização que se opera na escala das normas jurídicas ao passar de uma norma superior para outra inferior. E' um poder *para interpretar* a lei e nada mais. A atividade administrativa é uma execução da lei.

Contra êsse grupo existe um outro, cuja doutrina é de maior validade, e segundo o qual a atividade administrativa, embora subordinada ao Direito, possui um objetivo distinto do objetivo jurídico: o de zelar pelo interêsse público; e o poder discricionário é um atributo indispensável da instituição administrativa para o desenvolvimento de suas iniciativas.

Em nossa opinião, o Direito é um limite da Administração, um canal pelo qual sua atividade deve passar, e não a essência da Administração. A Administração é um dado (para repetirmos a célebre terminologia do Deão Geny) um ser, uma realidade, exterior à norma jurídica. Ela possui uma vontade autônoma, embora limitada pelo Direito, como todos os demais sujeitos das relações jurídicas, e o Direito não pode suplantar a vontade dos órgãos administrativos. *A realização do interêsse público no quadro do Direito* — disse Gonzalez Perez — compete à Administração, e se o Direito é tenaz em sua vontade de submeter a Justiça às suas decisões, êle costuma deixar, pelo contrário, à Administração, e na maioria dos casos intencionalmente, uma ampla margem de liberdade de movimento. Quer isto dizer que, enquanto para a função judiciária o Direito é de ordinário um guia, um indicador

inflexível, êle constitui, pelo contrário, para a Administração, apenas um limite.

O Direito não é tudo na vida administrativa. E' falso conceber o Direito como uma túnica inconsútil que cobrisse tôda a vida social, como a pele cobre o corpo. Muitos elementos da vida administrativa são inteiramente indiferentes para o Direito, mesmo que isto pareça a Kelsen uma *contradictio in adjecto*. A Administração pode achar-se em face de várias soluções lícitas, pouco importando ao Direito que ela adote uma ou outra. A Municipalidade pode perfeitamente ordenar a passagem de veículos a tração mecânica de um lado e a dos veículos a tração animal do outro, pode autorizar a instalação de uma linha de bondes em duas mãos ou em mão única, ou não permitir a circulação de bondes, mas apenas a de ônibus elétricos, não sendo tais questões de natureza jurídica e sim questões técnicas, questões de oportunidade, de conveniência para os interêsses locais. A atividade da Administração é concreta, operante, agindo sôbre a própria realidade e devendo ajustar-se ao momento que passa, ao passo que a lei, não possuindo êsse caráter flexível e circunstancial, permanece mais longínqua, inibindo-se diante daquilo que é prático, porque ela é teórica, chegando, afinal, um momento em que as medidas que a Administração pode adotar, os atos que ela realiza, lhe sejam indiferentes.

V — Por conseguinte, é preciso que indaguemos agora: quando será oportuno conferir um poder discricionário à Administração? Em nossa opinião, o poder discricionário deve ser conferido a partir do *limite natural* das normas jurídicas. A regulamentação legal da atividade administrativa tem um limite: não pode ir mais longe do que aquilo *que é categòricamente previsível*, isto é, que é suscetível de ser determinado por conceitos teóricos, porque, quando a lei se vê obrigada a recorer a conceitos práticos, como o são, por exemplo, os de "ornamentação pública", "interêsse social", etc., tais conceitos podem dar lugar a várias interpretações, havendo, portanto, uma certa margem para a apreciação administrativa e, por conseguinte, poder discricionário. E quando a lei se vê compelida a aplicar conceitos suscetíveis de interpretações diversas?

As normas jurídicas — diz Ferrara — devem deixar uma certa margem para a apreciação, sempre que repousem em situações de fato indeterminadas e oscilantes, que sofram a influência da vida social, moldando-se e assumindo coloração diversa, conforme as circunstâncias. O Direito nem sempre pode realizar de maneira adequada sua função ordenadora, limitando-se a condensar numa fórmula rígida todos os aspectos multiformes das relações vitais e aí reside a razão pela qual o legislador emprega conceitos mutáveis, indeterminados. Assim é que os conceitos de "ordem pública", "bons costumes", "eqüidade", "abuso", "justa indenização", introduzem uma multidão de conceitos sociais e econômicos no campo do Direito. Se o legislador aplicasse sempre conceitos rígidos, a vida, que é movimento, faria com que êles se despedaçassem. Polanco compara os conceitos práticos a órgãos respiratórios do sistema jurídico positivo. Outros autores comparam-

nos a válvulas, através das quais a ambiência oxigenada da vida moderna penetra no Direito.

VI — E, agora, outra questão: Quais são as atribuições da Administração quando ela goza de um poder discricionário?

A essa questão é preciso responder que o poder discricionário encerra uma faculdade de livre apreciação, de auto-determinação, que permite agir segundo seu julgamento próprio. Portanto, o poder discricionário — *modo de agir com discrição* — é *a arte de escolher o melhor, a arte de apreciar e de avaliar tôdas as cousas tendo em vista a sua finalidade*. Eis aí algo totalmente diferente do arbitrário. E' preciso, porém, salientar que é *um julgamento de oportunidade e não de legalidade,* que consiste na apreciação da conformidade de um ato com os interêsses gerais, segundo as circunstâncias do momento. Não se pode, portanto, *por definitivo* discutir-lhe a legalidade, porque não se trata de questão jurídica, mas de questão de oportunidade.

VII — Depois de ter considerado o poder discricionário em seu aspecto subjetivo, isto é, como atributo da Administração, oposto ao poder vinculado, pode-se igualmente examiná-lo sob o ponto de vista *objetivo,* como se referindo aos atos administrativos, e sob êsse segundo aspecto, o poder discricionário e o poder vinculado não representam têrmos autênticos, uma vez que os próprios atos realizados no exercício do poder discricionário contêm elementos vinculados. Ato administrativo não há que seja puramente discricionário, ou puramente vinculado: as duas maneiras de agir convergem para o ato administrativo e afetam os seus elementos. O poder discricionário, como os metais, não se encontra em estado quìmicamente puro. Para extrair o conceito de poder discricionário e fazer destacar as suas características fizemos uma abstração, porém tal conceito não se apresenta na realidade em tôda a sua pureza.

VIII — Detenhamo-nos agora sôbre os limites do poder discricionário e os erros que podem ser cometidos ao exercê-lo, bem como sôbre o contrôle ao qual êle deve ser submetido.

O primeiro limite ressalta da própria natureza do poder discricionário: isto é, a competência de que é investido o seu titular. A necessidade de mover-se no âmbito da competência própria é o primeiro limite do poder discricionário.

Além disso, todavia, mesmo quando o poder discricionário se exerce mediante a utilização estrita da competência, êle pode infringir outros limites legais, quando não se tratar de um pleno poder discricionário, e êsses limites variam em cada caso segundo o grau de intensidade que lhe é reconhecido. Tais infrações constituem vícios que poderão ser de motivo, de forma, de conteúdo ou de fim, conforme o elemento do ato administrativo afetado pelo limite legal.

Enfim, e deixando de lado essa periferia constituída pelo Direito para penetrar no próprio âmago do poder discricionário, êste último é naturalmente livre, sem outra limitação a não ser a que lhe é imposta por sua própria essência, e já que o uso do poder discricionário é *um ato de discernimento à luz do objetivo,* ou melhor, para repetir os

têrmos de Garcia Oviedo *uma apreciação condicionada pela finalidade*, o seu *limite interno* será a fidelidade ao objetivo, e existirá um desvio evidente do poder discricionário quando se buscar atingir um fim diverso daquele para o qual tal poder foi conferido.

Todos os limites de que acabo de falar devem ser controlados pelo juiz administrativo. Mas, à exceção dos limites precedentes, não é oportuno controlar o poder discricionário, pois que a lei, ao consentir precisamente essa indeterminação do trâmite a seguir pela Administração, fechou a porta ao juiz, cuja missão é — como nô-lo recorda Gascon y Marin — pronunciar-se *secundum leges* e não *commodo et incommodo*. O contrôle jurisdicional da atividade administrativa deve verificar sòmente os limites do poder discricionário e não estabelecê-los. A Administração, considerada como atividade *livre* é isenta de contrôle, porque, entre outras razões, sendo dada a natureza imprecisa e imprevisível da matéria-objeto do poder discricionário, o contrôle jurisdicional deveria exercer-se discricionàriamente e, por conseguinte, não se faria senão substituir o poder discricionário da Administração pelo da jurisdição, com o inconveniente de que êsse último seria exercido por órgãos legisperitos e não "peritos do interêsse público" como os da Administração.

Assim sendo, é útil controlar o exercício do poder discricionário sempre que êle possa exceder os seus limites, inclusive aquêle que lhe é impôsto pelo objetivo (caso do desvio de poder), mas é preciso respeitar o princípio de liberdade que o poder discricionário reserva para a Administração.

IX — Vejamos, agora, como se exerce *o contrôle do poder discricionário da Administração na Espanha.*

A distinção entre o que é discricionário e o que é vinculado foi considerado pela lei de 1894 e pela de fevereiro de 1952 como sendo o fundamento do recurso contencioso-administrativo, ficando excluídas do recurso as questões relativas ao poder discricionário.

Mas a evolução da jurisprudência, em tôrno do conceito e das características do poder discricionário, veio ampliar o domínio do recurso. Essa evolução oferece um grande interêsse. No início, o Tribunal Supremo pensou que, quando a Administração se achasse investida de competências discricionárias, ela poderia agir a seu bel-prazer, decidindo num ou noutro sentido, sem submeter-se a normas que condicionassem o motivo, a oportunidade, o volume, o momento, as formalidades ou os antecedentes do ato. Pelo contrário, em acórdãos mais recentes êle reconhece que, ao lado do poder discricionário absoluto, existe um outro menos amplo que se acha ligado às normas processuais (acórdão de 10 de novembro de 1944). Afirma-se, concretamente, que a *competência* e a *forma* limitam o poder discricionário e são suscetíveis de ser controladas por meio do recurso contencioso-administrativo. Nesse acórdão (27 de dezembro de 1930), afirmou-se que, mesmo em matéria discricionária, se a Administração pode apreciar livremente os motivos das resoluções que ela adota, os mesmos não podem, tampouco, deixar de ser consignados, porque um ato administrativo de-

ve ser sempre motivado. Além disso, o Tribunal Supremo declarou que o móvel que deve inspirar o exercício das competências discricionárias, deve ser sempre a satisfação dos interêsses públicos (acórdãos de 8 de março e de 11 de abril de 1944). A Administração, portanto, não pode agir arbitràriamente.

Ademais, a Administração não pode nunca se separar de seu objetivo, nem mesmo quando goza de competências discricionárias, porque tais competências lhe foram conferidas para um fim determinado. Foi por essa razão que o acórdão de 21 de junho de 1944 anulou um decreto municipal "por causa de uma incompatibilidade existente entre o meio utilizado e o fim proposto".

Por êsse interessante acórdão, o Supremo Tribunal espanhol adota, embora sem dizê-lo expressamente, a doutrina francesa do desvio de poder, a qual angariou tamanho prestígio para o Conselho de Estado. Ao acolher tal doutrina, aquela Côrte abre novos horizontes para o recurso contencioso-administrativo, que já não é mais inadmissível quando a Administração faz uso de suas competências discricionárias, por isso que o próprio poder discricionário tem os seus limites — o mais importante e o mais sutil dos quais é o que obriga a respeitar o fim para o qual o mencionado poder foi conferido.