OS LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ *

SUMÁRIO: *A administração pública e a execução da lei. Poder discricionário. Competência vinculada. Limites externos e internos. Vícios dos atos administrativos. Conclusão.*

1. É hoje normalmente reconhecido, na doutrina portuguêsa, que podêres discricionários da Administração não constituem faculdades naturais ou originárias do Govêrno e órgãos dêle dependentes e dos órgãos dos entes públicos menores. No direito português geralmente não se admite, hoje em dia, que a Administração pública possua qualquer poder autônomo ou inerente, no exercício do qual, salvos os limites constituídos pelos direitos subjetivos dos particulares e pelas normas que o legislador tenha editado para restringir a sua liberdade *inata,* ela possa adotar, para a realização do interêsse público tal como livremente o conceba, os atos ou comportamentos que repute oportunos e convenientes. Isto significa que, em Portugal, a Administração pública é entendida como execução da lei, e que, nesse País, rege o *princípio da legalidade da Administração,* não no seu sentido tradicional e estrito, mas no seu sentido moderno e amplo — de acôrdo com o qual tôdas as decisões ou atos unilaterais da Administração, dotados de eficácia jurídica externa, quer assuma o caráter de atos individuais e concretos (atos administrativos *sensu stricto*), quer assumam o caráter de atos genéricos e abstratos (atos regulamentares), têm que basear-se numa norma legal, têm, em suma, que ter o seu pressuposto na lei. Esta está ou deve estar, por assim dizer, na origem de tôdas as manifestações de vontade da Administração com relevância jurídica externa, isto é, de todos os seus atos que contendam com os direitos e interêsses de terceiros. Quando se procura apoio legal para êste princípio, recorre-se ao artigo 109, n.º 4, da Constituição Política vigente. Mas é, sobretudo, a partir da evolução das soluções jurisprudenciais em matéria de contrôle dos *vícios* do ato administrativo e das correspondentes *aberturas* de recurso contencioso, bem como da evolução das próprias normas legais sôbre a competência dos tribunais administrativos, que se torna claro o alcance atual do princípio da legalidade da Administração entre nós. A evolução nestes dois planos não pode, naturalmente, ser descrita aqui.

* Professor da Faculdade de Direito de Coimbra.

2. O poder discricionário é concebido, entre nós, como uma certa margem de liberdade, concedida deliberadamente pelo legislador à Administração, a fim de que esta escolha o comportamento mais adequado para a realização de um determinado fim público. O poder discricionário não se confunde, portanto, com tôda e qualquer margem de imprecisão, ainda a mais ampla, na formulação dos comandos legais. Noutras palavras: não se confunde com os chamados *conceitos vagos* ou *conceitos indeterminados,* de que o legislador administrativo tão largamente lança mão para exprimir as suas previsões. Êstes são, simplesmente, o produto da impossibilidade prática ou simples dificuldade técnica, em que o legislador freqüentemente se encontra, de enunciar, com tôda a nitidez, com todo o rigor, quer as circunstâncias ou pressupostos de fato em que os órgãos da Administração hão de exercer a sua competência no futuro, quer as finalidades a realizar pelos órgãos da Administração — e originam, para êstes órgãos, o dever de realizarem, antes de exercerem essa competência, a respectiva interpretação. Por muito que, no exercício desta tarefa interpretativa, intervenham necessàriamente elementos subjetivos, por muito que a interpretação envolva elementos pessoais ou autônomos, esta *liberdade interpretativa* nunca poderá confundir-se com o poder discricionário da Administração. Estamos aí no domínio do poder vinculado. Em rigor, só uma solução *de lege lata* se pode considerar exata e *legal*. O poder discricionário, pelo contrário, consiste, por sua vez, numa outorga de liberdade, feita pelo legislador à Administração, numa intencional concessão do poder de escolha, ante o qual se legitimam, como igualmente legais, igualmente corretas *de lege lata,* tôdas as decisões que couberem dentro da série, mais ou menos ampla, daquelas entre as quais a liberdade de ação administrativa foi pelo legislador confinada. Não se trata, portanto, de uma simples, mais ou menos ineliminável ou mais ou menos intencional, deficiência de formulação da linguagem legislativa, corrigível ao fim do trabalho interpretativo; não se trata de acrescentar a um pensamento mal expresso, mal transmitido, aquela margem de clareza que lhe falta, ante o fato de o legislador não ter levado até ao fim, até onde seria, tudo somado, possível, o seu empenho de comunicar aos destinatários (isto é, aos órgãos da Administração) um pensamento de conteúdo preciso. Trata-se, sim, de comitir à Administração o encargo de eleger a medida ou procedimento mais idôneo à prossecução de uma finalidade pública cuja realização é reputada necessária pelo legislador. Êste não se reputa, freqüentemente, na melhor posição para comandar em todos os aspectos e pormenores a atividade administrativa. A sua planificação desta atividade não é, em geral, nem convém que seja completa. A Administração é a *longa manus* do legislador — é, em suma, a lei em ato; simplesmente, o legislador, para não prejudicar, pela má qualidade ou pela inadequação relativa dos atos da Administração, a mais perfeita realização do interêsse público, raramente vai ao ponto de predeterminar a atividade administrativa, em têrmos de ela não ser, afinal de contas, mais do que uma versão em concreto da vontade legislativa, que é abstrata e formulada, portanto, para tipos de casos. O mais das vêzes, o legislador concede à Administração o poder de escolher, dentro de uma série mais ou menos ampla de comportamentos em princípio igualmente lícitos, aquêle que deve ser utilizado para a prossecução do fim que êle deseja ver realizado.

Essa série de comportamento pode ser uma série de dois apenas: a ação (uma certa ação) e a abstenção, ou uma de duas decisões positivas; e pode ser uma série mais extensa: abstenção e uma de várias medidas positivas; uma de várias medidas positivas; uma ou várias medidas positivas, a praticar em um de vários momentos.

Do que, porém, se trata, sempre e necessàriamente, é de uma deliberada abdicação do poder planificador ou ordenador que ao legislador compete em relação à atividade executiva ou administrativa, de um intencional eclipse da vontade da lei, destinado a dar lugar à vontade da Administração, no pressuposto de que esta está freqüentemente em melhores condições do que o legislador para, dentro de certos limites, escolher a medida mais eficiente, com vista à realização do interêsse público que se destina justamente a prosseguir.

Do que se trata, em suma, quando a Administração exerce um poder discricionário, é, não de reconstituir um pensamento objetivo estranho — o da lei, o do direito — mas de atuar um pensamento próprio, pessoal, do agente administrativo, iluminado embora, êsse pensamento, por normas não-jurídicas ou de boa-administração, normas técnicas que lhe são ou podem ser fornecidas pelas *ciências administrativas*.

Se, quando interpreta *conceitos indeterminados,* o administrador procede como jurista, socorrendo-se dos ensinamentos da ciência do direito (direito administrativo), quando exerce um poder discricionário procede como um técnico, socorrendo-se dos ensinamentos da *ciência da administração* (ou das *ciências administrativas,* como outros preferem dizer).

3. Depois disto, não custa compreender que haja pelo menos dois aspectos sempre necessàriamente vinculados na atividade administrativa. Referimo-nos, como é bem de ver, à competência subjetiva ou orgânica e à competência objetiva ou material. O legislador, em primeiro lugar, nunca deixa de distribuir os podêres que confere a uma dada pessoa coletiva pública (Estado ou ente público menor) entre os vários órgãos dessa pessoa coletiva pública. Alude-se, neste ponto, é claro, diga-se entre parênteses, aos podêres públicos com relevância jurídica externa, aos podêres públicos em face dos administrados. Importa, entretanto, esclarecer que êstes são suscetíveis de ser repartidos entre êsses órgãos por meio de normas regulamentares cuja elaboração seja autorizada pelo legislador (regulamentos *autônomos* ou *regulamentos delegados*). Entre nós, entende-se, com efeito, que a definição das normas sôbre a *competência externa* é matéria de natureza essencialmente legislativa, que só mediante delegação pode ser versada em disposições regulamentares.

Assim, podemos concluir que, no direito administrativo português, a competência subjetiva é sempre vinculativamente fixada pelo legislador (ou pela própria Administração sob a forma de *regulamentos delegados.* Os órgãos da Administração não podem eleger ou fixar discricionàriamente a sua competência subjetiva. Donde resulta que as normas de competência subjetiva ou orgânica constituem o primeiro limite do poder discricionário.

Mas, em Portugal, como acima dissemos, as leis vão necessàriamente mais longe — e distribuem os interêsses ou finalidades públicas (atribuições), para a consecução das quais uma pessoa coletiva pública é criada e existe, entre

os vários órgãos dessa pessoa coletiva. Quer dizer: as leis não se limitam a repartir os podêres públicos, a competência subjetiva ou orgânica; repartem também, entre os órgãos dos entes públicos, as atribuições dêsses entes — de tal modo que cada órgão não pode realizar ou prosseguir tôdas ou quaisquer das atribuições de um dado ente público, mas apenas a atribuição ou as atribuições que a lei (e, mais uma vez, quem diz a lei diz um *regulamento delegado*) especificadamente lhe tiver confiado.

Daqui concluímos que a competência objetiva ou material de um órgão é, para êste, sempre um elemento vinculado. Os órgãos da Administração não podem eleger as finalidades públicas, os interêsses públicos específicos, ao serviço dos quais lhes cabe exercer a sua competência subjetiva. Nesse domínio não há poder discricionário. As normas de competência objetiva ou material constituem, assim, no direito português, o segundo dos limites do poder discricionário da Administração.

4. Uma outra limitação externa é constituída pelas normas de conteúdo — isto é, pelas normas que, por qualquer forma, enunciem o quadro ou série dos meios jurídicos, procedimentos, medidas ou disposições entre as quais a autoridade competente há de fazer a sua escolha discricionária.

5. Os podêres conferidos pela lei aos órgãos administrativos destinam-se a que, utilizando-os, se satisfaçam certas necessidades públicas. Estas necessidades não surgem no ar, isto é, sem fundamento; surgem determinadas por circunstâncias de fato. Assim, para que um órgão utilize regularmente um poder que a lei lhe concedeu, requer-se que certa circunstância tenha ocorrido — o que constituirá prova de que certa necessidade pública subsiste, a solicitar o exercício dêsse poder público. A estas circunstâncias de fato podemos chamar *motivos antecedentes*.

a) Pois muito bem. Freqüentemente, o legislador enuncia, com mais ou menos clareza, as circunstâncias que, uma vez verificadas na realidade, impõem o exercício de um certo poder discricionário (ou vinculado — hipótese que nos não interessa considerar aqui). Ao órgão competente incumbe, em tais hipóteses, só exercer a sua competência discricionária se e quando, na realidade, se verificarem as circunstâncias previstas na lei como legitimadoras do exercício dela. Quer dizer: a competência ou poder discricionário está então limitado pela norma enunciadora dos motivos antecedentes.

Esta limitação tem lugar, por assim dizer, em três planos. Em primeiro lugar, a Administração fica obrigada, em tais casos, a fazer da lei relativa aos motivos antecedentes uma correta interpretação, ainda que ela se exprima por meio de *conceitos indeterminados* ou simples *categorias jurídicas*. Em segundo lugar, cumpre-lhe cuidar de que os fatos ou motivos invocados para legitimar o exercício da competência discricionária se subsumam na previsão legislativa. E, em terceiro lugar, é seu dever não exercer a sua competência discricionária se êstes fatos ou motivos, ainda que subsumindo-se na previsão legislativa, não tiverem existência real, não se tiverem, em suma, verificado efetivamente. A Administração violará a lei se não a interpretar devidamente, na medida em que ela fixe os motivos antecedentes legitimadores do exercício de uma competência discricionária; se fizer uma subsunção menos exata de um motivo ou circunstância antecedente na norma ou categoria ju-

rídica legalmente enunciada; e, finalmente, se der por subsistente na realidade um motivo antecedente que efetivamente não se verificou.

b) Outras vêzes, o legislador leva mais longe a discricionaridade que concede à Administiração, não enunciando as circunstâncias de fato em que esta deve utilizar os seus podêres, já de si mais ou menos discricionários, para a realização de um determinado fim público. Isto significa que, em hipóteses destas, a Administração tem um poder discricionário mais amplo, quer no que respeita à oportunidade, quer no que respeita à conveniência das medidas que se encontram dentro dos limites da sua competência subjetiva.

À Administração, em todo o caso, não é lícito, em hipóteses como estas, usar os seus podêres em tôdas e quaisquer circunstâncias, ou seja, com base em qualquer ordem de motivos antecedentes. Só poderá utilizar os seus podêres em circunstâncias ou com base em muitos antecedentes suscetíveis de comprovar que o interêsse público específico, para cuja realização a medida praticada está concebida, é um interêsse real. Existe, com efeito, uma ligação lógica necessária entre os motivos antecedentes e o fim objetivo dos atos administrativos.

Daqui decorre que, em tais casos, se é certo que a Administração não está vinculada por um só e único motivo, está ainda assim, vinculada pela obrigação de só usar os seus podêres com base em motivos objetivamente suscetíveis de comprovarem a real subsistência do interêsse público específico a cuja efetivação a medida utilizada se destina.

Sucede, porém, que, no direito administrativo português, a Administração não tem, em princípio, obrigação de motivar ou fundamentar as suas decisões. Dêste fato resulta que não se torna normalmente possível aos tribunais do contencioso administrativo velar, quer pela correspondência entre os motivos antecedentes e o fim de interêsse público, quer, *a fortiori,* pela própria materialidade dêsses motivos. A limitação do poder discricionário, nestes dois aspectos, é, portanto, em princípio, uma limitação apenas teórica. O direito português não dispõe, em geral, de tutela contenciosa da legalidade, neste domínio.

Hipóteses há, entretanto, embora excepcionais, em que a Administração é obrigada a fundamentar as suas decisões — e, por outro lado, muitas vêzes sucederá felizmente, que a Administração as fundamenta ou motiva, sem embargo de não ser obrigada a fazê-lo.

Nas hipóteses do primeiro tipo, a Administração tem, não só de motivar as suas decisões, como também de invocar motivos que sejam simultâneamente correspondentes à finalidade pública a prosseguir e materialmente exatos. Nas hipóteses do segundo tipo, a Administração só terá procedido legalmente se, tendo invocado, embora desnecessàriamente, um certo motivo, êste fôr, não apenas correspondente ao interêsse público que o ato se destinou a realizar, como ainda um motivo materialmente exato.

6. Até aqui, aludimos aos que podemos designar e já se tem designado por limites externos do poder discricionário, no direito administrativo português. O nosso direito, porém, admite, por outro lado, o que, *mutatis mutandis,* poderemos chamar um limite interno dêsse poder. Vejamos seguidamente em que se traduz ou em que consiste êste limite interno.

O legislador confere às autoridades administrativas certa margem, maior ou menor, de poder discricionário, por entender que elas se encontram melhor colocadas do que êle próprio para escolher (dentro dos limites externos atrás enunciados) o comportamento mais oportuno e mais conveniente à consecução do interêsse público específico que o legislador deseja ver prosseguido. Remete, portanto, o legislador para os conhecimentos, a experiência e a ponderação das próprias autoridades administrativas.

Mas é evidente que estas autoridades podem fazer escolhas arbitrárias, podem, em suma, agir caprichosamente — e não foi para possibilitar atitudes desta ordem que o legislador lhes outorgou essa margem de liberdade. Outorgou-lha para que elas atuem de acôrdo com a sua própria e honesta convicção acêrca do que é mais adequado à satisfação do interêsse público.

Se, pois, uma autoridade administrativa não utiliza aquela medida que, em seu juízo, é a melhor para a prossecução do interêsse público específico que lhe incumbe realizar, e, pelo contrário, utiliza outra que, sendo embora lícita, por fazer parte do quadro daquelas entre as quais ela pode escolher, não é, em todo o caso, aquela que a própria autoridade considerou a melhor para aquêle fim, é-nos lícito concluir que essa autoridade não observou a lei, no seu mais profundo e íntimo sentido.

De maneira que podemos afirmar que as autoridades administrativas só exercem legalmente o seu poder discricionário quando façam a escolha da medida a tomar em dado caso, orientando-se pelo propósito de servirem da melhor maneira o interêsse público específico a realizar, e procedam de acôrdo com a escolha assim efetuada. A ação deve harmonizar-se com uma escolha honestamente feita.

E quando é que se pode dizer que a escolha foi feita honestamente (como o legislador quis que fôsse feita)?

A escolha é feita de acôrdo com a vontade do legislador se e enquanto a autoridade administrativa tiver em vista, ao decidir-se entre os comportamentos à sua disposição, o interêsse público específico a realizar. Êste interêsse deverá, por assim dizer, ser a luz que ilumina a autoridade administrativa, deverá ser o ponto cardial por onde ela se orienta. Ter-se-á de considerar corretamente feita uma escolha operada com os olhos postos no interêsse público específico a realizar, e incorretamente feita uma escolha orientada por outro interêsse público ou por um interêsse privado.

Em têrmos rigorosos, tôda a escolha feita por uma autoridade deve considerar-se feita contra o espírito da lei, não apenas quando fôr feita tendo exclusivamente em vista realizar um interêsse público ou privado, diferente do interêsse público nominativo a prosseguir em dada hipótese, mas também mesmo quando outro propósito que não apenas êsse interfira na eleição da medida a utilizar — pois é manifesto que, nesta última hipótese, é *iuris et de iure* de presumir que a escolha feita não corresponde àquela que seria feita pelo agente administrativo se êle tivesse exclusivamente em vista o referido interêsse público.

Em todo o caso, o legislador português (o qual não codificou convenientemente os princípios jurídicos nesta matéria, de tal forma que melhor seria que inteiramente tivesse deixado, por enquanto, a disciplina dela à doutrina

e à jurisprudência) perfilhou a orientação segundo a qual a escolha discricionária se deve considerar irregularmente feita quando o agente administrativo se tenha determinado exclusivamente ou *principalmente* por uma finalidade diferente daquela que deveria tê-lo orientado na sua escolha, o que é inquestionàvelmente correto — mas já não admitiu que um ato se deve considerar viciado se o agente se guiou também na sua prática, embora só acessòriamente, por um propósito ou motivação em desconformidade com o fim visado pela lei.

Resulta do que se acaba de dizer que, em certo sentido, as autoridades administrativas, ao exercerem podêres discricionários, são limitadas, na sua liberdade, pela sua própria convicção sôbre o que é mais conveniente e oportuno para a realização do interêsse público a prosseguir em cada caso — e é neste sentido que nós falamos da existência de um *limite interno* do poder discricionário. Êste limite é também, vistas as coisas de outro ângulo, um limite externo do poder discricionário, em pé de igualdade com os outros atrás aludidos. No fundo, com efeito, os agentes administrativos a quem a lei confira podêres discricionários têm, *segundo a mesma lei*, o dever de o exercer de acôrdo com a sua convicção sôbre o que mais convém para a realização de dado fim público.

7. Segundo a doutrina, a jurisprudência e a lei portuguêsas, os atos administrativos em cuja prática se ofendem ou violam as normas que limitam o podem discricionário dizem-se feridos de um entre vários *vícios*, conforme a norma ou o limite ofendido ou violado.

a) Se a norma violada diz respeito à competência subjetiva ou orgânica, o vício de que o ato fica sofrendo é uma *incompetência*.

b) Se a norma infringida se refere à competência objetiva ou material, entendem uns que se está perante uma forma de *desvio do poder* — forma ou modalidade a que chamaremos forma ou modalidade objetiva; e entendem outros que o vício de que o ato enfermará será uma modalidade da *incompetência*. O problema não oferece, porém, interêsse prático — pois os que sustentam o primeiro ponto de vista concedem que esta modalidade de desvio de poder tem uma caracterização e um regime diferentes dos próprios da outra modalidade, de que adiante falaremos. Designadamente, não se requer no presente caso uma violação intencional da norma limitativa do poder discricionário.

c) Se a autoridade administrativa viola as normas que limitam o número ou a série dos comportamentos entre os quais ela pode escolher; se contraria a norma que anuncia as circunstâncias em que o seu poder discricionário deve ser exercido, interpretando mal a previsão legislativa, qualificando mal as circunstâncias verificadas ou dando como existentes circunstâncias que se não verificam; se, no exercício de um poder discricionário, finalmente, se apóia em circunstâncias que não têm correspondência com o interêsse público específico a prosseguir ou que, tendo-a, efetivamente se não verificam — os atos assim praticados dizem-se afetados do vício de *violação de lei* (ou de regulamento).

d) Se, por último, ao realizar a sua escolha discricionária, a autoridade administrativa não age de harmonia com a solução a que chegou, encarando

exclusivamente o interêsse público específico a realizar, e, pelo contrário, adota um comportamento que é escolhido com os olhos postos exclusiva ou principalmente num interêsse particular ou num interêsse público diferente do que incumbe ao agente realizar, o ato administrativo praticado nestas condições diz-se viciado de *desvio de poder* (em sentido próprio ou restrito) .

Do que vimos de expor decorre que, em Portugal, o poder discricionário das autoridades administrativas não se pode considerar limitado por normas não-jurídicas ou *de boa administração* — evidentemente, para o efeito de a sua observância ser fiscalizada pelos tribunais do contencioso administrativo. Êstes tribunais não exercem, entre nós, com efeito, pelo menos em regra, um contrôle do *mérito* (que é como quem diz: da conveniência e da oportunidade) da atividade administrativa. Entende-se que, se o controlassem, entrariam no domínio específico da Administração — e deixariam de realizar uma atividade *jurisdicional* para realizarem uma atividade *administrativa* (para realizarem, em suma, uma *dupla administração*) . Os tribunais administrativos, em Portugal, não foram concebidos para tal função. Entende-se que a não realizariam em têrmos desejáveis.

É-se, entre nós, da opinião de que, inclusive, quando o juiz inquire se um ato enferma de desvio de poder, não controla a oportunidade e a conveniência dêsse ato. Do que se trata, em tal caso, é de averiguar se o agente violou a norma que o manda proceder, no exercício do seu poder discricionário, de acôrdo com a norma ou princípio jurídico geral, nos têrmos do qual êle deve guiar-se, na sua opção, pelo fim público a prosseguir em dada hipótese. É certo que, para controlar a observância desta norma ou princípio o juiz tem que sondar as disposições íntimas — *os rins e o coração* — do agente, mas só na medida em que elas tiverem tido tradução exterior. Aliás, isto sucede em vários outros domínios da atividade jurisdicional, sem que se possa dizer que os tribunais fazem, nesses casos, afinal de contas, *administração,* em vez de *justiça*.

Se os tribunais portuguêses do contencioso administrativo não podem controlar o exercício do poder discricionário pelas autoridades administrativas e velar pela observância das normas não-jurídicas ou de *boa administração,* já, por sua vez, as próprias autoridades detentoras dêsse poder e os seus superiores com podêres de contrôle hierárquico ou de *superintendência* podem reapreciar nesse plano as decisões tomadas no exercício da competência discricionária (contanto que essas decisões não sejam constitutivas de direitos — porque, nesse caso, no direito português, não há nenhuma possibilidade de alteração delas pela via administrativa) .