

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO E PODER DISCRICIONÁRIO¹ LEGAL-ADMINISTRATIVE REGIME AND DISCRETIONARY POWER

Dieison Felipe Zanfra Marques², Aldemir Berwig³

¹ Reflexão a partir do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Unijuí em 2016.

² Bacharel em Direito pela UNIJUI. dieisonmarques@hotmail.com.

³ Doutorando e Mestre em Educação nas Ciências (Unijuí). Especialista em Direito Tributário (Unisul). Graduado em Direito e Administração (Unijuí). Professor do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. berwig@unijui.edu.br.

RESUMO

A pesquisa estuda os postulados básicos do regime jurídico-administrativo - a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público - em conjunto com a prerrogativa especial da Administração Pública que deles deriva - o poder discricionário, buscando entender seu conceito, fundamento, estrutura lógico-normativa, bem como seus limites e controle.

ABSTRACT

The research studies the basic postulates of the legal-administrative regime - the supremacy of the public interest and the principle of the unavailability of the public interest - together with the special prerogative of the Public Administration that derives from them - discretionary power seeking to understand its concept, foundation, structure Logical-normative, as well as its limits and control.

Palavras-chave: Administração Pública. Direitos Fundamentais. Interesse Público. Discricionariedade. Serviço Público.

Keywords: Public administration. Fundamental rights. Public interest. Discretionary. Public service.

1 INTRODUÇÃO

A vida em sociedade é complexa e incerta. Para ter um indicativo de segurança criamos uma instituição imaginária constituída pelo Direito. Essa instituição imaginária conhecida como um contrato social nos dá a esperança de que a vida seja conduzida dentro de uma normalidade aceitável e que, a partir de instituições criadas, tenhamos uma espécie de paz social. O Direito, em si, neste contexto, se constitui num sistema que organiza a vida social e possibilita certo controle sobre as ações humanas, de forma que seja esperado o razoável de todas as ações humanas.

Neste viés, o direito é organizado sistematicamente e dividido em áreas e disciplinas para que melhor se organize a compreensão de seu conteúdo. É nesse sentido que se pode dizer que uma disciplina jurídica é autônoma quando ela corresponde a um conjunto sistematizado de princípios

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

e regras que a identificam e a diferenciam das demais áreas. Falar em Direito Administrativo, portanto, pressupõe se ter em mente que existem princípios que lhe são peculiares e que estabelecem entre si uma relação de coerência e unidade formando um sistema, ou o que denominamos regime, neste caso, o regime jurídico-administrativo.

Para compreender a disciplina é necessário identificar os pilares formadores de tal regime; partindo do universal para o particular, se pode dizer que o Direito Administrativo está entroncado no Direito Público e reproduz as características do regime de Direito Público acrescidas àquelas que o especificam dentro dele. Tal regime é resultante da caracterização de determinados interesses pertinentes à sociedade e não ao particular individualmente. Em outras palavras, se caracteriza em uma disciplina normativa peculiar que se delinea em função de dois princípios: a supremacia do interesse público sobre o privado, e a indisponibilidade do interesse público.

Tais aspectos são pertinentes ao regime jurídico-administrativo, ou seja, concernentes à função estatal, exercida tanto através da Administração em sentido orgânico quanto através das pessoas públicas exclusivamente administrativas. Os dois princípios citados são analisados não em si mesmos, mas no que eles repercutem dentro do ordenamento jurídico, ou seja, o que nos importa é a tradução deles no sistema, a tradução jurídica do princípio da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público como pedras angulares do Direito Administrativo implica que eles sempre serão vistos como o fundamento lógico do próprio sistema de leis administrativas. Assim, sempre se deve ter como premissa a ideia de que tais princípios conduzem a ação administrativa, mesmo quando a legislação dá margem de liberdade ao administrador.

2 METODOLOGIA

O presente trabalho foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, buscando informações acerca do tema em diferentes autores, através da análise de livros, artigos científicos, portais de notícias e sites na internet, com o intuito de conhecer sobre o assunto a partir das contribuições doutrinárias disponíveis. Foi utilizado como método de abordagem o hipotético-dedutivo.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Uma primeira constatação é de que o Direito Público e o Direito Administrativo, entroncado que este está naquele, se ocupam de realizar o interesse público. Logo, se faz necessário o estudo de como tal deve ser entendido; ao pensar sobre interesse público, Bandeira de Mello (2015) revela que, habitualmente, se pensa ser algo contraposto ao interesse privado ou algo que se constitui do interesse do todo e que não se confunde com os interesses individuais.

Porém, dizer somente isso seria simplista demais para compreender o verdadeiro sentido que tem o interesse público, pois ele transcende os interesses individuais não sendo somente um mero antagonismo entre interesse público e individual. Em outras palavras, o que se diz é que o interesse público é o interesse do todo, do próprio corpo social para evitar o erro de atribuir uma condição de algo autônomo e estranho a qualquer interesse das partes. O importante é “[...] prevenir-se contra o erro de, consciente ou inconscientemente, promover uma separação absoluta

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

entre ambos, *ao invés de acentuar, como se deveria, que o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é 'função' qualificada dos interesses das partes [...]*" (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 60, grifos do autor).

A partir do exposto, se constata da ideia do autor que o interesse público é uma dimensão dos interesses individuais, não sendo possível haver um interesse público discordante dos interesses dos membros da sociedade. Ou seja, seria inconcebível um interesse de todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário aos interesses individuais. No mínimo seria um "contrassenso que o bom para todos fosse o mal de cada um, isto é, que o interesse de todos fosse um anti-interesse de cada um." (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 60).

Segundo Bandeira de Mello (2015) essa simples percepção é suficiente para entender que há uma relação íntima e indissolúvel entre o interesse público e os interesses individuais, e que na verdade o interesse público é a dimensão pública dos interesses de cada indivíduo enquanto participe da sociedade entificada juridicamente no Estado.

Percebe-se, pois, como entendimento do exposto, que de um lado existe o interesse individual atinente às conveniências de cada um no que se refere aos assuntos de sua vida particular, e que juntamente, existe o interesse pessoal dessas mesmas pessoas ou grupos, mas que se inserem enquanto participes de uma coletividade maior. Então é esse último interesse que Bandeira de Mello (2015) denomina de interesse do todo ou interesse público. Não é, portanto, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes e passível de ser considerada uma categoria jurídica que possa ser dissociada aos interesses individuais, pois ele é uma faceta dos interesses individuais manifestada enquanto estes forem membros de um corpo social.

Chega-se, pois a uma primeira conclusão: *"o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem."* (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 62, grifo do autor). Continua o autor revelando que o interesse público *"só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro. Logo, é destes que, em última instância, promanam os interesses chamados públicos."* (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 62, grifo do autor).

Do mesmo modo, a noção de interesse público como exposta, impede que se incida no engano de supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado, engano que conforme Bandeira de Mello (2015, p. 65) "faz resvalar fácil e naturalmente para a concepção simplista e perigosa de identificá-lo com quaisquer interesses da entidade que representa o todo." E como se depreende do conceito abordado neste trabalho, não há coincidência entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público.

É que, além de subjetivar estes interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 66).

Cabe destacar que estes interesses citados pelo autor não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado similares aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais conforme revela Bandeira de Mello (2015), pois os demais sujeitos podem defender tais interesses e o Estado não, visto caber a ele a defesa e a realização dos interesses públicos só podendo defender seus próprios interesses se, porventura, não se chocarem com interesses públicos propriamente ditos.

Tal exposição traz à tona a discussão, hoje pacificada, da doutrina italiana em que diferencia o interesse primário do Estado, ou seja, o interesse público, do todo; e o interesse público secundário que seria o interesse do Estado enquanto pessoa jurídica. Que no exemplo de Bandeira de Mello (2015, p. 67) resta clara a distinção:

[...] enquanto mera subjetivação de interesses, à moda de qualquer sujeito, o Estado poderia ter interesse em tributar desmesuradamente os administrados, que enriqueceria o Erário, conquanto empobrecesse a Sociedade; que, sob igual ótica, poderia ter interesse em pagar valores ínfimos aos seus servidores, reduzindo-os ao nível de mera subsistência, com o quê refrearia ao extremo seus dispêndios na matéria; sem embargo, tais interesses não são interesses públicos, pois estes, que lhe assiste prover, são os de favorecer o bem-estar da Sociedade e de retribuir condignamente os que lhe prestam serviços.

O que se aludiu acima é interesse público secundário, pois não respondem ao motivo último de existir do próprio Estado. Diante disso, é necessário aclarar que não será interesse público uma norma ou alguma medida tomada por pessoas ou grupo de pessoas que acreditem que deva ser, mas aquele interesse que tenha sido qualificado como tal no sistema normativo, ou seja, quem define o interesse público é a própria Constituição e, a partir dela, o Estado, através dos seus órgãos legislativos e, depois administrativos, nos limites da discricionariedade concedida.

A partir da compreensão da noção do interesse público, pode-se seguir ao exame do primeiro grande pilar do regime jurídico-administrativo, qual seja a supremacia do interesse público sobre o privado.

Conforme revela Bandeira de Mello (2015) o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado revela um grande axioma reconhecível no moderno Direito Público, proclamando a superioridade do interesse da coletividade, dando prevalência dele sobre os interesses dos particulares, inclusive para manter a sobrevivência deste.

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

Para Bandeira de Mello (2015), deste princípio decorrem três princípios subordinados que merecem toda a nossa atenção: a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-los, nas relações com os subordinados; b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações; e c) restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública. Analisemos cada um deles a seguir.

Em relação à posição privilegiada daquele que é encarregado de zelar pelo interesse público, temos que essa posição engloba alguns benefícios assegurados pela ordem jurídica para que tal órgão possa assegurar uma adequada proteção aos interesses públicos. De outro modo, pode-se dizer que a ordem jurídica instrumenta os órgãos que representam o interesse público para que eles alcancem a finalidade a eles destinada.

Conforme Bandeira de Mello (2015) são privilégios que lhe são atribuídos, e que tem efeitos de diversa ordem e manifestam-se em diferentes campos. O autor ainda refere alguns exemplos: presunção de legitimidade dos atos administrativos, benefício de prazos maiores para intervenção nos processos judiciais, prazos especiais para prescrição, etc.

Em relação à posição de supremacia, Bandeira de Mello (2015) destaca que ela é extremamente importante e muitas vezes é metaforicamente expressada como a verticalidade das relações entre Administração e particulares, sendo o oposto das relações horizontais típicas dos particulares. De tal sorte, a supremacia nada mais significa do que o Poder Público encontrar-se na situação de autoridade em relação aos particulares, “[...] como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto.” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 71). Tal situação compreende a possibilidade da Administração de constituir os particulares em obrigações através de um ato unilateral, e por vezes o direito de modificar as relações pré-estabelecidas.

Bandeira de Mello (2015) demonstra que destes dois princípios subordinados analisados resulta a exigibilidade dos atos administrativos, por vezes a executoriedade com recurso a compulsão material sobre a pessoa ou coisa (execução de ofício); e também a revogação dos próprios atos através de manifestação unilateral (autotutela). Isto é possível, pois a atuação administrativa é respaldada pela supremacia do interesse público sobre o privado, visto a Administração exercer a função administrativa investida no dever de atender determinadas finalidades em prol do interesse da coletividade, fazendo-se necessários poderes para alcançar tais fins.

Quem exerce “função administrativa” está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida do indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 72, grifo do autor).

Em face do exposto, fica evidente que as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o privado só são permitidas quando manejadas para o alcance do interesse público,

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

e não para satisfazer meros interesses estatais ou do administrador. Por tal motivo Bandeira de Mello (2015) destaca que as prerrogativas da Administração (que são abordadas adiante) não devem ser denominadas poderes ou poderes-deveres, mas sim como deveres-poderes, pois elas se revestem de índole de subordinação do poder ao dever, dever de buscar sempre o interesse do todo.

Por fim, mas não menos importante, resta analisar a terceira característica que acima se propôs: a restrição ou sujeição especial no desempenho da atividade pública. Por força desse princípio é que o Direito Administrativo não é “[...] um instrumento de atuação estatal marcado tão só pelas prerrogativas de autoridade, conquanto defensivas do interesse público, mas exhibe sua marca mais expressiva: a do comprometimento com os interesses da sociedade [...]” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 74) assim protegendo-os de quem quer que queira os atacar, seja um particular, seja o próprio Estado direta ou indiretamente. Trata-se de uma imposição legal que preestabelece uma finalidade, concede os meios e impõe a obrigação de alcançá-la.

Assim, exposto o primeiro pilar do regime jurídico-administrativo, vejamos como se comporta o segundo, para que se possa compreender a base de todo o sistema de onde derivam as prerrogativas estatais que são analisadas logo a seguir.

Acima analisamos que à Administração Pública cabe à busca do interesse público. Mais do que isso, trata-se de um dever que a Administração tem de zelar pelo interesse próprio da coletividade. Agora, ao tratar da indisponibilidade do interesse público, necessário se faz informar que os interesses públicos, ou seja, aqueles qualificados como próprios da coletividade “[...] não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido que lhe incumbe apenas curá-los [...]”. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 76).

Em outras palavras, o autor revela que na Administração os bens e interesses não estão entregues à livre disposição da vontade do administrador, pois antes existe uma obrigação, qual seja a de zelar nos termos da finalidade a que estão adstritos. (BANDEIRA DE MELLO, 2015).

Cabe lembrar ainda, conforme já exposto no presente trabalho, que a Administração não é titular dos interesses públicos, mas o Estado, que deve protegê-lo e exercitá-lo através de sua função administrativa através do seu conjunto de órgãos que expressam sua vontade consagrada, por óbvio, em lei.

Feito este breve esclarecimento do significado de indisponibilidade do interesse público, valemo-nos da construção de Bandeira de Mello (2015) extraindo as consequências desse princípio que se espraiam pelo regime jurídico-administrativo vez que a atividade administrativa é subordinada à lei, e que a Administração e as pessoas ligadas a ela não tem disponibilidade sobre os interesses públicos. Compreende-se que estejam submetidas aos princípios: (a) da legalidade, com suas implicações ou decorrências; (b) da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública e seu cognato; (c) do controle administrativo; (d) da isonomia dos administrados em face da Administração; (e) da publicidade; (f) da inalienabilidade dos direitos ligados ao interesse público; e (g) do controle jurisdicional dos atos administrativos. Passemos a analisá-los para compreender

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

a essência e importância do princípio em tela.

Conforme natural conhecimento jurídico agregado, o princípio da legalidade indica que a atividade administrativa é subordinada à lei, e conforme Bandeira de Mello (2015, p. 78) “surge como decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público”, eis que informa o caráter da relação administrativa. Meirelles (2016) ensina que a legalidade como princípio da Administração e declarado na Constituição da República, quer informar que o administrador está sujeito aos mandamentos da lei e do bem comum, não podendo dele se desviar sob pena de incidir em invalidade de seus atos, podendo até mesmo incorrer em responsabilidade disciplinar, se for o caso.

Denota-se, outra vez, que toda a atividade administrativa está condicionada a atender à lei, sem espaço para a vontade pessoal dos agentes. Bandeira de Mello (2015, p. 79) fortalece nosso entendimento ao afirmar que “a atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação”.

Assim, a lei é o fundamento de toda ação administrativa, e conforme Bandeira de Mello (2015) a legalidade deve ser entendida como a conformidade à lei e às subseqüentes normas que, com base nela, a Administração se valha para regular sua conduta.

Conjuntamente com o princípio da legalidade está o princípio da finalidade, visto que não se compreende uma lei sem entender seu objetivo. Bem como, não se aplica uma lei de forma correta sem entender qual sua finalidade. “Implementar uma regra de Direito não é homenagear exteriormente sua dicção, mas dar satisfação a seus propósitos. Logo, só se cumpre a legalidade quando se atende à sua finalidade”. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 80).

Decorre também do princípio da legalidade o princípio da razoabilidade. Bandeira de Mello (2015) destaca que quando a Administração se depara diante de um caso que tenha certa liberdade para eleger o comportamento cabível, não pode agir desarrazoadamente, pois além de ser uma afronta ao princípio da razoabilidade derivado da legalidade, é, também inválido cabendo sua fulminação pelo Poder Judiciário a requerimento dos interessados.

Deriva, ainda, do princípio da legalidade o princípio da proporcionalidade do ato à situação que demandou sua expedição. A lei outorga competências em vista de uma finalidade, todo excesso desnecessário ao seu atendimento configura uma superação do escopo normativo. Sendo assim, a providência administrativa para atingir o interesse público insculpida na regra é inválida, por não alcançar a finalidade legal. (BANDEIRA DE MELLO, 2015).

Deve-se considerar também, como derivação do princípio da legalidade o princípio da motivação, que “impõe à Administração Pública o dever de expor as razões de direito e de fato pelas quais tomou a providência adotada. Cumpre-lhe fundamentar o ato que haja praticado, justificando as razões que lhe serviram de apoio para expedi-lo.” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 82).

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

Isso porque, sobretudo quando dispõe de certa liberdade (discricionariedade administrativa) para praticar o ato tal ou qual, não haveria como saber-se se o comportamento que tomou atendeu ou não ao princípio da legalidade, se foi deferente com a finalidade normativa, se obedeceu à razoabilidade e à proporcionalidade, a menos que enuncie as razões em que se embasou para agir como agiu. São elas que permitirão avaliar a consonância ou dissonância com tais princípios. Donde, ausência de motivação só faz o ato inválido sempre que sua enunciação, prévia ou contemporânea à emissão do ato, seja requisito indispensável para proceder-se a tal averiguação. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 83).

Por fim, deriva da legalidade o princípio da ampla responsabilidade do Estado, através do qual se pode ver, que o Estado ao transgredir a legalidade, incorre nas sanções previstas, assegurando os direitos dos particulares perante a ação administrativa. Cabe mencionar que tal princípio também é reflexo do princípio da igualdade, pois nota-se que o Estado não responde apenas por atos ilícitos, mas também por atos lícitos, quando a indenização é exigida em nome da isonomia. Conforme Bandeira de Mello (2015) isso ocorre para que alguns sujeitos não sejam onerados por providências gravosas, embora legítimas, tomadas no interesse de todos, mas cujos efeitos recaem sobre determinada pessoa.

O princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública traduz nada mais que um dever em que a Administração está vinculada em face da lei. Conforme já comentado, o interesse público, por sua vez fixado pela lei, não está à disposição do administrador, portanto apresenta-se para este sob forma de um mandamento. Por isso, Bandeira de Mello (2015) irá dizer que a persecução das finalidades ditas acima, é uma obrigação indiscutível, pois o interesse público tem que ser perseguido, pois a lei assim determina.

Da mesma forma, em face de tal princípio, a Administração deve perseguir também o princípio da continuidade dos serviços públicos vez que deve zelar por determinados interesses que a lei define como públicos, e este zelo para ela é um dever, logo obrigatório se torna a continuidade da atividade administrativa. Para Bandeira de Mello (2015) o interesse que a Administração incumbe zelar encontra-se acima de quaisquer outros e, para ela, tem o sentido de dever, portanto está obrigada a desenvolver atividade contínua na busca das finalidades públicas.

Temos, também, vinculado ao princípio da indisponibilidade do interesse público o princípio do controle administrativo ou autotutela, em que o Estado, através da sua função administrativa, procede à persecução de interesses que consagrou como pertinentes a si próprios através de seus órgãos da Administração. Nada mais é do que um juízo de valor que determinado órgão administrativo realiza sobre o comportamento administrativo de uma entidade ou agente seu, com o fim de averiguar se atende ou não as normas a que é submetido. (BANDEIRA DE MELLO, 2015).

O princípio da isonomia dos administrados frente à Administração “firma tese de que esta não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com obediência ao princípio da impessoalidade”. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 86). Denota-se que, sendo a Administração encarregada de gerir interesses da

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

coletividade não tem sobre esses bens disponibilidade para tratar de forma desigual àqueles que ela representa, portanto impõe-se como consequência, o tratamento igualitário que o Poder Público deve dispensar a todos os administrados.

O princípio da isonomia da Administração não necessita, para seu fundamento, da invocação de cânones de ordem moral. Juridicamente se estriba na convincente razão de que os bens manipulados pelos órgãos administrativos e os benefícios que os serviços públicos podem propiciar são bens de toda a comunidade, embora por ela geridos, e benefícios a que todos igualmente fazem jus, uma vez que os Poderes Públicos, no Estado de Direito, são simples órgãos representantes de todos os cidadãos. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 87).

Bandeira de Mello (2015) revela em relação ao princípio da publicidade, que os atos emitidos a título de implementar os interesses públicos devem ser exibidos publicamente. Nada mais é do que a imposição de transparência na atividade administrativa para que assim os administrados possam conferir a atuação da Administração.

O princípio da inalienabilidade dos interesses públicos consiste em que, “sendo a administração atividade serviente e desenvolvida em nível sublegal, não pode alienar ou ser despojada dos direitos que a lei consagrou como internos ao setor público”. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 88). Portanto, os interesses públicos são inalienáveis e não podem ser transferidos a particulares.

Por fim, o princípio do controle jurisdicional dos atos administrativos revela que cabe exclusivamente ao Poder Judiciário o exercício pleno da atividade jurisdicional, de forma que temos bem claro na Constituição da República, em seu art. 5º, XXXV, que nenhuma lesão ou ameaça de direito escapa ao controle do Judiciário. Isso indica que todo comportamento gravoso da Administração pode ser controlado pelo Poder Judiciário e ser fulminado, sem prejuízo de reparações patrimoniais, se for o caso.

Chega-se então ao fim da análise dos princípios que formam o regime jurídico-administrativo. Não é intenção analisar exaustivamente todos os princípios de Direito Administrativo, mas aqueles que formam o seu sistema, de forma sucinta, mas que permita esboçar uma rápida caracterização daquilo que forma e tipifica o conjunto de normas que vão conferir autonomia e identidade ao Direito Administrativo, pois se impõe como condição básica para a compreensão dos vários institutos que serão tratados daqui pra frente o necessário conhecimento das noções que embasam e criam todo o sistema administrativo.

Conforme abordado anteriormente, o regime jurídico-administrativo tem por fundamento dois postulados básicos, a saber: o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da indisponibilidade do interesse público. Do primeiro derivam todas as prerrogativas especiais de que dispõe a Administração Pública, ou seja, os chamados poderes administrativos, os quais a ela são conferidos na medida necessária à satisfação do interesse público cuja persecução o ordenamento jurídico lhe impõe, e a partir deste momento se torna objeto direto do nosso estudo.

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

Para Meirelles (2016) a Administração é dotada de poderes administrativos para bem atender ao interesse público. Tais poderes são proporcionais aos encargos que lhe são exigidos, e mais que isso, são instrumentos adequados à realização de tarefas administrativas. Continua o autor, reforçando a ideia de que os poderes administrativos nascem com a Administração e se apresentam de forma diversa de acordo com as exigências do serviço público, do interesse coletivo e dos objetivos que pretendam alcançar, e são inerentes à Administração de todos os entes estatais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), por óbvio, cada qual na proporção e limitação de suas competências institucionais.

Feitas tais considerações, cabe ressaltar que o presente trabalho visa analisar somente um destes poderes - o poder discricionário - para que se possa analisar e entender seu conceito, fundamento, estrutura lógico-normativa, bem como seus limites e controle.

Antes de adentrarmos diretamente no assunto em questão, cabe lembrar que, no Estado de Direito a Administração só pode agir em obediência à lei, visando o fiel cumprimento das finalidades a que o ordenamento jurídico assinala. Dessa forma, o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito do que podemos perceber entre a lei e os particulares, por exemplo. Diante do qual se denota na velha máxima de que na atividade privada se pode fazer tudo o que não é proibido, enquanto na atividade administrativa só se pode fazer aquilo que a lei permite. (BANDEIRA DE MELLO, 2015).

Assim, Bandeira de Mello (2015) observa que a lei, em determinados casos, regula algumas situações em que para o administrador não resta margem alguma de liberdade, pois a lei configura antecipadamente a objetividade requerida para a prática do ato e o conteúdo que este ato tenha que alcançar (vinculação). Reversamente, há casos em que a própria lei faz surgir em proveito do administrador certa liberdade de atuação, donde cabe a este preencher com seu juízo subjetivo, a indeterminação da norma, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade que a lei determina (discricionariedade). Então, diante dessas alegações é que nos inserimos, finalmente, ao estudo do poder discricionário.

Meirelles (2016) revela que poder discricionário é o que o Direito concede à Administração para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. Para Bandeira de Mello (2015), discricionariedade é a margem de liberdade que o administrador tem para eleger, conforme critérios de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de obter a mais adequada satisfação da finalidade exigida pela lei, quando por força dessa mesma lei não se possa extrair objetivamente uma solução para a situação que se apresenta.

Alexandrino e Paulo (2015) entendem que é o poder conferido à Administração Pública para a prática de atos discricionários, em que o agente administrativo tem certa liberdade de atuação, podendo valorar a oportunidade e conveniência da prática do ato quanto ao seu motivo, escolhendo dentro dos limites da lei o seu objeto.

Nota-se que discricionariedade resulta ao administrador a liberdade para decidir quanto à conveniência e oportunidade da atuação administrativa, ou seja, o agente deve decidir diante da

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

situação fática ou jurídica em que momento deve atuar, fazendo sempre o melhor para alcançar o fim exigido legalmente. E como a discricionariedade não é sinônima de arbitrariedade, a apreciação da conveniência e oportunidade não se realiza segundo o interesse privado ou do próprio agente, mas segundo o interesse público. (ROSA, 2012).

Diante desses conceitos se pode dizer que a atividade discricionária se justifica na impossibilidade do legislador catalogar na lei todos os atos que a prática administrativa exige. Meirelles (2016) destaca que o ideal seria que a lei regulasse toda a ação administrativa, modelando cada um dos atos a serem praticados pelo administrador, mas, como isto não é possível, devido à diversidade dos fatos que pedem pronta solução ao Poder Público, o legislador somente regula a prática de alguns atos administrativos que reputa de maior relevância, deixando o cometimento dos demais ao critério do administrador.

Convém lembrar por mais que a lei não cuide de todos os aspectos dos atos relegados à liberalidade discricionária, o legislador subordina-os a um mínimo legal, qual seja a estrita observância, por parte de quem os vai praticar, da competência, da forma e da finalidade, deixando o mais à livre escolha do agente administrativo. (MEIRELLES, 2016).

O poder discricionário é exercido pelo administrador quando a atividade administrativa resultar de uma opção permitida pela lei. Não há discricionariedade absoluta, a atividade administrativa deve ser sempre vinculada ao fim a que se destina e a escolha de opções decorre sempre de concessão legal. Destaca Rosa (2012) que, como resultante desse poder o agente elege a melhor opção para que o interesse público seja atendido no caso concreto, agindo somente se a lei assim permitir.

Imperioso referir que a discricionariedade não resulta da ausência de lei, mas da própria lei que abre margem para o administrador optar pela decisão mais acertada para determinada finalidade. Assim a lei pretende que seja adotada a cada caso concreto apenas uma providência que possa atender com precisão à finalidade que a inspirou.

Trata-se, portanto, de um poder conferido pela lei à Administração Pública diante de uma situação fática concreta para que ela, nos termos e limites da lei, decida segundo seus critérios de oportunidade e conveniência, a conduta dentre as possíveis e permitidas legalmente e condizentes com o interesse público. Alexandrino e Paulo (2015) revelam que, no Brasil, a doutrina administrativista majoritária, identifica a existência de discricionariedade não só quando a lei prevê que a Administração pode decidir acerca da oportunidade e conveniência, mas também quando a lei utiliza o que se entende por conceitos jurídicos indeterminados na descrição hipotética do motivo que enseja a prática do ato.

Portanto, os fundamentos da discricionariedade, como destaca Bandeira de Mello (2015, p. 993, grifos do autor) informam que:

[...] a discricionariedade procede do *deliberado* intento legal de conferir à Administração certa liberdade para decidir-se no caso concreto, tendo em conta sua

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

posição mais favorável para reconhecer, diante da multiplicidade dos fatos administrativos, a melhor maneira de satisfazer a finalidade da lei nas situações empíricas emergentes. [...] Enfatizam outros a *impossibilidade material* de o legislador prever todas as situações, donde a necessidade de recorrer a fórmulas de regulação mais flexíveis, capazes, bem por isso, de abarcar amplamente os acontecimentos sociais, dimanando daí a zona de liberdade que assiste ao administrador.

Depreende-se de tais contribuições que há discricionariedade quando a lei expressamente dá à Administração liberdade para atuar dentro de limites definidos, ou seja, quando a própria lei define que a Administração poderá tomar ou não determinada decisão; ou quando a lei empregar conceitos jurídicos indeterminados na descrição do motivo determinante da prática de um ato administrativo e, no caso concreto, a Administração se depara com uma situação em que não há possibilidade de saber se o fato está ou não abrangido pelo conteúdo da norma cabendo-lhe então tomar seu juízo de oportunidade e conveniência.

Temos das palavras de Bandeira de Mello (2015), em relação à estrutura lógico-normativa da discricionariedade, que ela decorre da esfera de liberdade administrativa podendo resultar do mandamento da norma jurídica ou da sua finalidade. A discricionariedade, em outras palavras, decorre da hipótese da norma quando os pressupostos de fato por ela enunciados são descritos por conceitos práticos, ou seja, a partir de fatos que legitimem a prática do ato. Isso quer dizer que quando os motivos estão descritos por palavras vagas ou imprecisas cabe à Administração determinar concretamente o alcance. Destaca-se que tal determinação pela Administração é sempre relativa e limitada, podendo ser contrastada pelo Judiciário.

Demonstrada a significação da discricionariedade, não há como conceber a noção deste poder sem perceber que há limites ao seu uso, que defluem da lei e do ordenamento jurídico como um todo, portanto cabe demarcar os pontos que moldam sua extensão e a limitam.

Como exposto, o poder discricionário tem como limites, além do próprio conteúdo da lei, os princípios jurídicos administrativos, principalmente a razoabilidade e proporcionalidade. Assim a atuação contrária a tais princípios configura a arbitrariedade, que para Alexandrino e Paulo (2015) é sempre sinônimo de atuação ilegal.

Nesse sentido, Meirelles (2016, p. 140, grifos do autor) informa que:

[...] convém esclarecer que *poder discricionário* não se confunde com *poder arbitrário*. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

Portanto, percebe-se que o poder discricionário implica liberdade de atuação sempre dentro dos limites expressos pela lei ou decorrentes dela. Nesse sentido, Alexandrino e Paulo (2015) revelam que o ato discricionário ilegal ou ilegítimo poderá ser anulado tanto pela Administração Pública que praticou o ato quanto pelo Poder Judiciário.

Destaca-se aqui que não poderá ser apreciado pelo Judiciário o mérito do ato, pois consiste na atividade valorativa pertencente à oportunidade e conveniência do administrador. Por isso é que assume papel importante os princípios citados anteriormente - razoabilidade e proporcionalidade - pois servem como instrumentos limitadores ao poder discricionário, ampliando os aspectos de controle do ato administrativo pelo Judiciário.

Assim, o controle da discricionariedade pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade deve ser entendido desta forma: quando a Administração pratica um ato discricionário além dos limites legítimos de discricionariedade que a lei lhe conferiu, esse ato é ilegal, e um dos meios efetivos de verificar sua ilegalidade é a aferição de razoabilidade e proporcionalidade. Ainda que a Administração alegue que agiu dentro do mérito administrativo, pode o controle de razoabilidade e proporcionalidade demonstrar que, na verdade, a Administração extrapolou os limites legais do mérito administrativo, praticando, por isso, um ato passível de anulação (controle de legalidade ou legitimidade), e não um ato passível de revogação (controle de mérito, de oportunidade e conveniência administrativa, que é sempre exclusivo da própria Administração Pública). (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 247).

Complementa a ideia Meirelles (2016) dizendo que a discricionariedade é sempre relativa e parcial, pois quanto à competência, à forma e à finalidade do ato, a autoridade deve cumprir o que a lei dispõe. O administrador, portanto, para a prática de um ato discricionário deverá obedecer à forma para sua realização, atender à finalidade do ato, e ter competência para praticá-lo. O que for contrário a estes postulados, é ilegítimo, arbitrário e, portanto, ilegal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da abordagem realizada se pode constatar que o regime jurídico-administrativo, se considerarmos que o objeto do direito é o sistema jurídico e que sua finalidade é a sociabilidade humana, se fundamenta a partir da supremacia do interesse público e do princípio da indisponibilidade do interesse público, e que a partir destes, derivam todas as prerrogativas especiais da Administração Pública necessárias para a satisfação dos fins públicos, onde, neste caso, encontra-se o poder discricionário.

Dessa forma, se pode perceber que a Administração é dotada de poderes administrativos para bem atender ao interesse público. Tais poderes são proporcionais aos encargos que lhe são exigidos, e mais do que isso, são instrumentos adequados à realização de tarefas administrativas e se apresentam de forma diversa de acordo com as exigências do serviço público, do interesse

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

coletivo e dos objetivos que pretendam alcançar, e são inerentes à Administração de todos os entes estatais, cada qual na proporção e limitação de suas competências institucionais.

Feitas tais considerações, por fim, ressalta-se a importância de boas escolhas quando se trata do interesse público por parte do Estado, ciente de que a sociedade não pode ficar à mercê de uma inadequada prestação dos serviços públicos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 23. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.