

O PODER DISCRICIONÁRIO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Daniel Goro TAKEY

Marcelo Chicovis de MEDEIROS

RESUMO: O presente estudo visa analisar a importância do poder discricionário na Administração Pública, a liberdade do agente do Estado, ou seja, o Administrador pode usar de agir através de um determinado procedimento, tendo certa liberdade dessa atuação, estabelecendo os critérios de conveniência e oportunidade, dentro dos limites estabelecidos em lei.

PALAVRAS CHAVES: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ATOS ADMINISTRATIVOS, DELEGAÇÃO DE PODER.

1-INTRODUÇÃO: O presente artigo vem analisar a importância do poder discricionário na Administração pública, ressaltando a importância deste ato nos procedimentos administrativos. O poder discricionário que é um dos poderes dado ao agente público vem sendo cuidadosamente vigiado devido a certas formas de atitudes dos agentes com essa liberdade, ocasionando várias situações de corrupção e ilegalidade. Dentro do próprio Direito Administrativo conceituar e explorar esse ato perseguindo seus princípios, e limites através da legislação é um dos caminhos para que esse poder não venha a ser exercido em benefício próprio.

2- DEFINIÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO: O ato discricionário é aquele onde o agente têm a liberdade através da conveniência e oportunidade ocasionando sempre a parceria com a legalidade se moldando com aspectos de fim do interesse público. A discricionariedade possui a ideia de prerrogativa devido a competência dada, sendo alguns atos praticados pela própria administração pública no caso concreto. Esse poder como característica é de não ser autônomo, pois vários são as várias competências que se exercem também através dos poderes regulamentar, disciplinar e de polícia dependendo da própria liberdade que a Administração Pública venha admitir. A lei impõe alguns limites mesmo no caso discricionário, nos elementos de competência, forma e finalidade. Sendo o ato discricionário implicando em sua liberdade com poderes traçados pela própria Administração Pública, pois se ultrapassar os limites da lei ou a contrariar ocorrerá a arbitrariedade. O ato discricionário ocorre diante do caso concreto, ocorrendo a possibilidade de apreciá-lo através dos critérios de oportunidade e de conveniência, escolhendo duas ou mais soluções onde ocorre a

validade pelo direito. Há duas formas de discricionariedade para os autores sendo um jurídico e o outro prático. No âmbito jurídico ocorre sobre o prisma da formação por degraus de Kelsen. Onde se forma devido a normas da Constituição já elaboradas, sendo outras criadas posteriormente como as leis e regulamentos até ocorrer a sua aplicação no caso concreto. Sob o ângulo prático ocorre as infinitas necessidades coletivas, tendo como a morosidade um dos problemas para se estabelecer novos procedimentos de criação de leis.

Para Meirelles (2011, p.97): " O ato administrativo discricionário é o que o direito concede á Administração de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade e escolha de sua conveniência e oportunidade e conteúdo. A discricionariedade é sempre relativa e parcial".

Em essência, o poder discricionário é a faculdade conferida à autoridade administrativa de ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis. Utiliza-se o termo "discricionário" com o sentido de "arbitrário", abusivo. (MEDAUAR, 2009, p.112).

Para Medauar (2009, p.113):

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

3-PROCEDIMENTO DA DISCRICIONARIEDADE: A fonte do ato discricionário é a própria lei, onde ocorre com a determinada possibilidade de abertura do ato. Estabelece essa possibilidade pela administração sendo previamente legitimada pelo legislador, possibilitando a sua existência através de remoção ex-officio de funcionário, a critério da própria administração para atender a conveniência do serviço. Outra forma é quando a lei for omissa onde ocorre por não prever todas as situações no momento de sua promulgação, onde a autoridade deverá decidir de acordo com os princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico. A lei não prevendo competência determinada não estabelece conduta, ocorre esse tipo de fator no caso do poder de polícia, onde há a impossibilidade de traçar condutas possíveis de lesão, contra a vida, a segurança pública, e a saúde. O poder discricionário é a possibilidade de controle pelo judiciário, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa tendo limites na própria Administração Pública estabelecida pela lei. O judiciário pode apreciar os atos de legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade, ocorrendo esse aspecto pode o judiciário invalidar o ato.

Para Meirelles (2011, p.99):

O ato praticado por autoridade incompetente, ou realizado por forma diversa da prescrita em lei, ou informado de finalidade estranha ao interesse público, é ilegítimo e nulo. Em tal circunstância, deixaria de ser ato discricionário para ser arbitrário- ilegal portanto. O erro do ato discricionário considera imune a apreciação, pois só a justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo.

Refere-se Carvalho Filho (2010, p.154):

que a Lei não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente administrativo. Ainda que procure alguns elementos que lhe restringem a atuação o certo é que em várias situações a própria lei lhes oferece a possibilidade de valoração da conduta. Nesses casos, pode o agente avaliar a conveniência a oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos. O Poder discricionário, portanto é, a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade. A outros aspectos que possibilitam limitações ao Poder Discricionário tendo no judiciário o controle sobre atos que dele se originarem.

O que proíbe o judiciário onde o juiz não é o administrador, não exerce basicamente a função administrativa, mas sim jurisdicional. Haveria, sem dúvida, invasão de funções, o que estaria vulnerando o princípio da independência dos Poderes. (Art.2 da CF). (CARVALHO, 2010.p.119).

Para Meirelles (2014, p.10):

O poder discricionário da administração se manifesta na escolha da penalidade que entender adequada ao caso ocorrente, a lei indica o processo de apuração dessas infrações, não pode a autoridade usar de outro meio de verificação, nem modificar o que está indicado. Na aplicação de penalidade, sua faculdade é discricionária; no procedimento para a verificação da infração, sua atividade é vinculada ou regrada. (Meirelles, 2014, pg.10).

De acordo com Meirelles (2014, p.11).

A responsabilidade pelos atos discricionários não é maior nem menor que a decorrente dos atos vinculados. Ambos representam facetas da atividade administrativa, a que todo o homem público, a que toda a autoridade há de perلustrar. A timidez da autoridade é tão prejudicial quanto o abuso do poder. Ambos são deficiências do administrador, que sempre redundam em prejuízo para a administração. A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta. Nesses espaços, a atuação livre da Administração é previamente legitimada pelo legislador.

O mérito empregado no âmbito das atividades administrativas, não deve ser confundido com o mesmo termo usado no âmbito do direito processual civil. O poder discricionário seria explicado também pela necessidade de matérias á situações concretas. (MEDAUAR, 2009, p.10).

Refere-se Di Pietro (2008, p.108) que:

No conceito de discricionariedade onde é uma adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, sendo contrária

O poder discricionário, caracterizado essencialmente como escolha de uma entre várias soluções, é conferido por normas legais e deve atender a parâmetros no seu exercício. (Medauar, p.110, 2009).

De acordo com Medauar (2010, p.114) que:

A discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não liberdade: ilimitada trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade vínculo, onde só vai exercer-se com base na atribuição legal, explícita ou implícita, desse poder específico a determinados órgãos ou autoridades.

A autoridade, ao exercer o poder discricionário, deve atender ao interesse público referente à competência que lhe foi conferida, e, por isso, a escolha que realiza é finalística, e algum setor da doutrina menciona a relevância do conhecimento fiel e completo. (MEDAUAR, p.114,2009).

Para Medauar (2009, p.114):

A margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade corresponde a noção de mérito administrativo. O mérito administrativo expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade a qual se conferiu o poder discricionário.

O tratamento doutrinário e jurisprudencial do poder discricionário vem evoluindo no sentido de circunscrevê-lo dentro de parâmetros, com vistas a direcioná-lo ao atendimento verdadeiro do interesse da população, impedindo abusos. (MEDAUAR, 116, p.2009).

De acordo com Medauar (2009 , p.116,2009) que:

Além dos requisitos de competência, forma, motivo, fim, em geral verificados depois da edição de medidas, a doutrina contemporânea volta seu interesse para o processo formativo da decisão. Daí resulta o cuidado com normas organizacionais e instrumentos pelos quais a autoridade possa conhecer e ponderar os diversos interesses envolvidos em cada situação.

A discricionariedade vista como liberdade- vínculo e a atenção dada aos mecanismos decisórios correspondem à ideia de que o processo eleitoral ou a nomeação para um cargo de confiança na cúpula do executivo não configuram passaporte para o absoluto. (MEDAUAR, p.117,2009).

De acordo com Medauar (2009, p.118):

Os estudos sobre o poder vêm se mencionando, como conceito, pois é possível expressar verbalmente o seu significado, o conceito indeterminado designa as fórmulas amplas, muito utilizadas no direito público e no direito privado, como, por exemplo, boa-fé, justo preço, valor histórico e cultural, perigo para pessoas e bens, ordem pública.

Refere-se Medauar (2009, p.118):

Os parâmetros do poder discricionário, também denominado limites, que incidem não somente sobre a edição de atos administrativos, mas também sobre as demais atuações, o poder discricionário deve observar as normas processuais e procedimentais, quando pertinentes à atuação, tais como: contraditório, ampla defesa, adequada instrução, inclusive com informações técnicas e atos probatórios, garantias organizacionais também se incluem entre os parâmetros do poder discricionário- Por exemplo: a composição e o modo de funcionamento interno dos órgãos, em especial dos colegiados que decidem ou atuam no processo de decisão; as regras de abstenção ou relativas a impedimentos, ligados ao princípio constitucional da impessoalidade.

A explicação do poder executivo na função de direção política e administrativa, aí incluído o poder regulamentar; as funções não poderiam ser desempenhadas corretamente se tudo fosse predeterminado. (Medauar, p.115, 2009).

Para Figueiredo (2006, p.215):

discricionários são os atos em que o administrador tem opções indiferentes, pois se qualquer delas for escolhida, haverá cumprimento da norma legal. Verifica-se que o ato discricionário não pode existir diante de conceitos teóricos ou unissignificativos, porque a Administração, nestes casos, estará diante de, apenas, possibilidade isolada.

Determinado o fato, “a Administração Pública, como o juiz, aplica a este a norma, reduzindo-a a provimento, e, assim, executa a valoração que a lei lhe confia”. (FIGUEIREDO, 2006 p.221).

De acordo com Figueiredo (2006, p.222):

Ao longo da Constituição, não há distinção entre atos vinculados e discricionários. No Direito Civil também se encontram conceitos plurissignificativos, tais como bom pai de família, bom comportamento, injúria grave. Todos são conceitos que comportam mais de uma acepção. Porém, no caso concreto, se a matéria estiver sub judice, será o juiz que os interpretará e atribuir-lhe-á significado.

A discricionariedade consiste na competência- dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critérios geral de razoabilidade e proporcionalidade gerais, e afastado de seus próprios "standards" ou ideologias, dos princípios e valores do ordenamento. (FIGUEIREDO, 2006 p.223).

Nos limites da dinâmica da discricionariedade, necessariamente, há a proporcionalidade, a boa-fé, a lealdade e a igualdade, que a tempo e hora, em tópicos próprios foram discutidas. Exemplo, a Administração regulamenta a lei para sua fiel execução, como deseja o texto constitucional. (FIGUEIREDO, 2006 p.224).

De acordo com Figueiredo (2006, p.224):

O princípio da igualdade não pode tolerar discrimenes não compatíveis com as situações discriminadas. Não pode tolerar que, em nome de vaga conveniência administrativa, permita-se a um o que se nega a outro. Como também não pode tolerar leis discriminativas que, pretexto de disciplinarem situações gerais, contemplem casos específicos, desigualando os iguais.

O fato qualificado juridicamente deve ajustar-se à previsão normativa, da maneira mais adequada possível, a fim de que se busque atingir, no caso concreto, o interesse público a ser implementado. (FIGUEIREDO, 2006 p.231).

Refere-se Figueiredo, (2006, p.231):

Se o administrador desbordou ou não os limites de sua competência, a verificação cabe ao controle interno e externo, neste último incluído o controle judicial, dos Tribunais de Contas e Parlamento. A doutrina também tem reconhecido que mesmo os atos políticos não refogem ao controle do judiciário.

A chamada competência discricionária da Administração só se justifica como garantia de concretização das finalidades assinaladas pelo ordenamento jurídico. O controle jurisdicional deve ir até o ponto em que remanesce dúvida ineliminável. (FIGUEIREDO, 2006, p.232).

Cita-se Figueiredo, (2006, p.232):

A competência discricionária não emerge do fato de o conceito não ser, desde logo, preciso. Necessário, primeiramente, buscarmos, na norma, o sentido e alcance do conceito. Depois da interpretação, deveremos nos alçar aos princípios e valores do ordenamento jurídico, a fim de precisar o conceito. Precisando o conceito ou determinado, por conseguinte, localizado na zona de certeza positiva, mister a verificação se a norma outorgou possibilidade de decisão ao administrador.

Docente das Faculdades Integradas Santa Cruz- FARESC. Graduado em Direito Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Advogado. E-mail – Contato@danieltakey.adv.br.
Discente do Curso de Direito das Faculdades Santa Cruz- FARESC. Email: Chicovis1@yahoo.com.br.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MEIRELLES, LOPES, Hely. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo :Editora Malheiros, 35ª edição, 2011.

CARVALHO, FILHO, DOS SANTOS, José. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora: Lumen juris 24ª Edição, 2011.

FIGUEIREDO, VALLE, Lúcia. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora: Malheiros: 8ª Edição, 2006.

DI PIETRO, ZANELLA, SILVIA, Maria. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas 21ª edição, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 13ª edição, 2009.