

Uma releitura do tradicional conceito de discricionariedade administrativa

Fabiana Mello Mulato¹

Sumário: 1 Introdução. 2. Origem do direito administrativo. 3 A discricionariedade administrativa. 4 Releitura proposta. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

À luz das transformações ocorridas na sociedade nas últimas décadas, a antiga visão jurídica – estática – merece ser revista, de forma a se coadunar com a atual estrutura social. O jurista diligente se vê quase que obrigado a rever antigos conceitos e a reformulá-los, a fim de que eles não se tornem obsoletos e, portanto, inúteis.

No âmbito do direito administrativo essa necessidade de rever conceitos se mostra bastante evidente, já que o administrador precisa ser dinâmico e, atualmente, as funções da Administração Pública cresceram sobremaneira, tornando impossível ao legislador prever todas as situações passíveis de ocorrência.

Surge aí a necessidade de se deixar certa margem de liberdade – que mais tarde se chamou de discricionariedade – para a Administração escolher dentre as várias possibilidades existentes aquela que mais se coaduna com o interesse público previsto em lei, sem que isso implique em ofensa a direitos individuais.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Especialista em Direito do Estado pela ESPGE/SP.

Entretanto, o Administrador não pode escolher livremente como outrora. Ele tem que obedecer à lei, aos critérios ali estabelecidos e sempre visar ao interesse público e ao bem comum.

O que se propõe no presente texto é que, devido à crescente utilização e invocação de princípios constitucionais – que alguns denominam de “constitucionalização do direito” – a ideia de submissão total do agir administrativo à lei positivada, *stricto sensu*, encontra-se superada, pois a Administração poderia agir subordinada diretamente à Constituição.

Assim, o presente trabalho visa a incitar uma releitura de todo o direito administrativo, com ênfase na teoria da discricionariedade administrativa, que vem se alterando ante o surgimento de vários direitos dos cidadãos. De fato, o administrador, ao fazer sua “escolha”, deve se pautar nos princípios e valores contemporâneos. A “fórmula” para se verificar a melhor escolha dentre as possíveis deve evitar o arbítrio e buscar a efetiva proteção e garantia dos direitos e interesses dos cidadãos, assegurados constitucionalmente.

2 Origem do direito administrativo

A origem do direito administrativo pode ser apontada como tendo ocorrido entre os séculos XVIII e XIX. É verdade que antes disso existiam normas administrativas, mas elas encontravam-se inseridas esparsamente no direito civil. E não estavam baseadas em princípios próprios: apenas regulamentavam a administração pública, como o funcionamento de seus órgãos, sua competência, poderes do Fisco etc. Não se podia falar, portanto, em direito administrativo como ramo autônomo.

Na Idade Média não havia espaço para a autonomia do direito administrativo como hoje conhecido, ou seja, com princípios informadores e institutos próprios. O rei era soberano e sua vontade era tida como lei. Todos deviam obedecê-lo, sem questionar seu entendimento ou suas decisões. Nessa época, portanto, não havia tribunais administrativos pois o rei tudo decidia, de acordo com sua conveniência.

Posteriormente, foram instalados tribunais judicantes, mas ainda subordinados ao rei, o que acabava apenas por “mascarar” o seu absolutismo.

Foi apenas quando o Estado começou a se desenvolver, caminhando para o Estado de Direito – que era calcado no princípio da legalidade e na separação de poderes – que o direito administrativo nasceu como ramo autônomo, ganhando contornos e princípios que lhe eram peculiares.

Ora, o Estado de Direito era marcado pela sujeição do Poder Público à lei e ao direito, pela declaração e garantia dos direitos fundamentais, funcionamento de juízos e tribunais protetores dos direitos dos indivíduos, criação e execução do direito como ordenamento destinado à justiça e à paz social.

Costuma-se dizer, portanto, que o direito administrativo nasceu com o advento das revoluções que acabaram com o velho e arcaico regime absolutista da Idade Média², dando início ao surgimento do Estado Moderno. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello já teve oportunidade de assim se manifestar a respeito:

“Constitui disciplina própria do Estado Moderno, ou melhor, do chamado Estado de Direito, porque só então se cogitou de normas delimitadoras da organização do Estado-poder e de sua ação, estabelecendo balizas às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas, e, outrossim, nas relações com os governados. Na verdade, o direito administrativo só se plasmou como disciplina autônoma quando se prescreveu processo jurídico para atuação do Estado-poder, através de programas e comportas na realização de suas funções.”³

E dentre as revoluções, a mais expressiva para o direito administrativo foi, sem dúvida, a Revolução Francesa. É que a França contribuiu inegavelmente para o nascimento do direito administrativo como ramo autônomo.

Os constituintes franceses pós-revolucionários abraçaram de tal maneira a teoria da separação de poderes que acabaram por entender que a solução dos litígios dos quais a Administração Pública era parte não poderia ser delegada ao Poder Judiciário, sob pena de ingerência e subordinação de um poder a outro. Para eles, a Administração Pública

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 24.

3 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1, p. 52.

deveria resolver seus conflitos internamente, sem necessitar levá-los a qualquer um dos outros poderes.⁴

A separação de poderes mostra-se, portanto, como um dos pressupostos do nascimento do direito administrativo como ramo autônomo. De fato, se a Administração não estivesse separada dos outros poderes, dificilmente haveria um direito específico para disciplinar a atuação do Estado-administração.

A teoria da separação de poderes difundiu-se com a formulação de Montesquieu, segundo a qual se distinguem três esferas, três funções estatais: a função legislativa, a função executiva e a função judiciária. Ainda segundo Montesquieu, cada uma dessas funções deveria ser atribuída a um órgão distinto e independente, como forma de se garantir um freio ao poder até então conhecido (do monarca) e, sobretudo, como garantia dos direitos dos indivíduos.

Neste contexto, portanto, não se pode sequer culpar os constituintes pós-revolucionários da França por sua visão rígida a respeito da separação de poderes. É natural que eles não tivessem confiança no Poder Judiciário. No regime anterior, que eles haviam acabado de derrubar justamente por não concordar, o Poder Judiciário era exercido pelo rei. Era o rei, portanto, quem ditava as regras, que por sua vez oscilavam consoante seu humor ou conveniência. Não havia qualquer segurança ou estabilidade dos julgados.

Por esses motivos, criou-se na França, ao lado da jurisdição comum, a jurisdição administrativa, também conhecida como contencioso administrativo, estabelecendo uma dualidade de jurisdição.⁵

4 A título de curiosidade, veja-se o artigo 13 da Lei francesa de 16 e 24 de agosto de 1790, segundo o qual “as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de serem acusados de alta traição, perturbar de qualquer maneira que seja as operações dos corpos administrativos, nem citar perante estes os administradores em razão de suas funções” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, cit., p. 26).

5 A *jurisdição é una*, como no Brasil, quando *apenas a um órgão se defere a competência de dizer o direito de forma definitiva*, ou seja, fazendo coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI). De outro lado, diz-se que *é dual quando há previsão de que dois órgãos se manifestem de forma definitiva sobre o direito*, cada qual com suas competências próprias. É exatamente o que ocorre na França, onde as decisões em matéria administrativa fazem coisa julgada material, cabendo ao Judiciário manifestar-se sobre os demais assuntos. Assim, na França, uma decisão administrativa não pode ser revista pelo Judiciário. O direito administrativo pátrio tem forte influência do direito francês, sendo que a principal diferença entre ambos os sistemas está justamente na natureza judicante da decisão do contencioso administrativo francês.

3 A discricionariedade administrativa

A análise da origem do termo “discricionariedade administrativa” tem seu início na época do Estado Liberal (séc. XIX). De fato, no Estado Absolutista não havia que se falar sequer em direito administrativo pois nessa época o rei era soberano e não se sujeitava a quem quer que fosse, o que incluía a lei.

Assim, apenas com o advento do Estado de Direito – que estabeleceu o império da lei – surgiu o direito administrativo. Isso ocorreu no início do século XIX, exatamente quando da formação da jurisdição administrativa francesa acima já comentada.

Nessa época, os atos administrativos eram tidos como atos de polícia, atos que formavam um poder autônomo do Estado, não limitado pela lei e nem sujeito a qualquer controle pelos Tribunais Administrativos.

Mas, a liberdade da Administração não se limitava a uma liberdade perante o Poder Judiciário/Tribunais Administrativos. Tratava-se de uma liberdade muito maior. A Administração, sempre que não estivesse proibida ou limitada por uma lei, era livre, poderia fazer o que bem entendesse.

Foi aí que surgiu a ideia de discricionariedade administrativa como a liberdade perante o Poder Judiciário e perante o legislador. Segundo António Francisco de Souza⁶, doutrinador português, esse foi o primeiro e mais amplo conceito de discricionariedade administrativa, surgido na França, repita-se, e que acabava por excluir, de qualquer controle judicial, as matérias então chamadas de polícia, ou graciosas, quer relativas à segurança quer relativas à ordem pública.

Já na segunda metade do século XIX, abandonou-se a ideia de matérias graciosas – não-contenciosas – e passou-se a falar em atos de governo ou atos políticos. Esses atos, porém, também não eram sujeitos ao controle judicial. Começou-se, nesse momento, a utilizar a expressão atos discricionários, atos de pura administração ou atos puramente administrativos: eram atos que não esbarravam em direitos adquiridos, embora às vezes atingissem “interesses” dos particulares.

⁶ SOUZA, António Francisco de. *A discricionariedade administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987.

Porém, pelo fato de o Estado, então Liberal, possuir atuação mínima na sociedade, o direito administrativo teve um desenvolvimento bastante reduzido já que se concentrava apenas nas funções essenciais, tais como a defesa contra os inimigos externos, a segurança interna e a administração da justiça.

Havia, pois, poucas leis cuidando do direito administrativo – já que havia poucas situações a regular. A regra do atuar administrativo era regida pelo princípio da legalidade, que possuía contornos bastante distintos dos de hoje.

De fato, atualmente, a máxima “*tudo o que não está proibido está permitido*” apenas vigora no âmbito das relações privadas pois, no âmbito das relações públicas, o princípio da legalidade permite se fazer apenas o que está previamente estabelecido em lei.

Mas no século XIX, a máxima acima transcrita vigorava tanto para a esfera privada quanto para a pública. A discricionariedade era a regra geral do atuar administrativo, sendo a ação administrativa encarada como um poder político, e não jurídico. E como poder político, não poderia estar sujeita a controle por qualquer outro poder, pena de insurgência de um poder em outro, em ofensa ao princípio da separação de poderes.

Surgiu aí a teoria do ato político na França, segundo a qual os atos políticos não seriam suscetíveis de qualquer reclamação ou recurso. Essa teoria disseminou-se por vários outros países, onde acabou sendo modelada consoante as peculiaridades locais de cada ordenamento.

No Brasil, as Constituições de 1824⁷, 1934⁸ e de 1937⁹ vedavam ao Poder Judiciário apreciar os atos de governo. Foi somente com o advento da Constituição de 1946 que se instituiu o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, passando a se permitir que um ato de governo, lesivo a algum direito individual, pudesse ser controlado pelo Poder Judiciário. Por oportuno, transcrevo o teor do artigo 141 da citada Constituição:

7 “Artigo 99 - A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.”

8 “Artigo 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”

9 “Artigo 94 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”

“Artigo 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos seguintes termos:

(...)

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

Nossa atual Constituição manteve tal princípio e gerou a proliferação de uma série de teorias e doutrinas a respeito dos atos administrativos que seria submetidos – e em que medida – a controle judicial.

Assim, várias foram as teorias desenvolvidas a respeito do mérito do ato administrativo discricionário, revelando profunda influência italiana, já que foi na Itália que se iniciaram os estudos nesse sentido.

Alguns doutrinadores pregavam que o Judiciário não poderia se manifestar; outros, que poderia e terceiros, ainda, que apenas poderia se manifestar no tocante à legalidade do mérito, ou seja, relativamente a seus aspectos legais, nos quais não há liberdade do administrador: competência, forma e conteúdo.

Segundo Renato Alessi:

“O conceito de mérito pode ser considerado sob dois aspectos: sob o aspecto meramente negativo, como limite ao poder de cognição do juiz de mera legitimidade (em sentido estrito) e sob o aspecto positivo, para indicar o pleno e perfeito ajustamento da medida à norma jurídica, ou seja, sua correspondência ao concreto interesse público, segundo um critério de efetiva oportunidade e conveniência. Sob o primeiro aspecto, o conceito de mérito se põe em antítese com o de legitimidade em sentido estrito – adquirindo um e outro um valor meramente processual – enquanto sob o aspecto positivo o conceito de mérito está compreendido no conceito de legalidade – ou legitimidade em sentido lato – da medida, adquirindo, ambos, valor substancial relativo à adequação efetiva, plena e perfeita à norma jurídica.”¹⁰

10 ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1949. p. 135.

4 Releitura proposta

A sociedade atual não é mais a mesma. Ela mudou, alterou-se, evoluiu. Conseqüentemente, seus anseios também se alteraram, se transformaram.

Sendo a função do direito permitir a concretização dos fins sociais, parece-nos cristalino que o direito não pode se manter apático ante as transformações ocorridas na sociedade.

Ele deve espelhar a realidade histórico-cultural e manter, junto com a sociedade, um complexo de relações em que conceitos como “homem médio”, “mulher honesta”, “liberdade” e “discricionariiedade” são entendidos de formas distintas ao longo da história e do desenvolvimento social.

No Brasil especificamente, vivemos uma situação bastante particular, já que ante sua enorme extensão territorial, possuímos “vários países dentro de um mesmo Estado”.

De fato, nas palavras de Eduardo Bittar:

“O Brasil vive a um só tempo, pré-modernidade (pense-se nas comunidades de pescadores da Amazônia), modernidade (pense-se no crescimento e no desenvolvimento tecnológicos que agora aportam em certas cidades brasileiras) e pós-modernidade (pense-se em metropolizações e conurbações urbanas dos grandes centros populacionais brasileiros).”¹¹

Assim, ao se analisar o direito brasileiro, deve-se ter em conta que os fenômenos pós-modernos, como a informatização e a telecomunicação mundial, a globalização econômica, a crescente privatização do Estado, a multinacionalização de empresas brasileiras e a terceirização das responsabilidades sociais, por exemplo, não se dão ou não se deram de maneira uniforme em todo o território nacional.

O intérprete deve levar em consideração essas diferenças e contrastes, que são de diversas naturezas: sociais, econômicos, geográficos, demográficos, climáticos etc.

Esse exercício exegético deve se dar em todos os ramos do direito, o que inclui o direito administrativo, aqui destacado.

¹¹ BITTAR, Eduardo. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 218.

E a única maneira de se proceder a esse exercício, sem que se incorra em arbitrariedades ou abusos, é abandonar o modelo estrita e exclusivamente positivista e buscar nos princípios que informam o ordenamento jurídico sua fundamentação.

Ora, os princípios são as diretrizes fundamentais de um ordenamento jurídico. Assim, totalmente lícito pensar que as condutas administrativas somente serão válidas e legítimas se forem compatíveis com tais princípios.

O que se pretende aqui não é alargar o conceito de discricionariedade, abandonando-se totalmente a legalidade – o que poderia, em última análise, até gerar algumas arbitrariedades. Não. Muito pelo contrário. O que se pretende aqui é acabar apenas com a até então intocável discricionariedade, no sentido da que não admite qualquer tipo de controle.

Não há, no atual estágio social em que nos encontramos, mais espaço para atos administrativos em desconformidade com o ordenamento jurídico, analisado como um sistema de valores, pena de retrocedermos no curso da história.

Atos administrativos que se afastem dos princípios constitucionais devem ser rechaçados pelo ordenamento.

Por oportuno, veja-se a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro a respeito da necessária amplitude do conceito do princípio da legalidade:

“(...) o princípio da legalidade não significa que, para cada ato administrativo, cada decisão, cada medida, deva haver uma norma legal expressa vinculando a autoridade em todos os aspectos. O princípio da legalidade tem diferentes amplitudes, admitindo maior ou menor rigidez e, em consequência, maior ou menor discricionariedade. Não é por outra razão que se distingue legalidade e reserva da lei, a primeira admitindo que o legislador estatua de forma mais genérica, deixando maior discricionariedade à Administração Pública para regular a matéria, e, a segunda, exigindo legislação mais detalhada, com pouca margem de discricionariedade administrativa; neste caso fala-se em legalidade estrita, tendo em vista que a Constituição é que reserva a matéria à competência do legislador.”¹²

12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 59.

Como se vê, a releitura do conceito de discricionariedade é inevitável. Não há mais como se entender o princípio da legalidade de maneira rígida. Há que se flexibilizar o entendimento de tal princípio, o que não significa, em absoluto, o seu total abandono. É apenas uma nova forma, um novo método de se interpretar o agir da Administração, no qual, ao lado do princípio da legalidade, outros princípios de mesmo calibre, como o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade, o da liberdade e o da segurança jurídica, entre outros, devem ser sopesados.

Não se trata também de abandonar totalmente o positivismo, mas apenas sua faceta estritamente formalista, com vistas a submeter a Administração – e todos os demais poderes – ao direito como um todo complexo e intrincado, “impregnado de todo o conteúdo axiológico inspirador do preâmbulo da Constituição de 1988, que se incorpora ao seu texto como diretriz fundamental a ser observada na elaboração das leis e na sua aplicação e exegese”.¹³

Para isso, e na esteira dos mais recentes entendimentos expressados por nossa Corte Superior, propõe-se analisar os atos administrativos discricionários à luz dos princípios constitucionais e dos objetivos e fundamentos consagrados em nossa Carta Maior: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político, construção de uma sociedade livre, justa e solidária, desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação.

5 Conclusão

De tudo quanto exposto, podemos concluir:

- 1) A sociedade não é estática. Ela evolui, se transforma, atualiza-se.
- 2) O direito administrativo, como aliás toda a sorte de outros ramos do direito, não pode ficar apático frente a essa constatação. Ele deve se amoldar a essa nova realidade, de forma a bem responder aos anseios da sociedade.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, cit., p. 232.

3) A cada vez maior utilização da Constituição, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, não pode passar despercebida aos operadores do direito. Nunca se falou tanto em supremacia da Constituição. Nunca se invocaram tantos princípios. Um novo modo de pensar e ver o direito, sob o prisma constitucional-principiológico, é, portanto, uma tendência que vem crescendo cada vez mais.

4) A discricionariedade não deve mais ser vista como a liberdade de atuação do administrador limitada apenas pela lei, como outrora.

5) O afastamento desse positivismo jurídico puro não significa, em absoluto, a redução ou o comprometimento da segurança jurídica, mas sim a busca do bem comum e da melhor implementação dos direitos e garantias assegurados constitucionalmente, por meio da observância de princípios outros tão relevantes quanto o da legalidade.

6) O conceito de discricionariedade administrativa deve, pois, ser ampliado. Deve deixar de ser visto apenas sob o âmbito da lei, formalmente considerada, para englobar todo o direito, assim considerado todo o sistema de leis, normas, regras e princípios, mormente os constitucionais.

6 Referências

ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffré, 1949.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

BITTAR, Eduardo. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SOUZA, António Francisco de. *A discricionariedade administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987.

