ISBN: 978-85-7846-440-0

O LIMITE DA DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO E SEUS REFLEXOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Alana Fagundes Valério[1]

Kelly Vida Leal[2]

RESUMO

O presente artigo visa analisar os limites da discricionariedade do ato administrativo e seus efeitos na criação e implementação de políticas públicas. Elaborado de acordo com o método analítico, com extração de referências doutrinárias, o trabalho aborda, primeiramente, os conceitos de ato administrativo e discricionariedade. Em um segundo momento, trata do tema políticas públicas, explicitando como se formam as agendas e a criação de políticas públicas e como o administrador público as efetiva. Por fim, realiza-se uma reflexão sobre o papel que a discricionariedade do administrador exerce na criação e efetividade de Políticas Públicas voltadas à população.

Palavras-Chave: Discricionariedade. Ato Administrativo. Políticas Públicas.

[1] Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Estagiária de Pós-Graduação no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Comarca de Cornélio Procópio. E-mail: lana.fagundes@hotmail.com

[2] Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: kvleal@hotmail.com

ISBN: 978-85-7846-440-0

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública é assunto de debate nos mais diversos espaços sociais, devido a sua importância na vida de todos os integrantes da sociedade, sendo que, dentre tantos poderes confiados ao administrador público, o poder discricionário é um dos que mais instiga debates em esfera acadêmica, devido a sua complexidade.

O conceito de discricionariedade administrativa suscita, recorrentemente, na doutrina administrativa nacional, divergências que são fomentadas pela maneira como o administrador público vale de seu poder para praticar atos administrativos, seja para a determinação de sanções, seja para a contratação de servidores comissionados, ou mesmo para a aplicação das políticas públicas previstas em sua agenda, e é justamente sobre os reflexos que a discricionariedade administrativa impõe na implementação das políticas públicas que o presente artigo se desenvolverá.

A margem de liberdade concedida ao administrador público para atuar, gera a dúvida sobre se a decisão do administrador público é efetivamente a melhor, diante de todas as possibilidades. Há, no Poder Judiciário, diversas denúncias de violações aos direitos dos administrados, em razão de atos administrativos pautados na discricionariedade do administrador público que, em verdade, são extremamente prejudiciais à população.

Por isso é imperioso observar quais são os limites da discricionariedade administrativa no que concerne à formação e efetividade das políticas públicas, sob a luz dos princípios constitucionais. Os limites da discricionariedade administrativa e a possibilidade de seu controle pelo Poder judiciário também serão debatidos, sem perder de vista a separação e independência constitucional dos Poderes.

Valendo-se do método analítico, o estudo tratará, primeiramente, do ato administrativo e da discricionariedade, com o intuito de apresentar alguns conceitos e, assim, facilitar a compreensão dos institutos, diante da sua complexidade. Em um segundo momento, serão abordados a criação e implementação das políticas públicas e todos os aspectos que permeiam o tema. Ao fim, buscar-se-á traçar a relação existente entre a discricionariedade administrativa e a efetivação das políticas públicas no Brasil.

ISBN: 978-85-7846-440-0

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 O ato administrativo e a discricionariedade

A forma como a doutrina atualmente apresenta o conceito de ato administrativo é muito bem representada pela lição Maria Sylvia Z. Di Pietro, que salienta que ato administrativo "é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita ao controle pelo Poder Público" (2016, p. 206).

Os requisitos do ato administrativo são competência, finalidade, forma, motivo e objeto, sendo que o ato administrativo só será válido se preenchido todos estes requisitos.

Sobre a competência, Di Pietro aponta que "a competência é definida como um conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo" (2016, p. 205), ou seja, trata-se do complexo de incumbências que o ordenamento jurídico atribui à Administração Pública.

Finalidade pode ser conceituada como o objetivo do ato, que a própria lei sugere, de forma explícita ou mesmo implícita, não havendo liberdade de decisão do administrador público.

Quanto à forma, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, (2011, p. 106) "a forma, é o meio pelo qual se exterioriza a vontade". E complementa que a vontade "reside na mente como caráter meramente psíquico, interno. Quando se projeta, é necessário que o faça através da forma" (2011, p. 106), o que, em outras palavras, significa que todo ato administrativo está vinculado à norma, pois, para que seja válido, o ato deve observar os ditames da lei.

O requisito motivo gera, em muitos casos, certa dúvida pois, pode causar uma confusão aparente com o princípio da motivação, previsto na Lei nº 9.784/99. Entretanto, motivação e motivos são conceitos distintos, sendo a motivação a exposição dos motivos que determinaram a prática do ato, ou seja, a exteriorização do que leva a Administração a praticar o ato, enquanto o motivo se trata da razão que enseja e resulta no ato administrativo. Não existe motivação sem motivo, mas o motivo antecede a própria motivação. Cumpre

ISBN: 978-85-7846-440-0

salientar que a motivação está intimamente com o ato administrativo vinculado, o que será analisado em tópico seguinte.

O requisito objeto, por sua vez, é ensinado por Di Pietro (2016, p. 204) como um conjunto dos direitos e obrigações criados, modificados ou extintos pelo ato administrativo e que deve ser lícito, possível, certo e moral.

No que tange à classificação, os atos administrativos podem ser classificados quanto seu regramento, destinatário, alcance, objeto e formação. Ao presente artigo, porém, interessa apenas a classificação quanto ao regramento, que divide os atos administrativos em vinculados discricionários. É preciso destacar, desde já, que inexiste qualquer antítese entre atos vinculados e atos discricionários, sendo ambos de mesma natureza, distinguindo-se apenas quantitativamente, de acordo com o grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador à Administração.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello os atos vinculados “são aqueles praticados pela Administração sob a determinação de uma disposição legal que predetermina objetiva e completamente o comportamento a ser adotado em situação descrita” (2007, p. 358), o que pode ser traduzido como os atos possuem um procedimento vinculado à letra da lei, não dando margem para qualquer variação do que está disposto em lei. O ato administrativo vinculado, portanto, conecta o agente executor ao modo estabelecido pela lei, reproduzindo fielmente suas determinações.

Já o ato administrativo discricionário tem relevância ímpar, por isso a necessidade de abordar suas especificidades. A discricionariedade tem origem na impossibilidade de disciplinar todos os aspectos em que a Administração atua, sendo indispensável atribuir ao agente público certa margem de flexibilidade para atingir o interesse público.

Marçal Justen Filho assinala a discricionariedade como um “dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto”. (2006, p. 161), enquanto para Weida Zancaner, o exercício do poder discricionário “é uma forma de atribuição concedida ao administrador pela legalidade, não podendo, portanto, ser entendida como uma faculdade extralegal, marginal ou anterior ao direito” (2001, p.48).

A discricionariedade passou a ter maior importância a partir da Revolução Francesa, da teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu (1869) e do

ISBN: 978-85-7846-440-0

advento do Estado Liberal, quando houve a imposição de limites às atividades dos órgãos estatais, em face da defesa dos direitos de primeira geração dos cidadãos.

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, que levou ao reconhecimento não apenas das liberdades e garantias individuais, mas também dos direitos sociais, o “poder discricionário” do administrador público passou a ter novo sentido, pois ainda que houvesse margem de liberdade ao administrador, o arbítrio estatal passou a ser coibido por meio da reserva de lei e do princípio democrático.

Ao surgir o Estado Democrático de Direito, duas concepções políticas, advindas da Revolução Francesa, passaram a convergir, sendo que a primeira advém da máxima de que “todo poder emana do povo”, proferida por Rousseau, e a segunda, por sua vez, remonta a Montesquieu e consiste na tripartição de poderes.

A discricionariedade do ato administrativo não pode, em razão destas concepções, perder de vista a finalidade do ato, que é a obtenção dos interesses almejados pela coletividade, o que remonta a ideia de que, antes mesmo de se falar de poder discricionário da Administração, há um certo “dever discricionário” do agente público.

Sem dúvida, a Administração não tem a possibilidade de exercitar ou não um poder ao seu bel prazer, visto que o ordenamento jurídico confere a ela o dever de fazê-lo, sendo que a atuação da Administração Pública encontra limites não só na finalidade legal, mas na Constituição e no primado harmônico dos direitos fundamentais, buscando sempre a efetividade do direito à boa Administração Pública.

O controle pelo Judiciário se faz necessário diante da possibilidade de desvios, mas é imperioso mencionar que essa possibilidade de controle não pode se tornar uma judicialização invasiva ou uma falta de deferência à esfera administrativa. O mérito administrativo não pode ser substituído pelo entendimento judicial, mas o demérito, seja atinente ao excesso quanto a omissão, deve ser.

2.2 A criação e implementação de políticas públicas

ISBN: 978-85-7846-440-0

A partir das exposições já feitas, fica evidente a presença da discricionariedade administrativa também no campo das políticas públicas. Impende, então, apresentar um conceito jurídico de políticas públicas. Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39) conceitua políticas públicas como programas de ação governamental resultados de um conjunto de processos (de planejamento de governo, orçamentário, legislativo, administrativo e judicial), que objetiva coordenar os meios à disposição do Estado para a realização de projetos social e politicamente determinados.

É nítido que o conceito de políticas públicas transita por ações de natureza pública que revelam a íntima ligação das funções desempenhadas pelo Estado para a concretização dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988, o que evidencia que não existe exclusão de nenhum dos Poderes que constituem o Estado quanto ao compromisso de efetivar as políticas públicas, uma vez que a Constituição Federal dá a direção e regula a atuação do Estado, assim compreendido na totalidade dos poderes.

Vale aqui destacar as palavras do Professor Valter F. Santin que preleciona:

> A separação das funções estatais em legislativa, executiva e judiciária não impede o controle judicial. A atividade jurisdicional do Estado, por meio do Judiciário, na solução da lide entre particulares ou entre particulares e órgãos estais ou entre órgãos estatais, é compatível com o sistema porque o controle último dos órgãos estatais procede-se pelo processo judicial (SANTIN, Valter Foleto, 2004, p. 223).

Considerando a concepção atual da harmonização dos poderes, é possível perceber que a elaboração dos planos de governo, que executam as políticas públicas em diversas áreas da Administração Pública, ficam a cargo do Executivo e do Legislativo, e estes poderes são os mesmos que vencem as eleições.

É importante se destacar neste momento a formação da agenda de políticas públicas, bem como o seu ciclo. Existem vários tipos de “agendas” – “do Estado”, “governamental”, “de decisão” etc. – que coexistem, mas cujas questões nem sempre coincidem. Saliente-se que a formação da agenda depende do reconhecimento de situações diversas como “problemas políticos” a serem solucionados, ou seja, a formação de agenda se trata da definição feita pelo governo de uma lista de questões que precisam ser resolvidas por meio de políticas públicas.

ISBN: 978-85-7846-440-0

Assim, a formação da agenda é influenciada por vários fatores, como: a) os problemas cujo reconhecimento é afetado por crises, pela ação coletiva organizada ou por oportunidades políticas; b) os atores visíveis, invisíveis e as comunidades políticas; c) a existência de propostas ou concepções prévias que viabilizem a busca de solução para os problemas; d) os eventos da vida política, como eleições, crises, etc.

A formação de alternativas é um dos mais importantes momentos do processo decisório, sendo que as decisões estruturantes são bastante amplas e definem as diretrizes das políticas, enquanto as decisões ordinárias são delimitadas pelas estruturantes e se referem a aspectos específicos das políticas. Após esta etapa, inicia-se o processo que implementação da política pública, que é bastante complexo, pois envolve novas decisões, simultâneas e subsequentes à execução de diversas medidas da política. O acompanhamento, o monitoramento, a avaliação e o controle das políticas públicas são processos importantes para que estas ganhem efetividade, resultando não apenas em intervenção na realidade, mas também em transformações dos problemas em situações solucionadas.

Há, por fim, diversas ações entre as diferentes agências e de programas desarticulados no interior de cada uma delas. As possibilidades de escolhas atribuídas ao Executivo neste momento são amplas e pequeno é o número de situações nas quais os investimentos têm finalidade vinculada, como ocorre com a educação e a saúde, e desta forma, a omissão arbitrária da Administração na concretização de direitos sociais é frequente na conjuntura atual do país, o que resulta na intervenção judicial, em forma de ativismo, com o fim de direcionar a escolha de prioridades orçamentárias adotadas pelo governo.

2.3. Os efeitos da discricionariedade na inserção de políticas públicas

As políticas públicas são, desde muito tempo, um campo em que a discricionariedade administrativa se manifesta de maneira muito clara. O procedimento de formulação e de implantação das políticas públicas demanda inúmeros atos discricionários. Isso se dá, nas palavras de Juliana Maia Daniel, pelas seguintes razões:

> (...) a primeira, porque esse caráter provedor do Estado se mostra mais intenso na efetivação das políticas sociais; a segunda, porque as normas fundamentadoras dessas políticas encontram abrigo na Constituição Federal, e são marcadas pelo caráter programático da

ISBN: 978-85-7846-440-0

> efetivação dos direitos fundamentais. O caráter programático dessas normas, cujas finalidades vêm estatuídas na forma de *conceitos de valor,* são irredutíveis a uma objetividade completa. Nessas situações, além de toda a interpretação possível, remanescerá sempre ao administrador alguma discrição em sua escolha diante da situação concreta. Se por um lado a carga semântica aberta dos princípios e direitos fundamentais é indispensável para atingir o comportamento ótimo exigido do administrador na aplicação da norma, por outro, a margem de liberdade acaba propiciando arbitrariedades pelo agente Estatal. (DANIEL, Juliana Maia Daniel, 2011, p. 18)

E complementa:

> De se considerar, ainda, que as políticas públicas visam à consecução dos direitos sociais que, por exigirem uma atuação direta do Estado, indubitavelmente possuem um custo mais alto que os direitos civis e políticos. É certo que esses últimos possuem um custo que não pode ser ignorado, pois exigem a manutenção de um aparato estatal; todavia, a realização de direitos sociais como a saúde e a educação têm interferência muito maior no orçamento público. De mais a mais, esses “gastos institucionais” incorridos pelo Estado na manutenção do aparato para realização dos direitos civis e políticos também são indispensáveis na efetivação dos direitos sociais, tratando-se, pois, de “gastos diluídos” na efetivação de todo e qualquer direito, não servindo de base para a comparação entre o custo dos direitos sociais e econômicos, de um lado, e o custo dos direitos civis e políticos, de outro. (DANIEL, Juliana Maia Daniel, 2011, p. 18)

As políticas públicas são, portanto, a esfera em que as maiores arbitrariedades são cometidas pelos agentes estatais no exercício de suas funções e, consequentemente, consistem no plano no qual a intervenção do Judiciário se manifesta de maneira contundente para que, ao mesmo tempo que deva coibir os abusos, consiga também viabilizar a eficácia dos direitos sociais.

Outro ponto que deve ser levantado quando se trata de políticas públicas é a questão do orçamento, pois este é invocado inúmeras vezes pela Administração para que escolha entre uma ou outra implementação de políticas públicas previstas na agenda. Na medida em que a discricionariedade do agente atinge a escolha das prioridades orçamentárias, não pode a discricionariedade ser imune ao controle judicial sob o manto dos juízos de “oportunidade e conveniência” ínsitos à Administração, pois é o orçamento que autoriza a existência e o manejo dos recursos necessários à efetivação máxima das políticas públicas.

Boa parte dos debates no tocante à omissão administrativa na implementação de políticas públicas incide sobre o orçamento, sob o argumento do limite da “reserva do possível”, invocado de forma reiterada pela Administração Pública, para afastar o controle do Judiciário em suas condutas omissivas, que colocam em xeque a efetividade de todo o sistema estatal.

ISBN: 978-85-7846-440-0

Porém, não pode a Administração Pública se valer da cláusula da reserva do possível para se esquivar da obrigação de garantir os direitos sociais sem que a aplicação desta cláusula seja claramente fundada, como bem consignou o Ministro Celso de Mello em seu voto no processo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45:

> Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Assim, se por um lado o orçamento público não pode mais ser considerado esfera intocável pelo Judiciário, de outro a decisão judicial deve usar da razoabilidade na avaliação das possibilidades do orçamento, fixando prazos razoáveis e compatíveis com a execução orçamentária.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais sociais juridicamente reconhecidos e abstratamente devidos aos cidadãos implicam, para a sua concretização, na adoção de políticas públicas, cujas etapas caracterizadoras da adoção acarretam a identificação dos temas problemáticos a serem objeto das políticas, assim como da definição de uma agenda específica, orientada por prioridades, para se chegue à eleição dos pontos que, efetivamente, virão a ser objeto de ações governamentais ou da administração, para, daí, se verem operacionalizadas, sob a forma de planos de ação e desencadeamento de ações administrativas fáticas.

Certo mesmo é que as posições não são puramente jurídicas, nem, muito menos filosóficas, tem-se, sim, um choque efetivo de interesses políticos, cujos argumentos de sustentação penderão para um lado ou para outro, muito discutivelmente, de um lado, emprestando-se fundamentos da tese que apropria o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, aí incluídas as de eficácia limitada, também, em que pesem as restrições decorrentes de sua própria arquitetura; de outro, arguindo-se a impossibilidade orçamentária ou de responsabilidade fiscal em atuar de forma prestacional em casos de insuficiência

ISBN: 978-85-7846-440-0

de recursos ou de previsões aplicativas dos mesmos, segundo a Tese da Reserva do Possível.

Daí concluir-se que a escorreita utilização de elementos como a razoabilidade e a proporcionalidade, aliados à discricionariedade deve sempre caracterizar a atividade dos agentes políticos no processo de elaboração e implementação das políticas públicas na busca do bem comum e do bem-estar social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** nº 45, Brasília, DF, 29 abr. 2004. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Acesso em: 10 set. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em Direito**. In "Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico". São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 2º ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DANIEL, Juliana Maia Daniel. **Discricionariedade Administrativa em Matéria de Politicas Publicas.** Disponível em: http://www.veirano.com.br/upload/content_attachments/16/Discricionariedade_Administrativa_em_Materia_de_Politicas_Publicas_2011_original.pdf. Acesso em 09 de junho de 2017.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas 29ª. ed. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MONTESQUIEU. **De L'esprit des lois**. Paris: Garnier Frères, Libraires Éditeurs, 1869.

SANTIN, Valter Foleto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência na prevenção e repressão ao crime.** São Paulo: Verbatim, 2013.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2001.