

PODER DISCRICIONÁRIO

O poder discricionário é o conjunto de prerrogativas apresentadas aos agentes públicos que possibilitam **a eleição de uma conduta, dentre as possíveis pela lei**, que melhor atenda ao interesse público.

É uma manifestação do princípio da legalidade, pois a Administração Pública só pode atuar dentro do que é permitido em lei; ocorre que **a lei não é capaz de prever todas as circunstâncias possíveis** em uma sociedade contemporânea e dinâmica como a atual. Para isso, dá-se ao administrador uma **margem de atuação** que lhe permita fazer um juízo de adequação (**conveniência e oportunidade**) em relação à situação apresentada.

Conveniência e oportunidade são os elementos nucleares do poder discricionário.

A primeira indica em que condições o agente toma ação. É conveniente, naquela situação, aplicar o que se pretende? Seria lesivo, ou haveria outra solução menos onerosa?

A segunda diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida. É oportuno, naquele momento, aplicar o que se pretende? Será que esperar momento posterior não é menos prejudicial, ou que já não cabe mais tal aplicação, pois que se passou o tempo adequado?

Vale ressaltar que a margem de independência dada ao Administrador não é absoluta, nem atende às percepções pessoais deste acerca da situação. **A única conduta esperada** do administrador ou do agente público **é a de análise da situação e a adequação das hipóteses legais** a ela. A mesma lei que permite tal balanço o limita.

O mérito administrativo não se esgota ao momento de preparo e realização do ato, ele também pode ser encontrado no momento da revogação deste.

OBS: Discricionariedade X Arbitrariedade – a arbitrariedade é a atuação sem precedente legal por parte da autoridade administrativa; nela, a autoridade age de acordo com seu simples juízo de oportunidade sem respaldo ou justificativas legais, e nada tem isto a ver com o conceito de discricionariedade que acabamos de estudar, tendo em vista que o ponto de partida da discricionariedade é justamente a lei. Entende-se que, nesta seara, o princípio da legalidade mostra-se mais forte, pois, muitas vezes, no atuar do Direito Administrativo, uma série de direitos fundamentais são relativizados e sofrem diminuições. Ocorre isto comumente quando os agentes confundem suas faculdades discricionárias com sua livre arbitrariedade. E este é o perigo que a margem de escolha que se transforma em abuso de poder oferece.

Tratando-se o ato administrativo de uma manifestação tão adstrita à legalidade, o Judiciário pode exercer controle sobre ele? É uma situação delicada, pois **envolve a separação dos poderes e as atribuições específicas**, tanto do Poder Judiciário de apreciar situações que envolvam

ameaça à legalidade ou uma violação de fato, quanto do Poder Administrativo de gerenciar recursos a fim de que o interesse público seja alcançado. Neste sentido, **quanto ao mérito administrativo em si**, não há possibilidade de haver um controle judicial, pois é uma manifestação pura do poder administrativo; já **em relação à adequação deste ao disposto em lei**, sim, pode e deve haver intervenção judicial se necessário.

PODER VINCULATIVO

Apesar da nomenclatura de “poder”, esta espécie de atribuição do Poder Administrativo mais se assemelha a um dever, pois se entende que, nesta hipótese, a Administração Pública **não dispõe de liberdade para exercer um juízo de conveniência e oportunidade**. A vinculação restringe o ato do administrador podendo sua discricionariedade. Haverá, então, nos casos de atos vinculativos, apenas uma opção de comportamento a ser adotado no ordenamento jurídico, e ele deve ser concretizado em estrita conformidade com o disposto.

Nesta esteira, surge o questionamento sobre a hipótese de este “poder-dever” gerar um **direito subjetivo ao administrado**. Sendo uma situação **completamente regida pela legalidade**, entendemos que, sim, os administrados possuem direito subjetivo àquela determinação legal, e que a Administração Pública não dispõe de alternativa a não ser reconhecê-lo.

Na verdade, vê-se que o ato vinculado não confere ao administrador qualquer prerrogativa de direito público, configurando-se mais como **restrição** que como **poder** administrativo. Também por isto, nota-se que o controle de legalidade feito pelo Judiciário ao ato vinculativo tem muito mais efetividade do que o feito ao ato discricionário, pois pode aquele ser verificado mais objetivamente, já que todos os elementos do ato têm previsão na lei. Sendo assim, havendo adequação entre ato e texto legal, aquele será válido; não havendo esta adequação, estaremos diante de vício de legalidade e haverá provável invalidação do ato.