

Fronteiras da Administração Pública

IV — O Papel da Discricionariedade na Moderna Administração

JOHN GAUS

(Trad. de Tomás de Vilanova Monteiro Lopes)

NA maioria dos países a discricionariedade administrativa cresceu rapidamente em objetivo e importância. “A discricionariedade administrativa”, como Laski observou, “é da essência do Estado Moderno”. A história do governo revela a sucessiva transferência do poder discricionário do legislativo para o judiciário e deste para a administração. Isso não significa que tenha havido uma renúncia absoluta do poder discricionário pelas três esferas do governo entre si. A discricionariedade é comum a todas as atividades e órgãos do Estado. A transferência a pouco mencionada, refere-se ao deslocamento de discricionariedade de um para outro foco. Em suma, a discricionariedade dos funcionários públicos avantajou-se relativamente à dos tribunais e das legislaturas. O processo histórico confirma a observação de Dean Pound a respeito dos progressos institucionais nos Estados Unidos. Dirigindo-se à “American Bar Association”, em 1919, disse Pound:

“Nos começos de nossa história política o legislativo deteve a liderança... A seguir, notadamente a partir da expedição do “Fourteenth Amendment” até a primeira década do presente século, os tribunais conquistaram uma supremacia definida... A hegemonia do executivo está muito próxima. Assim como o século dezoito e a primeira parte do século dezanove repousaram nos tribunais, e a última metade do século dezanove no legislativo, o século vinte está não menos claramente repousando sobre a administração”.

A adoção de normas jurídicas elásticas (*) tornou-se comum nos Estados Unidos, particularmente a partir da administração de “recuperação” posta em prática pelo Presidente Roosevelt. Recentes decisões judiciais, como a da Suprema Corte a respeito da “National Recovery Administration” e a conservação do petróleo, em verdade restringem a discricionariedade do executivo em muitas questões importantes, mas representam exceções no avanço em largo *front*. A evolução do governo americano processou-se “partindo de uma legislação genérica para o poder administrativo, de pôr em prática tal legislação conforme

requisitos específicos”. Os funcionários públicos são não somente investidos do poder de completar em detalhes as leis gerais, como também recebem, em escala crescente, o poder de arbítrio — autoridade que podem usar ou deixar de usar, dependendo de circunstâncias futuras. Assim, quer nas altas esferas da política administrativa, quer nas questões de rotina cotidiana, a discricionariedade do funcionário cresceu rapidamente nestes próximos anos. Não é de surpreender, portanto, que a prática atual tenha ido além das fórmulas teóricas dos tribunais.

E’ clara a necessidade de reconsiderar as idéias históricas que até aqui delimitaram o campo da discricionariedade administrativa. Antigas teorias devem ser refrescadas, desde que possam importar na criação de novas fórmulas. Qualquer análise do sentido e da natureza da discricionariedade é capaz de suscitar algumas questões fundamentais, como o sentido que modernamente se atribui à lei e à doutrina da separação dos poderes, bem como à relativa competência, em certas circunstâncias, do judiciário e dos departamentos administrativos. A discricionariedade administrativa, matéria enganadora, precisa ser estudada com o máximo realismo.

O termo discricionariedade é usado em dois sentidos diferentes. Frequentemente, significa prudência, discernimento, julgamento — o que também pode ser chamado de autolimitação. Também significa liberdade de escolha entre alternativas — dando a idéia de um arbítrio que fixa as regras e fiscaliza a observância das mesmas. Isso é perfeitamente natural, porque, de ordinário, o ato que envolve o exercício do julgamento ou da decisão não atrai a atenção de ninguém, a não ser daqueles a quem afeta de imediato; via de regra, somente quando se verifica a intervenção dos tribunais é que concedemos particular atenção à discricionariedade. Os atos discricionários do tipo “garden variety” ocorrem tão freqüente e naturalmente que de ordinário lhes dispensamos pequena consideração. Todavia, do ponto de vista do administrador, essas questões de exercício da

(*) O oposto de “normas jurídicas rígidas” ou “padrões” (*standards*) — Nota do tradutor.

discricionariedade são da mais vital importância — de muito maior significação prática do que os precedentes estabelecidos pelos tribunais. Para que tenhamos uma visão realística da discricionariedade, devemos ver o quadro inteiro — incluindo tanto as espécies de discricionariedade pouco divulgadas como as que atraem a atenção popular. Até aqui a discricionariedade tem sido vista com os olhos dos legisladores; tentemos observá-la também do ponto de vista do administrador.

Podemos distinguir vários níveis de discricionariedade, tudo dependendo, principalmente, do tipo de negócios públicos; estes podem ser classificados como de rotina, de emergência, de controle, e as situações de conflito social que aí cabem implicam o poder discricionário. A classificação acima proposta não tem nada de definitivo ou de completo, mas parece cobrir com exatidão os principais tipos da atividade administrativa.

O mais comum nível de discricionariedade administrativa é o que se prende aos trabalhos de rotina. Onde o Serviço é de grandes proporções e as relações com o público são muito estreitas, como por exemplo no serviço postal, o número de problemas de natureza discricionária, suscitados pela rotina cotidiana é naturalmente muito grande. O funcionário postal, no volume de casos surgidos cada dia, tem que decidir se as cartas apresentam o peso exato, ou em verdade, apresentam excesso de peso. Neste caso, a discricionariedade é matéria de longa experiência, importando quase em intuição. Onde é possível e prático o uso de normas estas são estabelecidas, mas um mínimo de discricionariedade inevitavelmente subsiste.

Freqüentemente os mínimos de discricionariedade constituem matéria de senso comum, conveniência ou cortesia. O que ocorre com uma carta erroneamente endereçada serve de exemplo a este respeito. Quando um carteiro se certifica de que nenhuma pessoa com o nome indicado num certo endereço reside atualmente aí, pode simplesmente largar a carta na caixa de correspondência e deixar o mais a cargo do dono da casa. Nas áreas metropolitanas onde os carteiros têm longos itinerários e as pessoas moram em apartamentos, agir desse modo é normal e provavelmente necessário. Noutras jurisdições postais, entretanto, o carteiro investiga entre os moradores do local o exato endereço do destinatário. Em tais casos, ele conhece melhor as pessoas residentes na área compreendida no seu itinerário, o que aliado a outras circunstâncias torna possível a investigação. Assim, se as autoridades postais decidirem que investigações dessa ordem redundam em economia de tempo e despesas administrativas uma norma geral pode ser baixada e, então, o campo da discricionariedade ficará mais limitado. A discricionariedade muitas vezes conduz à experimentação; práticas mais aperfeiçoadas podem surgir; e, como resultado final, aparecer uma nova norma.

No segundo tipo de situação discricionária que acima distinguimos, nomeadamente, em maté-

ria de emergência, a necessidade e liberdade da discricionariedade administrativa evidenciam-se mais claramente do que em qualquer outro caso. Sob o título geral de situações de emergência incluem-se atos tais como o estabelecimento de quarentenas, a destruição de rebanhos doentes, a demolição de edifícios inseguros, a demolição de edifícios contíguos em caso de grandes incêndios, e a decretação da lei marcial. Em geral os poderes de emergência invariavelmente envolvem a segurança pública e freqüentemente dizem respeito à proteção da saúde e da propriedade.

Nas situações de emergência a rapidez de ação é essencial. Por isso a ação do administrador não deve sofrer outras limitações que não as da experiência, do instinto e do raciocínio conjugado. De qualquer modo, na fase inicial, seu único limite é de ordem administrativa e consiste na supervisão e no controle pelo superior hierárquico. Em muitos casos esse tipo de controle é possível, quando, por exemplo, um inspetor de construções considera necessária a demolição de um edifício, ou quando a descoberta de uma epizootia reclama uma larga quarentena e o sacrifício dos rebanhos doentes. Mas o julgamento individual é o que predomina em muitas situações de emergência; e deve ser assim para que o público tenha proteção. Se a administração ficasse manietada pelos recursos dos particulares aos tribunais, antes da execução da medida de emergência, a sociedade seria desde logo seriamente prejudicada e as funções de polícia do Estado ficariam desmoralizadas. Daí o sábio princípio de que o procedimento judicial só é permitido depois de tomada medida de emergência e, então, a questão da legitimidade do ato se reduz a matéria de jurisdição e de lei; distinguindo-se, assim, das questões de discricionariedade e do fato.

Um terceiro campo da discricionariedade administrativa entende com o que se convencionou denominar de situações de "controle". Exemplos de poderes administrativos, referentes a esse campo são o licenciamento de lojas e profissões e inspeção de negócios e fábricas. Como uma subseção na mesma podem ser incluídas situações de controle dentro da estrutura do próprio governo, como por exemplo, os casos relativos a demissão e disciplina dos funcionários. Será desnecessário dizer que certos aspectos da administração geral do governo, tais como os controles das finanças e do pessoal, com freqüência envolvem importantes manifestações do poder discricionário. Em realidade, é possível classificar os poderes discricionários em internos e externos.

No que diz respeito a licenciamento e inspeção um elevado grau de discricionariedade é necessário e permitido. Essas funções governamentais relacionam-se com a concessão de privilégios, a proteção da segurança e da saúde, e a manutenção de certas condições mínimas. Naturalmente, pois, a escolha entre duas alternativas e o estabelecimento daquelas condições constituem parte essencial do processo da efetiva administração. A

questão de fato referente ao “razoável asseio” de uma casa de pasto, a “satisfatória capacidade e experiência” de um barbeiro, ou a “segurança” de uma serra circular, não podem ser precisamente definidas em lei. O intento e o propósito desta só podem ser alcançados através do exercício de uma criteriosa discricionariedade por parte de administradores qualificados.

As situações de controle envolvem no seu curso o mecanismo administrativo, as discricionariedades internas, como também reclamam a liberdade de decidir entre alternativas. Os padrões legislativos são formulados sob a forma de leis de orçamento, leis de concessão de crédito, leis de serviço civil, e códigos administrativos. Nas lacunas existentes entre esses padrões situam-se os problemas de discricionariedade, com os quais lida a chefia administrativa. Os termos gerais da lei devem ser observados e certas normas devem usualmente ser seguidas, nas decisões relativas a julgamento de questões de fato que comumente se apresentam. O progresso da administração pública na última geração explica-se em grande parte pelo aumento da liberdade dos funcionários, a quem foi concedido o poder de, diretamente, sem interferência do legislativo nem do judiciário, dirigir as funções da administração geral do governo.

O quarto campo da discricionariedade administrativa é o que diz respeito a situações de conflito social, como as exprime o trabalho da “Interstate Commerce Commission” da “Federal Trade Commission”, das comissões de utilidades públicas, das comissões de acidentes industriais e das juntas do trabalho. Tem-se escrito mais sobre a discricionariedade administrativa referente a esses problemas de conflitos sociais, do que a respeito da discricionariedade em qualquer outro plano da administração. Isso era de esperar, uma vez que as questões ali em jogo se revestem de grande importância e afetam muitos interesses. Então, também, as legislaturas traçam normas gerais a serem seguidas pelos funcionários públicos, dentro do “razoável”, “justo” ou “necessário”. O reforço que ao funcionário podem prestar os técnicos e peritos está implícito na estrutura do trabalho de regulamentação. O legislativo fixa as linhas gerais de orientação; as comissões, gradualmente, estabelecem as normas e princípios suplementares; e, no aperfeiçoamento dos padrões administrativos, tanto quanto na solução dos problemas novos, a discricionariedade é o constante fator de expansão da lei e da administração.

A discricionariedade, pois, não se reveste sempre da mesma aparência externa nem é igualmente essencial em todas as manifestações da administração. Sua *saison d'être* varia em grau de acordo com o objeto do ato e a natureza da atribuição administrativa. Rotina, emergência, controle e situações de conflito social, como vimos, suscitam diferentes problemas para o administrador. Mas, justamente porque é comum a todos os setores do governo, a discricionariedade está

presente em todas as formas da atividade administrativa.

É usualmente verdade, como proposição geral, que os funcionários de maior categoria concede-se mais poder discricionário do que aos de menor categoria. Não será verdade dizer, por outro lado, que o poder discricionário está na razão direta do grau de hierarquia. O poder discricionário conferido a um grupo de pequenos funcionários é, certamente, digno de nota. Exemplificando: um chefe de polícia pode decidir colocar num certo bairro da cidade somente a metade de patrulheiros designados para outro; ou pode resolver reduzir o número de oficiais do tráfego e aumentar a força de detetives. Eis aí, claramente indicados, relevantes atos de discricionariedade: — decisões de polícia, envolvendo a escolha entre duas alternativas. Ao mesmo tempo a média dos patrulheiros defronta-se com a necessidade de tomar importantes decisões que implicam julgamento e discricionariedade. Devem os atos de uma pessoa levemente embriagada ser considerados como conduta contrária à ordem? Devem os violadores do tráfego ser automaticamente multados ao invés de lhes fazer um apelo à consciência, dando-lhes outra oportunidade? No ponto em que, freqüentemente, o funcionário e o cidadão se encontram, grande número de questões de discricionariedade tendem a surgir. Por outro lado, o caixa de um departamento municipal de águas pode lidar com centenas de cidadãos por dia e quase nunca surge um caso de exercício de poder discricionário. Se surgem questões ou reclamações, o consumidor é encaminhado a um funcionário especial.

Quando um caso que encerra discricionariedade administrativa é levado perante o tribunal, a decisão provavelmente girará em torno da questão da natureza “vinculada” ou “discricionária” do ato. Diz-se que um ato é vinculado quando a lei prescreve, em detalhe, os deveres do funcionário, não lhe dando oportunidade de deixar de agir, nem lhe abrindo alternativa no curso da ação. O ato é discricionário quando o funcionário recebe da lei a jurisdição, mas para agir sem caráter mandatário; neste caso, a escolha entre alternativas e até mesmo a renúncia total à ação compreendem-se nos direitos do funcionário.

Mas o rumo a seguir é expressamente fixado. O legislativo não diz: “Este poder é discricionário; deixem-no sozinho!” Muito ao contrário, os tribunais são usualmente chamados a decidir se a “conveniência pública”, “a segurança e bem-estar públicos”, “uma razoável restituição” e outros termos vagos podem constituir padrão suficiente para justificar o exercício de um ato discricionário. Em adendo a essas questões jurisdicionais, controvérsias sobre a maneira de exercer o poder discricionário numa dada circunstância produzem a segunda grande classe de casos para os tribunais. É o ato administrativo razoável e justo, ou é ele arbitrário e desarrazoado? Desnecessário será dizer

que a decisão de muitos casos discricionários compreende a ponderação judicial do que o tribunal entende ser prudente e próprio, em comparação com o que a lei autoriza e o funcionário fez.

Têm havido vários motivos legítimos de queixa em relação à maneira por que os tribunais tratam da discricionariedade administrativa. Presentemente, é de reconhecer, alguns tribunais estaduais e federais comportam-se de maneira esclarecida quando se suscitam controvérsias a propósito da discricionariedade. Mas em muitas jurisdições as idéias relativas aos problemas de realce da moderna administração são irreais e sem base. Há juízes que ainda falam a respeito da lei como se esta fôsse monopólio dos juristas, que acreditam que a lei do magistrado consiste em normas e princípios, enquanto que a discricionariedade administrativa é arbitrária na sua verdadeira natureza. Os juízes Blackstonianos têm satisfação em reiterar constantemente a crença de que o judiciário é o "supervisor" de todo o mecanismo governamental. Eles encerram a teoria da separação dos poderes numa camisa de força administrativa.

Históricamente, os tribunais têm sido hostis em extremo para com a discricionariedade administrativa. Em boa parte essa atitude pode provavelmente ser explicada pelo ciúme e antagonismo surgido ao tempo em que os tribunais de direito comum e o poder executivo mantinham-se em luta na Inglaterra. A esse tempo o direito comum estava tão profundamente ligado aos direitos privados do indivíduo e da propriedade que ação oficial era encarada como um inimigo natural; a discricionariedade administrativa é ainda considerada mais como assunto de direito privado do que de direito público. Mas a principal dificuldade que se ergue no caminho de uma mais esclarecida e liberal reação do judiciário em face da discricionariedade administrativa é a ignorância de muitos juízes no que concerne à necessidade aos progressos da moderna administração. Muitos juízes aparentam estar a esse respeito mais dominados por idéias preconcebidas e menos informados que a média dos homens de negócios.

A incapacidade de apreenderem os juízes as necessidades da administração é devida em grande parte ao desinteresse ou à falta de habilidade para a visão de conjunto. A média dos juízes aparentemente considera apenas o ato particular impugnado e então não consegue perceber que esse poder discricionário é apenas um elo vital numa cadeia. Como Dean Pound e a escola sociológica da jurisprudência sustentam, os direitos sociais devem ser pesados contra os direitos individuais. Ora, conforme Karl Llewellyn e os realistas legais salientam, a discricionariedade administrativa não é um fim em si mesma, devendo ser entendida em função dos objetivos que o governo tenta alcançar. Infelizmente juízes como Brandeis e Rosenberry (de Wisconsin), que vêem os fins, as relações e, talvez, o processo total, e

em suas opiniões formulam uma visão de conjunto de cristalina clareza, — são muito raros.

Amplas diferenças de resultados nos casos que encerram discricionariedade administrativa podem ser encontradas por qualquer pessoa que estude as decisões judiciais. Os resultados em casos similares variam na escala que vai do reacionário ao ultraliberal, conforme o espírito do tribunal e de seus membros. E' de se recordar a observação de Laski para acentuar que "o teste, talvez, da aptidão institucional é, acima de tudo, a simplicidade; e o crescimento da discricionariedade administrativa tem sido acompanhado por uma complexidade que é usualmente desnecessária e não infreqüentemente perigosa".

A regra geral que os tribunais têm formulado é a de que antes de se permitir ao funcionário administrativo o exercício de poder discricionário que afete os direitos de um indivíduo, o legislativo deve ter criado um padrão. Padrão de que? Qual a quantidade do padrão? Um padrão envolve uma comparação e freqüentemente é estabelecido através de um processo subjetivo. Não é de surpreender que a lei seja falaciosa a respeito desse assunto, e que a conduta judicial tenha, freqüentemente, a aparência de um processo de escamoteação. Num caso tipicamente importante, o tribunal assentou que o poder conferido ao comissário de segurança pública pela lei e em virtude do qual pode este revogar a licença de funcionamento de um restaurante se "a moralidade pública, a saúde, a paz e a boa ordem o reclamarem" era arbitrário e, pois, nulo por falta de um padrão específico. Em que medida deve o padrão ser específico? Exemplo ilustrativo das decisões liberais, e sob certo aspecto comparável ao caso acima citado, é dado por uma importante decisão que reconheceu competência à "Public Utilities Commission of Connecticut", para o licenciamento de ônibus "quando a conveniência e necessidade públicas o requeressem".

O número de decisões liberais está aumentando. Algumas vão tão longe que a diferença entre elas e as opiniões reacionárias são notáveis. Por exemplo, uma lei bancária de Illinois e que conseguiu manter-se de pé conferia ao auditor poderes para recusar certificado aos bancos, sempre que tivesse razões para crer que estes estavam sendo organizados para qualquer outro propósito, que não o visado pela lei. Seria de desejar que tivéssemos tido mais cedo atos dessa espécie! Os problemas administrativos modernos não podem ser solucionados, em certas ocasiões, a menos que amplos poderes sejam conferidos aos funcionários. A lei de utilidade pública de Wisconsin isenta as utilidades públicas do pagamento do custo das investigações "quando o interesse público assim o requer". Constitui isso um padrão razoável? Muitos tribunais dizem que não. A Suprema Corte de Wisconsin sustenta o contrário, por entender que não é necessário um padrão fixo e rígido para que haja delegação de poder, quer administrativo, quer legislativo. "Quando a lei é encarada em sua verdadeira utilidade", disse um recente comentador

dessa decisão, “os tribunais encontram, de qualquer modo, um jeito de criar um padrão”. A isso se poderia acrescentar esta observação de Ernest Freund: — “A ação administrativa goza da preferência daqueles que acreditam na regulamentação; a ação legislativa, da daqueles que consideram a regulamentação um mal necessário”.

A maioria dos casos que vimos de citar autoriza pensar que os tribunais estão reconhecendo plenamente a necessidade de serem concedidos amplos poderes discricionários aos funcionários públicos; e que, portanto, qualquer atenção mais séria para com a velha e conservadora concepção da discricionariedade é como que um pontapé num cavalo morto. Mas a antiga concepção não está morta; vive em muitas jurisdições e frequentemente surge quando menos se espera. Se desejamos ter a respeito da discricionariedade administrativa idéias realistas e consistentes, devemos examinar os pontos de vista que até aqui exerceram influência sobre a ação judicial e comparar essas teorias com as concepções modernas.

O ponto de partida da atitude hostil para com a discricionariedade administrativa é a idéia de que a lei constitui monopólio dos juristas. Dessa premissa podem ser tiradas várias conclusões. A lei, diz-se, é inerentemente moderada, enquanto que a discricionariedade administrativa é, por natureza, arbitrária. Consoante essa maneira de entender, lei significa “normas” enquanto a discricionariedade envolve a verdadeira antítese da certeza legal. Eis porque Freund, escrevendo na passada geração, disse que “no governo da lei a discricionariedade teria um lugar muito limitado na Administração”. O desenvolvimento das instituições políticas na América, prosseguia ele, dava relêvo e força ao que se poderia chamar de “elementos irresponsáveis do governo”, isto é, a discricionariedade dos funcionários e a das comissões. Os juristas aparentemente visavam alcançar o objetivo de Harrington: — o governo da lei e não dos homens. A exemplo de Coke, os juizes americanos acreditavam que os tribunais seriam “superintendentes do reino” e lançaram olhares profundos sobre a “General View of a Complete Code of Laws”, de Bentham, que se propunha padronizar toda ação governamental e, por esse modo, eliminar os derradeiros traços da discricionariedade administrativa.

Mas a utopia de Bentham avantajava-se constantemente em obscuridade. A lei, quando despida de seu transcendentalismo, apresenta-se como uma unidade correndo através de todos os processos governamentais. A importância do direito comum foi diminuindo à medida que a atividade humana foi sendo regulamentada, principalmente, por atos emanados do legislativo. O direito comum de um Estado pode, e em muitos casos tem sido, radicalmente modificado por um novo código geral elaborado pelo legislativo. A pesquisa histórica sobre o direito comum e a maior atenção à prática continental revelaram ambas a estreita relação entre o judiciário e a administração pública. A responsabilidade inicial pela apli-

cação da lei recai sobre os funcionários públicos; somente quando circunstâncias extraordinárias o exigem é que os órgãos judiciários são chamados a intervir. Não há diferença intrínseca entre a lei que o administrador põe em execução e a que o juiz manda obedecer; a principal diferença está em que o juiz, usualmente, tem a última palavra, no caso de um conflito de interpretação. Por outras palavras a lei é antes um meio do que um fim; é um meio através do qual os interesses e desejos da sociedade são atendidos. No total de atividades, a administração tem mais deveres a cumprir do que o judiciário. Uma interpretação funcional desse tipo abre caminho para o descrédito da exaltada noção de que o judiciário é o regulador dos negócios de quem quer que pertença à família governamental. E indica, também, que não há razão fundamental para que o total de discricionariedade seja monopolizado pelo legislativo e pelos tribunais; todos os ramos do governo atuam através da lei, todos servem ao mesmo fim. Qualquer poder de que necessitam os três ramos do governo para operar com eficiência deve ser claramente concedido. Isso quer dizer, como já vimos antes, que o desenvolvimento da discricionariedade administrativa é aconselhável.

Grande confusão suscitada por decisões relativas à discricionariedade administrativa é atribuível a interpretações muito diferentes a respeito da separação de poderes. Alguns juizes ainda falam na “natureza inerente” de um poder e se preocupam em saber se um ato é “intrinsecamente” legislativo, judicial ou administrativo. Como podem juizes escrever tais coisas, depois de terem lido a réplica de Holmes no caso *Springer e Ilhas Filipinas*, é difícil de compreender. Em verdade, conforme disse o juiz Holmes, não há divisões agudas entre poderes legislativos e administrativos, ou judiciais e administrativos. A realização de certas funções administrativas, tais como a regulamentação de estradas de ferro ou a definição dos casos de acidente industrial, importam em reunir na mesma mão os poderes legislativo e judiciais. Em seu exaustivo estudo da “*Interstate Commerce Commission*”. I. L. Sharfman chegou à conclusão de que:

como um tribunal em ação ela infringe com frequência a chamada separação governamental de poderes. Conquanto aparentemente, como um corpo administrativo, a Comissão esteja apenas executando mandatos conferidos pelo Congresso, ao solucionar controvérsias ela exerce autoridade judicial; e ao traçar normas para casos futuros, está elaborando diretrizes de caráter legislativo.

Índice da presente confusão a respeito de discricionariedade e separação de poderes são as afirmações de três autoridades em direito administrativo. Mc Farland, em seu tratado sobre a “*Federal Trade Commission*” e a “*Interstate Commerce Commission*”, conclui que o termo *legislativo* serve para indicar a matéria que os tribunais deixam à discricionariedade dos órgãos administrativos. Cada evento constado pela “*Federal Trade Commission*” — continua ele “é tratado como matéria de lei nos tribunais”. Em relação ao mesmo assunto John Dickinson salientou que “a ação

discrecionária da administração é *judicial* e portanto além do alcance da responsabilidade civil". Finalmente, Ernest Freund tentou resolver a dificuldade lógica referente à administração e à separação de poderes, dizendo "A verdadeira significação do poder decisório administrativo não configura uma variante do genuíno poder judiciário, apenas importa em libertar o judiciário de funções mais ou menos legislativas".

Felizmente alguns de nossos intrépidos juízes têm demonstrado o desejo de dar às coisas a exata definição. Dizem eles que a clássica teoria da separação dos poderes é inadequada às condições modernas, conduzindo a uma interminável confusão e ao sofisma judicial, quando se pretende aplicá-la estritamente. A idéia tradicional de que cada um dos três poderes do governo tem uma natureza inerente e indelével, cada uma excluindo os demais pertencendo ao limbo do fundamentalismo governamental.

Em muitos casos a teoria da "natureza inerente" dos poderes governamentais tem sido posta de lado e em seu lugar se tem pôsto em evidência a utilidade e o efetivo exercício das funções necessárias. Dean Pound fez uma fecunda sugestão a propósito da frase "divisão do trabalho" como o equivalente de separação de poderes. Não é preciso fazer a apologia de uma interpretação realista como essa; semelhante ponto de vista, funcional e pragmático, deve tornar-se pacífico e dominante. Se as teias de aranha filosóficas forem removidas, poderemos provavelmente observar que a escolha entre alternativas é um problema comum a legisladores, juízes e administradores.

O propósito do judiciário de sustentar os atos de discrecionabilidade fortalecer-se-á, indubitavelmente, à medida que se fôr alargando o conhecimento das necessidades da moderna administração. Rápidas decisões por parte de funcionários competentes são elementos imprescindíveis aos governos hodiernos, ao menos em alguns dos mais importantes setores. Outros campos da administração, tais como a inspeção de saúde e o serviço de imigração dependem para o seu êxito de uma completa finalidade administrativa, tanto como de rapidez e perícia. Aos tribunais meramente se reserva o direito de reexame.

A principal razão que enseja e justifica a discrecionabilidade administrativa são as limitações de tempo e de aptidão do corpo legislativo, cujo trabalho além de ser lento sofre interrupção nos períodos em que as sessões ficam suspensas; então, a discrecionabilidade administrativa cuida dos assuntos urgentes, tais como a quarentena, atende às variedades locais e aos detalhes, traça normas para situações futuras, provê os meios para a realização de negócios complexos e técnicos, e procura harmonizar as partes em conflito.

Mas é quase certo que tanta generalização a propósito da razão de ser do poder discrecionário induz a erro. Um dos pontos mais importantes a ter em mente no que concerne à revisão dos tribunais é que o caráter especial do trabalho executado pelos departamentos administrativos tam-

bém deve ser levado em conta para diferenciar amplamente os problemas da discrecionabilidade. Em muitos casos a discrecionabilidade é sangue vital, enquanto que noutros é apenas um instrumento útil. Deveriam todos os tribunais seguir, conscienciosamente, o ditame com que o tribunal de Missouri prefaciou suas considerações em torno de um caso de discrecionabilidade, dizendo:

De modo geral as decisões que envolvem questões de validade do poder discrecionário reconhecem as diferenças de natureza do objeto da regulamentação ou as circunstâncias sob as quais a discrecionabilidade deve ser exercida, por isso que muitas vezes em face da natureza do objeto é impraticável o estabelecimento de uma regra definida e compreensiva.

Os campos nos quais a discrecionabilidade freqüentemente se modifica são os que mais dependem da liberdade de decisão e do grau dos adiantamentos técnicos. As funções administrativas de que nos lembramos mais facilmente são o lançamento de impostos, regulamentação das utilidades públicas, controle sobre negócios e operações financeiras, e as várias formas do poder de polícia, visando à proteção da saúde e segurança públicas. Onde quer que os direitos de propriedade sejam envolvidos, os tribunais são, em geral, particularmente atentos às reclamações contra a discrecionabilidade. Mas hoje, quando a população está concentrada, o habitante das cidades depende da proteção governamental, e os desajustamentos em qualquer setor da atividade social atingem tão rapidamente os outros, que o trabalho dos nossos mais importantes departamentos cedo fracassaria se a presteza à discrecionabilidade e objetivo colimado sofressem embaraços ou frustrações. A prevenção de um epizootia epidêmica exige que os funcionários da saúde tenham poderes para ordenar, sumariamente, a destruição dos rebanhos afetados; a efetiva regulamentação dos bancos e das utilidades públicas envolve o poder discrecionário de investigar as práticas financeiras e em consequência determinar as necessárias modificações, a rápida demolição de habitações põe em foco o conhecimento das plantas de construção; somente o conhecimento técnico pode caracterizar uma droga perigosa ou uma propaganda falsa e enganadora; o governo não poderia operar por mais tempo se os impostos *ad valorem* e outras formas de taxaçaõ que implicam julgamento e experiência administrativa pudessem ser mantidos em suspenso por intermédio de constantes apelos ao judiciário.

Os Estados Unidos percorreram um longo caminho a partir da situação existente há setenta anos atrás e a respeito da qual Dean Pound escreveu:

desenvolvemos um sistema de interferência judicial na administração. A lei paralisando a administração era um espetáculo de cada dia. Quase que cada importante medida de polícia ou administração encontrava um obstáculo. Deixamos a cargo dos contribuintes os meios destinados a prevenir o desperdício dos fundos públicos e o mau uso dos processos de taxaçaõ. Em muitas jurisdições não era incomum ver-se o conjunto de impostos necessários à manutenção dos negócios públicos ser detido pela injunção. Nosso governo era de lei e não de homens. A administração convertera-se tão-somente "numa agência subordinada dentro do processo total do governo".

A questão não é saber se a discricionariedade deve ser conferida; em muitos casos grande parcela de discricionariedade é útil. O problema importante está em saber como exercê-la e acautelar os interesses dos particulares contra o abuso de poder que ela enseja.

Num balanço das razões que justificam o aumento da discricionariedade da administração americana, dois fatores devem ser considerados, nomeadamente, o pessoal e as técnicas. Sobre o primeiro ponto tem havido grande incompreensão e falta de apreciação. Se os juizes tivessem uma elevada opinião a respeito do serviço público, não alimentariam tanta suspeita para com o poder discricionário. Mas não a têm. Provavelmente uma das razões disso está em que o judiciário superestima sua própria superioridade. Ainda subsiste o sentimento de que os juizes devem ser os supervisores da máquina governamental, por pertencerem a uma classe superior. É-lhes difícil acreditar, como Jerome Frank e outros recentemente o demonstraram, que os "juizes são humanos" também. Certamente, os grandes juizes reconhecem essa verdade e suas atitudes vêm sendo cada vez mais apreciadas na esfera administrativa.

Poucos juizes têm estudado os progressos alcançados pela administração pública na última geração. A maioria ainda pensa no filhotismo e na corrupção que eram incomparavelmente mais comuns nos tempos de sua juventude do que hoje em dia. Para essa maioria, administração pública é sinônimo de mediocridade. Como o público em geral, muitos juizes não se dão conta de que o serviço público americano evoluiu a passos largos no curso da atual geração. Nem se apercebem de que a maioria das pessoas investidas de poderes discricionários — os médicos, os comissários de utilidades públicas, os oficiais de polícia, os comissários de seguros, os chefes executivos de departamentos do trabalho e, em geral, os altos funcionários — provêm do mesmo nível social dos juizes e como estes possuem grande preparo. Por que misterioso processo vêm esses homens a tornar-se essencialmente arbitrários, enquanto os juizes permanecem na mais estrita imparcialidade?

Alguém poderá responder que a diferença não está tanto nas pessoas como nos contrastes e processos que distinguem a adjudicação da administração. Ainda aqui a análise singela mostra que as diferenças não são tão grandes como se supõe. De certo os tribunais procuram seguir regras, princípios e precedentes; pugnam pela coerência e certeza. Mas, como têm constantemente acentuado Pound, Cook, Llewellyn e outros, o grau de certeza não é tão grande na prática e em teoria não é o que sustentam os defensores da corrente jurisprudencial. Algo que se poderia chamar de "legislação judicial" é de esperar-se naqueles setores em que mudanças econômicas e sociais se verificam rapidamente. São esses os mesmos pontos em que, na maior parte, o exercício da discricionariedade administrativa mostra-se mais necessário e importante. O trabalho da "Federal Trade Commission" constitui um caso típico. Certa-

mente para este assunto não foram elaboradas normas legais rígidas. Aqui, como em outros setores da administração, o ensaio e erro e o gradual aperfeiçoamento dos padrões administrativos sobre competição, justo preço e propaganda, constituíram o processo empregado e este, como a experiência indica, poderá ser seguido no futuro. O completo sucesso de um plano dessa espécie depende da cooperação dos tribunais. Os órgãos administrativos devem ser investidos de discricionariedade para abrir novos caminhos, e gozar de maior liberdade no que tange a revisão judicial, a fim de que possam criar e manter padrões utilizáveis.

A administração também é guiada por normas e princípios. E quanto mais devotadamente estudamos as chamadas regras judiciais em comparação com os padrões administrativos, menos diferenças fundamentais constatamos. Os objetivos visados e os métodos usados pelos tribunais para estabelecer a regra de que o chefe de família responde pelos danos causados por um membro da mesma na direção do automóvel a ela pertencente, não difere, em essência, do processo através do qual uma comissão de acidente industrial estabelece um padrão de risco agravado, senão atualmente, no curso do emprêgo. O aperfeiçoamento das regras do direito comum, tais como a conclusão de um contrato mediante a expedição de uma carta, é, em última análise, do mesmo estôjo e obedece aos mesmos estágios de experiência através dos quais os tribunais administrativos estabelecem um padrão para o intercâmbio dos carros de carga em tôdas as partes do país.

Há, com certeza, muitas modalidades de discricionariedade administrativa, mas nem todos os atos discricionários importam na formulação de um "standard", de uma regra ou um princípio. Algumas decisões *ad hoc*, envolvendo discricionariedade são formuladas para um caso especial, não são repetições; outras necessitam de audiências formais ou informais, cujo processo muito se assemelha aos dos tribunais e onde as regras e decisões gradualmente dão origem a uma série de padrões; noutros casos as regras já se acham estabelecidas e cristalizadas, de modo que a aplicação do princípio geral ao caso específico não requer muita deliberação e espírito inventivo. Aqui podemos voltar, novamente, a lembrar que as exigências e necessidades das tarefas administrativas em particular variam grandemente. Em muitos casos, o estabelecimento de um padrão rígido pode prejudicar o principal objetivo do ato, enquanto que noutros casos é conveniente e natural imprimir clareza às regras. Até onde os juizes insistem em que os administradores devem traçar rumos tanto quanto possível definidos para os cidadãos, essa última orientação é recomendável; se, entretanto, por incapacidade de compreender os propósitos da lei e as exigências da administração insistem os juizes por uma super-rigidez dos padrões administrativos, então semelhante ignorância deve ser francamen-

te repudiada. Ademais, a tendência atual em certos setores de reabrir o caso já decidido nos tribunais administrativos, ao invés de proceder, meramente, ao exame da decisão como se supõe que os tribunais devam fazer, importa em interferir na finalidade administrativa, o que não ajuda senão a destruir os padrões administrativos e a tornar inoperante o legítimo poder discricionário.

A melhor salvaguarda dos particulares contra o abuso do poder discricionário deve ser procurado no pessoal e nos elementos processuais exatamente considerados. Não há razão para que não se possa recrutar administradores dotados de mentalidade judicial (isto é, imparcial) como os mais esclarecidos juízes. À medida que o calibre das pessoas recrutadas para o serviço administrativo se aperfeiçoa, mais larga margem de discricionariedade pode ser conferida. O fator humano é certamente o mais importante. Do mesmo modo, o indivíduo e a sociedade são beneficiados pelo aumento dos padrões administrativos que têm mais chance de ser compreendidos e apreciados pelo público, do que as regras da lei.

Outras salvaguardas encontram-se nas disposições costumeiras sobre o processo e a conduta relativos ao exercício do poder discricionário neste país. Se, em certos ramos da administração, os funcionários são investidos de amplos poderes discricionários, se os característicos do legislativo e do judiciário são considerados, se a interferência dos tribunais deve ser quase que plenamente assegurada, então os melhores resultados se devem exigir da atuação dos tribunais em processos administrativos dessa espécie. Felizmente esta condição já existe num estado de alto aperfeiçoamento, como o demonstra a maneira de agir da "Interstate Commerce Commission", da comissão de acidentes industriais e vários outros órgãos administrativos. O fator essencial de um justo e democrático procedimento administrativo tem sido tão completamente debatido em tantas oportunidades que bastaria uma simples enumeração. Ainda aqui seria perigoso generalizar, porque a um procedimento sumário, como a quarentena, não caberia a totalidade das considerações formuladas a propósito, digamos, de um caso de indenização de trabalhadores.

Pode-se dizer, de modo geral, que num procedimento administrativo o que envolva discricionariedade e afete os direitos de alguém, várias condições importantes devem estar presentes. Em primeiro lugar deve haver adequado aviso; as partes devem ter prévio conhecimento dos atos que afetam seus interesses. Deve haver também publicidade; os direitos não podem ser alienados em processos feitos às ocultas. Regra geral, todos os interesses afetados, ainda que remotos, devem ser consultados e ter uma oportunidade de se afirmarem. Todo indivíduo, em princípio, tem direito de recorrer; não é preciso que o recurso seja judicial, e nem sempre é possível subordiná-lo à conveniência de cada um. O procedimento a observar no recurso há que ser o

adequado; o tecnicismo do processo judiciário deve ser evitado, mas tôdas as regras fundamentais para a garantia da plena e exata apuração dos fatos devem ser observadas. Para que sejam evitadas decisões arbitrárias ou caprichosas deve-se dispor dos necessários meios; o melhor caminho para se chegar a êsse resultado consiste, usualmente, na criação do aparelhamento administrativo de recursos e revisões. Finalmente, nenhum homem deve ser juiz de sua própria causa; êste postulado deve ser entendido mais amplamente do que restritamente, ou de outro modo as revisões administrativas serão automaticamente eliminadas. Em realidade, os Estados Unidos inquestionavelmente precisam de tribunais administrativos especiais para a apreciação dos importantes casos de controvérsia entre o serviço administrativo e os cidadãos. Tribunais dêsse tipo proporcionariam outra salvaguarda efetiva contra a possibilidade do abuso do poder.

As indicações são, pois, no sentido de que se pode esperar o fortalecimento dos poderes discricionários dos administradores. E' importante que os juízes se mantenham em dia com as necessidades e a competência da moderna administração. O problema da discricionariedade é diferente para quase cada uma das funções exercidas pelos agentes da administração. Os tribunais devem considerar devidamente êsse fato. A discricionariedade não é uma coisa fora do comum; não é, precipuamente, um conceito legal: — é a verdadeira substância das tarefas cotidianas em todos os ramos do governo. A melhor defesa contra o abuso do poder está em recrutar para a administração o tipo de pessoas que convêm. O espírito de justiça deve ser infundido aos funcionários públicos chamados a administrar a legislação delegada e os regulamentos. Os melhores aspectos da adjudicação devem ser incorporados ao processo administrativo. As mais efetivas garantias são as da competência e da disciplina de classe, devendo-se preferir o controle interno à coação externa. A administração deve dar-se conta de suas deficiências, ter em mente os controles externos que interferirão quando necessário, e possuir confiança na sua própria capacidade de realizar de modo satisfatório o que o público dela espera. O judiciário não deve ser considerado como tutor da administração e muito menos como um regulador oficial. A administração pode e deve aprender a solucionar seus próprios problemas. "De modo algum pode o governo ser padronizado", escreveu Ernest Freund. "No ordenamento dos negócios públicos tanto como no dos negócios privados, há lugar para a prudência e o discernimento e mesmo, onde existirem forças ocultas ou imperfeitamente compreendidas, para a investigação e o acaso".