

João Roberto Santos Régner

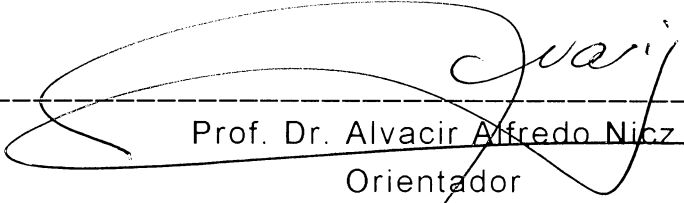
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Localização e efeitos
Revisão pelo Judiciário

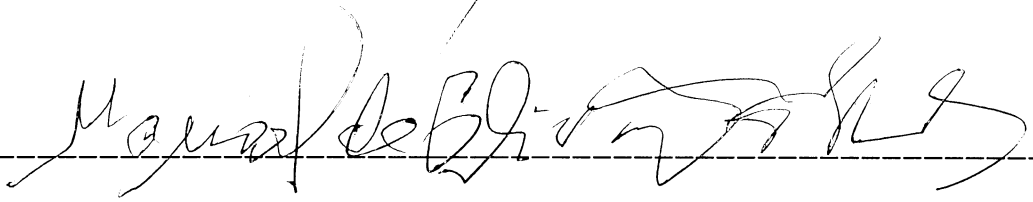
Dissertação apresentada ao Curso
de Pós Graduação em Direito, como
requisito parcial à obtenção do
título de Mestre.

Curitiba
1991

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz
Orientador



SUMÁRIO

PRÓLOGO:

Apresentação.

Plano de Estudo.

CAPÍTULO I

1. Discricionariedade, considerações de fundo: discricionariedade e arbitrariedade; investigação da discricionariedade; ato e poder discricionários; o ato administrativo e o mérito (conveniência e oportunidade). **2. Uma primeira visão das concepções doutrinárias mais prestigiadas no Brasil:** discricionariedade e vinculação - o papel da finalidade; o objeto da ação administrativa; competência, discricionariedade e poder; discricionariedade no uso da competência; não é o ato que é discricionário, mas o poder; discricionariedade no ato (não há ato inteiramente discricionário); discricionariedade no exercício do poder; faculdades discricionárias e faculdades regradas; localização da discricionariedade (diversos critérios de fundamentação); impossibilidade de revisão jurisdicional dos aspectos discricionários da ação administrativa - franquia da revisão aos contornos de legalidade tão só; primeiras notas em torno do significado da vontade na ação discricionária. **3. Conceitos:** o conceito de Direito (apenas uma crônica); conceitos jurídicos Indeterminados, normativos e discricionários; os aspectos de empiricidade e, axiológicos, como forma de, frente à interpretação, identificar a discricionariedade (a visão brasileira e a estrangeira - algo a respeito); um ensaio para as conclusões em face do estudo proposto.

CAPÍTULO II

1. Plano Eficacial (eficácia jurídica) e estruturas lógicas: o ser-sujeito-de-direito; planos abstrato e concreto (potencialidade e concretude do ato administrativo). **2. Vontade e conduta:** efeitos; formação da vontade (decisão, deliberação, execução) e localização da discricionariedade; valoração pessoal e ação da Administração Pública; a valoração pessoal não acompanha o ato administrativo - exaure-se no abstrato da sua potencialidade; discricionariedade e discernimento; a conduta do agente - juridicização de fato subjacente e modificação da realidade circunstante; estabelecimento, modificação e extinção de relações jurídicas; relações de coordenação e de subordinação; a vontade declarada pelo ato e os sujeitos-em-relação; ação da Administração Pública e salvaguarda de direitos - previsão constitucional; competência constitucional na aplicação do Direito - função jurisdicional no Estado brasileiro (manutenção da ordem jurídica); a possibilidade de controle jurisdicional da ação administrativa, pertinência e limites em face da localização da discricionariedade.

CAPÍTULO III

1. Discricionariedade administrativa, poder e faculdades discricionárias - vontade e ação da Administração Pública - um ensaio para compreensão da doutrina: a doutrina brasileira: a vontade e a valoração pessoal - o subjetivismo do agente e a objetividade da ação administrativa, efeitos; vontade normativa (questionamento); a vontade do agente e a vontade normativa, em integração (a vontade normativa não se confunde com o querer psicológico) - finalidade do Direito; permanente possibilidade de formação da vontade contra o Direito - contaminação da vontade do agente por vício ou divergência entre declaração e intenção; localização da discricionariedade *em relação* ao ato, ou, à ação administrativa - controle possível; ainda a conduta do agente - consequências imediatas em face do ordenamento jurídico sobre que se assenta; a conduta e o princípio constitucional da moralidade administrativa - tem lugar a discricionariedade? O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários sob o prisma da legalidade tão só (para manutenção da ordem jurídica, ou sua retomada) - desautorizada a análise do mérito; análise da conduta do

administrador tendo em conta os "elementos de legalidade interna dessa conduta"; momentos distintos na formação do ato administrativo - verificação da existência dos motivos e valoração desses motivos; obrigatoriedade de escolha dentre várias opções livres; poder discricionário - impropriedade de concepção; discricionariedade ao invés de poder discricionário; erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação jurisdicional; o ato administrativo segundo o poder reconhecido ao agente; melhor, conteúdo discricionário do ato administrativo do que ato discricionário; o ato administrativo visto mais como de ordem política do que jurídica. **Doutrina estrangeira:** a causa como elemento essencial do ato administrativo; discricionariedade na escolha dos pressupostos - a causa vincula a ação da Administração Pública? Contraposição à causa no Direito Privado, tipicidade - aspectos de objetividade e subjetividade; vontade do agente e vontade normativa, em integração - questionabilidade; poder discricionário - justificação da sua existência, sua natureza e extensão; a posição italiana, a francesa, a portuguesa e a alemã como determinantes da compreensão da discricionariedade no Brasil; a posição espanhola e argentina; a discricionariedade começa onde termina a interpretação - questionamento; controle possível da discricionariedade administrativa - jurisdição administrativa e jurisdição judiciária - ausência de jurisdição administrativa no Brasil; discricionariedade administrativa no atual Estado brasileiro, de Direito.

EPÍLOGO.

INDICAÇÃO BIBLIOGRÁFICA.

PRÓLOGO.

1. Apresentação.

A discricionariedade administrativa é desses temas que propiciam de logo um entendimento nem sempre satisfatório (porque precipitado), por um lado; e, por outro, sofisticada abordagem doutrinaria, aguçando o raciocínio de quantos se dediquem a enfrentá-lo.

É questão por si mesma impossível de ser apreendida unívoca e isoladamente, dando oportunidade a que outras questões, a ela relacionadas, reclamem estudo paralelo. Nem tanto, porém, se nos contentar a extrema conclusão, dogmatizada, no sentido de colocá-la tão só como substrato do chamado *mérito* do ato administrativo, a salvo de todo questionamento externo.

Essa concepção - em linhas gerais estável em grande parte da doutrina - deve ser vista com alguma reserva, eis que, sobre aceitável por uma ótica; por outra, inadequada ao estudo do Direito, razão pela qual, não favorece convivência pacífica com suas melhores expressões teóricas. É o que se aspira concluir pela análise proposta.

De fato, o entendimento assim minimizado, há de originar-se do incógnito, ou, o que é pior, da indolência no trato de tão palpitante assunto.

Pois, se é certo, aqui como alhures, o esmero doutrinário no cultivo da problemática que se eleva do tema, não menos certo o desmazelo que se lhe dedica quando da aplicação do Direito. Especialmente no Brasil, onde a jurisdição possível para o controle da ação administrativa informada pela discricionariedade é a judiciária. Mas ao Judiciário, nem sempre é reconhecida tal faculdade - o que se infere do difundido juízo de inapreciabilidade do *mérito* do ato administrativo.

Como o preceito de que o juiz não pode substituir-se ao administrador é largamente prestigiado, resulta, entre nós, com irritante frequência, lançar-se mão da

discricionariedade administrativa, até mesmo para convalidar ações ilegítimas, comprometedoras de direitos. Ao extremo de assistirmos a um reiterado espetáculo de favorecimentos pessoais, em flagrante desrespeito ao interesse público nacional. Como, no entanto, o interesse público é dado como fluído, vago e impreciso, de logo, e, com grande eficiência, toma-se o conceito como sustentação trazida em defesa da ação administrativa assim encaminhada.

São muitos os fatos que no momento escandalizam a Nação, desde os escalões menores até os gabinetes ministeriais e assessorias especiais, ao cúmulo de chegar à Presidência da República. Também nas esferas estadual e municipal, muito se tem visto e noticiado quanto ao encaminhamento de ação administrativa, em que o interesse público presta-se ao mascaramento de outros, paralelos. Tudo justificado pela discricionariedade administrativa, proclamada por suficiente à avaliação do interesse em riste - nesse ponto, inquestionável.

Guardadas as proporções de licitude e adequação ao Direito, eis o reflexo de muitas preleções e da percepção em relação ao tema, ao exaltar a inapreciabilidade do *mérito* do ato administrativo dado como discricionário. O resultado tem sido, sistematicamente, a reincidência e a impunidade. Encurtam-se daí os caminhos à inesgotável retórica política em que se apoia qualquer ação do administrador do momento (por nefasta que seja) - em conta os festejados critérios subjetivos de avaliação quanto à *oportunidade* e à *conveniência* do seu encaminhamento.

Tamanha essa prática, a ponto de, por exagero, invadir o terreno institucional, maculando princípios constitucionais indisponíveis. Sob essa consideração, ilustram o embuste do nosso quotidiano, a despropositada edição e encaminhamento de certas *Medidas Provisórias*, nascidas do juízo, único, de conveniência e oportunidade reconhecido ao Presidente da República.

O lastro constitucional para tal excepcionalidade existe sim, mas não à extravagância a que chegou o atual governo brasileiro que, em nome do interesse nacional, foi ao desatino de confiscar a segurança jurídica própria do Estado de Direito.

Se não se trata, no caso, do exercício específico da discricionariedade qualificada como administrativa, certamente se projeta da região reservada à discricionariedade "*in genere*", de todo modo colocando-nos à mercê da arbitrariedade: edição de atos subalternos, desordenados e absolutamente constrangedores de direitos.

E não se pode negar serem atos impulsionados pela noção de discricionariedade - até mesmo as *Medidas Provisórias*, tão larga e irresponsavelmente utilizadas - validados ao depois, em sua grande maioria, pelos tribunais superiores.

Aliás, o mesmo ocorreu em relação aos célebres decretos-leis (notadamente em matéria tributária), cujos efeitos, embora desautorizados pelo ordenamento jurídico de então e de agora, ainda persistem nas relações conseqüentes, em que pese agora estarmos sob uma ordem jurídica que não mais agasalha tais figuras.

Atos de governo, atos políticos, atos de gestão, expressão de um poder de império, *poder discricionário* enfim. Pouco importa para o Direito, pois, ao que se saiba, não há poder que o desafie impunemente. Aí uma especulação filosófica? Talvez. Mas se assim não for, não se exhiba o Direito como atributo do Estado.

O estudo aqui desenvolvido então, não veio ao acaso, mas como resultado de meditação em torno de questões fundamentais dentro do Estado brasileiro, cujo desrespeito gera, no mínimo, o desequilíbrio do ordenamento jurídico e o desassossego da sociedade. E tanto, pelo desrespeito por parte daqueles a quem compete resguardá-las. A desordem e o caos assumem daí a configuração que bem conhecemos no Brasil.

Contemplando esse estado de coisas por outra ângulo, de qualquer maneira somos levados a identificar a imagem de uma total insegurança jurídica, conseqüente das imponderadas e, apressadas, mutações do nosso Direito positivo. Mutações concebidas e impostas - dentro da competência respectiva - ora como resultado da interferência dos mais variados setores da economia brasileira, ora pelo juízo de conveniência e oportunidade do administrador que esteja de sentinela para assim agir ou deixar de fazê-lo. Seu escudo será sempre o do interesse público; suas armas, aquelas que

sustentam o juízo corrente em torno da discricionariedade; sua defesa, a intangibilidade jurisdicional da discricionariedade; seu troféu, a impunidade. Pelo menos, em nosso meio, onde são verdadeiras as situações acima delineadas, como, de resto, o entendimento de que somente o exame de legalidade possibilita o controle externo da ação administrativa.

Não só em fatores dessa ordem reside, contudo, a motivação para o estudo proposto, que decorre mesmo é do natural fascínio que desperta.

2. Plano de Estudo.

A atitude adotada para investigação, deriva, primeiro, de não mais achar-se recomendável assimilar a discricionariedade, a partir de uma visão restrita aos ensinamentos do Direito Administrativo como disciplina autônoma. É que, na hipótese, e, no mínimo, tenderíamos a um inevitável comprometimento ideológico, de sorte a - guardadas as proporções - alimentar aquilo a que se refere **Michel Mialle**¹ como um dos obstáculos epistemológicos, a serem vencidos no estudo do Direito.

Logo, há que se ampliar aquela visão, por tudo apertada e comprometedora de melhor compreensão, porque, em grande parte, delimitada pela esfera de previsão própria do Direito Administrativo.

Tendo em vista, porém, o referencial adotado (plano psíquico de formação da vontade do agente e plano concreto da ação administrativa. Conduta, portanto, a ensejar relações jurídicas, sujeitas a uma ordem jurídico-constitucional rígida, a busca dessa compreensão - estendendo-se a outros domínios como da Teoria Geral e da Filosofia do Direito - ensejou tão grande preocupação com significativas questões paralelas, a ponto de recomendar limites à sua abordagem.

O estudo, assim, foi direcionado especialmente à localização da discricionariedade em face da

¹ MIAILLE, Michel - *Uma Introdução Crítica ao Direito*. pag. 41, Moraes Editores, Lisboa, 1979. (trad. Ana Prata, do original francês, 1976).

ação administrativa, seus efeitos e controle possível; por conseqüência, e, na razão do interesse despertado, apontando ao impropriamente denominado *poder discricionário*.

Desse modo colocado o problema sobreveio o cuidado de, uma vez identificada a discricionariedade, examinar os efeitos da ação conseqüente, tendo em pauta aqueles aspectos de subjetividade e de objetividade (plano psíquico e potencial da vontade e da valoração possível; e plano concreto das relações deflagradas pelo comportamento do agente público. Decorrentes, portanto, de uma conduta passível de verificação. Assim, veio à importância a materialização da vontade - em relevo, é claro, a vontade do agente, mas de igual a da Administração Pública, objetivada pelo ato.

Houve daí o intento de buscar a compatibilização do tema central com ordenamento jurídico brasileiro. Aí, procurando realce ao substrato do atual Estado brasileiro, na certeza por mais, da inexistência de jurisdição especializada, ao contrário do que ocorre em países como Itália, França, Portugal, de onde mais diretamente provém a essência conceitual entre nós adotada.

Por tudo isso a preocupação inicial de tratar o assunto, primeiro em sua generalidade e a título de considerações de fundo, pondo em destaque o juízo da impossibilidade de revisão do *mérito* (oportunidade e conveniência) da chamada ação discricionária, para, em seguida, abordá-lo em face da doutrina brasileira de maior prestígio.

O Capítulo primeiro, portanto, procurou estabelecer pressupostos de desenvolvimento, de compreensão do tema e das conclusões resultantes - o que se procurou fazer de forma gradativa, ressaltando os argumentos que pareceram mais significativos em cada qual dos autores apontados.

A doutrina estrangeira (de autores italianos, franceses, portugueses e alemães, principalmente) veio à baila na medida em que, de fato muito contribuiu, e contribui ainda, para a formação do entendimento corrente entre nós, brasileiros e sul-americanos.

Já a sua particularização, deveu-se à flagrante impossibilidade de esgotamento das fontes por um lado, e, por outro, à sua conformidade aos propósitos aqui

buscados; certo no mais, que o agrupamento de autores lembrados encerra a imagem da mais representativa porção doutrinária do continente europeu, no que diz com a discricionariedade em sua concepção tradicional.

A atenção dispensada aos conceitos jurídicos indeterminados, normativos e àqueles discricionários (sua correspondência possível em busca da explicação da discricionariedade - tendo como baliza a possibilidade ou não, de interpretação), pareceu, não apenas recomendável, mas necessária ao alargamento da visão do tema, procurando assim harmonizar o estudo proposto.

Quanto à digressão em torno do conceito de Direito (mais sob a forma de crônica, dispersa) deveu-se, quando não ao propósito de trazer à mostra as enormes dificuldades para fixação dos conceitos no mundo do Direito, ao menos, à ornamentação do estudo.

A tentativa de fundamentação é de fixação das questões então levantadas, acontece assim a partir do Capítulo dedicado ao estudo dos conceitos jurídicos e ao das estruturas lógicas e da eficácia normativa; quando se adentra a considerar o plano da subjetividade e da intersubjetividade em face do estabelecimento de relações jurídicas. Relações desatadas por força da vontade e da conduta do agente público. A valoração pessoal aí assume a saliência que se reivindica para localização da discricionariedade *em relação* ao ato administrativo, e, daí, à ilação quanto à possibilidade ou não de reanálise da ação administrativa no que se refira ao mérito do seu encaminhamento.

Para tanto buscou-se a separação entre o ato em potência e o ato em concreto, sua importância e efeitos para o jurídico. Ao fato subjacente buscou-se emprestar a relevância que lhe é própria em obra da sua juridicização e estabelecimento de relações jurídicas.

De tudo, é posta em destaque então a possível contraposição de direitos (ou, ação administrativa em desconformidade com o Direito) e, por fim, a função jurisdicional no Estado brasileiro, por definição, *de Direito* - suas premissas e implicações na ordem jurídica adotada.

A discricionariedade, ao lado do *poder discricionário*, como a possibilidade da sua análise pelo Judiciário são enfrentados no Capítulo terceiro, de modo a

compreender as prescrições doutrinárias (brasileiras, e, a essa altura, estrangeiras também) em harmonia com a logicidade da estruturação das relações jurídicas, a partir do exercício da norma prescritiva de competência. Seja para encaminhar efetiva ação administrativa, seja para a possível inação.

A discricionariedade então, vista pela lente da vontade (valoração pessoal), da conduta e dos efeitos que acarreta, é tida como livre de apreciação externa somente enquanto no abstrato do psiquismo do agente público; circunstância que se circunscreve ao terreno do discernimento - este, necessário ao livre convencimento que deve animar qualquer ação racional, modificadora da realidade em que é concebida.

Uma vez, entretanto, objetivada ação (ou inação) para o concreto das relações que desencadeia, pouco deve importar a avaliação prévia, subjetiva, de conveniência e oportunidade, até porque presente daí a intersubjetividade, capaz de gerar, pelo mínimo, uma contraposição de interesses válidos. Por isso, a reclamar o pronunciamento do Estado por aquela das funções à qual se reservou a necessária competência.

Não se pretende por esse lado negar a existência da discricionariedade, mas, sim, pôr à mostra para debate a inadequada veneração de que, há muito, vem sendo o centro. A discricionariedade pode existir sim - deve existir - existe mesmo - mas, decididamente, não se incorpora ao ato (ou ação administrativa), nem às relações jurídicas conseqüentes, de tal modo a revesti-los de imunidade a toda análise externa.

Paralelamente se procurou sustentar que, afora a casuística do cotidiano das Administrações federal, estadual e municipal brasileiras, a demonstrar a inconveniência do tradicional posicionamento em torno da salvaguarda do mérito da ação administrativa dita discricionária, também institucionalmente pode ser clamorosa a sua impropriedade, gerando insustentável desequilíbrio da ordem jurídica adotada.

Essa a razão pela qual se dedicou espaço e referência aos decretos-leis (antes, e, em certa medida, permitidos) afastados do atual Texto Constitucional, mas a produzir ainda efeitos desautorizados. Agora, em substituição àqueles, as conhecidas *Medidas Provisórias*, a acarretar o desassossego e a insegurança jurídica.

Tudo por força da avaliação unipessoal da conveniência e oportunidade no encaminhamento de tal ou qual providência comportada por esses atos, que, por serem constitucionalmente previstos, são largamente utilizados, ao desatino de pretenderem inibir em determinados casos (deixados ao mero discricionarismo) a função jurisdicional do Estado. Eis uma faceta do desequilíbrio que pode acarretar a noção de discricionariedade, captada à margem do Direito e, ainda assim, havida como intocável.

Por evidente, no entanto, não se pretende o absurdo de negar ação constitucional ao Presidente da República, senão perquirir legitimidade àquelas providências concebidas em desrespeito a princípios constitucionais maiores que conferem essência ao Estado brasileiro.

A mais do exposto, ganhou relevo o fato de que, outra é a nossa realidade institucional - em que, a jurisdição possível para eventual controle da discricionariedade é a judiciária. Outra, ademais, é a nossa realidade cultural.

Impossível assim - também por essa ótica - insista-se em assimilar comportamento e conceitos porventura recomendados a outros países (de cultura sedimentada e diferenciada, como de resto o é o ordenamento institucional em que se assentam), pois, nem sempre adequados à nossa realidade cultural e institucional, além de, em certa medida, suplantados pela modernidade.

Inadmissível, por outra, pretenda-se, em nome da discricionariedade administrativa, ignorar razões de Direito que, certamente, se sobrepõem à ilusória concepção de conveniência e oportunidade que informa a ação administrativa, tida como suficiente à inibição de efeitos quando do estabelecimento de relações jurídicas (em gênero e espécie) e, assim, do próprio Direito sob o qual se estruturam. As excepcionalidades, logicamente, são por ele mesmo reguladas, sendo certo inexistirem - tal como colocadas - no que diga respeito à generalidade da ação administrativa entendida como discricionária.

Eis o resumo da postura adotada para o estudo e localização da discricionariedade qualificada pela ação administrativa, seus efeitos e possibilidade de controle externo.

A justificar essa posição, valham os argumentos expostos e, paulatinamente, trazidos em socorro das conclusões ao final desenhadas.

A bibliografia adotada constitui-se de autores citados, com remissão à fonte em notas de rodapé; autores tão somente referidos, com indicação no texto; e, por fim, de autores consultados. Os autores referidos no texto apenas, foram buscados em outros, consultados e cumpridamente indicados sob a forma de citação.

CAPÍTULO I

1. Discricionariedade, considerações de

fundo: discricionariedade e arbitrariedade; investigação da discricionariedade; ato e poder discricionários; o ato administrativo e o mérito (conveniência e oportunidade).

Discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Tal o alerta inaugural colocado pelos autores e encontrado em grande parte dos compêndios de Direito Administrativo consumidos em nossos Cursos Jurídicos.

Mas não é tão raro, fora desse universo, depararmo-nos com o emprego indistinto dos termos discricionariedade e arbitrariedade - o que se constitui em inadequação grave. Nos domínios do Direito, inaceitável.

Por certo, daí, não provir o equívoco de regiões de fértil raciocínio jurídico, como são a doutrinária e a jurisprudencial, constituindo-se, antes, no resultado do trato não especializado àqueles níveis e apenas ligeiro da matéria.

É que, tomando significações vocabulares tão somente, a compreensão tende a acomodar-se ao conteúdo retirado de dicionários de língua portuguesa, donde são extraídos conceitos lingüísticos é claro, e, não, jurídicos (tome-se como exemplo, o de arbítrio²) e, daí, por vezes projetados para o jurídico.

Não é de estranhar-se então, que o significado de arbítrio, colhido como a livre determinação da vontade humana, seja empregado a esmo dando ensejo ao uso indiscriminado do termo arbitrariedade³, sem levar em conta a

² AULETE, Caldas - *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. S. m. determinação arbitrária. Juízo, sentença do árbitro. (Metaf.) Vontade. (F. do lat. arbitrium)., 3ª Edição brasileira, Edit. Delta, 1974.

BUARQUE DE HOLANDA F., Aurélio - *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Do lat. (arbitriu) S. m. 1. Resolução que depende só da vontade. 2. Arbitragem. 3. Parecer, opinião, 1ª Edição, 15ª impressão, Edit. Nova Fronteira, Rio.

³ BUARQUE DE HOLANDA F., Aurélio - ob. cit. (*Novo...*). S. f. 1. Qualidade de arbitrário. 2. Ação ou procedimento arbitrário.

sua característica maior, que, para o Direito, é a da ilegalidade. Compreensível, assim, que, de um território leigo, ocorra que ambos passem a ser vistos com o sentido também daquilo que é discricionário⁴, alinhando-os à discricionariedade⁵, e, assim, ao chamado *poder discricionário*. A sua transposição para o plano jurídico, sem dúvida, resulta nos desencontros da questão já em seus passos inaugurais.

Da lingüística, portanto, vem-nos a primeira sinalização para o enfrentamento do estudo no âmbito do Direito. Como primeiros passos em direção a esse horizonte, pode-se, pois, aquiescer em que, os vocábulos, *arbítrio*, *discrissão*, *arbitrário* e *discricionário*, embora possam ostentar em sentido próprio a idéia de liberdade, para o Direito, *arbitrário* e *arbitrariedade* (encerrando o sentido de liberdade ilimitada) contrariam-no frontalmente; enquanto que *discricionário* e *discricionariedade* (liberdade condicionada a certos limites) com ele podem conviver.

Mais precisamente, na esfera da Administração Pública, *discricionariedade* - considerados aqueles limites - encerra peremptória compreensão em torno da possibilidade de escolha conferida ao agente administrativo de agir ou não agir numa determinada direção, consultando para isso apenas a oportunidade e a conveniência da medida.

Aí o marco inicial da importância conferida à valoração subjetiva quando do encaminhamento de ação administrativa dada como discricionária; virtualmente, a desnudar um certo condicionamento para o lugar comum em que, à miúdo, vem abordada a questão. Daí, já dentro de uma esfera de compreensão voltada para o termo *discricionariedade*, como a encerrar significação jurídica inquestionavelmente denotativa, tal o substrato que lhe empresta a sua doutrina de sustentação.

O estudo a ornamentar esse entendimento, embora delineado com grande sabedoria de argumentação, direciona-se, porém, a um outro ponto comum, vulnerável sob certos aspectos: o da inapreciabilidade externa

⁴ AULETE, Caldas - ob. cit. (*Dicionário...*). Adj. Deixado à discissão; livre de condições; não limitado: Poder discricionário.

BUARQUE DE HOLANDA F., Aurélio - ob. cit. (*Novo...*).Adj. Que procede ou se exerce, sem restrições, sem condições, arbitrário. "in" *Aurélio*, ob. cit..

⁵ AULETE, Caldas - "idem", S. f. - qualidade ou natureza de discricionário.

da discricionariedade. *O juiz da discricionariedade outro não é do que a própria Administração Pública*, argumenta a doutrina. *Jamais o Poder Judiciário*, arremata.

Claro, então, que, embora necessária, não satisfaz a compreensão apenas introdutória do termo *discricionariedade*, nem tampouco deve satisfazer o seu estudo isolado, salvo como pressupostos de entendimento a apontar para o Direito em seu todo. Assim, concluir-se pela inapreciabilidade externa da discricionariedade administrativa (exceto no que diga respeito à legalidade) pelo só argumento de que o juízo a respeito não deva extrapolar ao da própria Administração Pública, dentro da sua competência para agir ou deixar de fazê-lo, pode resultar em compreensão, pelo menos, apressada.

De fato, pensar a discricionariedade, em sua feição jurídica, desde logo como alguma coisa subordinada tão só à *legalidade* e, no mais, livre de análise externa, é precipitar a conclusão, proporcionando enleio com a arbitrariedade (faculdade de operar sem qualquer limite em todos os sentidos e sem observância de qualquer norma jurídica).

Possível, no entanto, admitir-se a hipótese, no que se refere ao plano da valoração pessoal, quando não objetivada ainda a vontade. Uma vez, porém, objetivada, (transluzindo a vontade da Administração ou do órgão que representa) às relações desencadeadas, conferir-se-á o devido valor de relações jurídicas. E aí a vontade, mas de igual a conduta do agente - sem o que não sobreviriam relações no mundo jurídico - por certo hão de ser tomadas em causa, juntamente com as circunstâncias fáticas que lhes servirem de suporte. Não apenas quando presente o desvio de finalidade por exemplo, abuso ou excesso de poder (assim a ilegalidade), mas, de igual, no que possa apresentar-se como ato, ou conduta, contrários ao Direito. Na hipótese, não seria o caso de admitir-se o reexame externo?

Aí uma primeira indagação, motivadora do estudo, a que, no devido tempo e dentro dos seus naturais contornos, buscar-se-á responder.

Pois bem, de tudo, o que logo se observa entre nós (salvo boas exceções, dignas de nota e oportuna abordagem) é que a discricionariedade vem sendo tratada,

senão vulgarmente, pelo menos, tediosamente em certos aspectos, acarretando compreensão incompleta e conclusões dogmatizadas, nem sempre verdadeiras ou conformadas com o Direito-em-si como com a realidade social e institucional do Estado em que vivemos.

Refiro-me, em particular, a todo vaticínio em torno da inadmissibilidade de revisão jurisdicional do chamado *ato discricionário*, concebido nos domínios do Direito Administrativo.

De fato, é com grande alarde, ligeireza e alguma simplicidade até, que, ordinariamente, se antepõe com força de verdadeiro axioma, encontrar-se tal ou qual ato administrativo enquadrado na categoria de *ato discricionário*, e, bem por isso, fora do alcance da jurisdição judiciária - ainda que única entre nós. E não falta o argumento - já um brocardo pela força do uso - no sentido de não ser dado ao juiz substituir pela sua a pessoa do administrador - isto, por vezes, dito sem a preocupação de sondar um pouco mais o raciocínio, tomado a comum, desvinculado do todo.

Mesmo dentro do meio jurídico, defrontamo-nos com certos juízos peremptórios em torno da questão, às vezes buscando forma onde não há matéria. E essa atitude bem pode ser debitada à carência de mais ousada reflexão diante de tão significativo problema, a reivindicar vigorosa atenção, não fosse por imperativo de estudo conceitual ao menos por razões de ordem didática, necessárias à compreensão da discricionariedade em face do Direito como um todo, a ele submetendo-se ao invés de desafiá-lo.

Com efeito, há desencontros, e são de tal monta, que, fruto primeiro de entendimento leigo, chegam a contaminar também profissionais do Direito, seus aplicadores e até mesmo lecionadores da matéria, a tomar ademais, como conseqüentes da discricionariedade, expressões como *ato discricionário* e *poder discricionário*, estas a dever maior apuro terminológico e conceitual.

Surgem então, multiplicando-se, inúmeros critérios a serem levados em conta no estudo emergente, aceitos não raro como definitivos: *discricionariedade* (liberdade de escolha) e *vinculação* (regramento legal); assim, *ato discricionário* e *ato vinculado*; *poder discricionário* e *poder vinculado* - tudo como se na mera contraposição classificatória

residisse toda a fonte de raciocínio acalentada pela Ciência do Direito e pelo próprio Direito.

É certo, no entanto, que a questão não pode resumir-se a esse patarêu de entendimento único como quer o raciocínio mais açodado, reivindicando, ao contrário, muito mais expressiva abordagem, ainda que persista o risco de enveredar àquela conclusão, quase unânime, de inadmissibilidade de revisão do ato administrativo pela jurisdição judiciária, em casos tais.

Refiro-me agora, especificamente, ao chamado *mérito* do ato (ou da ação dada como discricionária), aí sobranceiros os aspectos de sua oportunidade e conveniência, tidos como absoluto privilégio da Administração Pública, e, assim, livres de toda análise em sede jurisdicional. É que, dessas paragens, acenam os estudiosos, viria a discricionarietà contemplada pelo disciplinamento do Direito Administrativo e colocada à margem de reexame.

Assoma daí argumentação vigorosa e farta, de pensadores consagrados entre nós, de modo a que essa conclusão - sem dúvida respeitável, e, bem se sabe, prevalente - seja, por isso mesmo, alçada a incontestável preceito e, habitualmente, usada como aparato de total e incondicionada imunidade para todos aqueles atos administrativos havidos como discricionários.

Nada importa aos intérpretes da ilação não se deva ter aquele argumento assim tão ao desadorno, franca e naturalmente, pois o estudo que lhe possa dar credibilidade há de ser muito mais detido, minucioso e, acima do mais, não condicionado.

É certo, àqueles intérpretes nem sempre aflora a consciência ou a possibilidade de melhor reflexão, motivo pelo qual, ordinariamente, o problema circunscreve-se ao juízo de estar-se frente a um *ato discricionário* ou não - como se os houvesse "*in natura*" e, livres de qualquer análise externa. Como, enfim, se atos jurídicos não fossem, ou sendo, gozassem de tratamento diferenciado nas relações que se lhes seguissem.

Sem dúvida, muito se fala em conveniência e oportunidade, imunes à avaliação outra que não aquela da própria Administração Pública, consubstanciada então no *poder-dever* de revisão de seus atos; ou, em contornos de

legalidade - única hipótese a possibilitar análise pelo Judiciário⁶.

A informar esse quadro, já então ao grau de reconhecidas expressões doutrinárias, alude-se *ao tempo* da prática do ato, *ao seu conteúdo* ou *à sua forma*; *à motivação* e *ao objeto*; *aos meios* enfim de que se vale a Administração ao exercitar a discricção administrativa. Mas, curiosamente, e, ao mesmo tempo, também se põe em destaque a vera possibilidade do controle jurisdicional, quando se tenha em conta a finalidade que caracteriza (ou deva caracterizar) em gênero e espécie toda a ação administrativa, de forma a se ter esse aspecto como vinculado, e, não, discricionário.

Há quem sustente que a causa vincula; outros, tomam-na pelo motivo. O objeto, pela finalidade. A finalidade como significação da causa. Outros mais fixam-se em análises classificatórias - decorrentes sempre de critérios próprios - a partir de uma consideração de conteúdo, forma, extensão e elementos do ato, ou em outras concepções de caráter subjetivo - nem verdadeiras nem falsas, corretas ou incorretas, apenas classificatórias. Também emerge forte argumentação quanto à existência de uma *vontade normativa* e de outra, *psicológica*, em integração, a serem consideradas como suporte de explicação e entendimento da discricionariedade. Invoca-se, por mais, a gestão político-administrativa em socorro da discricionariedade livre. Alude-se a uma zona livre de atuação, como, *ao exercício obrigatório de uma opção livre* a ser eleita pelo administrador, em obra de integração daquelas duas vontades: a psicológica e a normativa.

Acrescem referências doutrinárias ainda, quanto a *faculdades discricionárias* e *faculdades vinculadas* ao invés de *ato* e *poder discricionários* e *vinculados*. Fala-se em *atividade* e em *ação* administrativa discricionárias, como, em *controle da Administração* e *controle na Administração*, procurando diferenciá-las, na busca da discricionariedade autêntica e a salvo de reexame externo; *ato discricionário* e *poder discricionário*, simplesmente; discricionariedade *no ato*, também *do ato*; discricionariedade *no exercício do poder*;

⁶ Ao que parece, porém, esse raciocínio induz a admitirmos a separação da matéria e da forma, como se possível, na aplicação do Direito, chegar-se a tal empreendimento.

discricionariedade *total e parcial; pura e técnica* (ou qualificada); *vinculada e não-vinculada; na hipótese legal e na consequência jurídica; na apreciação e na atuação*, e, por aí afora.

Bem se vê, de logo (ainda que com grande apuro de raciocínio), certa diversidade conceptiva quanto aos recursos buscados para a identificação e localização da discricionariedade - o que imediatamente se nota em face da busca de especificidade conceitual- categorial até - assim à discricionariedade como aos chamados *poder e ato discricionários*.

Vai daí não ser difícil verificar que a tendência aos mais apressados intérpretes é, como consequência da conclusão de inapreciabilidade absoluta do mérito, a de, até mesmo, vulgarizar esse entendimento, resultando em que, na aplicação do Direito, discricionariedade, *poder e ato discricionários* sejam colocados na mesma vitrina e exibidos como componentes axiomáticos da sua inapreciabilidade em caráter jurisdicional.

Mas, se nem tudo pode ser tão singelo a ponto de evitar o dissentimento - sempre salutar como fruto de estudo e da interpretação - não pode haver tamanha complexidade, projetada de um lugar comum consubstanciado naquilo que se convencionou chamar de *mérito*, a ponto de se pretender agasalhá-lo sob a forma de um preceito alçado pelo Direito à sua própria intangibilidade.

Reconheça-se então a validade preambular possível às significações vocabulares, lingüísticas, semânticas enfim, mas tão somente como ponto de partida em busca do real significado da discricionariedade, sua localização, alcance e limites no plano jurídico. Trazendo para o jurídico, abram-se os olhos para a vontade e a conduta, e, assim, às suas consequências (já como ação administrativa concreta - discricionária ou não) no plano da estruturação das relações jurídicas e da sua causalidade.

Há, portanto, e por imperativo, haver-mos com o Direito em sua várias expressões, mas, se possível, abandonando os limitados caminhos que condicionam sua concepção a pressupostos concebidos e alimentados à luz de uma única disciplina.

De grande significação, por outro lado, tenha-se em mente colocar o problema dentro da realidade do

ordenamento jurídico brasileiro, onde inexistente jurisdição administrativa - o que não se traduz é claro em desconsideração à existência de uma teoria geral aplicada ao Direito Administrativo, tão bem exposta pela doutrina estrangeira⁷.

Pois é dessa visão, generalizada por enquanto, que se pode antecipar constituir-se o controle dos atos administrativos pela função jurisdicional do Estado brasileiro, em peremptória inibição, quando presente algo tido como a expressão de um *poder* qualificado de discricionário. E assim é em face da dogmaticidade que se costuma impor ao fato, como, de resto, pelo próprio condicionamento na sua abordagem, comprometida que é pelo político (ou político-administrativo) sobre o jurídico, quando não, pelo já desaconselhável conservadorismo de concepção.

Claro que as lições que se colhem doutrinariamente são preciosas, a justificar a colocação do mérito ao largo de qualquer controle externo, sendo procedentes sob muitos aspectos. Entretanto, desde que trazida a questão para dentro da modernidade e do mundo jurídico é com o Direito vigente em nossa realidade que haveremos de nos comprometer, nada mais importando sua conotação de origem.

Logo, a pretensão de colocar o mérito da ação administrativa (conveniência e oportunidade) como a contaminar as relações jurídicas que desencadeia, merece efetivamente o questionamento aqui proposto. É que, pelo entendimento dominante, somos levados a crer que a conveniência e a oportunidade (fruto da valoração pessoal do agente administrativo) como que se incorporam ao ato que lhes seja conseqüência, com ele prosseguindo e projetando-se até mesmo às relações processuais, quando presente a necessidade de avaliação desses interesses. E de tal maneira, capaz de obstaculizar em certos casos a própria jurisdição judiciária.

Mas, não resulta satisfatória a colocação, nem lógica, eis que, provindo como provém da fenomenologia da vontade humana, essa discricionariedade da qual tanto se fala somente pode ser vista mesmo é como antecedente do ato, jamais o compondo e às suas conseqüências no mundo jurídico.

⁷ Particularmente, atrai mais pensar em Teoria Geral do Direito, sem a intenção de resumí-la aos domínios de um Direito chamado Administrativo. Mormente se levamos em conta a inexistência entre nós de jurisdição assim especializada, capaz de contribuir para uma construção jurisprudencial sistematizada o bastante para a sua necessária evolução teórica.

A rigor, trata-se, não de um indefectível suporte jurídico para a conduta do agente, mas, antes, de um dado mínimo da racionalidade necessária à formação da vontade, suficiente no plano subjetivo, a autorizar a conduta.

De conseguinte, essa discricionariedade, aponta sim é para o terreno do discernimento que deve dar apoio à ação ou inação do administrador quando em pauta um ato administrativo. Nesse ponto, pode-se dizer que é antecedente do próprio ato, como resultado de um processo psíquico de volição e valoração circunstanciais, onde, realmente, devemos situar os aspectos de conveniência e de oportunidade. Uma vez consumado o ato, no entanto, pela ação ou inação da Administração, e, daí ao seu campo de eficácia (há a jurisdicização do fato que lhe subjaz) nenhum significado mais, restritivo de apreciação, haverá de ornamentar de forma irrefutável o idolatrado mérito (oportunidade e conveniência) para as questões jurídicas porventura desencadeadas. Aí um dos pontos nevrálgicos a serem considerados frente à especulação em torno da possibilidade ou não de reexame do ato administrativo pelo Judiciário - assunto a ser pormenorizado ao longo da exposição.

Como a salvaguarda de apreciação jurisdicional do *mérito do ato administrativo*, no que diz com a discricionariedade, vem emoldurada por robusta produção doutrinária, resulta que a ela se acorra então, pondo em destaque inaugural o posicionamento daqueles autores que, entre nós, mais contribuem para a formação do senso comum em torno da matéria. A tentativa, porém, da sua análise (necessariamente incompleta) e possível conformação com as proposições aqui desenvolvidas, far-se-á de forma gradual e na razão da dúvida suscitada.

Tenha-se presente, de conseguinte, a deferência que reivindicam as posições dos autores nomeados, mas também a excitação que nos deixam as suas conclusões, de modo a possibilitar o debate.

2. Uma primeira visão das concepções doutrinárias mais prestigiadas no Brasil: discricionariedade e

vinculação - o papel da finalidade; o objeto da ação administrativa; competência, discricionariedade e poder; discricionariedade no uso da competência; não é o ato que é discricionário, mas o poder; discricionariedade no ato (não há ato inteiramente discricionário); discricionariedade no exercício do poder; faculdades discricionárias e faculdades regradadas; localização da discricionariedade (diversos critérios de fundamentação); impossibilidade de revisão jurisdicional dos aspectos discricionários da ação administrativa - franquia da revisão aos contornos de legalidade tão só; primeiras notas em torno do significado da vontade na ação discricionária.

Do respeitado publicista **M. Seabra Fagundes** é o ensinamento no sentido de ser vedado ao Poder Judiciário apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos, cabendo-lhe tão só o exame sob o prisma da legalidade.

Veja-se, pois, o alerta maior com que nos deparamos sempre ao falarmos em controle jurisdicional do ato administrativo.

O mérito do ato administrativo, para o autor, constitui um "*aspecto do procedimento da Administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida, que é ao juiz vedado penetrar no seu conhecimento*". Se o fizesse, argumenta, "*exorbitaria, ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade) próprio dos órgãos executivos*"⁸.

Já se vê então que a discricionariedade é vista como a decorrer de gestão político-administrativa, inacessível à valoração jurídica, a qual, necessariamente, haverá de circunscrever-se à análise da *legalidade* e da

⁸ FAGUNDES, M. Seabra - *O Controle dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário*, pág. 150, nota n. 6, Quarta Edição, Forense, Rio.

legitimidade da atuação da Administração Pública. É o que prevalece em outras vertentes doutrinárias que se lhe seguem, como também, e muito, em nível de decisão judicial, especialmente em primeiro grau de jurisdição (também em graus superiores), denotando então, efetivamente, visão e comportamento mais para o político do que para o jurídico. Talvez, por outro lado, por força de um já sedimentado condicionamento, ou, antes, pela autoridade do argumento mais do que pela sua incontestabilidade.

Mas, nesse passo, cabe preliminar observação no intuito de bem situar o ensinamento: quando vem o alerta para o risco da exorbitância funcional do juiz, "*que deve ater-se ao campo de apreciação jurídica como órgão específico que é de preservação da ordem legal*", por certo que não está a referir-se tão só ao arcabouço de leis de um ordenamento dado, mas, isto sim, ao próprio ordenamento em face do Direito em que se assenta. Por isso que, entre nós, agora, na vigência da Constituição atual, há de ser, necessariamente, àquele que se conforme com o Estado de direito.

Particularizando o enfoque quanto à inapreciabilidade do mérito do ato administrativo, à mesma linha preponderante do entendimento de **Seabra Fagundes**, não foge o raciocínio de **Cáio Tácito**, quando alude ao *poder discricionário* como inserido ao "*início do ato administrativo*", e, precisamente, quando da verificação da existência dos motivos que o devem informar, como, de consequência, diz o autor, na apreciação do valor desses motivos - o primeiro aspecto, de feição material e o segundo, psicológico, de formação do ato de vontade.

Aí residiria então aquela parcela de poder, dito discricionário, a salvo do controle judicial, desde que este há de limitar-se ao exame da legalidade do ato, intervindo jamais no que diz com aspectos restritos ao seu mérito. Consequência do raciocínio é a conclusão de que existe, por certo, uma possibilidade jurídica de ação e de que essa mesma possibilidade traduz-se num *poder*. E mais, particularizando, trata-se o que denomina *poder discricionário*, daquela faculdade concedida à Administração de eleger o objeto e a forma do ato, quando não estabelecidos previamente em lei.

A autoridade, observa **Cáio Tácito**, age para alcançar "*o objeto, ou seja, o efeito do ato jurídico*. Este é,

por excelência, o terreno do poder discricionário". Não existindo na lei uma obrigação certa de fazer ou não fazer, sustenta ainda, o administrador pode escolher o objeto do ato administrativo, decidindo sobre a oportunidade e conveniência dele. A livre determinação do objeto é, em suma, argumenta, o *núcleo do poder discricionário*.

Chama a atenção, no entanto, não satisfazer ao Direito o fato apenas isolado, de tratar-se de autoridade competente, objeto lícito e adequada motivação para o nascimento do *ato discricionário*, imune à ação jurisdicional.

Nesse ponto alerta para o perigo da ilicitude, quando pretenda a autoridade servir-se de suas atribuições para satisfação de interesses pessoais, sectários, político-partidários, ou até mesmo, atingir outro interesse público alheio ao contido na regra prescritiva de competência, vendo aí, sob aspecto teleológico (do ato ou do Direito?) uma inafastável condição de legalidade do ato administrativo.

E revirando o terreno, tanto da discricionariedade como da legalidade em relação ao ato administrativo, naquilo que pertine ao seu controle, admite a excepcionalidade de ao juiz ser deferido o exame da motivação dos atos administrativos, adentrando à apreciação da matéria de fato, em busca, exatamente, da análise dos elementos de legalidade interna da conduta do administrador. Mas alerta ser absolutamente necessário a evidência do erro, ou da malícia do administrador, para a possibilidade de desfazimento do ato pelo Poder Judiciário, desde que, essa não é a regra⁹.

Como em **Seabra Fagundes**, à primeira vista somos levados a crer na existência de uma acentuada preocupação doutrinária de concepção predominantemente legalista, mesmo sob o risco de desconformidade com o Direito. Desconformidade que se torna verdadeira se pensarmos nos incontáveis *decretos-leis* do passado e nas atuais *Medidas Provisórias*, nascidos todos sob a inspiração da urgência e do interesse público. Em última análise, conformados até certo ponto com a lei, mas, em muitos dos casos, em flagrante desconformidade com o Direito. Em linha de conseqüência,

⁹ TÁCITO, Caio - *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil*, pag. 30 - Serviço de Documentação do Departamento Administrativo do Serviço Público (Seção de Publicações), Departamento de Imprensa Nacional - Rio de Janeiro, 1959.

tantos outros atos menores, inibidores de direitos, brandidos como atos *discricionários*, *políticos* ou *de governo*, e, portanto, inibidores de reexame jurisdicional que não seja o da sua adequação legal¹⁰.

Se procurarmos exemplos mais diretos e de mais fácil percepção, basta que se atente ao constante noticiário sobre desmandos cometidos em licitações, desapropriações, contratações e outros atos mais corriqueiros dentro da Administração Pública brasileira. Todos, via de regra, absolutamente conformados com a lei; não, necessariamente, com o Direito.

Por outro lado, será razoável, e suficiente, aceitar-se que, no plano da eficácia e da estruturação das relações jurídicas, ocorra um tal fracionamento, de sorte a que a discricionariedade, por situar-se "*ao início do ato*", quede-se inapreciável pela função jurisdicional do Estado? Ou que a formação do ato de vontade (um dos aspectos - o de subjetividade - a que se refere o autor) que se traduzirá em ação ou omissão, dentro dos contornos legais, possa ser vista como um componente do ato administrativo? Ou será mais plausível entender-se que esse momento (correspondente ao processo psíquico de formação do ato de vontade), na verdade *antecede* o ato administrativo? E será ainda pertinente a colocação no sentido de que o chamado *poder discricionário*, de fato, insere-se "*no início*" do ato administrativo, quando da verificação dos motivos que o devem informar, ou da valoração desses motivos? E, como derradeira indagação, estaria certo concluirmos daí, que, esse *poder discricionário*, incorporar-se-ia ou iria aderir ao ato (também às relações desencadeadas) como um componente seu, de sorte a imunizá-lo à revisão jurisdicional - ainda que inserida esta em nosso ordenamento jurídico, como uma das funções do Estado brasileiro?

Caio Tácito, já se vê, põe em linha de importância a motivação do ato, o valor dos motivos, o ato de vontade do agente público, como de resto a sua conduta "interna". Mas restringe a discricionariedade à eleição do objeto e à forma do ato, quando à margem de regramento legal.

¹⁰ Esse controle da legalidade do ato, mais não é do que a esperada adequação ao Direito. E tanto é procedente a afirmativa, que a mesma doutrina não titubeia em pugnar sempre pelo reconhecimento da peremptória vinculação da ação administrativa e conseqüente permissão do exame quanto à sua finalidade (explícita ou implícita).

Quanto à ilicitude - que reconhece possível - apega-se à sua evidência para a excepcionalidade do controle externo, jurisdicional.

A sua conclusão, entretanto, é no sentido de resguardar dessa análise o mérito do ato administrativo, enfatizando residir na livre determinação do objeto aquilo que propõe como o núcleo do poder discricionário.

Resta de todo modo um aceno às questões que parecem o alicerce de toda a construção de um entendimento mais apropriado à localização da discricionariedade em relação ao ato administrativo e, assim, à real medida da sua relevância jurídica em face das relações desencadeadas.

Aí um elenco de questões dignas de reflexão mais detida, às quais se retornará.

Também **Ruy Cirne Lima**, dos mais acatados publicistas brasileiros, em fecundo legado doutrinário, argumentou, ao apreciar os atos administrativos "*segundo o poder reconhecido ao agente*", constituírem-se em atos discricionários aqueles "*respeito aos quais a autoridade administrativa, embora adscrita a prescrições não-jurídicas, possui, face à regra jurídica, liberdade de determinação, quanto ao respectivo destinatário, objeto ou fim*". E exemplifica, como atos discricionários, as autorizações administrativas, "*quando dependentes, com relação ao destinatário, objeto ou fim, de determinação ad hypothesin, da administração: licença para porte de armas (**destinatário**); autorização sobre o domínio público (**objeto**) e licença para exibição de filmes cinematográficos (**fim**)*"¹¹.

Mas **Ruy Cirne Lima** vai muito mais em suas lições, aprofundando raciocínio, por exemplo, no que diz com as relações jurídicas no Direito Administrativo, de tal sorte a sugerir como imperativo de estudo a concepção de uma *Parte Geral*, cujo tema central residiria no reconhecimento de relação jurídica própria "*ad instar* da do Direito Civil", analisada então em seus elementos de constituição.

¹¹ LIMA, Ruy Cirne - *Princípios de Direito Administrativo*, pag. 91 - Edit. Revista dos Tribunais, S.P., 1.982, 5ª Edição.

A noção dessas relações jurídicas, de Direito Administrativo, haveria de ser daí a mola propulsora da aludida *Parte Geral*.

Conseqüência desse pensar é o primoroso trabalho veiculado pela Revista de Direito Público de n. 85, por força do qual se depara com magnífica preleção, para além, todavia, dos contornos deste estudo.

Já **Victor Nunes Leal** prefere referir-se ao "*conteúdo discricionário do ato administrativo*" e ao "*poder discricionário*", em posição ao emprego corrente da expressão "*ato discricionário*", que, com inteligência e clareza, sustenta não existir, desde que, em verdade, nenhum ato administrativo pode ser considerado discricionário, em sua integridade. E ilustrando seu raciocínio com oportunos comentários de **Seabra Fagundes**, argumenta que, por exemplo, "*quanto à finalidade dos atos administrativos (discricionários ou vinculados), está ela sempre expressa ou implícita na lei. Por isso mesmo, o fim legal, que é necessariamente um fim de interesse público, constitui aspecto vinculado dos atos administrativos, suscetível, portanto, de apreciação jurisdicional*"¹².

Também o autor, refere-se à *finalidade legal* do ato. Sem a menor afronta a esse juízo, correto que é, não seria entretanto, de indagar-se quanto à *finalidade* do Direito, como preponderante? Ou deve-se entender que a alusão à finalidade legal pressupõe entender-se como referida ao Direito mesmo?

De todo modo, ao prosseguir, afirma que a opção de conveniência e oportunidade reservada pela Constituição e leis que a sucedem, constitui para a Administração Pública o conteúdo discricionário do ato, concluindo ser mais acertado então falar-se em *poder discricionário* ao invés de em *ato discricionário*, aquele sim, livre, em princípio, de revisão jurisdicional. E assim, porque, embora admita a existência do que denomina de *zona livre, de movimento do poder discricionário*, ainda assim, em certa medida a que se dará a devida atenção mais adiante (a de constituir-se a demarcação dessa *zona livre* uma questão jurídica-em-si) não

¹² LEAL, Victor Nunes - *Poder Discricionário e Ação Arbitrária da Administração* - "in" Revista de Direito Administrativo, vol 14, pag. 53, 1.948.

discorda totalmente da possibilidade de revisão jurisdicional no que diz com a verificação dos limites do *poder discricionário*.

E multiplicam-se os argumentos, sérios todos, em redor da existência de certa liberdade de ação deferida à Administração Pública, constituindo-se em território sacro próprio da discricionariedade, cuja ingerência é defesa à esfera do Judiciário.

De **Themístocles Brandão Cavalcanti** é a afirmativa de tratar-se o ato discricionário, de todo ato insuscetível de apreciação por outra *esfera de poder* que não aquela que o haja praticado. Diz vir informado por critérios de justiça, conveniência e oportunidade, *mais condizentes com o interesse do que com o Direito*, razão pela qual se deva entendê-lo mais como de ordem política do que jurídica. E arremata, depois de dizer que o *arbítrio* é o seu elemento caracterizador: "*A faculdade discricionária constitui um círculo menor dentro do ato administrativo; interessa mais diretamente à execução do ato, ou melhor, à maneira de executá-lo. ...A conveniência, a oportunidade, o meio de realizar o ato encontram-se dentro da esfera discricionária, que não pode violar o limite fixado pela lei. Neste último caso a infração desse limite importa na ilegalidade do ato, sujeita à apreciação do poder judiciário. O direito subjetivo da administração importa, assim, numa restrição ao direito subjetivo do particular e a ele corresponde*"¹³.

Não é diferente a posição de **José Cretella Junior**, que baliza a possibilidade de reexame do ato administrativo pelo Poder Judiciário, a partir do que signifiquem *legalidade* e *mérito* do ato, distinguindo-os: a primeira, como o exame de adequação à lei; o segundo, como tudo que se relacione com a oportunidade e conveniência da medida adotada¹⁴.

Já **Celso Antonio Bandeira de Mello**, reconhece que a discricionariedade não caracteriza *atributo de ato algum*, nem tampouco um *poder desfrutável em abstrato pela Administração*, mas constitui-se, com efeito, no "*resíduo de liberdade* ocorrente em cada caso, deferido ao administrador

¹³ CAVALCANTI, Themístocles Brandão - *Teoria dos Atos Administrativos*, pags. 114/115 - Editora Revista dos Tribunais - S.P., 1.973.

¹⁴ CRETELLA JUNIOR, José - *Tratado de Direito Administrativo*, vol. II, pag. 359 - Forense, Rio - 1ª Edição, 1966.

como um poder e simultaneamente um dever de integrar a vontade da lei, corporificando-a nas situações específicas em que tal interferência seja requerida pela própria norma a que se dá execução".

Concorda, portanto, com a inexistência de ato - como tanto discricionário - quando diz haver, isto sim, "*por ocasião da prática de inúmeros atos, exercício obrigatório de uma opção livre a ser eleita pelo administrador*". Tal opção, argumenta, pode referir-se ao momento da prática do ato, ao conteúdo dele ou à forma que o revestirá. E conclui: "*conforme o caso, na dependência do disposto na lei e das circunstâncias objetivas de cada situação administrativa, remanescerá ao administrador um exame de conveniência e oportunidade, a que não se pode furtar pelo fato de a norma haver omitido a prévia definição de um modelo único de comportamento admitido em concreto*"¹⁵.

Pois, precisamente, esse exame de conveniência e oportunidade, que remanesce ao administrador, e, ao qual não se pode furtar, é alçado à categoria de mérito do ato administrativo, inapreciável, em princípio, pelo órgão ao qual se atribui função jurisdicional no Estado brasileiro. Ainda que, reconheça o autor, trate-se, no caso, de estar-se frente a um *resíduo de liberdade* cometido ao administrador como a figurar a essência de um dever (também, poder) de integrar a vontade da lei.

Aí está um raciocínio primoroso, como é de **Celso Antonio Bandeira de Mello**. No entanto, na medida em que, se consubstanciando em um dever (*mesmo que simultâneo a um poder*) de integrar a vontade da lei corporificando-a ocasionalmente (*quando requerida a interferência discricionária pela própria norma a que se dá execução*) quer se falar de fato, em vinculação. Sendo assim, acrescenta-se, em flagrante possibilidade de análise em sede jurisdicional, na certeza de assim não se permitir extrapolação ao ordenamento jurídico sob o qual se organiza o Estado brasileiro.

Mas não escapa a **Celso Antonio** a perspicácia em identificar a discricionariedade, assim na hipótese, como no *comando* e na *finalidade* da norma jurídica.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio - *Elementos de Direito Administrativo*, pags. 214/215 - Edit. Revista dos Tribunais - S.P., 1.983.

Na primeira formulação, quando da inoocorrência de precisa explicitação do pressuposto de fato, ou, conforme pondera, em se tratando de pressuposto expresso através de conceitos vagos, fluídos ou imprecisos; enquanto que, na segunda, no caso do comando normativo sugerir certa parcela de liberdade a que decida o administrador se pratica ou não determinado ato, ou que ato há de praticar em face das situações fáticas que descreve. Por derradeiro, reconhecendo na finalidade um valor (que tem como plurissignificativo), reconhece que a "*fluidez da finalidade pode refluir deveras sobre o pressuposto de fato*".

A partir daí, (admitindo que os conceitos contidos na norma - ainda que vagos, fluídos ou imprecisos - ostentam indiscutível conteúdo mínimo e que não de ser interpretados sempre contextualmente), sugere aceitar-se que a discricionariedade não deve ser captada como margem de liberdade suficiente a impedir o controle externo em torno da "*intelecção das palavras normativas utilizadas pelo agente administrativo*". É dizer, se, de fato, mantiveram-se dentro dos limites de significação possível, ou se, ao contrário, *ao lume de enfoque conceitual* - emprestando a expressão do autor - dela afastaram-se.

Mais ainda. Com argumentação de grande sabedor, propõe a comprovação de que, exatamente, em razão da discricionariedade - que toma como prova cabal ao redor do propósito - é que a lei sempre reclama o comportamento ótimo por parte do agente administrativo. Nesse passo admite questionar mesmo - fora do campo de conteúdo dos conceitos (pleno de dúvidas) - a existência da discricionariedade.

Por isso, mais adentrando à matéria, pondera que nos casos em que a norma jurídica, vinculadamente, prescreve um único comportamento, *ninguém duvida* de que ela quer um comportamento ótimo. Também assim em relação à discricionariedade. O comportamento único esperado é o comportamento ótimo. Por isso que, quando o legislador viabiliza a discricionariedade é precisamente porque nada espera além desse comportamento ótimo.

Todavia, no que diz com a *localização* da discricionariedade, conclui que a descrição administrativa a rigor transparece de um dos elementos do ato administrativo: precisamente *do seu conteúdo*. Pouco importando então, diz, a

imprecisão do pressuposto, a liberdade no comando ou a imprecisão da finalidade, que da norma possam dimanar.¹⁶

Difícil é a questão. Difícil de igual a assimilação daquele primeiro raciocínio do autor (aceito como predominante) sem confiná-lo tão só ao Direito Administrativo, resultando assim no risco de desconsiderar outras questões emergentes, de igual significado - o que, aliás, colhe-se de suas intervenções posteriores, até ao ponto de pôr em dúvida a existência da discricionariedade administrativa em sua feição tradicional.

Mais ainda se levarmos em conta a afirmação de que, na primeira hipótese abordada, rigorosamente, nos colocaríamos diante da circunstância de um "*exercício obrigatório de uma opção livre*" - expressão que de si mesma denota um regramento por um lado, e, por outro, um quê de contradição, incompatível com a noção de harmonia e coerência que deve caracterizar qualquer sistema jurídico.

Ora, exercer, *obrigatoriamente*, uma *faculdade* (seja de agir, ou não agir) significa estar atrelado a uma imposição - esta, concebida explícita ou implicitamente dentro de uma determinada ordem tida como válida e imperativa. Significa, portanto, submeter-se a um decidido regramento, por tudo mais amplo e mais abrangente do que a possibilidade eventual de escolha informada por nuances de discricionariedade.

Parece daí, e inclusive, não merecer procedência também o aludir-se, em defesa da discricionariedade administrativa, à "*omissão normativa em torno de um modelo único de comportamento admissível em concreto*". Até porque esse *modelo de comportamento* - se não for aquele comportamento ótimo reclamado pelo Direito - deve ser entendido como ditado pelo ordenamento posto, assentando-se na subordinação à lei e na prevalência do interesse público em pauta quando do encaminhamento do ato. O que, em última análise, não difere daquele.

Claro que estes, como os demais comentários alinhados neste Capítulo, devem ser entendidos como notas introdutórias e, por enquanto, generalizadas, no

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio - *Poder Discricionário*, "in" Revista de Direito Público n. 76, pag. 103. Edit. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1985.

sentido tão somente de reforçar o enredo em direção oposta ao do sectarismo da doutrina dominante, ou seja, no propósito de revigorar a defesa em torno da possibilidade de revisão jurisdicional do ato administrativo assim concebido.

De **Diógenes Gasparini**, analisando o controle da Administração Pública, quanto à sua extensão, é o remate de que: "*O controle jurisdicional limita-se, nos casos concretos, ao exame da legalidade do ato ou da atividade administrativa. Escapa-lhe, por conseguinte, o exame do mérito do ato ou atividade administrativa. Assim, os aspectos de conveniência e oportunidade não podem ser objeto desse controle. A autoridade jurisdicional pode dizer o que é legal ou ilegal, mas não pode dizer o que é oportuno ou conveniente e o que é inoportuno ou inconveniente*"¹⁷.

Mas pode, com certeza - deve aliás - dizer o que é jurídico e o que não é jurídico, seus contornos e conseqüências em face do Direito em que se assenta.

O pensamento do autor então, ainda que de ligeira assimilação, parece colocar o problema à superfície da rotina do cotidiano forense como transparece sugerir ao particularizar o entendimento aos casos concretos e à legislação aplicável.

Não será essa, contudo, a via de acesso capaz de aproximar-nos do cerne da questão, pois a conformação do ato administrativo à lei (de toda atividade, ou ação administrativa) é pressuposto fundamental, constitucional, lógico até, e bem por isso inquestionável. É a base em que se acomoda o Direito Público, razão pela qual afirmar que, na concreção do Direito, à autoridade jurisdicional só é permitido manifestar-se conclusivamente quanto aos aspectos de legalidade ou ilegalidade do ato ou da atividade administrativa, é, por um lado, o mínimo a afirmar-se e, por outro, demonstração de total sujeição ao entendimento comum reservado ao tema.

Quanto à atividade administrativa, colocada pelo autor ao lado do ato administrativo como a salvo de controle externo, é de se entender pertinente apenas na medida em que essa atividade transforme-se em ação efetiva, suficiente a estabelecer uma relação jurídica material. Só a

¹⁷ GASPARINI, Diógenes - *Direito Administrativo*, pag. 386 - Edit. Saraiva, S.P., 1.989.

partir daí teria relevância para o estudo do controle jurisdicional de que se fala.

É que, segundo parece, atividade e ação - ainda que possam equivaler-se, representando uma e a mesma coisa - necessariamente não se confundem, quando em pauta as questões aqui abordadas, emergentes do estudo da discricionariedade administrativa e seu controle possível.

Mas, vejamos como se refere ao tema **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, autora moderna e de grande aceitação entre os estudiosos do Direito Administrativo.

Em princípio, no que diz com o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, não foge à regra concebida em torno dos aspectos de legalidade tão somente do ato administrativo, tal como até aqui destacado. Sustenta que "*com relação aos atos discricionários, o controle jurisdicional é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei*"¹⁸. E agrega que isso decorre do fato de ser a discricionariedade "*um poder delimitado previamente pelo legislador*", que, intencionalmente, reserva ao administrador aquele resíduo de liberdade a que se refere **Celso Antonio Bandeira de Mello**, a quem se alinha

De sua lavra é a dedução no sentido de atribuir à discricionariedade uma feição de *poder originário* intencionalmente determinado pelo legislador, de tal sorte que à Administração Pública remanesça espaço de liberdade para decidir. E, como tantos, acrescenta que a autoridade competente, melhor do que ninguém, está apta às decisões concretamente reclamadas, à exceção, diz, dos casos em que sejam ultrapassados os limites da discricionariedade - hipótese em que reconhece procedência à intervenção jurisdicional.

Ilustra essa possibilidade com a ocorrência do desvio de poder, como naqueles casos em que sobrevenha deslocação dos fins de interesse público definidos em lei, para, em seguida, aludir à tendência de limitação da discricionariedade tendo em consideração o uso de "*noções imprecisas*" de que a comum vale-se o legislador.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, pag. 165 - Edit. Atlas - S.P., 2ª Edição, 1.991.

Dessas "noções imprecisas" (conceitos legais indeterminados, como a elas refere-se) resultaria que, se para delimitação do conceito houver que se valer de apreciação subjetiva de valor, estar-se-á frente à discricionariedade; caso contrário, havendo elementos objetivos extraídos da experiência, que possibilitem a delimitação do conceito, não há falar-se em discricionariedade.

Refere-se ainda, invocando uma vez mais **Celso Antonio Bandeira de Mello**, a parâmetros de moralidade administrativa por exemplo; aludindo também a uma certa "zona intermediária" referida ao interesse público, "cinzenta", como ao largo de análise por parte do Judiciário; ademais, à *imoralidade administrativa* e ao *clamor público* capaz de denunciá-la; enfim, *aos padrões do homem comum na apreciação da justeza do ato administrativo*.

Admite, no entanto, sob outra ótica, a possibilidade de revisão pelo Judiciário no sentido de apurar se houve porventura ação extrapoladora dos limites da discricionariedade, quando então, passível de caracterizar uma invasão ao campo da legalidade.

Maria Sylvia Di Pietro, já se vê, não distoa daqueles que costumam acatar a existência do ato e do poder discricionários como tais. De toda maneira, porém, traz pertinentes ponderações quando - embora se atendo à questão da legalidade tão somente - reconhece que, com o advento da atual Constituição, também sob o argumento da moralidade é possível o controle jurisdicional dos atos administrativos. De igual quanto ao exame dos motivos ("*os fatos que precedem a elaboração do ato*"), entendendo não haver invasão do mérito quando apurada a ausência ou falsidade de motivação¹⁹. Ainda assim, pugnando pela ocorrência, no caso, de ilegalidade, esta sim a ser invalidada pelo Judiciário.

Insiste, portanto, quanto à possibilidade de reexame do ato apenas no que diz com a sua legalidade.

Já **Hely Lopes Meirelles** alude à discricionariedade como *a projeção de um poder*, dito *discricionário*, concedido pelo Direito à Administração Pública, de forma explícita ou implícita, para que esta possa praticar atos

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - ob. cit. (*Direito..*), pags. 429/430.

administrativos "com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo"²⁰.

É o entendimento que prevalece na doutrina dominante, no caso, porém, enriquecido pela sensibilidade e pela inteligência do influente publicista.

Resultado disso é que o autor não se contenta com a mera prescrição de inapreciabilidade dos aspectos de conveniência, oportunidade e conteúdo dos atos relegados à faculdade discricionária, como, em certa altura, faz transparecer em seus estudos: "*Mesmo quanto aos elementos discricionários do ato há limitações, impostas pelos princípios gerais de direito e pelas regras da boa administração, que, em última análise, são preceitos de moralidade administrativa. Daí dizer-se com inteira propriedade, que a atividade discricionária permanece sempre sujeita a um duplo condicionamento: externo e interno. Externamente pelo ordenamento jurídico a que fica subordinada toda atividade administrativa...; internamente, pelas exigências do bem comum e da moralidade da instituição administrativa....Fixa, assim, o rumo que o ato administrativo deve procurar. Se o administrador se desviar desse roteiro, praticando ato que, embora discricionário, busque outro objetivo, incidirá em ilegalidade, por desvio de poder ou de finalidade, que poderá ser reconhecido e declarado pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário*"²¹.

No mais, em que pese a sensibilidade do autor, bem se nota que se compraz com a existência de "elementos" de discricionariedade no ato administrativo; com uma certa "atividade" discricionária e com a existência de um "poder", como tal, discricionário e, assim, com a possibilidade de seu desvio, que alinha ao desvio da própria finalidade.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no que se refere ao controle dos atos da Administração Pública, faz interessante estudo quanto ao controle de legalidade, apontando as restrições devidas ao controle judiciário, no que tange à amplitude do ato de controle, à oportunidade e à extensão do pronunciamento jurisdicional.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes - *Direito Administrativo Brasileiro*, pag. 97 - Edit. Revista dos Tribunais - S.P., 16ª Edição, 2ª tiragem, 1.991.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes - "idem", pag. 99.

Quanto à primeira, enfatiza refugirem "a *um controle substitutivo de vontade*" os atos administrativos praticados no exercício de competência privativa da Administração Pública (também aqueles provindos de igual competência, da esfera legislativa), argumentando: "*Diante da ilegalidade apreciada nessas hipóteses, ao Judiciário é vedado substituir a decisão viciada por uma outra decisão, normativa ou administrativa, que lhe parecer melhor*"²².

Em verdade são apropositadas as observações, o que, todavia, não levam a descaracterizar a possibilidade de análise circunstancial dos fatos e da motivação, determinantes da vontade declarada pelo ato e responsável pelo estabelecimento de relações jurídicas submetidas ao Judiciário; assim, acorrer-se à análise da vontade, ainda que se o faça para saber da sua conformação jurídica. Uma coisa, porém, é a potencialidade do ato administrativo, outra é a sua concretude - o que, adiante veremos. E daí as suas conseqüências no universo reservado ao estudo das relações jurídicas.

De todo modo, não se trataria de *substituir a decisão viciada* por outra decisão administrativa que parecesse melhor ao julgador, mas, sim, de, obstaculizando os seus efeitos, conformá-la ao Direito.

Também **Miguel Reale**²³ não deixa de destacar o clássico binômio *oportunidade-conveniência* como inapreciável por obra do Judiciário, ao qual somente deve ser franqueada a análise da legalidade do ato administrativo, fazendo a respeito percutientes observações de essência.

Marcelo Caetano, em certa medida, não deixa escapar o ensinamento de ser inapropriado ao Judiciário perquirir sobre os aspectos de conveniência do *poder discricionário*, ou seja, buscar revisão da apreciação levada a efeito pela Administração ativa. E, como tantos, enfatiza somente ser possível o questionamento judicial do ato administrativo (discricionário ou não) naquilo que se refira à sua legalidade. Ainda que admita a possibilidade de vício à vontade manifestada no ato, "*seja no exercício de poderes discricionários*

²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo - *Curso de Direito Administrativo*, pag. 189 - Edit. Forense - Rio, 8ª Edição, 1.989.

²³ REALE, Miguel - *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, pags. 90 e segs. - Editora Forense, Rio - 2ª Ed., 1.980.

seja de poderes vinculados". Por isso que, adverte, os atos devem ser avaliados não em função dos vícios da vontade em si, mas, de direito, pela influência que esses vícios possam acarretar na legalidade do ato²⁴.

Quanto à feição teleológica do *poder discricionário*, tendo em vista o desvio de poder, assevera que o fim desse poder decorrerá da interpretação da norma atributiva de competência, pois o fim é aquele que a lei fixa ao conferir o poder a um determinado órgão. Então, quando em relevo o desvio do poder por exemplo, acrescenta representar assim uma espécie de ilegalidade, não, simples imoralidade administrativa como querem alguns.

E conclui: "*Quer isto dizer que não aceitamos que os tribunais tenham liberdade de rever a apreciação feita pelo órgão da administração ativa a fim de verificar se ele fez uso conveniente, útil, benéfico do poder discricionário: o juiz só pode anular um ato por desvio de poder na medida em que ele contrarie o fim expresso ou implícito na lei*"²⁵.

Já o ponto de vista de **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello** está em que - não se confundindo com poderes arbitrários - os discricionários, da Administração Pública, são aqueles que, "*libertos de estritas determinações legais*", ensejam a possibilidade de escolha aos seus detentores, de proceder conforme avaliação própria em torno dos aspectos de conveniência e oportunidade no encaminhamento do ato administrativo²⁶.

Refere-se, não a atos discricionários, mas, a atos praticados no exercício de *poderes discricionários*, que opõe àqueles praticados no exercício de *poderes vinculados*. É como vê o problema da ação administrativa do Estado, colocada como livre, mas *nos limites do direito*.

Esses limites podem ser encontrados, observa, justamente nos motivos determinantes do ato jurídico e no fim com que é praticado, pois toda a atividade do Estado

²⁴ CAETANO, Marcelo - *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, pag. 168 - Forense, Rio - 2ª Ed., 1.989.

²⁵ CAETANO, Marcelo - "idem", pag. 177

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha - *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Vol. I, pag. 473 - Forense, Rio de Janeiro - 2ª Ed., 1.975.

(nesse aspecto tido como *Estado-poder*) há que ser balizada pelo interesse coletivo, sempre. Daí que, "*mesmo os atos administrativos praticados pela Administração Pública no exercício dos seus poderes discricionários encontram os limites acima apontados. Não podem transpô-los sob pena de envolver exercício abusivo de direito*".

Em conseqüência, pondera, mesmo aqueles atos entendidos como discricionários não fogem à ação verificadora do Judiciário para apuração do abuso de direito.

O certo, contudo, é que, inexistindo texto normativo expresso a respeito, milita em favor dos poderes discricionários da Administração Pública a presunção de escolha da ocasião oportuna para agir.

Mas vai bem mais longe o autor ao explicar a existência dos *poderes discricionários*, seus limites e a possibilidade de revisão jurisdicional dos atos praticados sob tais circunstâncias. O assunto, por isso, há de ser retomado quando da tentativa de melhor análise da doutrina formadora da opinião corrente em relação ao tema.

Por fim, de **Manoel de Oliveira Franco Sobrinho** é a advertência de que "*condicionados ao princípio da legalidade, os atos discricionários fundam-se diante de fatos no livre poder de apreciação e decisão. Os critérios de oportunidade e de conveniência, embora subordinados à lei e à competência, oferecem à Administração elementos de convicção de ação voltada para o interesse público figurado*"²⁷.

E, a exemplo de outros, admite a existência de atos administrativos discricionários, como também, por outro lado, de um *poder discricionário*, resultante de função cometida à Administração Pública - em termos de competência - para "*determinar o indeterminado*", segundo critérios próprios, de eficácia e conveniência. Daí porque, diz o autor, o ato assim nascido (de faculdade discricionária) "*no regime de competência cria necessariamente direitos subjetivos e interesses legítimos semelhantes ou iguais aos demais atos emanados da Administração*"²⁸.

²⁷ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira - *Curso de Direito Administrativo*, pag. 124 - Saraiva, 1.974.

²⁸ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira - ob. cit. (*Curso...*), pags. 85/86.

Trabalha então com expressões como *atos discricionários*, *poderes discricionários* - que contrapõe aos *poderes vinculados*; e *faculdade discricionária*, de sorte a enfatizar a validade de critérios de escolha dos meios procedimentais permitidos à Administração Pública no encaminhamento ocasional da ação administrativa.

Isto porque, "*impossível prever toda variedade de circunstâncias que afetam o cumprimento de fins administrativos*".

Até aí em nada difere do entendimento predominante: *oportunidade* e *conveniência* são alçadas à condição de privilégios da Administração Pública, e, nucleares da ação entendida como discricionária.

Poder-se-ia, talvez, encontrar uma certa diferença e, nisso originalidade, na medida em que alude a "*critérios próprios de eficácia e conveniência*", como, no mais, à "*criação de direitos subjetivos e interesses legítimos semelhantes ou iguais aos demais atos emanados da Administração*".

Mas, será permitido admitir-se a existência de *critérios próprios de eficácia*? A que *eficácia* estará a referir-se o conceituado autor? Eis questões sobre as quais haveremos de meditar um pouco mais à frente.

No que se refere à competência, aponta para a discricionariedade no seu exercício, conforme a existência de *poderes-deveres* a serem exercitados sempre que os interesses públicos o exijam. É o que chama de *competência discricionária*.

No mesmo sentido - da inapreciabilidade do mérito do ato administrativo dado como discricionário - com a originalidade de cada qual, estão as lições de **Alexandre C. de Assis** - *Excesso de Poder e Discricionariedade; Controle Judicial* - RDP, nº92, pags. 147 e segs.; **Caio Tácito** - *Controle Judicial da Administração Pública na Nova Constituição* - RDP, nº91, pags. 28 e segs.; **Celso Antonio Bandeira de Mello** - *Desvio de Poder* - RDP, nº89, pgs.24 e segs.. *Legalidade - Discricionariedade - Seus Limites e Controle* - RDP nº86, pags. 42 e segs.. *Poder Discricionário* - RDP nº76, pags. 99 e segs.. - *Discricionariedade, Fundamentos, Natureza e Limites* - RDP nº33, pags. 85 e segs.. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial* - RDP nº 32, pags. 18 e segs.. *Controle Judicial*

dos Limites da Discricionariedade Administrativa - RDP nº31, pags. 33 e segs.. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados* - Edit. Rev. dos Tribs., S.P., 1.981; **Seabra Fagundes** - *Controle Prévio e Controle Posterior* - RDP nº89, pags. 195 e segs.; ; **Carlos Ari Sundfeld** - *Discricionariedade e Revogação do Ato Administrativo* - RDP nº79, pags. 132 e segs.; **Alberto Ramon Real** - *El Control de La Administración* - RDP nº 32, pags. 5 e segs.; ; **Adilson Abreu Dallari** - *Suspensão dos Efeitos do Ato Administrativo* - RDP nº 61, pags. 112 e seguintes. Mais, **Cretella Junior** - *Do Ato Administrativo* - José Bushatsky, Editor - S.P., 1.972. *Manual de Direito Administrativo*, Forense, Rio, 5ª Ed. 1.989. *Dicionário de Direito Administrativo* - Bushatsky - S.P., 1.972; **Miguel Reale** - *Direito Administrativo* - Forense, 1ª Ed., 1.969; **Themístocles Brandão Cavalcanti** - *Curso de Direito Administrativo* - Freitas Bastos S/A., 4ª Ed., 1.956 e *Tratado de Direito Administrativo* - Freitas Bastos. 3ª Ed., 1.955; **Marcelo Caetano** - *Manual de Direito Administrativo* - Forense, Rio, 1ª Ed. brasileira - ; **Tércio Sampaio Ferraz Junior** - *Introdução ao Estudo do Direito* - Edit Atlas, S.P., 1.988; **Maria Helena Diniz** - *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito* - Ed. Saraiva, 1.988; **Luciano Ferreira Leite** - *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial* - Edit. Rev. dos Tribs., S.P., 1.981.

De logo se nota, pois, (ademais de toda enigmaticidade geradora do dissenso conceitual referido ao início) a compacta e quase intransponível redoma em que a doutrina brasileira dominante coloca o tema de discricionariedade administrativa.

Não se traduz então em empreitada suave a sua abordagem, desde que as ilações em defesa da intangibilidade jurisdicional da ação da Administração Pública pela ótica da discricionariedade é, por si mesma complexa, ensejando o sério risco da sua compreensão à margem do real sentido que encerra.

É que, muito embora se possa reconhecer convergência de opiniões, resta impreciso o delineamento do prestigiado *mérito* na discricionariedade administrativa, que, nesse ponto, é vista como *atividade discricionária, ação discricionária, faculdade discricionária, discricionariedade no exercício do poder, poder discricionário*, e tanto mais.

Certo, no entanto, que a procura de assimilação pressupõe raciocínio conciliável com o Direito visto em sua totalidade, e, daí com a ordem que lhe corresponda, para, só nesse tempo, chegar-se à limpidez possível para o entendimento em torno da validade, localização, limites e efeitos da denominada, ação discricionária.

Em verdade, a ação administrativa deve ser colocada mesmo é em momento posterior ao da avaliação discricionária (podendo ser uma conseqüência) - o que, diante do universo da eficácia jurídica e das relações desencadeadas, induz a concepções diversas daquelas até aqui vistas como a compor o substrato da doutrina brasileira, sem, no entanto, desconsiderá-las. E, assim, porque sabidamente pertinentes à região de onde provêm.

O que se arvora na verdade é sugerir um campo de meditação para um pouco além daquele projetado predominantemente do Direito Administrativo e, de maneira a conformá-lo com a realidade e com a atualidade do Estado brasileiro.

Logo, com a problemática geral do Direito é que devemos nos defrontar, pelo que, a necessidade de um decidido posicionamento diante do todo, uma vez que ao tratarmos as questões da discricionariedade, como estanques ou confinadas à disciplina em que didaticamente são colocadas, poderemos incorrer na heresia de captar significado, ao largo de outros critérios de apreciação, e de fundamentação, reclamados pelo próprio Direito.

Nada significa também se pretenda atribuir às lições doutrinárias acima, o menor dissentimento à teorização do Direito; impondo-se, ao contrário, rendermo-nos ao apurado rigor científico que engrandece o raciocínio de cada um dos autores citados.

Mas, apesar do preito de que são credores, o certo é que, vista como até o momento, não parece plenamente satisfatório o resultado, eis que, essa cultuada discricionariedade vem sendo posta "*a latere*" dos efeitos da juridicização dos fatos que lhe subjazem, e, daí, ordinariamente, impermeável ao próprio Direito em que se assenta. No mais, o que se nota é um grande apego à concepção de controle externo, apenas no que diga com a *legalidade* do ato - o que, por certo, advém do posicionamento

da doutrina estrangeira, no que diz com o *poder discricionário*, seu exercício e difundido ensinamento de conformação com a legalidade.

Especificamente, quanto ao *poder discricionário*, no Capítulo terceiro haveremos de nos deter um pouco mais na abordagem do assunto. Nessa oportunidade veremos então, principalmente, as posições doutrinárias francesa, italiana, portuguesa, alemã.

Todavia, no que se refere, propriamente, à discricionariedade, já no tópico seguinte, ao tratarmos dos conceitos jurídicos indeterminados, virá à consideração o posicionamento de boa gama de autores estrangeiros - com destaque ao estudo e às citações de **Karl Engisch** e de **Fernando Sainz Moreno**, pelo interesse objetivo que despertam.

3. Conceitos: o conceito de Direito (apenas uma crônica); conceitos jurídicos Indeterminados, normativos e discricionários; os aspectos de empiricidade e, axiológicos, como forma de, frente à interpretação, identificar a discricionariedade (a visão brasileira e a estrangeira - algo a respeito); um ensaio para as conclusões em face do estudo proposto.

Sem outra pretensão no difícil campo reservado ao estudo dos conceitos jurídicos, que a de alargar visão em torno da discricionariedade administrativa e seus efeitos, permito-me algumas referências. E o faço, principalmente, a propósito da visível semelhança entre os chamados conceitos jurídicos indeterminados e aqueles outros, capitulados como discricionários. Tanto, a compor entendimento direcionado à possibilidade ou não do controle judicial da ação administrativa dada como discricionária.

Referir-se, entretanto, à generalidade dos conceitos jurídicos, ou às suas espécies, significa incursionar prontamente à relação entre o Direito e a linguagem, senão ao próprio conceito de Direito (donde provêm, inclusive, aqueles

vistos como conceitos "*a priori*", a serem considerados sempre), tal como se refere em primeiras linhas **Gustav Radbruch**²⁹ em sua *Filosofia do Direito*.

Claro então que as referências a respeito daqueles conceitos jurídicos, indeterminados, vêm emolduradas por conhecidas dificuldades de avaliação, eis que, no mínimo, implicam em defrontar-se com a linguagem do Direito, mas também com a Filosofia, com a Teoria, com a Sociologia, com a História, enfim, com a Ciência do Direito - aspectos a sobressaírem no estudo aqui desenvolvido em direção à discricionariedade administrativa, seus efeitos e controle possível pelo Judiciário.

A esse mote, em generalidade, já ao início do estudo foi possível apontar, por exemplo, a ocorrência de mutações, muito comuns, quanto ao significado dos termos empregados na linguagem ordinária e na jurídica (como, por exemplo, *discricionariedade* e *discricionário*; *arbitrariedade* e *arbitrário*, usados, não raro, um pelo outro) gerando assim alguma confusão quando transpostos para o jurídico.

Daí que, a busca da compreensão dos conceitos jurídicos (ou do seu estudo) não se pode afastar da necessidade de compreensão do próprio Direito, sua natureza e conceituação possível - o que se constitui por si em questão fundamental e das mais difíceis, cuja elucidação carece, ainda hoje, da univocidade suficiente ao seu deslinde.

Pois, nessa busca, ao longo da própria História da Humanidade, pensadores de todas as origens e formações vêm se esforçando em conceber formulações satisfatórias à inteligência do seu significado, como da sua gênese, e, de resto, do seu entendimento à luz da incessante procura do caráter científico que se lhe pretende hoje atribuir.

Há quem o qualifique como dos *fenômenos sociais mais notáveis da existência humana*, asseverando que, sua compreensão é a compreensão de parte de nós mesmos. É saber a razão de podermos mandar, sermos compelidos à obediência, alimentarmos indignações ou aspirarmos a mudanças em nome de ideais, ou ainda, com base em ideais, pugnarmos pela conservação de um "*statu quo*"

²⁹ RADBRUCH, Gustav - *Filosofia do Direito*, pag. 95, 6a. ed., Coimbra, 1979. Armênio Amado Editor. (trad. Prof. L.Cabral de Moncada, do original alemão).

*determinado. O Direito, sendo liberdade, também pode ser opressão e a forma de privação dessa mesma liberdade, pois que, tomado como fenômeno decisório, passa a instrumento do poder.*³⁰

Eis, de **Tércio Sampaio Ferraz Junior**, magnífico ensinamento, a reclamar permanente reflexão, também quando da sua aplicação (do Direito) e, claro, muito principalmente, quando se pretenda erguer a bandeira da discricionariedade administrativa livre de análise externa - dogma tão ao gosto de administradores públicos, juízos singulares ou colegiados.

Ensino que, de imediato, coloca-nos frente ao espetacular universo do saber jurídico (dos vários saberes); neste estudo, à vista do difundido trinômio, representado pelo *valor*, pela *norma* e pelo *fato* referidos ao Direito - o que não deve induzir a um comprometimento absoluto com a conhecida teoria que pugna pelo tridimensionalismo do Direito.

A análise de cada um desses componentes, em necessária integração, haverá, por certo, de aproximar-nos à compreensão do Direito, e, por conseqüência, à assimilação do estudo à volta do tema da discricionariedade administrativa. Se, igualmente, lograrmos compreendê-la e aos seus efeitos, melhor, pois, daí, menos árida a procura dos seus limites.

Claro que a informação a respeito desses componentes, como sua análise e aplicação ao tema em desenvolvimento, efetivamente compõe quadro de conhecimento paralelo às reflexões aqui expostas, sustentando-as certamente.

Adiante-se, porém, que, valor e norma, esses antigos e ilustres enfoques dados ao Direito - isolados ou em conjunto, por longo tempo dominaram a história da sua teorização - até que, com o positivismo e historicismo do século passado, outras aparências denotaram relevo, como a fática, a histórica e a social, possibilitando o nascimento da sociologia jurídica.

Quero com isso introduzir que, a discricionariedade de que se fala, embora andando sempre ao

³⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio - *Introdução ao Estudo do Direito (Técnica, Decisão, Dominação)*, pags. 28 segs., Editora Atlas S.A., S. Paulo, 1988

lado do valor e da norma, desde há muito não mais pode ser afastada do fato que lhe sirva de supedâneo. Isto, bem se sabe, é o mínimo.

Se olharmos o Direito sob a lente da História, pode contentar-nos o pensamento de haver sido *sempre o espelho da sua época*, o que reforça o entendimento de não ser uníssona a resposta quanto ao seu significado. A *História descortina tão só os vários ordenamentos e institutos jurídicos próprios dos povos a que pertenceram. Cada povo, em sua época*, diz **Giorgio del Vechio**, *determina o que é o Direito*, conforme peculiaridades circunstanciais. Na verdade, portanto, a História, *não nos pode apresentar o Direito*, continua, *mas, apenas indicar os direitos correspondentes aos sistemas jurídicos positivos e seu desenvolvimento*³¹. Para o autor - lembra **Antonio Celso Mendes**³² - *"dado que a dogmática jurídica sempre trabalhará dentro de um específico sistema de direito positivo, só à filosofia do direito seria possível estabelecer os elementos comuns e necessários que devem estar presentes em qualquer ordenamento jurídico, caracterizando um conceito de direito que transcende as circunstâncias de tempo e lugar (e por isto mesmo teria que ser a priori)*.

Vemos, portanto, que se trata de um problema crítico, com a finalidade de captar, através da história, ou acima dela, as contribuições mais notáveis que foram procedidas e que se tornaram úteis para reduzir a seus elementos essenciais a variegada experiência jurídica da humanidade."

Por indubioso demais que a busca do conceito pode subordinar-se a concepções político-ideológicas; apresentando-se, mais, como resultado de raciocínios de ordem predominantemente semântica, léxica ou filológica, sendo estudado também sob marcante influência dogmática ou zetética, técnica e decisional, como preconiza **Tércio Sampaio Ferraz Junior** em sua, já citada, *Introdução ao Estudo do Direito*.

³¹ DEL VECHIO, Giorgio - *Lições de Filosofia do Direito*, 5ª ed. portuguesa, Armênio Andrade, Coimbra, 1979.

³² MENDES, Antonio Celso - *Direito (Ciência Ideologia Política)*, pag. 34, Livros HDV, Curitiba, Paraná, 1984.

Portanto, não é difícil notar-se, nem é nova a conclusão quanto aos enormes percalços à fixação da esfera de ação e entendimento do Direito, e, por conseqüência, à dos conceitos que acalenta. Mormente quando parte da sua doutrina - fruto embora de acurado raciocínio - pretenda mais a sua definição do que a compreensão do fenômeno em si, dando ensejo então a que se acentuem as naturais dificuldades conceituais.

É, comum nessa província, ainda que resultantes de madura reflexão, aflorarem conclusões, às vezes *comprometidas, ora como decorrência de um "a priori" insatisfatório, ora em conseqüência da mutabilidade dos valores e do fato social, ora pelo comprometimento de suas próprias raízes, ora enfim como resultado do ofuscante entusiasmo com que são apresentadas* - observa **Michel Miaille**.

Mas é patente que essa incansável atividade intelectual desenvolvida em órbita do Direito e de seus conceitos, do Direito dos juristas, professores, historiadores, filósofos, sociólogos, antropólogos ou teóricos, seja como resultado de isoladas concepções, seja sob a visão do conjunto, da *interdisciplinariedade* ou da *transdisciplinariedade*, traduz-se em fundamentais ensinamentos quanto à sua origem, suas fontes, aplicação e entendimento, fazendo-o progressivamente compreensível.

Persiste, apesar de tudo, a questão *o que é o Direito?* Desvendá-la tem sido o propósito de todas as suas correntes de estudo. Também, conseqüentemente, esse tem sido o propósito endereçado aos conceitos jurídicos, em especial àqueles indeterminados - o que resulta em igual empreitada em face da discricionariedade.

E seria de ajuntar-se outras preocupações, como a tendente a explicar se *encerra o Direito um valor próprio em-si-mesmo considerado, ou resume-se à regulação dos interesses por ele tutelados?*³³

Sim, enorme é o enigma em que se agita a proposição, dando azo a infindáveis especulações em torno da

³³ HART, L. A. Herbert - *O Conceito de Direito*, pags. 13 e segs.. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa. (trad. do original inglês *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961).

possível conceituação do Direito, de forma a conduzir-nos vez por outra a uma total perplexidade.

Compondo ainda esse perfil de dificuldades, já foi concebido o Direito como proveniente da preocupação em torno da maior segurança às decisões que lhe são conseqüentes, quando então se buscou reduzi-lo ao enunciado da lei, por exemplo.

Sabe-se ademais haver sido construída toda uma teoria desenvolvida a partir de uma conceituação de cunho eminentemente legalista do Direito no período que antecede a Revolução Francesa. Daí o surgimento da prestigiada "*École de l'Exégèse*" correspondendo em parte ao pandectismo germânico.

Nasce então o chamado *positivismo legal* e a tese da *estabilidade do Direito*, redundando em tendências várias a dominar o Século XIX, ao longo do qual se emprestou ao Direito ora o caráter de dogmática jurídica ora o de ciência pura da norma, ora ainda o de sociologia e psicologia da experiência jurídica.

Aí o clima intelectual para o surgimento da concepção de sistema no mundo jurídico, sistema que passa a ser concebido como de caráter fechado, portanto, acabado, onde as lacunas são inaceitáveis. A idéia de sistema, em sentido moderno, porém, surge propriamente com a Escola Clássica do Direito Natural.

E é esse sentido - o da compreensão do sistema como manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acabada (**Puffendorf** chegou a imaginar a possibilidade de codificar o próprio "*ius naturalae*") - que, de forma decidida no que diz respeito à coerência orgânica, influencia Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), acentuando-se e desenvolvendo-se com a *pirâmide dos conceitos*, de **Puchta**.

De grande relevância é a consideração do conceito de Direito, assim como estudado por **Hans Kelsen**, que, preocupado em dar cobro aos desencontros conceituais e metodológicos, lançou-se na empreitada de assentar, definitivamente, uma nova metodologia (que erigiu - fiel ao positivismo - em teoria) isenta de condicionantes psíquicos, econômicos ou políticos, na busca da verdadeira natureza do objeto da Ciência Jurídica.

Propugnando pela pureza metodológica e atendo-se aos aspectos lógicos das expressões normativas, pretendeu encontrar a validade "*a priori*" do fenômeno Jurídico, no *dever-ser imputativo* ("*sollen*"), de modo a revolucionar, sob o ponto de vista epistemológico, a Ciência do Direito.

Mas também - já vimos - em bases sociológicas (o que **Kelsen** pretendeu combater) pode ser pensado o conceito de Direito e os demais que de si resultam, desde que se o tenha (o próprio Direito) como um fenômeno inferível somente da sociedade, nos moldes das teorias de **Gény, Ehrlich, Luhmann, Duguit, Durkheim, Lévy-Bruhl** e outros expoentes da sociologia jurídica.

Quanto à possibilidade de uma conceituação realista, a exemplo daquela pensada por **Oliver Holmes** e **Llewellyn**, decorre da disposição intelectual em situar o estudo do Direito na constatação do que, de fato, ocorre quando da sua aplicação, nas atividades judiciárias e nas decisões dos magistrados.

Decorrencia do admitido *realismo jurídico*, de inspiração norte-americana, é a ressonância encontrada hoje, não só no pragmatismo inglês (**Hart**), como até mesmo no ceticismo sistemático da Suécia (**A. Ross** e **K. Olivecrona**).

É de se admitir, por fim, sob o prisma ideológico, conceitos críticos de Direito, dentre os quais já assumiu destaque o de **Michel Mialle**, que sustenta ser inapropriada (no que diz o caráter científico) a apresentação da Ciência do Direito sob a forma puramente descritiva de um dado positivismo.

Para o autor francês, é da concepção de auto-suficiência e da crítica de todos os "*a priori*" do conhecimento jurídico que se impõe o raciocínio para chegar às condições de uma verdadeira Ciência do Direito. Daí a sua conclusão pela existência desses fatores, como obstáculos epistemológicos a serem vencidos, por meio da total ruptura com o senso comum teórico dos juristas.

Esses obstáculos, tomados como "*impeditivos à produção do conhecimento científico, não seriam nem visíveis, nem conscientes, estando ligados às condições históricas, nas quais se desenvolve a investigação*".³⁴

³⁴ MIAILLE, Michel - ob. cit. (*Uma Introdução...*), pag. 32.

Pois, dentro desse quadro de entendimento, não há de ser despropositado concluir que, pensar em conceitos jurídicos significa, de logo, aceitar certos pressupostos de compreensão do Direito, o quanto possível descomprometidos com aqueles obstáculos.

Três seriam os obstáculos epistemológicos a serem inicialmente vencidos, propõe o autor: *a falsa transparência do Direito; o idealismo jurídico; a independência da Ciência Jurídica.*

Se os trago à consideração faço-o na certeza da sua inegável pertinência como colocados, ademais de prestarem-se, em particular, a ilustrar as conclusões deste estudo, em torno da discricionariedade administrativa. Por isso, vejâ-mo-los, ainda que em síntese:

a) *A falsa transparência do Direito.*

Significa, segundo o autor, que, aos estudiosos do Direito, impõe-se-lhes desembaraçar-se das *pré-noções*, tão ao gosto da maioria dos autores, a fim de possibilitar o estudo do objeto da Ciência do Direito, para além do Direito positivo, emprestando-lhe então caráter verdadeiramente epistemológico.

Não, que obras - *por mais abstratas que sejam* - pondera, *possam subverter o nosso conhecimento intuitivo, como, por exemplo, do Estado, do contrato, da família, os quais pela nossa inserção social espontaneamente adquirimos.*

É que, sustenta, as regras de direito nascidas na prática das necessidades próprias de uma dada organização social, correspondem não mais do que às necessidades da vida em sociedade, não encerrando em si, qualquer pretensão científica. Assim, aos positivistas (ou ao positivismo) debita a construção de todo o seu edifício sobre o conhecimento vulgar, pois que, tomando as coisas tal qual são (ou parecem ser), culminam por lhes atribuir estatuto científico.

Ora, continua, *as coisas são bem mais complexas do que nos leva a crer a observação apenas empírica - complexo real sobre o simples aparente.*

Até porque, um cientista, argumenta, não pode fundamentar seu conhecimento na experiência. *Experiência*

- no sentido científico - é sempre construída. Intermediário entre o observador e o objeto observado é a teoria (o conhecimento).

Assim, do ponto de vista da epistemologia, não seria correto jungir-se à descrição e à explicação de regras jurídicas limitadas a si mesmas, entendidas estas como fruto do empirismo em dada organização social (positivismo). E mais, sob a crença quanto à neutralidade dessa atitude nas condições em que se realiza, isto é, sem consideração de valores.

O que se nota, na verdade - ainda a expressão do autor - é a ocorrência de uma certa confusão entre a *constatação da existência de regras de direito*, com a *definição do direito como objeto de estudo*. Logo, não se deve - *por constituir-se em erro* - tomar essas regras, pela essência do Direito.

b) *Idealismo Jurídico.*

Trata-se, diz, de um obstáculo que não pertence aos estudos jurídicos, mas assume aí um relevo particular.

Muito principalmente se levarmos em conta que alguns autores iniciam seus trabalhos com a apresentação das doutrinas espiritualista e materialista, cuja conseqüência é o início de um estudo inteiramente dominado por um debate metafísico: de um lado, espiritualista, *a justiça*, e, de outro, materialista, *os fatos materiais*.

De fato, prossegue, significativas são as dificuldades para que um jurista não seja ou apresente-se idealista, ainda que de forma discreta.

Segundo o autor, esse condicionamento intelectual só faz conduzir a resultados desalentadores, na medida em que os fenômenos, por vezes tão evidentes, perdem-se, enquanto que as idéias passam a nortear todo o fundamento da realidade. *O jurista move-se em universo próprio, onde qualquer idéia pode ser substituída, trabalhada, enriquecida ou atualizada por outra mais apropriada*. E nestas condições o idealismo apresenta um sério obstáculo epistemológico, conclui.

c) *A Independência da Ciência Jurídica.*

Por este aspecto, sentencia que, embora a Ciência Jurídica (Século XIX) haja se desprendido das amarras da teologia e da metafísica, satisfaz-se ainda com a forma descritiva de um positivismo insatisfatório. Contudo, diz **Michel Miaille**, *jamais uma descrição substituiu uma explicação*, por isso, insuficiente a apresentação da Ciência do Direito sob esse condicionamento.

Admite, por outro lado, o relacionamento (pressupostos de conhecimento de outras ciências, ou disciplinas, afins) sem, no entanto, pugnar por um conhecimento enciclopédico.

Noticia o surgimento da *interdisciplinarietà* (1968) mas, critica-a, por permanecer meramente universitária: *não ofereceu bases novas*.

A Ciência Jurídica, assim - continua argumentando - *permanece em seu isolamento, fortalecido pelo egocentrismo dos juristas*. E aí apresenta o terceiro obstáculo epistemológico, tal como de início indicado.

A sua advertência, nesse sentido, é a de que a Ciência Jurídica, desse modo, continua, sob certa perspectiva, ligada a uma compreensão tecnológica do Direito, e, portanto, a uma definição empírico-descritiva.

Daí propor como hipótese de estudo, a *transdisciplinarietà* (ultrapassagem das fronteiras atuais das disciplinas), visualizando um campo científico único, que denomina de "*o continente História*", concebendo, assim, uma "*teoria da História*".

Em conseqüência, busca a eliminação do *mito da divisão do saber*, situando-o - em todos os seus aspectos - como dependente da mesma teoria, a da História. Repudia, portanto, o comum entendimento de que uma ciência não adquire o seu estatuto a não ser isolando-se de todos os outros estudos.

Vencidos os Três obstáculos epistemológicos que alinha, sustenta a necessidade de construir o objeto de estudo, abrindo a via de novas hipóteses científicas.

Essa a notícia do pensamento crítico de **Michel Miaille**, que, prestando indiscutível contribuição ao estudo epistemológico direcionado ao Direito, em particular, vem em socorro de muitos dos argumentos aqui formalizados no sentido de repensar-se o dogma da impossibilidade de revisão

jurisdicional da discricionariedade administrativa. Muito principalmente se o tomarmos - e é o que parece querer grande parte dos nossos administrativistas - como o resultado de estudo confinado a um certo condicionamento, ditado - pode-se dizer - pela ideologia de uma só disciplina, a do Direito Administrativo.

Quanto à idéia de neutralidade ideológica do Direito - a mais forte entre os juristas contemporâneos, a consistir, por isso, a essência do seu senso comum teórico - de fato contrapõe-se à de Direito como ideologia. É dizer, a afirmação, em primeiro lugar, da existência real de um conteúdo nas regras jurídicas e, em segundo, a admissão de que esse conteúdo não seja própria e unicamente jurídico, mas um reflexo do pensamento social (em outras palavras, um conteúdo ideológico - tomando-se ideologia por uma imagem que a sociedade faz de si mesma em dado momento histórico). Eis agora, a visão da chamada Teoria Crítica do Direito, principalmente a exposta na obra de **Luiz Fernando Coelho**.³⁵

Pois bem, outros tantos conceitos de Direito poderiam ser alinhados junto àqueles já lembrados, como e. g., ao encararmos o Direito sob o prisma apenas da linguagem, quando então sobreviria um *conceito semiológico*; ou, até mesmo, sob o do mito, dando ensejo a um *conceito imaginário*; ou, ainda, como resultado de uma abrangência total, a conduzir-nos ao que pode ser tido como *conceito integral* de Direito.

Mas, afinal, *o que é o Direito?* insiste **H. Hart**, em seu *Conceito de Direito*, alertando para a persistente perplexidade em torno do seu conceito.

Para o mestre de Oxford, ainda que limitássemos nossa atenção à teoria jurídica dos últimos cento e cinquenta anos, deixando à parte a especulação medieval e clássica acerca da natureza do Direito, deparar-nos-íamos de toda maneira com uma situação sem paralelo em qualquer outra matéria estudada de forma sistemática.³⁶

Claro que a pertinência da formulação em busca do real significado, fundamento e conceito do Direito, deve decorrer mesmo é das províncias da filosofia e da teoria, como da problemática peculiar a cada uma dessas ordens de

³⁵ COELHO, Luiz Fernando - *Teoria Crítica do Direito*, HDV, Curitiba, Pr., 1987.

³⁶ HART, L. A. Herbert - ob. cit. (*O Conceito...*), pag. 5.

conhecimento, pois que, uma vez assentada no senso comum, não será difícil a constatação de um certo conhecimento espontâneo a demonstrar a existência de uma prévia noção do que seja, ou possa ser o Direito.

Mas, ainda sob essa ordem, debatem-se os juízos, como bem demonstra a afirmação de **Julien Bonnecasse**, em sua "*Introdução ao Estudo do Direito*"³⁷, quando, aludindo à sua experiência de professor, afirma que, "caso se queira descobrir a noção do nada no espírito do iniciante, basta perguntar-lhe o que é o Direito".

Não é, contudo, o que entende **Hart**, ao admitir a existência de um *curioso contraste entre o infundável debate teórico e a desenvoltura com que o senso comum ostenta exemplos de Direito*, quando solicitado a fazê-lo.

A noção do Direito - impende mais, entre nós, **Edgar de Godoi da Mata-Machado**³⁸ - é encontradiça já na mais tenra meninice, que é quando afloram questões como *meu e seu*, ou, postulados segundo os quais *o que é bom deve ser feito e evitado o que é mau; o que se combinou deve ser cumprido; não se pode alterar a regra do jogo; ou, isto é direito ou não é direito*, expressões, todas, muito presentes em nosso cotidiano.

É evidente que aí, se trata antes de um recurso de ordem didática a ilustrar lições propedêuticas no estudo da disciplina *Introdução à Ciência (ou ao Estudo) do Direito*, do que o embasamento direcionado à compreensão do Direito enquanto ciência, como em seus aspectos conceituais.

Entretanto, até mesmo aqueles mais arraigados a uma visão prevalentemente científica, como **Enrique R. Aftalion** - para quem o senso comum deve ser visto como *o pior inimigo de todo o rigor científico* - não deixa de reconhecer que o conhecimento vulgar, ingênuo, respeito a questões de Direito é algo que se patenteia em nossa linguagem ordinária.³⁹

³⁷ "in" FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio - ob. cit. (*Introdução...*),

³⁸ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi - *Elementos de Teoria Geral do Direito*, pag. 11, Edit. Vega S.A., Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 1981.

³⁹ AFTALIÓ, Enrique R., OLANO e VILANOVA - *Introducción Al Derecho*, pags. 70 e segs.. Libreria "El Ateneo" Editorial, 6a. ed., 1960, Buenos Aires.

Ora, mais se poderia desenvolver em torno do que represente o Direito, sua natureza, essência ou fundamentos; o Direito como objeto de estudo e o estudo como expressão científica do Direito.

Em que medida o Direito é uma questão de regras e afinal, o que são essas regras? A obrigação jurídica difere da obrigação moral? Como com esta se relaciona?

Eis algumas das questões propostas por **Hart**, em seu "*Conceito de Direito*", como capazes de conduzirmos por caminhos menos tortuosos à questão principal: o que é o Direito, sua natureza ou essência?

Com efeito, o trabalho de procurar uma conceituação para o Direito é tarefa árdua. Tão grande que, em "*Justiça Conforme a Lei*", assevera **Roscoe Pound** que, "*o Direito, como a lei, a justiça e a moral - palavras mais usadas na Ciência do Direito para exprimir idéias dos próprios fundamentos dessa ciência - são as que, sobre cujo significado ainda hoje persiste acentuada disputa, a ponto de haver quem afirme ser impossível qualquer resposta satisfatória.*"⁴⁰

Aí suscita crônica em demonstração dessas dificuldades, às vezes insuperáveis, à fixação dos conceitos jurídicos em sua generalidade, quando se alimete o propósito de fixá-los a partir do conceito de Direito, ou - o que parece melhor - a partir da sua compreensão. Mas, não só do Direito, como da Justiça, lei e moral, nos precisos termos em que **Roscoe Pound** alerta para questão.

Quão difícil a fixação, a compreensão e a univocidade dos conceitos-em-si, dos conceitos jurídicos "*in genere*", mais ainda "*in specie*", traduzidos naqueles, indeterminados. E tanto, exatamente, pela fluidez, pela imprecisão, pelo que de vago e assim, indeterminado, apresentam.

Quanto aos discricionários (guardados à sete chaves nos domínios do Direito Administrativo) esses então, vistos como projetados de uma valoração subjetiva colocada pertinazmente a salvo de reanálise externa, contribuem em muito para enormes desencontros quando da aplicação do

⁴⁰ POUND, Roscoe - *Justiça Conforme a Lei*, pag. 2, 2a. ed., IBRASA, S. Paulo, 1976. (trad. de E. Jacy Monteiro, do original norte-americano *Justice According to Law*, Yale University Press, 1951.

direito que lhes possa corresponder - o que, por si, é suficiente a alimentar permanente dificuldade de assimilação. Esse fato, bem próximo de quantos se lancem ao estudo da discricionariedade administrativa, pode resultar no comprometimento do próprio Direito quando da sua aplicação. E isto, pela aparente semelhança dos chamados conceitos discricionários com aqueles outros, conceitos jurídicos indeterminados, de sorte a, tomando-se uns pelos outros, ensejar séria desarmonia em órbita da discricionariedade administrativa, seus efeitos e avaliação da possibilidade de controle externo da ação assim encaminhada.

É fato que as colocações doutrinárias a respeito apresentam-se inquestionavelmente ricas de substância, sem, no entanto, indicarem satisfatória elucidação à problemática específica que se eleva do tema central aqui eleito (da discricionariedade administrativa), cujo deslinde permanece a nos desafiar.

Sobre tanto, vasto é o contingente de autores (notadamente estrangeiros) que dedicaram saber à compreensão e à sistematização do estudo, porém, particularizando maior atenção aos conceitos jurídicos indeterminados, sendo, no mais, antiga a sua aproximação à matéria.

Como aqui não nos alimenta qualquer propósito de buscar elucidação ao problema dos conceitos jurídicos, senão o de alinhar - os indeterminados - aos chamados conceitos discricionários, naquilo que possa alargar a compreensão da discricionariedade administrativa, sua localização, efeitos e melhor posicionamento quanto à possibilidade de controle judicial, em muito confortam as lições de **Fernando Sainz Moreno**, prestigiado autor espanhol, citado em estudo de **Regina Helena Costa**.⁴¹

É o que nos dá conta a autora, ao concluir em torno dos conceitos empíricos (ou de experiência) como determináveis mediante exercício de interpretação e, portanto, impeditivos de qualquer margem de liberdade de escolha pessoal; bem ao contrário daqueles outros, de valor, só

⁴¹ COSTA, Regina Helena - *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*, Revista de Direito Público, n. 95, pags. 125 "usque" 137 (*Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa*, 1a ed., Madrid, Editorial Civitas, 1976).

determináveis mediante a escolha de uma dentre várias significações possíveis em tese. Em relação aos primeiros (conceitos empíricos ou de experiência) não há então falar-se em discricionariedade, sendo assim absolutamente válido o controle jurisdicional; não, porém, em relação aos segundos (conceitos de valor), precisamente, por ensejarem a possibilidade de escolha, a caracterizar a discricionariedade de que se fala. Mas, o controle possível nesta última hipótese seria tão somente de contornos e de limites, jamais, repete com a doutrina dominante, de mérito.

Para chegar a tal desfecho estuda os conceitos jurídicos a partir mesmo do sentido de "*conceito* ou *termo*", tal como visto por **Goffredo Telles Junior**⁴², colocando-o desse modo ao lado de **Sainz Moreno**, que destaca a excepcionalidade da diferença entre "*significado*" e "*significante*" - aquele relativo aos conceitos propriamente ditos e, este, relativo ao "*termo*", salientando então que os conceitos devem expressar-se mediante "*termos*". Daí que, conceito, antes do mais, haveria de constituir-se no significado do termo.

De **Eros Roberto Grau**⁴³, recolhe o alerta apontando a que - *sob aspecto material* - o conceito deve ser compreendido como *núcleo de irradiação de um significado*, ou seja, *o elemento demonstrador de algo*.

E, a propósito deles (dos conceitos jurídicos) afirma - ainda com **Eros Roberto Grau** - não se referirem a uma coisa, mas a uma significação (que lhes serve de objeto). Entretanto, "*o objeto do conceito jurídico não existe em si; dele não há representação concreta, nem mesmo gráfica. Tal objeto só existe "para mim", de modo tal, porém, que sua existência abstrata apenas tem validade, no mundo jurídico, quando a este "para mim", por força de convenção normativa, corresponde um - seja-me permitida a expressão - "para nós"*".

Significa que a aplicação das normas jurídicas, com um mínimo de segurança e certeza - ainda **Eros R. Grau** - pressupõe que a validade do objeto do conceito jurídico (significação) subordina-se ao seu acatamento, ao seu reconhecimento, uniformes por um dado grupo social.

⁴² "in" COSTA, Regina H. - ob. cit. (*Conceitos...*), pag. 126.

⁴³ GRAU, Eros Roberto - *Nota sobre os Conceitos Jurídicos*, "in" Revista de Direito Público n. 74, pags. 217 e segs., 1985. "idem" "in" Regina Helena Costa, ob. cit..

Para esse autor, trata-se o objeto do conceito jurídico, de *"uma significação atribuível a uma coisa, estado ou situação"*, e, não, da própria coisa, estado ou situação. Daí indicar a existência de duas predominantes características dos conceitos jurídicos: *"a sua não correspondência com a realidade e a constante mutabilidade de sua compreensão"*. Mas, não somente, pois: *"os conceitos jurídicos quase sempre divergem do real, por representarem uma criação cultural, que, freqüentemente, se vale da ficção em função da aplicação de um juízo de valor - em consequência do que, devem ser compreendidos como "signos de predicados axiológicos."*

No que se refere à mutabilidade de sua compreensão, a autora observa ocorrer em face dos aspectos de tempo e de espaço, acudindo-lhe daí ilustrar o fato, com o exemplo do conceito do direito de propriedade ao longo da História das civilizações.

Em continuação, **Regina Helena Costa**, alerta para a possibilidade de uma *"teoria geral da indeterminação dos conceitos jurídicos"*, analisando assim, natureza, função e estrutura capazes de identificá-los e, a tal ponto, que nos permita dentre o mais, *"estabelecer as razões pelas quais o poder judicial pode revisar as decisões que, nesta matéria tome a Administração Pública"*. Aí, destacando o que titula de *"aspectos da moderna concepção de discricionariedade"*, aproxima-se à *"relação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade"* para, expondo sua opinião, concluir em torno do *"controle judicial da discricionariedade resultante de conceitos jurídicos indeterminados"*.

Assim, reforça, os conceitos empíricos (ou de experiência), por comportarem interpretação, não convivem com a discricionariedade, ao passo que, aqueles outros (tomados como conceitos de valor) não comportando interpretação, possibilitam a avaliação discricionária do agente público.

Esse o pensamento de **Karl Engisch**⁴⁴ ao prescrever que os conceitos determinados contrapõem-se aos indeterminados; os normativos aos descritivos; e, os espaços de livre discricção às vinculações. No que diz com os normativos (que distingue entre *normativo-objectivos* e *normativo-subjetivos*) é a esta última classe (dos *normativo-subjetivos*) que dedica a conclusão de constituírem-se em protótipos os genuínos conceitos discricionários.

É, portanto, mais aprofundadamente, da análise dos conceitos normativos, que conclui haver alguns, "*carecidos de um preenchimento valorativo*", suficiente à atuação discricionária. "*O volume normativo destes conceitos*", diz, "*tem de ser preenchido de caso a caso, através de actos de valoração.*" Adverte, no entanto, não bastar à discricionariedade a mera indeterminação e valoração projetadas do conceito; prescrevendo como fundamental, a necessidade de que a valoração correspondente caracterize uma valoração eminentemente pessoal.

Em igual sentido, relembra então **Jellinek**, para quem o característico da livre apreciação (discricção) reside na "*concepção pessoal do funcionário administrativo que decide*".

Por mais, aquiesce, com **Forsthoff** (*Verwaltungsrecht*, 8a. ed., 1961, p. 76), em que "*O manejo de conceitos puramente empíricos é...interpretação.*".

Trata-se, já se vê, de feliz abordagem, a de **Regina Helena Costa**, de cuja leitura e meditação não se pode prescindir no estudo da discricionariedade administrativa e suas implicações em face da aplicação do Direito - em que persista, no entanto, alguma discordância com as suas conclusões - impulsionadas que são por premissas outras que não as do presente estudo.

Impõe-se, todavia, reconhecer estarmos frente a um posicionamento dos mais compatíveis e, objetivo, no especial sentido de minimizar as dificuldades de intelecção em torno da revisão da ação administrativa informada por conceitos discricionários. Em mais, vem a socorro dos que vêem a

⁴⁴ ENGISCH, Karl - *Introdução ao Pensamento Jurídico*, pags. 177 "usque" 194. F. Calouste Gulbenkizn, 5a. ed., Lisboa, 1964, (trad. João Batista Machado, do original alemão).

discricionariedade administrativa, acentuadamente, como a expressão da valoração pessoal, sob forma de gestão política necessária ao administrador público, de sorte a, nesse ponto, sobrepô-la à possibilidade de revisão jurisdicional.

Já **Karl Engisch**, referindo-se à concepção de livre discricção - tal como concebida por **Rudolf Laun**, **Walter Jellinek** e **Ernest Forsthoff**, principalmente - argumenta que os genuínos conceitos discricionários constituem uma categoria à parte ao lado daqueles outros conceitos entendidos como indeterminados e daqueles normativos; ou, pelo menos, inseridos nos conceitos indeterminados e normativos⁴⁵.

Qual seja a exata relação entre os conceitos discricionários, indeterminados e normativos, e mais, quando é que um conceito pode ser entendido como verdadeiro conceito discricionário, alerta constituir-se objeto de grande diversidade de opiniões, sugerindo abordagem para além daquela que ensejou suas colocações. Lembra, no entanto, e, a propósito, haver **Laun** considerado o conceito de "*interesse público*" por exemplo, como típico conceito discricionário com o que - denuncia - não concordou totalmente **Jellinek**⁴⁶.

A propósito da identificação dos conceitos jurídicos, alerta vir ganhando terreno nesse ponto a "*teoria do âmbito da livre apreciação*".

Além disso, "*ao passo que uns distinguem entre conceitos indeterminados e conceitos discricionários, outros subordinam estes últimos aos primeiros; o mesmo valendo pelo que respeita à relação entre conceitos normativos e conceitos discricionários*".

Observa mais, que, a rigor, a discricionariedade nem sempre está ligada a uma autorização legal. Agora, quando se encontre conceitualmente ancorada em disposições legais, de fato, pode-se dizer que ela se apresenta como uma subespécie de conceitos indeterminados e normativos.

E prossegue: "*de forma alguma cabe sustentar que todos os conceitos indeterminados e todos os*

⁴⁵ ENGISCH, Karl - ob. cit. (*Introdução...*), pag. 183.

⁴⁶ ENGISCH, K. - "Idem", pag. 184.

conceitos normativos são conceitos discricionários. O domínio da livre discricção é pequeno e é principalmente limitado à actividade administrativa," aduz mais adiante. E prossegue: "A chamada discricionariiedade judicial em grande parte não é livre. Trata-se, antes, na maioria dos casos, de conceitos normativos que exigem na verdade uma valoração objectivamente válida, com um só sentido. Mas aqueles conceitos que visam uma discricção genuinamente livre são inevitavelmente e ao mesmo tempo (dentro de certas molduras) conceitos indeterminados e normativos. Em todo caso devemos contar entre os conceitos normativos também os chamados "preceitos-poder", que implicitamente conferem ao órgão aplicador do Direito o poder de fazer uma valoração pessoal... A supor que com isto fica esclarecida a relação entre os conceitos discricionários e os conceitos indeterminados e normativos, subsistem ainda bastante problemas, os quais aqui somente podemos indicar sem pretender resolvê-los. Topamos há pouco (nota 28) com a questão de saber se é sustentável a distinção de discricionariiedade vinculada e a discricionariiedade livre e com a questão da possibilidade de identificar esta distinção com a discricionariiedade judicial e a discricionariiedade administrativa. Uma ou outra questão é a de saber se qualquer parte constitutiva de uma regra jurídica pode ser sede da discricionariiedade livre. É usual a divisão da discricionariiedade em "discricionariiedade na hipótese legal" e "discricionariiedade na consequência jurídica". Talvez possa coincidir com esta uma mais recente distinção entre "discricionariiedade na apreciação (julgamento)" e "discricionariiedade na actuação". Por vezes defende-se a opinião de que a discricionariiedade genuinamente livre é sempre ou freqüentemente, discricionariiedade na consequência jurídica"⁴⁷.

Muito bem. Aí estão, por último, algumas indicações, esparsas é verdade, para um estudo mais voltado para a especulação filosófica em torno dos conceitos jurídicos, normativos e discricionários, tanto no que se refere à discricionariiedade judicial quanto à administrativa - tarefa, no entanto, capaz de ir além da investigação aqui proposta, pelo que, essas indicações restarão latentes apenas, como importantes questões de fundo a serem levadas em conta.

⁴⁷ ENGISCH, Karl - ob. cit. (Introdução...), pag.185.

De toda maneira, trate-se de abordagem meramente dogmática, teórica ou filosófica a argumentação em torno da discricionariedade, seus antecedentes, sua localização, conteúdo, alcance e efeitos resultantes deve ser merecedora de toda atenção. Porém, de forma a evitar-se desfecho apressado, tendente, muitas vezes, a preceituar a impossibilidade de revisão do ato administrativo chamado discricionário, como se estivéssemos frente a um comando normativo inquestionável, quando, em verdade, essa não pode ser a conclusão.

Não se trata de, inapelavelmente, colocar-se o ato-em-si ou os seus efeitos como a salvo da apreciação jurisdicional, pois, envolvendo questões de direito, logicamente não de ser remetidos à análise judicial - expressão única de competência para dirimir as dúvidas resultantes da hipótese. Até mesmo para o estabelecimento de se tratar ou não de uma questão de direito, no Poder Judiciário está o foro competente. Não se conhece outro no Direito brasileiro. E de direito, é a questão das relações desencadeadas.

Há, portanto, que se considerar a discricionariedade em todas as suas aparências, de sorte a se ter em mente não apenas um lado da problemática em que se agita: a prevalência da vontade (psíquica, do agente, ou já declarada, do ente público) e a inquestionabilidade da valoração pessoal, a sobreporem-se nas relações com os administrados. É importante daí se reconheça onde, efetivamente, se situe e admita-se discricionariedade da Administração Pública, absolutamente livre. Se no ato administrativo mesmo, se como antecedente do ato, se no denominado poder ou no exercício respectivo, como reflexo de competência expressa ou implícita.

O fato é que a autonomia da valoração pessoal que sustenta a discricionariedade, embora, em certo grau, prestigiada pelo ordenamento jurídico e por isso permitida ao administrador (indiscutivelmente válida e necessária pelos seus próprios fundamentos) nem por isso deve ser compreendida como a validar ação livre de qualquer análise estranha à esfera de competência da qual emana, pelo argumento, singelo às vezes, de tratar-se do mérito do ato administrativo do qual é expressão. É que, a revisão do ato, assim, haveria de circunscrever-se à verificação do abuso, excesso ou desvio de poder, ou, resumindo, à sua ilegalidade. Mas, rigorosamente, o que compreende a ilegalidade do ato? Parece que compreende

tudo aquilo, extrínseca ou intrinsecamente considerado, que contrarie ou possa contrariar o essencial de um dado ordenamento jurídico. Em última análise, tudo que seja contrário ao Direito.

Coloquemo-nos, pois, diante dessa paisagem, de onde pareceu recomendável refletir sobre a discricionariedade e o ato administrativo, como resultado do exercício do poder (poder-dever) conferido à Administração Pública, seus limites e implicações para ordem jurídica em sua totalidade, não apenas particularizando as questões decorrentes à seara do Direito Administrativo, como se possível fosse considerar a parte separada do seu todo.

Essa, então, a imagem que anima o debate da postura que inadmite a revisão do ato administrativo dado como discricionário. Não raro, quando da aplicação do Direito, por uma magistratura aparentemente despreocupada com a construção de entendimento mais consentâneo com a nossa realidade institucional, como, de resto, com uma visão teórica do Direito, recomendadamente mais abrangente.

Para tanto há que se enfrentar, sem dúvida, correntes doutrinárias que não permitem incursão à discricionariedade naquilo que o têm como seu núcleo, isto é, o chamado mérito do ato administrativo, seja dogmatizando simplesmente, seja elitizando o discurso. Nesta última hipótese, com argumentação teórica de valor inegável, mas comprometida em muito por aspectos de fundamentação da discricionariedade, em face do Direito Administrativo tão só. Ou, quando mais, de forma a conflitar com outros, sabidamente predominantes, como os que decorrem da eficácia jurídica, a partir da juridicização de fatos subjacentes e conseqüente estabelecimento de relações de direito material. Sejam, embora, relações ditas de direito público, e, portanto, de *subordinação*, como sustentado à miúdo.

Toda essa construção, entanto, ainda que com muito apuro de raciocínio e notável requinte, sugere no mais admitir-se venha em cadenciado compasso com a tradição quanto ao entendimento da matéria, como, de mais ainda, situando-a dentro do convencionalismo do Direito positivo de outros países também, onde outra é a realidade, com seus juízes e tribunais especializados.

Pois bem, dimensionado o panorama doutrinário brasileiro e antevista alguma coisa à volta dos

conceitos jurídicos em face da discricionariedade, reclama atenção estudo referente à estruturação lógica das relações jurídicas conseqüentes da ação da Administração Pública, a partir da valoração subjetiva (e da vontade) do agente. Considerações que devem ser tomadas como pressupostos de estudo em torno da valoração pessoal como suporte e causa do estabelecimento de relações intersubjetivas, a partir do exercício da competência para o encaminhamento de atos jurídicos no âmbito do Direito Administrativo. Tudo a estabelecer, de igual, entendimento lógico, conseqüente da eficácia normativa no plano jurídico.

Aí, o quanto parece, e, sob a ótica agora proposta, a pedra-de-toque em que deve assentar-se o estudo da discricionariedade, quando em consideração a possibilidade ou não de análise jurisdicional do ato que lhe corresponda.

Com efeito, não satisfaz ao Direito o simples afirmar-se estar a discricionariedade a salvo de exame externo naquilo que se refira ao chamado mérito do ato administrativo, tão somente porque alhures ponderou-se no sentido da impropriedade da revisão, sob o argumento, vigoroso, mas, não raro, solitário, de assim substituir-se o juiz ao administrador. Ou, que, pela maior e mais direta proximidade do administrador com a coisa pública, mais do que ninguém estaria ele apto à valoração informadora do ato em mira⁴⁸.

Mais ainda, encerrar esse (o ato) qualquer coisa mais próxima do político - também do interesse - do que do jurídico; ilusões a serem oportunamente examinadas.

Ou, por outro lado, assentá-lo no terreno dos conceitos jurídicos indeterminados, naquilo que encerrem de valoração pessoal, a alinhar-se à impossibilidade de interpretação. Nisso há suporte em afirmativa de grande quilate, como a de **André Gonçalves Pereira**⁴⁹, para quem a discricionariedade começa onde cessa a interpretação.

Não é, todavia, de se concordar imediatamente com as conclusões acima indicadas, que, mais parecem voltar-se mesmo é para a justificação da existência da

⁴⁸ Essa é uma verdade relativa, notadamente, em nosso meio, onde, por carência de melhor formação, ou, o que é pior, por disposição em retirar proveito direto ou indireto no desempenho de função pública, não é, definitivamente, o que se vê.

⁴⁹ PEREIRA, André Gonçalves - *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, pag. 217, Lisboa, Edições Ática, 1962.

discricionariedade (no caso, administrativa) e sua fundamentação - o que, é claro, não pode admitir questionamento.

Porém, isoladamente considerada a questão da discricionariedade administrativa, é de se concordar com as afirmações atrás reduzidas, pois que a discricionariedade existe e deve ser levada em conta, mas não a ponto de alçá-la à intangibilidade; precisamente, pela impossibilidade lógica de sua análise isolada, quando no plano jurídico das relações entre a Administração Pública e os administrados. E tanto, em face da incontestabilidade da geração de efeitos na esfera da intersubjetividade, a estruturar, por certo, relações, que, por decorrerem do exercício de regra jurídica prescritiva de competência, induz, só por esse fato, a pensar em relações jurídicas.

Por isso o estudo em direção a esse caminho, na análise em torno do tema proposto. Análise, pretendidamente, jurídica mais do que política, e, estimulada pela certeza de que a manifestação da vontade da Administração Pública, reforça o juízo em torno do nascimento de relações jurídicas geradoras de responsabilidades entre os sujeitos respectivos.

Logo, com mais esse aspecto do Direito haveremos de nos defrontar, se possível, naquilo que de mais essencial possa motivar a reflexão, aspirando desvinculá-la de considerações enclausuradas a conceitos extraídos de uma disciplina apenas e, restritos à sua esfera de compreensão, voltada mais para o político do que para o jurídico.

Renunciando assim ao estudo circunscrito às questões elevadas tão só do Direito Administrativo como a espelhar a dogmática do seu cotidiano, há que se acorrer à Teoria Geral do Direito, como, de quebra, ao terreno da logicidade, no que diga com a projeção da vontade, do abstrato da potência referida ao ato, ao concreto das relações jurídicas então deflagradas.

Sob esse tatear é que, paralelamente, deverão ser examinadas as prescrições doutrinárias de que decorre o entendimento comum da impossibilidade de revisão do decantado ato administrativo discricionário.

Do caminho escolhido resulta então que se dê atenção agora à estruturação lógica das relações

jurídicas. Isto, por certo, levando-se em conta a existência de todo um processo psíquico de formação e subsequente projeção da vontade, aí compreendida a valoração pessoal de que tanto se fala.

CAPÍTULO II

1. Plano Eficacial (eficácia jurídica) e estruturas lógicas: o ser-sujeito-de-direito; planos abstrato e concreto (potencialidade e concretude do ato administrativo);

Admitamos, com **Lourival Vilanova**, que o *ser sujeito-de-direito não decorre direta e imediatamente do sistema jurídico de normas positivas, mas sim, como efeito da incidência de norma sobre um dado-de-fato* (aquela sim, inserida dentro do sistema)⁵⁰.

A partir dessa indicação, o que se quer de logo ressaltar é constituir-se a subjetividade em "*fato jurídico fundamental*" que, passando a figurar como termo em todas as relações jurídicas conseqüentes da incidência da norma que lhe corresponda, assume o relevo cujo significado não pode ser ignorado. O propósito deste Capítulo, portanto, está em procurar a demonstração desse entendimento, adequando-o à discricionariedade administrativa, sua localização e efeitos.

Nesse ponto, o interesse que despertou para o estudo da discricionariedade projeta-se, inicialmente, dos domínios da competência, de tal maneira que, pelo aproveitamento da sua atribuição (ou não, quando devida), aquilo que não estava no mundo jurídico, para ele é chamado por força da eficácia normativa, de logo, pondo à mostra os sujeitos-em-relação.

Dessa notícia - da ocorrência de um campo material, necessário e primeiro, a ser levado em conta para compreensão das relações jurídicas como efeitos de juridicização de um fato, a projetar por seu turno, efeitos outros em órbita da subjetividade - não é difícil entender que também

⁵⁰ VILANOVA, Lourival - *Causalidade e Relação no Direito*, pag. 145 - Edição OAB-PE-Recife, 1.985.

quando em lista a discricionariedade administrativa, nada pode ser diferente.

É considerar-se no mais - especialmente no estudo da discricionariedade - o plano da potencialidade, assim da subjetividade, como, por relação de implicação, do próprio ato em desejo e das relações jurídicas a serem constituídas pela ação ou inação da Administração Pública. Relações a desencadear novos efeitos, então já em face de uma intersubjetividade, a constituírem-se em novas relações, até mesmo a de ser sujeito-de-direito em relação processual de jurisdição judicial, quando assim houver de se proceder em face de uma específica lesão de direito, conflito de interesses, ou lesão à ordem jurídica como um todo.

Pois, esse plano inicial, do ato em potência, e, claro, da valoração pessoal do agente é que possibilita a formalização do outro, de ser sujeito-de-direito (sujeito-de-direito em relação material), como consequência da manifestação da vontade necessária à formação do ato administrativo. Como resultado, pode sobrevir, é óbvio, a possibilidade de ser sujeito-de-direito também em relação processual. Daí a determinação a impulsionar o raciocínio em torno de que, "*dada a subjetividade de direito material deva ser a possibilidade de pretensão à tutela jurisdicional*"⁵¹, inclusive, sustento, no que se refira aos chamados atos discricionários.

Certo, pois, dessa última construção lógica, reconhecer que *a todo direito deva corresponder uma ação - em sentido de pretensão material - e a toda lesão de direito subjetivo deva abrir-se a via judiciária - pretensão ou direito subjetivo processual* a validar o chamamento do Estado a intervir jurisdicionalmente para proteção de violações ou ameaças a direitos subjetivos. Apresentem-se as relações de direito material consequentes, sob a feição do direito privado ou do direito público. Sejam, portanto, relações entendidas como relações de coordenação ou de subordinação - nada importa, em princípio.

Daí não se poder admitir, simplesmente, que, deflagradas relações jurídicas de direito material por ação (ou inação) do Estado em sua função administrativa, pretenda-se a inibição de efeitos decorrentes, seja no que diz com a

⁵¹ VILANOVA, Lourival - ob. cit. (*Causalidade...*), pag.145.

subjetividade tão só (privilegiando-os em relação a um dos sujeitos: a Administração Pública; e negando-os em relação a outros: os administrados), seja no que alcance a jurisdição, nesse passo buscando-se-lhe impor, quando menos, desautorizados limites de atuação. Especialmente, sob um Estado de direito, que, sabemos, não pode conviver com qualquer forma de inibição material ou instrumental.

Tudo, sob o argumento (frágil, diante de postulados maiores) *da ação discricionária, da discricionariedade* ou do estimulado *poder discricionário*, atribuídos à Administração Pública para o encaminhamento de certos atos administrativos intitulados *atos discricionários*, como se os houvesse de eficácia paralela à da Ciência do Direito, e só reconhecida à Administração Pública.

Ou - diante de mais requintado argumento - prelecionar a inibição de efeitos de que se fala, reduzindo-se a questão ao patamar dos conceitos jurídicos indeterminados (vagos, fluídos, plurissignificativos, como vistos no Capítulo anterior), de tal sorte que, aqueles, empíricos, sujeitem-se ao controle judicial, enquanto que aqueles outros, de valor, ensejem a discricionariedade livre de controle externo, salvo no que diga respeito aos seus contornos legais.

Mas se, assim fosse, estaríamos, pelo menos, a acatar inibição ao efeito inaugural da incidência das normas jurídicas, consubstanciado na constituição de sujeitos-de-direito, o que negaria, dentre o mais, a própria noção de eficácia. É que, muito embora incidente a norma sobre um dado-de-fato, pretender-se-ia, a rigor, limitar-se-lhe efeitos essenciais conferidos pelo Direito, os quais, regulados pelo sistema jurídico positivo como relações jurídicas que são, passariam a ser desconsiderados.

2. Vontade e conduta: efeitos; formação da vontade (decisão, deliberação, execução) e localização da discricionariedade; valoração pessoal e ação da Administração Pública; a valoração pessoal não acompanha o ato administrativo - exaure-se no abstrato da sua potencialidade; discricionariedade e discernimento; a conduta do agente - jurisdicização de fato

subjacente e modificação da realidade circunstante; estabelecimento, modificação e extinção de relações jurídicas; relações de coordenação e de subordinação; a vontade declarada pelo ato e os sujeitos-em-relação; ação da Administração Pública e salvaguarda de direitos - previsão constitucional; competência constitucional na aplicação do Direito - função jurisdicional no Estado brasileiro (manutenção da ordem jurídica); a possibilidade de controle jurisdicional da ação administrativa, pertinência e limites em face da localização da discricionariedade.

Quando se fala aqui em incidência normativa e efeitos correspondentes, deve restar claro estar-se a raciocinar, a partir de uma concepção teórica do Direito ao redor da discricionariedade administrativa, esta como obra da conduta humana. Por isso então, e, antes de tudo, na certeza de estarmos frente a uma conduta do agente público, agasalhada por uma regra atributiva de competência para agir ou deixar de fazê-lo - o que não significa, entretanto, liberdade absoluta de ação, pois há casos em que, devendo agir, omite-se, enquanto que, em outros, excede-se no agir autorizado. De conseguinte, assim em uma como em outra hipótese, não se pode afastar a possibilidade de resultar essa conduta numa eventual lesão de direitos em face dos administrados, cuja conseqüência maior, ao estruturar possíveis relações jurídicas, a partir da intersubjetividade atrás mencionada, seria a de possibilitar a análise externa. Mais ainda, por se estar então, diante da conduta do administrador, quando assim há que se levar em consideração é claro a valoração subjetiva, mas também a própria vontade no encaminhamento da ação administrativa dita discricionária. E desse ângulo não seria sensato negar a possibilidade de vício capaz de contaminar o ato resultante.

Pois, dessa ótica, igualmente, que mais reforça a disposição inicial de questionamento quanto aos argumentos de sustentação da intangibilidade jurisdicional do que se convencionou entender como mérito do ato administrativo, a ostentar como nucleares, aspectos de

conveniência e oportunidade, tão engrandecidos entre os cultores do Direito Administrativo.

Entretanto, em face do terreno escolhido para estudo, pode-se dizer que esses aspectos (conveniência e oportunidade) como também as colocações em torno dos conceitos jurídicos indeterminados, não ostentam mais do que aspectos de subjetividade anteriores à manifestação da vontade projetada no ato-em-si, no caso, no ato administrativo. Situam-se, por isso mesmo, no plano da potencialidade, se considerarmos, como se impõe, que se trata de posicionarmos objetivamente frente à vontade do agente da Administração Pública.

Mas, o ato-em-si não pode levar consigo para o plano lógico das relações, elementos de valoração informadores da vontade-em-si, de tal modo a convalidar a imunidade inicial antecedente e, restrita à esfera da individualidade, insuficientes, portanto (esses elementos), à geração espontânea de efeitos jurídicos. Os efeitos jurídicos, como o de constituir relações jurídicas, somente sobrevêm, por força da incidência de norma jurídica, de subjetividade inicialmente, suficiente a determinar a jurisdicização de um dado-de-fato. No caso do Direito Público, por meio do exercício de regra atributiva de competência, a qual se presta então a validar a transposição do abstrato da potencialidade para o concreto das relações que desencadeia.

A competência, servindo assim de elo de ligação entre abstrato e concreto, passa a desempenhar o papel do *ato-condição* de que falam **Duguít** e **Jèze**⁵², dando ensejo assim à *relação-de-implicação-causal* para os sujeitos-em-relação. Eis o umbral para o surgimento da relação jurídica material, a estabelecer-se em razão, mas para além dos domínios do abstrato da potencialidade, assentando-se então no concreto conseqüente da eficácia normativa.

E aí nem será somente a vontade do agente que estará em pauta, mas, do órgão que representa, vale dizer, da Administração Pública.

Por isso que, uma vez exercitada a competência para decisão respeito a determinado ato, exaure-se o abstrato da valoração pessoal (vale dizer, da vontade do

⁵² "in" VILANOVA, Lourival - ob. cit. (*Causalidade...*), pag.103.

agente, da subjetividade latente) para dar lugar ao concreto dos efeitos conseqüentes, já então sob a forma de relações juridicamente estruturadas. É dizer, com a fixação dos sujeitos (intersubjetividade) em relação jurídica material.

A partir de então, essas relações, pelos efeitos que acarretam na realidade fáctica, hão de subordinar-se à própria realidade em que se situam e assim ao ordenamento jurídico de normas positivas sob o qual foram concebidas, nada mais autorizando qualquer forma de imunidade (parcial que seja) no terreno da plena eficácia jurídico- normativa.

A impossibilidade de alcance jurisdicional portanto, deve circunscrever-se ao terreno da individualidade, mas, separada da eficácia jurídica, pois, uma vez materializadas relações conseqüentes, aos sujeitos-em-relação deve sempre, em última análise, restar disponível a prestação jurisdicional em toda sua expressão de essência.

O porquê do ato, a verificação de seus motivos, causa, objeto, ou momento de sua realização, ao Direito pouco importa enquanto ato não for; mas, quando ato concreto (por força da conduta pessoal do agente público) gerador de efeitos jurídicos, não há como se lhe negar a análise jurisdicional na aplicação do Direito - quando menos, para avaliação das questões jurídicas conseqüentes como da própria conduta responsável pela jurisdicização do fato subjacente. Se assim não fosse haveria flagrante desequilíbrio do próprio ordenamento jurídico donde emanasse o ato, eis que, rigorosamente, se estaria buscando nada menos do que de um inadmissível embaraço a uma das funções essenciais do Estado de Direito.

Refiro-me à função jurisdicional - que, uma vez reclamada para fixação de direitos identificados a partir de uma dada relação jurídica de direito material - não pode ceder aos limites proclamados pelos defensores da discricionariedade administrativa imune a toda sorte de reexame externo. É também interesse público o que estaria em jogo, nessa busca da manutenção do equilíbrio do ordenamento jurídico. E, interesse que deve ser colocado acima de quaisquer outros, lastreados que são, não raro, até mesmo na frivolidade de certos agentes da Administração Pública - especialmente nesse nosso Brasil, de várias Repúblicas e múltiplos interesses. Nesses casos, outro significado não deve ostentar aquela

decantada possibilidade de valoração pessoal dada como sustentáculo da discricionariedade administrativa, a não ser o de ensejar o prestígio do princípio constitucional da universalidade da jurisdição judicial. É que, positivado o princípio pelo próprio ordenamento jurídico, nesse ponto não há como desconsiderá-lo, sem acarretar o desequilíbrio apontado.

Logo, diante de tais realidades, não cabe pretender guarida nem à conveniência nem à oportunidade, como livres de apreciação externa, pelo só fato de, quando, e, enquanto antecedentes do ato, gozarem de tal imunidade.

Ora, se detinham o atributo da imunidade anteriormente à edição do ato (no caso, do ato administrativo) detinham-no, precisamente, em razão do ato estar, naquele momento, circunscrito aos domínios da potência, e assim, do abstrato. Nada ainda havia sofrido efeitos de jurisdicização pela incidência de norma jurídica suficiente a esse resultado. À sua vez, e à volta disso, toda hipótese de incidência normativa limitava-se ao plano hipotético. Mas, dentro do círculo reservado aos efeitos da regra atributiva de competência, desde o instante em que um dado-de-fato seja alcançado pela hipótese legal de incidência, assume a condição jurídica de que se fala, de modo a que os efeitos tornem-se inapeláveis, de sorte a, materializarem relações jurídicas e sujeitem-se evidentemente ao próprio ordenamento em que se inserem.

Porque relações qualificadas como de Direito Público, nada conduz a imaginar-se a existência de um sistema paralelo àquele donde provém. Se, como ocorre em determinadas situações (é o caso dos tributos, por exemplo), contam com um tratamento diferenciado, é da própria ordem estabelecida que emanam os critérios de diferenciação. Todavia, a ela, ordem jurídica, em sua unidade sistêmica, devem sujeitar-se de forma absoluta, sem que, pela só possibilidade da valoração pessoal tendam a contrariá-la.

Quanto ao mais, e, ao que se sabe, não encontra ressonância nem na ordem jurídica brasileira, muito menos sendo acalentada pelo Direito, a pretensão de negar efeitos à incidência normativa, de sorte a colocá-los a salvo de apreciação jurisdicional tão somente porque fruto do discernimento de um agente da Administração Pública, como se o discernimento fosse um privilégio - até mesmo um instituto -

próprio do Direito Público, particularmente, do Direito Administrativo.

Assim, parece, vem sendo vista a discricionariedade, que, em mais não se constitui do que no discernimento, e, no livre convencimento, esperados, e, indispensáveis à formação da vontade direcionada à geração dos atos jurídicos dela dependentes.

Por isso que - tantas vezes dito - não se localizam os atos administrativos (ainda que chamados de discricionários) nem ao largo, nem acima do ordenamento jurídico em que se inserem. Dele provêm, na verdade, movendo-se no seu interior, a ele direcionando-se e subordinando-se.

É que, uma vez exercitada a competência, gerando ato jurídico, não há mais que se posicionar ante mera expectativa abstrata restrita à potencialidade jurídica de agir ou não agir (situação subjetiva individual).

Trata-se de entender que a manifestação da vontade do agente, passando pelo efetivo exercício da competência, abandona o terreno da potencialidade para projetar-se ao concreto, criando situações objetivas, com determinação de objeto e identificação de sujeitos-em-relação.

A manifestação da vontade (então administrativa), como qualquer outra, materializa conseqüências, de tal modo que essas conseqüências serão as próprias relações desencadeadas, relações jurídicas, presente daí a intersubjetividade e a imposição de novas regras aos sujeitos relacionados. Regras intra-sistemáticas de sujeição à ordem jurídica projetada e positivada, dando lugar então à dinâmica norma/fato.

Em essência, é reconhecermos, quando da competência exercida, estarmos frente a efeitos jurídicos, que, como tais devem ser tratados, nada mais significando o fato de, em momento pretérito, haver sido levada em conta a valoração pessoal no que diz com o seu exercício, como meio de atingir este ou aquele objetivo, desde que, essa avaliação contribui tão só para *estruturar a decisão* quanto ao encaminhamento de um ato-em-si. E só naquela circunstância é que, de fato, poder-se-ia detectar o mérito do ato, então sim, imune à análise jurisdicional, porque no plano da subjetividade apenas.

Entretanto, uma vez objetivada a decisão (o que se coloca em momento posterior ao da avaliação de conveniência e oportunidade, através de um ato conformado material e formalmente com o Direito positivo em que se insere) o fato que lhe subjaz torna-se fato jurídico, o que ocorre por força da incidência de norma jurisdicizante. E, esse fato, jurisdicizado, não poderá então permanecer impermeável ao exame jurisdicional conseqüente da análise do ato resultante. Assim, também o fato, não só pode como deve sofrer essa análise, quando sobrevenha tal necessidade, a comum, como resultado de um conflito de interesses dos sujeitos relacionados.

Significa dizer que, após a fase de avaliação (objetiva embora) e valoração pessoal necessárias à execução da decisão tomada pelo agente público, uma vez tomada - sob o manto protetor da regra de competência e, pelo ato resultante - materializa-se e ganha forma a decisão assim construída. Esgotam-se os ingredientes necessários e válidos à sua formação, dando lugar ao nascimento de fato novo a ser considerado. Vem à luz então a intersubjetividade própria das relações jurídicas em destaque, suficiente daí ao reconhecimento da necessidade de imposição de respeito aos direitos contrapostos, analisando os interesses em jogo, para, no mínimo, validá-los, ou não.

Trata-se, por conseguinte, de situação resultante - situação nova - onde a juridicidade é o ponto de contato para que o intérprete ponha-se em obra da exegese confortada pela Ciência do Direito. E essa não autoriza, após a jurisdicização do fato subjacente ao ato então formado, dê-se-lhe, ao ato e às relações conseqüentes, o conteúdo da imunidade axiológica da decisão que levou a jurisdicizar o fato, tornando-o fato-causa daquilo que, até então, limitava-se ao terreno da potencialidade tão somente. É dizer, o mérito (conveniência e oportunidade) não se projeta nem se incorpora ao conseqüente da objetivação da vontade do agente. Ele esgota-se no plano subjetivo que concorre para a formação da decisão pessoal que culmina com a concretude do próprio ato em consideração, exaurindo-se naquele primeiro momento para dar ensejo a novos fatos, novos atos, e novos efeitos.

O que ocorre a partir de então é uma pluralidade (sucessão) de fatos e de atos em integração com igual pluralidade de normas que os reconhecem como jurídicos,

acarretando efeitos também jurídicos, suficientes ao nascimento de múltiplas relações igualmente jurídicas. Mas a avaliação pessoal do agente quanto ao ato em mira não é uma avaliação que acarrete conseqüências imediatas no mundo jurídico, sendo, ao contrário, mediatas essas conseqüências, que, somente ocorrem com a jurisdicização de fato alcançado pela incidência de norma suficiente a esse efeito.

E assim, porque, aquele, não é um momento em que se colham aspectos relacionais e *intersubjetivos* mas, tão somente *unisubjetivos*, limitados ao plano psíquico da autonomia da valoração pessoal.

Como a conseqüência desse momento, até a exteriorização da competência é nenhuma no plano da intersubjetividade, não há mesmo que se cogitar de qualquer forma de controle jurisdicional, que somente sobrevirá quando do estabelecimento de relação jurídica, operada por força de incidência de norma jurídica válida.

Já, uma vez estabelecida a relação jurídica, será com o ordenamento jurídico que iremos nos defrontar quando da aplicação do Direito. Nada importa, a partir daí, na busca da sua concreção (do Direito), estejamos frente a um ato que possa espelhar o resultado de uma ou mais escolhas, lastreadas na autonomia da valoração pessoal de quem quer que seja, inclusive, do administrador público.

O que assume relevância mesmo é o fato de, então, contarmos com um ato jurídico (seja, embora, ato administrativo), fadado a vigir com validade, sob os influxos do ordenamento jurídico sob o qual se estrutura, a ele sujeitando-se formal e materialmente. Nada autoriza, de conseguinte, se o coloque (também o fato que lhe subjaz e relação jurídica que lhe é conseqüente) parcial ou totalmente a salvo de apreciação jurisdicional, pelo só argumento de ser catalogado, o ato, como discricionário, ou, concebido e movido por uma ação ou faculdade tidas como discricionárias.

Com efeito, o pressuposto da conseqüência maior da incidência normativa (a relação jurídica desencadeada) é a jurisdicização do fato subjacente ao ato, e, na espécie, resultante, necessariamente, de uma avaliação prévia pessoal do administrador público, gerando assim atos de administração, ou atos administrativos, mas, antes de tudo, atos jurídicos.

Contudo, essa avaliação, ou valoração, não se confunde com o ato, posterior, nem a ele se incorpora e, muito menos às relações desencadeadas, de modo a impermeabilizá-los à reanálise material, inclusive no que se refira às circunstâncias da sua edição. É dizer, vontade, conduta e realidade material.

Assim colocada a questão, passemos à tarefa de extrair das lições doutrinárias a respeito da discricionariedade o significado que nos parece efetivamente encerrarem, procurando então compatibilizá-las, o quanto possível, à matéria abordada neste Capítulo.

CAPÍTULO III

1. Discricionariedade administrativa, poder e faculdades discricionárias - vontade e ação da Administração Pública - um ensaio para compreensão da doutrina:

Abordada a questão sob o ângulo da estruturação das relações jurídicas a partir da incidência de norma jurídica sobre um dado-de-fato suficiente à ação administrativa (ou inação), é de se retomar as colocações doutrinárias, formadoras da opinião corrente quanto à discricionariedade administrativa e à revisão jurisdicional.

Agora, então, em compasso com aqueles aspectos lógicos vistos para a formação das relações jurídicas, como assim, das suas conseqüências dentro do ordenamento jurídico em que se estruturam - reiterando-se não significar o propósito, qualquer desconsideração aos fundamentos da discricionariedade administrativa, nem tampouco à teoria dos conceitos jurídicos indeterminados.

Significa isto sim, que a vontade e o discernimento do agente administrativo (a discricionariedade portanto) em face do ato em vislumbre (e que lhe seja resultante), devem ser colocados em momentos distintos daquele da sua efetiva materialização, pela ação ou inação do administrador público investido dos atributos da competência. Isto porque, no plano da eficácia jurídica - em conta as estruturas lógicas do sistema do Direito positivo - impõe-se a separação entre aquilo que tem relevância jurídica (o que está no mundo jurídico portanto) e aquilo que não se reveste de igual relevância, precisamente, porque fora do mundo jurídico.

Somente a partir da incidência de norma jurídica válida, trazendo para o interior do mundo jurídico um fato é que, assim, passarão a revestir-se de interesse jurídico, fato e ato.

Vai daí que, nesse propósito, forçosamente, se impõe considerar a existência de momentos bem definidos: o primeiro, referido à potencialidade da ação administrativa tão somente (plano abstrato, porque psíquico, de formação da vontade); o segundo, da estruturação de relações jurídicas substantivas, presente a intersubjetividade (plano concreto em face do sistema de normas jurídicas positivas) e, por último, o das relações jurídicas adjetivas, quando sobrevenha eventual conflito de interesse dos sujeitos-em-relação, ou quando assim o reclame a ordem jurídica.

Não há aqui, entretanto, um comprometimento imperioso com qualquer ordem de condicionamento isolado à visão do Direito, mesmo sob o aspecto estrutural, ou funcional, como em certas passagens possa dar impressão.

A doutrina brasileira: a vontade e a valoração pessoal - o subjetivismo do agente e a objetividade da ação administrativa, efeitos; vontade normativa (questionamento); a vontade do agente e a vontade normativa, em integração (a vontade normativa não se confunde com o querer psicológico) - finalidade do Direito; permanente possibilidade de formação da vontade contra o Direito - contaminação da vontade do agente por vício ou divergência entre declaração e intenção; localização da discricionariedade *em relação* ao ato, ou, à ação administrativa - controle possível; ainda a conduta do agente - consequências imediatas em face do ordenamento jurídico sobre que se assenta; a conduta e o princípio constitucional da moralidade administrativa - tem lugar a discricionariedade? O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários sob o prisma da legalidade tão só (para manutenção da ordem jurídica, ou sua retomada) - desautorizada a análise do mérito; análise da conduta do administrador tendo em conta os "elementos de legalidade interna dessa conduta"; momentos distintos na formação do ato administrativo - verificação da existência dos motivos e valoração desses motivos; obrigatoriedade de escolha dentre várias opções livres; poder discricionário - impropriedade de

concepção; discricionariedade ao invés de poder discricionário; erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação jurisdicional; o ato administrativo segundo o poder reconhecido ao agente; melhor, conteúdo discricionário do ato administrativo do que ato discricionário; o ato administrativo visto mais como de ordem política do que jurídica.

Na lição de **M. Seabra Fagundes** - de cuja intimidade não pode prescindir qualquer investigação orientada para o estudo do controle dos atos administrativos - é vedado ao Poder Judiciário apreciar, no exercício jurisdicional, o mérito dos atos administrativos, cabendo-lhe tão somente o exame sob o prisma da legalidade.

O mérito do ato administrativo, para o autor - isto já vimos - "*constitui um aspecto do procedimento da Administração de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida, que é ao juiz vedado penetrar no seu conhecimento. Se o fizesse exorbitaria, ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade) próprio dos órgãos executivos. Substituir-se-ia ao administrador, quando o seu papel não é tomar-lhe a posição no mecanismo jurídico-constitucional do regime, senão contê-lo nos estritos limites da ordem jurídica (controle preventivo) ou compeli-lo a que os retome, se acaso transpostos (controle a posteriori)*"⁵³.

Tal o substrato de onde provêm os ensinamentos do mestre do controle dos atos administrativos no Brasil.

Já se vê então que a discricionariedade é vista como a decorrer de gestão político-administrativa, impeditiva de valoração jurídica, a qual, necessariamente, há de circunscrever-se à análise da legalidade e da legitimidade da

⁵³ FAGUNDES, M. Seabra - *O Contrôlo dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário*, pags. 150 e segs., nota nº 6, Quarta Edição, Forense, Rio.

atuação da Administração Pública. É o que prevalece na maioria dos estudos que lhe tomam como paradigma, inclusive no que respeita às decisões judiciais. E assim é, sem dúvida, pela excelência da interpretação, mas, também, por força de um sedimentado condicionamento.

Pois bem, de todo modo, coloca-nos, imediatamente, frente a uma primeira certeza: o raciocínio em torno da discricionariedade administrativa não deve extrapolar os limites da ordem jurídica ("*controle preventivo*" e "*controle a posteriori*"), a ela, certamente, se submetendo. Vale entender então, em nosso caso, estarmos condicionados e submissos à ordem jurídica sob a qual nos encontramos. Daí nada ser diferente, quanto ao alerta no sentido de ao Judiciário não ser permitido apreciar o mérito dos atos administrativos, restando-lhe tão só a possibilidade de exame sob ângulo da legalidade. Aí, de igual, levando-se em conta a ordem jurídica, vale dizer, a mesma ordem jurídica (a ordem jurídica sob a qual nos encontramos).

Dessa colocação nasce um imediato questionamento, a traduzir-se na indagação em torno do que represente essa legalidade, ou a legitimidade, a que alude. Tudo, é claro, sob a ótica da ordem jurídica a que se refere; ao universo do jurídico, ou seja, do Direito sob o qual se assenta.

De conseguinte, uma subsequente indagação é sugerida: a de saber-se quando estarão transpostos aqueles limites da ordem jurídica.

Esse, mais um ponto de referência para o entendimento da questão como estudada por **Seabra Fagundes**, e, por certo, dentro dos parâmetros adotados para esta dissertação.

Vai daí que, quanto à primeira certeza - a da subordinação do raciocínio à ordem jurídica sob a qual nos encontramos e, a de que existe essa ordem jurídica - por sem dúvida haveremos de tê-la como a que se refere ao Estado brasileiro, hoje, por textual definição, Estado Democrático de Direito⁵⁴. Estado que, por ser-de-Direito pressupõe, quando parte em uma relação de direito material a ensejar relações processuais, no mínimo, igualdade de condições com aquela a que se contraponha, nada autorizando, em tese, a inibição

⁵⁴ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988), art. 1º.

jurisdicional de que se fala. Estado onde os direitos e garantias individuais são reconhecidos e alçados à categoria de fundamento e sustentáculo da sua própria condição de Estado de direito.

Mas nem só quando resulte da ação administrativa relação jurídica que, diretamente, enseje contraposição de interesses imediatos, mas também quando, indiretamente, possa redundar em risco da coletividade. Enfim, a salvaguarda dos princípios constitucionais donde provém a concepção dada ao Estado brasileiro é fator indisponível na preservação da ordem jurídica.

Aí, portanto, o material de que dispomos para logo raciocinar em torno da ordem jurídica - no que não pode diferir aquela a que se refere o autor.

Não se trata, com efeito, de uma ordem jurídica apenas consentida e moldável à vontade do soberano, como imposta ao longo dos regimes de exceção a que fomos submetidos por obra de governos ilegítimos, sustentados sob a bandeira, mas à margem do Direito.

Pois se, antes, como fruto também da inexistência (ou desprestígio em determinadas épocas) do Estado de direito, sempre se encontrou campo fértil à especulação em torno da discricionariedade como a mascarar o arbítrio dos governantes, agora, especialmente sob a nova ordem constitucional, não há mais que se compadecer com o mesmo entendimento, ou, situação.

É que, no plano positivo - acresce ponderar - vigindo a ordem ditada pela Constituição de 1.988, a ela, sob esse ângulo, deve conformar-se ademais o estudo quanto à possibilidade de revisão jurisdicional dos atos administrativos em geral, inclusive daqueles dados como discricionários.

A ordem jurídica, portanto, se quiséssemos contentar-nos tão só com o Direito Positivo brasileiro, outra não poderia ser do que aquela introduzida e sistematizada pelo texto vigente, da Constituição Federal de 05 de outubro de 1.988. Não, por certo, a dos atos de exceção impostos ao longo da nossa história constitucional, especialmente, quando sob as Constituições de 1.946, 1967,

Emenda Constitucional n. 1, de 1.969 e demais que lhes seguiram⁵⁵.

Logo, a compreensão daquilo que possa representar os limites impostos pela ordem jurídica, necessariamente, vem de colocar-nos frente à atual concepção constitucional de Estado, de sorte a romper por definitivo qualquer elo com os anteriores regimes, ainda que disfarçados pelos textos constitucionais que lhes serviram de sustentáculo.

A incompatibilidade com o Direito, antes flagrante, da impermeabilidade de certos atos administrativos à revisão judicial, decididamente não mais pode buscar guarida nos domínios do que se convencionou chamar de discricionariedade administrativa, eis que, agora, sob o influxo de um Estado de Direito, essa incompatibilidade assume foros de imediata violação, tanto da ordem jurídica assim concebida (e constituída) quanto do Direito-em-si.

Não estamos a deparar-nos mais com um Estado que predomine sobre a sua Constituição ostentando-a ao sabor das conveniências governamentais, mas, ao contrário, com uma Constituição em que se insere um Estado, hoje, intitulado, definido e havido como Estado de Direito. Aí, portanto, o pressuposto do universo em que se deve agitar a questão da discricionariedade administrativa - inclusive sob o aspecto político - no que se direcione à sua análise jurisdicional.

De fato, essa mesma Constituição assegura-nos, por exemplo, que nenhuma lesão ou ameaça de lesão de direito restará inapreciada por aquela das funções do Estado à qual compete o juízo definitivo nos eventuais conflitos de interesses.

Ora, se por qualquer artifício, frente a uma lesão ou ameaça a direito subjetivo, pretenda-se inibir o exercício dessa função jurisdicional, só por isso é de se admitir o extravasamento aos limites da ordem jurídica sob a qual nos encontramos. Estar-se-á então, e, em tese, a comprometer uma das funções vitais do Estado concebido como Estado de Direito. Estar-se-á a afrontar substrato singular em que se assenta o Estado assim concebido: o de pugnar pela igualdade de todos

⁵⁵ Nesse ponto, deslocando-se a análise em face do Direito Positivo, para, como lógico, encaminhá-la em face do Direito em suas concepções teórica e filosófica. No que diz respeito à eficácia, reporto-me ao entendimento fixado a partir das estruturas lógicas, conforme abordagem no Capítulo II.

perante a ordem jurídica estabelecida (também do próprio Estado), de maneira a reconhecer semelhante igualdade nas relações processuais que protagoniza.

Sim, somente se há de reconhecer Estado de Direito onde ele, Estado, submeta-se à jurisdição em igualdade de condições com a outra parte da relação formada, nada justificando a busca de questões artificialmente concebidas como impeditivas da formação igualitária de relações processuais na esfera da jurisdição judiciária⁵⁶.

A par disso - não é demais insistir - impõe-se a conclusão no sentido de que, nada que se estruture da eficácia normativa em relações jurídicas, pode ser colocado ao largo da ordem jurídica da qual emana, sob pena de, igualmente, extrapolar os limites de que se fala.⁵⁷

Logo, se por ação ou omissão, agente público competente e no exercício pleno de suas funções, assume conduta capaz de gerar relações jurídicas da Administração com os administrados, pondo em risco direitos destes - direitos fundamentais - constituir-se-á em violação da ordem jurídica sua inapreciação jurisdicional, como, por certo, a dos atos em tal direção porventura praticados. Como, de mais,

⁵⁶ É o caso, bem singular, da ressalva que se faz à apreciação daqueles atos administrativos ditos discricionários. De igual, por exemplo, no que tem a ver com o processo expropriatório, através do qual, só a fixação do "quantum" a ressarcir comporta o contraditório (claro que, nestes casos, as razões para assim proceder-se revestem-se de grande relevância em face do interesse público sempre alardeado, mas, nem por isso, comprovado a contento). São muitos e escabrosos os desmandos que se cometem em seu nome, acarretando, não raro, prejuízos de grande monta e de incerta reparação àqueles que se encontram no polo passivo da relação formada. Tudo em nome da imaculada discricionariade.

⁵⁷ Quando faço alusão à ordem jurídica a ser preservada em face do Estado de Direito, não será despropositado admitir-se aquele, visto pela lente da doutrina liberal, tal como abordada por Norberto Bobbio, quando diz que: "Estado de Direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio "invioláveis". Desse ponto de vista pode-se falar em Estado de direito em sentido forte para distingui-lo do Estado de direito em sentido fraco, que é o Estado não-despótico, isto é, dirigido não pelos homens, mas pelas leis, e do Estado de direito em sentido fraquíssimo, tal como o Estado kelseniano segundo o qual, uma vez resolvido o Estado no seu ordenamento jurídico, todo o Estado é Estado de direito (e a própria noção de Estado de direito perde toda força qualificadora). Do Estado de direito em sentido forte, que é aquele próprio da doutrina liberal, são parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o exercício ilegal do poder. ("in *Liberalismo e Democracia* - pags. 18 e 19 - Editora Brasiliense - 1.988 - Tradução de Marco Aurélio Nogueira - São Paulo.)

haverá de caracterizar igual violação a própria conduta geradora daquelas relações jurídicas constrangedoras de direitos.

Daí o afirmar-se que, até mesmo a busca em torno do entendimento de tratar-se ou não de uma *quaestio juris* a violação da ordem jurídica, traduz tarefa só deferida ao Judiciário. Tanto mais quando se tenha a afirmação do autor que o ato discricionário como irrecorrível caracteriza verdadeiro absurdo, já que, nenhum ato é totalmente irrecorrível por ostentar algum conteúdo discricionário. Com efeito, para inteirarmo-nos de que porventura se tenha violado os limites da discricionariedade (ou não), ao juiz compete rever também a parte discricionária da ação administrativa.

É como impõe-se compreender agora a advertência de **M. Seabra Fagundes**, quando afirma que ao juiz compete mesmo conter a ação do administrador dentro dos estritos limites da ordem jurídica.

Quanto à legalidade como forma única possível de adequação do ato administrativo, nada é diferente, devendo-se entender daí a absoluta necessidade de conformação com o Direito, não com as leis tão somente, que também as há no absolutismo.

Voltando ao estudo das relações jurídicas e daí, bem sedimentada a compreensão de que pela incidência de norma jurídica válida, o fato que lhe subjaz torna-se fato jurídico, a ser regido a partir desse marco pela ordem jurídica da qual se projetou a norma capaz de trazer para o mundo jurídico aquele fato; reconhecido no mais, que, por obra da incidência operam-se efeitos, que passam a ser efeitos jurídicos, ensejadores da própria relação jurídica formada; mais ainda, que a incidência da norma jurídica só se opera (para o estudo proposto) por força e consequência do comportamento de um agente público (por ação ou inação); e, por fim, que esse proceder vem ao concreto impulsionado pela vontade e avaliação pessoais, resta admitir então serem o resultado efetivo e concreto de uma *conduta*, adotada em face de uma regra atributiva de competência para agir ou deixar de fazê-lo.

Como à Administração Pública, ou, como diz **Stassinopoulos**, à atividade administrativa, é vedado atuar não apenas *contra legem*, mas de igual, *praeter legem*, uma vez que só pode agir *secundum legem*, tem-se que, ao Judiciário, na análise da legalidade do ato administrativo tal como propõe **M.**

Seabra Fagundes (*controle preventivo ou a posteriori*), não pode ser imposta inibição tamanha que o impossibilite de examinar a conduta do administrador, até mesmo no propósito de demonstrar os contornos da ordem jurídica e assim conter a conduta dentro desses contornos.

É, a propósito, do próprio autor o alerta em direção a que, *quanto à finalidade dos atos administrativos (discricionários ou vinculados), está ela sempre expressa ou implícita na lei*. Daí o seu ensinamento, ao lado do qual se coloca **Victor Nunes Leal**, no sentido de que *o fim legal - necessariamente de interesse público - constitui aspecto vinculado dos atos administrativos, suscetível de apreciação jurisdicional*⁵⁸.

E o fim legal, tanto quanto a legalidade a que se referem os estudiosos, sabemos muito bem, não decorrem tão só da literalidade do texto legal, mas, de certeza, do Direito-em-si, não, necessariamente, expresso como forma de preceito normativo singularizado à espécie.

Por isso que o autor alude a que a finalidade dos atos administrativos está, sempre, expressa ou implícita na lei. No caso brasileiro, o só fato de tratar-se de um Estado de Direito constitucionalmente definido já seria suficiente à preservação de direitos e garantias fundamentais, que lhe dão a necessária sustentação, como aqueles já apontados e, em específico, os que decorrem dos direitos e garantias individuais tão pormenorizados no atual texto constitucional.

Isto posto, e, analisando-se o ato e a conduta suficiente ao seu nascimento, como, de resto, aos seus efeitos, não se pode desprezar, pela ótica do Direito, estar-se a rigor, diante de uma realidade jurídica de causa e efeito, isto é, de causalidade e relação, cuja subordinação ao ordenamento jurídico em que se inserem é indiscutível.

Mais uma vez então, cabe sustentar que a inapreciabilidade jurisdicional deve restringir-se ao plano psíquico da formação da vontade e direcionamento da decisão tão somente. Uma vez, porém, projetada do abstrato do psíquico para o concreto dos fatos (jurisdicizando-os), atos e relações desencadeadas (estas, em atenção precisamente aos limites da

⁵⁸ NUNES LEAL, Victor - *Poder Discricionário e Ação Arbitrária da Administração*, Rev. Dir. Adm., vol. 14, 1948.

ordem jurídica) de maneira alguma, dentro do mundo jurídico, podem ser isoladas pelo Direito em escaninho de inapreciabilidade, pelo próprio Direito donde provêm.

Daí não se poder concordar com a alardeada imunidade ao exame jurisdicional. E tanto, em face do substrato mesmo do Direito, como, de resto, se assim preferirmos, tão somente sob a ótica do nosso Direito positivo, mormente após a promulgação da Constituição atual.

A análise da conduta do administrador tendo em conta os elementos de legalidade interna dessa conduta. Momentos distintos na formação do ato administrativo: verificação da existência dos motivos e respectiva valoração desses motivos.

Pois, exatamente, em face da conduta do administrador é que, pondera **Cáio Tácito**, deve-se admitir possa o judiciário examinar a motivação dos atos administrativos, adentrando à apreciação da matéria de fato em busca da análise dos elementos de legalidade interna dessa conduta. Ainda que - sob esse aspecto - coloque a evidência do erro, ou da malícia do administrador, como condição de "*desfazimento do ato*"⁵⁹.

Mas **Cáio Tácito** também não descarta dentro desse quadro a existência de momentos distintos (um subjetivo, outro objetivo) na formação do ato administrativo, atribuindo ao primeiro (subjetivo) a localização de uma parcela de poder, chamado então discricionário. Diz que esse *poder* insere-se ao *início* do ato administrativo, "*quando da verificação da existência dos motivos que o devem informar, como, de resto, na apreciação do valor desses motivos*", argumentando caracterizar-se o primeiro deles (*verificação dos motivos*) *aspecto de feição material* ; e o segundo (*apreciação do valor desses motivos*), "*aspecto psicológico de formação do ato de vontade*".

⁵⁹ TÁCITO, Caio - ob. cit. (*Abuso...*), pag.30.

Haveria, portanto, no ato administrativo, dois aspectos inconfundíveis : mérito e legalidade, sendo o primeiro "*a indagação da oportunidade e conveniência do ato, a zona livre em que a vontade do administrador decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público, sendo assim a sede do poder discricionário do administrador, a orientar-se por critérios de utilidade*".

Vista a questão sob esse ângulo, é de se concluir então, sustenta, que o "*poder discricionário*" de fato insere-se na "*sucessão de dois tempos*", o do início do ato administrativo com a verificação da existência dos motivos que o informam e o imediatamente seguinte, da apreciação do valor desses motivos. Do primeiro (verificação da existência dos motivos) aflora um aspecto de ordem objetiva, enquanto que, do segundo (apreciação do valor desses motivos), um aspecto eminentemente subjetivo, correspondendo ao processo psicológico de formação do ato de vontade, que se há de traduzir em ação ou omissão, dentro do que autoriza a lei.

Suficientemente claro então, que o autor admite a existência de momentos bem definidos no que diz com a formação do ato administrativo, com destaque ao ato de vontade, a situar-se no plano psíquico do administrador, com a valoração pessoal endereçada à motivação do ato administrativo⁶⁰.

E aí residiria a discricionariedade (*poder discricionário*, como professa), isto é, o mérito do ato administrativo, salvo de análise jurisdicional. No plano posterior, a legalidade do ato, essa, necessariamente, vinculada e franqueada à análise jurisdicional.

Num segundo momento coloca então o ato mesmo em toda sua exteriorização de legalidade, seja no enfoque apenas formal, seja no que se refira ao material, admitida que é a verificação de "*legalidade interna do ato*", ou da conduta do administrador no encaminhamento do ato.

Temos, de conseguinte, que, para **Cáio Tácito**, há um primeiro momento, na *sucessão de dois tempos*, em um dos quais (ou até mesmo dos dois tempos) localiza-se

⁶⁰ Já a verificação dos motivos (embora de "*feição material*" como diz o autor) situa-se em momento que antecede a sua própria valoração, pelo que, se pode concluir, antecede o ato-em-si.

aquilo que prefere chamar de "*poder discricionário*", traduzido na faculdade concedida à Administração Pública de escolher *objeto* e *forma* do ato, quando não previstos em lei. Aí o *início do ato administrativo*, a projetar-se para o concreto de modo a constituir um outro momento, quando, só então haveria de franquear-se a análise judicial naquilo que componha seus aspectos de legalidade⁶¹.

Ora, o que se tem na verdade é a fixação de entendimentos no plano abstrato do psíquico e sua exteriorização no plano concreto das relações, não havendo, a rigor, o "*início*" do ato (valoração pessoal voltada para a motivação do ato), eis que essa valoração, na verdade, como diz o autor, constitui *aspecto psicológico de formação do ato de vontade*. Pois se assim é, permanece no campo da potencialidade apenas enquanto aspecto psicológico de formação do ato de vontade. Vontade pessoal do agente administrativo, para só após, objetivar a vontade administrativa, daí com a materialização do ato. Do ato administrativo como vontade declarada da Administração Pública, vontade enfim, objetivada por uma ação ou inação do administrador investido da necessária competência legal.

Olhando-se a questão portanto pela ótica do ordenamento jurídico e do Direito que lhe dá sustentação, é de se tirar da lição de **Cáio Tácito**, que aquilo que ocorre no plano psíquico (*formação do ato de vontade*) constitui a sede do "*poder discricionário*"? Parece que não, pois, precisamente, por situar-se no abstrato do psíquico (sem a correlação de incidência de qualquer norma jurídica) não pode produzir efeitos jurídicos, é dizer, não está no mundo jurídico. Não é, portanto, "*poder*", juridicamente considerado.

Todavia, pela incidência de norma jurídica operam-se efeitos que serão necessariamente jurídicos, tornando jurídico o que até então jurídico não era, isto é, trazendo para dentro do mundo jurídico fato antes irrelevante juridicamente. E é juridicamente que nos interessa analisar a questão da discricionariedade e das relações conseqüentes entre Administração Pública e administrados.

⁶¹ Inclusive a legalidade interna. Legalidade (interna) que, a meu ver, abrange absolutamente tudo que se refira à ação administrativa, inclusive a própria discricionariedade.

Quero dizer que, sem que se externe essa avaliação pela ação do administrador, que assim, efetivamente, se vale do atributo da competência, tudo permanece no terreno da potencialidade.

Assim, dos domínios de eficácia da regra atributiva de competência (regularmente utilizada, ou, não utilizada quando necessário) fazendo as vezes de *ato-condição* para acesso ao mundo jurídico, é que se eleva a conduta do administrador, como alvo de apreciação jurisdicional quando vier a ser reclamada conformidade com a ordem jurídica, tal como sustentado por **Seabra Fagundes**.

Só então é que, para o jurídico, passa a refletir interesse. Interesse que, quando suscitado, não pode fracionar a ação jurisdicional do Estado a tal ponto de apreciar o ato administrativo apenas parcialmente, ou seja, suprimindo análise circunstancial dos fatos determinantes da ação administrativa. Não há, por assim dizer, um dique de contenção de dados, cujo acesso seja vedado à verificação jurisdicional; sob pena de frustrar, inclusive, a possibilidade e a necessidade do convencimento necessário à elucidação do direito em risco, e assim, inibir a própria concretude do Direito.

Vista a questão de outro canto (já referido), nada existe para o Direito, nem, por evidente, o há para o nosso ordenamento jurídico, que valde impunemente a contaminação do ato e das relações jurídicas, por aspectos valorativos que os antecedem, a ponto de torná-los inatingíveis pela ação jurisdicional do Estado (Estado de Direito) sob o argumento da discricionariedade do próprio Estado.

Uma vez trazidos para o mundo jurídico, fato e ato passam a ser jurídicos, e, aí, toda a sua conformação com a realidade (inclusive no que diz com as circunstâncias do seu encaminhamento) deve ser analisada, eis que não mais se trata de possibilidade de ação (ato em potência), mas, de sua concreta efetivação.

Ora, se se pode contar com certa possibilidade jurídica (a competência por exemplo), enquanto não se a exercite, nada importa ao jurídico a precedente avaliação subjetiva por parte dos sujeitos em potencial. O mesmo, contudo, não se pode sustentar quando, após essa avaliação, ou, como consequência dela, estabeleça-se a intersubjetividade, pois, a partir daí forma-se relação jurídica, a

ser cumpridamente apreciada em sobrevivendo conflito de interesses, ou, por outro modo, sua desconformidade com a ordem jurídica. E há de ser assim apreciada inclusive no que disser respeito ao próprio consentimento, adentrando-se à análise da formação da vontade para certificar-se quanto a possíveis vícios de origem.

Especialmente, no Direito Público - em que pesem as suas peculiaridades - nesse ponto nada é diferente em essência, até porque, ainda que se leve em conta a presunção de legalidade, é latente a possibilidade do arbítrio pelo abuso de autoridade ou desvio de finalidade do ato administrativo, o que, aliás, é uma constante nas relações da Administração Pública brasileira com os seus administrados. E isso em todos os níveis imagináveis.

Até mesmo para movimentar uma conta bancária, estacionar um automóvel, efetuar um pagamento pela rede bancária, matricular-se em escola pública ou viajar para fora do País - procedimentos elementares em um Estado politicamente organizado como Estado de Direito - não raro tornam-se verdadeiros tormentos diante do universo de exigências, a comum arbitrarias, formuladas pelo administrador público. Em muitos casos, em nome da discricionariedade e do alegado interesse público.

Se presente o "*erro ou a malícia*" do administrador - ainda que de forma não-evidente - como apreciá-los senão pela análise circunstancial voltada para a sua conduta em face dos dados-de-fato que serviram de "*fattispecie*" à formação da sua decisão e conseqüente encaminhamento a desaguar nas relações jurídicas a serem avaliadas e no direito buscado? Buscado no próprio regaço do Estado - de Direito - através de uma das suas funções de essência, como o é a jurisdicional.

Por fim, aceitando-se a divisão dos momentos a que se refere o Professor **Caio Tácito** em relação ao nascimento do ato administrativo (como, demais, a dos dois aspectos dados como inconfundíveis: mérito e legalidade), é, sob a ótica do presente estudo, concluir-se pela inexistência do apregoado "*poder discricionário*". Sim, porque, se, num primeiro plano deve-se levar em conta a "*sucessão de dois tempos*" (um, de caráter objetivo e o outro, de caráter subjetivo a corresponder ao processo psicológico de formação do ato de

vontade), aquele, objetivo (de verificação da existência dos motivos suficientes ao ato), por certo, não se constitui em poder jurídico algum, senão no exercício da própria razão. Quanto ao segundo (de caráter subjetivo, correspondente ao processo psicológico de formação do ato de vontade, como bem adverte), não se constitui por igual em nenhum poder isoladamente considerado, ainda que ocorra em face de uma possibilidade legal de agir ou não agir em dada circunstância de fato. Ora, agindo ou deixando de fazê-lo, inevitavelmente desnudar-se-á a conduta do administrador, a partir do que, sem dúvida, assumirão relevância jurídica assim essa conduta, quanto a vontade que a informa.

Maior certeza quanto à impropriedade de concepção em torno do chamado *poder discricionário*, aflora do argumento de que se vale ainda o mesmo autor, no sentido de que a legalidade do ato há de ser, necessariamente, vinculada e franqueada à análise judicial. Aliás, essa vem sendo a tônica de toda construção doutrinária entre nós.

Se por esse ângulo, é inquestionável a vinculação legal e a franca possibilidade de reexame do ato administrativo, inclusive daqueles dados como discricionários; se, por outro, a conduta pode ser perquirida (*conduta interna* do administrador) - também o exame da motivação; se, mais ainda, a *vontade*, enquanto no abstrato do psiquismo individual não gera efeitos jurídicos - o que, somente ocorre quando projetada (a vontade) para o concreto das relações que possa desencadear; e, se, por derradeiro, não há como desconsiderar-se a possibilidade de vício da vontade, torna-se de difícil aceitação a existência de um "*poder*" (chamado discricionário) livre de exame externo, pelo fato de, pretensamente, projetar-se de uma avaliação pessoal, também, pretendidamente, a ser acolhida sem restrições pela ordem jurídica sob que se estrutura.

Se assim for reduziríamos ao etéreo o estudo teórico e filosófico do Direito, e, descendo à nossa casuística, por óbvio, a própria concepção institucional do Estado brasileiro. Seria necessária daí, maior evidência quanto à permanente possibilidade de violação dos limites da ordem jurídica, por ação administrativa assim como acima concebido? É o que se busca entender diante daquilo que **Seabra Fagundes** pretendeu resguardar em suas lições?

***Discricionariedade ao invés de poder discricionário.
Concepção mais apropriada.***

Bem, quanto ao mais, se não há ato que, em-si-mesmo, seja discricionário (e é procedente a afirmação), não se pode conviver com a concepção de um poder que assim possa apresentar-se ao Estado de Direito, e, o que é mais grave, livre de apreciação judicial.

Há sim, a possibilidade jurídica de exercitar ou não a previsão de competência para edição de atos jurídicos chamados atos administrativos.

A avaliação ou valoração que se faça em torno da motivação desses atos, traduz, em última análise, a expressão, antes de *um dever* (como avaliação) do que de *um poder*, pois, à Administração Pública incumbe - isto sabemos bem - de forma vinculante absoluta, buscar sempre essa valoração para satisfazer o interesse público em razão de que existe.

Não há, com efeito, outro caminho a seguir na persecução desse interesse, a não ser o da avaliação e valoração dos motivos determinantes do ato administrativo. Nem há possibilidade de escolha à margem da vinculação a esse interesse público, predominante em qualquer situação.

Daí que o "*poder*" de que dispõe o administrador não vai além do plano psíquico da formação da sua decisão, de modo a não se afastar jamais dos domínios de uma conduta absolutamente conformada com a lei. Mas não apenas à lei objetivada na ordem jurídica positiva, senão à lei no sentido do Direito, inclusive quando não-objetivo, uma vez que presente sempre a necessidade de integração da conduta do administrador com o próprio Direito, isso é o mínimo⁶².

Impende cogitar-se então, que esse cultuado "*poder*" construído ao redor da discricionariedade administrativa, mais assemelha-se mesmo é a uma ficção,

⁶² Talvez, esse o propósito de **Celso Antonio Bandeira de Mello** ao referir-se à existência de "duas vontades em integração", a da lei e a do agente administrativo.

ilegitimamente alçada aqui e ali à categoria de verdadeiro preceito jurídico de natureza normativa.

Com tal afirmação, impõe-se advertir, novamente, não se estar negando existência à discricionariedade, senão diligenciar em busca da sua localização e de seus efeitos, dentro e fora do universo jurídico em que é concebida. Dentro, como projeção da vontade e objetivação da conduta do agente público; fora, e, enquanto assim apenas no plano psíquico, desconsiderando-a, por evidente, uma vez que nenhum interesse pode despertar para o Direito.

Aliás, no que diz com o ato administrativo resultante do exercício do *poder discricionário*, é ainda **Caio Tácito** quem assevera não satisfazer ao Direito o fato apenas isolado, de tratar-se de autoridade competente, objeto lícito e adequada motivação para o nascimento e prevalência do *ato discricionário* imune à ação jurisdicional. E alerta, prosseguindo, para o perigo da ilicitude, *quando pretenda autoridade servir-se de suas atribuições para a satisfação de interesses pessoais, sectários, político-partidários, ou até mesmo, atingir outro interesse público alheio ao contido na regra prescritiva de competência*, vendo aí, sob a lente da finalidade, uma inafastável condição de legalidade do ato administrativo.

Considerando, além disso, outro ponto de vista do autor, segundo o qual a "*autoridade age para alcançar o objeto, ou seja, o efeito do ato jurídico*"⁶³, temos que, certamente, está a entender tal ação como direcionada a criar, modificar ou extinguir a realidade fáctica em que se intercala.

Sendo assim, criam-se, por certo, modificam-se ou extinguem-se fatos juridicamente relevantes, de sorte a ensejar relações intersubjetivas suficientes ao descortínio do direito de cada um dos sujeitos-em-relação. Daí as conseqüências na ordem que agasalha a fenomenologia em causa: a ordem jurídica, em todos os seus aspectos de materialidade, mas, também, da instrumentalidade suficiente a que se concretize o Direito pela função jurisdicional do Estado.

⁶³ Quando se refere ao objeto a ser alcançado em face do ato, alude ao "objeto ou efeito" do ato jurídico. Ao que parece, contudo, que uma coisa é o objeto do ato, outra o efeito em relação à realidade em que se encontra. Sob esse aspecto, objeto e efeito não devem ser confundidos. E é sob esse aspecto que a questão deve ser vista no plano jurídico das relações intersubjetivas.

Pois essa ordem estabelecida e constitucionalmente estruturada, sobre assegurar a intangibilidade dos direitos fundamentais dos cidadãos que a conceberam em Constituição, assegura no mais, o caráter de horizontalidade nas relações jurídicas (ainda que sendo parte o chamado poder público) como ponto de sustentação do Estado pretendido, o democrático, de Direito.

Refiro-me agora às relações quando já desencadeadas e, por isso, transpostas as barreiras da livre apreciação do administrador ao cogitar da conveniência e também da oportunidade no encaminhar ação administrativa em face de um fato ou conjunto de fatos subjacentes ao estabelecimento de tais relações.

Existem, por certo, momentos a serem considerados sob a resplandecência da discricionariedade - o que, sem nenhuma dúvida, leva-nos a colher melhores imagens dessa mesma discricionariedade, como já preconizado, antes do estabelecimento das relações a que se alude, conseqüentes do ato administrativo impulsionado primeiro por uma avaliação de motivos, e, em seguida, pela valoração desses motivos. Contudo, deve-se instar, esse juízo de valoração que antecede o ato, não pode, como tal, e, isoladamente, ostentar a significação jurídica que se lhe pretende atribuir, eis que se trata apenas do discernimento necessário à formação da vontade do agente - componente psíquico portanto, não do ato administrativo a ser materializado após a vontade formada do agente, mas, sim, da própria vontade em formação. Daí sustentar-se que se trata de um dado da racionalidade tão só, nada autorizando se lhe empreste, nesse patamar, algum significado jurídico.

Não há, assim, debaixo dessa ótica, que se falar em ação discricionária da autoridade pública, livre de controle posterior. Muito menos, em *poder discricionário*.

Daí que o estudo há de levar-nos não somente à apreciação daqueles dois momentos dados como a indicar o substrato do *poder discricionário*, mas, de certeza, a outros mais, suficientes a separar então o exercício do pretendido poder discricionário. Mas também o seu exaurimento em face da própria declaração a ser manifestada no ato.

A partir de então, novas relações são estabelecidas, mas já sob o universo do jurídico, de modo a

produzir, aí sim, efeitos em órbita do ato jurídico. Em última análise, do ato administrativo portanto.

Não é sem razão por isso, que **Lourival Vilanova**, ao tratar da relação no Direito, dá-nos a refletir em torno de que "*o universo jurídico - segmento do universo total global - compõe-se de fatos naturais e fatos de condutas e de relações, que, por serem estabelecidas, modificadas ou desfeitas pelas normas do sistema de direito, são relações jurídicas. Relações no interior do universo jurídico, mas relações jurídicas no sentido amplo.*"⁶⁴.

Nem pode escapar-nos o alerta quanto a imperiosidade de submissão dessas relações à expressão positiva do sistema jurídico, ou seja, ao ordenamento normativo a partir do qual se hão de colher as conseqüências jurídicas em torno daquelas relações.

É de levar em boa conta, portanto, que, uma vez objetivada a vontade, essa vontade, por óbvio, estará então declarada, formalizada e concretizada na ordem jurídica sob a qual se posiciona. E, a partir de então, por essa ordem jurídica é que haverão de regular-se as relações nascentes.

Ora, sobrevindo (das relações criadas, extintas ou modificadas) conflito de interesses (diretos, indiretos) ou qualquer desconformidade com o Direito, certamente que, a algum lugar se há de acorrer em busca da solução possível. Da solução que melhor consulte aos interesses eventualmente contrapostos - ainda que sobranceiro o interesse público quando legitimamente representado, e, apresentado.

Pois, estabelecido o desassossego, será do próprio ordenamento jurídico-constitucional que há de surgir o norte a ser alcançado em busca de solucioná-lo. Assim, após o estabelecimento de relações conseqüentes do ato (relações jurídicas) e surgimento do impasse, desde que inapropriadas ou esgotadas as vias administrativas, a questão desloca-se toda a outra esfera de atuação do poder público : a da prestação jurisdicional a que está obrigado o Estado (prestação que não pode ser seccionada, nem mesmo pelo argumento da discricionariedade, seus fundamentos, ou pelo galanteado "*poder discricionário*" de que tanto se fala).

⁶⁴ VILANOVA, Lourival - ob. cit. (*Causalidade...*), pag.79.

E essa prestação, a que não se pode furtar o Estado, pelo ordenamento jurídico brasileiro, é deferida ao denominado Poder Judiciário - único a deter competência constitucional prescrita à avaliação de situações decorrentes da aplicação da lei, vale dizer, do Direito.

Não há no Direito brasileiro outra regra prescritiva de competência jurisdicional.

Nem se invoque, a propósito, a dedução em torno de que, na hipótese, estaríamos adentrando ao campo reservado à interpretação, e, assim, desaguando no entendimento já abordado no Capítulo reservado ao estudo dos conceitos jurídicos indeterminados, naquilo que se refere à identificação da discricionariedade somente no que diga com aqueles conceitos vistos como fora da experiência. Vale lembrar: discricionariedade imune ao reexame externo existiria quando estivéssemos frente a conceitos indeterminados, cuja compreensão não comportasse qualquer recurso de interpretação, confinando-se, de conseqüência, à valoração subjetiva do agente público.

Nem, tampouco, em semelhante esteira de compreensão, à sentença do **Professor André Gonçalves Pereira**, no sentido de que a discricionariedade começa onde termina a interpretação⁶⁵.

É que - muito embora o valor da argumentação, à qual desde logo atrai curvar-nos - rigorosamente, não se pode desprezar que o tão celebrado mérito do ato administrativo (espécie do gênero ato jurídico) a salvo de reexame pela jurisdição judiciária, situa-se, com efeito, em momentos que antecedem o estabelecimento das relações jurídicas que lhe são conseqüentes, aproximando-se então do terreno da causalidade.

Não será obra de impertinência, por conseguinte, admitir-se - não como excepcionalidade como quer **Cáio Tácito** - o exame da motivação dos atos administrativos, deferindo-se à jurisdição judiciária a possibilidade de apreciação da matéria de fato objetivando a análise da conduta do administrador. Se se trata de análise dos elementos de

⁶⁵ Indicação precisa do texto e análise mais detida em torno da posição do autor, serão vistos em espaço próprio, reservado à doutrina estrangeira. Então, voltaremos ao tema do *poder discricionário*.

"*legalidade interna da conduta do administrador*", parece mais uma questão de retórica utilizada como reforço da sentença de inapreciabilidade jurisdicional da discricionariedade administrativa. O que importa mesmo é que se reconheça a possibilidade de revisão dentro da hipótese formulada pelo autor, seja por necessidade de adequação da conduta do administrador (*interna* ou *externa*) à lei, seja porque, estabelecidas relações jurídicas de direito material, estas não podem quedar-se inapreciáveis pelo Judiciário quando presente o conflito de interesses, ou, por outro meio, a sua desconformidade com o Direito.

Ainda quanto ao poder reconhecido ao agente da Administração Pública, bem como quanto à sua propalada liberdade de ação, vejamos a posição de **Ruy Cirne Lima**, tomado como exemplo dos mais ilustrativos, dado o reconhecido valor dos seus estudos.

O Ato Administrativo Segundo o Poder Reconhecido ao Agente: A autoridade administrativa embora adscrita a prescrições não-jurídicas, em face da regra jurídica, detém liberdade de determinação quanto ao destinatário, objeto ou fim do ato em mira⁶⁶.

Aí sumário respeitável, de **Ruy Cirne Lima**, que, ao ilustrá-lo, põe como exemplos de atos *discricionários* certas autorizações administrativas tendentes a, respectivamente, conceder ou não: a) *licença para porte de arma (destinatário)*; b) *autorização sobre o domínio público (objeto)* e c) *licença para exibição de filmes cinematográficos (fim)*.

Pela autoridade de origem é argumento para se ter como definitivo, não fosse pela ousadia das considerações que enseja a abordagem do tema.

Com efeito, em que pese as autorizações administrativas trazidas à exemplificação encerrarem aspectos de discricionariedade quanto à sua concessão, a rigor, essa discricionariedade, conseqüente de avaliação e valoração subjetivas e circunstanciais prévias ao ato autorizatório (ou

⁶⁶ LIMA, Ruy Cirne - ob. cit. (*Princípios...*), pag. 91.

denegatório), mais nos parece constituir-se no mínimo razoável, indispensável ao desempenho de uma função pública. Leva-nos a crer, por outro lado, que essa discricionariedade tão cultuada é, de fato, antecedente da ação administrativa (ou do ato administrativo) a ela não se incorporando como capa de proteção ao seu reexame externo. Constitui-se, como dito, no mínimo de razoabilidade decisional, esperada daqueles que agem em nome da Administração Pública.

É bem de ver, trata-se de momentos definidos, o da avaliação e valoração (como concebido por **Cáio Tácito**) e o da concretude do ato a desencadear uma nova realidade, a situar-se então, necessariamente, no plano jurídico. Diferente daquele que antecede a formação da vontade e da decisão do agente, restrito à sua própria esfera de subjetividade, e só perceptível após a exteriorização dessa vontade, já formada, (que então será a vontade declarada, da Administração) por obra de ação ou inação administrativa. E se assim é, o erro ou a possível malícia do administrador, por exemplo, (sob o *aspecto teleológico* referido por **Cáio Tácito**) somente poderia ser detectado, é claro, após a edição ou não do ato administrativo em mira.

De todo modo, em qualquer das Três hipóteses levantadas por **Ruy Cirne Lima** (do *destinatário*, do *objeto*, ou do *fim*) o que se tem como conseqüência da utilização da regra de competência para edição dos atos autorizatórios (ou denegatórios) - com a decisão já formada - é a jurisdicização do fato, de sorte a que ambos (fato e ato) sejam a via de trânsito da eficácia jurídica ensejadora de relações, que, então, serão relações jurídicas.

Relações jurídicas cujas estruturas encerram, claro, intersubjetividade em torno do seu conteúdo material, pondo à mostra direitos e deveres recíprocos a serem considerados sempre, em face do direito positivo em que se inserem. São, portanto, questões novas e diferentes da situação inicial restrita à esfera de subjetividade do agente (unisubjetividade), ocorrendo nestas últimas o caráter relacional a decorrer da utilização da competência para objetivar a vontade da Administração.

Isto porque, relação jurídica entre a Administração Pública e administrados não existe enquanto não exercitada a competência legal. E como a valoração (chamada

discricionariedade) situa-se no pré-jurídico, que antecede o exercício das faculdades prescritas para a regra de competência, exaure-se precisamente com o exercício desta, a partir do que, em caráter efectual, jurisdiciza-se o fato subjacente, dando ensejo a que novas relações estabeleçam-se, aí sim, com a intersubjetividade entre Administração e administrados.

Essas relações, colocadas no plano do Direito positivo, sem dúvida, podem ser objeto de análise jurisdicional, sendo válido para tanto, buscar-se inclusive a fenomenologia que lhes haja servido de suporte - o que, para a aplicação do Direito, além de necessária, é de valia indiscutível.

De fato, na hipótese, editam-se atos administrativos. Mas, atos jurídicos, a partir da sua concretude desprovidos do lacre virginal atribuído à discricionariedade, que ato jurídico discricionário não há, capaz de restar à margem de apreciação jurisdicional por unção do próprio Direito.

Pois bem, nessa linha de exposição, acorra-se por imperativo a outro notável arquiteto do Direito Público entre nós, que, ao ensejo do estudo sentenciou:

Ao invés de "ato discricionário" deve-se preferir a expressão "conteúdo discricionário do ato administrativo", como de resto melhor falar-se em "poder discricionário", desde que, nenhum ato administrativo pode ser considerado discricionário, em sua integridade⁶⁷.

É o que sentencia **Victor Nunes Leal**, arrematando: "...quanto à finalidade dos atos administrativos (discricionários ou vinculados), está ela sempre expressa ou implícita na lei. Por isso o fim legal, que é necessariamente um fim de interesse público, também constitui aspecto vinculado dos atos administrativos, suscetível, portanto, de apreciação jurisdicional".

⁶⁷ LEAL, Victor Nunes - ob. cit. (*Poder...*), pags. 280/281.

Logo se vê, pois, a existência de reservas quanto à intangibilidade dos atos administrativos (ainda que elencados como discricionários), na medida em que sejam colocados em descompasso com o interesse público - substrato de toda a ação administrativa.

Esse também o entendimento de **Seabra Fagundes**, sob o qual se assenta a prescrição, como de igual, de **Cáio Tácito** que menciona o perigo da ilicitude quando pretenda a autoridade servir-se de suas atribuições, isto é, da competência, em busca de interesses pessoais, sectários, político-partidários, ou, até mesmo, pondera, o direcionamento a outro interesse público alheio ao contido na regra prescritiva de competência. Nisso vê uma condição do que chama de legalidade interna da conduta do administrador, permeável ao exame jurisdicional que, necessariamente, adentrará à análise da motivação, e, assim, à matéria de fato que subjaz ao ato.

Vai daí que o dogma de inapreciabilidade jurisdicional do chamado ato discricionário não é assim peremptório aos olhos da doutrina mais atenta, ainda que, aos aspectos de conveniência e oportunidade da ação administrativa, reserve-lhes intangibilidade pelo Judiciário sob a alegada impossibilidade de substituição da vontade do administrador pela do juiz⁶⁸.

Cabe porfiar, contudo, que essa intangibilidade acomoda-se ao abstrato da formação da vontade em estágio que antecede o ato-em-si, como, é claro, precede as relações jurídicas conseqüentes da jurisdicização de certo dado-de-fato. Segue não ser recomendável pelo menos, como argumentado ao início, tomar-se por inquestionável o entendimento da impossibilidade de reanálise jurisdicional daqueles atos administrativos não expressamente vinculados.

Aliás, de **Nunes Leal** ainda é a atraente observação no sentido de, embora admitindo a existência de uma certa *zona livre* de movimentação daquilo que prescreve como *poder discricionário*, a própria demarcação dessa *zona*

⁶⁸ Não parece que se deva tomar como baliza a vontade do administrador, pois essa pode sempre estar viciada - o que, a propósito é bastante comum entre nós. Não serve, portanto, de argumento. A vontade do juiz não irá substituir a do administrador, senão perseguir a determinação expressa na lei, de atingir as finalidades da própria Administração Pública. Também a otimização do Direito deve ser levada em conta sob esse aspecto, quando presente a discricionariedade. A esse propósito excelente pronunciamento de Celso Antonio Bandeira de Mello - RDP nº76, pags. 99 e segs. - "Poder Discricionário".

livre constituir-se-á "*ultima ratio*" em uma questão jurídica a reclamar o pronunciamento jurisdicional necessário à verificação dos seus limites, vale dizer, dos limites do "*poder discricionário*".

Mas também cativeira aludir-se à *discricionariedade no exercício da competência*, quando então, rigorosamente, não há mais falar-se em *poder discricionário* como em *conteúdo discricionário* do ato administrativo, eis que, uma vez concretizado por obra da vontade, seu conteúdo não é o mesmo da vontade, mas sim da matéria sobre a qual se assenta. O aspecto volitivo (avaliação e valoração) exaure-se no terreno da efectualidade suficiente à formação (estruturação) das relações jurídicas então deflagradas.

Se, porventura, viciada a vontade do agente, seja em relação ao objeto, forma, finalidade ou outro elemento informador do ato em mira, somente será alvo de análise jurídica quando materializada, isto é, deixando o universo da potencialidade apenas, para ingressar no concreto do jurídico. Se assim não ocorrer, não há que se falar em análise ou reanálise do ato em sua conformação legal exterior ou interna (como expressão da conduta do administrador), precisamente, porque ato não é, gerando então efeito algum.

Mas, se, ao contrário, torna-se ato (comissivo ou omissivo) por força de igual conduta do agente público, sobrevém a jurisdicização suficiente ao nascimento de relações intersubjetivas, que, por certo, serão relações jurídicas a ensejar, ocasionalmente, o exame de que se fala.

"O ato discricionário condiz mais com o interesse do que com o Direito, pelo que, deve ser visto mais como de ordem política do que jurídica"⁶⁹.

Tal a visão de **Themístocles Brandão Cavalcanti**, que, argumentando vir o ato informado por critérios de justiça, conveniência e oportunidade, entende-o como mais próximo ao interesse do que ao Direito, acrescentando ser o *ato discricionário* todo ato "*insuscetível de apreciação por outra esfera de poder que não aquela que o praticou*".

⁶⁹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão - ob. cit. (*Teoria...*), pag.114.

Não satisfaz, entretanto, o argumento, desprovido de demonstração cabal suficiente a deslocá-lo do plano da argumentação apenas.

Primeiro que, bem sabemos, o "*ato discricionário*" não existe como tal, livre de vinculação, pelo menos quanto à finalidade do Direito, que, no dizer de **Victor Nunes Leal** e de outros, como **Seabra Fagundes**, encerra necessariamente, um fim de interesse público. Nesse sentido pelo menos, passível de apreciação jurisdicional.

Logo, o ato a que se refere **Themístocles Cavalcanti**, por certo, não é o ato jurídico, mas tão somente, o ato político insuficiente à projeção de relações jurídicas, desde que, estas, uma vez materializadas, já se viu às escâncaras, não podem quedar-se ao largo de considerações jurídicas e assim de apreciação jurídica. Agora, o fato de "*condizer mais com o interesse*" não o aproxima "*mais do político do que do jurídico*" como quer o autor, até porque o interesse é próprio do Direito. Ademais, qual o ato, fruto da conduta humana em sociedade, que seja desprovido de certa conotação política?

Trata-se, jurisdicizado um fato ou dado-de-fato, de aplicar-se-lhe e aos seus efeitos (relações) o Direito sob o qual se agasalham. E, por lógico, daí, qualquer conotação de ordem política porventura presente na formação da vontade psíquica do agente responsável pela conduta causadora de efeitos jurídicos, cede lugar ao jurídico, ao ato jurídico como gênero, cuja espécie seria o ato administrativo.

Então, uma vez objetivada, materializada a vontade pelo ato em causa (decorra de conduta comissiva ou omissiva), sobrevindo a intersubjetividade com interesses contrapostos, não se tem como negar ao Estado em sua função jurisdicional, pronto e cabal atendimento às pretensões regularmente instrumentalizadas pelo processo.

É, nesse passo, do próprio Estado o encargo de, instado a pronunciar-se a respeito de uma dada situação, inclusive de um possível direito em risco, valer-se da competência que lhe é prescrita, dar vida ao Direito através da sua necessária concretude.

Como, entre nós, inexiste a pluralidade jurisdicional de outros ordenamento jurídicos, é, de fato, a jurisdição judiciária, única a ostentar competência para apreciação e dirimência dos interesses em jogo. E assim é,

precisamente, em louvor ao exposto princípio constitucional da tripartição de funções dentro do Estado, indispensável à contenção do arbítrio e à manutenção do equilíbrio do poder.

Lamentavelmente, contudo, assistimos no dia-a-dia brasileiro verdadeiros descalabros, mais comuns na esfera do Executivo, como consequência da chamada "*avaliação política*", de certos atos administrativos havidos por discricionários, concebidos e aceitos como insuscetíveis de apreciação por outra esfera de poder que não aquela que o praticou.

São obras públicas inacabadas (ou para satisfação de interesses outros que não o interesse público alardeado), onde jazem fortunas em equipamentos e materiais deteriorados pela ação do tempo e pelo desuso, pela sua inadequação ou imprestabilidade de origem. São licitações enganosas, a favorecer interesses escusos. Desapropriações, nem sempre conformadas com o Direito, e, por vezes, impulsionadas pelo capricho de governantes mal formados, ou, o que é pior, inescrupulosos no exercício da sua competência legal, a encaminhar ação nefasta ao interesse público legítimo, mascarando-a sempre pela decantada faculdade discricionária que lhes é reconhecida.

Mas também **Themístocles** em suas lições, observa que, muito embora a conveniência e a oportunidade (situando-as no interior de um círculo menor dentro do ato administrativo, reservado ao exercício da faculdade discricionária) sejam colocadas "*a latere*" de qualquer análise externa, essas não podem ser o fruto de conduta violadora do limite fixado pela lei. Se assim for dará causa à ilegalidade do ato sujeitando-o à apreciação do Judiciário.

É, porém de indagar-se, onde está essa fixação de limites e onde a lei que os fixa? Decorrerá, por acaso, a fixação legal, de interpretação do Direito por via oblíqua, buscando-se esses limites apenas nas regras do Direito positivo? Desse modo se há de buscá-los tão só onde literalmente expressa a vedação da conduta contrária ao contido no texto legal? Ou, por outro lado, haveremos de buscá-lo na "*evidência do erro ou da malícia do administrador*", como dito por **Cáio Tácito**?

Respeitosamente, não. Esses - caracterizando alguns - não podem ser os únicos caminhos a

seguir, sobressaindo outros mais, como aqueles ditados pelo Direito a partir da submissão de fatos ao universo jurídico. Submissão que se opera pela incidência de norma jurídica válida, a desencadear então relações, de que se fala - necessariamente, jurídicas, pondo à mostra os sujeitos-em-relação. Relação de direito material a possibilitar a interferência do Judiciário em busca, aí sim, da fixação daqueles limites (ditos, limites legais), avaliando, por certo, a conduta do administrador. Mas em face de toda a realidade de suporte à opção tomada com base na competência que naquele momento detinha. É claro que, então, se há de perquirir quanto ao conteúdo teleológico projetado da competência, como passo inicial em busca da finalidade da célebre ação discricionária. Contudo, sem afastar-se dos interesses em consideração, que, por seu turno, hão de sujeitar-se à análise jurisdicional suficiente à fixação do Direito dos sujeitos da relação formada. Eis o primordial juízo que se deve ter quanto à alusão de absoluta dependência aos "*limites fixados pela lei*".

Claro, portanto, que esses limites, bem podemos buscá-los na conduta mesma do administrador, de sorte a ensejar análise de "*legalidade interna da conduta do administrador*", tal como preconizado por **Cáio Tácito**.

Também **José Cretella Junior** prescreve a separação do que representem a legalidade e o mérito do ato administrativo, esse livre de qualquer apreciação externa e aquela, passível de análise no que diz com a sua adequação à lei, ou seja, ao Direito, assim como visto acima.

No mesmo sentido **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello** e **Miguel Reale** dentre tantos outros.

"Erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração"⁷⁰.

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes - ob. cit. (*Direito Administrativo...*), pags. 99/100.

É a advertência de **Hely Lopes Meirelles** ao comentar o que classifica como *poder discricionário*, tal como inserido em Capítulo dedicado ao estudo a respeito dos *poderes administrativos*.

Daí se infere admitir o autor a existência de um *poder*, dito *discricionário*; de atos administrativos como tais, *discricionários*; mas, também, da imposição de limites à opção do agente administrativo, como, de resto, a existência de uma certa autonomia da valoração pessoal no encaminhamento do ato. Está claro, por fim, a admissão de análise do ato pelo Judiciário, tendo em conta a possibilidade de nulidade e de abusos por parte da Administração.

Sob outro ângulo, alerta para a necessidade de distinção entre *faculdade discricionária* e *faculdade vinculada*, tendo em consideração a liberdade de ação conferida ao administrador, ou a absoluta vinculação à lei.

Enganam-se, portanto, aqueles que habitualmente invocam o nome do mestre para, em socorro de suas pretensões, argumentar com a impossibilidade de revisão do ato visto como *discricionário*.

Preconiza **Hely Lopes Meirelles** a existência de *atos discricionários* é verdade, mas, ao mesmo tempo, adverte que a discricionariedade é sempre relativa e parcial, pois, no que se refere à competência, à forma e à finalidade do ato subordina-se o administrador ao que a lei estabelece para qualquer ato vinculado.

Daí sim, admite a contraposição entre ato vinculado ("*submissão à lei em todos os seus elementos formadores*") e *ato discricionário* (liberdade "*no âmbito em que a lei lhe concede essa faculdade*"). E a exemplo de muitos, pondera ser absolutamente justificável a *atividade discricionária*, na medida da flagrante impossibilidade de virem catalogados em lei todos os atos exigidos pela prática administrativa, ainda que subordinados (todos, inclusive os *discricionários*) ao mínimo legal de competência, forma e finalidade.

Convenhamos, no entanto, em que, o argumento da impossibilidade de previsão legal de todos os atos reclamados pela prática administrativa, diz mais com os

fundamentos da discricionariedade do que com a sua proclamada impermeabilidade a uma possível ação revisora. E os fundamentos da discricionariedade não são objeto da contestação aqui desenvolvida, desde que, sob a forma de fundamentos, não há razão maior para negá-los. O que se contesta é peremptoriedade com que vem sendo colocada a questão da impossibilidade de reanálise do ato administrativo dito discricionário, o que, como visto, passou já à condição de verdadeiro dogma em sede de aplicação do Direito.

Observa, contudo, o autor, que, mesmo quanto aos elementos discricionários do ato há limitações impostas pelos princípios gerais de direito e pelas regras da boa administração, as quais, em última análise, são preceitos de moralidade administrativa. E acrescenta: "*Daí dizer-se, com inteira propriedade, que a atividade discricionária permanece sempre sujeita a um duplo condicionamento: externo ou interno. Externamente, pelo ordenamento jurídico a que fica subordinada toda atividade administrativa...; internamente, pelas exigências do bem comum e da moralidade da instituição administrativa. O bem comum, identificado com o interesse social ou interesse coletivo, impõe que toda atividade administrativa lhe seja endereçada. Fixa, assim, o rumo que o ato administrativo deve procurar. Se o administrador se desviar desse roteiro, praticando ato que, embora discricionário, busque outro objetivo, incidirá em ilegalidade, por desvio de poder ou de finalidade, que poderá ser reconhecido e declarado pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário*"⁷¹.

Mas, será prudente confinar a possibilidade de revisão, ao desvio de poder ou de finalidade, vendo nesse proceder uma ilegalidade, ditada, talvez, a partir do preceituado condicionamento interno à ação administrativa?

Não seria então o caso de abdicar-se do termo ilegalidade, tendo em consideração o fato de que, na verdade, o que se tem na hipótese é uma conduta contrária ao Direito - ilegal que seja? Sim, porque, necessariamente, não há que ser ilegal a conduta, para ser contrária ao Direito. Pode haver, com efeito, comportamentos formalmente legais, mas, sabidamente afrontosos ao Direito. Nesses casos então seria válida a ação administrativa catalogada como discricionária, só

⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes - ob. cit. (*Direito Administrativo...*), pags.99.

porque conformada com certa legalidade? Legalidade, não custa lembrar, também pode ser encontrada nos regimes de exceção.

Que razões maiores daí serão capazes de convalidar o conteúdo da afirmação no sentido de haver um duplo condicionamento (*externo* e *interno*): externamente, pelo ordenamento jurídico a que fica subordinada toda a atividade administrativa, e, internamente, pelas exigências do bem comum e da moralidade da instituição administrativa?

Especialmente, no caso brasileiro, em que o ordenamento jurídico estrutura-se a partir da concepção de Estado-de-Direito, não persistem razões para o duplo condicionamento a que se refere a destacada doutrina, pois, sobre impor-se a subordinação legal da atividade administrativa, por certo, há de ser desenvolvida sempre, em conformidade com o Direito. E com o Direito em sua expressão de essência - o que significa, no mínimo, que os efeitos da atividade administrativa não de ser analisados sob a lente, pelo menos, dos pressupostos teóricos do Direito (impondo-se também uma visão filosófica), e subordinando-se no mais, às estipulações de conteúdo do próprio ordenamento jurídico sob o qual se materializam tais efeitos.

Quanto às exigências do bem comum e da moralidade administrativa - patamares únicos em que se pode admitir a ação administrativa - configuram preceito constitucional expresso da atual Constituição brasileira, nada merecendo acrescentar-se a respeito⁷².

Pois bem, dentro do estudo crítico proposto, afora insistir-se na impropriedade de se dar ao ato administrativo feição discricionária, como também, ao exercício da competência uma expressão de "*poder*", quando, antes, deve-se entendê-lo como a possibilidade instrumental para satisfação de um "*dever*" legal, resta observar que, também **Hely Lopes Meirelles**, nesse ponto refere-se à autonomia da valoração pessoal quase como entidade de um Direito visto à parte do todo.

E aqui, uma vez mais cabe observar estarmos tratando essa autonomia (discricionariiedade) como componente jurídico do ato ainda em potência - o que, como já demonstrado, assim não pode ser vista.

⁷² CONSTITUIÇÃO FEDERAL (1988), art. 37.

De certeza, quando o festejado publicista argumenta com a impossibilidade de ao Judiciário deferir-se substituição do discricionarismo do administrador, por certo está raciocinando em torno da formação da vontade quanto ao ato em vista. Outra não deve ser a conclusão.

Entretanto, o processo psíquico de formação da vontade do administrador (enquanto isolado) - não ainda, vontade declarada da Administração - não é fato a ser alcançado pela incidência de norma jurídica suficiente à produção de efeitos jurídicos, exatamente, porque, nesse estágio, fora do mundo jurídico. Trata-se de um processo confinado ao abstrato da individualidade informadora da valoração pessoal.

No entanto, desde que concretizada essa vontade pela ação ou omissão caracterizadoras do ato administrativo - esse a refletir a conduta do administrador - afloram efeitos jurídicos, porque frutos da incidência de norma jurídica a partir do exercício da competência, e, daí, uma sucessão de fatos e atos geradores da intersubjetividade sempre referida.

Sim, pois, desde que exercitada a competência, completa-se a vontade do agente, para, desde então, ceder lugar à objetivação da ação administrativa - o que se opera através do ato em causa. De fato, sabe-se que o agente ao desencadear o ato, em sucessão de efeitos, fá-lo em nome da Administração Pública, representado-a, como de direito. Por isso, que, nesse plano, pode-se admitir que a vontade assim declarada, possa constituir-se na vontade da própria Administração.

Subsiste, porém, para o Direito, a conduta do agente, a partir da qual é deflagrada a ação administrativa suficiente ao estabelecimento da intersubjetividade, vale dizer, suficiente à estruturação de relações entre os polos da ação em causa.

Formam-se, portanto, e estruturam-se relações, que, pela jurisdicização inicial de um determinado fato ou dado-de-fato, possibilitam o estabelecimento de relações jurídicas, já então despidas do abstrato inaugural. E nesse estágio, não mais há que se falar em discricionariedade,

faculdade ou ação discricionária livre de apreciação jurisdicional. Isto parece esclarecido.

Daí que, se por outras razões não for, impõe-se reconhecer a possibilidade da ação judicial em busca, pelo menos, da avaliação da finalidade sobre que se assenta a ação (ou inação) administrativa; sua conformação com o interesse público ostentado; como, de mais, a validade do eventual sacrifício de direitos individuais contrapostos a esse interesse público determinante.

Não é difícil assim entender-se que, em situações tais, o exame da motivação do ato administrativo, por exemplo, não pode ser negado à atividade jurisdicional do Estado, como, a propósito manifesta-se **Cáio Tácito**, pugnando embora, nesses casos, pela *evidência do erro e da eventual malícia do administrador*⁷³.

Sob esse ângulo não é diferente a conclusão de **Hely Lopes Meirelles**, ao ponderar que "*somente a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo*"⁷⁴.

Aliás, no que diz com os limites de opção a serem reconhecidos ao agente administrativo, deve-se ter em conta, além daqueles legalmente estipulados e, incontroversos, também os compreendidos no âmbito de apreciação da razoabilidade, e, por igual indisponibilidade, aqueles outros, projetados hoje, do exposto princípio constitucional da moralidade administrativa⁷⁵.

Pertinentes, bem por isso, sob o primeiro enfoque (*da legalidade*), as observações que faz **Diógenes Gasparini**, quando alude a que o princípio da legalidade, "*resumido na proposição suporta a lei que fizeste, significa estar*

⁷³ Não se trata aqui de reconhecer com os autores já indicados, estar-se frente ao controle de legalidade do ato (por haver vinculação quanto à finalidade - aí embutido o interesse público). Trata-se isto sim de sustentar que o exame das circunstâncias em que se perpetrou o ato (aí incluída a motivação e análise dos fatos) deve ser deferido à jurisdição judiciária independentemente da discricionariedade que o informa (o ato), eis que aquela exaure-se no plano da subjetividade; suas conseqüências, no entanto, devem ser colhidas no concreto das relações jurídicas desencadeadas. Conseqüências em cadeia: formação da vontade individual (discricionariedade, discernimento), vontade administrativa, relações jurídicas, possível conflito de interesses e necessária prestação jurisdicional.

⁷⁴ MEIRELLES, Hely - ob. cit. (*Direito Administrativo...*), pag.99.

⁷⁵ CONSTITUIÇÃO FEDERAL, (1988), art. 37.

a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor.

A esse princípio então, se sujeita a Administração Pública, como também o seu agente - princípio, aliás, consagrado no inciso II do artigo 5º. da Constituição da República, que estatui: "*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei*".

Já, sob o segundo (*da moralidade*), à vista do preceito contido no "*caput*" do artigo 37, da nossa Constituição Federal, nada pode ser diferente.

Nessa direção a quase unanimidade dos autores, com a peculiaridade que lhes é própria, guardando, porém, reserva quanto ao mérito do ato administrativo, na medida em que também o colocam a salvo de análise jurisdicional.

Entretanto, assim preconiza - a exemplo dos demais autores buscados - como se realmente existisse o mérito sob a forma de um preceito jurídico, direcionado a um instituto próprio do Direito Administrativo: *a discricionariedade*.

Contudo, esse não é um entendimento (menos ainda, um pressuposto) aceitável, nem em face da Ciência do Direito, nem, e, muito menos, em face do Direito mesmo, como objeto de estudo.

Não que se pretenda mera contraposição à discricionariedade (reconhecendo-a pelos seus próprios fundamentos), mas, tomá-la como imune a qualquer apreciação externa é um juízo do qual não se pode comungar. Muito especialmente diante do atual Estado brasileiro.

Especialmente, em razão de que oportunidade e conveniência, embora possam decorrer da avaliação de certas realidades circunstanciais, projetam-se mesmo é do devaneio da valoração pessoal do administrador, colhida (a valoração) em estágio que antecede a materialização de qualquer ato e, assim, a sua concretude pelo Direito em que se assenta. É elemento de formação da vontade tão somente, nada autorizando por isso se lhe dê conotação jurídica enquanto permanecer no vazio do querer individual.

Veja-se, em ilustração, mais uma vez, o raciocínio de **Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**, quando, ao abordar o tema do controle da Administração, em criterioso

estudo sobre a desapropriação no Direito brasileiro, observa não existir poder, "*sobretudo administrativo*" que persista à margem de limitações. E, argumentando não se tratar de controle *da* Administração, mas controle *sobre* a Administração, acrescenta que, havendo extrapolação de limites impõe-se o controle de legalidade ou mesmo de oportunidade⁷⁶.

Por mais essa obra de **Franco Sobrinho**, a reclamar apurado estudo, chega-se à conclusão de que o autor, de fato, já não aceita o juízo doutrinário não-fundamentado, mas corrente, no sentido de se deferir à discricionariedade uma espécie de poder incontrolado no âmbito da Administração Pública. Por isso que, adverte ser indispensável a compreensão de que na relação jurídica expropriatória - como em qualquer instituto jurídico - "*a norma e a lei comandam a atividade administrativa, regulam os modos de proceder, as maneiras pelas quais a Administração edita atos na legalidade*".

Sustenta ainda, no que se refere à formação da relação jurídica, que o simples querer administrativo é insuficiente à legitimação do fato e da causa, necessários a construir relação jurídica (no caso, refere-se é lógico, à relação jurídica expropriatória).

E arremata: "*O alcance do controle, que pode ser de simples gestão, não se reserva apenas aos atos comuns administrativos, porque nos expropriatórios a manifestação de vontade há de refletir, no mérito, a motivação, quanto à finalidade, o que manda a lei. Não se trata aqui de controle da Administração mas de controle sobre a Administração. O chamado controle público, vinculado ao exame de atos administrativos, conforme a existência de lesão e de direitos afetados, na realidade dos sistemas tem duplo sentido: de caráter hierárquico interno sobre órgãos e atividades dos agentes administrativos; de caráter externo, submetendo a atividade administrativa a tutelas jurisdicionais.*

Evidente que o controle público, nos diferentes regimes, possui aspectos diferenciados. Nas desapropriações, porém, quando levadas à efetivação judicial, o controle transformando-se em tutela, alcança o ato em todos os

⁷⁶ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira - *Desapropriação*, pag. 69 - Edit. Saraiva, 1.989.

seus efeitos reparatórios, inclusive quanto à verdade da motivação e à legitimidade dos meios e fins.

Aliás, essa é uma postura doutrinária que só pode merecer avaliação jurídica uma vez analisada a relação entre pessoas e coisas. Análise que vem da motivação, da formalização do ato de vontade, de efeitos visando a perda da propriedade. A relação, no momento em que cria situações concretas, fica sub censura"⁷⁷.

Quando "não reúna, na sua unidade formal, além dos conhecidos elementos clássicos, as condições de motivação suficiente (validade) e moralidade (legitimidade), nulifica-se o ato".

E, muito mais, argumenta o autor pela absoluta inadequação da discricionariedade administrativa à desapropriação, destacando, no caso, a necessidade de cabal demonstração de interesse público a sobrepor-se sobre os individuais e a vinculação à finalidade - tudo em face de que o chamado "*poder*" exaure-se no exercício da competência. Daí a obrigatoriedade de subordinação ao Direito diante das relações formadas conseqüentes do exercício da competência.

Encerrando estas observações quanto ao posicionamento da doutrina brasileira dominante, impõe-se referência ainda ao pensamento de **Augustin Gordillo** que, alargando suas considerações ao Direito brasileiro também, observa que "*a discricionariedade não é o resultado de uma carência pura e simples de regulamentação normativa: é em realidade uma forma possível de regulamentação, na qual a lei fixa um marco de competência dentro do qual deixa ao funcionário certa margem de decisão, de criação própria, sem que isto signifique, por si só, que a mera atribuição de competência possa entender-se como outorga de liberdade para atuar.*"⁷⁸

Mas, sob essa ótica, não seria desarrazoado concluir de imediato que a discricionariedade resumir-se-ia no exercício (ou não) da competência legal - o que, entretanto não pode ser verdadeiro. De todo modo não se pode furtar ao entendimento de que, sendo, como é o ato

⁷⁷ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira - ob. cit. (*Desapropriação*), pags. 69/70.

⁷⁸ GORDILLO, Augustin - *Princípios Gerais de Direito Público*, pag. 170, Edit. Rev. Tribs., 1977, S. Paulo. (trad. de Marco Aurélio Greco, Rev. de Reilda Meira).

administrativo pungente reflexo de ação governamental em sua expressão administrativa, provém ele, por evidente, do ordenamento jurídico posto, a ele direcionando-se e movendo-se nos precisos limites desse mesmo ordenamento, ao qual, sem dúvida, acha-se atrelado. Mas, precisamente, em razão desse fato nada autorizar se lhe defira e aos seus efeitos, conteúdo de inapreciabilidade jurisdicional - quando presente de alguma forma o comprometimento de direitos - porque se convencionou tal juízo, escudando-o nos aspectos de conveniência e oportunidade.

Que se o faça dessa forma, no que se refere ao mero encaminhamento do ato (sem o comprometimento de direitos) ainda se poderia admitir, tendo-se então e, somente aí, presente a livre apreciação deixada ao administrador como a caracterizar um momento de discricionariedade. Não mais seria, porém, do que admitir o discernimento que antecede a edição do ato, fator que, próprio da valoração pessoal (quando insuficiente ao comprometimento de direitos, insisto) pode e deve ser posto à margem de controle externo.

Contudo, uma vez transposto esse estágio, de sorte a que, desencadeado o procedimento de edição do ato, sobrevenha lesão, ameaça ou fundado receio de violação da ordem jurídica, nada poderá impedir o controle judicial de que se fala (trata-se hoje de preceito constitucional expresso⁷⁹). Assim deve ser porque, embora fruto de uma ação discricionária possível naquele momento que antecede a sua materialização, uma vez materializada, haverá de provir, direcionar-se, e mover-se, não ao largo, nem acima, nem abaixo do ordenamento em que se agita. E nesse mesmo ordenamento, que oferece a jurisdição para análise de lesão ou ameaça de direito, não se vislumbra a menor possibilidade de encararmos a discricionariedade administrativa com tamanha elasticidade, a ponto de projetá-la para o ato que lhe seja conseqüente e para além, impermeabilizando até mesmo os seus efeitos.

⁷⁹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL (1988), art. 5º, XXXV.

Doutrina estrangeira: a causa como elemento essencial do ato administrativo; discricionariedade na escolha dos pressupostos - a causa vincula a ação da Administração Pública? contraposição à causa no Direito Privado, tipicidade - aspectos de objetividade e subjetividade; vontade do agente e vontade normativa, em integração - questionabilidade; poder discricionário - justificação da sua existência, sua natureza e extensão; a posição italiana, a francesa, a portuguesa e a alemã como determinantes da compreensão da discricionariedade no Brasil; a posição espanhola e argentina; a discricionariedade começa onde termina a interpretação - questionamento; controle possível da discricionariedade administrativa - jurisdição administrativa e jurisdição judiciária - ausência de jurisdição administrativa no Brasil; discricionariedade administrativa no atual Estado brasileiro, de Direito.

O propósito do estudo é o de analisar o tema da discricionariedade administrativa, em face do Direito assim como posto em destaque, para, daí, particularizá-lo ao ordenamento jurídico brasileiro. Resulta, portanto, que a doutrina estrangeira é trazida à baila tendo em conta a sua reconhecida fertilidade é claro, como demais, em razão, e, na medida da sua influência para o desenvolvimento do estudo entre nós, especialmente pelos autores já referidos, aos quais se pode atribuir a sustentação do pensamento dominante no Brasil.

Considerando, por outro lado, a impossibilidade - para as dimensões deste estudo - do exaurimento das questões paralelas suscitadas pelas diversas vertentes doutrinárias, procurou-se dar ênfase à posição daquelas mais lembradas em nosso meio acadêmico, as quais, pela sua especificidade e dados comparativos quanto à evolução doutrinária em torno da discricionariedade no continente europeu, recomendam assim se proceda.

Tomem-se então, de início, alguns aspectos, sobremaneira interessantes, vertidos da galeria italiana, de notáveis autores.

De **Renato Alessi**, por exemplo, ao escrever a respeito dos sujeitos ativos da função administrativa (emprestando a esta uma certa supremacia jurídica), a observação de que a "*potestà discrezionale*" ou a "*discrezionalità*", está, por um lado, na potencialidade de avaliar a oportunidade de agir quando imprecisa a determinação do interesse público; e, por outro, em igual potencialidade de apreciação tendo em vista a conveniência em torno da ação administrativa.

Quando, porém, é bem determinado o interesse público à Administração não remanesce qualquer potencialidade (ou poder) de avaliação, eis que a ação administrativa estaria assim vinculada à lei: "*...Nel caso di determinazione precisa dell'interesse pubblico, alla Amministrazione non rimane alcuna potestà di valutazione dell'interesse pubblico in ordine all'opportunità di agire, o meno, onde la sua attività dicesi vincolata. Nel caso, invece, di determinazione soltanto imprecisa, all'Amministrazione rimane, in qualche modo, la potestà di valutare l'opportunità di agire o meno, potestà che è più o meno ampia man mano che si passa dalle prime alle ultime ipotesi. Tale potestà di apprezzamento dell'interesse pubblico ai fini di decidere la convenienza o meno dell'azione amministrativa, dicesi potestà discrezionale o discrezionalità, mentre attività discrizionale è l'attività rispetto alla cui posizione in essere la sfera discrezionalità sussiste*"⁸⁰.

A respeito da noção de atividade discricionária e de poder discricionário, o autor remete ao estudo dos temas, em Giannini ("*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*"), a partir do que, há riquíssima indicação relativa à doutrina anterior, em especial à obra de Tezner ("*Zur Lehre des freien Ermessen*") e de Laun ("*Das freien Ermessen und seine Grenzen*"). Quanto à mais recente, refere-se a Ottaviano "nel nuovissimo Dig. it., "Voce" *Merito* e a Morttati, "ivi, "Voce" *Discrezionalità*, como ainda, a Piras, "Euc. del Dir., "Voce" *Discrezionalità amm*"⁸¹.

E segue, dando conta de que a potencialidade de avaliação do interesse público pode subsistir

⁸⁰ ALESSI, Renato - *Principi de Diritto Amministrativo*, I, pag. 237, Quarta Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1.978.

⁸¹ ALESSI, R. - "Idem", "ibidem".

ao lado do *modo de ser da atividade-em-si* e do *conteúdo da atividade mesma*, ou, disjuntivamente, por um desses dois elementos. Diante disso, adverte, podem apresentar-se as situações que enumera: **a.** atividade vinculada tanto no que respeita ao seu modo de ser, quanto ao seu conteúdo; **b.** atividade vinculada quanto ao seu modo de ser e discricionária no que diz com o seu conteúdo; **c.** atividade discricionária quanto ao seu modo de ser e vinculada quanto ao seu conteúdo; **d.** enfim, atividade discricionária seja no que se refere ao seu modo de ser, seja quanto ao seu conteúdo.

A conclusão que nos deixa é a de que "*da quanto si è detto sopra emergono due importanti considerazioni*", sendo a primeira a de que, a discricionariedade não constitui uma potencialidade particular da Administração, mas, apenas, um modo de ser da própria potencialidade de ação jurídica conferida pela lei à Administração quanto às diversas maneiras pelas quais pode ser encarada a atividade administrativa em dada circunstância: modo de ser, naquilo que se refere à imprecisão dos limites da potencialidade de ação conferida à Administração Pública, ou seja, a de consentir uma esfera de avaliação da oportunidade de agir em relação ao interesse público.

Bem se vê, para **Alessi**, a potencialidade da ação administrativa é algo a ser cumpridamente considerado, sem, todavia, entendê-la como privilégio da Administração Pública, senão um *modo de ser* da própria potencialidade de ação jurídica conferida pela lei.

É possível, porém, raciocinar no sentido de que esse *modo de ser* da *potencialidade de ação jurídica* restrinja-se à ação administrativa tão só, peculiarizando os seus efeitos, de tal sorte a impossibilitar ação revisora externa? Ou - ainda que assim não seja - imaginarmos que o processo psíquico de avaliação (livre de substituição, é claro) que antecede a exteriorização da conduta do agente, possa, uma vez objetivada a ação, contaminá-la até ao ponto de - no caso brasileiro - inibir a jurisdição judiciária? E tanto, pelo fato, singelo até, de, em estágio (psíquico) antecedente do concreto da eficácia normativa, impossível seja a substituição do sujeito (em potencia) de uma ação qualquer, vale dizer, *potencialidade de uma ação jurídica*. Ação que poderá tornar-se jurídica, pela incidência de norma assim qualificada, é dizer, pela

jurisdicização de algo subjacente à ação ou inação (ato, de todo modo). Algo que, por certo, só terá relevância jurídica em razão de ser alcançado por norma jurídica válida, cujo efeito primeiro, como já visto, outro não há de ser do que o estabelecimento da intersubjetividade relacional, ou seja, a estruturação de relações jurídicas.

Pois, a partir de então, é que assumirá importância a ação assim desencadeada, seja no âmbito do Direito Público ou de Direito Privado - até aí pouca relevância reclama o fato. Se a relação material desencadeada for caracterizada como relação de subordinação (como querem certos autores fazer crer devam caracterizar-se aquelas estruturadas sob território reservado ao Direito Público), indubitavelmente, haverá previsão legal a respeito, e, assim, não há que se falar em discricionariedade, mas, em vinculação. É o caso do exemplo já lembrado, das obrigações resultantes de imposição de natureza tributária - situações em que o princípio da estrita legalidade mais é reclamado quando da aplicação do Direito.

A segunda consideração é no sentido de não se compreender a discricionariedade como uma esfera de liberdade ilimitada consentida à Administração Pública, mas sim, limitada. Se, argumenta, de fato, a concessão de uma mais ou menos ampla esfera de discricionariedade é praticamente indispensável, uma vez que o legislador não pode, na prática, prever, como seria de desejar-se, toda a infinita gama de circunstâncias possíveis em torno da ação administrativa em face do interesse público, tanto mais sendo impossível ditar norma precisa para cada caso singular, é de se prever haja, fatalmente, limitação àquela esfera de avaliação do interesse público. Limitação a gerar limites formais e substanciais.

Aí está, para **Renato Alessi**, a avaliação da oportunidade e da conveniência da ação administrativa, quando imprecisa a determinação do interesse público, constitui-se na discricionariedade, ou na "*potestà discrizionale*" deferida à Administração Pública. Entretanto, vimos, não reconhece à discricionariedade algo de particular da Administração Pública - conclusão a partir da qual, sob certo ângulo, pode-se recorrer no sentido de reforçar o entendimento de tratar-se mesmo é do discernimento que deve informar qualquer ação racional. E mais, de que se trata sim, de um procedimento de avaliação situado no

âmbito da vontade do agente e, portanto, anterior à ação administrativa concretamente considerada.

Vista de ótica diferente, sentença não tratar-se de liberdade ilimitada, mas, ao contrário, limitada assim *formal* quanto *substancialmente* - o que nos leva a admitir então a franca possibilidade de controle jurisdicional da ação como tal desenvolvida, o que não implica negar espaço à discricionariedade, própria que é da potencialidade de toda ação projetada do plano pessoal.

A busca de outra definição de entendimento é em relação ao dogma de inapreciabilidade jurisdicional à ação qualificada como discricionária. Trata-se de empreitada difícil é verdade, desde que, no mínimo, tem-se por necessário o enfoque tanto da potencialidade como da objetivação da ação administrativa (planos psíquico e concreto), o que sinaliza com a necessidade de análise em torno da vontade, da conduta (ação ou inação) do agente, e, conseqüentemente, da materialização de efeitos. Tanto maior, porém, quando daí resulte algum antagonismo em relação a autores de grande nomeada, que, há muito, vêm dedicando estudo austero e sabidamente profícuo à elucidação do tema aqui abordado. E, assim, em todos os sentidos, desde a mera contraposição entre ação administrativa vinculada e ação discricionária, como sempre lembrado ao início dos estudos a respeito da discricionariedade administrativa.

De fato, há, desde logo, distinções conceituais a serem consideradas quando se pense em atividade administrativa discricionária, quando contraposta à vinculação legal - o que, por si, entretanto, não parece suficiente à sentença de inapreciabilidade do festejado mérito do ato, ou, da ação administrativa discricionária - tal o propósito de **Aldo M. Sandulli**⁸², outro paladino da doutrina italiana, que sustenta haver importante distinção de ordem geral em torno da ação administrativa vinculada e discricionária.

Justifica-se, portanto, que, também entre nós, exista esse fascínio permanente diante de tema, assim e de há muito, tratado pelos europeus a partir desse inicial posicionamento. As conseqüências tiradas desse raciocínio,

⁸² SANDULLI, Aldo M. - *Manuale di Diritto Amministrativo*, 1, pag. 523 (122.), Jovene Editore, XIII edizione, Napoli, 1982.

contudo, nem sempre têm sido em nossos meios acadêmicos as mais recomendáveis ao estudo da questão, se quisermos ornamentá-lo ademais com as cores da Teoria Geral do Direito.

É que, como indicado ao início do estudo, as nossas colocações doutrinárias muito a comum originam-se de conclusões alienígenas, transpostas para os bancos acadêmicos e tribunais brasileiros, sem a preocupação aparente de justificar à luz do Direito (da sua Teoria Geral e da sua Filosofia) o pretendido ensinamento. Diz-se, por exemplo, e às escâncaras, que o mérito do ato administrativo é inapreciável em sede jurisdicional, porque se assim não fosse, estar-se-ia a substituir a figura do administrador pela do juiz.

Assim posta a questão, a afirmativa pode parecer procedente.

Contudo, se a colocarmos dentro de uma consideração teórica, direcionando-a então à nossa realidade jurídico-institucional, por certo desnudar-se-á a fragilidade do argumento, usado que seja isoladamente e ao largo de mais convincente justificação.

Retomando, porém, a dissertação, veja-se o raciocínio de **Prosper Weil**⁸³, segundo o qual *existe íntima relação entre a norma jurídica e a atividade administrativa*. Nesse sentido invoca a lição de **Eisenmann**, que mostrou *"oscilar entre uma noção mínima: uma relação de compatibilidade e uma noção máxima: uma relação de conformidade"*.

Vai daí, a explicação daquela contraposição a que já se aludiu: *"na medida em que a norma jurídica deixa uma margem de liberdade à administração, fala-se de poder discricionário; na medida em que enuncia a conduta a seguir, fala-se em competência vinculada"*.

Para esse autor, ao contrário do que ocorre em relação à competência, não há qualquer indicação de que o *poder* da Administração seja inteiramente *discricionário* - o que, de resto, constitui raciocínio dominante lá como, em certa medida, aqui.

⁸³ WEIL, Prosper - *O Direito Administrativo*, pags. 121 e segs. - Edição Portuguesa, Livraria Almedina, Coimbra, 1.977. (Título original "Le Droit Administratif"- Presses Universitaires de France, 1.964). Trad. Maria da Glória Ferreira Pinto.

A dosagem da liberdade, no entanto, deixada à Administração resulta do texto validador do poder e das condições para o seu exercício. Assim, assevera, *é possível que o juiz, em obra de interpretação, vincule um poder que o texto legal haja deixado como discricionário, ou, por outra face, desvincule uma competência prevista como vinculada.*

Pois essa dosagem, sustenta, é importante sem dúvida, na medida em que nos fornece a dimensão da liberdade da Administração, constituindo-se no mais, no ponto de equilíbrio entre o que chama de *"automatismo absoluto"* e a *"arbitrariedade pura"*. Determina, de igual, direitos do administrado, que, em circunstâncias tais, poderá ou não exigir da Administração Pública uma conduta ou uma abstenção".

Por derradeiro, explica, fixa os limites do controle judicial: *"na medida em que haja uma competência vinculada, a atividade da administração levanta um problema de legalidade sobre o qual compete ao juiz exercer o seu controlo; na medida em que, pelo contrário, haja poder discricionário, a atitude da administração já não diz respeito à legalidade (o que é ou não lícito) mas sim à oportunidade (o que é ou não oportuno) e está subtraída ao controlo do juiz"*⁸⁴.

Trata-se de ponderações muito interessantes, com as quais, entretanto, não se pode comungar totalmente como pensamos já haver demonstrado no decorrer do estudo.

Também **André de Laubadère**, visto por **Jean Claude Venezia** e **Yves Gaudemet**⁸⁵, ao focar as modalidades de ilegalidade dos atos administrativos, estabelece a distinção entre *poder vinculado* e *poder discricionário* da Administração Pública, para concluir que o último permite uma certa liberdade de ação por parte da Administração.

É a discricionariedade propriamente dita, assim concebida pelo autor: *"Il y a pouvoir discrétionnaire lorsque la loi, ayant créé une compétence, laisse l'agent libre de choisir les sens dans lequel il exercera cette compétence, le*

⁸⁴ WEIL, Prosper - ob. cit. (*O Direito Administrativo*), pags. 122 e 123.

⁸⁵ LAUBADERE, André de (Jean Claude Venezia e Yves Gaudemet) - *Manuel de Droit Administratif*, pags. 94 e segs., 12e Édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1.982.

laisse juge de l'opportunité de la mesure a prendre...En effet, lorsqu'il y a pouvoir discrétionnaire c'est à l'auteur même de la decision qu'il appartenait, par définition, d'apprécier si les circonstances de fait justifiaient la mesure... Le pouvoir discrétionnaire permet de concilier le principe de la légalité avec la nécessité d'une certaine liberté d'action de l'administration.

...D'autre part, avec le pouvoir discrétionnaire, on reste à l'intérieur du principe de la legalité, ayant le pouvoir de choisir le contenu de ces décisions, l'administration se décide librement sans s'écarter de la légalité, puisque, en l'espèce, celle-ci n'exigeait rien; le pouvoir discrétionnaire n'échappe pas au droit; il n'est pas "arbitraire.

Eis-nos uma vez mais diante de considerações em torno da possibilidade de controle da legalidade do ato administrativo. Expressão e conteúdo tão ao gosto dos nossos doutrinadores como indicador da única forma de controle jurisdicional do *ato discricionário*.

Esse entendimento corrente entre nós, de fato, encontra suas raízes na doutrina estrangeira, especialmente, de autores franceses, em cujo País aperfeiçoou-se o controle, pela própria Administração, ou, o controle jurisdicional, sob duas modalidades: "*le recours en annulation*" e "*l'exception d'illégalité*"⁸⁶.

Não é de se deter, no entanto, a esta altura, em comentários outros além daqueles já expostos, sob pena de fugir aos objetivos do estudo. Contente-nos daí o fato de estarmos frente a mais uma afirmação de que a oportunidade (também a conveniência) no encaminhamento da ação administrativa repousa na avaliação subjetiva do agente público a quem é deferida competência para agir ou deixar de agir em dado momento. É, que o controle do ato consequente, em generalidade, circunscreve-se aos aspectos de legalidade, tal como acima lembrado. Mais ainda, que o epicentro do seu estudo está na *esfera do poder*, mais do que na discricionariedade propriamente dita.

Igual posicionamento pode ser colhido em **Louis Trotabas** e **Paul Isoart**, que, recorrendo a **Michoud**, acordam em que: "*On dit qu'il y a pouvoir discrétionnaire*

⁸⁶ LAUBADERE, André de - ob. cit. (*Manuel...*), pags 112 e segs.

lorsqu'une autorité peut agir librement "sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit".

*...Quand il y a pouvoir discrétionnaire, l'autorité administrative peut donc apprécier l'opportunité de la décision qu'elle doit prendre, ou, plus exactement, apprécier les motifs ou les circonstances de fait qui commandent l'acte administratif*⁸⁷.

Nesse ritmo é de se concluir que, também os autores indicados, como que admitem a inexistência de ato que como tal seja discricionário; preferindo conviver com a existência de um *poder* consequente da competência, que se manifeste pela decisão ou pela abstenção da autoridade administrativa no encaminhamento do ato.

Perfeito o raciocínio, não é o ato que é discricionário.

Cabe no entanto reconhecer que tampouco o é o *poder*, pois, esse *poder* a que se referem, em mais não se constitui do que na possibilidade (potencialidade) de exercitar ou não a competência prescrita pela norma jurídica. Mas o exercício respectivo, quando efetivo, não mais situa-se nos domínios abstratos da vontade, ou da potencialidade, para assentar-se na efetiva conduta do administrador, objetivada então pela ação ou omissão diante de uma situação fática. Situa-se então, esse exercício, já no mundo fenomênico das relações materiais que necessariamente desencadeia.

Longe da irreflexão, bem por isso, insistir em que "*a decisão da autoridade administrativa*", que leva a exteriorizar uma ação acobertada pela competência legal, edifica-se no âmbito da vontade do agente, impondo-se reconhecê-la então, sob esse ângulo, como verdadeiro antecedente do ato (também, é claro, do efetivo exercício da competência até então à disposição do agente). Daí a desconfiança em continuar aceitando a existência de um tamanho *poder* deferido à Administração Pública, absolutamente livre de questionamento após sua exteriorização pela conduta de agente público investido de competência para agir ou deixar de fazê-lo. Competência, não nos esqueçamos, regrada pelo próprio ordenamento jurídico sob o qual se estrutura e

⁸⁷ TROTABAS, Louis et ISOART, Paul - *Manuel de Droit Public et Administratif*, pags. 217 e segs., 20e Édition, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1.982.

estruturam-se as relações consequentes, como, de mais, o exercício dos direitos dos sujeitos relacionados. E assim, para nós, no campo de essência e de eficácia de um Estado instituído como Estado-de-Direito, onde nem mesmo a ameaça de possível lesão ao direito subjetivo pode restar inapreciada pela jurisdição competente, é dizer, a que se projeta da função judiciária.

Aí preponderante regramento constitucional de competência, cujo desrespeito ou menosprezo redundará sempre, qualquer que seja a situação, em desacato ao próprio Estado de Direito, à Constituição que lhe serve de sustentáculo, ensejando o desequilíbrio das instituições, o desequilíbrio jurídico enfim, por tudo inaceitável dentro do quadro constitucional em destaque.

É de se concordar ainda que ao administrador não pode remanescer tamanho *poder*, nem o direito de exercitá-lo a seu talante, sob o risco de ensejar n arbítrio, como, historicamente, se constata ser da natureza humana essa veleidade. Politicamente, filosoficamente, tal constatação ensejou os estudos de **Loke** e de **Montesquieu**, de cujos fundamentos ainda não nos afastamos, tripartindo o *poder*, ou, as *funções* do Estado moderno.

Diante dessas verdades e das peculiaridades da Administração Pública no Brasil, não pode contentar-nos o argumento muitas vezes lembrado - ao gosto de significativa parcela doutrinária - no sentido de que a conduta a caracterizar *abuso de poder*, *excesso*, ou *desvio de finalidade* restará franqueada sempre à análise jurisdicional por contrária à legalidade.

O assunto, porém, sob essa consideração, já foi abordado no Capítulo anterior, quando se procurou deduzir que, não só a *legalidade* há de servir como parâmetro à análise da conduta, que, *legalidade*, também pode haver no absolutismo; impondo-se de consequência tomar-se como regulador que é, e, para o que existe, o próprio Direito em sua expressão não apenas formal, mas acima disso, de conteúdo essencial.

Nem satisfaz à nossa realidade institucional, em que o Estado-de-Direito é o seu conteúdo maior; nem, muito menos, à própria concepção teórica do Direito adotado, o juízo de que somente a legalidade é capaz de convalidar ação revisora do judiciário quando em riste a homenageada ação discricionária.

Uma Administração amplamente discricionária não ofereceria aos administrados qualquer segurança; seria voltada ao arbítrio".

Essa, afirmação de **Jean Rivero**⁸⁸ ao prescrever a necessidade de um equilíbrio entre a discricionariedade e a generalização da vinculação da competência, havendo assim a necessidade de uma dosagem entre ambas.

Por isso que, se referindo à "*Zona de liberdade de submissão ao Direito*" (discricionariedade) sustenta que, fossem estendidos a todos os elementos da atividade administrativa as exigências da legalidade, o papel da Administração ficaria reduzido à elaboração mecânica dos atos particulares impostos pela norma geral; toda liberdade de apreciação, toda a iniciativa estar-lhe-iam proibidas.

É, sem dúvida, testemunho vigoroso, a desafiar qualquer posicionamento contrário.

Todavia, sem pretender uma vã contestação, sim, buscar entendimento mais próximo do estudo aqui desenvolvido, cabe repetir que o questionamento ao argumento da *legalidade* - tão usado - não significa desconsiderá-lo, mas, ao contrário, prestigiando-o, acrescentar o argumento do *Direito*, que, o compreendendo, alarga em muito o estudo crítico da discricionariedade administrativa, para além da ortodoxia da sua visão predominante.

Ora, a legalidade - em suas linhas mestras - é, por suposto, condicionante de que não nos podemos afastar ao considerar a ação da Administração Pública, em toda sua exteriorização formal e material. Nesse ponto, nada nos autoriza pensar diferente. Nem mesmo a ponderação do autor no sentido de, se nos apegarmos excessivamente a esse aspecto,

⁸⁸ RIVERO, Jean - *Direito Administrativo*, pag. 94, (Título original, "*Droit Administratif*" - Coleção Précis Dalloz, 1.975). Trad. Rogério Ehrhardt Soares - Livraria Almedina, Coimbra, 1.981.

incorrermos no risco de negar liberdade de apreciação e de iniciativa na condução da coisa pública.

Mas, essa não é a tônica que se procura, senão a de - aquiescendo com a prescrição de liberdade e iniciativa de ação - condicioná-la a uma conduta compatível com a legalidade, mas, acima disso, absolutamente conformada com o Direito de onde provém, sob pena de ensejar sempre o controle jurisdicional. Essa a questão maior a se levar em conta na ação administrativa, qualquer que seja e que propicie a estruturação de relações jurídicas.

Sob esse aspecto há que se nutrir então alguma reserva quanto à ponderação de **Jean Rivero**, reduzindo o entendimento. A Administração Pública, pelo menos em relação ao fim e a previsão de competência, de fato subordina-se às exigências de legalidade que bem conhecemos - o que não deve significar que o controle confine-se tão somente a esse plano de avaliação da legalidade.

Demais, observa-se que **Rivero**, como a grande maioria dos autores, não se refere de forma direta à discricionariedade, fazendo-o, contudo, por via da noção de "*poder discricionário*", como fruto da liberdade confiada ao agente público de apreciar, diante de certas circunstâncias, se e como utilizar-se da competência legal na busca do interesse em pauta⁸⁹.

A discricionariedade estaria adstrita assim, mais à utilização da competência, sendo de pressupor-se no entanto, que a mesma discricionariedade subsista quanto à avaliação do interesse público, suficiente a justificar o exercício da competência.

Já no que se refere especificamente ao controle (concebido como de legalidade tão só) estipula que esse controle cessa, precisamente, onde cessa a legalidade, jamais se estendendo então ao "*poder discricionário*", que "*depende da apreciação de oportunidade, estranha à missão do juiz*".

Deve-se compreender daí, que, o *poder* então é algo que se coloca acima da legalidade? Ao lado da legalidade? Fora da legalidade? Ou, apenas, parcialmente assim se posiciona? Sim, porque, sistematicamente, se admite o

⁸⁹ RIVERO, Jean - ob. cit. (*Direito Administrativo...*), pag. 93.

abuso, o excesso e, mesmo, o *detournement* do *poder* - situações ímpares, sempre lembradas para ilustrar a possibilidade de controle judicial do influente *poder discricionário*.

Mas, que *poder* é esse que, fora daquelas situações é invocado a impermeabilizar ação administrativa, de sorte a colocá-la à margem de reexame? Pode o Direito conviver com tamanho *poder* - a ponto de a ele curvar-se? Ou, agasalhando-o, reservar-lhe acomodação privilegiada pela intangibilidade da sua eficácia (do próprio Direito)? Parece que não!

Não há poder que possa desafiar impunemente o Direito. Pelo menos - devemos acreditar - não deve haver, no Estado assim estruturado, de Direito. É o mínimo a esperar-se.

Jean Rivero, contudo, alerta a que, competindo ao juiz em certos casos criar regras de direito, por esse caminho, em França, muito se tirou do alardeado *poder discricionário*, reduzindo-o, a ponto de o Conselho de Estado tornar-se *verdadeiro regulador* do seu exercício, deitando controle até mesmo sobre a oportunidade do ato administrativo.

E tanto, em face da natural evolução do estudo conceitual no mundo do Direito, como de resto, pela função jurisdicional reservada naquele País ao *Conseil d'Etat*, que, por força de sua competência, substitui em casos tais a re-análise do ato (ou da ação-conduta do administrador) pela via judiciária comum - o que, entretanto, não pode servir de paradigma para o Brasil.

Quanto à noção de poder discricionário em França valham como referência as indicações do autor, direcionadas aos estudos de: **Michoud**, "*Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*", *Revue générale d'administration*, 1914, III, 1915, I; **Bonnard**, "*Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*", *RDP*, 1923, p. 363; **Giraud**, "*Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire*", *Revue générale d'administration*, 1924, p. 193; **A. Hauriou**, "*Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*", *Mélanges Carré de Malberg*, p. 233; **Nicolas**, "*Le pouvoir discrétionnaire de l'administration*", *Mélanges Lambert*, T. II, p. 361; **Waline**, "*Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle*

juridictionnel", RDP, 1930, p. 197; "Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration", E.D.C.E., nº 10, p. 25; **Dubisson**, "La distinction entre la légalité et l'opportunité dans le recours pour excès de pouvoir", tese, Paris, 1955; **Venezia**, "Le pouvoir discrétionnaire", tese, Paris, 1956; **Bockel**, "Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration", A.J., 1978, p.355; **M. Waline**, "Plaidoyer pour le pouvoir discrétionnaire", *Estudios de derecho administrativo*, T.I, Montevideo, 1978, p.519.⁹⁰

Mas não existe - nem teria sentido - qualquer pretensão direcionada a interpretar a obra dos autores aqui mencionados, deve contentar-nos a referência ao posicionamento doutrinário predominante em seus países de origem. A partir daí é que se buscou então extrair a coerência possível para a compreensão e estudo da discricionariedade administrativa entre nós - sua localização e efeitos - como concebido nesta dissertação.

Quanto aos elementos do ato administrativo em face da discricionariedade. Em relevo a causa e a vontade.

Dentro dessa proposição, assumem realce as colocações de **André Gonçalves Pereira**, que, tendo em conta o erro de fato no poder discricionário, denuncia haver um certo prestigiamento doutrinário dado à causa e alguma rejeição à vontade, quando vistos como elementos essenciais do ato administrativo.

No seu entender, os elementos essenciais do ato administrativo devem resumir-se à *competência, forma, causa e objeto*, os quais, fundidos no ato, hão de formar a sua unidade (*também o fim*, mormente no ato discricionário).

Não me deterei em considerações a respeito da competência (além daquelas já encaminhadas) nem da forma, porque até certo ponto dispensáveis ao estudo em curso. Importa mesmo, diante da linha de raciocínio adotada, incitar agora a visão que se pode ter da *causa* (também, por consequência, da *vontade*) de sorte a buscar na doutrina

⁹⁰ RIVERO, Jean - ob. cit. (*Direito Administrativo...*), pag. 93..

estrangeira a via de compreensão e de reforço para as conclusões deste estudo.

Assim, quanto à causa do ato administrativo, grande é o dissentimento doutrinário em emprestar-lhe significação de elemento do ato, ensejando, em Portugal como na Itália e em França, riquíssimas preleções em obra de comparação com a causa no negócio jurídico contemplado pelo Direito Privado; sua tipicidade possível, seus aspectos de objetividade e de subjetividade, aquela remontando a **Hauriou** e **Vedel** (recusada porém pela maioria da doutrina francesa).⁹¹

Na Itália a recusa é representada principalmente por **Alessi** e **Giannini**⁹², somente se constituindo em elemento essencial do ato administrativo a causa se tiver um sentido objetivo, nada autorizando se a confunda com os motivos do ato - o que seria próprio da sua noção subjetivista.

Na causa então, diz o autor, estaria o sentido objetivo de estabelecer relação necessária entre o mundo exterior e o ato administrativo, eis que não se pode conceber atuação jurídica dissociada de apoio, seja qual for (escolhido pelo agente ou determinado pela lei), no mundo dos fatos. Daí inferir que tal situação, necessariamente, na base dos atos, organiza-se em pressuposto absoluto, sem o que seria impossível, por exemplo, a fixação do objeto do ato, pois o agente nunca age, diz, *sem que se verifique algum pressuposto, algum estímulo do mundo exterior*. No objeto estariam os domínios da discricionariedade.

E conclui, argumentando: *"É por isso que entendemos que do acto administrativo faz necessariamente parte a causa, relação entre os pressupostos e o objeto*.

E então, determinados os pressupostos, de duas uma - ou eles existem na realidade, e o ato tem causa; ou não existem porque o agente se enganou ou intencionalmente afirmou a realidade de pressupostos inexistentes para justificar a sua acção - e o acto está desprovido de causa, falta-lhe um elemento essencial, e deve ser anulado.

E esta asserção comprova-se pela anulação por erro de facto sobre os pressupostos que, explicável

⁹¹ PEREIRA, André Gonçalves - ob. cit. (*Erro e Ilegalidade...*), pags. 111-112 e 335-336.

⁹² PEREIRA, André G. - "idem", pags. 112-113.

quando os pressupostos são legais, pois há então violação da lei, é totalmente inexplicável no poder discricionário se não admitirmos a figura da causa.

Como se justifica realmente a anulação por erro de facto no poder discricionário, de que a jurisprudência tem usado em corrente constante? Se o agente podia escolher as circunstâncias em que queria agir, como explicar que, por ter escolhido circunstâncias inexistentes, o acto seja anulado?

Se não através da idéia de que, embora possa haver discricionariedade na escolha dos pressupostos, uma vez estes escolhidos, o acto só é válido se a relação entre os pressupostos e o objeto for realmente existente - isto é, através da idéia de causa.

Ao nosso ver a idéia de causa é assim a única explicação possível da nulidade por erro de facto no poder discricionário"⁹³.

Quanto à causa, interessante é o pensamento de **Augustin Gordillo**⁹⁴, para quem, só haverá pronunciamento judicial anulando o ato ("*no que concerne ao objeto*", em se tratando de *faculdades discricionárias*, como prefere referir-se) quando presentes a *irrazoabilidade*, a *desproporcionalidade*, o *desvio de poder* e a *ausência de causa*, que dá como indicadores dos limites à atividade discricionária.

A questão da *causa* voltará a ser vista mais adiante.

A vontade em relação ao ato administrativo: vontade do agente e vontade da Administração. Vontade do agente e vontade normativa, em integração - questionabilidade dessa concepção. Ainda a vontade do agente: deliberação, decisão e execução - onde se situa a discricionariedade? A conduta do agente e a vontade declarada pelo ato: modificação da realidade circunstante - o estabelecimento de relações jurídicas. Controle possível.

⁹³ PEREIRA, André Gonçalves - ob. cit. (*Erro e Ilegalidade...*), pags. 123 e 124.

⁹⁴ GORDILLO, Augustin - ob. cit. (*Princípios...*), pag. 179.

No que tange à vontade (única plataforma a ser aceita para situar a discricionariedade e seus tabus), desconsidera-a **André Gonçalves Pereira** como elemento essencial do ato administrativo, o que, sob esse aspecto, alimenta em muito o nosso entusiasmo.

É que, se a vontade não deve ser captada como elemento essencial do ato, resulta que a ele não se incorpora, eis que irrelevante à sua unidade (do ato), como, irrelevante a essa mesma unidade a propalada coincidência entre a *vontade psicológica* e a chamada *vontade normativa*.

Difícil aceitar a existência dessa "*vontade normativa*" sem confundi-la com a finalidade legal. Constituir-se-á no preceito contido na norma? Mas tal não é vontade, é prescrição, é comando, é atribuição, é imposição, permissão ou estipulação, vontade, contudo, não é. Será, por outro lado, a vontade do legislador? É empreitada impossível, pelo menos no Brasil, tentar a sua psicanálise.

A integração de vontades a que se refere o autor (entre nós, **Celso Antonio Bandeira de Mello**), mais se atém é à submissão da conduta do agente administrativo à legalidade em que se agita toda a atividade da Administração Pública, tal como preceituado por **Stassinopoulos**.

E aí não se pretende inteira submissão à concepção Kelseniana, mas é de se compreender que, no caso, a vontade da norma deve ser relegada ao pré-jurídico (plano em que se exaure para dar lugar à lei em conformidade com o Direito positivo de cada ordenamento posto). Daí ao reconhecimento, prevalência e submissão à estruturação lógica das relações porventura desencadeadas, encurtam-se os caminhos do Direito em sede de sua aplicação e, portanto, da concreção esperada no Estado de Direito (àquela, tal como observado por **Norberto Bobbio** - *Estado de Direito de concepção liberal...*, que, parece, é como deve ser visto o atual Estado brasileiro.

E, se assim é, deve-se, precisamente, a que a vontade, rigorosamente, antecede o ato - hipótese única, plausível, capaz de referendar o juízo levantado em defesa da inapreciabilidade externa do *mérito* da ação chamada discricionária. Não, porém, quando objetivada pelo ato, desde que, a tal ponto, a ele não pode incorporar-se.

De certeza, pois, vindo à luz, pelo ato, manifestação (ou projeção) da vontade do agente num primeiro plano (e aí, em pauta sua conduta); num segundo, há que se reconhecer estarmos frente à manifestação da própria Administração - por força de representação, em face da regra atributiva de competência.

Como se trata da consequência de uma conduta, vem compor todo um quadro, que, para efeito de apreciação da validade do ato (por ação ou omissão), não se pode considerar tão somente algumas de suas aparências, mas, de certeza, o seu todo. Vale dizer, nessa hipótese (da consequência jurídica) embora não incorpore ao ato aspectos de valores próprios da vontade, torna-se ela vulnerável à análise jurisdicional naquilo que se relacione com as circunstâncias em que se desenvolve, de sorte a ensejar manifestação da Administração Pública. A sua integração com o sistema normativo sob o qual se desenvolve é fator indisponível pelo agente público, que, agindo contrariamente, no mínimo estará agindo "*contra legem*"; contra o Direito, dentro da concepção já exposta.

Sob esse aspecto, deve-se abrir um parêntese para concordar mais com a parcela italiana que transpõe para os atos administrativos que se caracterizam como negócios jurídicos, toda a teoria dos vícios da vontade, própria da sua noção privatística.

Claro que, também aqui, não se pretende dissertar em defesa desta ou daquela concepção em torno da vontade aplicada ao Direito Público, senão estabelecer pressupostos para a compreensão da discricionariedade administrativa assim como colocada nesta dissertação. Em especial, entendimento quanto à sua localização e reflexos em relação à conduta do agente público, a resultar no ato administrativo catalogado como discricionário.

E tanto, em busca de se posicionar quanto à possibilidade ou não de seu reexame em sede de jurisdição. No Estado brasileiro, jurisdição judiciária.

De todo modo, não é convincente a afirmativa da impossibilidade de assimilação de conceitos privatísticos sob tais influxos, tão somente em razão de buscar-se tais noções conceituais na teoria da autonomia da vontade, tida alhures como inaplicável ao Direito Público. Mas quê dizer

da autonomia da valoração pessoal, dada como discricionabilidade administrativa? Estará ela imune aos vícios da vontade só porque a teoria correspondente provém de uma noção privatística?

Digo que não, pois, sob esse ângulo, tanto a vontade informadora do negócio jurídico de direito privado, quanto a vontade que anima a ação (ou inação) do agente da Administração Pública podem conter vícios capazes de invalidar assim o negócio como o ato administrativo.

Diante desse enfoque é de se observar que, se à primeira vista, não ostenta a relevância da causa - que, causa, pode não ser do ato administrativo - mantém, por certo, estreita relação com a causa, servindo a comum, entre nós, de pretexto para o encaminhamento de ações nem sempre conformadas ao Direito. Até mesmo direitos indisponíveis, como os decorrentes da cidadania, e de outros de reserva constitucional, não escapam de serem fulminados por atos menores, consequentes do conhecido arbítrio do Executivo Federal, da conivência do Congresso Nacional às vezes e da complacência dos Tribunais superiores.

Esclareça-se, no entanto, por definitivo neste estudo, qual a avaliação que se faz da vontade, em relação ao ato administrativo (discricionário) e em que medida, a partir do seu comprometimento, poderá ensejar revisão pelo Judiciário.

Pois bem, antes de tudo, impõe-se reconhecer a ocorrência de uma vontade não singularizada: a *vontade do agente* e a *vontade da Administração*, não, necessariamente, coincidentes em essência.

É que, a vontade da Administração (consubstanciada na ação administrativa), em nenhuma hipótese pode apresentar-se dissociada da sua finalidade, de subordinação formal e material ao interesse público, à legalidade e ao Direito; enquanto que a do agente (ainda que ensejadora de uma projeção da própria Administração - subordinada a mesma finalidade portanto), nem por isso está imune a vícios de origem, se se levar em conta a natural falabilidade do plano psíquico de onde provém. Sendo assim, a comprometer o ato (comissivo ou omissivo) que lhe é consequente.

A vontade do agente então - se assim pode-se concluir - circunscreve-se, no caso, ao abstrato do seu próprio psiquismo, assentando-se daí em momentos claramente distintos, os quais, no dizer de **Régis Jolivet**⁹⁵ apresentam-se como sendo de *deliberação, decisão e execução*. Este último, o da execução, colocando-se já no terreno da conduta e, portanto, da objetivação. Não, contudo, a deliberação e a decisão, que permanecem no abstrato.

Resultado dessa colocação é que somente a esses dois primeiros momentos é que se pode admitir a discricionariedade imune à análise externa, desde que dissociados da execução - esta, capaz de gerar a possibilidade de intervenção jurisdicional. Sim, porque no momento da execução, já se trata de conduta objetiva capaz de alterar a realidade circunstante, criando, modificando ou extinguindo relações de direito material. Daí que a esse momento não pode ser dispensada a mesma noção de intangibilidade externa dirigida àqueles dois outros, primeiros, do ato voluntário do agente, ou seja, da avaliação, da valoração enfim.

Nesse caso, sobrevindo o ato pode ele apresentar-se perfeito, por exemplo, quanto à competência, à forma, à causa ou ao objeto, mas viciado, na medida em que por seu intermédio, busque o agente (ato voluntário seu) infligir um constrangimento de direitos subjetivos. Por hipótese, o ato de transfrência, mascarando uma possível sanção ao ocupante de um determinado cargo público. Assim também o ato de dispensar, distratar ou contratar (nesta última, a mascarar, v.g. um favorecimento eventual).

A vontade declarada pelo ato (vontade da Administração) pode apresentar-se então livre de suspeita em face da aparência de perfeição do ato; o mesmo não se podendo dizer, na suposição, quanto à vontade do agente da Administração, que ao deliberar e decidir, bem pode fazê-lo movido por sentimentos pessoais alheios à finalidade pública. E tanto, embora não sendo regra, é, todavia, frequente na Administração Pública brasileira.

Como então, por consequência dessa realidade, negar-se ao Judiciário a análise do ato administrativo

⁹⁵ JOLIVET, Régis - *Curso de Filosofia*, pag. 216, 4ª Edição brasileira. (Trad. Eduardo Prado de Mendonça), Livraria Agir Editora, Rio, 1.959.

apelidado de discricionário, tendo em conta a mera fundamentação política emprestada à discricionariedade administrativa? No mínimo, em termos práticos, estar-se-ia a negar validade à função jurisdicional do Estado brasileiro, negando-se de quebra igual validade ao princípio do livre convencimento, próprio dessa função. Convencimento, curiosamente, deixado assim à própria função executiva - o que, de si mesmo, constitui anomalia inaceitável dentro da concepção tripartida do Estado brasileiro, de Direito. E tudo, ao despropósito de obstaculizar análise àquelas ações chamadas de discricionárias. Mas, em última análise, a quem compete definir se determinada ação é discricionária ou não?

Claro que, em princípio, o mesmo não é possível à deliberação e à decisão tomadas pelo agente, eis que essas provêm do abstrato da potencialidade do ato. Aí haveria de circunscrever-se, talvez, a valoração (conveniência e oportunidade) apresentada pela doutrina como de apreciação inadmissível pelo Judiciário. E, somente aí, portanto, caberia o tão usado argumento da impossibilidade de substituir-se a valoração do administrador pela valoração do julgador. Mas, tão só nesse patamar, e, assim mesmo, quando restrita à potencialidade da ação administrativa, é dizer, quando não objetivado ainda o comportamento, por obra da vontade do agente. Mas, desde que, pela conduta do agente, materializado o ato (objetivando-se a vontade administrativa, que, necessariamente, deve conformar-se à lei e ao Direito, isto é, à chamada "*vontade normativa*"), impõe-se reconhecer a possibilidade jurídica de análise, assim do ato, como das circunstâncias em que haja sido produzido, isto é, motivação e causa (esta, agora, como entendida por **André Gonçalves Pereira**), em que se hajam assentado, *decisão, deliberação e execução*.

Vai daí ser perfeitamente possível (necessário até) permitir-se, nos casos reclamados pelo Direito, o exame do enaltecido mérito do ato administrativo no que diz com o ato de vontade, principalmente, em seu momento de execução.

E assim, porque, pela execução, pondo à mostra a conduta do administrador, a criar relações jurídicas, também a deliberação e a decisão tornam-se vulneráveis à

análise jurisdicional - o que deve ser creditado à busca da mais correta possível aplicação do Direito.

Parece então que a integração da *vontade psicológica* do agente com a *vontade normativa*, não pode ser vista como um indicativo, ou componente, da *ação discricionária* da Administração Pública, livre de perquirição judicial. Tanto mais, que, essa *vontade normativa* a ser levada em conta no terreno da objetivação da ação administrativa, a rigor, nem sempre transparece do regramento legal.

Com efeito, a vontade psíquica do agente público somente encerrará significado jurídico quando desnudada por ato seu (voluntário), em todos os seus momentos de formação (*deliberação, decisão e execução*). A deliberação e a decisão, isoladamente consideradas não se projetam do abstrato para o concreto senão pela execução, isto é, pela conduta mesma, suficiente a juridicizar fato subjacente.

Através da execução, portanto, é que se pode perceber e tomar conhecimento concreto da vontade da Administração Pública (materializada então pelo ato administrativo em- si-mesmo considerado), como, de resto, legitimar a perquirição circunstancial informadora da vontade psíquica do agente e conseqüente projeção sob a conduta adotada.

Essa, porém, sobre ser condicionada sempre ao interesse público, vincula-se no mais ao terreno da causa (também da motivação), onde inicialmente se configura a vontade do agente; ao depois - pode-se dizer - à da Administração - estas sim, ambas em integração, sob pena de invalidade imediata.

Para o autor, que aceita sob reserva a conjugação da *vontade normativa* com a *vontade psicológica* - aquela (a normativa), vista pelo lado prático, - não se constitui em elemento (ou pelo menos, em elemento essencial) do ato administrativo, uma vez que a ela não se pode atribuir vícios. Esses, os vícios, entendidos como a espelhar razões, em função

das quais, não surge, ou surge deficientemente a *vontade normativa*⁹⁶.

Quanto ao fim, por tratar-se de uma *imputação legal* dirigida ao conjunto de elementos do ato administrativo, diz estar contido na própria norma, e assim, na chamada "*vontade normativa*".

Certo, o fim - justamente por tratar-se de uma *imputação legal* - transparece, como sustentado por tantos, como um aspecto de vinculação, estranho à discricionariedade administrativa.

De todo modo, no que diz com a discricionariedade, mantém estreita relação com a conduta do agente público, com a competência (pelo seu exercício, ou não) e assim com a ação da Administração Pública, a resultar em possíveis relações jurídicas, que, para o tema aqui desenvolvido, devem sempre ser levadas em consideração.

É, aliás, onde se agita o desvio de poder, argumenta ainda o autor, o qual, para o ato administrativo, preconiza como vícios possíveis, a incompetência, o vício de forma, a violação da lei, a falta de causa e o próprio desvio de poder.

Contudo, não cabe particularizar abordagem aqui sob esse ângulo, salvo no que diz com o denominado *poder discricionário* e com a vontade, passíveis que são de contaminação pela ausência de causa por exemplo (intencional ou não, segundo o autor), e, daí, a validar ação judicial revisora da ação resultante.

Conforme comporta este estudo, valham, quanto à vontade, as ponderações trazidas até o momento.

***Ainda o poder discricionário:
justificação da sua existência; sua natureza; sua extensão.***

⁹⁶ Em nossa realidade institucional a afirmação não merece plena acolhida, visto ser comum encontrarmos defeituosa essa curiosa "*vontade normativa*", como, por exemplo, ao provirem dos insanos decretos-leis no passado recente; como, agora, das teratológicas *Medidas Provisórias*, em função dos quais somos submetidos aos mais pitorescos absurdos. Tal o fruto de Circulares e outros atos assemelhados resultantes de "*medida provisória com força de lei*".

No que se refere ao *poder discricionário* acrescem considerações para além daquelas já trazidas em Capítulo anterior, assunto que, pelo seu natural encanto aliado à excelência da abordagem feita por **André Gonçalves Pereira**, justifica redobre-se-lhe atenção.

Artéria de grande circulação doutrinária, tal a expressão empregada por **Jean Rivero**⁹⁷ referindo-se ao estudo do *poder discricionário*, que, na visão de **Gonçalves Pereira**, é matéria cuja doutrina está ainda muito longe de pacificar-se.

A controvérsia doutrinária, porém, maior dissentimento enseja à volta de tres aspectos, diz o mestre português: o da *justificação da existência do poder discricionário*; o da *sua natureza*; o da *sua extensão*.

Quanto ao primeiro, por compreender especulações em torno da razão de ser do *poder discricionário*, resultando na problematização de questões pertinentes à Filosofia do Estado e do Direito e não apenas de conotação jurídica, desconsidera-as por escaparem ao objeto do seu estudo.

Lança, no entanto, certos desafios, atribuídos, primeiramente, a **Eisenmann**, no sentido do *poder discricionário* aparecer *como qualquer coisa de um pouco singular, de misterioso e inquietante*⁹⁸. E prossegue, alertando que *esse caráter deriva sem dúvida da aparente antinomia entre a administração como função executiva, e a liberdade de escolha de que goza o titular do poder discricionário*, quando então indaga: *"a actuação discricionária será ainda execução da lei? E será uma característica absolutamente original da Administração, ou existirá noutros domínios da actividade do Estado, como na Legislação e na Justiça ? Ou ainda será um fenómeno jurídico absolutamente geral, existindo também no Direito Privado?"*

Pois, em que assome deixar momentaneamente sem resposta as questões que denuncia, aponta posições doutrinárias suficientes ao seu estudo,

⁹⁷ "in" PEREIRA, André Gonçalves - ob. cit. (*Erro e Ilegalidade...*), pag.213.

⁹⁸ "in" PEREIRA, André G. - "idem", pag. 214.

ponderando, por exemplo, encontrar-se na obra de **Valente Simi** (*Il Potere Discrizionale Come Carattere Essenziale Della Pubblica Amministrazione* - "in" *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, ano X, 1960, n. 4, pags. 879 e segs.) fecunda exposição das diversas tendências de estudo, como também a defesa do entendimento de tratar-se, de fato, de um *poder* exclusivo da Administração Pública⁹⁹.

Quanto a existir ou não em outros domínios, suas referências são no sentido de remeter ao estudo clássico de **Michoud**, tido como propulsor em França da investigação em torno da questão. Alerta ademais para a aproximação e certa identidade com a posição de **Laun**, na Alemanha. De **Michoud**, destaca o acatado *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, "in" *Revue Générale d'Administration*, 1914, tomo III; 1915, tomo I."¹⁰⁰

Já no que diz com a generalidade do *fenômeno* e sua existência também no Direito Privado - conclusão que nos parece mais próxima da compreensão da discricionariedade - traz à baila a posição de **Venezia**, para quem *o poder discricionário é uma consequência da natureza de empresa que reveste a Administração, não sendo diferente do poder que detém o chefe de empresa em face do Direito Privado*.¹⁰¹

Com efeito, como sustentado ao longo desta análise, a discricionariedade (não me refiro ao *poder discricionário* - possibilidade jurídica de ação - que abre as portas para o discernimento no encaminhar ação administrativa, ao nível da racionalidade e da moralidade que se espera do administrador, aí compreendida é claro a sua adequação legal) em nada difere do discernimento necessário à estruturação de relações jurídicas em setores próprios do Direito Privado. Nada importa nesse passo pretenda-se atribuir à ação administrativa o âmbito dito mais restrito, da lei em relação ao do lícito e do ilícito do negócio jurídico de Direito Privado. Não vale o argumento, na medida em que a conformidade com a lei também não se afasta do campo da licitude, convergindo ambas para um

⁹⁹ PEREIRA, André Gonçalves - ob. cit. (*Erro e Ilegalidade...*), pag. 215, Nota 3.

¹⁰⁰ "in" PEREIRA, André G. - "idem", pag. 215, Nota 4.

¹⁰¹ "in" PEREIRA, André G. - "idem", "ibidem", Nota 5.

círculo maior - abrangente das duas - que é o do Direito, e, assim, ao da sua submissão.

Como o discernimento, já se viu, provém dos domínios da vontade, a ele, de rigor, devemos acorrer em busca da compreensão da discricionariedade e, para o objeto deste estudo, à compreensão da possibilidade de reanálise externa do ato chamado discricionário - questão, já abordada, à qual, no entanto, retornar-se-á na medida da necessidade da ilustração.

Quanto à natureza do *poder discricionário*, de logo o autor adverte para a enorme diversidade de opiniões a respeito, o que o faz recorrer à concepção de **Giannini**¹⁰², segundo a qual tudo se encaminha à divisão de tres grandes grupos doutrinários:

a) o que vê na discricionariedade uma liberdade de escolha entre vários comportamentos possíveis. Presente o fim (indicado na lei. Portanto, vinculado) restaria ao agente a determinação dos meios e das circunstâncias;

b) o que pretende seja a discricionariedade uma operação intelectual por parte do agente, que assim completaria a norma precisando-lhe o sentido, tendo em conta que a norma, por vezes, emprega conceitos vagos, imprecisos ou suscetíveis de vários sentidos;

c) por último, o que considera que o cerne da discricionariedade seria a remissão do agente para normas extra-jurídicas (que podem ser técnicas, científicas ou de boa administração). Caberia então ao agente o dever de preencher o vazio da norma jurídica com a referência a estas outras normas.

Rejeitando as conclusões das duas últimas vertentes doutrinárias, apega-se à primeira delas (predominante nos autores brasileiros) pondo em destaque a vontade psíquica do agente na atuação discricionária, entendida esta como uma verdadeira realidade jurídica.

Na autonomia da valoração pessoal e na vontade, portanto, residiria a discricionariedade (qualidade que

¹⁰² "in" PEREIRA, André G. - ob. cit. (*Erro e Ilegalidade...*), pag. 216.

pode revestir o *poder*), cuja característica estaria, em dadas circunstâncias, no *reconhecimento de validade pelo Direito, "a qualquer solução, a qualquer actuação, que seja decidida pelo agente"*.

Característica essencial da discricionariedade seria então a existência de várias soluções válidas à disposição do agente, livre nessa medida para eleger uma (única, objetivamente válida) como fruto de valoração própria e de sua vontade psíquica em relação ao ato a nascer.

Como definição possível então, pondera existir discricionariedade "*quando a norma jurídica previamente confere valor jurídico a qualquer actuação do agente, dentre uma série quer ilimitada, quer limitada, de actuações possíveis, desde que a intenção do agente seja a prossecução do fim legal*"¹⁰³.

E tece pertinentes considerações justificando a rejeição às duas primeiras vertentes acima indicadas, o que, todavia, não compõe o desenho da concepção aqui definida.

Enriquece-a, no entanto - e muito - o realce dado à vontade psicológica do agente da Administração Pública, como também o destaque à sua intenção, a qual somente "*quando defeituosa pode invalidar o ato*"¹⁰⁴.

Quanto à vontade do agente, buscou-se demonstrar à suficiência não constituir ela mesma uma realidade jurídica enquanto divorciada da sua conduta, é dizer, da sua atuação, que, bem pode resumir-se à ação ou à inação.

Realmente, dissociada da atuação (conduta) permanece no plano abstrato da deliberação e da decisão, componentes do ato volitivo sem dúvida, mas sem qualquer relevância jurídica se não completado pela execução. Essa sim, uma vez ativada tende a objetivar a solução eleita pelo agente, de modo a evidenciar em sua plenitude a ação administrativa, que então, deve ser entendida como a vontade declarada da Administração Pública.

Por isso a afirmação anterior, de havermo-nos como que, com duas vontades a serem levadas em conta: a psíquica, do agente (antecedente do ato e a caminhar ao lado da liberdade de convencimento) e a da Administração

¹⁰³ PEREIRA, André G. - ob. cit. (*Erro e Ilegalidade...*), pag.221.

¹⁰⁴ PEREIRA, André G. -"idem", "ibidem".

Pública a consubstanciar-se por fim no ato resultante da atuação do agente.

A partir desse raciocínio bem se pode fixar o ponto de partida para o estabelecimento das relações jurídicas dentro do nosso Direito Positivo, as quais logicamente estruturadas, ensejam a revisão jurisdicional da discricionariedade quando presente uma desconformidade com o Direito, lesão, ameaça, ou mero conflito de interesses, quer isoladamente considerados quer no plano da coletividade.

Está claro que a desconformidade jurídica realmente pode decorrer do fato da *defeituosa intenção* do agente, o que, por certo, renderá ensejo à verificação circunstancial da sua conduta, vale dizer, dos dados de fato informadores da sua vontade - o que, em última análise, significa perquirição procedimental, em busca de possíveis vícios de consentimento.

Não estaríamos então frente à análise externa da própria discricionariedade? Tudo está a sugerir uma resposta afirmativa, na medida em que a ação administrativa poderia até ser conveniente, por exemplo, mas em dados momento e circunstâncias, inoportuna diante da realidade fática. Ou, se oportuna, inconveniente. É sob tais considerações, que não se pode negar atuação à função jurisdicional do Estado, pelo só argumento de que ao próprio Estado, através da sua função executiva, deva ser reconhecida a possibilidade de uma opção dentre diversas outras válidas.

Daí a ponderação já feita, no sentido de, na prática, chegar-se ao cúmulo de deferir a um agente do Estado (função executiva) o livre convencimento e negar-se igual prerrogativa a outro agente do mesmo Estado (o juiz em sua função jurisdicional).

Pois, se assim fosse, estaríamos, por uma imponderável pertinácia, negando substrato à concepção de jurisdição no Estado brasileiro. Inaceitável, até mesmo para a modernidade das relações Administração-administrados; muito principalmente em nosso atual Estado, em que a mesma Constituição que o define e traça-lhe os contornos, põe em evidência como salvaguarda de direitos fundamentais a simples ameaça a direito¹⁰⁵.

¹⁰⁵ CONSTITUIÇÃO FEDERAL (1988), art. 5º, XXXV.

Dando tratos ainda à posição doutrinária exposta pelo autor, resta considerar que o mesmo não reconhece no *poder discricionário* uma consequência da inexistência de regulamentação legal, como quer certa parcela doutrinária.

Por isso que, se referindo à doutrina francesa, *segundo a qual o poder discricionário resultaria da indeterminação da norma jurídica*, considera-a "infeliz", desde que, em princípio, o *poder discricionário* apresenta-se como *poder jurídico*, e, bem por isso resultante de lei - pelo que, onde não há norma jurídica não há *poder, discricionário* ou *vinculado*.

Veja-se que a referência doutrinária direciona-se à análise do *poder discricionário* e não, como prefere o autor, à discricionariedade. Eis uma das razões, além do mais, que permitiram eleger o estudo de **André Gonçalves Pereira**, norteador do tema entre os autores europeus.

Como a dissertação não pretende mais do que situar a discricionariedade administrativa frente à revisão jurisdicional; sua possibilidade ou não, tão só no Direito brasileiro, as referências ao posicionamento de autores como **Afonso Queiró** (expoente do Direito Administrativo, sempre lembrado) é trazida à consideração a título de ilustração necessária, mas não definitiva ao objeto aqui perseguido.

A razão está em que - bem demonstra **Gonçalves Pereira** - o Professor **Queiró**, mais dedicou-se ao estudo, *longo e penetrante* como diz, do poder discricionário, levantando-o pela ótica da jurisprudência dos interesses e vendo o Direito Administrativo como disciplina de conflitos de interesses, cuja caracterização decorreria de tres conceitos: *necessidade, interesse e bem*, quando, dependendo da solução legal do conflito, prevalecendo tal ou qual interesse, haveria ou não discricionariedade administrativa¹⁰⁶.

Em que signifique também o vemos, em muito, sob essa ótica, (a do conflito de interesses), não contudo em sua totalidade, o estudo aqui proposto mais decorre mesmo em caráter de objetividade, é dos domínios da vontade, como sempre assinalado, a partir do que se buscou situar a discricionariedade.

¹⁰⁶ PEREIRA, André Gonçalves - ob. cit. (*Erro...*), pags. 224 e segs..

Aspecto atraente, ainda, e, que não deve passar despercebido nas lições de **Queiró**, é o da conclusão que se deva ter no sentido de que a causa em relação à atividade administrativa apresenta-se como elemento essencial de toda norma jurídica administrativa¹⁰⁷. Os pressupostos (circunstâncias, motivos de fato, causas, enfim), portanto, contidos na base de todo ato administrativo são o espelho do contido na lei, não deixando liberdade ao agente senão a de escolher um, dentre aqueles já previstos na norma. Daí a conclusão de ser perfeitamente possível o controle contencioso da matéria de fato, quando, por exemplo, ausente a causa no encaminhamento de um dado ato administrativo.

Se me detenho no assunto é também para acorrer ao pensamento de outra grande expressão do Direito Administrativo em Portugal - o Professor **Marcelo Caetano** - para quem, podendo haver discricionariedade (ao exercitar o poder) na escolha dos pressupostos (causa), nada significa, no entanto, vinculação do poder a tais pressupostos - pelo que, o vício no *poder discricionário*, só deve ser admitido por desvio de poder.

Ainda aí se fala mais em poder discricionário do que em discricionariedade propriamente. Por isso o alerta em torno da conveniência e oportunidade de exercer o poder. Utilizar-se da regra jurídica prescritiva de competência e, num segundo momento, a escolha de uma das soluções admitidas pela lei para o ato em mira, restando como vinculação única (quanto ao exercício do poder discricionário, diz **Marcelo Caetano**) a "*prossecução do fim legal*". Eis a razão de só admitir possa ser viciado por desvio de poder.

Daí que, **Marcelo Caetano**, ao aprofundar estudo, em torno do erro de fato em face do poder discricionário, toma-o como de relevância nenhuma, eis que, para o desvio de poder, só se pode reconhecer virtualidade ao erro de Direito.

Vai assim à consequência de desconsiderar a contaminação da vontade do agente por vício

¹⁰⁷ Gonçalves Pereira contesta, sustentando que a causa é, isto sim, elemento essencial do ato administrativo.

eventual ou qualquer divergência entre declaração e intenção, uma vez atingido o fim legal¹⁰⁸.

Essa posição, porém, é contestada por **André Gonçalves Pereira** sob o argumento da "*indiscutível relevância do erro sobre os pressupostos*"(é a realidade do Direito Positivo português), erro de fato, no *poder discricionário*.

Visto o *poder discricionário* quanto às tres regiões elencadas por **André Gonçalves Pereira** como a espelhar a síntese da sua controvérsia doutrinária: *justificação da existência desse poder; sua natureza; sua extensão*, somos levados a considerar a discricionariedade, agora e mais uma vez, no que diz com a sua localização. Mas a sua localização, não *no* ato administrativo como buscou o autor, e sim, *em relação* ao ato administrativo, como é a pretensão deste estudo.

É que, não comungamos totalmente do entendimento que vê no ato administrativo uma manifestação de *poder*, ou possível conteúdo de discricionariedade, pois, o ato, como entendemos, mais não é do que o produto do exercício (ou não) de regra atributiva de competência, cujo emprego, certo, poderá decorrer de uma escolha circunstancial, fruto de valoração pessoal do administrador. Valoração, contudo, circunscrita ao abstrato da vontade psíquica, antecedente da conduta do agente público, a ser desencadeada por obra da execução dessa vontade.

A deliberação e a decisão tomada em torno de um fato e capazes de resultar na execução é que, a rigor, embalam a idolatrada discricionariedade. Mas, de modo algum, decisão e a deliberação prestam-se a integrar ou compor o ato, ao extremo de qualificar então as relações que dele possam estruturar-se. Ao contrário, antecedem-no, situando-se no plano abstrato da potência, onde, como tais, esgotam-se.

Repete-se, todavia: uma vez, pela execução, projetando essa valoração para o concreto, o que se deverá ter em conta será a conduta do administrador, suficiente a materializar um ato jurídico (por ação ou inação); quando, nesse tempo, hão de prevalecer, para o Direito, os efeitos da juridicização do fato ou conjunto de fatos que ensejaram a

¹⁰⁸ "in" PEREIRA, André Gonçalves, ob. cit. (*Erro...*), pags. 239/240 - "*O acto praticado no desempenho de um poder discricionário não será anulável se, apesar de a vontade ter sido viciada ou de ter havido divergência entre a declaração e a intenção, se atingir, graças a ele, o fim visado pela lei ao conferir o poder exercido*".

conduta responsável pelo ato, pondo à mostra a intersubjetividade própria da estruturação das relações consequentes.

Assim, dando feição jurídica a um fato ou conjunto de fatos subjacentes, dará ensejo, de consequência, ao nascimento de relações intersubjetivas, as quais, por força da juridicização de que se fala, hão de ser, necessariamente, relações jurídicas. Estas, à sua vez, desnudando desconformidade da ação administrativa com o Direito - o que bem poderá decorrer de eventual conflito de interesses resguardados pelo direito de cada um dos sujeitos-em-relação, possibilitará por certo a análise do ato pelo Judiciário, tal como tantas vezes sustentado. Análise que, certamente regredirá até o estágio de formação da vontade do agente, avaliando cada uma das fases de conformação da ação administrativa, para que, pela via judiciária, assente-se o Direito porventura questionado.

Mas nada é tão simples assim ao ponto de reconhecer imediata procedência às ponderações trazidas em descompasso com o entendimento corrente da questão. Difícil demais a tarefa de localizar a discricionariedade *no ato* administrativo; pela ótica escolhida, impossível, tendo em vista que a *prima dona* do Direito Administrativo (a discricionariedade) é vista aqui como a anteceder o ato, a ele e às relações desencadeadas incorporando-se jamais. Daí porque, *no ato* não há de residir a discricionariedade.

A discricionariedade pode estar na formação da vontade sim, mas na vontade do agente que decide a respeito de uma dada situação - o que não significa persista na vontade da Administração, que se colhe da conduta do administrador; conduta posterior, ainda que consequente de uma valoração pessoal, e, dela nitidamente separada. Uma coisa é a valoração subjetiva, outra, não nos enganemos, é a vontade psíquica de quem ostenta competência para valorar. Outra mais, a conduta (execução, no plano da vontade). Por fim, a consequência primeira da execução: o estabelecimento de relações.

Na verdade, trata-se a discricionariedade, de um componente psíquico necessário à exteriorização da vontade, mas restrito à esfera da deliberação e da decisão, onde se esgota ao adentrar à execução, que, vale insistir, mais tem a ver com a conduta do administrador,

necessária à formação do ato-em-si, como resultado do exercício de competência posta à disposição da Administração Pública pelo ordenamento jurídico positivo.

Daí, no entanto, a reconhecermos no ato administrativo um conteúdo discricionário, porque, lá atrás, na formação da vontade informadora de uma conduta, operou-se o discernimento (pondo à mostra o livre convencimento) quanto à ação administrativa que lhe seja resultante, parece, no mínimo, qualquer coisa como a estagnação de conceitos por um lado; por outro, uma certa submissão à concepção de poder do Estado, aceita à margem de toda evolução do Direito. Em última análise, algo como a convalidar resquícios do Estado autoritário, rendendo-nos, sob o manto da discricionariedade, à possibilidade, e, assim, à perpetuação do arbítrio.

Essa dedução, porém, não se dissocia totalmente das concepções doutrinárias de maior prestígio no que se refere à localização da discricionariedade, assim como visto ao longo desta exposição.

Claro, da maior importância é sabermos da significação do tema entre europeus e sul-americanos, especialmente, pelas razões já expostas, conhecermos as posições de portugueses e italianos, como a dos franceses e também alemães, sem que isso induza à sua irrestrita aceitação. Até porque, mais referem-se ao *poder* dado como *discricionário*, seu exercício e controle possível.

Sob esse aspecto então, diz e conclui **Gonçalves Pereira** referindo-se ao *erro de fato*, a posição alemã não esteve dominada desde o início pela pretensa antinomia entre a discricionariedade e controle contencioso como a francesa. Preocupou-se menos com o erro de fato do que com o erro de direito, como forma de ilegalidade do *poder discricionário*. Alerta, contudo, a que a jurisprudência e a doutrina, nesse ponto, diferem, eis que a jurisprudência, em vários casos, consagra a relevância do erro de fato.

Interessante ainda é a análise de **Kelsen** e de **Merkl** - que, dominada pela imputação à lei do *ato discricionário*, como pondera **André Gonçalves Pereira** - "*só aceita a ilegalidade do acto discricionário quando o agente em vez de realizar a vontade da lei realizou a sua própria, quer intencionalmente, quer por erro de interpretação, e vem redundar*

na mesma conclusão de Laun.- admissão da ilegalidade por erro de direito, rejeição da ilegalidade por erro de fato.^{109.}"

Não será obra do acaso, portanto, que, também neste estudo, recorra-se a **Kelsen** (e **Merkl**) para sustentar que, se é considerada essa possibilidade - da realização da vontade do agente ao invés da vontade da lei - resulta que se deva ter em grande conta, como pugnado, *vontade e conduta*. E, assim, realizando ato e gerando relações jurídicas, rende ensejo o agente à análise da sua conduta, das circunstâncias em que haja se estruturado sua decisão e, por certo, análise à formação da sua vontade - o que não implica sustentar que, no caso de verificação externa, haja substituição da vontade do agente pela vontade do juiz.

Nota-se, contudo, que significativa parcela da doutrina brasileira ainda não se afastou da antiga concepção francesa, como, em certa medida, das demais, insistindo em só admitir controle externo do ato assim catalogado (como discricionário) se dirigido à sua própria legalidade, alçando o mais ao âmbito da oportunidade e conveniência, dadas por imunes à ação revisional.

Mas para **André Gonçalves Pereira** importa mesmo é reconhecer a existência de elementos essenciais no ato administrativo, e, a partir daí buscar a localização possível da discricionariedade: se na competência, na causa, na forma, no objeto ou na finalidade. Isto, é claro, em defesa da possibilidade do erro (de fato) e da sua relevância no *ato discricionário*.

O objeto do ato, diz constituir-se no domínio por excelência da discricionariedade, condicionado no entanto, a que, nesse ponto, a lei, fixando o fim, deixe o objeto à livre determinação do agente.

Acrescenta, contudo, com propriedade, que nos casos em que a própria lei remeta o objeto a critérios *extra-jurídicos (moral, equidade, etc.)* haverá vinculação e não discricionariedade. Nesses casos, finaliza, não será tarefa do agente criar qualquer norma individual e sim "*descobrir a norma que resulta da ordem normativa assim imposta por lei*", quando então não há que se falar em discricionariedade.

¹⁰⁹ PEREIRA, André Gonçalves - ob. cit. (*Erro...*), pags. 313 e segs..

Bem singular nesse sentido, entre nós, o preceito emanado do artigo 37 do nosso atual Texto Constitucional, que estipula absoluta vinculação à moralidade administrativa e aos demais princípios que enumera. No caso, então, qualquer que seja a solução a ser adotada pelo agente já se contém na própria lei, vinculando a sua conduta. Nesse aspecto pelo menos, diferindo do exercício do proclamado *poder discricionário*, em que ao agente remanesce plena possibilidade de escolha de uma dentre mais soluções válidas.

Diante desse preceito, será possível - nos limites da nossa realidade institucional - seccionar a tal ponto a ação administrativa, de sorte a, tendo em conta certos *elementos* dados como *essenciais* do ato administrativo, localizar a discricionariedade administrativa, atribuindo-lhe impermeabilidade à revisão jurisdicional? E tanto ainda, sob o juízo da possibilidade do agente criar norma individual, como resultado de escolha de uma dentre as várias soluções possíveis que se lhe possa apresentar em dada realidade?

Ora, a possibilidade de escolha pode existir é lógico, em qualquer momento da ação administrativa, inclusive quanto a exercer ou não a competência respectiva, mas uma coisa deve ser tida como certa: a vinculação à moralidade e à finalidade, pelo menos essa é absolutamente regrada pela ordem jurídica, não mais podendo haver, nesse ponto, maiores discordâncias doutrinárias.

E a finalidade - não há qualquer dissentimento a respeito - pressupõe rigorosa subordinação ao interesse público. Identificá-lo então, constitui tarefa não só do administrador ao representar o Estado (verdadeira obrigação, aliás), como, de resto, da função jurisdicional deferida ao próprio Estado através do ordenamento jurídico sob o qual é instituído. E assim é como se pode ver o Estado brasileiro, por essência, de Direito.

Pois muito bem, se há tamanha vinculação, parece argumento suficiente a concluir-se que, sobrevindo conflito nas relações intersubjetivas resultantes da conduta do administrador, não há argumento outro, capaz de sustentar a impossibilidade de re-análise de toda a circunstância através da qual venha a objetivar-se a vontade administrativa. Esta, (no mundo concreto) como resultado da outra, psíquica (no

mundo abstrato), do agente a quem se encontra disponível a competência para agir, ou, em certos casos, deixar de fazê-lo.

Não só nos casos em que sobrevenha conflito intersubjetivo específico, mas em outros tantos, como os da necessidade de demarcação da própria ação administrativa em seus matizes de vinculação e de discricionariedade (se desconsiderados todos os argumentos de sustentação deste estudo); sua intensidade; suas consequências objetivas; o deslinde quanto a caracterizar ou não uma questão de direito, enfim, a decisão em torno do reconhecimento ou não da própria discricionariedade, são fatores que recomendarão sempre a possibilidade da mais ampla revisão jurisdicional da ação da Administração Pública.

Mormente, em nosso meio, onde, sobre inexistir jurisdição especializada, conta-se ademais com expressa disposição constitucional endereçada à Administração Pública, vinculando toda a sua atividade aos princípios, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade¹¹⁰, estabelecendo aí uma positivação de formidável alcance vinculativo.

Seria ainda, de perquirir-se, como, especialmente diante do nosso ordenamento, acatar-se a pretendida imunidade à ação discricionária da Administração Pública, diante do preceito constitucional que prevê tão sérias punições por improbidade administrativa, como, a suspensão dos direitos políticos; perda da função pública; indisponibilidade de bens e ressarcimento ao Erário, senão através da mais completa franquia à análise da conduta do administrador? Que prevê demais disso ampla possibilidade de desapropriação, endereçada à propriedade privada? A própria função social da propriedade, sendo, em muito, deixada à avaliação dos agentes da Administração Pública, como deixá-la à margem de verificação, quando assim se fizer necessário? Verificação só possível, sabemos, através da responsável atuação jurisdicional em torno do livre convencimento e não, apenas à verificação de legalidade, de conformidade portanto com a lei. Acima disso, de conformidade com o Direito.

A primeira delas, a da conformação com a lei, mais se prende à vinculação propriamente, tanto em relação

¹¹⁰ CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 37, "caput".

ao ato mesmo, como à conduta propriamente dita do administrador, ao trazer para o concreto das relações desencadeadas o que até então se limitava ao abstrato da sua vontade psíquica; a segunda, a da conformação com o Direito, indo mais além, isto é, adentrando ao alardeado mérito do ato administrativo, e, assim, às situações de fato componentes da circunstância em que germinou a vontade do agente, vale dizer, sua deliberação e decisão quanto a conduzir-se de tal ou qual maneira. Eis o campo único, de necessária análise, para formação do convencimento do julgador, indispensável à aplicação do Direito. Daí que, negar tal análise é negar a aplicação do Direito, é restringir o próprio Direito. Finalmente, é pretender que, pelo Direito, eleve-se a discricionariedade à intangibilidade do próprio Direito - o que seria, por menos, insensato.

EPÍLOGO:

1. Existindo, como existe nos meios não especializados, alguma insuficiência de compreensão do significado da discricionariedade administrativa e das suas consequências na ordem jurídica, é compreensível sobrevenha entendimento corrente e, dogmatizado, no que diz com a impossibilidade da sua revisão jurisdicional.

Esse argumento, por mais, projetado da natural densidade do estudo especializado, também pode resultar, em parte, do dissentimento conceitual em localizá-la *em relação* ao ato administrativo, situando-a ora como componente do ato, ora como expressão qualificada de um *poder*, ora ainda como uma faculdade legalmente deferida à Administração Pública. Por tudo, em face do aparato de imunidade lançado em socorro daquilo que a doutrina italiana convencionou chamar de *mérito* do ato (ou, da ação administrativa discricionária), sobrelevando então, conveniência e oportunidade como absolutamente livres de exame, que não da esfera de ação de onde provêm.

A revisão única, permitida e unanimemente acatada pelos estudiosos é a que pende em direção aos aspectos de legalidade tão só - conclusão, no entanto, insatisfatória sob a ótica escolhida para a análise do tema e do Direito sob o qual se organizam as indicadas questões paralelas e os pressupostos do raciocínio adotado. Mais ainda, se levarmos em conta a realidade sócio-institucional brasileira, de onde se eleva o Texto Constitucional vigente, que, sobre vincular literalmente a atividade administrativa aos teores de moralidade que indica, remete à proteção jurisdicional até mesmo a mera ameaça a direitos.

O elenco de proteção, contudo, é bem mais extenso do que a sua mera expressão legal, e, só por esse lado, suficiente a motivar maior reflexão quanto ao entendimento tradicional que inadmite a revisão jurisdicional da ação administrativa dita discricionária. Quando mais não seja, pelo menos para redirecionar a compreensão da discricionariedade, de modo a situá-la *em relação ao ato*, jamais como atributo seu. De resto, negando-lhe a feição de componente de um *poder*, para emprestar-lhe a conotação única aceitável, a da

possibilidade jurídica para o exercício de competência específica a instrumentalizar um *dever*. Se discricionariedade pode existir nesse estágio, trata-se da discricionariedade no exercício da competência, como, a esse propósito, entre nós, não escapam observações de **Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**, ao deitar considerações em torno da competência na atividade administrativa¹¹¹.

Não se amolda, portanto, à atual concepção constitucional brasileira, a sentença de inapreciabilidade jurisdicional da ação administrativa, porque alhures assim entendeu-se lançar ensinamento (em grande parte vencido por razões de melhor substrato do que as alinhadas no presente estudo), mas também, em boa parte, pela modernidade de concepção do Direito em seus aspectos de funcionalidade.

Está bem claro, contudo, não se chegue ao extremo de negar a existência da discricionariedade, pois ela, seja como tal ou como discernimento mesmo, existe e merece responsável acatamento. Não, porém, de sorte a, categorialmente, alçá-la à condição de instituto próprio do Direito Administrativo, erigido à intangibilidade do próprio Direito.

A discricionariedade existe, mas como antecedente do ato (pode até ser vista como pressuposto do ato assim concebido), despertando interesse jurídico, porém, só após a objetivação da ação administrativa, pois somente daí pode-se conceber que (pela vontade - valoração pessoal e conduta do agente) o que se situava apenas na esfera da individualidade (unissubjetividade) passe à ordem relacional, da intersubjetividade.

Então, o que não era passível de análise ou perquirição de juridicidade passa a submeter-se às formas de controle constitucionalmente previstas pelo ordenamento jurídico sob o qual se desenvolve a ação.

Como o Estado brasileiro sedimenta-se na conhecida concepção tripartida, a partir da qual ao Judiciário tão somente compete satisfazer a jurisdição no Brasil, não há maneira de inibir esa função quando chamada a pronunciar-se,

¹¹¹ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira -*Curso de Direito Administrativo*, pags. 69 "usque" 86, Ed. Saraiva, 1979, S. Paulo.

sob pena de violação constitucional a demonstrar desequilíbrio da ordem jurídica posta.

Por mais, seria, pelo menos, insensato supor a possibilidade de fracionamento da jurisdição. Sim, pois, na hipótese do prestigiamento da ação tida por discricionária, a análise judicial iria até onde permite o entendimento dominante, ou seja, até as cercanias da vontade do agente administrativo, jamais adentrando à sua formação.

Não apenas a possibilidade do fracionamento de que se fala, deve ser considerada. É que, muito embora possamos render-nos a certos argumentos que põem a salvo de análise o chamado *mérito* do ato administrativo - ainda assim, por imponderável, estaremos dando espaço a que essa discricionariedade tão homenageada, no plano concreto das relações jurídicas, imponha-se sobre a função jurisdicional do Estado brasileiro, fixando-lhe limites de atuação.

Igual raciocínio ainda, poderia ser endereçado à categoria da eficácia jurídica, que, frente à discricionariedade administrativa, necessariamente, haveria de ser contida pelos referidos limites.

O Estado brasileiro seria então um Estado de Direito - mas nem tanto, porque subordinado à impermeabilidade da valoração pessoal dos seus agentes, cujas condutas (e vontade) estariam acima do substrato constitucional que o agasalha. Seria um Estado de concepção tripartida, assentado sobre os pilares do Direito necessário a tal sustentação, entretanto, gerido por artérias paralelas de poder, suficientes ao livre escoamento da vontade administrativa impune em sua formação.

Também por isso, reiteramos anterior afirmação no sentido de, aceitando-se a propalada imunidade à discricionariedade administrativa, estarmos, no mínimo, a pretender que o Direito reservasse em sua esfera de consequências e aplicabilidade, lugar inacessível à sua própria conformação - o que não é ajuizado conceber-se.

A vontade, como a valoração pessoal, quando relevantes no encaminhamento do ato administrativo - sem o que impossível a ação administrativa - de fato, em certa medida, esgotam-se no plano da subjetividade. Uma vez, entretanto, objetivadas pelo uso que se faça da regra atributiva de competência, a valoração torna-se irrelevante como atributo

da ação desencadeada, é dizer, a ela não se incorpora de modo a impermeabilizá-la à reanálise, nem, muito menos, às relações que lhe sejam consequentes.

No plano pré-jurídico então - o da *decisão* e *deliberação* (componentes do ato de vontade) - é onde, em rigor, pode-se procurar a discricionariedade imune à revisão, vistos esses elementos porém, como separados da conduta. Não no subsequente - o da *execução* - pois esse já se situa no âmbito da conduta do agente público, e, bem por isso, passível de toda análise externa, como demais os efeitos dela decorrentes.

2. Por essa ótica, o balizamento da possibilidade ou não de apreciação do ato administrativo (impropriamente chamado de *discricionário*) por uma das funções de governo (refiro-me à judiciária, ou ao *Poder Judiciário*) reside precisamente na sua edição (ação comissiva) ou na sua não-edição (ação omissiva da Administração) quando lhe caiba agir. Isto significa admitir que o ato-em-si (o seu encaminhamento, em alguns casos) é que deve servir de limite à ação jurisdicional do Judiciário, pois, uma vez editado, de modo a pôr em risco o Direito, ou direitos dos administrados, ou, assim, não editado (o seu mero encaminhamento ou omissão nesse sentido, quando necessária a sua edição), já não mais há que se falar em discricionariedade capaz de impedir a sua análise e, assim, a de seus efeitos. É que o ato, então, deixou de pertencer aos domínios da potência tão somente, assumindo a feição de ato mesmo (comissivo ou omissivo), mas, de todo modo, suficiente à geração de direitos, e, como tal, sujeito à ordem jurídica que valida a apreciação desses direitos em risco, pois pela conduta, materializou-se.

Ora, sob tal ordenamento, a quem compete essa apreciação é, por indubitado, àquela das funções de governo encarregada de prestar a jurisdição, ou seja, a do Judiciário. Função, que, por caracterizar o próprio interesse público (preponderante sobre qualquer outro) em nenhuma hipótese pode ser inibida. Não se aluda, portanto, e, apenas, à legalidade como sustentação da ação discricionária, e, sim à absoluta conformidade com o Direito. Se assim não for estaremos, por outro vezo, pelo menos a contribuir para a redução do "*ius*" à "*lex*", o que, sobre alimentar a possibilidade

do arbítrio, constitui-se em flagrante dissintonia com o Estado de Direito.

Logo, os aspectos de discricionariedade a salvo de análise jurisdicional, não podem ser procurados no *ato-em-si*, mas *em relação ao ato* e, nos momentos que antecedem a ação (comissiva ou omissiva) responsável pelo ato administrativo.

Tal proceder (ação ou omissão) pode ser denominado de "*discernimento*", "*critério*", "*juízo*", "*escolha*" "*entendimento*", "*sagacidade*", ou mesmo "*discricionariedade*", pouco importa, uma vez que se trata de um posicionamento que antecede a ação administrativa. Não tem esse proceder o condão de, por ser imune ou alheio a restrições outras, projetar-se "*ad infinitum*" desse momento de imunidade lógica, de modo a revestir a ação administrativa (o ato administrativo) e suas consequências, de uma carapaça de invulnerabilidade capaz de sobrepor-se ao próprio Direito.

A discricionariedade, o discernimento, o critério, o juízo enfim, existem sim. Devem por certo existir como forma de valoração pessoal reconhecida ao administrador, mas não de tal sorte a transpor o Direito (não apenas o que se convencionou entender como Direito Positivo - suporte de argumentação em defesa da imunidade da ação dita discricionária). Mas devem existir da forma pretendida, tão somente naquilo que anteceda o ato, remanescendo de todo modo, responsabilidade pelo seu encaminhamento.

Sustento, pois, que, uma vez transposta a avaliação subjetiva (não importa que por ação ou omissão) e objetivado o comportamento do administrador, deve cessar por definitivo qualquer imunidade relativa à discricionariedade, esteja essa objetivação sob a forma de ato mesmo, perfeito e acabado, ou, se a detecte no mero encaminhamento procedimental, como, de resto, na aparente ou dissimulada postergação ou negligência de ação necessária à salvaguarda de interesses da Administração ou dos administrados.

Vejo, portanto, como comprometedores, os argumentos assentados no que a doutrina batizou de *mérito do ato administrativo* (oportunidade e conveniência), no sentido de colocá-lo a salvo de análise jurisdicional, na medida em que - por último - deve-se admitir que a valoração pessoal pode

apresentar-se deformada e perigosa a legítimos interesses em jogo.

A isso acrescido o fato de, como resultado da ação administrativa, sobrevirem relações de direito direta ou indiretamente estabelecidas - via de regra, não concorrendo os administrados, colocados a comum sob a vontade caprichosa de certos administradores. Nem se diga que se trata, no caso, de relações de subordinação, em que a vontade dos administrados não assume a relevância que ostenta no âmbito das relações de Direito Privado. Mas, se assim é, não há, de outra forma, como desconsiderar-se a eventual contraposição de direitos, cuja solução só possa ser retirada da prestação jurisdicional. Então, a verificação da conformidade com o Direito (ou, como queiram, com a lei) há de passar, necessariamente, pela análise da conduta do agente público e daí, pelas circunstâncias em que haja sido realizado o ato. Essa análise, por certo, regredirá até o plano psíquico de formação da vontade individual. Quanto à decisão e deliberação (componentes da valoração pessoal) isoladamente consideradas, não seria próprio argumentar-se com a possibilidade de mudá-las em obra de reanálise, eis que, impossível penetrar na mente de quem quer que seja, com o propósito de alterar o processo psíquico de decisão fluído caso a caso.

Ainda assim, no entanto, não se pode, simplesmente, sentenciar inapreciabilidade à decisão, tomando-a como mérito do ato administrativo, ou parte dele. Ora, se necessário ao convencimento do juiz sopesar a decisão do agente (e, efetivamente, objetivada) nada autoriza a inibição jurisdicional, desde que direcionada à realidade circundante, isto é, ao todo circunstancial da ação administrativa. Em última análise, à perquirição de possíveis defeitos ou vícios na formação da vontade, pois, na prática, não nos é estranho, ação administrativa impulsionada por vontade em certos pontos viciada - o que ocorre tanto nas esferas municipal, estadual, e, notadamente, federal (talvez pela maior e mais pronta divulgação). Nessa, defendendo a autonomia da valoração pessoal de seus dirigentes, chegam ao cúmulo de impor, e, pela irritativa retórica política, até mesmo justificar o caos institucional, procurando dissimular a sua existência. Tal foi o resultado dos insensatos decretos-leis; tal, hoje, a decorrência das Medidas Provisórias, a comum editados ao largo da ordem

jurídica, ferindo e ignorando preceitos constitucionais indisponíveis, abrindo assim as comportas do arbítrio irrefreado por força de atos menores, reguladores da matéria assim "*legislada*". Tal é o caso de licitações e de outros procedimentos administrativos, largamente conhecidos.

Tudo em afronta ao Direito (positivo ou não), mas sob o manto protetor da discricionariedade ou de se tratar de um ato político ou de governo, imune à apreciação jurisdicional - retórica engenhosa, mas enganosa, e peculiar do legalismo com que há muito convivemos, numa verdadeira impostura do Direito. A causa, portanto, assume aí a relevância que se pretendeu demonstrar neste estudo.

De fato, não se vê como possa a discricionariedade apresentar tamanha elasticidade, a ponto de projetar-se para o ato, e, através dele, para além, impermeabilizando até mesmo seus efeitos à análise jurisdicional.

3. Quanto à generalidade e a possível distorção da conduta do administrador - ativa ou passiva - por ser geradora de efeitos, com reflexos diretos ou indiretos na esfera de subjetividade dos administrados, vincula-se por certo à ordem jurídica estabelecida. É que a Administração Pública, teleologicamente, subordina-se ao Direito não só em concepção de unidade, mas, muito principalmente, no que diz com o comportamento dos seus agentes.

Assim, o comportamento dos agentes públicos não pode afastar-se do Direito, a ele vinculando-se como atividade da Administração Pública, pois da sua conduta, em cadência de execução da própria vontade, transparece a ação (ou inação) e a vontade da Administração Pública, sujeitas à crítica jurisdicional.

Esse, o deflagrar do juízo de subordinação à lei, de que tanto se fala.

Tanto que, do nosso ordenamento jurídico deflui a previsão dos meios mais correntes de controle da Administração, como bem ilustram, a ação popular, o mandado de segurança, de injunção e "*habeas data*", como instrumentos adequados à salvaguarda de direitos. Trata-se, no entanto, de instrumentos específicos para atender certas e determinadas situações, impondo-se reconhecer validade a outros (não

específicos), mas igualmente resguardados pelo ordenamento jurídico à disposição de quem pretenda a satisfação jurisdicional do Estado.

Aí, em parte, o reconhecimento textual da permanente possibilidade de distorção da ação da Administração Pública, tendo por base a conduta dos seus agentes - aspecto suficiente a se reconhecer a possibilidade de análise judicial da formação da vontade, e, assim, desconfiar da prescrição de inapreciabilidade do mérito da ação animada pela discricionariedade. Discricionariedade usada como refúgio de tantos e sabidos desatinos perpetrados nas Administrações municipais, estaduais e federal. Tudo em razão de se haver alimentado ao exagero o dogma da impossibilidade de revisão jurisdicional do ato administrativo imaginado como discricionário. Tanto mais que, também dogmaticamente, se acredita - dá para pensar - na existência da discricionariedade "*in natura*", a penetrar e incorporar-se nas relações jurídicas que lhe são conseqüentes. Mais ainda: que essa expressão, vista como verdadeiramente material (a discricionariedade), constitui-se em instituto peculiar do Direito Administrativo e, o que é mais grave, em real categoria jurídica. Mas o Direito não se compraz com esse grau de entendimento.

4. Permanecer no terreno dos elementos concebidos como essenciais no ato administrativo, em busca da discricionariedade (sua localização e limites) é insistir no desencontro de concepções pessoais, às vezes, procurando forma onde não há matéria. No Brasil (da eterna ciranda do "*toma lá dá cá*" tão ao gosto dos governantes) é mera fantasia. Mais ainda, na certeza de que a intocabilidade em questão, em nosso cotidiano, presta-se em muito à viabilização do arbítrio.

Insistir, portanto, por esse lado, pela existência intangível da discricionariedade administrativa é fechar os olhos aos aspectos já vistos, assumindo relevo a mais disso, o funcional, reclamado pela modernidade na interpretação e aplicação do Direito. É, de quebra, subordinar a sua expressão à vontade do governante, em retorno a um passado já suplantado. O resultado seria a inevitável desconsideração ao princípio constitucional da tripartição e independência das funções do Estado brasileiro, definido como Estado de Direito.

5. O interesse público exibido a comum como justificação da ação administrativa, é bem mais consistente do que a sua vã ostentação em torno de algo como a discricionariedade administrativa.

Interesse público maior e definitivo é o que conduz à segurança do Direito, a informar as relações jurídicas persistentes, e, aquelas, criadas, modificadas ou extintas como resultado do comportamento do agente público. Aí, quando necessário, a discricionariedade administrativa, forçosamente, deve ceder espaço à apreciação judicial. Eis o prestigiamto do preponderante interesse em possível alteração, restando certo por derradeiro, que, substancialmente, na hipótese, o Estado é que estaria a rever seus próprios atos, através da sua função jurisdicional.

Alude-se à discricionariedade administrativa, precisamente porque em essência a ação ou atuação da Administração Pública é sempre regrada, isto é, vinculada com maior ou menor intensidade à lei, é dizer, ao Direito. Daí admitir-se a discricionariedade, tão somente como contraposição a esse geral regramento. Por isso que, de fato, havemos de aceitá-la apenas como um componente da vontade, pelo que, sob esse ângulo, submissa ao Direito em seu todo, nada autorizando se lhe dê tratamento diferenciado em termos de eficácia jurídica.

Nesse passo, tornam-se irrelevantes os argumentos de conotação política que se queira impor à vontade da Administração Pública. É que, sob esse influxo não se pode conceber uma ordem jurídica intermediária entre aquela prevista para o Direito Público (estrita subordinação à legalidade) e aquela outra, da autonomia absoluta da vontade, própria do Direito Privado. Não existe esse meio-termo.

Nem tampouco pode-se imaginar exista como tal a denominada vontade normativa a que se integraria a vontade do agente público, de modo então a identificar-se a discricionariedade administrativa. Uma coisa é a previsão legal, outra, a vontade.

Não constitui exagero a afirmação, na medida em que se tome a intenção em relação à ação administrativa como componente da vontade exteriorizada pela conduta do agente. E a intenção que emoldura toda ação humana, certamente, que só pode ser colhida do plano psíquico.

Logo, passível, por mais, de análise jurisdicional, o mesmo não se podendo dizer - quanto à intenção - no que diz com a vontade normativa. O mesmo em relação à chamada *intenção do legislador*.

Já, a integração da vontade do agente com a previsão legal, em conformidade com a expectativa do Direito, sendo pressuposto básico de toda ação administrativa, constitui-se em fator insuficiente à identificação da discricionariedade, uma vez que, rigorosamente, remete à vinculação.

Discricionariedade então - discernimento, juízo ou valoração - não é privilégio da Administração Pública, nem do Direito Público, eis que também ilustram as relações privadas. De igual, os seus efeitos, que, em ambas as hipóteses, materializam-se no estabelecimento de relações jurídicas. E essas, uma vez estabelecidas, sujeitam-se às mesmas regras de conformação com o Direito sobre o qual se estruturam.

Quando da avaliação subjetiva para formação do ato administrativo não há ainda a estruturação das relações, havendo sequer a individuação dos termos a serem relacionados. Somente após, em momento posterior a essa avaliação (deliberação e decisão), e, quando da execução da vontade é que serão fixados os sujeitos necessários a estruturar relação. Relação, daí, jurídica, pela jurisdicização do fato que lhe sirva de suporte.

O ato administrativo (ato jurídico que é) assim, concebido como efeito da vontade, é passível então de vícios materiais tanto como qualquer outro de igual concepção. Logo, não há razão maior para colocá-los (ato e seus efeitos) à margem de apreciação judicial, no que se refira à avaliação da conduta do administrador, utilização da competência em seus aspectos de finalidade e também quanto à própria formação da vontade do agente, sobranceiro o interesse público preponderante, da preservação do Estado brasileiro assim como definido, de Direito.

6. A alusão que se faz aqui à conduta do agente, não significa necessária submissão às concepções culturalistas do Direito, denotando embora alguma simpatia à teorização de **Carlos Cósio** (também, pelo que de pertinente, à de **Miguel Reale**)

Em que pese, contudo, este destaque, no exame do tema (ao meu ver passível sempre de análise jurisdicional) não se chegou à suprema pretensão de, com isso, buscar identidade com o pensamento de **Cossio**: conduta como suporte fático do Direito, conduta normada, conduta, enfim, em interferência intersubjetiva. Nem, de conseguinte, possibilitar incursão aos terrenos da sua ontologia jurídica, lógica formal e transcendental, axiologia jurídica ou gnoseologia do erro.

O que se pretendeu foi sustentar que, sobrevindo impasse de natureza jurídica, não se pode negar avaliação jurisdicional à conduta do agente, quando em pauta ação administrativa (vinculada ou discricionária) geradora de intersubjetividade. Nada deve induzir daí haja sido alimentado o propósito de aplicação da teoria de **Carlos Cossio** às questões aqui formuladas em torno da possibilidade de avaliação judicial da discricionariedade administrativa no Brasil. Como também, de forma direta, não houve essa pretensão a partir do tridimensionalismo de **Miguel Reale**; havendo-a tampouco no que diz respeito ao aspecto imputacional proposto por **Hans Kelsen**. O mesmo quanto à aparência de funcionalidade do Direito, a partir das preleções de **Norberto Bobbio**.

Por indubitável, todavia, haverem-se prestado à formação de certos juízos trazidos ao longo do estudo, atribuindo-lhes a procurada consistência - o que, só por isso, não deve ademais transparecer como intenção de comprometimento do todo com as respectivas teorias de sustentação.

Assim, ao falar-se por exemplo, na estruturação lógica de relações jurídicas, não se deve colher desse pensamento um compromisso exclusivo com a teoria que lhe serve de base, senão que, a conduta do agente público, realmente, enseja o nascimento de relações no plano objetivo do nosso ordenamento jurídico. Relações, que, por força de incidência normativa - a partir do exercício da competência - redundam em relações jurídicas, onde a intersubjetividade e os direitos de cada um dos respectivos termos-em-relação, devem conformar-se com o ordenamento sob o qual se estruturam. Esse mesmo ordenamento que estipula guarida até mesmo à ameaça de direito. Ordenamento, que defere ao Judiciário o definitivo pronunciamento em casos tais, agasalhando-os sob a inspiração

do Estado de Direito assim como concebido pela nossa atual Constituição.

Daí não se poder ignorar o tema das estruturas lógicas e o plano eficaz, como desenvolvido nesta dissertação, embora, é claro, sujeito ao questionamento próprio de toda opção pessoal. Em verdade, ilustra a escolha do método eleito para a pesquisa da discricionariedade e das suas consequências diante da ordem jurídica brasileira - na medida do razoável e dentro dos estreitos limites de conhecimento - em adequação à visão do Direito nas concepções teóricas e filosóficas escolhidas.

Se houve alusão àquelas prestigiadas teorias foi, a mais do exposto, no intuito de demonstrar que, por todo ângulo que se olhe a discricionariedade administrativa, não se lhe pode atribuir a significação jurídica imaginada e tenazmente defendida por significativa parcela doutrinária.

Assim também, ao invocar-se aspectos de otimização do Direito, foi na tentativa de sustentar que discricionariedade e interpretação - sobre não se excluem mutuamente - tampouco pertencem ao mesmo território, visto que a primeira (livre de perquirição externa) exaure-se no psiquismo da formação da vontade individual, enquanto que a segunda só encontra fertilidade em razão do jurídico, é dizer, no concreto das relações desencadeadas por força, precisamente, dessa valoração pessoal. Uma antecede a ação, outra sucede-a, mesclando-se, no entanto, quando da necessidade de alicação do Direito, isto é, quando do ingresso da primeira no mundo jurídico.

Nesses domínios pode-se concordar mesmo que a discricionariedade comece onde termine a interpretação. Contudo, tão somente no que diz com a fixação isolada de um conceito - o que, longe de encerrar a questão, induz ao átrio do seu questionamento.

Ora, na medida em que se utiliza de um conceito para deflagrar ação responsável pela estruturação de relações jurídicas, também a valoração (como atividade intelectual voltada para uma dada realidade) é ela irremediavelmente contaminada pela juridicidade nascente. E assim, a consequência irreversível é o seu confinamento ao mundo jurídico, é dizer, ao ordenamento jurídico sob o qual se estrutura.

E essa contaminação, por certo, sobrepõe-se à anterior imunidade própria da subjetividade do agente, que, através da conduta haja exteriorizado a sua vontade (também a vontade da Administração Pública).

A indiscutida imunidade prévia então, nem pode inibir a juridicidade da ação, nem muito menos suplantá-la, de sorte a que ação e efeitos ostentem substrato de inapreciabilidade jurisdicional.

Não será mais o juízo conceitual deflagrador da conduta que estará em consideração isolada, mas, de certeza, o conjunto de dados que figuram a circunstância em que se haja operado a ação - pelo que, a análise adentrará sim à vontade (pressupondo análise de valor) sem, contudo, implicar em substituição de vontade.

Não cabe assim conceber-se análise do ato (ou da ação) dissociada da conduta, nem desta apartada da vontade, muito menos da vontade à margem da valoração dada à realidade em que se opera; ao objeto buscado e à finalidade exibida, e, de conseqüência, da discricionariedade, separada da interpretação.

Em consideração final, seria a busca da conformação da ação administrativa à finalidade da Administração Pública, mas, acima de tudo, à finalidade do Direito. E aí, a par da logicidade das relações, a interpretação assume papel absolutamente inquestionável a impulsionar a aplicação do Direito.

Se desatendidas todas as razões dadas como incompatíveis com a atual noção da discricionariedade administrativa, restaria ainda desaconselhável situá-la privilegiadamente em relação ao controle jurisdicional, em face do inegável favorecimento a que o Executivo sobreponha-se imoderadamente à demais funções do Estado. Aí, então, de sorte a possibilitar o arbítrio e o desequilíbrio da ordem jurídica.

Quanto ao mais, não se deve esquecer dos exemplos recentes a demonstrar ação administrativa impulsionada por essa noção de discricionariedade, a tal ponto que - para garantir os efeitos dos atos questionados - chegamos ao cúmulo de assistir a suprema leviandade de monitorar o Direito com vistas à sua contenção. Foi o que imaginou, talvez, quando, arvorando-se em gestor do Direito e da conveniência

pública, entendeu o Governo Federal encaminhar "soluções", ditas legais, para conter a sua instrumentalização.

Esse questionado fortalecimento mais se faz notar então pela possibilidade constitucional para edição de Medidas Provisórias (com força de lei) a servir de esteio - principalmente na área econômica - para atos menores (de administração) a tomar a discricionariedade como liberdade plena, ilimitada, de modo a convalidar a arbitrariedade que bem conhecemos.

Institucionalmente, portanto, também nada recomenda no Brasil, dos decretos-leis e das Medidas Provisórias (com força de lei), incentive-se tamanho robustecimento.

Impõe-se, bem por isso, lembrar o quão farta de exemplos é a história brasileira, a desautorizar a aceitação de que detenha o Executivo o conhecimento técnico indispensável para "legislar" com especificidade, ou, a de que apresente o desejado preparo para melhor equacionamento dos problemas sociais.

Que a dinâmica da modernidade exige comportamento igualmente dinâmico do Executivo é algo de que não se pode discordar. Não, contudo, ao extremo de pretender-se, em nome da discricionariedade, inibição da prestação jurisdicional, assim, inibição do Direito e do Estado como tal concebido, impondo-se-lhe, por menos, uma desautorizada flexibilidade.

INDICAÇÃO BIBLIOGRÁFICA.

1. Autores citados:

AFTALIÓN, Enrique R., OLANO e VILANOVA. Intoducção Al Derecho, pags 70 e segs.. Libreria "El Ateneo" Editorial, 6ª ed., 1960, Buenos Aires.

ALESSI, Renato. Princippi di Diritto Amministrativo. Giuffrè, Milano, 1978.

AULETE, Caldas. Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa. Delta, 1974.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Elementos de Direito Administrativo. RT - SP, 1983.

_____ Poder Discricionário. RDP nº 76. 1985.

_____ Princípios Gerais de Direito Administrativo. Saraiva, 1974.

BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia (tradução de Marco Aurélio Nogueira). Editora Brasiliense - S.Paulo, 1988.

BRASIL, Constituição da República Federativa (1988).;

CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. 1ª Edição brasileira, Forense - Rio de Janeiro, 1970.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed., Freitas Bastos, 1956.

_____ Teoria dos Atos Administrativos. Ed. /RT-SP.,1973.

COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. HDV, 1ª ed. - Curitiba, 1987.

COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. RDP nº 95 - S.P., 1990.

CRETELLA Junior, José. Do ato Administrativo. Bushatsky - São Paulo, 1972.

- _____ Manual de Direito Administrativo. Forense - Rio, 1989.
- _____ Dicionário de Direito Administrativo. Bushatsky - S.Paulo, 1972.
- DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de Filosofia do Direito, 5ª ed., Coimbra, Armênio Amado, 1979.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Edit. Atlas, 2ª ed. - S.Paulo, 1991.
- ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. F. Calouste Gulbenkian, 5ª ed. - Lisboa, 1964. (trad. João Baptista Machado, do original alemão).
- FAGUNDES, M. Seabra. O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. Edit. Forense - S.Paulo, 1984.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. Edit. Atlas - S.Paulo, 1988.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa. Edit. Nova Fronteira, 1ª ed. - Rio, 15ª impressão.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Curso de Direito Administrativo. Ed. Saraiva, 1974.
- _____ Desapropriação. Ed. Saraiva, 1989.
- GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. Edit. Saraiva - S.Paulo, 1989.
- GAUDEMET, Yves et VENEZIA, Claude. Manuel de Droit Administratif, 12e Édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1982.
- GORDILLO, Augustin. Princípios Gerais de Direito Público. Ed. RT - São Paulo, 1977. (trad. de Marco Aurélio Greco, do original argentino).
- GRAU, Eros Roberto. Nota Sobre os Conceitos Jurídicos, Revista de Direito Público, nº 74.
- HART, L. A. Herbert. O Conceito de Direito, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.
- JOLIVET, Régis. Curso de Filosofia. Agir Edit., 4ª ed. - Rio, 1959.(trad. Eduardo Prado de Mendonça).

LAUBADERE, André de. Manuel de Droit Administratif. (por Jean-Claude Venezia et Yves Gaudemet). L.G.D.J., 12e. édition - Paris, 1982.

_____ Traité Élémentaire de Droit Administratif. L.G.D.J. - Paris, 1953.

LEAL, Victor Nunes. Poder Discricionário e Ação Arbitrária da Administração. RDA, vol. 14, 1948.

LIMA, Ruy Cirne. A Relação Jurídica no Direito Administrativo. RDP. vol. 85, S.P., 1988.

_____ Princípios de Direito Administrativo. Edit. RT, 5ª ed., S.Paulo, 1982.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. Elementos de Teoria Geral do Direito, Edit. Vega S.A., Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais.

MEIRELLES, Hely Lopes. Estudos e Pareceres de Direito Público. Edit. RT, S.Paulo, 1971.

_____ Direito Administrativo Brasileiro. Edit. RT, São Paulo, 16ª ed., 2ª tiragem, 1991.

MENDES, Antonio Celso. Direito (Ciência Ideologia Política), Livros HDV, Curitiba, PR, 1984.

MIALLE, Michel. Uma introdução Crítica ao Direito. Moraes Editores, Lisboa, 1979. (trad. Ana Prata, do original frances, de 1976).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Edit. Forense, 8ª ed., Rio, 1989.

PEREIRA, André Gonçalves. Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo. Ed. Ática.

POUND, Roscoe. Justiça Conforme a Lei. Instituição Brasileira de Difusão Cultural S.A., IBRASA, S. Paulo, 2a. ed. (trad. de E. Jacy Monteiro, do original norte-americano Justice According to Law, 1951, Yale University Press), 1976.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. O Poder Discricionário da Administração. 2ª ed., Coimbra, 1948.

- RADRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Armênio Amado Editor., 6ª ed., Coimbra, 1979. (trad. Prof. L. Cabral de Moncada, do original alemão).
- REALE, Miguel. Revogação e Anulamento do Ato Administrativo. Forense, Rio, 12a. ed., 1980.
- RIVERO, Jean. Direito Administrativo. Livraria Almedina, Coimbra, 1981. (trad. Rogério Ehrardt Soares, do original francês).
- SANDULLI, Aldo M.. Manuale di Diritto Amministrativo, 1. Jovene Editore, XIII edizione, Napoli, 1982.
- TÁCITO, Caio. O Abuso de Poder Administrativo no Brasil (Conceito e Remédios). D.I.N. (Serviço de Documentação do D.A.S.P.) - Rio, 1959.
- TROTABAS, Louis (et Paul Isoart). Manuel de Droit Public et Administratif. L.G.D.J., 20e. édition., Paris, 1982.
- VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. Ed. OAB-PE, 1985.
- WEIL, Prosper. O Direito Administrativo. L. Almedina, Coimbra, 1977. (trad. Maria da Glória Ferreira Pinto, do original francês, de 1964).

2. Autores consultados:

- ALVIM NETTO, Manoel de Arruda. Estado-de-Direito e função Jurisdicional. O equilíbrio dos poderes e o Judiciário. RDP, vol. 13, S.P., 1970.
- ASSIS, Alexandre C.. Excesso de Poder e Discricionariedade: controle judicial. Rev. Dir. Pub., n. 92, RT, S. Paulo.
- ATALIBA, Geraldo. Em Torno das "Estruturas Lógicas do Sistema do Direito Positivo". RDP, vol. 43/44, S.P., 1977.
- _____ República e Constituição. RT, SP, 1985.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Ato administrativo e direitos dos administrados. RT, S. Paulo, 1971.

- _____ Desvio de Poder. Rev. Dir. Pub., n. 89, RT, S. Paulo.
- _____ Legalidade - Discricionariedade - Seus limites e controle. Rev. Dir. Pub., n. 86, RT, S. Paulo.
- _____ Discricionariedade, fundamentos, natureza e limites. Rev. Dir. Pub., n. 33, RT, S. Paulo.
- _____ Discricionariedade administrativa e controle judicial. Rev. Dir. Pub., n. 32, RT, S. Paulo.
- _____ Controle judicial dos limites da discricionariedade. Rev. Dir. Pub., n. 31, RT, S. Paulo.
- BASAVILBASO, Benjamim Villegas. Derecho Administrativo. Tipografia Editora Argentina - Buenos Aires, 1950.
- BASTOS, Celso Ribeiro e Ives Gandra Martins. Comentários à Constituição do Brasil (1988). Edit. Saraiva, 1990.
- BENOIT, Francis-Paul. Le Droit Administratif Français. Dalloz, Paris, 1968.
- BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Coimbra Editora. LDA., Coimbra, 1969.
- BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Libreria y Editorial "El Ateneo", Buenos Aires, 1947.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Edit. Polis UNB, 1989. (trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos, do original italiano, de 1982).
- _____ Teoria della Norma Giuridica. G. Giappichelli Editore, Torino.
- BULLINGER, Martin. A Discricionariedade da Administração Pública . "in" Revista de Ciência política 2, vol. 30, F.G.V., abril/junho, 1987
- BURDEAU, Georges. Traité de Science Politique, Tome II, L'etat. "Le danger d'arbitraire" L.G.D.J., 3^a édition - Paris, 1980.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo. 3a. ed., Freitas Bastos, 1955.
- COELHO, Luiz Fernando. Lógica Jurídica e Interpretação das Leis., Edit. Forense, 2^a ed., Rio. 1981.

- _____ Teoria da Ciência do Direito. Saraiva, S. Paulo, 1974.
- COSSIO, Carlos. La Teoria Egologica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad. Buenos Aires, 1944.
- CRETELLA Junior, José. A Administração Pública. "in" A Constituição Brasileira (Interpretações), II Forum Jurídico, pags. 94 e segs., Forense Universitária, 1a. ed., Rio, 1988.
- _____ Tratado de Direito Administrativo. Forense, 1a. ed., Rio, 1966.
- DALLARI, Adilson Abreu. Suspensão dos efeitos do ato administrativo. Rev. Dir. Pub., n. 61, RT, S. Paulo.
- DINIZ, Maria Helena. A Ciência Jurídica. Edit. Resenha Universitária, S. Paulo.
- _____ Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. Saraiva, S. Paulo, 1988.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica. Forense, Rio, 1978.
- FERREIRA Fº, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira. Edit. Saraiva, 3ª ed., 1983.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discricionariedade: poder ou dever? "in" Curso de Direito Administrativo., RT, S. Paulo, 1986 b.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O Controle da Moralidade Administrativa. Saraiva, S. Paulo, 1974.
- _____ Introdução ao Direito Processual Administrativo. Edit. RT - S.Paulo.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Direito Constitucional (Teoria da Constituição - As Constituições do Brasil). Edit. Forense, Rio, 1976.
- FREITAS, Gilberto Passos e Vladimir Passos de. Abuso de Autoridade. Edit. RT, 3ª ed., S.Paulo, 1987.
- GORDILLO, Augustin. Tratado de Derecho Administrativo. Ediciones Macchi, Córdoba, Buenos Aires, 1979.

- KALINOWSKI, Georges. Concepto, Fundamento y Concrecion del Derecho. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.
- LANDI, Guido e Giuseppe Potenza. Manuale di Diritto Amministrativo. Giuffrè Editore, quinta edizione, Milano, 1974.
- LATORRE, Angel -; Introdução ao Direito. Livraria Almedina, Coimbra, 1978.
- LEITE, Luciano Ferreira. Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial. Edit. RT, S. Paulo, 1988.
- MASAGÃO, Mário. Curso de Direito Administrativo. S. Paulo, RT, 1977.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. Forense, Rio, 9a. ed., 3a. tiragem, 1984.
- MAYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951.
- MELLO Fº, José Celso. Constituição Federal Anotada. Edit. Saraiva, 1984.
- MERKL, Adolfo. Teoria General del Derecho Administrativo. México, Edit. Nacional, 1980.
- MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. Edições e Publicações Brasil Editôra S.A., S. Paulo, (trad. de Gabriela de Andrada Dias Barbosa, do original francês).
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e Discricionariedade. Forense, Rio, 1989.
- NICZ, Alvacir Alfredo. A Liberdade de Iniciativa na Constituição. Edit.Rev. dos Tribs.,1981,S.P.
- OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Conceituação do Direito Administrativo. "in" Rev. Dir. Adm. 120/14, 121/16.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Ato Administrativo. RT, S. Paulo, 1978.
- PALLIERI, Giorgio Balladore. A Doutrina do Estado. Coimbra Editora. LDA.,1a. ed., Coimbra, 1969, (trad. Fernando de Miranda, do original italiano Dottrina dello Stato, 2a. ed., 1964).
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Estudos de Direito Administrativo. Atlântida Editora, S.A.R.L., Coimbra, 1968.

- RAO, Vicente. Ato Jurídico. Max Limonad, S. Paulo, 1961.
- REAL, Alberto Ramon. El control de la administración. Rev. Dir. Pub., n. 32, RT, S. Paulo.
- REALE, Miguel. Direito Administrativo (Estudos e Pareceres). Edit. Forense, 1ª ed. 1969.
- RÉGNIER, João Roberto Santos. Discricionariedade e Revisão Jurisdicional. Dogma de Impossibilidade. Rev. do Inst. Adv. do Paraná, vol. 15, 1990.
- _____ Ato Administrativo - Desapropriação. Relação jurídica criada por ato administrativo anterior - Disposição pelo poder público - Possibilidade, limites e efeitos. "in" Rev. de Dto. Pub., n. 90, abril/junho 1989, RT, S. Paulo.
- _____ Decreto-lei em matéria tributária. Fatores de Desequilíbrio do Sistema Constitucional Brasileiro. Revista de Direito Tributário, nº 36, 1986.
- ROLLAND, Louis. Précis de Droit Administratif. Dalloz, deuxième édition, Paris, 1928.
- SALDANHA, Néelson. Hipertrofia do Executivo e Controle Democrático. RDP, vol. 77, S.P., 1986.
- SAMPAIO, Nelson de Souza. O Estado de Direito como Estrutura Política, seu Conceito e Características. VII Conferência Nacional da OAB - ANAIS - Curitiba, 1978.
- SCAFF, Fernando Facury. O Controle Jurisdicional da Administração Pública. RDP, vol. 84, S.P., 1987.
- SILVA, Almiro do Couto. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. RDP nº 84, S.P., 1987.
- SILVA, Clovis do Couto. Fontes e Ideologia do Princípio da Supremacia da Constituição. Revista Jurídica, vol. 38, pags. 57-66. Org. Sulina, P. Alegre.
- SLAIB FILHO, Nagib. Razoabilidade e discricionariedade administrativa, Rev. Dir. Pub., n. 85, S. Paulo, 1988.

- SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionariedade e Revogação do Ato Administrativo. Rev. Dir. Pub., n. 79, RT, S. Paulo.
- TÁCITO, Caio. Bases Constitucionais do Direito Administrativo. Rev. Dir. Pub., n. 81, RT, S. Paulo, 1987.
- _____ Direito Administrativo. Saraiva, 1975.
- _____ Controle Judicial da Administração Pública na Nova Constituição. RDP, vol.91 - S.P., 1989.
- VERNENGO, Roberto José. Curso de Teoria General del Derecho. Buenos Aires, 1977.
- VILANOVA, José. Elementos de Filosofia del Derecho. Abeledo Perrot, 2ª ed., Buenos Aires.
- VILANOVA, Lourival. Fundamentos do Estado de Direito. Rev. Dir. Pub., n. 43/44, RT, S. Paulo, 1977.
- ZANOBINI, Guido. Corso di Diritto Amministrativo. A. Giuffrè Editore, Milão, 1968.

3. Consulta indireta (autores referidos):

- BONNARD, Roger. Précis du Droit Administratif. Paris, 1943.
- _____ Le Pouvoir Discretionnaire des Autorités Administratifs et le Recours pour Excès de Pouvoir. Revue du Droit Public, Paris, 1923.
- BONNECASE, Julien. L'ecole de l'exégèse en droit civil. Paris, 1924.
- D'ALESSIO, Francesco. Instituzione di Diritto Amministrativo Italiano. Turim, 1932-1934.
- DUBISSON, Michel. La Distinction entre la Legalité et l'Opportunité dans la Théorie du Recours pour Excès de Pouvoir. Paris, 1958.
- DUGUIT, Léon. Traité de Droit Constitutionnel. Paris, 1921.

- EISENMANN, Charles. Le Droit Administratif et le Principe de Legalité. Études et Documents, Fascículo II, 1957.
- GIANNINI, Massimo Severo. Lezioni di Diritto Amministrativo. Vol. I, Milão, 1950.
- HAURION, Maurice. Précis de Droit Administratif et de Droit Public. Paris, 1927.
- JELLINEK, Walter. Verwaltungsrecht. 3a. ed., 1948.
- JÈZE, Gaston. De la Verification des Motifs Déterminants sur la Validité des Actes Juridiques. R.D.P., Paris, 1922.
- LAUN, Rudolf von. Das freie Ermessen und seine Grenzen. 1910.
- LUCIFREDI, Roberto. Spunti costruttivi per una teoria del contenuto degli atti amministrativi. Scritti giuridici in onore di Santi Romano, vol. II, 1940.
- MICHOUD, Léon. Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Revue Générale d l'Administration, 1914, Tomo III e 1915, Tomo I.
- SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa. Primeira edición, Madrid, Editorial Civitas, 1976.
- SIMI, Valente. Il Potere Discrezionale come Carattere Essenziale della Pubblica Amministrazione. Revista Trimestrale di Diritto Pubblico, Ano X, 1960.
- STASSINOPOULOS, Michel. Traité des Actes Administratifs. Atenas, 1954.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo. Tratado da Consequência, 2a. ed., Bushatsky, S. Paulo, 1962.
- VEDEL, Georges. Droit Administratif. Paris, 1977.
- VENEZIA, Jean-Claude. Le Pouvoir Discrétionnaire. Paris, 1959.
- WALINE, Marcel. Précis de Droit Administratif. T.I., Paris, 1969.
- _____ Le Pouvoir Discretionnaire de l'Administration et sa Limitation par le Contrôle Jurisdictionnel. Revue du Droit Public, Paris, 1930.