A DISCRIÇÃO ADMINISTRATIVA

JOÃO LEITÃO DE ABREU
Prof. na Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO: *Regime de polícia. Regime de direito. Separação de poderes. Contrôle jurisdicional. Poder administrativo. Atos subtraídos ao exame do Judiciário. Ampliação das atividades discricionárias da Administração. Órgãos quase-judiciais. Regime de legalidade.*

Sob o império das doutrinas que sòmente reconheciam independência ao poder do Estado na hipótese de o príncipe encontrar-se inteiramente desvinculado do direito público, aos súditos não se reconhecia direito a exigir do soberano reparação dos danos sofridos em conseqüência de atividade administrativa exercida pelos seus agentes.

A administração pública, integrada na soma de poderes do governante, não se achava, por conseguinte, subordinada ao direito, pois, se, ao dispor, legislativamente, quanto às relações jurídicas entre os particulares, o monarca assegurava a êstes, mediante a instituição de órgãos jurisdicionais, os meios de obter o adimplemento das obrigações civis de que fôssem credores, ao emanar, contudo, normas de caráter público, não conferia aos particulares o direito de provocar exame judicial acêrca de reclamações fundadas em normas dessa natureza.

A vontade do Estado, como titular da soberania, considerava-se, então, de natureza substancialmente diversa da vontade do súdito, a quem, dada a sua inferioridade jurídica, não era lícito fazer valer, por meio coativo, qualquer pretensão relativamente ao poder público.

Da superioridade incontrastável do príncipe, em face dos particulares, não se deve inferir, todavia, que a atividade administrativa se haja desenvolvido sempre, no regime de polícia, inteiramente desembaraçada de sujeição a normas de qualquer natureza.

Tendendo a atividade administrativa à promoção, por meios racionais, da utiildade pública, nem por se achar, sob o regime de polícia, ao largo dos empeços hoje oferecidos, ao seu livre exercício, pelos direitos subjetivos públicos individuais, deixava de conformar-se a regras preestabelecidas, porisso que o poder público admitia, em certo

gráu, no caso de inobservância dessas normas, a manifestação de recursos pelos particulares prejudicados.

Bem que o monarca, como suporte da soberania, se encontrasse, nessa época, a *legibus solutus*, já nos órgãos executivos da vontade estatal não se verificava a mesma latitude de ação característica do soberano, não só porque êste lhes traçava ao funcionamento determinadas normas, como ainda porque os referidos organismos burocráticos, levados da necessidade de imprimir harmonia e eficiência à sua atividade, segregavam, ainda, diretivas internas obrigatórias para os agentes administrativos sôbre os quais lhes cabia inspeção.

O estabelecimento de um estado de subordinação entre os órgãos do poder público, bem como entre os agentes encarregados da tarefa de realização dos serviços estatais, denuncia, não já a formação, mas a própria existência do princípio hierárquico, constitutivo, segundo HAURIOU, de um freio e de uma disciplina ao poder do Estado.

Quer as diretrizes internas da administração tirem a sua obrigatoriedade, como postula o decano da Faculdade de Direito de Toulouse, do teor de moralidade que lhes é inerente, quer a sua observância se imponha em razão da utilidade que representa para a realização dos fins característicos da atividade administrativa, o certo é que delas decorre, para os administrados, por via indireta, contra os excessos do administrador, uma defesa que, se não é plenamente eficaz, reveste ao menos certa consistência.

Embora o *quid* de obrigatoriedade dessas diretrizes internas não opere a criação, para o particular, de direito pròpriamente tal, pois que a obrigatoriedade referida só se reputa existente no fôro interno da administração, o interêsse do poder público em que essas diretrizes recebam, de parte dos seus agentes, estrita observância, faz que o mesmo atribua ao administrado, que haja sofrido dano, em conseqüência da infração de algumas daquelas regras de procedimento, a faculdade de recorrer dêsse ato para a autoridade hieràrquicamente superior.

Não é cabível, por certo, identificar essa situação do administrado à resultante do que, modernamente, se denomina "reflexo de direito", visto que efeito jurídico dessa natureza não pode ter existência senão no regime de legalidade.

Não impede tal circunstância, entretanto, que se vislumbre, naquela faculdade outorgada ao particular, algo de semelhante à situação decorrente do "reflexo de direito", pois que, como a norma de direito objetivo, a diretriz interna da administração visa um fim de interêsse geral, e só por via oblíqua ou reflexa dá nascimento a um benefício para o particular.

Outorgado ao particular o uso de recurso contra atos dos agentes do soberano, não é, pois, de afirmar-se, *simpliciter*, que a atividade administrativa então se exercia discricionàriamente, dado que, em virtude da possibilidade de revisão, provocada pelo administrado, de medida de inferior hierárquico infringente do ordenamento interno da

organização burocrática, a discricionaridade se exercitava segundo normas disciplinadoras do funcionamento do serviço público.

Como ao monarca era livre dispensar na observância dessas normas, não se pode asserir, porém, achar-se a atividade administrativa vinculada, em sentido próprio, já não à lei, mas às mesmas diretrizes burocráticas internas. Enquanto não dispensada, contudo, a observância das diretrizes em questão, cabe afirmar que a discrição administrativa, ainda que não subordinada às condições postas ao seu exercício no estado de direito, não era, no regime de polícia, plenamente livre.

No regime de polícia, "compete ao príncipe, privativamente, a imensa tarefa de prosseguir os fins do Estado. Se lhe permitisse a natureza humana, êle faria tudo sòzinho, de maneira que, em princípio, tôda a administração pública constitui objeto imediato de sua atividade".[1]

Sem encontrar limitação no direito, a atividade do príncipe desenvolvia-se segundo as sugestões de sua vontade soberana. Igual liberdade de ação não era deixada, por êle, no entanto, aos seus funcionários, que, na realização dos fins do Estado, se achavam vinculados às normas editadas pelo governante.

Os órgãos incumbidos da execução da vontade estatal não se subordinavam, pois, efetivamente, senão à pessoa do soberano, com a qual se consubstancializavam as normas por êle baixadas.

A *suprema potestas*, que residia, então, na pessoa do monarca, passou, no entanto, com o volver dos tempos e o progresso da organização política do Estado, primeiro para a pessoa ideal dêste, em cujo nome era exercida pelo soberano, e, depois, originàriamente, para o povo, cuja vontade havia de encontrar meio idôneo de expressão, na lei votada pelos seus representantes, recrutados eleitoralmente.

Mesmo antes de se haver verificado o trânsito da soberania do príncipe para o povo, já em França os tribunais de justiça, cuja independência, relativamente ao poder real, era assegurada pela venalidade dos ofícios, procuravam submeter à sua jurisdição, além das demandas cujos sujeitos fôssem particulares, as questões surgidas entre êstes e os funcionários reais, em virtude de lesão de direito praticada pelos últimos contra os primeiros, no desempenho de suas funções.

Não obstante a reação do poder real contra as tentativas dos tribunais, no sentido de coagir os agentes públicos a reparar danos causados a particulares, ou a sustar constrangimento injusto exercido sôbre êstes, na medida em que o soberano haja tolerado essa interferência, terá ganho terreno, contudo, o movimento tendente a submeter a atividade administrativa ao império da lei.

Com o deslocamento da soberania para o povo, e dêste, mediante representação, para os parlamentos, a lei, como veículo da vontade geral, assumiu a suprema direção dos órgãos executivos dessa vontade.

Sob êsse novo estado de coisas, portanto, o poder legislativo alcança preeminência sôbre os mais poderes estatais, cuja submissão

1 Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, I, Partie Générale, p. 44.

aos comandos abstratos da lei se quer a mais completa. Tão completa que, ainda ao próprio poder judiciário não pareceu acertado à assembléia constituinte francesa deixar inteira independência no aplicar a lei aos casos concretos, pois que o seu intuito, quando instituiu o Trbunal de Cassação, foi o de criar, não um órgão integrado no judiciário, mas dotado de superioridade sôbre êste, dada a função que lhe competia de sôbre o mesmo exercer vigilância, na qualidade de prolongamento do legislativo. [2]

Nessa fase de absorção no legislativo de todo o poder estatal, em que se não abria margem ao judiciário — segundo Gény — senão para aplicar a lei, nas suas disposições claras e precisas, sem lhe ser facultado interpretá-la, no caso de dificuldade real e séria sôbre o seu conteúdo, não podia haver lugar para o exercício, por parte da administração, de discricionaridade em sentido técnico.

Em tal regime, em que se havia como completa e perfeita a expressão da vontade geral mediante a lei, supunha-se nesta a inexistência de falhas ou lacunas, bem como a sua idoneidade para caracterizar, com minúcia, as circunstâncias ou condições de sua aplicabilidade. Na vigência dessa concepção, não seria, realmente, de deixar à partição administrativa do poder a faculdade de decidir entre alternativas na execução da vontade da lei, dado que esta se presumia determinar, com inteira exatidão, os elementos que deveriam presidir às decisões dos órgãos da administração pública.

Os fatos não tardaram a revelar, no entanto, que a tese defendida pelos constituintes franceses, qual seja a da capacidade do instrumento legislativo para dispor exaustivamente sôbre tôda a matéria tocante, assim à atividade particular, como à estatal, não podia ser recebida sem temperamento. Desde logo se evidenciou, com efeito, não poder o legislativo, em grande número de casos, prever exatamente tôdas as hipóteses e condições de aplicabilidade da lei, fazendo-se necessário, pois, para que esta operasse os seus resultados, maleabilizá-la, mediante a asseguração de certa liberdade no adequá-la aos casos não previstos.

Operou-se, em conseqüência disso, uma retificação de conceitos quanto ao papel da lei como fator de ordem social, bem como quanto à posição do órgão legislativo diante dos demais órgãos do Estado. Não atingiu, contudo, tal revisão de conceitos, o princípio da impreteribilidade de norma legal para fundamento de qualquer medida do poder público contra o indivíduo. Nesse princípio, que se encontra na base do regime de direito, conjugado com o sistema de equilíbrio dos órgãos estatais, tem residido a garantia mais eficaz do indivíduo contra a prepotência do grupo político detentor do poder.

Pela fórmula do equilíbrio dos poderes, ao invés da superioridade de um sôbre os outros, o que se tem é a paridade entre todos, resultante da proibição de algum invadir as atribuições específicas dos

2 François Gény, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, p. 76.

demais, ou de interferir nas decisões tomadas por êstes no exercício de sua competência.

A construção mais rigorosa da doutrina da interdependência das funções governamentais é a que oferece a jurisprudência da Suprema Côrte dos Estados Unidos, num de cujos arestos se postula como essencial ao êxito do sistema da separação de poderes, havido como elemento específico da democracia no regime constitucional americano, não só que as linhas divisórias dos três ramos do govêrno, — legislativo, judiciário e executivo, — se achem larga e claramente definidas, como também que às pessoas investidas de poder, em qualquer dêsses departamentos, seja vedado invadir as atribuições relativas aos demais, devendo cingir-se, antes, ùnicamente, ao exercício dos poderes do seu próprio departamento.[3]

É certo que a definição teórica dêsse sistema não se encontra inteiramente a salvo de críticas, dado partir da possibilidade de serem traçadas linhas divisórias precisas entre as funções dos três ramos do govêrno. Para KELSEN,[4] entre outros, êsse axioma de organização política não é confirmado pela realidade, tanto porque a distinção entre as funções básicas do Estado, — edição e aplicação da lei, — possui apenas caráter relativo, pois inúmeros atos estatais são ao mesmo tempo "law creating and law applying acts", como ainda porque não há ordem legal de estado moderno que prive a administração e o judiciário de criar normas gerais, isto é, de legislar, e de legislar não sòmente do ponto de vista da criação das leis costumeiras, ou de costume com fôrça de lei, mas de legislar diretamente com assento na Constituição.

A impossibilidade de se traçarem, com precisão geométrica, as linhas divisórias dos três departamentos do govêrno não obstou, entretanto, a que o sistema se haja revelado, na ordem prática, de real valia para conter a ação estatal em seus devidos limites e resguardar, assim, os indivíduos contra agravos resultantes de excessos praticados pelos titulares da autoridade.

Não importa, em verdade, que, excepcionalmente, os diferentes órgãos do poder pratiquem atos que não pertençam à sua competência específica, desde que para tanto encontrem autorização legal explícita ou implícita. O que se exige, é que, ao praticarem êsses atos, uns não usurpem atribuições de outros.

Conquanto a separação de poderes não pertença à essência do regime de legalidade, encontrou êsse regime, na interdependência dos ramos do govêrno, garantia sobremodo eficaz de sua estrita observância. Não teria sentido prático, em verdade, a subordinação do Estado à lei, se a ordem jurídica não providenciasse quanto aos meios de tornar efetiva essa sujeição, concretizada pela competência conferida ao judiciário para exercer amplo "contrôle" sôbre a atividade do poder administrativo e, mesmo, nos países de constituição rígida, sôbre

3 Kilbourn v. Thompson, 103 U. S. 168, 190f., in Hans Kelsen, *General Theory of law and state*, p. 269.

4 Ob. cit., p. 269 *et passim*.

o próprio legislativo, por fôrça da faculdade, que aí lhe é atribuída, de decretar a inconstitucionalidade das leis. Êsse pronunciamento, pelo judiciário, da incompatibilidade entre lei ordinária e a lei fundamental só se admite, no entanto, em casos concretos, levados ao seu conhecimento, e opera os seus efeitos apenas no afastar a incidência da lei inconstitucional sôbre a espécie decidida. Não reveste, portanto, decisão jurisdicional dessa natureza virtude revogatória da lei impugnada, que continuará a ter vigência enquanto não revogada pelo legislativo.

Cabendo ao poder judiciário, no regime de direito, conhecer, em regra, de tôdas as questões surgidas com fundamento na lei, compete-lhe, realmente, não só dirimir litígios entre particulares, como acontecia, no regime de polícia, como ainda os nascidos entre êstes e o próprio Estado.

Cobrindo todo o campo de aplicação da lei, a jurisdição se exerce, pois, em princípio, sôbre tôda a atividade, assim das pessoas de direito privado, como das de direito público. A essa regra, quanto aos atos das pessoas administrativas, houve mister, no entanto, abrir exceções, já porque não era possível admitir o contraste jurisdicional dos atos praticados pelo poder executivo no uso de suas prerrogativas políticas, já porque se impunha conceder à administração pública, em prol de sua flexibilidade de ação, a necessária liberdade no aplicar a lei aos casos concretos.

Quanto aos atos praticados pelo poder executivo no exercício de suas prerrogativas políticas, há quem justifique a sua exclusão do conhecimento do judiciário com o afirmar que se trata de providências não contidas, pròpriamente, na competência de nenhum dos três ramos do govêrno, mas que incumbem, antes, a um quarto poder, cuja competência se acharia integrada pelo resíduo das atribuições dos demais órgãos do Estado. Sòmente os três órgãos estatais, cujos poderes se acham enumerados no instrumento constitucional, estariam, a teôr dessa doutrina, submetidos ao princípio de legalidade, tocando, porém, ao poder constituido pela competência residual das outras funções, plena independência.

Da circunstância de se achar o executivo intitulado à prática de atos dos quais ao judiciário não é lícito conhecer, não se infere, todavia, a existência necessária de um quarto poder, titular de plena soberania e, como tal, inteiramente livre de tôda sorte de subordinação. No regime ou estado de direito, todo poder há de estar subordinado à ordem legal. Se, quanto a certos atos, se acha vedado o contraste jurisdicional, não decorre tal proibição da peculiar natureza do órgão de que o ato haja emanado, mas do fato de haver a própria lei considerado conveniente afastar da interferência revisora do judiciário determinadas providências governamentais, dados os embaraços que essa interferência poderia acarretar.

Ainda quando o poder executivo exerce a sua atividade fora da esfera de aplicação da lei, ou a salvo de direção da parte desta, não se tem, como quer Otto Mayer, sobrevivência parcial do regime de

polícia. A falta de regência legal sôbre qualquer matéria não importa, com efeito, um vácuo na ordem jurídica. Embora o sistema da plenitude lógica da ordem legal, idealizado pelos constituintes franceses, não tenha correspondido à realidade, dada a impotência legislativa para regular, com minúcia e propriedade, tôdas as hipóteses e condições de aplicação da lei, não se foi levado, porisso, a adotar o sistema de restringir a disciplina jurídica a determinada área, e deixar, quanto à restante, a atividade pública e privada ao desabrigo de qualquer direção de parte da lei.

O comando abstrato da lei não se exerce apenas quando esta enuncia, positivamente, as regras que hão de pautar a atividade dos particulares e do poder público. Essa direção se estabelece, por igual, quando, ao invés de prescrever, diretamente, qual o comportamento exigido dos destinatários de suas normas, a lei resolve silenciar quanto à disciplina do *modus agendi* das pessoas públicas e privadas. Na medida em que a ordem legal é silenciosa, descreve-se, no dizer de KELSEN, uma esfera de liberdade para os indivíduos e para os órgãos do poder. A liberdade resultante da omissão legal corporifica-se, destarte, não por efeito da existência de um vácuo na ordem jurídica, mas precisamente porque a lei, por forma indireta, expressou a sua vontade no sentido de que o comportamento das pessoas de direito público ou privado não esteja, a tal ou qual respeito, sujeito a disciplina. Demais disso, releva assinalar que a liberdade resultante da ausência de disciplina legal deve ainda ser entendida em têrmos, porquanto sôbre a zona de ação não sujeita ao regime do direito positivo, é fôrça reconhecer a existência de normas não escritas, decorrentes, não só de costume, como da própria ordem natural.

Entre os três ramos do govêrno é, sem dúvida, ao poder administrativo que a lei confere maior soma de liberdade, exercitada sob o *nomen juris* de discrição, havida, por alguns, como peculiaridade dessa partição do poder, ao passo que, para outros, o mesmo é falar em discricionaridade e administração, pois que, entre essas vozes, existiria total identidade.

A identificação da referida faculdade com a administração só era cabível, no entanto, no regime de polícia, em que, achando-se a atividade administrativa desembaraçada de sujeição à lei, pode dizer-se que o seu exercício se realizava, dado ao vocábulo o seu sentido técnico, sob plena discricionaridade. No regime de direito, entretanto, em que a discricionaridade administrativa só se verifica nos limites prefixados por lei, a identificação apontada é de manifesta improcedência, como improcedente é, ainda, o ponto de vista que faz da discrição peculiaridade do poder administrativo.

De parte o exame do problema quanto ao poder legislativo, cujas funções, ao menos nos regimes de constituição de tipo rígido, não se exercem livremente, senão nos limites postos pelo documento constitucional, não é possível desconhecer a existência do uso de discricionaridade pelo órgão incumbido de dizer o direito.

Constitui a discrição, para Adolfo Merkl, necessidade fundada jurídico-teòricamente na essência da execução como concretização de norma abstrata. Não provém, assim, no sentido do mesmo autor, de deficiência inevitável da técnica ou da linguagem legal, que deixaria margem para o seu exercício em virtude de falta de meios de expressão.

Ora, a execução da lei pela concretização de norma abstrata, tanto é operada pelo poder administrativo, quanto pelo judiciário, pôsto que êste, na referida tarefa, possua, como finalidade, a realização do direito, ao passo que aquêle, consoante assinala o professor Rui Cirne Lima, não se desenvolve, necessàriamente, a serviço do direito, mas apenas dentro nêle. Quando o poder administrativo, na realização dos fins de utilidade pública a que se acha adstrito, aplica norma abstrata a caso concreto, a operação lógica do que se serve é de todo idêntica à usada pelo judiciário ao decidir lide submetida a seu julgamento. A diferença está em que o ato administrativo, além de revogável, em princípio, pelo poder que o praticou, não é conclusivo relativamente ao poder judiciário, que, salvo as hipóteses de atividade não vinculada, pode conhecer, mediante provocação da parte, de ato por esta impugnado, e decretar a sua anulação, se em desconformidade com a lei.

A discrição que se reconhece ao poder administrativo na aplicação da lei a casos concretos não pode ser negada, porisso, ao judiciário, quando, no exercício da competência jurisdicional, a ordem legal lhe deixar certa latitude de apreciação para adequar a norma à espécie, que fizer objeto da controvérsia. A discricionaridade judiciária assume, porém, maior relêvo nas hipóteses em que o juiz, quando a lei fôr omissa, está autorizado a decidir de acôrdo com a norma que editaria como legislador, ou, consoante se expressa a vigente Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, a decidir, também na hipótese de omissão da lei, de acôrdo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Assentado, pois, que a discrição não é peculiaridade do poder administrativo, nem com êste se identifica, cumpre examinar as circunstâncias em que é assegurado o seu uso no plano da administração pública.

A discrição administrativa pode ter por fonte o silêncio da lei ou disposição expressa desta. Autores há que incluem, ainda, entre as causas justificativas da discrição a necessidade pública. Não parece, entretanto, que a necessidade pública possa constituir fundamento autônomo do uso da referida faculdade, uma vez que o ato administrativo provocado pela necessidade pública só não estará sujeito à revisão judiciária, quando atingir interêsse de particulares, na hipótese de considerar a lei as medidas tomadas em vista daquele imperativo como isentas de contraste jurisdicional. Nesse caso, portanto, a necessidade pública não autoriza, de per si, o uso de discrição, mas esta se exerce porque a lei afasta, a respeito dos atos fundados em tal motivo, o "contrôle" do judiciário.

Verifica-se a existência de discrição em virtude do silêncio da lei, quando esta, intencionalmente ou não, abstendo-se de estabelecer

determinação maior quanto aos pressupostos em que deve assentar o ato, deixa a caracterização dêstes ao prudente critério da administração.

É discricionário o ato por disposição expressa de lei, quando esta, de modo perentório, o declare subtraído à apreciação judiciária.

Salvo hipótese, ocorrente, por exemplo, no que entende com as questões meramente políticas, em que o ato é discricionário, por disposição expressa de lei, quanto a todos os seus aspectos, em regra sob a discricionaridade não se acobertam todos, mas apenas um ou mais aspectos do ato administrativo.

Os aspectos dos atos administrativos comumente subtraídos ao exame judicial são os que respeitam aos pressupostos de fato a que a lei condiciona a sua aplicação aos casos concretos. Tem-se, aí, não um ato inteiramente desvinculado, mas sujeito, em parte, à disciplina legal. Relativamente a essas medidas do ramo administrativo do poder, não está o judiciário inibido de verificar se a operação lógica conducente à decisão governamental se acha corretamente deduzida. O que lhe não é lícito, é perquirir se o estado de fato, pressuposto pela lei como condição de sua aplicabilidade, corresponde ao que provocou a providência administrativa impugnada.

Nesse sentido é que se afirma, pois, que a discrição administrativa consiste na possibilidade de se praticarem atos, baseados em considerações não inteiramente suscetíveis de prova.[5] Os motivos do ato, em tal caso, são referidos pela lei à discrição dos trabalhadores públicos, não cabendo o seu exame, desta sorte, ao poder incumbido da realização do direito.

Se a administração, todavia, ainda que não obrigada a fazê-lo, declara o motivo que a levou a praticar o ato, abre-se, então, ao judiciário a possibilidade de verificar se o motivo invocado coincide com a situação de fato em que consistia o seu pressuposto. Êsse motivo passa a constituir, nesse caso, segundo a "Teoria dos motivos determinantes",[6] a razão jurídica de ser do ato, que não terá validade, se o motivo determinante de sua prática não corresponder ao estado de fato existente.

A ineficácia do ato expedido em tais condições decorre, no tocante ao direito comum, de texto de lei, dado que o Código Civil, recolhendo e generalizando a tradição do direito romano, estatui, no art. 90, que "só vicia o ato a falsa causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição".

A causa aludida nesse dispositivo não é, porém, no rigor filosófico, a causa eficiente, porquanto essa expressão designa, ou o fenômeno que produz outro, ou, ainda, o ser que produz uma ação. Trata-se, pelo contrário, da causa final, que exprime o fim em vista do qual se pratica um ato.

Entre nós, a lei dispõe, expressamente, acêrca da forma por que se há de exercer, pelos tribunais, o que se denomina "contrôle" da

5 Ernst Freund, *Administrative powers over persons and property*, p. 71.
6 Gaston Jèze, *Principes Généraux de Droit Administratif*, vol. III, ps. 210 e 276.

legalidade dos atos administrativos. Sôbre o assunto assim se enuncia, no art. 13, § 9.º, *a*, a Lei n.º 221: "Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativos em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade".

Não poucas têm sido as dificuldades encontradas, porém, para determinar até que ponto pode estender-se a curiosidade judiciária no exame da legalidade dos atos administrativos, pois não raro importa investigar questões relativas a mérito, com o objetivo de aferir a legalidade do ato praticado pela administração. A questão se acha posta, entretanto, em seus devidos têrmos, no recente voto do Ministro Castro Nunes, pronunciado na qualidade de relator dos embargos na apelação cível n.º 7.307. [7] Afirma, nesse voto, o referido ministro do Supremo Tribunal que "a apreciação do mérito interdita ao judiciário é a que se relacione com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos, que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa, ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na ilegalidade por indevida aplicação do direito vigente".

Nem só na prática de atos administrativos usa o poder público, contudo, da discrição que lhe é assegurada pela ordem jurídica. Essa mesma faculdade é exercitada, ainda, pela administração no tocante a outras decisões, entre as quais avultam as decorrentes do exercício do poder de polícia.

As ordens ou proibições de polícia, mediante as quais — segundo RUI BARBOSA —, se assegura ao gôzo de todos os direitos a estabilidade e a tranquilidade indispensáveis, são formuladas, freqüentemente, nas chamadas leis de polícia, largamente informadas pela discricionaridade conferida ao poder público para limitar ou regular o exercício dos direitos individuais. Porisso que o poder de polícia é deferido à administração para o efeito de tornar possível, dentro da ordem, o concorrente exercício de tôdas as atividades e a conservação perfeita de tôdas as propriedades, [8] é jurìdicamente exercitável na medida em que tender à realização dêsse objetivo, e não ferir direito individual constitucionalmente garantido.

Qualquer que seja a forma, por que se exteriorize a discrição administrativa, cumpre ter presente, para bem apreender o caráter sob que a mesma se exerce, a sutil observação de James Goldschmidt, para quem a discrição não corresponde, pròpriamente, a uma faculdade, mas, antes, a um dever. Consoante êsse ponto de vista, a administração é obrigada, porque a lei assim o entende conveniente, a proceder, em determinados casos, discricionàriamente, não lhe sendo permitido, portanto, renunciar o uso dessa prerrogativa, para com-

7 *Revista de Direito Administrativo*, vol. III, janeiro de 1946, p. 96.

8 Rui Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires, tomo V, p. 317.

prometer-se, com anterioridade, a certo comportamento, que a lei impõe só se defina, por forma discricionária, em face das sugestões decorrentes da maneira como se apresentarem os fatos. Por fôrça dessa impossibilidade de renúncia do uso de discrição, protege-se a liberdade do poder administrativo contra a própria administração, da mesma sorte que, no plano do direito civil, a liberdade individual se acha garantida contra o próprio indivíduo.

De parte dos espíritos formados na escola liberal, a discrição administrativa jamais encontrou acolhida favorável, sendo, antes, suportada como um mal necessário. Não lhes parece, na verdade, que deixe de constituir anomalia reconhecer, aos agentes administrativos, a faculdade de aplicar a lei a casos concretos, a salvo da revisão judiciária. Para êles, representa êsse fato, de certa forma, a sobrevivência ou o restabelecimento do govêrno de homens, condenado pela consciência liberal, e substituido, segundo a sua melhor tradição, pelo govêrno de leis. Mas como lhes não é possível negar a necessidade da discrição, querem, ao menos, que o seu uso seja convenientemente regulado. [9]

A tendência predominante verificada, porém, no Estado contemporâneo, é no sentido de alargar sempre mais o campo da discricionaridade da administração. Essa tendência não é menos acentuada ainda nos países de formação liberal, tais como a Inglaterra, onde, pela voz do professor Harold Lasky, se afirma que a "discrição administrativa é da essência do Estado moderno". Por seu turno, nos Estados Unidos da América do Norte, administrativistas eminentes [10] revelam o crescimento da faculdade discricionária no corpo da administração pública, e explicam êsse fenômeno com a ascendência assumida pelo referido órgão do poder sôbre os demais, em conseqüência, não só do aumento constante da tarefa que lhe é incumbida, como do aperfeiçoamento dos processos técnicos, mediante os quais, no mundo contemporâneo, a administração prossegue a realização dos seus fins característicos.

Paralelo ao alargamento do âmbito da discricionaridade administrativa, toma corpo sôbre as restantes a supremacia dessa partição do poder. Já em 1919, assinalava o fato Roscoe Pound, no relatório por êle dirigido à "American Bar Association". Nesse documento, assevera Pound que, assim como, no século XVIII, e na primeira metade do século XIX, a hegemonia tocou ao legislativo, e, na segunda metade, coube ao judiciário, de igual sorte, no século XX, não é menos clara a supremacia da administração.

O poder administrativo, sob êsse novo estado de coisas, possui, a muitos respeitos, ampla liberdade de movimentos, não sendo mais possível manter, dessa forma, a afirmativa, já largamente sustentada, de que o judiciário o conserva, pelo exercício da faculdade revisora dos seus atos, sob invencível camisa de fôrça.

---

9 Ernst Freund, ob. cit., p. 102.

10 Marshall E. Dimock, *The role of discretion in modern administration*, trabalho publicado à p. 45 do livro *The Frontiers of Public Administration*.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

A profissionalização dos agentes adscritos ao serviço público, e a sua conseqüente idoneidade técnica para orientar, com segurança, ao abrigo da interferência de outro órgão do poder, os responsáveis pela gestão administrativa do Estado, quanto aos intrincados problemas oriundos da crescente complexidade dos assuntos que reclamam solução, tem exercido, por certo, influência ponderável no sentido de subtrair certos aspectos dos atos executivos ao "contrôle" judiciário. Como as questões técnicas por técnicos devem ser julgadas, e êstes se encontram, com mais freqüência, no que respeita a assuntos administrativos, no quadro dos agentes do poder executivo, vem a lei instituindo, no seio dessa partição do govêrno, organismos incumbidos de tarefa materialmente jurisdicional. As decisões proferidas por êsses órgãos, — as chamadas entidades quase-judiciais, — não se encontram, por inteiro, entretanto, fora do alcance da atividade revisora do poder especìficamente encarregado de dizer o direito.

A revisão, por êsse poder, das decisões das entidades quase-judiciais só é cabível, em regra, quanto à aplicação do direito em tese, incidindo, pois, sôbre questões de fato, a cujo respeito a decisão do referido órgão administrativo dispõe de conclusividade.

A formação dêsses organismos, no campo do poder executivo, denota, por um lado, o reconhecimento da idoneidade técnica dos trabalhadores públicos pertencentes ao ramo administrativo do govêrno, e, por outro, o desaparecimento gradual do preconceito, que remonta a velhos tempos, da falta de isenção do poder executivo, quando decide questões em que se achem envolvidos direitos de particulares.

Nessa isenção, que constitui pressuposto do deferimento, ao poder administrativo, da faculdade de proceder discricionàriamente, na medida prefixada em lei, assenta, ainda, a competência atribuída a êsse órgão governamental para exercer atividade legislativa, seja pela expedição de decretos-leis, seja pela de decretos e regulamentos.

A liberdade administrativa, consistente na faculdade de escolha exercida por meio de discrição, constitui, além do mais, fonte preciosa de orientação para o próprio poder legislativo, que, freqüentemente, é levado a decretar a integração, na ordem legal, de normas induzidas do comportamento administrativo em face de questões reservadas à sua apreciação discricionária. Vislumbra-se, destarte, no procedimento administrativo, protegido pela discricionaridade, irrecusável função de preparar o terreno para a edição da lei.

A transformação em direito positivo, pelo órgão formalmente incumbido de legislar, de normas fixadas pela administração, quando estabelece diretrizes à sua atividade desvinculada, concorre, por certo, para fortalecer a posição do poder executivo. Tal posição, contudo, é especialmente roborada, ainda, pela circunstância de se dever a êsse ramo do govêrno a iniciativa da maior parte das leis votadas pelo parlamento. Tamanhas proporções tem assumido essa influência da função administrativa sôbre a obra das legislaturas, que é corrente afirmar-se, hoje, pertencer-lhes essa obra, em grande parte, apenas formalmente. Provém daí a observação de Herman Finer, quanto

aos países anglo-saxônios, de que, "embora o parlamento, o gabinete e os presidentes reinem, a administração governa".

Mas se a atividade do poder administrativo alcança, no mundo contemporâneo, extensão e intensidade, que lhe conferem relêvo sôbre as demais partições do poder, nem porisso êle se acha livre para proceder de modo incompatível com os princípios informativos do regime de legalidade. Pode, é certo, ampliar-se a esfera de sua discricionaridade. O que se não permite é que a esta se substitua o arbítrio, como tal definido o procedimento injusto de quem quer detenha alguma parcela de poder público.