DO PODER DISCRICIONÁRIO

THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI *

Definição do tema. Diversas teorias. A motivação do ato administrativo. Medida do poder discricionário: critérios legais, critérios técnicos. O poder discricionário e a lei. Abuso de poder. Desvio de poder. Contrôle judicial. Conclusão.

Dos temas relacionados com a atividade administrativa e, muito particularmente, dos atos administrativos, aquêle referente à ação discricionária da administração é dos mais importantes, pelo roteiro que tem no comportamento da administração e pela natureza das relações atingidas por êsse tipo de decisões.

Se, em princípio, todo ato é comandado pela lei, existe com freqüência uma certa margem nessa vinculação, dentro da qual a autoridade administrativa tem a possibilidade de escolher e de fixar a medida de sua ação administrativa.

Essa medida é que se compreende naquilo denominado poder discricionário.

Não há unanimidade na sua conceituação e se fôssemos nos fixar em uma classificação escolheríamos aquela feita por Stassionopoulos, que em seu livro sôbre os Atos Administrativos nos apresenta uma boa discriminação: [1]

a) a primeira, que é a do próprio autor e que aceitamos, em parte, por coincidir com os conceitos que já emitimos sôbre a matéria, é a seguinte: a determinação, ou a capacidade de determinação do sentido de uma noção deixada imprecisa pela lei.

* Ministro do Supremo Tribunal Federal (aposentado), Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Diretor do Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas.

1 *Traité des Actes Administratifs.*

Há nisso a possibilidade de escolher, entre as diversas soluções, a melhor ou a que fôr julgada melhor, por motivos de conveniência, de oportunidade, de interêsse público.

Nem sempre é expressa essa faculdade de escolha, nem sempre a lei exprime critérios indeterminados; freqüentemente esta faculdade está implícita, decorre da própria natureza da função exercida.

O poder discricionário é inerente ao próprio ato em sua execução, na maneira de executar, na escolha dos meios e dos métodos de execução.

b) a outra considera discricionário todo poder que excede a área do direito subjetivo, ou, em sentido contrário, na opinião dos autores alemães, quando a lei fixa os limites do poder discricionário, deixando o remanescente para a proteção legal, como direito subjetivo.

Em suma, as limitações jurídicas do direito subjetivo e do poder discricionário são as mais definidas.

Na realidade, a teoria se baseia em dois conceitos bem indefinidos na doutrina: direito subjetivo e poder discricionário.

c) uma terceira teoria considera como discricionário aquêle poder não sujeito ao contrôle jurisdicional.

Mas essa teoria não tem base científica, não obedece a um critério rigoroso de definição doutrinária, porque a não-existência de contrôle é efeito, é conseqüência da natureza discricionária e não sua causa.

O poder discricionário, pela sua natureza, pode tornar um ato insuscetível de contrôle judicial, mas não é a ausência dêsse contrôle que o torna discricionário.

d) uma quarta teoria, do professor Otto Mayer, distingue os atos constitutivos dos declaratórios, como os vinculados dos discricionários. É a doutrina alemã, seguida também por Laun, Laband e outros.

Há evidente excesso na assemelhação. Pode haver ação discricionária e constitutiva de direito. O caso da nomeação é típico, pode ser discricionário e não é meramente declaratório mas constitutivo.

e) a outra teoria é a da *escolha* como fundamento da ação discricionária. Mas a *escolha* entre as diferentes maneiras, não é senão um processo para a prática do ato, o conteúdo da ação discricionária não se reduz a essa escolha, embora tenhamos como essencial o exercício dessa faculdade.

f) segue-se a doutrina dos motivos, tão do grado dos franceses, inclusive do seu Conselho de Estado.

O motivo é considerado elemento essencial do ato administrativo. Quando não tenha a lei fixado, de forma precisa, o motivo de um ato, ter-se-á de recorrer ao poder discricionário, cuja ação consiste precisamente na determinação do motivo do ato.

g) Jellinek procurou analisar os elementos internos, íntimos do ato discricionário.

O autor leva em conta o valor do ato e a determinação dêsse valor pela autoridade; constitui êste, afinal, a razão mesma do exercício do poder discricionário.

h) finalmente a escola de Kelsen, especialmente Merkl, da construção das normas para escala ou degraus, entende que a teoria não é peculiar ao sistema administrativo, mas se estende à esfera legislativa cujas normas não podem prever tôdas as relações que devem regular.

As relações entre as diversas normas é que definem o poder discricionário.

A crítica feita por André Hauriou ao sistema, mostra precisamente o conflito do nomaticismo absoluto e existência do poder discricionário.[2]

E a observação tem cabimento, de momento que se considere o poder discricionário como área em branco, dentro da estrutura legal, reservada à administração.

A ação discricionária se concentra mais precisamente sôbre o meio, a forma de exercer o direito, a sua oportunidade e conveniência, a medida das determinações legais, do que como processo de limitação do próprio direito subjetivo.

Essa limitação pode ser conseqüência da interpretação e aplicação da lei, mas não constitui finalidade do poder discricionário, que não se destina especìficamente a disciplinar a vida social, sendo mera expressão da atividade estatal.

A ação discricionária, e nisso tem razão a teoria de Kelsen, pode ser exercida em qualquer esfera, de momento que, na aplicação ou na interpretação da lei, tenha deixado ao intérprete uma faixa em branco, dentro da qual possa escolher a solução mais conveniente, mais oportuna, mais eficaz.[3]

Quando, por exemplo, a Constituição no art. 167, parágrafo único, fala em garantir a "justa remuneração do capital", deixou ao legislador a fixação de um critério e, portanto, uma certa margem de poder discricionário, fundado em pressupostos de natureza técnica. Mas essa definição não é arbitrária, porque corresponde a um direito subjetivo das emprêsas enunciado em forma positiva pela Constituição.

É assim que a jurisprudência americana, neste particular, admite a reparação judicial quando, não atendida a exigência, importarem as tarifas no confisco do capital da emprêsa. Numerosos exemplos poderiam ser trazidos. O essencial, segundo parece, é não vincular o con-

[2] MERKL, A. *Teoría General del Derecho Administrativo*, p. 185.
[3] Ver CARRÉ DE MALBERG, *Théorie de la Formation du Droit par Degré.*

ceito de poder discricionário ao objetivo, à finalidade, de limitar os direitos subjetivos.

O exercício dêsse poder é apenas um processo técnico para definir a interpretação da lei e a maneira mais adequada de aplicá-la. É uma parte e não a totalidade da ação administrativa ou política.

A Motivação

Nem todo ato administrativo precisa ser motivado, senão quando a lei subordina a sua prática a uma condição que limita o seu exercício. Assim, a demissão de um funcionário ou a sua exoneração, deverá ser motivada quando vinculado o ato pela lei, mas não quando essa própria lei o deixa ao arbítrio da administração, como, por exemplo, nas funções de confiança.

A aplicação de uma pena disciplinar ou administrativa, merece sempre motivação.

Muitas vêzes a própria lei fixa os limites do ato administrativo como o interêsse público, a conveniência; outras vêzes é mais objetiva — por exemplo, limitação da altura dos imóveis, regras de trânsito, etc.

O exame do motivo do ato, não só quanto à sua veracidade material mas também quanto ao seu conteúdo jurídico, é que leva o poder jurisdicional do contrôle mais intenso da ação discricionária.

O sistema do contencioso administrativo, notadamente do Conselho de Estado na França, permite, em certos casos, maior investigação sôbre a exatidão dos motivos. [4]

Em nosso regime judiciarista só o admitiria em casos em que a motivação fôsse da própria essência do ato.

No Supremo Tribunal, suscitei a questão, que só não prosperou devido à ocorrência de um ato de efeitos constitucionais (Ato Institucional n.º 5) que alterou as regras do mecanismo legislativo admitindo a livre demissão dêsses funcionários. Tratava-se de membro de um Conselho Administrativo nomeado *pro tempore* e que fôra demitido no curso de mandato. Defendi a integridade dêsse mandato salvo a demissão por *justa causa,* que poderia ser invocada pelo govêrno fundada no interêsse público, na qualidade da administração, na falta de zêlo no exercício da função, etc..

Em longo voto defendi a tese porque admitia o vínculo *pro tempore* e não reconhecia o descumprimento do prazo sem justa causa. A necessidade da motivação do ato era da sua própria essência, mas a simples referência ao motivo que o justificasse tiraria o efeito da reclamação judicial. Mandado de Segurança 18.697, de 21 de maio de 1969).

[4] HAURIOU, C.S. *Pouvoir Discretionnaire et Controle Jurisditionnel de l'Administration.*

Uma outra hipótese ilustra os casos de limitação legal ao poder discricionário. Havia na Constituição de 1946 um processo que exprimia bem a restrição legal ao poder discricionário. Era aquêle que se referia ao direito de reunião. Ali se assegurava êsse direito, permitindo à autoridade fixar o lugar da reunião, mas explicando — contanto que o fazendo não ilidisse o exercício do direito.

É um exemplo típico de definição do poder discricionário, percepção dos fins, dos objetivos do direito protegido.

A proteção judicial se verificaria assim, provado o caráter inacessível ou absurdo do local fixado, mas não tiraria à autoridade o direito de proteger o interêsse ou a segurança pública contra a localização em sítio inadequado, por perturbar a vida e os interêsses de terceiros.

Eliminada, posteriormente, a ressalva final, sobreviverá a limitação do poder discricionário? Parece que sim, desde que provado que não há interêsse público a ser protegido com a indicação de local impróprio pela autoridade.

Nesses dois casos havia uma limitação ao uso do poder discricionário, manifestada de forma mais ou menos ostensiva pela própria lei.

A motivação e a prova do motivo excedem à esfera do poder discricionário: deixou o ato de ser discricionário para tornar-se vinculado a um motivo e à prova dêsse motivo. Ocorre, entretanto, que feita essa prova, subsiste uma parcela de poder discricionário, porque o contrôle já não se poderá exercer sôbre o conteúdo do ato e da medida do seu exercício pela autoridade que o praticou.

Daí foi que se desenvolveu a teoria do desvio do poder, que não exclui a legitimidade do ato, quanto à competência de quem o praticou, mas que o invalida, porque excedeu os limites legais, demarcados pelos motivos legítimos, como tal considerados pela lei.

Os conhecimentos técnicos e especializados são, muitas vêzes, necessários para definir e precisar o sentido de um texto.

A verificação, a apuração e a declaração da existência de um plágio, por exemplo.

O conceito de vizinhança nociva; o conceito de limitação, nas cartas de patentes e marcas; a classificação de mercadorias importadas na aplicação das tarifas aduaneiras; a noção de bons costumes; a definição de cargo técnico ou científico, nos casos de acumulação e determinação da correlação de matérias no magistério; a definição de trabalho em indústria nociva; o conceito de periculosidade também no trabalho.

Êstes exemplos se poderiam multiplicar ao infinito, mas em quase todos êles, ao lado da conceituação jurídica, existem elementos que só os técnicos podem avaliar e definir.

Difícilmente poderia o jurista, sem auxílio de especialista, apreciar a justa correlação de matérias nos cursos médicos ou de engenharia, ou de química, ou de física.

Ocorre o mesmo freqüentemente nas questões de tarifas aduaneiras ou de patentes de invenção.

Como avaliar também, sem o auxílio de técnicos e quase nêles se louvando, a responsabilidade dos casos de abalroamento marítimo?

Já em matéria econômica e financeira, os juristas geralmente opinam e decidem, como especialistas, com graves danos, muitas vêzes, à pureza dos princípios e das realidades.

Há um caso interessante e consagrado pela nossa tradição que é o das comissões examinadoras nos concursos no magistério superior. Essas comissões exercem uma delegação da congregação, mas uma vez aprovado o parecer, nenhum recurso pode invalidar o mérito da decisão, na apreciação do valor das provas, na medida da competência dos candidatos.

O poder discricionário ali se afirma de maneira profunda. Êste vai aos poucos perdendo o seu caráter arbitrário, fruto dos regimes autocratas, para sujeitar-se a motivos que transcendem das simples razões de Estado...

A boa política reduz-se hoje à escolha dos fins, inspirada muitas vêzes em razões de conveniência, mas fundada em pressupostos que ultrapassam o simples arbítrio.

As zonas de ação incontrastável e irrestrita vão-se reduzindo e limitando pelo contrôle político dos outros podêres e pelos contrôles jurisdicionais.

Mesmo no terreno puramente jurídico esta tendência se reflete, não só na expansão dêsse contrôle, mas também na expansão da teoria da responsabilidade civil do Estado, a atos cobertos, até há poucos anos, pela imunidade.

Tudo isso obedeceu a uma evolução lenta das instituições jurídicas e políticas.

O princípio da limitação, da divisão e separação dos podêres, sob a influência dos ideais de Locke e Montesquieu, e a garantia dos direitos individuais, que só com a pluralidade dos podêres se tornou possível, reduziram o arbítrio e a discrição apenas àquilo indispensável à vida e ao livre funcionamento dos órgãos estatais, em sua competência específica.

Medida do Poder Discricionário

Há, certamente, graus e escalas na extensão e profundidade do poder discricionário, conteúdo de todo ato político, mas, pelo fato de tornar-se o govêrno ou a autoridade administrativa o perito do interêsse público, da salvação pública, ou a razão de Estado, impõe-se-lhe

o dever de fundar o seu ato e justificá-lo com motivos que contrariam a idéia do puro arbítrio e discrição.

Esta é a diferença no conteúdo jurídico e moral, entre os atos de govêrno e os que modernamente obedecem a critérios políticos.

Êstes se reduzem cada vez mais, penetrada a doutrina pelo conceito de poder de polícia que impõe a êsses atos um cunho de jurisdicidade fundada na proteção dos direitos individuais.

Observa Rodolfo Laun que, quando uma lei usa de expressões como *oportunidade, interêsse público,* é que o legislador quis limitar o ato à sua conformidade, ao interêsse público, à oportunidade da medida.

O executor do ato será, entretanto, o perito do interêsse público, da oportunidade e da conveniência, cabendo-lhe definir em espécie o seu conceito, em função do momento e das condições em que o ato se há de realizar, mas, mesmo assim, a sua função não será arbitrária.

Justice Hugues, referindo-se ao conceito de interêsse público, tantas vêzes mencionado na legislação econômica, insiste no caráter objetivo, concreto, dêsse critério, a ser aplicado não como um conceito vago e abstrato, mas em função do diploma em sua finalidade específica.

Interêsse público em matéria de transporte, serão, por exemplo, tarifas razoáveis, serviço adequado, estabilidade econômica da emprêsa.

Interêsse público em legislação de preço e de salário será o justo valor ou o suficiente para manutenção do trabalhador e sua família, em função de condições que só especìficamente podem ser apuradas.

A aplicação do critério será muitas vêzes complexa, porque, ainda no conceito do mesmo Hugues, se não é difícil redigir um texto legal que defina um preceito standard, para traduzi-lo e adaptá-lo a determinadas circunstâncias exige-se um corpo experimentado de técnicos que trabalhem longe das intrigas e influências da política.

Interêsse e Legalidade

Dentro do quadro da administração, interêsse deve significar também legalidade, porque o critério para determinar a existência ou não de interêsse, está necessàriamente vinculado ao próprio princípio da legalidade.

Por outro lado, o critério da legalidade não tem sempre um sentido formal, basta que a razão de *interêsse* se subordine às finalidades específicas do serviço público, sem fugir, assim, ao critério de *moralidade* indispensável à vida da administração.

Vedel em seu Pequeno Manual de Direito Administrativo* observa com muita procedência que interêsse público não é a soma dos

* Vol. I, p. 173.

interêsses privados, tem conteúdo próprio, embora não se divorcie da consideração dos interêsses individuais e dos grupos, mas será a conciliação dêsses interêsses, levando-se em consideração também os valôres humanos e sociais.

É o caso do auxílio aos indigentes que não representa um interêsse quantitativo (por serem minoria) mas qualitativo, como proteção à vida e à saúde.

A apreciação do interêsse público está na faixa do poder discricionário da administração, mas tem o seu limite na lei, porque se deve confundir interêsse com legalidade, sem que seja necessàriamente uma legalidade formal.

Daí também a noção de desvio de poder que é um conceito de mérito, porque a sua apreciação penetra na análise dos motivos do ato, notadamente pela confrontação de sua realidade formal, com a sua realidade substancial. A existência de um motivo aparente, contrário ao verdadeiro motivo do ato, importa na sua ineficácia. É, antes de tudo, uma razão de moralidade que justifica a anulação do ato.

Em suma, difìcilmente poder-se-á separar a razão de interêsse, do conceito ético ou do princípio da legalidade (nem sempre no sentido formal).

Critérios Legais

Não é sempre fácil encontrar o meio têrmo, mas nos Estados Unidos a técnica legislativa tem-se aprimorado na escolha de têrmos e dos processos para definir as diretivas dos órgãos e comissões que exercem funções delegadas.

Alguns exemplos podem ser citados:

As leis que criaram a Securities and Exchange Commission atribuíram-lhe "a proteção dos investidores, a manutenção de um mercado regular e legítimo e taxas de comissões razoáveis", a Federal Trade Commission, "métodos de concorrência desleal", "discriminação nos preços" e "formação de monopólios";[5] a National Labor Relations Act, "discriminação na locação de serviços," "práticas desleais de trabalho", "interferência e coação nas seleções de emprêgo".

Em nossa Constituição vemos o art. 167, que regula os critérios gerais para a fixação de tarifas dos serviços públicos, com os critérios básicos da justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços. É a lei a mencionar ainda os serviços adequados e as tarifas razoáveis.

Mas quem poderá e como atender a essas finalidades de boa política social e econômica com a adoção de métodos e processos técnicos?

O mesmo poder-se-á dizer em relação ao abuso do poder econômico, ao salário-mínimo, etc., e os exemplos poder-se-iam multiplicar, porque

[5] Loss, Louis. *Securities Regulations*. 1957.

não há lei de nenhuma hierarquia que possa prever todos os critérios específicos, só conhecidos de quem tenha o domínio dos conhecimentos técnicos e das condições peculiares à individualização das normas e sua aplicação aos casos concretos.

Outras vêzes as leis estabelecem limites que devam ser alternados pela administração. É o caso do antigo Conselho da Política Aduaneira que pode fixar as tarifas de importação entre os dois limites previstos na lei. A fixação da medida obedece a critérios do órgão administrativo, mas a margem dos valôres é estabelecida pela lei.

O Supremo Tribunal Federal tem consagrado a legitimidade dêsse processo e reforçado a aplicação da lei pelo órgão administrativo. (Súmula 404).

Segundo Frankfurter êsses critérios, às vêzes um pouco vagos, servem precisamente para atribuir maior autoridade e discrição aos aparelhos criados para dar execução a cada diploma legal.

Aqui a direção política se subordina à execução técnica, mas a verdade é que, em caso de conflito entre os dois critérios, tem prevalecido o primeiro, porque geralmente encerra sistema de garantias individuais consideradas invioláveis.

Critérios Técnicos

A definição de um sistema, de um conceito, de uma técnica, por outro lado, é muitas vêzes mais fácil por aquêle que usa do instrumento de conhecimentos gerais, do que pelo especialista.

Em livro especializado,[6] John e Singer trazem interessantes observações sôbre a posição dos economistas, como técnicos e consultores em assuntos econômicos.

A primeira dificuldade é a definição das idéias fundamentais, do que chama "conceitos básicos", por exemplo, balança de pagamentos, países subdesenvolvidos, intervenção do Estado.

Uma certa deformação pode levar o técnico a colocar-se em um ponto-de-vista unilateral, considerando apenas as teses, ou os motivos, ou a situação no momento.

Pode também fixar-se na solução mais estreita do problema, aprofundar-se numa solução puramente teórica, etc.

Estas observações se aplicam aos técnicos em geral.

Mas a verdade é que nenhum indivíduo e nenhum poder tem a capacidade para decidir e julgar sem recorrer ao auxílio dos têcnicos e especialistas.[7]

Em relação aos Tribunais tem-se defendido em outros países a necessidade de o juiz solicitar o auxílio freqüente de peritos, nos aci-

[6] *The Role of the Economist as Official Advisor.*

[7] Ver WHEARE, K. *Government by Committee.* Oxford, 1955. PRICE, Don. *Government and Science.* New York University, 1954.

dentes de automóveis, nas questões administrativas, na solução dos problemas técnicos (médicos, de engenharia, etc.) [8]

Em um mundo dominado por uma complicação enorme de problemas, ninguém, nem mesmo os juízes, pode pretender possuir o dom de conhecer todos êles e, ainda menos, o de resolvê-los por si.

Mas nem todos os problemas se ajustam ao quadro das soluções técnicas. Há circunstâncias morais, existem razões profundas de ordem jurídica que bastam para orientar uma solução. Nesses casos, o juiz é o perito na aplicação do direito.

Para êle está reservada uma larga margem na atividade estatal, mas nenhuma razão existe para colocá-lo como árbitro na atividade específica dos outros podêres, quando no uso legítimo de sua competência.

O problema surge freqüentemente nos casos em que o juiz tem de dar um fundamento econômico à sua decisão.

Mas não fica ao seu arbítrio escolher a doutrina aplicável. É conhecida a decisão da Côrte Suprema dos Estados Unidos, no caso Lochner — v — Nova Iorque, quando o juiz Holmes procurou definir a atitude da justiça, em face de uma doutrina econômica a ser aplicada. Concluída, então, que não poderia adotar uma teoria repelida pela maioria do país e já de muito superada pelos fatos. [9]

J. Walter Jones [10] colocando-se em plano mais geral, procura mostrar como deve o juiz proceder em relação a essas doutrinas, evitando apegar-se a pontos-de-vista pessoais, conhecimentos adquiridos na juventude e que não mais representam a realidade.

Ripert [11] insiste nos mesmos conceitos, mostrando a responsabilidade do juiz nesses casos, em que êle deve penetrar no terreno da técnica.

A lei estabelece apenas a norma obrigatória, em princípio, indeterminada quanto às pessoas, mas deixou à autoridade administrativa a faculdade implícita de fixar a condição de sua execução.

Sòmente as leis chamadas imperativas e que contêm, geralmente, uma parte considerável de matéria administrativa, tiram à autoridade administrativa uma parcela maior na determinação das condições de execução da lei.

Tornar, na expressão de Bernard Tripolo, determinado o que é indeterminado na lei, considerar o que seja "o mais capaz", o "interêsse do serviço", etc., é função de quem executa.

Stassinopoulos considera, por exemplo, noção técnica a de um "edifício ameaçando de ruir", "doença grave", "gêneros deteriorados".

8 BENSCHER, G.H. *The Use Experts by the Courts.* In: *Haward Law Review*, vol. LIV, n.º 2.
9 LERNER, Max. *The Mind and Faith of Justice Holmes*, p. 362.
10 *Historical Introduction to the Theory of Law*, p. 245.
11 *Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne*, p. 276.

Poderíamos acrescentar outras: "iminência de um fato qualquer", "comoção intestina", "guerra civil", "periculosidade".

Quem pode determinar o sentido? O técnico? O perito? O próprio juiz?

O contrôle judicial do ato discricionário é delicado, não só pela natureza específica da função judicial, fundada em pressupostos estranhos, em grande parte, à atividade administrativa, mas também porque o critério de apreciação é muitas vêzes diferente.

Como afirmou uma decisão de um tribunal administrativo: nem sempre tem a autoridade administrativa e o órgão de contrôle a "mesma razão para acreditar" que tal fato produzirá ou não, esta ou aquela conseqüência. [12]

As razões de apreciar e julgar o ato, dependem, geralmente, de critérios subjetivos e, por isso mesmo, variáveis.

É preciso esclarecer que os standards e critérios técnicos que orientam o procedimento administrativo, não correspondem a limitações objetivas mas a situações subjetivas que podem ser consideradas quanto à idoneidade de sua aplicação aos casos concretos, pelos órgãos competentes para o contrôle dos atos administrativos. [13]

A medida de sua aplicação é que constitui, a bem dizer, a essência do ato discricionário. Daí a necessidade de instâncias administrativas de recurso, de compreensão mais homogênea nas apreciações dos atos da administração.

Poder Discricionário e Lei

Em nosso regime, todo poder discricionário tem uma medida legal, senão no exame de sua conveniência e oportunidade, pelo menos do fundamento legal da ação do poder público, quando é restritiva do direito de terceiros.

Não existe no estado de direito nenhum poder absoluto e imune à apreciação de outro poder, quando mais não seja para verificar e afirmar os limites da ação discricionária, de maneira a legitimá-la.

O conteúdo do poder discricionário diz mais com o comportamento em face de uma situação de fato, devendo a medida tomada no exercício dêsse poder condicionar-se à condição de fato que sòmente pode ser apreciada pela autoridade que aplica a pena.

A relação entre o fato e a lei que o qualifica é que se enquadra na definição do poder discricionário, problema que se coloca muito acima da mera apreciação da legalidade.

A qualificação real de certos pressupostos contidos na definição legal não se esgota na letra da lei, mas depende da interpretação do

[12] WADE (E.C.S.). *Constitutional*, 5.ª ed., p. 294.

[13] Ver FIORINI, Bartholomé. *La Discricionalidad en la Administración Pública*. Buenos Aires, 1948.

seu aplicador, em função de condição de fatos variáveis de caso para caso.

A correição judicial do comportamento da autoridade pode exercer-se nesse terreno mas sòmente quando o fato inexiste, tal como o considera a autoridade, ou quando a sua aplicação é gritante com a realidade.

A lei pune, por exemplo, a falta de urbanidade do funcionário, mas o seu conceito varia em função de situação de fato, geralmente se qualificando a infração pela categoria do funcionário e outras manifestações que perturbem a boa harmonia interna do serviço público.

A apreciação é discricionária, mas não há como evitar o contrôle superior quando é gritante a sua má aplicação pela autoridade com o conceito comum, usual.

Existe uma sutileza também na qualificação do que se chama mérito. Sob o ponto-de-vista processual é a substância mesma da relação jurídica, mas no exame de um ato administrativo será a motivação do ato e a sua justificação em face de sua prova.

O mérito do ato administrativo será o valor dêsse ato, em face do processo. Observa, por isso, Seabra Fagundes [14] que a noção processual de mérito não tem nada com a de mérito do direito administrativo.

Será exame de legalidade, sem dúvida, também o exame da prova, quando êle se caracterizar pela verificação da conformidade do ato com a lei.

Se a prova, evidentemente, não conduzir a uma justificação do ato, haverá uma ilegalidade substancial. É a tendência da jurisprudência, tendência talvez inconsciente na aplicação de uma doutrina, mas que define um sentido de justiça na avaliação da prova. [15]

O conceito de legalidade se amplia ao mesmo tempo que se definem melhor os contornos do ato discricionário, afastando-o de qualquer conceito arbitrário.

O princípio da legalidade do ato administrativo é fundamental no Estado de direito.

A atividade administrativa na expressão de Afonso Rodrigues Gueiró [16] só se pode exercer dentro da lei "o primário e o essencial é a norma".

Daí a afirmação de Michoud de que não existem atos discricionários mas "poder discricionário", reais ou menos dispersos em todos os atos do poder executivo porque contêm uma parcela do poder discricionário.

Não haverá também, na observação de Laun, nenhuma contradição entre o exercício do poder discricionário e a possibilidade de fixação

[14] *Revista de Direito Administrativo*, vol. 23, p. 5.
[15] Ver o acórdão do Tribunal de São Paulo. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 48, p. 50.
[16] *O Poder Discricionário da Administração*, p. 157.

do critério legal. As expressões *interêsse público, oportunidade* e outras semelhantes, servem apenas para estimular o exercício do poder discricionário, no sentido pretendido pelo legislador ao fixar o critério legal, não sem deixar ao aplicador certa margem na interpretação da natureza dêsse critério.

Abuso de Poder

Abuso de poder ou excesso de poder, será aquêle exercido sem fundamentos legais ou acima dos limites fixados pela lei.

Tôda autoridade administrativa tem a sua competência limitada, pela natureza da função ou pela própria, de forma específica e determinada.

É que nas relações entre a autoridade e os indivíduos, êstes têm, em seu favor, um conjunto de direitos e prerrogativas individuais, que se podem contrapor à administração ou ao poder público.

São os chamados direitos subjetivos ou na expressão de Duguit, as situações jurídicas subjetivas.

Seabra Fagundes [17] mostra a dificuldade da definição do abuso de poder em nosso direito, bem como a temeridade em sua assemelhação aos conceitos encontrados no direito francês ou no italiano. Mostra também, a falta de rigor técnico e doutrinário na aproximação das idéias de abuso e de excesso de poder, tão de agrado do direito francês.

A questão do abuso de poder está ìntimamente ligada à de legalidade.

O vício de competência é essencialmente um abuso de poder. Êste pode, entretanto, se caracterizar também como excesso nos limites da competência legal.

Será mais um problema de excesso, de abuso, na maneira e na forma do ato legítimo.

A expressão é constitucional quando trata do *habeas corpus*, e tem aplicação tradicional no direito penal.

O abuso de poder tem, a nosso ver, uma conceituação mais elástica, mais sutil do que a simples ilegalidade.

Quando em seu erudito voto no Tribunal de Justiça no Rio Grande do Norte [18] Seabra Fagundes encontrava incoerência nos conceitos que emitimos em nosso *Tratado de Direito Administrativo*, ao negarmos o contrôle judicial sôbre os atos discricionários e, ao mesmo tempo, admitindo êsse contrôle quando a ação discricionária excede os limites da lei, certamente cometia uma injustiça com o modesto tratadista que, ali, reconhecida a limitação legal ao poder discricionário, denominado por R. Laun "pouvoir discretionnaire régle par la loi".

Um exemplo já por nós citado: A Constituição assegura à autoridade policial o direito de localizar os comícios, isto é, fixar os locais

17 *O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 329.
18 *Revista de Direito Administrativo*, vol. 14, p. 62.

de reuniões públicas, contanto que o fazendo não ilida à finalidade do comício.

A fixação do local de comícios é, portanto, ato discricionário, mas constituiria abuso de poder a localização de um comício no alto do Corcovado. Legítima seria a correção do ato policial por via judicial.

Há, em todo ato discricionário, uma faixa de legalidade que limita o poder em qualquer regime de direito.

Haveria o abuso do poder discricionário na expressão de Laun. [19]

A razão é que todo indivíduo tem, a lhe proteger a vida, a segurança individual, os seus bens, a sua pessoa, um sistema jurídico que encontra no poder judiciário os meios de coerção dos mais eficazes para que possam preponderar.

Em matéria disciplinar, por exemplo, a noção de abuso de poder há de ser ligada à questão de legalidade, porque imunes ao contrôle de mérito estão os atos disciplinares, por fôrça da própria lei.

Desvio de Poder

Um dos pontos sensíveis da controvérsia está no trabalho de adaptação de doutrinas estranhas ao nosso regime jurisdicional, não sòmente no que se refere à definição do *abuso do poder,* mas também à transplantação para o nosso direito, da chamada teoria do *desvio de poder,* aplicada principalmente nos países de contencioso administrativo.

É realmente difícil em um regime de contrôle apenas de legalidade como é o nosso, admitir o exame do conteúdo do ato administrativo — dos seus móveis, dos seus motivos, de sua legalidade intrínseca.

O professor Schwartz, [20] em seu livro que escreveu sôbre o direito administrativo francês visto por um anglo-saxônico, no caso um jurista de país que desconhece o contencioso e mesmo os tribunais administrativos, deteve-se na análise da conceituação do desvio do poder, em face do que se denomina nos Estados Unidos *abuse of power,* tradução literal do nosso abuso de poder.

A sua conclusão é de que o abuso de poder se confunde com o desvio do poder porque ambos envolvem o exame dos motivos do ato, e que êsse motivo deve sempre ser o interêsse público que não pode ser desviado para atender ao interêsse particular, privado, ou mesmo a vingança pessoal.

Mostra, entretanto, aquêle autor, que essas noções difìcilmente podem ser aceitas nos países anglo-saxônicos porque ninguém admitiria o abuso de um direito que tem o seu fundamento na lei.

Mas é o próprio autor quem mais adiante, como veremos, cita exemplos de investigação sôbre os motivos do ato, embora com a in-

19 LAUN, M.A. *Le Pouvoir Discritionnaire.* Paris, 1949.

20 *French Administrative Law and the Common Law World.* New York University Press, 1954, p. 216.

sistente recomendação de que êsse exame se faça sempre, em função da lei, pelo confronto do ato com o texto legal.

O que convém, ao que parece, no estado em que se acha a questão, é exprimir bem a diferença dos conceitos e das expressões, em função da profundidade do exame judicial.

Se o vício do ato administrativo atinge o seu conteúdo jurídico, pode-se justificar a sua intervenção, mas não será admissível essa correição quando visar apenas à conveniência do ato lícito e proteger o direito e não só o interêsse.

O professor Schwartz cita dois casos em que o contrôle atingiu o motivo do ato administrativo, julgando-o ilegal e ilegítimo porque êsse motivo era puramente aparente, o interêsse público encobria um interêsse privado, ilegítimo como medida administrativa.

No caso Rex versus Minister of Health *ex-parte* Davis [21] deu-se a um imóvel desapropriado destino diferente daquele que havia sido determinado, desviando-se do interêsse público para um interêsse privado.

Verificou-se, efetivamente, ali, uma destinação diferente, um móvel errôneo, um desvio da finalidade do ato, afastando-se do destino público. Justifica-se a intervenção porque a legalidade do ato, a legitimidade da desapropriação estavam vinculadas à sua destinação.

Os outros casos são da jurisprudência americana, mas que merecem certa censura dos que consideram, em seus devidos têrmos, a medida de contrôle judiciário.

Semelhante ao caso Rex, encontra-se Morril versus Jones, no qual o regulamento havia incluído entre as exigências de importação de animais, algumas que não se encontravam na lei.

Mas, nesse caso, o que se punha em dúvida era precisamente uma violação de norma imposta pela lei e não respeitada pelo poder regulamentar — caso manifesto de ilegalidade.

A verdade é que a jurisprudência dos Estados Unidos é extremamente zelosa das prerrogativas próprias da administração, e, por isso mesmo, não integrou em seu sistema os juízes e tribunais administrativos.

Na nossa jurisprudência já se nota certa tendência para exame dos motivos do ato pelo poder judiciário.

É preciso, entretanto, ter extrema cautela no desenvolvimento da doutrina, para que o judiciário não se substitua à administração, na apreciação da conveniência, especialmente da conveniência técnica e na escolha dos critérios administrativos.

Um histórico esclarecerá a situação atual da jurisprudência. Já se encontram em nossas revistas de jurisprudência colecionados alguns

[21] Ver também o mesmo caso e outros semelhantes mencionados em: W. ROBSON, *Justice and Adm. Law.* 3.ª ed.. p. 435 e 483 e PHILIPPE, Hood. *Leading Cases in Const. Law*, p. 424.

casos em que o poder judiciário, especialmente o Tribunal Federal de Recursos, vem examinando o conteúdo dos atos administrativos. Nota-se, entretanto, nesses julgados, não só uma falta de unidade de conceitos mas também a necessária fundamentação da doutrina seguida.

Observa Caio Tácito em nota a um julgado do Supremo Tribunal Federal, [22] que a tendência se verifica no sentido da apreciação dos fatos, como forma de contrôle dos atos administrativos, bem como dos motivos, a "justa causa", o "mérito", a "procedência do fundamento", o "êrro sôbre o motivo", expressões usadas pelas diferentes decisões que menciona.

A verdade é que as decisões sempre se procuram amparar no conceito de legalidade, aproximando o fundamento da decisão da conformidade do ato com a lei.

Existem, entretanto, alguns excessos evidentes nessas decisões, se adotarmos o critério de *legalidade*. Assim, pode-se considerar a investigação sôbre a justa causa de uma demissão, de um funcionário livremente demissível ou sem o gôzo da estabilidade.

O mesmo não se poderia dizer, quando o ato depende de processo administrativo e êste é desprovido de provas, porque nesses casos o processo não é exigência meramente formal, mas meio de prova de um fato, para que se justifique a demissão. [23]

Ainda não construíram os Tribunais uma doutrina sôbre essa matéria, e aquêles que ensaiaram uma orientação nova, não apresentaram um esquema dessas novas tendências, preferindo se apoiar nos princípios da jurisprudência francesa, inadequadas, no fundo como na forma, às nossas condições peculiares.

A seleção dos juízes para a apreciação do contrôle do mérito dos atos administrativos ter-se-ia, além do mais, de fazer sôbre outras bases, outros critérios.

Ainda recentemente, o Tribunal Federal de Recursos examinava as bases fixadas pela administração, para um concurso de títulos, e considerava-as inconstitucionais porque nelas se haviam atribuído pontos demasiados à freqüência dos funcionários, o que importava em uma vantagem para o funcionário no processo de seleção. Com isto, atribuiu-se ao poder judiciário uma capacidade técnica que não pode ter na determinação dos valôres relativos das provas, ao mesmo tempo que desconhecida, de modo expresso, a predominância da prática e do treinamento, na avaliação do mérito.

Pretendeu a Justiça, assim, com uma apreciação a nosso ver errônea, do princípio de igualdade de todos perante a lei, atribuir-se uma competência, por natureza administrativa e eminentemente técnica, se atendermos ao valor dos modernos processos de técnica ad-

[22] *Revista de Direito Administrativo*, vol. 36, p. 78.

[23] Ver *Revista de Direito Administrativo*, vol. II, p. 691; vol. XV, p. 109; vol. XXIV. p. 143; vol. XXX, p. 34. *Arquivo Judiciário*, vol. CV, p. 244.

ministrativa. Transformou-se o poder judiciário também no juiz da medida dos valôres em processo de seleção estranho à sua competência.

Êsses, a nosso ver, são os limites legítimos que justificam não só a revogação judicial, mas também a administrativa. Estender êsses limites até a análise do espírito da lei, constitui violação do princípio da separação de podêres. [24]

Insistimos na necessidade de não desvirtuar o sistema de contrôle. Em parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo*, por exemplo, Seabra Fagundes, examina a hipótese de uma concorrência pública, cuja decisão fôra orientada por fatos reputados não verdadeiros, entendendo estar a administração vinculada à proposta mais barata e excluindo a apreciação de conveniência, mesmo de ordem técnica, na escolha dos melhores meios, do processo mais moderno e adequado.

Com isto, entretanto, eliminar-se-ia um dos mais fortes elementos na escolha dos que mais eficazmente possam executar serviços públicos, dentro de uma sutileza de critérios que escapam à ação restrita dos critérios puramente de legalidade.

A invocação das decisões do Conselho de Estado da França ou da jurisprudência do Conselho de Estado Italiano é feita sem levar-se em consideração a diferença dos sistemas e das técnicas de contrôle.

É preciso também, mesmo na teoria do desvio de poder, considerar a profundidade do poder, considerar a profundidade do contrôle, da motivação, distinguindo-se a razão de legitimidade, da apreciação dos motivos, da existência ou não dêsses motivos — é o caso do motivo aparente.

No primeiro caso a intervenção do judiciário reduziria a competência, tìpicamente administrativa, do exame da conveniência e da oportunidade; no segundo caso sòmente a medida dessa competência estaria em causa. É a hipótese de uma desapropriação para atender a interêsses particulares ou de um grupo.

É preciso ter o maior cuidado em não eliminar da administração o poder discricionário, não sòmente na escolha dos meios, mas também a apreciação da conveniência ou oportunidade de usá-los.

A substituição da autoridade administrativa pela judiciária é prejudicial e, de tôda forma, ineficaz porque faltam a esta os meios técnicos, as condições necessárias ao exercício da função administrativa, específica em sua competência, em sua técnica, na formação de seus órgãos.

O "détournement de pouvoir" [25] verifica-se quando uma autoridade administrativa, no exercício de sua competência, e rejeitando as formalidades legais, usa de seus podêres, em casos, motivos e objetivos outros que não os que deveria exercer.

Constitui abuso de mandato, abuso de direito.

[24] ODENT. *Cours de Contentieux Administratif.*
[25] ALIBERT, R. *Le Contrôle Jurisdictionnel*, p. 236.

Verifica-se assim uma ilegalidade quando o fim foi desviado do interêsse público e do serviço; constitui ofensa à moralidade administrativa.

Quando se fala no direito privado, na teoria do abuso do direito, exprime-se o mesmo pensamento que no direito administrativo quando se menciona o desvio do poder, porque em ambos os casos o autor teria praticado o ato levado por motivos outros que aquêles a êle atribuídos. Deu o autor ao seu ato destino diverso do próprio direito.

Mas a doutrina não é pacífica, tendo contra ela, não sòmente alguns privatistas, como Rippert, mas também publicistas do conceito de Hauriou.

Para o primeiro, o direito privado representa sempre um interêsse egoísta, e, neste sentido, sempre se dirige o autor do ato ao exercer um direito subjetivo, enquanto que no direito administrativo o direito estará desvirtuado de sua finalidade intrínseca se orientar no interêsse privado.

Hauriou também nega a identidade dos conceitos do abuso de direito e do desvio de poder, porque se o primeiro dá lugar a uma indenização, o segundo, quando verificado, importa na anulação do ato.

Comentando a decisão do Conselho de Estado (Affaire Olivier et Zimmermann) Hauriou procura mostrar que o desvio do poder corresponde à noção de boa administração, considerada em si mesma no ato, isto é, na decisão para o serviço público; o abuso do direito corresponde à noção do bom comércio jurídico, e que deve regular as relações entre administradores e administrados, por ocasião da execução dos serviços públicos. [26]

As objeções acima opostas, entretanto, têm merecido contestações, notadamente de René Chapus [27] e de Prosper Weil [28] ao responderem a argumentos de Hauriou com a jurisprudência do Conselho de Estado quando acumula a nulidade ou anulação com a indenização, salvo naqueles casos em que não ficar provado o prejuízo ou, quando não fôr o ato, daqueles que envolvam a responsabilidade da administração por ausência de culpa ou por não ser determinado pelo não-funcionamento do serviço.

O primeiro autor vai mais longe, procurando mostrar que as duas definições, do abuso e do desvio, confundem quanto ao seu conteúdo. Ambos atingem a própria legitimidade do ato em face do direito, na proteção dos interêsses que visam cobrir.

Na prática, a distinção entre as duas teorias não é muito sensível em nosso sistema jurídico, porque, em qualquer dos casos, o princípio da responsabilidade não se altera nas suas formas tradicionais, quanto

26 *Précis de Droit Administratif*, 1914.
27 *Responsabilité Publique et Rsponsabilité Privé.*
28 *Les Conséquences de l'Annulation d'un Acte Administratif, par Excés de Pouvoir*, p. 254.

ao elementos necessários para acarretar a obrigação de indenizar, mesmo porque, quer o abuso quer o desvio só são atingidos pelas sanções judiciárias quando se confundem com a ilegalidade.

O mesmo, entretanto, não ocorre nos países de contencioso administrativo, onde a análise atinge o conteúdo do ato e o seu mérito.

Mas, mesmo nesses países, como a França, a doutrina do desvio de poder está em revisão, como mostram diversos autores [29] e o próprio Conselho de Estado. [30]

Essa reação contra a fórmula tradicional da jurisprudência francesa não estará na definição do "détournement de pouvoir" em si mesmo, mas talvez nos limites naturais da sua aplicação.

O que se exige hoje, com o aumento do processo de intervenção do Estado, é maior flexibilidade na apreciação dos atos da administração, permitindo ao juiz uma aplicação maior dos princípios gerais do direito.

É preciso também considerar que essa aplicação atinge, não só os atos da própria administração, como também, de entidades autônomas que participam da atividade do Estado, sôbre as quais os métodos de fiscalização devem se exercer com mais intensidade.

Cada vez se exige mais a apuração dos motivos dos atos da administração descentralizada e a sua justificação, menos para um processo de contrôle administrativo, do que de legalidade e proteção dos interêsses e direitos de terceiros.

Não só, portanto, a repercussão dos efeitos do ato sôbre os direitos dêsses terceiros, mas ainda a própria legalidade do ato, em face do direito vigente, têm ampliado o contrôle da legalidade e mesmo da conveniência e da oportunidade, desde que êsses elementos afetem o sistema jurídico vigente.

Êsse exame é difícil dentro do quadro do processo judicial, mas é de aplicação corriqueira dentro do sistema do contencioso administrativo.

Tudo isso representa um processo em evolução e deve abrir novas perspectivas ao sistema de contrôle da administração no Estado de Direito.

Contrôle Judicial

Êste nosso ponto-de-vista, quanto à medida do contrôle judicial sôbre os atos discricionários, está bem expresso na nota de Renato Alessi [31] do seu livro clássico *Intorno ai Concetti di Causa Giurìdica, Ilegitimità, Eccesso di Potere".*

Diz êle — "não se deve confundir a ação discricionária com a

29 Ver In: *Études et Documents du Conseil D'État*, 1952, o capítulo do art. do prof. De Soto, à pág. 77. *Le Déclin de Détournement de Pouvoir.*

30 Ver CASSIN-WALLINE. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, p. 17, 1956.

31 Op. cit., n. 47, p. 61.

proibição de exame e de contrôle jurisdicionais. É verdade que o ato discricionário pressupõe essa proibição, quando o contrôle é de simples legalidade (PRESUTTI. *Ist. di. Diritto Am.*, p. 154) mas o inverso não é verdadeiro; não é verdade que o contrôle se exclui obrigatòriamente, quando o ato é discricionário: não se deve identificar os dois conceitos.

Se a discrição decorre do silêncio da lei na determinação precisa da maneira pela qual deve ser protegido o interêsse público pela administração, mas deixa certa margem de apreciação, o juiz da mera legitimidade não pode apreciar o uso que fêz a administração da faculdade de avaliar o interêsse público. Assim, se o ato foi praticado por interêsse público suficiente, dentro dos limites da lei, não poderá ser considerado ilegítimo, quando observou êsses limites na apreciação do interêsse público. Mas o juiz pode sempre apreciar se foram obedecidos êsses limites".

E termina a longa nota, com as seguintes considerações:

"Poder discricionário e proibição de contrôle não são expressões e conceitos correlatos, mas independentes, não sendo exato definir o ato discricionário, em função do contrôle (PRESUTTI. *I Limit*, p. 3) nem é exato falar em ato discricionário absoluto (RESTA. *La Natura Giurìdica dell Ecc. di Potere como Vizio degli Atti Amministrativi*, 1932; PRESUTTI. *I Limit*, p. 7), no caso de contrôle extrínseco como no caso dos atos políticos".

É evidente que ALESSI quase sempre se referiu ao contrôle contencioso.

No caso do judicial, de mera legalidade, o contrôle dos atos discricionários se há de condicionar aos limites e pressupostos fixados pela própria lei, no exercício do poder administrativo.

É evidente que, nessas condições, o exame jurisdicional dos atos administrativos, quando praticados com uma larga margem de poder discricionário, só se pode exercer em relação àquela faixa em que a discrição não pode ser efetiva, por isso que coberta pela proteção legal. É o campo dos direitos subjetivos, inteiramente protegidos pelas medidas judiciais, quando violados pela administração.

Não seria lícito transferir para o judiciário o contrôle do que é discricionário, sob pena de negar-se a própria existência do poder de polícia e a discriminação nesses atos, do que está no conteúdo jurídico do ato e o que deixou, a própria lei, ao juízo da administração.

São as conseqüências jurídicas do ato, naquilo que atinge a situações jurídicas existentes, que a lei protege e assegura a defesa no judiciário.

É a proteção da ordem jurídica, da ordem legal, que se pretende e não a eficiência e economia dos serviços administrativos, da utilidade ou necessidade dêsses atos.

Considerado como ato jurídico o ato da administração se revela principalmente pela aplicação do direito, pela execução das normas

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

jurídicas, pelos laços jurídicos que cria, pelas situações jurídicas que estabelece.

Por isso mesmo é que dentro do regime de contrôle jurisdicional, é a violação da lei que importa considerar, violação da lei ferindo situações jurídicas debaixo de sua proteção.

O que importa aqui é a análise do ato administrativo, quanto à competência da autoridade, ao uso que dela fêz, a aplicação que deu à lei, à violação dos seus preceitos.

O ato administrativo é, por definição, uma manifestação da atividade administrativa, manifestação da vontade que cria situações jurídicas e que produz conseqüências de direito.

Sob a influência, a nosso ver, inadequada da jurisprudência francesa, farta na apreciação dos motivos dos atos administrativos pelos tribunais, na aplicação da conhecida teoria do *détournement de pouvoir*, já se tem procurado, entre nós, ampliar a medida da apreciação judiciária.

Não temos nenhuma dúvida quanto à precariedade, muitas vêzes, de fronteiras entre a inexistência de motivos do ato e a sua ilegalidade e de que os motivos aparentes nem sempre representam a realidade do procedimento administrativo, mas não é menos certo que o contrôle dos motivos, de sua existência ou realidade, nunca poderia atingir aquêles atos que se executam no exercício pleno de um poder discricionário e que, por isso mesmo, não precisam ter outro motivo que não o próprio interêsse do serviço público.

Se, por exemplo, a administração, no uso dêsse poder, escolhe determinada orientação administrativa ou técnica por julgá-la melhor, nunca poderia o judiciário anular êsse ato por considerar errônea essa escolha ou por optar por outra solução, sob o fundamento de não serem reais os motivos do ato administrativo. Faltam, muitas vêzes, ao Judiciário conhecimentos técnicos para apreciar.

O poder de escolha, quando não limitado por standards legais, não justifica, em nenhum momento, o contrôle dos motivos do ato, mesmo quanto à sua veracidade ou existência.

É preciso, por isso mesmo, considerar a natureza do ato legal, sem que seja aquêle que atribui a competência para fugir à afirmativa contida em interessante trabalho do professor Caio Tácito, quando declara que "se raros são os atos totalmente vinculados, jamais se poderá conceber um ato inteiramente discricionário". [32]

Há evidentes exagêros nas duas afirmativas. O que se pode e deve examinar no ato administrativo não é o ato em si, em abstrato, mas a proteção que a lei concede àqueles que sofrem as conseqüências do ato.

Se alguma proteção legal cabe àquele que sofreu essas conseqüências, então a proteção judicial também há de se estender a essas pessoas.

[32] *Revista de Direito Administrativo*, vol. 37, p. 4.

Todo ato administrativo está vinculado a um preceito legal, nem que seja aquêle que atribui competência ao autor do ato para praticá-lo.

Mas uma vez atribuída essa investidura e essa competência, numerosos são os atos imunes à verificação judicial, quanto à sua legalidade ou quanto aos motivos.

Entre êstes os inúmeros atos de nomeação e admissão, os atos que obedecem a considerações de ordem técnica.

Constitui um regresso evidente no desenvolvimento da técnica de govêrno a devolução, a um organismo inteiramente leigo, do contrôle das numerosas técnicas aplicadas pela administração, técnicas que abrangem hoje o terreno industrial e científico.

É preciso não exagerar a transplantação de doutrinas estrangeiras quando não se transferem, em tôda a sua plenitude, também as instituições.

O Conselho de Estado da França é um tribunal administrativo e não judiciário. A sua composição é eclética e nem todos ali são juristas — o essencial é ser administrador ou jurista, com uma formação peculiar, a par também dos problemas administrativos. Ali não se confundem na mesma jurisdição os problemas de direito civil, comercial, penal e administrativo.

A proteção judicial ali se exerce, e se desenvolve, no quadro amplo dos interêsses da administração, e, em função dêsse motivo também se protegem os direitos individuais.

Entre nós é diferente. Apenas o Tribunal Federal de Recursos, em virtude de sua competência se orienta mais por uma especialização, não obstante as tendências civilistas e formação privatística de alguns dos seus membros.

Nunca se pensaria, em um país como os Estados Unidos, em fazer penetrar a ação do judiciário no exame dos motivos dos atos administrativos porque ali a ação administrativa se exerce em tôda a sua plenitude, sem os óbices de um contrôle judiciário irrestrito.

Niceto Alcalá Zamora em seu precioso livro sôbre o contencioso administrativo mostra [33] insistentemente a diferença entre o abuso de poder ou excesso de poder e o desvio de poder, quanto à natureza de ato que atinge, e suas conseqüências, para acentuar a filiação do último recurso do contencioso administrativo, e que deve a êle ser submetido porque, acostumado a analisar os atos discricionários, sabe discernir o seus fins, para corrigir os excessos.

É preciso considerar a natureza peculiar do nosso sistema de contrôle dos atos administrativos.

A ausência de uma justiça administrativa, ou, mais particularmente, de um contencioso de exame de atos administrativos, caracterizado por um reexame não só da forma mas também do conteúdo do ato, em seu mérito, no interêsse que possa haver na sua manutenção

33 *Lo Contencioso Administrativo*, p. 48.

ou modificação, há de fatalmente reduzir a medida de poder revisor, adstrito ao seu aspecto legal e à proteção dos direitos individuais.

Não só a composição das instâncias de recurso, a natureza administrativa da generalidade dêsses tribunais contenciosos, também o mecanismo do sistema, a função específica de cada um dêles, exige uma discriminação que é a da mais alta relevância teórica e prática.

Em nosso sistema constitucional, o poder judiciário está adstrito ao exame da legalidade dos atos administrativos, isto é, da sua conformidade ou não com a lei. Atribuiu-se a êsses órgãos a proteção dos direitos individuais, o que vale dizer, daqueles interêsses que encontram na lei a sua proteção jurídica, e não aquêles outros interêsses sujeitos à apreciação de conveniência, de oportunidade, de justiça mesmo.

A Lei n.º 221, de 20/11/1894, art. 13, expressamente já o declarara, quando excluía da esfera da legalidade essas razões, vazias de conteúdo jurídico, porque se mantém no terreno superior da apreciação puramente política ou administrativa.

Ninguém irá apreciar da conveniência ou justiça de uma prisão ou detenção, no julgamento de um *habeas corpus*, como estará sempre alheio à esfera judicial a justiça ou a conveniência de uma demissão ou de outro qualquer ato da administração.

A única concessão, no sentido de ampliar o conceito de legalidade, é o exame dos motivos, mas, ainda aqui, não quanto ao conteúdo dos motivos mas à sua existência, o que tira ao ato o seu caráter de legalidade, de legitimidade perante o direito.

Conclusão

É difícil estabelecer uma linha para marcar a fronteira dos atos discricionários.

O exame dos motivos quando o ato é motivado, o desvirtuamento dos objetivos para atender a um interêsse privado, o desvirtuamento dos limites de apreciação das condições técnicas, a violação da lei são exemplos que justificam a intervenção judicial.

Esta porém, não será legítima quando apreciar a conveniência, a oportunidade ou a justiça de um ato, ou estiver na margem da discricionalidade concedida pela lei.

É que ao juiz como à administração ficam sempre reservadas certas áreas dentro das quais pode ser exercida a ação discricionária, fixada ou não estas áreas pela lei na determinação da medida e dos critérios que a limitam.

A proteção do direito, a qualificação da medida legal dos atos da administração é que constituem as funções mais relevantes na apreciação dos atos administrativos e na apreciação dos limites do poder discricionário.