ATO ADMINISTRATIVO — A TRIDIMENSÃO DA DISCRICIONARIEDADE

J. CRETELLA JUNIOR*

Fato, valor e norma. Poder discricionário. Estado de direito. Oportunidade e conveniência. Princípio da legalidade. Atos discricionários, arbitrários e vinculados. Mérito do ato administrativo. Conclusão.

A *teoria tridimensional do direito,* que tem sido aplicada a inúmeros ramos da ciência jurídica, encontra igualmente no âmbito do direito administrativo ressonância perfeita, como fundamento de institutos típicos desta especialização.

Coube a Miguel Reale assinalar, pela primeira vez, a interligação entre *fato, valor* e *norma,* elementos fundamentais para a interpretação do direito: o primeiro, como *condição da conduta,* base empírica da ligação intersubjetiva, coincidindo a análise histórica com a a da realidade jurídica fenomenologicamente observada; o segundo, como *intuição primordial;* a *norma,* por fim, como *medida de concreção do valioso* no plano da conduta social.

Conclui Miguel Reale, com acerto, que onde quer que se encontre a experiência jurídica, aí estarão presentes os três elementos citados — *fato, valor* e *norma.*

Ora, no campo do direito administrativo o *poder* discricionário de que dispõe o *administrador* só pode ser compreendido à luz da *teoria tridimensional do direito,* como a concebeu e formulou o mestre da Universidade de São Paulo.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Conseqüência direta do *poder discricionário* da Administração, o *ato discricionário,* que tem existência inequívoca no âmbito do direito e que definimos como a manifestação concreta e unilateral da vontade do Estado que, fundamentada em regra objetiva de direito que a legitima e lhe assinala o fim, se concretiza livremente, desvinculada de qualquer norma que lhe imponha previamente oportunidade e conveniência da conduta, sendo, por isso mesmo, imune à revisão jurisdicional, só pode ser entendido, quando submetido aos cânones do tridimensionalismo realiano.

A ciência do direito é uma construção cultural com base na experiência jurídica. Assentado o alicerce do edifício em terreno seguro, as demais colocações acompanharão o traçado original, sem o mais leve desvio.

Com efeito, o *fato do mundo* preexiste ao *fato jurídico,* do mesmo modo que o *ato humano* é anterior ao *ato jurídico.* Não pode o direito aprisionar em fórmulas de aço apriorísticas o que se passa *no mundo,* nem pode prever de antemão a escala infinita e imprevisível de atitudes da conduta humana. Nem isolada, nem em grupo.

O que ocorre no mundo físico e nas interações humanas interfere no mundo jurídico em geral e, em especial, no mundo administrativo. A Administração procura estabelecer determinadas fórmulas às quais se ajustem as reações dos homens.

Quem poderá prever as reações de multidão, em praça pública, arrastada pela palavra inflamada de orador demagogo? Quem pode antever as inesperadas reações do administrado diante da interferência, mesmo legal e oportuna, do agente público?

No denominado *Estado de direito* ou *regime da legalidade,* diante das infinitas e imprevistas situações que ocorrem a todo instante, os agentes da Administração, balizados por normas jurídicas explícitas, que lhes regem os movimentos, tomam atitudes, intervindo ou não, agindo num ou noutro sentido, consultando apenas a *oportunidade* ou *conveniência* da medida.

Não são autônomos os agentes públicos; não se limitam a fórmulas rígidas, imutáveis.

O agente público edita atos administrativos ou executa atos, já editados. Ao agir, o funcionário do Estado *seleciona* dentre as várias possibilidades que se lhe oferecem a que melhor traduza, num dado momento, a vontade da Administração, orientada para o interesse público.

Para tanto, o representante do Estado joga com *livre poder de apreciação* para resolver neste ou naquele sentido. Ou para não resolver.

Condicionado pelo *princípio da legalidade,* círculo maior em que se locomove, tendo a guiá-lo o ponto de referência *fim,* para o qual inexoravelmente aponta a bússola administrativa, o agente público edita atos administrativos de sua competência para que o Estado se realize, na consecução do interesse público.

Juiz absoluto da "oportunidade" e da "conveniência", *servo* incondicional da "legalidade", contra a qual é impossível qualquer tipo de rebeldia, o funcionário orienta-se no sentido do interesse público.

Se, cada vez que o administrador, ao pronunciar-se, tivesse de circunscrever-se a regras minuciosas que lhe regulassem os menores movimentos, vinculando-o ponto por ponto, estaria implantado o mais pernicioso dos automatismos. Teleguiada por normas imutáveis condicionantes, a máquina administrativa iria funcionar antes ou depois do momento propício, adiantada ou em atraso, quando a ação do Estado não mais teria razão de ser. Haveria permanente descompasso entre a *vida* e a *vida jurídica,* entre o *fato do mundo* e o *ato administrativo.*

Por isso, o agente público dispõe de livre poder de apreciação, de ampla possibilidade de movimentos, de larga margem de discricionariedade, não vinculado a nenhuma regra jurídica preexistente que lhe determine conduta una, sem faculdade de escolha.

O *poder discricionário* faculta ao agente público certa faixa de desvinculação, permitindo-lhe a formulação de *juízos axiológicos,* síntese convergente de uma série infinita de operações emotivo-intelectivas, que dão como resultado, na prática, ao pronunciamento administrativo, à ação ou à inércia, à palavra ou ao silêncio, consubstanciando-se a seleção final na edição, em concreto, do *ato administrativo discricionário.*

O agente administrativo deve ter sensibilidade político-jurídica para ajustar a ação administrativa ao meio, dentro do binômio da oportunidade e da conveniência.

Se poder discricionário é a *facultas* de editar o ato, este nada mais é do que aquela *potestas* em concreto.

Concretização do *poder discricionário,* que se exerce dentro de certos limites assinalados pela norma jurídica, o *ato discricionário* é o momento pontual, fase final, acabada, realizada, resultante necessária duma potencialidade que se exteriorizou, reunindo, ao nascer, os requisitos impostos para uma existência eficaz, operante, sensível.

Sem o *poder discricionário* inexistiria o *ato administrativo discricionário;* sem este, o *poder discricionário* seria inócuo, inoperante, ineficaz, perdendo sua razão de ser.

O *poder discricionário* traça as coordenadas da ação administrativa. Marca-lhe o terreno. O ato administrativo, com base nesse poder, define-se, ao ser editado, delieando-se com arquitetônica própria dentro dos limites demarcados.

O *poder discricionário* não é causa do ato, mas sua *condição* vital de existência. Não lhe dá origem. Condiciona-lhe a vida, preparando-lhe o nascimento.

Assegurando ao agente possibilidades de agir dentro de esfera balizada pela lei, a Administração prepara, com a discricionariedade confiada ao funcionário, o terreno propício que justifique o pronunciamento exigido.

Orientando-se de maneira livre no que diz respeito ao binômio *oportunidade-conveniência,* percorrendo também livremente todo o terreno demarcado pela *legalidade,* atendendo apenas ao elemento *fim,* o agente seleciona, para agir, o modo mais adequado, mais razoável, mais justo, mais oportuno, mais conveniente, autodetermina-se, volta os olhos sobre si mesmo, inspeciona o caminho percorrido e os efeitos produzidos ou a se produzirem, retrata-se se for o caso, desfaz ou corrige o ato, reexaminando as atitudes assumidas. Está em seu próprio campo. Seguiu o trâmite assinalado pela norma, não se afastou do *fim* colimado. É juiz do ato editado. Tomou medida insuscetível de revisão por outro poder, no que tange à *oportunidade* ou à *conveniência.* A mais completa intangibilidade revisionista o protege.

Desse modo, sem transpor uma fração sequer da barreira levantada pela *legalidade,* caso em que seria corrigido por outro poder que o fiscaliza, o agente público é o *dominus* no terreno da discricionariedade. Escravo *da lei* e *da finalidade,* proprietário, porém, da discricionariedade, o *administrador* é independente no campo do interesse público, quando consulta, dentro do jurídico, tudo aquilo que se possa resumir num *juízo de valor,* área privativa do exercício do *poder discricionário.* Aqui, *servus,* ali *dominus;* aqui, livre, ali, de certo modo livre. Livre em certo sentido, relativamente livre.

A consideração da interferência maior ou menor da vontade do administrador na edição do ato administrativo é de vital importância na doutrina e prática do direito.

A manifestação da vontade pode não sofrer limitação jurídica de espécie alguma, como também, ao contrário, pode condicionar-se estritamente à lei, como pode ainda, enfim, locomover-se dentro de campo demarcado por determinados limites, além dos quais é vedado ultrapassar. Daí, as três moda-

lidades de atos administrativos, classificados segundo o critério de grau de liberdade do agente público responsável pelo aparecimento daquelas manifestações volitivas: atos *arbitrários, vinculados* e *discricionários.*

O *ato discricionário* é o momento final do exercício do *poder discricionário.*

Segundo a concepção tridimensional concreta e dinâmica de Miguel Reale, no campo da experiência jurídica, é em função da íntima tensão *fato-valor* que o agente público edita o *ato discricionário.* O *construído* do ato administrativo discricionário só tem significado essencial em razão dessa funcionalidade.

Aplicando o raciocínio de Miguel Reale ao campo do direito administrativo, diremos que quando o administrador, segundo prismas valorativos, aprecia fatos do mundo administrativo, abre-se a possibilidade de seleção ou escolha, garantida pelo poder.

O problema do *mérito* do ato administrativo só pode ser compreendido à luz da teoria tridimensional do direito, já que envolve *juízos de valor,* fundados em *motivos* ou *fatos.*

"Designa o *mérito* o complexo das valorações necessárias para julgar a correspondência entre o ato e normas não jurídicas, ou ao critério que deveria ter guiado a edição do ato por parte de um bom administrador"[1] ou "o uso que a Administração faz dos poderes discricionários que lhe são concedidos pelo ordenamento jurídico".[2]

O problema do *mérito* não encontra solução satisfatória no campo jurídico, porque suas raízes mais remotas se projetam para o campo da axiologia, que fornece os elementos para a solução de tema de tal relevância.

Os agentes administrativos são pessoas. Como pessoas, emitem *juízos de valor.* Ponderam. Valoram.

O *mérito* não é e nem pode ser visão objetiva do fato. A verificação da legalidade, sim, embora não o tenha sido, no processo nomogenético da norma.[3]

Medida que é da *discricionariedade,* o *mérito* implica uma concepção valorativa da realidade administrativa, abrigando não uma noção concernente ao *que é,* mas ao *que deve ser.* É um *Sollen,* não um *Sein.*

O agente administrativo dispõe de certa liberdade de valorar, na área discricionária em que se move, não por força da autoridade de que se acha

[1] Miele, Giovanni. *Principii di diritto amministrativo.* 1950. v. 1, p. 40.

[2] D'Alessio, Francesco. *Istituzioni di diritto amministrativo italiano.* 4. ed., 1949. v. 2, p. 438.

[3] Reale, Miguel. *Pluralismo e liberdade.* 1963. p. 211.

investido, mas porque o juízo que formula sobre determinada situação é *juízo de valor.*

Trata-se de conceitos indeterminados, ou que se distinguem dos determinados, porque só é possível delimitá-los por duas linhas de traçado impreciso, entre as quais se situa, de modo particular, a zona de indeterminação em que se encontram os atributos, cuja conveniência, ao caso concreto, terá de ser apreciada diante de cada espécie.[4]

Opondo-se ao *Seinurteil* ou *juízo de existência,* o *Werturteil* ou *juízo de valor* corresponde ao aspecto que os objetos apresentam de serem valiosos (*Wertsein*). Ora, assim como diante de obra artística variam os juízos apreciativos, formulados com base em critérios estéticos, assim como uma visita pode ser classificada de *oportuna* ou *inoportuna,* assim como uma atitude pode ser interpretada como *conveniente* ou *inconveniente,* sem que tais enquadramentos se prendam a moldes rígidos, predeterminados, assim também o administrador, na edição do *ato discricionário,* trava consigo mesmo o seguinte diálogo: atenderei da melhor maneira possível ao interesse público se tomar tal decisão?[5] Eis o *mérito,* aspecto do ato administrativo visualizado pelo prisma axiológico.

Na hipótese do ato discricionário, em que a competência é livre, o administrador valora a decisão a tomar, orientando-se pelo critério da oportunidade e da conveniência, como, por exemplo, diante de *promoção por merecimento,* ato que deve ser concretizado ou não por autoridade competente, e, sendo concretizado, envolve juízo de valor; é o caso também da dispensa do agente demissível *ad nutum;* ou ainda a seleção de *um nome* entre os componentes de *lista tríplice;* é o caso ainda, entre inúmeros outros, da *autorização* para porte de armas.

Se, no *processo nomogenético,* o *fato,* visto sob o prisma do *valor,* se concretiza em *norma,* no complexo procedimento que envolve o *exercício do poder discricionário,* o *fato,* considerado pela apreciação axiológica, concretizar-se-á no *ato administrativo discricionário.*

Quando, diante de funcionários que esperam *promoção,* ou diante de lista tríplice para escolha, ou de administrado que requer porte de arma, ou de imóvel suscetível de ser expropriado, o agente administrativo competente para a providência perscruta os *fatos* e, diante destes, constrói proposições do tipo "*A* merece ser promovido", "Entre *A, B* e *C* escolho *B,* porque atende melhor ao interesse público", "Concedo porte de armas a *C,* mas não

[4] Campos, Francisco. *Direito administrativo.* 1958. v. 1, p. 33.
[5] Walline, *Droit administratif.* 9. ed., 1963. p. 450.

concedo a *B*, porque, no meu entender *B* não reúne os requisitos que julgo indispensáveis para a referida outorga", "Declaro de utilidade pública este imóvel, porque a obra que vai ser executada exige o sacrifício desta propriedade particular", em todos os casos, o administrador, vinculado à *legalidade* e ao *fim*, considerou os fatos, valorou-os, concluindo seu trabalho pela edição do ato administrativo discricionário.

Em suma, a contribuição de Miguel Reale, relevante para o direito, em geral, ao ser transportada para o campo do direito administrativo, permitirá ao estudioso novas colocações, porque possibilita interpretações científicas, com apoio na cada vez mais prestigiada teoria tridimensional do direito.

NOVOS LANÇAMENTOS DA EDITORA DA FGV

Treinamento em indexação G. Norman Knight	Cr$ 40,00
Taylor e Fayol Benedicto Silva 3.ª ed. (revista e aumentada)	Cr$ 30,00
Da liberdade de expressão — uma antologia de Stuart Mil a Marcuse Nicholas Capaldi	Cr$ 35,00
As Nações Unidas e os problemas internacionais Themístocles Cavalcanti e Outros	Cr$ 25,00
Gerência econômica de estoques e compras Joary Correa	Cr$ 32,00
Educar para o futuro Jean Piaget e Outros	Cr$ 12,00
Da documentação à informática Benedicto Silva e Outros	Cr$ 25,00
Aperfeiçoamento da técnica datilográfica Isaura Braga	Cr$ 60,00
Transporte e objetivos nacionais Edwin T. Haefele (Coordenador)	Cr$ 30,00
Problemas de pessoal na empresa moderna Tomas de Vilanova M. Lopes	Cr$ 30,00
Princípios de psicologia (para cursos superiores) José Alves Garcia	Cr$ 50,00
O município como sistema político Ana Maria Brasileiro	Cr$ 25,00
O papel do homem no desenvolvimento. Reflexões sobre a década de 70 Malcolm S. Adiseshiah	Cr$ 50,00
A política do desenvolvimento na era de Vargas John D. Wirth	Cr$ 40,00

Nas principais livrarias ou pelo reembolso postal. EDITORA DA FGV — Praia de Botafogo, 188 — CP 21.120, ZC-05 - 20.000 - Rio de Janeiro - RJ
Visite uma das livrarias da FGV