A TEORIA DO "DESVIO DE PODER" EM DIREITO ADMINISTRATIVO

AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ

SUMÁRIO: Estado-polícia, Estado de direito, e poder discricionário. A justificação e a noção do poder discricionário. O problema dos limites do poder discricionário. Conclusão.

Estado-Polícia, Estado de Direito, e poder discricionário — * É muito corrente a afirmação de que no regime do *Estado-Polícia* o poder discricionário, a *discricionaridade,* foi a mais extensa. Idéia que entre os não juristas, historiadores, filósofos, encontra tradução e também entre certos escritores de direito público, mesmo entre aquêles que ao tema do poder discricionário têm dedicado estudos especiais. É que, na verdade, essa idéia tem facilidade em impor-se.

É sabido que princípio característico e essencial do Estado de Direito é precisamente o de que o Estado se comporta em relação aos particulares na forma do direito, quere dizer, *ligado pelas normas jurídicas,* qualquer que seja a sua fonte ; e que, diversa e opostamente, no Estado-Polícia a atividade do Estado, incluindo aquela que está em imediata relação com os particulares, *não* se encontra sujeita, *vinculada a qualquer regra jurídica* de que os mesmos particulares possam exigir o cumprimento. Sendo assim, conclui-se, é no regime do Estado-Polícia que existe para os governantes no máximo grau um poder discricionário, isto é, um poder não ligado à observância de normas jurídicas. É o que, parece, não poderá dispensar-se de concluir quem, por exemplo, adote a definição de poder discricionário que nos dá MICHOUD, e, na esteira dêle, muitos outros autores : "Há poder discricionário tôdas as vezes que uma

* *Boletim da Faculdade de Direito* (Suplemento ao vol. XVI) da Universidade de Coimbra, Portugal, 1942.

autoridade age livremente, sem que a conduta a observar lhe seja ditada antecipadamente por uma regra de direito".[1]

Faz propender para conclusão idêntica a aceitação da definição de BÜHLER : [2] "ausência de direito subjetivo público (*subjektiver Rechtsanspruch*) a um determinado comportamento da autoridade, no sujeito estranho à administração (*der Bürger*) em relação ao Estado", visto como segunda nota essencial do regime do Estado-Polícia é a inexistência de direitos subjetivos públicos por parte dos particulares a um comportamento determinado da administração. O regime do Estado moderno, ou o Estado de Direito, ao mesmo tempo que trouxe garantias aos particulares relativamente ao agir da administração, isto é, ao mesmo tempo que fêz dos administrados titulares de direitos subjetivos públicos, reduziu na mesma medida as faculdades discricionárias daquela. Onde há *direito* a um determinado comportamento da administração cessa para esta o *poder discricionário*. Direito subjetivo e poder discricionário são conceitos antitéticos.

À mesma conclusão parece induzir a concepção de R.V. LAUN,[3] segundo a qual o poder discricionário consiste na possibilidade de escolha dos fins imediatos do seu agir por parte da administração. É também característica sempre assinalada do Estado-Polícia a liberdade de o administrador assumir sempre novos fins, novos objetivos e procurar realizá-los fora do quadro de qualquer norma legal, para a prosperidade da comunidade, o seu bem estar. "O príncipe — escreve O. MAYER[4] — no Estado-Polícia, tinha o direito de realizar sempre novos fins *que êle próprio delimitava*".[5]

---

1 Cfr. *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration*, 1913, pág. 10.

2 Cfr. *Die subjektiven offentlichen Rechte*, 1914, pág. 44.

3 Cfr. *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, 1910; *Das richterliche Ermessen bei Vorlegung der Handelsbücher*, publicado em *Zeitschrift des deutschen Zivilprozesses*, 42.º ano, 1912; *Zum Problem des freien Ermessens*, publicado em *Festschrift Zietelmann*, 1913; *Kategorische und disjunktive Normen*, publicado no *Archiv des öffentlichen Rechts*, 34.º ano, 1915 *Zur lehre von freien Ermessen der öffentlichen Organe*, publicado em *Juristische Blätter*, ano 60.º, 1931; *Les actes de gouvernement*, publicado em *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, 1931, e em separata; *L'autonomia del diritto*, publicado em *Studi in onore di Oreste Ranelletti, II*, 1931; *Der Wandel der Ideen Staat und Volk als Aeusserung des Weltgewissens*, 1933; *Le pouvoir discrétionnaire*, publicado no *Annuaire de l'Institut de Droit Public*, 1935, e em separata.

4 Cfr. *Le Droit Administratif Allemand*, 1903, página 31.

5 À face da primitiva tese de LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, parece mesmo ser sua idéia que o poder ilimitado do príncipe, como administrador, no Estado-Polícia — *der aufgeklärte Absolutismus*, — era um verdadeiro poder discricionário em sentido técnico. O autor fala dêle como "freies Ermessen" (pág. 20), ou seja, tècnicamente "poder discricionário". Mas, à face das mais recentes exposições da sua doutrina, LAUN, para determinar o conceito do poder discricionário, pressupõe a tripartição dos

Se, do mesmo modo, na esteira de PRESUTTI (onde nos parece encontrar-se uma influência da célebre obra de THON, *Rechtsnorm und Subjektives Recht*, 1878), fizermos equivaler discricionaridade a insindicabilidade (impossibilidade de contrôle judiciário) mediante petição dos administrados,[6] resulta ainda plenamente compreensível que a discricionaridade se aponte como a essência do Estado-Polícia, já que — como nota W. JELLINEK, e é de resto idéia bem conhecida — a administração no Estado-Polícia... (*befreite sich von reichsgerichtlichen Bindung*),[7] ao menos nas matérias estranhas ao "fisco", ou seja, a atividade patrimonial do Estado.

À face da letra das definições a que acabamos de aludir, o poder discricionário deverá parecer qualquer coisa de muito extenso no Estado-Polícia, mas não deixará de existir também no Estado de Direito, embora em medida muito mais restrita: a atividade administrativa não é puramente executiva, puramente ligada à execução de normas de direito; quere dizer, dentro de certos limites a lei concede liberdade à administração; nem sempre existe para os administrados um direito a determinado comportamento por parte da autoridade. Por vêzes os órgãos administrativos podem escolher, dentro de vários fins imediatos, dentro de certa categoria de fins próximos, um para o seu agir concreto; em muitos casos, e quanto a certos pontos, quanto a certos elementos dos atos administrativos, no Estado de Direito é também negada a possibilidade de um contrôle judiciário... Mas, tudo isto, a título de exceção.

Ora, precisamente, há quem tenha negado que no regime do Estado de Direito exista qualquer liberdade para a administração, e combata as concepções do poder discricionário que levam a manter zonas de liberdade na atividade administrativa, zonas que seriam "o irredutível bastião do absolutismo autoritário no Estado de Direito constitucional".[8] Onde o Estado de Direito é o sistema constitucional-administrativo vigente, não se poderá conceber a existência de um poder discricionário, de uma livre atuação por parte de qualquer autoridade. O Estado de Direito regula tôda a atividade de administração com normas *jurídicas* (veremos mais tarde

---

poderes e a superioridade do legislativo. Na primitiva tese, LAUN afirma não insistir na história do poder discricionário no Estado-Polícia, porque, sendo êle aí ilimitado, seria insusceptível de tratamento científico. Cfr., págs. 20 e 21.

6 Cfr. *I limitti del sindacato di legitimità*, 1911, págs. 5 e 6.

7 Cfr. *Verwaltungsrecht*, 1928, pág. 81.

8 Cfr. TEZNER, *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörde*, 1924, pág. 29.

em que sentido se pode falar de normas jurídicas para esta concepção), providas da correspondente sanção, quer em relação ao ato, quer ao agente, para o caso de serem violadas pelos funcionários. E, para citar apenas outro nome representativo, veremos que DUGUIT [9] considera que no moderno direito francês (de qualquer modo paradigma do Estado de Direito moderno), não há lugar ao que se tem chamado "poder discricionário".[10]

Mas, a noção de poder discricionário — deve isso acentuar-se — é uma "quaestio diabolica" [11] e é-o também de certo modo a noção de Estado de Direito. Não se deve, pois, estranhar que se tenha escrito, quase paradoxalmente, que a *discricionaridade reina por tôda a parte no Estado de Direito,* como necessária enquadração de motivos extra-jurídicos (autônomos), nas progressivas e graduais concretizações de um Direito primário e heterônomo que é como que a abóbada do edifício do Estado de Direito; e, assim, a atividade administrativa não difere da atividade de grau imediatamente superior — a legislativa ordinária — senão em que os sujeitos que a realizam são livres e necessàriamente livres de juntar à lei alguma coisa de extra-jurídico, *un nouvel apport,* um *aliquid novi,* já que se não consegue uma rígida execução da norma heterônoma. O poder discricionário aparece, assim, como necessário elemento na gradual formação do direito, ou das normas jurídicas; é êle que as torna sucessivamente mais concretas. Se a sua substância é a mesma, pode tomar todavia vários nomes — e será: poder discricionário pròpriamente dito na Administração e na Legislação; são arbitrio do juiz na Jurisdição; autonomia da vontade na contrafação privada. Em todo o caso, o que ressalta, à face desta concepção do poder discricionário, e que neste momento nos interessa evidenciar, é a afirmação da discricionaridade como consubstancial do Estado de Direito, como seu elemento absolutamente necessário, não limitado a zonas isoladas, mas largo e generalizado a tôda a ordem jurídica como ordem dinâmica, isto é, como ordem que se realiza.

---

9 Cfr. *Traité de droit constitutionnel,* II, 3.ª ed., 1929, pág. 378 e segs.

10 *La limitation de la compétence, non seulement quant à l'objet de l'act, mais encore quant au but qui le détermine, constitue une garantie très forte contre l'arbitraire des gents publics. La conséquence en est, en effet, que rien n'est plus laissé à l'appréciation discrétionnaire de l'agent administratif. Cfr. ibid.,* págs. 295 e 296, II, 2.ª ed., 1923.

11 ZORN, *Kritische Studien zur Verwalturgsgerichtsbarkeit,* publicado no *Verwaltungsarchiv,* II (1894), página 82.

Terá sido fácil reconhecer aqui, precisamente, as vistas da chamada *Stufentheorie*, de KELSEN,[12] de MERKL[13] e de VERDROSS.[14-15]

Ocorre realmente saber se o conceito de Estado de Direito constitui ou não o pressuposto da determinação do conceito de discricionaridade em sentido técnico, de forma que tenha de fato de ser utilizado para bem se apreender tôda a essência do poder discricionário. Requere-se, antes de mais, saber com precisão o que por Estado de Direito se deva entender. A expressão remonta, como está averiguado,[16] a V. MOHL, para quem o *Rechtsstaat* é uma verdadeira categoria da doutrina do Estado encarada no aspecto histórico,[17] e foi sucessivamente empregada por OTTO BÄHR,[18] GNEIST[19] e STAHL.[20]

O ponto de vista de MOHL acêrca do *Rechtsstaat*, como "categoria histórico-jurídica", não deixou mais de ser aceito no domínio especial de investigações para que especialmente o autor alemão o destinou. Haja em vista as grandes obras de GIERKÉ, *Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, 1902, e *Natural Law and the theory of Society*, 1934; OTTO MAYER, *Le Droit Administratif Allemand*, 1903, em tôda a primeira parte do primeiro volume, e depois FLEINER, *Instituciones de derecho administrativo*, 1933, págs. 8 e segs. e *passim*, WALTER JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, págs. 84 e segs., e MERKL, *ob. cit.*, págs. 60 e segs.

Mas na doutrina do Estado a fórmula por muitos é reduzida à idéia dum *Justizstaat*, para se opor ao *Verwaltungsstaat*, e para ou-

---

12 Cfr. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1.ª ed., 1911, págs. 499 e segs. Cfr. ainda *Allgemeine Staatsrechtslehre*, 1925 e trad. esp., *Reine Rechtslehre*, 1934, e trad. port.; *Zur Lehre der öffentlichen Verträge in Archiv des öffentlichen Rechts*, ano 31.º, 1915.

13 Cfr. *Allgemeine Verwaltungslehre*, 1927, pág. 142.

14 Cfr. *Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung*, publicado na *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1914.

15 Cfr. sôbre esta doutrina: BONNARD, *La théorie de la formation du droit par degrés dans l'oeuvre d'Adolf Merkl*, in *Révue du droit public*, 1928, págs. 668 e segs.; WEYR, *La doctrine de Adolf Merkl*, in *Révue International de la théorie du droit*, 1927-28, págs. 215 e segs.; CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, etc., 1933.

16 Cfr. RICHARDO THOMA, *Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft*, no *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, IV, 1910, especialmente a pág. 214; e SERGIO PANUNZIO, *Lo Stato di diritto*, I, 1922, págs. 7 e segs.

17 R. v. MOHL, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsatzen des Rechtsstaats*, 1832. MOHL distingue històricamente cinco formas de Estado: Estado Patriarcal, Estado Patrimonial, Estado Teocrático, Estado Despótico (die Despotie) e Estado de Direito. Para MERKL, ob cit., pág. 70, o *Polizeistaat* é "ein rechtlicher Typus", e o mesmo se pode dizer do *Rechtsstaat*.

18 *Der Rechtsstaat*, 1864.

19 *Der Rechtsstaat*, 1879.

20 *Rechts-und-Staatslehre*, 1856.

tros filiada e mantida no domínio do pensamento político individualista: uma *individualistische Rechtsstaatsidee*. Por um lado, fazer equivaler *Rechtsstaat* a *Justizstaat* só é possível partindo de premissas individualistas: contrôle de tôda a administração pelos tribunais como meio de garantir os cidadãos contra qualquer arbitrariedade. E, como veremos, o *Rechtsstaat* deve antes reconduzir-se à idéia do domínio de um sistema de normas jurídicas (direito constitucional e administrativo), controláveis jurisdicionalmente, na medida em que normas jurídicas existam ou possam existir. Na realidade, porém, o *Rechtsstaat* pode conformar-se com um alargamento, para fora dêstes limites, dos princípios do *Justizstaat*.[21]

Por outro lado, o problema do conceito do Estado de Direito não se relaciona com o problema dos fins do Estado. Quando a Estado de Direito se contrapõe hoje uma concepção de Estado Ético, é sempre uma *"individualistische Rechtsstaatsidee"* que se tem em vista. Estado de Direito contrapõe-se a Estado-Polícia, mas não a Estado de Cultura ou a Estado Ético.[22] Ou, se se quiser, há uma *"politische"* e uma *"formal-juristische Rechtsstaatsidee"*. É esta que interessa à ciência do direito público.

Quando ORLANDO diz que "o Estado de Direito não é uma noção secundária e transcurável, mas essencial, primária, um postulado, um pressuposto teórico do direito público", não se pode entender que se queira referir à primeira, mas sim à segunda das noções do Estado de Direito. A fórmula "Estado de Direito" não a queremos, pois, empregar para na "Teoria do Estado" designar um tipo de Estado que assuma como único fim a realização do direito; porque então ela, fora de outros defeitos, teria o de estar em contraste com a realidade do Estado moderno, que é Estado de Cultura, sem deixar de ser Estado de Direito. Para nós, como conceito dêsse tipo de Estado, vale o de STAHL: "o Estado deve ser Estado de Direito... deve assegurar inviolàvelmente e perfeitamente determinar os confins e limites da sua atividade e as esferas de liberdade dos seus cidadãos na forma do Direito".[23] O Estado de Direito é, para STAHL, de certo modo, um conceito formal, e é nesta medida que na ciência do direito público deve ser escolhido. Tôdas as funções do Estado — e a administrativa *in specie* — se devem

21 Cfr. sôbre as idéias de *Justizstaat e Verwaltungsstaat*, MERKL, *ob. cit.*, págs. 65 e segs.

22 Como também não se contrapõe a "Machtsstaat". Cfr. BLINDER, *System der Rechtsphilosophie*, 1937, página 330.

23 Cfr. *Rechts-und Staatslehre*, 1856, vol. II, página 137.

realizar na forma do Direito e as normas do Direito são o quadro da atividade do próprio Estado. O Estado de Direito pode, no ponto de vista da extensão e número das suas finalidades, obedecer a vistas kantianas, humboldtianas, ou então fichteanas ou hegelianas. Nenhuma delas, porém, lhe é conatural. Só WOLFF ou PUFFENDORF lhe repugnam. Aquilo que o Estado de Direito é forçosamente, é MONTESQUIEU e ROUSSEAU, talvez mais ROUSSEAU que MONTESQUIEU.[24]. O Estado de Direito não é fórmula, no nosso ponto de vista, que exclua fins económicos, sociais, de cultura, ou éticos. O Estado de Direito pode ser Estado Ético e hoje é-o cada vez mais. A fórmula de STAHL, que perfilhamos, permite dizer que os fins do Estado devem "tecnicizar-se nas formas do Direito" (RAVÀ) e é o que se não passa no outro tipo técnico e histórico, o chamado Estado-Polícia, que por isso se opõe como "categoria", como "espécie fixa lògicamente" (PANUNZIO), ao Estado de Direito.

Portanto: o Estado do Direito Público moderno é o Estado de Direito. A sua atividade realiza-se dentro de normas, e precisamente de normas jurídicas; assim a Justiça[25] como a Administração.[26]

---

24 ULRICH SCHEUNER, *in Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte* publicado no *Verwaltungsarchiv*, 33.º, 1928, pág. 71, afirma que a nossa concepção do Estado de Direito deriva menos de MONTESQUIEU do que de ROUSSEAU: *"Nicht Montesquieu's inhaltliche Trennung der Gewalten, sondeim Rousseau's Herrschaft des Gemeinwillens, des Gesetzes, liegt unserer Staatsauffassung zugrunde"*. Mas, MONTESQUIEU tem sido vàriamente interpretado, logo a partir da Revolução francesa. Ora, parece-nos que a idéia rousseauniana da *superioridade da lei* (vontade geral) postula a existência duma repartição orgânica das funções do Estado, pois só se concebe que a lei seja revestida de superioridade quando há órgãos que na realização das suas funções lhe devam obediência. Quere dizer: ROUSSEAU é insuficiente por si, e só ao lado de MONTESQUIEU o seu pensamento adquire relevância para a ciência do direito público. Cfr. neste sentido FLEINER, *ob. cit.*, pág. 9.

25 Não nos cabe aqui deter-nos a debater o problema interessante de saber se existe, e em que medida, poder discricionário na atividade jurisdicional. O assunto poderia ser encarado, ou em estudo especial, ou então num trabalho sôbre a discricionaridade no Estado moderno, de um modo geral. Para nós, o problema põe-se dum modo idêntico num como noutro sector da atividade executiva do Estado. "Verdadeiro poder discricionário existe também na Justiça; o juiz é livre, tal como o é o funcionário administrativo". (Cfr. W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, 1913, págs. 190 e 7). "Para a construção jurídica não constitui qualquer diferença relevante saber se o poder discricionário compete a um órgão jurisdicional ou a um órgão administrativo. Em ambas as formas do executivo o poder discricionário é o mesmo; são possíveis tôdas as espécies de poder discricionário" (KELSEN, *Hauptprobleme* cit., pág. 506). "A Jurisdição, da mesma maneira que a Administração, é uma concretização de normas legais abstratas e portanto existe para ela tanto espaço de poder discricionário, como para a Administração" (MERKL. *ob. cit.* pág. 144). Cfr. ainda BERNATZIK, *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, 1886, pág. 43; ZORN, *ob. cit.*, pág. 142, LAUN, *Das frete Ermessen*, cit., págs. 57, 61 e 77.

26 Ocorreria perguntarmos o que deve passar-se para a primeira das funções do Estado — a Legislação. Está esta submetida ao Direito? Não cabe nos limites dêste

A atividade administrativa no Estado de Direito realiza-se por intermédio de órgão próprio, regulado o seu exercício pela lei. "Êste princípio da submissão à Lei por parte da Administração é o fundamento do Estado de Direito moderno".[27] É o que na literatura

---

trabalho tratar dêste importante problema extensamente. Estão o órgão legislativo ou o órgão constituinte ligados a normas jurídicas que devam ser observadas? Aqui enxerta-se o problema do poder discricionário no exercício da função legislativa e da função constituinte. Afirma a possibilidade de existência dum poder discricionário na legislação (*ein-freies Ermessen der Verfassung*), e conseqüente possibilidade da sua submissão ao direito (*die bindung von Gesetzen an Gesetze, die Bindung der gesetzgebenden Gewalt*). V. LAUN (in *ob. cit.*, págs. 15 a 17), quando na organização constitucional se pode fazer a distinção entre leis constitucionais e leis ordinárias, pois que poder discricionário existe sempre que de dois poderes, um superior, o outro inferior, um concede a outro plenos poderes. — *"Quand nous parlons de pouvoir discrétionnaire, nous entendons par là une relation entre deux sujets agissants, l'un octroyant les pleins pouvoirs, et l'autre les recevant"* (*Le pouvoir discrétionnaire*, cit., separata, pág. 11). Quero dizer que o verdadeiro órgão soberano, não subordinado a nenhum outro, como será sempre o órgão constituinte, a face da teoria de LAUN, não pode, êsse, ser um órgão ligado, como em relação a êle, *mutatis mutandis*, se não pode falar de poder discricionário. No mesmo sentido de LAUN, KELSEN: "No Estado constitucional, os órgãos e também o órgão superior, o Monarca, são ligados, nas suas específicas funções de órgãos, pela lei, de forma que êles só podem realizar aquilo que o Estado exatamente quis". Cfr. *Hauptprobleme*, pág. 492. Confira também, nesta ordem de idéias, MERKL, *ob. cit.*, pág. 142.

Limites jurídicos à atividade legislativa deverão também eventualmente residir em preceitos de direito internacional, desde se aceite o primado da ordem jurídica internacional. Segundo a informação de ALESSANDRO LEVI (in *Attività lecita individuale ed. attività discrezionale amministrativa*, nos *Studi in onore di Federico Cammeo*, II, 1933, pág. 90), uma parte da doutrina sustenta que, nos sistemas de constituição flexível, o legislador, encontra limites jurídicos nos "princípios fundamentais da organização do Estado", princípios que o poder legislativo só *de facto* e não *de jure*, poderia modificar. Sôbre êste tema, que, como dissemos, não pretendemos desenvolver aqui, não nos afastaremos muito do quadro do nosso estudo, cfr. sobretudo W. JELLINEK: *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, 1931; CRISCUOLI, *La discrezionalità nelle funzioni costituzionali*, in *Annali della R. Univ. di Perugia*, ano 33.º, 1921, série 4.ª; KELSEN, *Hauptprobleme* cit., págs. 245 e segs. e 440 e segs.; e W. MERKL, *Verfassungsschutze*, 1935.

27 Cfr. THOMA, *ob. cit.*, pág. 204 Também SCHEUNER, *ob. cit.*, pág. 71: "A Jurisdição e a Administração são da mesma maneira execução da lei"; W. JELLINEK, VERWALTURGSRECHT, cit., págs. 14: "...pergunta-se se existe e qual é a diferença entre os poderes do Estado. É coisa assente que a relação entre a Legislação dum lado, e a Justiça e a Administração do outro, é sem dúvida a de uma supra para uma infra-ordenação"; FLEINER, *ob. cit.*, pág. 5: *"En el Estado de Derecho solo se concibe una Administración conforme a la ley"*; EDUARD JOHR, *Die verwalturgsgerichtliche Ueberprüfung des administrativen Ermessens*: "O Estado de Direito encerra a totalidade da vida estadual, e com ela também a Administração, sob a alta vontade da lei". Ainda no mesmo sentido, entre os alemães, KAUFMANN, no *Stengel-Fleischsmann Wörterbuch des Staats-und Verwaltungsrecht*, 1914, III, pág. 696; OTTO MAYER, *ob. cit.*, págs. 102; HERRNRITT, *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, 1921, pág. 1 e segs. e 23 e segs.; KELSEN, *Allgemeine Staatsrechtslehre*, 1925, págs. 231 e segs., e *ob. cit.*, pág. 491: "nós cremos que, modernamente, dum modo especial aquela parte do executivo que não é jurisdição, ou seja a Administração em sentido estrito, deve ser olhada preferentemente como uma mera realização (Ausführung) da lei"; e, desde antigo, BERNATZIK, *ob. cit.*; pág. 37 e segs.; "uma execução da lei é tanto a jurisdição como a Administração", e especialmente TEZNER, em tôdas as obras citadas.

Em França, confira por todos DUGUIT, *ob.* e *loc. cit.*, e CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation, cit.*, pág. 44 e segs.: "...*tout se qui n'est pas legislatif doit, du moins, être*

jurídica se chama o princípio da Administração legal — *gesetzmässige Verwaltung*, ou *rechtsstaatliche Verwaltung*.[28] Em suma, o conceito de Estado de Direito na ciência do direito administrativo é útil, enquanto nos fornece, como sua determinação própria para esta ciência, o conceito de Administração legal ou duma *Gesetzmässige Verwaltung*.

E o problema põe-se agora com clara acuidade: depois do que fica dito sôbre os conceitos de Estado de Direito como expressão conceitual de Estado moderno, e de Administração legal, como se poderá continuar a falar de poder discricionário?

O que se segue visa exatamente a explicação da existência de faculdades discricionárias na Administração, assim como o esclarecimento do problema da noção de "discricionaridade". A justificação de incluirmos os dois problemas num único número resultará de que, em teoria, na nossa construção, êles se encontram muito próximos um do outro.

A justificação e a noção do poder discricionário — Logo a partir do momento em que na realidade da vida jurídico-política se procurou instaurar aquilo que o liberalismo jusnaturalista idealizou como sistema de proteção e garantia dos direitos individuais em relação ao poder executivo (sujeitando êste poder a uma norma eminente, a Lei, e assegurando a observância desta por meio de uma *jurisdição*, seja ela a dos tribunais ordinários, ou a de tribunais administrativos especiais, ou simultâneamente de uns e outros) — a partir do momento em que na vida jurídica se instauraram o sistema montesquieuano da divisão dos poderes e a idéia rousseauniana

---

légal, c'est-à-diré, fait en vertu de la volonté générale ou ex-lege". Em Itália, ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 1936, I, págs. 21 e segs.: *"Mentre, rispetto ai singoli e alle persone giuridiche private, la legge è volontà esterna e trascendente, per lo Stato essa rappresenta la sua stessa volontà; volontà interna ed immanente"; L'attività amministrativa e la legge, in Rivista di Diritto Pubblico*, 1924, I, págs. 381 e segs. Em sentido algum tanto diferente, em Itália, RANNELETTI, *Principii di diritto amministrativo*, 1917, págs. 268 e 272, *Le guarentige della giustizia nella pubblica amministrazione*, 5.ª ed., págs. 27 e segs.; SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, págs. 3-4 (1930); F. CAMMEO, *Corso de diritto amministrativo*, 1914, págs. 28 e segs., etc. Em sentido, porém, absolutamente oposto, ver L. RAGGI, *Il potere discrezionale e lá facultà regolamentare*; A. DE VALLES, *I servizi pubblici*; LABAND, *Staatsrecht d. d. Reichs*, pág. 199; ARDNT, *Das selbständige Verordnungsrecht*, e acima de todos BAHR, *ob. cit.*, págs. 52 e segs.

28 Cfr. KELSEN, *Hauptprobleme*, pág. 511; FELINER, *Institutionem des deutschen Verwaltungsrechts*, 1928, pág. 130 e ed. espanhola, pág. 107, onde inexpressivamente, ou melhor, incorretamente, aquela expressão se verteu para "Administración reglada", que corresponde a "Bindung der Verwaltung". Sôbre a diferença duma e outra expressões, veremos adiante; mas consulte desde já JOHR, *ob. cit.*, págs. 45 e 48-49; e MERKL, *ob. cit.*, páginas 157 e segs.

da superioridade da *lei* (da legislação) em relação às outras funções ou poderes estaduais — a partir daí deixou de ser possível reduzir a função executiva a uma atividade puramente mecânica de tradução em ato de imperativos legais, e dêste modo deixou de ser possível submetê-la a um completo e total contrôle jurisdicional. Daí uma hesitação do órgão ou órgãos jurisdicionais encarregados dêsse contrôle.[29] Na evolução jurídica da época moderna pode considerar-se capital o momento em que se verificou essa impossibilidade quanto às suas conseqüências na vida jurídica prática e também, e sobretudo, quanto às teóricas, pois veio oferecer à reflexão dos juristas um torturante problema.[30] Por todo o tempo que

---

29 "Era absolutamente compreensível que o Conselho de Estado, tornando-se pròpriamente uma jurisdição independente, tivesse um instante que hesitar sôbre a extensão do seu poder". — Cfr. JEAN LUDOVICI, in *"L'évolution de la notion de pouvir discrétionnaire*, 1937, pág. 18.

30 Talvez que a solução da Assembléia Constituinte de 1789, em França, de afastar do conhecimento dos tribunais ordinários a enorme soma das questes do contencioso administrativo, seja um resultado, entre outros motivos correntemente assinalados (Cfr. DUGUIT, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale* de 1789, in "Révue d'Économie Politique", 1893 ; *Traité de droit constitutionnel*, 1923, II, pág. 516 ; J .LAFERRIÈRE, *Les raisons de la proclamation de la règle de la séparation des autorités administratives et judiciaires par l'Assemblée constituante*, in *Mélanges Paul Negulesco*, 1935), da constatação empírica da impossibilidade de reduzir tôda a administração ao cumprimento estrito e total da lei. Os tribunais poderiam — e haveria que temê-lo — intrometer-se, a título de julgar a Administração nas suas relações com a lei, naquele domínio que se pressentia mas que se não ousava ainda definir, onde a Administração não está, porque não pode estar, ligada a imperativos legais absolutamente determinados (para mais, naquela altura em que vigorava incontrastada a teoria da interpretação literal da lei — MONTESQUIEU). Porque, naquele momento, uma definição suficientemente clara dos dois domínios era apenas pressentida, a Assembléia — mais que por considerações doutrinárias (aplicação da doutrina da separação dos poderes de MONTESQUIEU, razão dada por exemplo por AUCOC, *Conférences sur l'Administration et le droit administratif*, 1885, I, pág. 56) que no fundo se inspiravam nas mesmas razões práticas — adotou uma solução radical, se bem que empírica : a insindicabilidade da administração por uma verdadeira e própria jurisdição (leis de 22 de dezembro de 1789, 8 de janeiro de 1790, 16 e 24 de agôsto de 1790, 7 e 11 de setembro de 1790, 7 e 14 de outubro de 1790 e 27 de abril e 25 de maio de 1791). *"L'Assemblée constituante ne voulait pas que l'autorité administrative pût être dirigée par d'autres que par elle"* (AUCOC, ob. cit., vol. cit., pág. 438). Quando em França se instituiu, com o andar do tempo, uma verdadeira jurisdição, dita jurisdição administrativa, o legislador recusou-se sempre (cfr. E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recoures contentieux*, 2.ª ed., pág. 3, I, 1896) a definir o que entendia por matérias contenciosas, em oposição a matérias não contenciosas ou graciosas, e a razão foi que essa distinção era extremamente difícil, apenas entrevista. E o deputado ODILON BARROT, traduzindo o sentir do tempo, declarava, perante a Câmara dos Deputados, em 27 de fevereiro de 1845, que era êste "o mais vasto problema que talvez se tenha apresentado não só ao legislador, mas aos publicistas", "um problema que se não resolve senão em relação a cada questão, pelo senso íntimo do juiz, pela natureza, que infinitamente se modifica, das contestações e dos litígios administrativos" (Cit. por E. LAFERRIÈRE, ob. cit., vol. cit., pág. 4). Assinala com muita precisão a "tese revolucionária, segundo a qual a lei é bastante para tudo" (CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation* cit., págs. 77 e segs.), assim como o posterior e progressivo protesto dos fatos contra esta "virtude transcendente", êste "monopó-

o Estado-Polícia regeu na Europa a vida administrativa, o problema não se pôs, e não podia pôr-se: esta não se desenvolvia em obediência aos ditames duma norma geral e abstrata com eficácia legal, mas sim subordinada à vontade soberana do Príncipe, atuando por meio de ordens e instruções sem eficácia bilateral (JEHRING).

Vamos nós aqui, esboçando uma teoria do poder discricionário, assistir desde agora à dissecação da estrutura desta categoria do pensamento lógico-jurídico — a lei, a norma —, dando, assim, clareza racional aos motivos da crise do pensamento revolucionário sôbre o *monopole exclusif de la loi*.

Nós vimos que no Estado de Direito moderno a Administração se deve considerar regulada pela legislação. O órgão legislativo formula as diretivas da atividade da Administração. Essas diretivas são *normas*. Ora, existem limites naturais, limites lógicos, no que respeita à possibilidade de regular tôda a vida administrativa. Na norma jurídica há necessàriamente uma enumeração de *condições de fato* que são, como condições de aplicação da norma, a última justificação da não arbitrariedade dessa aplicação; quere dizer, são a razão da sua própria normatividade. No caso da atividade administrativa, a norma é antes de mais dirigida como comando aos órgãos ou autoridades que constituem o elemento pessoal da grande corporação designada pelo nome de *Administração*. Êsse comando é sempre um comando de *agir*, positiva ou negativamente. Nisto se distinguem as normas de direito público administrativo das normas de direito privado, dirigidas aos indivíduos como particulares, que só excepcionalmente representam para os destinatários uma obrigação de agir, quer positiva, quer negativamente. Ninguém tem obrigação de contratar, de dispor por testamento, de exercer o seu direito de propriedade;[31] quando um particular *deve* agir, realizar obrigatòriamente um particular complexo de interêsses alheios, devemos crer que êle realiza uma função especìficamente

---

lio exclusivo" da lei, firmada numa concepção *"qui faisait coincider le droit avec ce qui est edicté par les lois"*.

31 Valerá esta afirmação para os chamados direitos de família? Quer dizer: são os direitos de família direitos privados? Parece difícil afirmá-lo, e a razão está em que a maioria dos institutos do direito de família não são verdadeiramente institutos de direito privado, são antes institutos de direito público (excluídos seguramente os direitos de família patrimoniais) que tradicionalmente são estudados pela ciência privatística, desde uma época em que o direito público, como ciência, não estava constituído. Não é só neste domínio que se verifica a intromissão da ciência do direito privado em domínios que teòricamente lhe são vedados. Cfr. CICU, *Il diritto di Famiglia*, 1914, pág. 208: *"Il diritto di famiglia è da corsi accanto al diritto pubblico, e non al diritto privato; poichè anche in esso è esclusa la libertà dell'individuo di porre e perseguire fini propii"*.

pública.[32] A essência do direito privado está na *autonomia da vontade* dos respectivos sujeitos; a essência do direito público, do direito administrativo *in specie*, está na *obrigação* para os respectivos agentes de realizarem os interêsses que as leis lhes entregam para que dêles curem.[33] Atinge êste fim, fundado nesta norma. Não sem intenção dizemos que esta é a essência, quere dizer, o que há de irredutível em qualquer norma de direito administrativo: esta supõe sempre um agente, um órgão e atribui-lhe uma *função*,[34] ou seja, atribui-lhe alguns *interêsses* específicos, um ou alguns *fins* con-

---

32 Pode acontecer que nem por isso adquira a qualidade de *órgão* da Administração, no sentido que esta palavra tem na literatura jurídica italiana, e que se trate apenas de um *particular* a quem incumba o *exercício* de uma função pública. Cfr. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, de V. E. ORLANDO, vol. II, parte III, págs. 105 e segs.

33 ZANOBINI fala (in *L'attività amministrativa e la legge*, cit., pág. 390), como *"exclusivo* dos entes públicos", de "uma obrigação legal de prosseguir os próprios fins". Cfr. também POMPEO BIONDI, *La teoria generale della discrezionalità nella dottrina dello Stato moderno*, in *Nuovi Studi di Diritto, Economia e Politica*, 1933, IV, pág. 359: "onde existe uma *obrigação* fixada pelo legislador, e quer seja o destinatário um particular ou um órgão, ninguém pode duvidar de que se trate de *direito público*". R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, extrato dos *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, 1939, págs. 12 e segs.: "a atividade administrativa nunca é puramente lícita, mas essencialmente jurídico-final, visto que a vontade que lhe determina os fins e lhe impõe a consecução necessária e específica, é a vontade do legislador. Uma vez demarcado o fim, nasce para a Administração pública o dever de o atingir". Cfr. também SANTI ROMANO, *Corso de Diritto Costituzionale*, 4.ª ed., 1933, págs. 7 e segs. No direito privado há também, ao lado das normas puramente dispositivas, aplicáveis a relações que podem ser diversamente reguladas, pela vontade privada, normas obrigatórias, ditas de interêsse e ordem pública, mas em que *todavia* fica à vontade dos particulares a faculdade de ocasionar um fato diverso, ou uma diversa situação, e, como *conseqüência*, uma diversa regulação, Cfr. EHRLICH, *Das zwingende und nichtzwingende Recht*, 1889.

34 FLEINER, ob. cit., pág. 76, diz que um órgão ou cargo público está limitado pelo direito público ao círculo de negócios do Estado que estão agrupados numa unidade técnica. W. JELLINEK adota quase as mesmas expressões e fala de um "Kreis von Tätigkeiten", confiadas a um órgão, singular ou coletivo, organizado numa unidade — "organisatorische Einheit". Cfr. *ob. cit.*, pág. 347. Mas êste círculo de atividades é, por seu turno, limitado; constitui para o órgão um poder, ou, se se quiser, um direito, mas um direito que é também um dever — "ein Recht und eine Pflicht" — Cfr. KARL v. STENGEL, in *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, 1896, pág. 165. Esta idéia é também consagrada por KELSEN (*Hauptprobleme, cit.*, pág. 450), que apenas ressalva o caráter teleológico, ou realístico, não jurídico, portanto, de tôda a definição que fale de fins, interêsses, atividades. Para êle, como se sabe, o fundamental é a norma, "der Rechtssatz". Mas contra KELSEN, com a generalidade da doutrina, aceitamos a solução que redunda em colocar o fim ao lado do poder e dever, como elemento da construção dos conceitos de órgão e de competência. Um grupo de interêsses determinados especificadamente, como poder e como obrigação, constitui uma função, e enquanto atribuído a uma pessoa ou conjunto de pessoas que têm obrigação de o realizar, forma uma unidade orgânica, um órgão em sentido objetivo. Os fins funcionam aqui como *principium individuationis*. É êste um tipo de construção jurídica, onde se tem de fazer recurso a elementos formais (normas), como a elementos substanciais (fins), tipo a que aliás alude o próprio KELSEN: *"es liegt hier derselbe Typus juristischer Begriffsbildung vor, der sich als Verquickung des formalen mit dem substantiellen Elemente charakterisiert..."* (pág. 456).

cretos, uma ou algumas *atividades* determinadas. Interêsse, fim, atividade, ato, são têrmos que se identificam, e são a matéria que a norma de direito circunscreve e individualiza.[35]

Ora bem. Esta soma de funções, de fins, que a lei atribui a cada órgão, marca as situações de fato em que êsses órgãos devem agir.[36] Se uma norma, por exemplo, designa o Governador Civil como competente para emanar as providências necessárias para manter a ordem e a tranqüilidade pública e fazer reprimir os atos contrários à moral e à decência pública (art. 351 do Código Administrativo), essa norma marca uma das *atribuições* do Governador Civil, uma parcela da sua *competência;* mas ao mesmo tempo marca as *condições de fato* em face das quais a autoridade referida deve agir. Essas condições, no nosso exemplo, serão: um turbamento da ordem ou tranqüilidade pública, ou previsão dêle, um ato contrário à moral e à decência pública. Ora, se as coisas sucedem dêste modo, ou seja, segundo o princípio da *gesetzmässige Verwaltung*", a lei assim como não deixa em nenhum caso de marcar as atribuições dum órgão, assim mesmo não deixa de aludir às situações de fato, à verificação das quais se deve ligar o agir da Administração. A atividade da Administração é uma atividade de subsumpção dos fatos da vida real às categorias legais. O Administrador realiza uma função neste ponto de todo em todo idêntica à do juiz (V. supra, n.º 1). A grande massa das disposições de direito privado, na medida em que estas são dirigidas ao juiz e lhe enunciam os pressupostos do seu agir, não é mais que uma série de comandos públicos, não é mais que direito público.[37]

Eis, pois, o que a lei não se esquece mais de indicar: as condições de fato em que a Administração deve agir. O agir da Ad-

---

35 Cfr. JÖHR, ob. cit., pág. 37; MASSIMO S. GIANNINI, *L'interpretazione dell atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, 1939, págs. 261-262; ALLESSANDRO LEVI, ob. cit., págs. 98-99; e finalmente W. JELLINEK, *Gesetz* cit., pág. 77: "Zweck bedeutet so viel wie Aufgabe, Geschäftskreis, Zuständigkeit".

36 Cfr. DUGUIT, *Traité* cit., 2.ª ed., pág. 772, onde se fala, em idêntico sentido, da regra da "especialidade das habitações". CARRÉ DE MALBERG, ob. cit., pág. 48, afirma que esta regra "implica a precisação por parte da lei duma habilitação, ou pelo menos das *eventualidades* na previsão das quais os poderes concedidos na realidade o são". E, pág. 51, o poder executivo "é um poder cujas intervenções e atos necessitam de habilitações especiais, isto é, limitadas, quer quanto à matéria a que se pode referir o ato, quer quanto às medidas que terá competência para adotar, quer *pelo menos* quanto às circunstâncias por ocasião de cuja verificação o poder poderá ser exercitado".

37 "O direito civil contém uma determinação de direito público. A regra de direito civil tem sempre dois efeitos ao mesmo tempo". — Cfr. OTTO MAYER, ob. e vol. cit., pág. 102 e segs.

ministração está sempre ligado à verificação de determinados fatos ou situações a que a norma administrativa alude.

E já vimos que êstes fatos, a competência e os fins ou atribuições da administração são essencialmente uma e a mesma coisa.[38] São formas ou modos de ser duma mesma realidade, ou dum mesmo conceito jurídico que se costuma dividir e subdividir, quase se diria para obscurecer obstinadamente os problemas do direito administrativo. E diga-se entre parênteses que é por isso que se pode constatar hoje que tôda a clássica teoria da estrutura do ato administrativo, que distingue nestas fases ou momentos diversos, tal como foi elaborada pela doutrina sobretudo francesa em face da jurisprudência do Conselho do Estado, está em crise. Os mais conhecidos autores de direito administrativo francês denunciam a grande incerteza, o marcado empirismo (derivado especialmente da introdução do psicologismo na construção da teoria do ato administrativo) que tem presidido à construção teórico-jurídica da estrutura do ato administrativo. Um chama causa ao que outro chama fim ou motivo, outro competência ao que aquêle chama motivo, outro chama motivo aos antecedentes de fato do ato, outro ainda dá êste nome a considerações irrelevantes tidas em conta pelo agente... Mas que é a causa, que é a competência, que é o objeto, que é o fim, que é o motivo ?

A doutrina francesa, representada pelos nomes de HAURIOU, DUGUIT, JÈZE, BONNARD e RÉGLADE, além de outros, não dá resposta concordante. No entanto : o empirismo é uma intuição da verdade, e assim temos que : 1) DUGUIT diz a verdade quando afirma, em harmonia com o nosso ponto de vista, que os fatos materiais são as condições legais de emissão das decisões ; quere dizer, reconduzem-se, ou são uma face da *competência* (*...ce sont les faits existants qui déterminent l'étendue de la compétence — Traité, II*, página 400) ; 2) HAURIOU sustenta a *nominatividade* da atividade administrativa. A norma que atribui uma competência marca a causa ou motivo de fato e implìcitamente a categoria legal dentro da qual o ato deve caber, ou, ao invés, a categoria, a que só pode corresponder uma determinada causa. Esta união de causa e categoria

38 Esta correlação entre fim e condições de fato, apercebe-se também em SCHEUNER, ob. cit., pág. 85; em STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, págs. 326, 609 e 620. onde as condições ou pressupostos do fato são tomadas como "Verkörperungen und als Ausdruck des Zweckes". JOHR fala (ob. cit., pág. 212 e segs.) da *"Verkettung von Voraussetzung und Zweck einer Handlung"*, entre os quais *"eine direkte* begriffliche *Beziehung besteht"*.

não é senão a união, identificação, entre o fato e a competência, entre o fato e a atribuição; 3) JÈZE, no seu *Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques en droit public français* (*Rev. Dr. Pb.*, 1922), considera as condições de fato como o motivo dos atos administrativos. *"Qu'est-ce que le motif déterminant?"* — pergunta êle. *"Ce sont les considérations de fait ou de droit qui poussent un individu à accomplir certains actes juridiques"*. E, em direito público, o motivo determinante não é deixado à livre determinação das partes; é precedentemente determinado pela lei — o que condiz absolutamente com a nossa construção; 4) R. BONNARD (in *Le Pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, in Rev. de Dr. Pub.*, 1933, págs. 336 e segs., e *Le Contrôle juridictionel de l'administration*, 1934, págs. 56 e segs.), sustenta que "a existência e o objeto de tôda a atividade são *essencialmente* condicionados pelos motivos que são a base desta atividade...; se, em conseqüência da existência de certos motivos, uma certa atividade se produz, esta atividade será e *deverá ser* aquela que impõe em si mesma ou nas suas modalidades os motivos que estão na sua base. Noutros têrmos: *"a certos motivos existentes, deverá corresponder uma certa dada atividade e não outra"*; 5) RÉGLADE, na *Rev. de Dr. Pub.*, 1933 (*Du prétendu contrôle juridictionel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir*, pág. 413), sustenta, como DUGUIT, que a existência do motivo é uma das condições *sine qua non* da existência da competência, e isto por virtude duma "regra racional".

Ora, entre a norma e a situação de fato, entre a norma e a realidade, interpõe-se o agente, que, tendo-as a ambas ante si — a norma e a sua enunciação dos fatos, e os fatos mesmos — está pôsto na necessidade, no dever, de tirar a conseqüência, isto é, de agir, de praticar êste ou aquêle ato. Em direito público o ato funciona como conseqüência jurídica (*Rechtsfolge*), exatamente porque é obrigatório. Por sua vez, a norma é obra de um *legislador*, e seria insensato negar que a êste legislador é impossível, material e lògicamente impossível, para muitíssimas hipóteses, transmitir ao agente mais do que ordens e enunciar os fatos com conceitos de caráter em certa medida vago e incerto, de tal maneira que o agente ao executar essas ordens e interpretar êsses conceitos deve fixar-se, devendo agir, em uma dentre várias interpretações possíveis dêstes últimos.

Aquilo que o agente deve fazer está prescrito na norma, invariàvelmente — "das *das muss stets im Gesetze zu finden sein*;[39] *kann der Staat nur "wollen" und handeln was in der Rechtsordnung statuiert ist*,[40] *das Staatsorgan setzt niemals die Zwecke, die es mit seiner Organtätigkeit realisert*" [41] — e é só sob esta condição que determinado ato pode ser imputado ao Estado, ou, mais precisamente, à Administração. As condições de fato que a norma aponta são, pois, as condições de imputabilidade (*Zurechenbarkeitsbedingungen* — KELSEN, JÖHR) de qualquer ato à Administração; são o mínimo exigível para que um ato à Administração se impute.[42] Ante estas condições que vão sintetizadas no conceito geral de competência e designam o próprio conteúdo da atividade administrativa, tal como a ordem jurídica a delineia, o agente desenvolve primeiro uma atividade *interpretativa*, e, visto como a norma realmente, por impossibilidade lógico-natural, não consegue tudo regular em forma absolutamente especificada e detalhada, a atividade interpretativa do agente administrativo, socorrida de todos os meios que indique uma correta teoria da interpretação das leis administrativas, chega a um ponto em que não tem mais que verificar a *incerteza* da vontade legal (*Ungewissheit über den Gesetzesinhalt*.[43] No fim de contas, decorrido o processo interpretativo, fica sempre ao órgão um campo circunscrito de liberdade quanto à determinação da sua competência, e portanto também do conteúdo do seu agir. A interpretação defronta-se com duas espécies terminológicas e conceituais: conceitos de significação definível, e conceitos de significação exata indeterminada.[44] Êstes últimos são mais corretamente designáveis por conceitos "plurissignificativos" — *"mehrdeutige"* —, pois comportam um número limitado de significações igualmente possíveis, e não um número indefinido delas. Saber até onde vai essa liberdade é questão a tratar mais adiante, assim como a determinação do conceito e da substância da mesma.

Não tratamos de saber se, dum ponto de vista de política administrativa, essa liberdade é ou não desejável, se o legislador deve

---

39 KELSEN, *Hauptprobleme* cit., pág. 492.
40 *Idem*, pág. 498.
41 *Idem*, pág. 499.
42 Cfr. JÖHR, *ob. cit.*, pág. 38.
43 SCHEUNER, *ob. cit.*, pág. 73: "... o legislador não limita a regulamentação em favor do órgão, mas procede à regulamentação tão insuficientemente que a sua interpretação oferece especiais dificuldades..."
44 Bestimmte und unbestimmte Begriffe". — Cfr. W. JELLINEK, ob. cit., pág. 30.

substituir à sua a apreciação da Administração.[45] Nós encaramos aquêle Estado (que é precisamente o Estado de Direito, onde vigora a Administração legal), onde a determinação dos conceitos jurídicos se mistura em maior ou menor medida, por variadas razões extra-jurídicas,[46] com conceitos de significação indeterminada. Há, porém, um limite para a determinação dos conceitos utilizados pelas normas, além do qual não há legislador que, enquanto tal, possa ir, sob pena de passar da *abstração* à *individualização*, da norma abstrata à ordem individualizada : quere dizer, sob pena de abandonar o objetivo do próprio Estado de Direito.

Se não fôsse impossível, porque contraditório, definir com tôda a precisão e rigor de detalhes as condições do agir dos órgãos administrativos, não se vê porque não devesse o legislador proceder com essa possível precisão, que daria ao órgão a estrita obrigação de, uma vez determinada a premissa da sua atividade, agir pelo modo que a lei prescrevesse para todos os casos em que aquela premissa se efetivasse na realidade da vida administrativa. Quere dizer : à incontrastabilidade das premissas de fato seguir-se-ia um ato ou série de atos que a lei preveria para os casos em que essas premissas se verificassem ; e é, de fato, assim, que a lei procede quando as premissas de fato são de ordem a ser previstas na sua

---

45 PRESUTTI, ob. cit., sustenta a existência duma discrionaridade dita *pura* para os casos em que não exista uma norma jurídica a regular a atividade da Administração, discricionaridade esta (pág. 16) que seria conatural ao organismo estadual, enquanto a discricionaridade chamada *técnica* (que se verifica nos casos de normas imprecisas) seria um instituto histórico, contingente, não ainda eliminado, mas que tende a restringir-se cadà vez mais, qualquer coisa como um resíduo do Estado-Polícia. Para nós, o conceito de discricionaridade pura, nos têrmos em que o delineia PRESUTTI, não tem correspondência na realidade. Não existe, nem como *normal*, tem, como *excepcional*, uma atividade administrativa *livre* de qualquer norma jurídica. Haverá, necessàriamente, ao menos uma norma com conceitos imprecisos, mas imprecisos dentro de certos limites jurídicos. Tôda esta teoria se reconduz àquela concepção da Administração que nós refutamos, e que consiste em comparar a atividade administrativa à atividade dos indivíduos, livre de normas jurídicas, verdadeiramente autônomas na criação dos seus fins, na mesma medida em que em direito privado se fala de autonomia da vontade.

46 Razões extra-jurídicas que se reduzem fundamentalmente a uma : a necessidade de garantir mais ou menos a *segurança* jurídica, num determinado plano de conformidade com a *justiça*. É a necessidade social de harmonizar a segurança com a justiça que regula ou deve regular o grau de precisão das normas jurídicas. Isto diz o mesmo que é geralmente apontado para justificar o poder discricionário : dar possibilidade de maleabilidade à Administração, inconveniência de uma rigorosa pormenorização das normas legais. O nosso ponto de vista, porém, é de que haverá sempre, ainda que se não desejasse, uma *irredutível* margem de discricionaridade na execução das leis. — Cfr. R. DUBOIS-RICHARDS, *La raison de droit et la "raison d'Etat", dans le régime administratif français*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, II, pág. 485 : *"Il y a dans toute fonction administrative une part d'autorité discrétionnaire irrédutible"*. E lembremos que KELSEN e MERKL constroem o poder discricionário como a *necessária* diferença entre o conteúdo duma norma abstrata e a concreta, sua execução.

exata configuração. Quando, ao invés, essas premissas não são previsíveis em forma incontrastável, ou não são de fato assim previstas, e a lei, por conseguinte, não pode formular ou não formula a seu respeito um conceito que seja, se bem que necessàriamente abstrato, a mais ou menos clara (sempre clara no final do processo interpretativo) configuração prévia das premissas do agir, então é lògicamente necessário que, nos limites da incerteza conceitual, o agente deva fixar-se, êle próprio, numa das várias interpretações possíveis, e, tendo-a fixado, deva agir conseqüentemente. Doravante — quere dizer, depois da fixação duma interpretação — até ao procedimento concreto, já não é a liberdade que funciona, mas a necessidade.[47] Donde se conclui que não é o *meio* que se escolhe: é um *conceito* que se fixa, que se elege dentro de vários possíveis. Suponhamos o caso da mais lata discricionaridade: aquêle em que, na lição ordinária, para a realização de determinado fim ou serviço, a Administração tem a faculdade de agir ou não agir. A lei dá uma definição vaga das premissas (e fala-se no "interêsse público", na "moralidade pública", etc.), e, dentro dos limites de compreensão dêsses conceitos, o agente firma-se numa determinada concepção (do "interêsse público", da "moralidade pública", etc.), na *sua própria concepção*.[48] Essa sua própria concepção será de ordem precisamente a fazê-lo agir, ou, pelo contrário, a manter-se em

---

47 Dada a necessária relação conceitual entre *premissa de fato* e *fim*, uma vez precisado um, fixado está o outro. E fixado o fim, os meios para o atingir são necessàriamente tais ou tais: *"wer einem Zweck erreichen will, will auch die Mittel, die zum Zwecke führen"*.. — Cfr. W. JELLINEK, ob. cit., pág. 77. Por seu lado, fixada a premissa de fato, o meio idôneo decorre como *conseqüência* jurídica. V. *supra*.

48 Resiste, pois, a tôdas as críticas a fórmula célebre de Bernatzik, in ob. cit., pág. 46: *"tue was du glaubst, das es druch des öffentliche Wohl bedingt ist"* — desde que se interprete em harmonia com as nossas vistas. Primeiro que tudo, tem que supor-se um "público bem" ou "interêsse público determinado" dentro de certos limites, e não a categoria genérica e pràticamente ilimitada do interêsse público. É só nos limites da incerteza conceitual, nos limites, portanto, em que o interêsse público, ou fim público, ou simplesmente "fim" ou o "interêsse", não conseguem uma definição precisa, que o agente tem a faculdade de se fixar soberanamente numa dada sua interpretação e agir em harmonia com ela. A mesma idéia em LAUN: "... mas no domínio do poder discricionário o órgão executivo é, *êle próprio*, o perito do "interêsse público" da salvação pública", da "razão de Estado", e, *nos limtes* da esfera do seu poder discricionário, é, por assim dizer, êle próprio o legislador" (in *Le pouvoir discrétionnaire*, separata cit., págs. 55-56). Cfr. também MICHOUD, *ob cit.*, pág. 21, onde se fala de um "blanc-seing" deixado à Administração pelo legislador; M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, 1939 (pág. 51 e *passim*), que fala de "un margine libero". E KELSEN, *Hauptprobleme* cit., pág. 506, exprime idêntica idéia, escrevendo que em certos casos "der Rechtsstatz ist ein mehr oder weniger weitgehendes *Blankett*, dessem Ausfüllung gleichsam der Exekutive *delegiert ist*", e, com precisão, refere-se aos conceitos cujo conteúdo e preciso significado não são exatamente determinados pela norma, "sondern notweding von der *subjektiven Anschauung des Organs* abhängen".

reserva — forma esta última que é também uma forma de ação, para certos casos a única idônea para se atingir o "interêsse público", tal como o agente o concebe, ou — dito de um modo mais geral — o fim apontado um tanto vagamente pela norma e já concretizado pela interpretação subjetiva do administrador. Quando se chegou ao ponto de considerar como verificada na realidade a interpretação subjetiva do conceito mais ou menos vago (em certos limites) das condições ou premissas de fato postas pelas normas, resulta como necessário, primeiro que tudo, agir ou não agir, e depois agir desta ou daquela forma, segundo êste ou aquêle processo, realizar êste ou aquêle ato administrativo. As duas fórmulas reconduzem-se a uma só, e exatamente à última,[49] visto que, como sustentamos, não agir é também agir (não autorizar, é decidir não autorizar).[50] Sustentamos, pois, a necessidade lógica de identificação dos três campos da discricionaridade — *an*,[51] *quid* e *quomodo*, e reduzimo-lo, à discricionaridade na interpretação da competência.

O legislador, para se manter tal, tem, pois, que deixar à Administração uma certa margem de discricionaridade. Pode, sim, fazê-la desaparecer, mas para isso tem de sacrificar... a sua própria qualidade de legislador! Isso é o que não viu um dia o "Gesetzesrationalismus" revolucionário, que interpretou a discricionaridade sempre como coisa contingente; esta opinião veio depois propagando-se até nossos dias, de forma insistente, já quando a própria confiança na onipotência da lei se desvaneceu.

Êstes são os esclarecimentos acêrca da justificação do poder discricionário que é possível oferecer antes da determinação da sua noção. Êles deverão adquirir maior fôrça de evidência, à medida que formos debatendo o problema em segundo lugar enunciado.

---

49 "Der Verwaltungsbeamte muss handeln". — Cfr. W. JELLINEK, ob. cit., pág. 166.

50 Entendamo-nos: supomos o caso de inação resultante de se ter verificado na realidade, e segundo a interpretação subjetiva do órgão nos limites do conceito legal, a premissa que conduz necessàriamente à abstenção e não o caso de na realidade se verificar um fato que não cabe em qualquer das interpretações possíveis da norma, e que, portanto, não solicita qualquer atenção do administrador, o qual, por conseguinte, se mantém inativo. O administrador, por não estar em frente de qualquer atitude que se possa interpretar como falta do funcionário, claro que não decide aplicar-lhe qualquer pena disciplinar, nem decide não aplicar-lha. Mas, nestes casos, não se pode falar de discricionaridade, oportunidade de abstenção: é a própria norma vinculante clara, precisa, que não permite uma ação.

51 Que abrange também a determinação do momento de emanação do ato. Cfr. GIANNINI, *L'interp.* cit., pág. 265.

2 — A norma que atribui a um determinado órgão uma função — dissemo-lo já — fá-lo na pressuposição de que esta função apenas será exercida quando no mundo das realidades certa ou certas situações de fato se verifiquem. Êsses fatos, cuja existência o órgão referido deverá ter em conta, pertencem a qualquer dos mundos, da natureza ou da cultura, da causalidade ou do valor. Para se referir aos primeiros, a lei (que é a tradução de *conceitos*) faz recurso a conceitos que lhe são fornecidos por qualquer das ciências baseadas no valor teorético *verdade*, e que, portanto, pressupõem o princípio causalista, as categorias de espaço e tempo, ou o conceito de número (quantidade). Sôbre êstes fatos, e sôbre êstes conceitos, ao fim e ao cabo, decorrido o processo interpretativo, não pode existir como *verdade* mais do que uma exata formulação. Sôbre êles verifica-se uma identidade universal de pareceres, ou, pelo menos, êstes são suscetíveis dessa identidade. São só êsses os conceitos em que se pode fazer incidir inequìvocamente uma concepção idêntica da totalidade da comunidade, "Gesammtanschauung". São os conceitos das ciências empírico-matemáticas, de contornos absolutamente individualizáveis, com valor objetivo e universal. Se a lei recorre a êstes conceitos não deixa discricionaridade à Administração. Pode deixar margem a dúvidas, que, porém, o intérprete tem sempre meio de desfazer, utilizando os processos de hermenêutica administrativa.[52] A discricionaridade surge, assim, circunscrita aos

---

52 Não há, em direito administrativo, lugar para *lacunas*, nem para a conseqüente integração com recurso à eqüidade, ao menos no Estado de Direito, onde a lei não pode deixar de, ela própria, marcar em tôda a *extensão e amplitude* a atividade da administração. Dissemos que o legislador menciona sempre os fatos em que deve assentar cada um dos atos administrativos que lhes estão ligados como conseqüências jurídicas, de forma que aquêles são, assim, pelo nexo que os liga aos fatos ou condições, individualizados pela ordem jurídica. Uma lacuna, ao menos no conceito doutrinal correntemente aceito, não é mais do que um caso involuntàriamente não previsto pelo legislador e necessitando de ser regulado, uma ausência não querida de preceito legislativo. — Cfr. HECK, *Gezetzauslegung und Interessenjurisprudenz*, 1914, págs. 161-162. — Mas o caráter do direito público é o de — vimo-lo também — *obrigar* a uma atividade (função positiva,) e onde, por ausência de preceito, e portanto de previsão do fato ou situação, essa obrigação não exista, então é que se trata de atividade fora do direito público sôbre, a qual, pelo menos ainda não recaiu o seu interêsse, o interêsse ou vontade do legislador. Por isso não existem lacunas no direito penal (normas penais de incriminação, determinação de penas e causas de agravação); nem no direito internacional — onde os Estados estão obrigados apenas para os casos em que contrataram ou em que exista costume; — nem no direito processual — onde erradamente se fala muitas vêzes de lacunas para casos onde se está perante a possibilidade de uma interpretação extensiva ou analógica (a *analogia* é um processo de *interpretação*: *Cfr.* CARNELUTTI, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, 1936, I, pág. 112 e segs.); — nem no direito constitucional — onde a constituição representa um pensamento integral, que cabe ao legislador ordinário traduzir em leis. Lacuna e direito público são conceitos antitéticos. Parecem admitir lacunas no direito administrativo, SANTI RÖMANO, *Corso* cit., I, págs. 76

conceitos de valor utilizados na norma jurídica, aos conceitos *práticos* (não teoréticos).

A norma administrativa impõe como dever a um órgão uma determinada atividade que êste fica obrigado a realizar, sempre que no mundo das realidades um certo fato ou condição se verifique. A êstes fatos ou condições do mundo real refere-se-lhes a norma sob a forma de conceitos, isto é, de abstrações. Mas êsses fatos, e portanto êsses conceitos, podem pertencer ou ao mundo dito da realidade empírica, e então êsses conceitos, embora necessàriamente abstratos, podem e devem ser inequìvocamente individualizados, de tal modo que é sempre teòricamente possível afirmar o caráter necessário, assertórico, do juízo de subsumpção de um determinado fato num determinado conceito, com a mesma fôrça de evidência que tem para qualquer homem uma lei lógica, uma lei natural ou matemática. Ou podem pertencer ao mundo ou setor da realidade contraposto a êste, isto é, ao mundo da *sensibilidade,* ao mundo da razão prática, onde domina a incerteza, o parecer de cada um, onde não existe uma lógica de valor universal, mas concepções individuais, acientíficas, subjetivas (*individuelle Antworte*), e então o juízo de subsumpção não mantém já o mesmo caráter de necessidade lógica, de categoricidade.[53] Esta diversidade de conceitos, a perfazer a es-

---

e segs.; C. VITTA, nos casos em que se não trate de normas restritivas da liberdade, *Diritto Amministrativo,* I, 1933, págs. 72 e segs.; ZANOBINI, *Corso* cit., I, págs. 107 e segs.; D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano* 1936, I, págs. 156 e segs.; F. CAMMEO, ob. cit., I, págs. 315 e segs.; J. C. PISANELLI, ob. cit., pág. 76; MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo,* 1936, pág. 58; SHEUNER, ob. cit., pág. 84 Com a nossa solução convêm: W. JELLINEK, *ob. cit.,* pág. 177: *"Der Richter muss immer wieder auf den eigentlichen Sinn des Gesetzes zurückgehen"; Verwaltungsrecht,* cit., pág. 147: *"... gibt es nicht Lücken vom Standpunkte des geltenden Rechts"*; FLEINER, ob. cit., págs. 45 e segs.; JÖHR, ob. cit., pág. 130.

53 Quer, portanto, os concentos teóricos, quer os práticos, são de caráter *abstrato.* A discricionaridade não nasce, como sustenta a *Stufentheorie,* como necessária conseqüência do caráter abstrato do *jus generale.* Neste está ou a discricionaridade ou a vinculação, conforme se trate de uma abstração traduzida em conceitos práticos, ou de uma abstração traduzida em conceitos teoréticos. O *etwas Neues,* que constituiria, segundo MERKL (ob. cit., págs. 142-173) e KELSEN (*Teoria general del Estado,* páginas 301 e seguintes; e já, em *Hauptprobleme,* página 504 e seguintes), a necessária contribuição individual dos órgãos simultâneamente executivos e criadores do Direito, não representa o que tècnicamente se pode chamar poder discricionário *freies Ermessen,* mas apenas a necessária relatividade e imperfeição de todo o conhecimento humano, que, executando uma ordem, ou norma estranha, tem que a fazer própria: *"Wenn man daher auch zweksmässigerweise von einem gesetzlichen Willen spricht, so muss man sich doch darüber im klaren sein, dass der Verwaltungsbeamte, wenn er eis Gesetz vollzieht,* im Grunde *genommen nicht nur dem Wilken des Gesetzes nachlebt,* sondern auch dem Willen, den er dank seiner *Intelligenz, seiner Bildung, seiner Überzeugung, dem Gesetze subjektiv entnehmen zu dürfen glaubt..."* — Cfr. JÖHR, *ob. cit.,* págs. 32 e segs., e também EDMUND MEZGER, *Der Begriff der Rechts-*

trutura da norma, não pode deixar de existir, como reflexo dos dois mundos em que se divide a realidade à qual a norma se dirige.[54] A norma adota necessàriamente conceitos derivados do ser e do dever-ser ; a norma é, pode dizer-se, ser e dever-ser ao mesmo tempo — *das Recht ist Sollen und Sein*.[55] Quando, pois, o conceito legal relativo às condições-de-fato requeridas para o exercício duma determinada competência é um conceito prático, suscetível duma série mais ou menos determinada de sentidos entre si diferentes, estamos no domínio da competência discricionária dos órgãos administrativos. Essas condições-de-fato podem ser, é claro, apenas implìcitamente exigidas, e não expressamente, pela lei. Quando essas condições, pelo contrário, são enunciadas em conceitos teoréticos (supondo uma *Gesetzlinchkeit* da natureza) então incumbe ao órgão administrativo determinar exatamente o conceito e os fatos, e só quando a subsumpção dos fatos no conceito legal fôr precisa êle deverá agir : a sua competência está *vinculada* à verificação no domínio da realidade natural dum fato cujos contornos são exatamente os implícita ou explìcitamente delineados nesse conceito. É a interpretação jurídica do órgão administrativo que, na execução do

---

quelle, in *Festgabe für Philipp Heck, Max Rumelin, Arthur Bruno Schmidt*, 1931 : "Rechtsanwendung ist Rechtsschöpfung" (pág. 40). — As dificuldades resultam, primeiro que tudo, da impossibilidade de uma "conceituação e expressão perfeitamente formuladas". — Cfr. HECK, *ob. cit.*, pág. 20. — É o coeficiente de êrro, aquela "dificuldade" psicológica, ou "complicação" (*schwierige geistige Arbeit*) que pode sempre existir na interpretação duma vontade estranha, nomeadamente na da lei. A *Stufentheorie* contribui apenas para evidenciar êste fato, mas é inoperante na definição do "poder discricionário" e da sua posição no sistema do Estado moderno, ou Estado de Direito. Rejeita-se, aqui, a incisiva definição de KELSEN, na obra ùltimamente citada : "o poder discricionário dos órgãos do Estado não é outra coisa senão a necessária diferença entre o conteúdo da vontade abstrata estadual na ordem jurídica e o ato concreto estadual na Administração, na execução". Trata-se duma confusão que a própria doutrina germânica já notou entre "freies Ermessen" e "Ermessen" simples, "Erwägen", ou seja, aquela determinada medida de subjetiva atividade de completamento ou integração (*Ergänzungstätigkeit*) do funcionário executor, ligada à execução da ordem jurídica. — Cfr. JÖHR, ob. cit., pág. 50.

A *Stufentheorie* erra ainda quando crê que entre poder discricionário e poder ligado não existe nenhuma oposição conceitual marcada (*keinen prinzipiellen Gegensatz zwichen heiden*). A mesma objeção se pode fazer a BERNATZIK, enquanto êste faz coincidir *de plano* discricionaridade (técnica) com indeterminação dos conceitos normativos referentes às premissas de fato (*tatsächlichen Prämissen*). Por isso pôde escrever BERNATZIK : "o poder discricionário e o poder ligado não são espécies diferentes de atividade espiritual", pág. 42.

54 EDMUND MEZGER, *Der Begriff der Rechtsquelle*, in *Festgabe für Philipp Heck*, etc., 1931, pág. 42, fala em *"kognitive, rationale und irrationale, also wiessenschaftliche und unwissenschafliche Elemente"*, no conhecimento jurídico. *"Der Gesetzgeber ist kein Fanatiker der Logik"*, apregoa também a "Tübinger Schule" (ou da *Interessenjurisprudenz*).

55 ALFRED MANIGK, *Neubau des Privatrechts*, 1938, págs. 56 e segs.

direito, distinguirá os dois campos diferentes da sua atividade, distinguindo as duas diferentes esferas de conceitos. O problema do poder discricionário é problema de interpretação (*das Ermessen ist eine Auslegungsfrage*).[56]

Sôbre os conceitos de valor prático, que definem o poder discricionário da Administração, pode dizer-se, como BERNATZIK a respeito dos conceitos vagos (*"Kategorien des technischen Ermessens"*, ob. cit., págs. 42 e segs.), mas sem aceitar a sua construção, que, na sua execução, existe "um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou não exatidão da conclusão atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só êles estejam na verdade, e que os outros tenham uma opinio falsa".[57] Sôbre êles, a generalidade das pessoas não forma senão casualmente o mesmo juízo.

W. JELLINEK admite a possibilidade de delimitação rigorosa de muitos dêstes conceitos por meio daquilo a que chama a *concepção da sociedade* (*Anschauung der Gesellschaft*), reduzindo o poder discricionário a muito mais modestos limites.[58] Mas é claramente errada esta posição, porque, mesmo que sôbre muitos conceitos não teoréticos existisse uma inequívoca concepção por parte da comunidade (o que é contestabilíssimo), ela não podia ser senão uma norma, um conjunto de conceitos, que, por sua vez, teriam de ser submetidos à interpretação dum órgão, e sempre poderá ficar como resíduo um conjunto de conceitos práticos imprecisáveis. Admite W. JELLINEK a possibilidade de precisão dos conceitos estéticos, separando-os nìtidamente, quanto a essa possibilidade, dos práticos pròpriamente ditos — *"auf die Frage, ob etwas sehr hässlich oder sehr schön sei, gibt die Gessellschaft eine ziemlich sichere Antwort"* (págs. 61 e segs.).[59]

---

56 Cfr. SCHEUNER, ob. cit., págs. 81 e segs.; JÖHR, ob. cit., págs. 170 e segs.

57 *"...eine Grenze, über welche hinaus Dritte die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der gezogenen Schlüsse nicht mehr konstatieren könen. Es könen dann Dritte anderer Ansicht sein, sie können aber nicht behaupten, sie allein hätten die rechtige Ansicht, die des Anders sei falch"*, pág. 43.

58 Cfr. *Gesetz* cit., págs. 380 e segs. "O juiz precisa de uma resposta determinada, e essa resposta dá-a a sociedade", pág. 39. "A lei pode remeter também para a sociedade e querer que valha aquilo que pelo povo é entendido", pág. 46.

59 A história, e talvez ainda mais o tempo presente, dão multiforme desmentido à afirmação dos valores estéticos como valores de conhecimento. Não são valores de conhecimento (*kognitive Wertungen*), não são também fenômenos práticos, no sentido de fenômenos relativos à *vontade* (*Willensentscheidungen*): são fenômenos de *emoção*. É prático o valor estético, só no sentido de que não diz respeito ao conhecimento. Em sentido, porém, radicalmente contrário, A. MANICK, ob. cit., pág. 56: "existem também valores puramente de conhecimento, por exemplo, os estéticos". Indica exemplos na juris-

Só no domínio estritamente prático — do *bom* e do *mau* — campo de apreciações inquestionàvelmente subjetivas, pode assentar o poder discricionário, segundo o autor alemão.[60] É só neste capítulo que a palavra "valor" tem sentido para JELLINEK. *Bom* vale tanto como *valor* (Wert); *mal* tanto como *não-valor* (*Unwert*). Compreender-se-á agora (não fazendo reparo nos elementos da definição relativos mais ao problema dos limites do poder discricionário do que à sua noção), a sua célebre definição: "poder discricionário é a concepção individual sôbre o valor ou desvalor dum comportamento, formada corretamente, sem atitude faltosa e dentro dum poder de competência".[61] Ou, mais concisamente: "poder discricionário é o mesmo que fixação feita por um indivíduo de um conceito indeterminado, especialmente dum conceito de valor prático, no campo marcado pelos seus próprios limites".[62] Cremos que, do ponto de vista rigorosamente jurídico, o poder discricionário da Administração se deve estender a todos os conceitos não teoréticos, e não apenas aos conceitos práticos, no sentido que a esta expressão dá JELLINEK. A tentativa que êste faz, para considerar grande número de conceitos não teoréticos como determináveis, delimitáveis, com referência, não às concepções individuais do órgão agente, mas à concepção geral da comunidade, a uma *communis*

---

prudência do O. V. G. alemão, sôbre a apreciação jurisdicional dos conceitos estéticos, W. JELLINEK, *Gesetz* cit. pág. 62. A jurisprudência do *Conseil d'État*, é, a partir dum célebre *arrêt* Gomel, de 4 de abril de 1914 (Sirey, 17-3-925) — nota HAURIOU — pela possibilidade de contrôle jurisdicional das decisões dos prefeitos de Paris em matéria de "perspectives monumentales et des sites", quer dizer sôbre conceitos de ordem estética. Mas, esta última jurisprudência tem sido corretamente caracterizada, na senda de HAURIOU, como manifestação do caráter pretoriano da jurisprudência daquele tribunal administrativo, que controla, um pouco conforme as necessidades do equilíbrio entre os direitos da Administração e os direitos dos administrados, a moralidade, a oportunidade de certas decisões administrativas. O que é o mesmo que reconhecer que se está no domínio do poder discricionário, logo que se discutam conceitos de ordem estética. Entre os comentadores da jurisprudência francesa sôbre êste mesmo ponto, reconhecendo o caráter pretoriano dêsse contrôle, pode ver-se LEO GOLDENBERG, *Le Conseil d'État juge du fait*, 1932, págs. 230 e segs.; GEORGES VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, 1934, págs. 64 e 92 segs.; e HAURIOU, na nota ao *arrêt* citado. — Mas, contràriamente, em França sustentam que o Conselho de Estado não controla jurisdicionalmente o poder discricionário em nenhum caso — BÖNNARD, ob. cit.; RÉGLADE; ob. cit., etc. Vide *infra*.

60 Expressamente: *"nicht die Abgrenzung eines unbestimmten Begriffs schlechthin macht den Typus des freien Ermessens aus, sondern in letzter Linie die Abgrenzung der Begriffs* gut *und* schlecht" (pág. 89).

61 *"Freies Ermessen ist die vom Recht mit Massgeblichkeit ausgestattete, fehlerfrei zustandegekommene, individuelle Anschauung über den inneren Wert oder Unwert einer Verwiklichung"* (pág. 89).

62 *Freies Ermessen ist soviel als eine individuelle Abgrenzung eines unbestimmten Begriffs, insbesondere eines praktischen Wertbegriffs, innerhalb seiner Grenzen"* (pág. 157).

opinio, representa, segundo nós, um equívoco, embora destinado a satisfazer exigências da vida jurídica individualista que postulam uma "régression du pouvoir discrétionnaire". A verdade é que, se a jurisdição administrativa pretende consagrar a *legalidade*, definindo certos conceitos não teoréticos, que fazem parte da estrutura das normas administrativas, à face de pretensas concepções sociais unívocas, no fundo não faz mais do que intrometer-se no domínio da Administração ativa, no domínio do poder discricionário. Será o caso de uma característica "Doppelverwaltung" (cfr. BERNATZIK, ob. cit., pág. 46).

A concepção de SCHEUNER (ob. cit.), por sua vez, embora forneça preciosas sugestões quanto ao nosso problema, especialmente quando o reduz a um problema de interpretação, também não esclarece satisfatòriamente o ponto fundamental: o de saber *até onde* pode chegar a interpretação, até onde será possível determinar sentidos, significações precisas numa norma. Dizer que o problema do poder discricionário é um problema de interpretação, corresponde a pouco mais que dizer (como faz a generalidade da doutrina francesa, espanhola e portuguêsa) que o problema do poder discricionário é o problema da distinção entre a *legalidade* e a *oportunidade* — tudo estando, porém, em saber *como* se distinguem. E a resposta continua a ser aquela antiga de MICHOUD: "há poder discricionário tôdas as vêzes que uma autoridade age livremente, sem que a conduta a seguir lhe tenha sido ditada antecipadamente por uma regra de direito" (ob. cit., págs. 10).[63]

Tão pouco nos dá a essência do poder discricionário aquela outra concepção, segundo a qual êste poder valeria tanto como a ausência de um *direito subjetivo* do administrado a um determinado comportamento por parte da Administração.[64] O próprio conceito

---

63 Cfr. um dos mais recentes estudos da literatura francesa sôbre o nosso problema, de ANDRÉ HAURIOU, *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, in *"Mélanges R. Carré de Malberg"*, 1933: "o poder discricionário da Administração surge-nos como aquela parte da iniciativa e da independência jurídicas da Administração que não foi limitada pela lei e pelas regras de direito", pág. 237.

64 Nesta orientação, além do já citado BÜHLER, LEMAYER, *Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *Grünhuts Zeitschrift*, vol. 22.º, 1895, págs. 446-447; TEZNER, especialmente no escrito *"Das Detournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde"*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. V, 1911, pág. 86. Qualquer das obras dêstes autores contém múltiplas interpretações no estudo do problema do poder discricionário, e melhor será dizer que aquela que consiste em identificar "poder ligado" com atribuição ao administrado de um direito subjetivo público, é apenas um só dos aspectos do seu respectivo pensamento. Assim, TEZNER tem, na história do problema do poder discricionário, importância especial, não neste, mas em outros dos seus pontos de vista.

de *direito-subjetivo-público* é, porém, campo de largas discussões e chega a ser negado. Se neste assinalarmos o elemento que tôdas as doutrinas julgam essencial à existência dum direito subjetivo — no nosso caso o aspecto de pretensão (*Anspruch, Rechtsanspruch*) do particular administrado a um dado comportamento do poder público, garantido por uma norma jurídica — será fácil notar que a esfera do poder ligado nem sempre coincide com a do direito subjetivo.[65] Há largas esferas de poder ligado por normas jurídicas, sem que para os administrados exista o *direito* de exigir perante os tribunais administrativos a observação dessas regras,[66] tratando-se apenas de uma vinculação em vista do interêsse geral. Isto mostra-nos quanto é absolutamente cabida aqui a crítica de LAUN,[67] segundo o qual esta doutrina substitui afinal à questão de saber quando estamos na presença de um poder discricionário a de saber quando estamos em presença dum direito subjetivo: *"an Stelle der Frage, wann freies Ermessen vorliege, tritt die andere, wann ein*

---

65. Cfr. BERNATZIK, in *Grünhuts Zeitschrift*, vol. XVIII, 1891, pág. 157; W. JELLINEK, *Gesetz*, cit., pág. 116 e *Verwaltungsrecht*, cit., pág. 20; LAUN, Das freie Ermessen, cit. págs. 31 e segs.; HERRNRITT, ob. cit., pág. 300; JÖHR, ob cit., págs. 53 e segs.; SCHEUNER, ob. cit., pág. 70; implìcitamente. BONNARD, *Le contrôle*, cit., págs. 51 e segs. Da exposição dêste último resulta a não coincidência entre poder ligado e direito subjetivo, porque, para êste existir, requere-se, *além* do poder ligado, um interêsse particular: "o direito subjetivo não existe senão quando a *obrigação* administrativa foi *também* estabelecida em vista de certos *interêsses particulares*", pág. 63; M. S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., págs. 215-216.

66 A "ação popular", nos países em que é admitida, nunca poderá ser considerada uma forma de contencioso subjetivo, quer dizer, traduzir um *direito à legalidade* por parte do administrado. Trata-se seguramente de uma forma de contencioso *objetivo*, à semelhança da ação penal pública. Cfr. R. BONNARD, *Le contrôle*, cit., pág. 71 e segs. Do mesmo modo, e com muito maior evidência, nos casos de "ação pública administrativa".

67 Todavia as observações de LAUN (*ob. cit.*, págs. 31 e segs.) e JÖHR (*ob. cit.*, págs. 55-56) sôbre a evolução da jurisprudência francesa, que deixou, desde o fim do século XIX, de exigir a violação de um *direito adquirido* como condição do recurso por excesso de poder — contentando-se hoje com a simples violação de um *interêsse* pessoal e legítimo (enquanto que, anteriormente, esta distinção entre direito e interêsse correspondia à das matérias contenciosas e não contenciosas, do poder ligado e do poder discricionário) para demonstrarem que direito e poder ligado não coincidem, são improcedentes; porquanto, quando antes se falava de direito adquirido, tinha-se em vista conceito diferente daquele que a doutrina que encaramos considera. Cfr. L. GOLDENBERG, *ob. cit.*, pág. 124 e segs. A Jurisprudência francesa não fazia mais do que dar expressão prática à teoria, segundo a qual entre Administração e Justiça há uma diferença fundamental: uma "realiza o interêsse geral", outra decide sôbre as "violações de direitos privados": *"die Verwaltung verfügt im Interesse des Gemeinwohles, die Justiz entscheider über Verletzung von Privatrechten"*. Conforme demontra GOLDENBERG, os *droits acquis* eram essencialmente direitos privados. A teoria a que nos referimos no texto, ao falar em direito, refere-se a direitos subjetivos públicos. Cfr. também BERNATZIK, *ob. cit.*, pág. 14.

subjektives Recht gegeben sei" (*Das freie Ermessen*, cit., págs. 31-32). No fundo é a nossa crítica fundamental: esta doutrina não nos dá a *essência* do poder discricionário.[68]

Aprofundou também muito o problema da essência do poder discricionário e do poder vinculado o já referido LAUN. No seu ensaio de 1910 (*Das freie Ermessen und seine Grenzen*) o professor de Hamburgo sustentou uma tese que se pode resumir nos têrmos seguintes. A atividade dos órgãos administrativos é delimitada por normas, as quais têm um maior ou menor grau de precisão. Para a execução dessas normas requere-se, primeiro que tudo, a sua interpretação. Nessa interpretação, porque se trata do conhecimento duma norma abstrata, há sempre, porém, qualquer contribuição da personalidade do intérprete, quere dizer, do órgão executivo. Com efeito, "...*von einer mechanischen Anwendung des Rechtes kann nicht die Rede sein*" (págs. 47 a 49). Noutros têrmos: a interpretação dos conceitos normativos, dum modo geral, e portanto a sua execução, postula sempre aquilo a que êm alemão se chama "Ermessen" (apreciação) do órgão intérprete. Mas, em regra, não se trata ainda do poder discricionário do órgão, do seu "*freies Ermessen*". Trata-se de um "*gebundenes Ermessen*" (página 50) — uma apreciação não livre, vinculada. A palavra *Ermessen* quer apenas significar que é deixada uma certa margem ao juízo individual do órgão agente; a palavra *gebunden* significa que no entretanto tem também lugar uma vinculação à vontade da lei. O órgão não tem mais do que procurar averiguar a vontade do legislador, a sua *intenção*, o seu *fim*, o *sentido*, e *espírito* da lei. Êstes são perfeitamente determinados, nas hipóteses que estamos encarando — *die Entscheidung ist stets theoretisch eindeutig bestimmt*" (págs. 50 a 59). Se a norma fôsse tão precisa que não admitisse a mínima contribuição pessoal do agente na sua interpretação, então seria o caso de se falar de uma "*strikte gesetzliche Gebundenheit*", que, no entanto, não seria lògicamente diferente do "*gebundenes Ermessen*" (págs. 61). Uma e outro formam a categoria da "*gesetz-*

---

68 Poderia pensar-se em condenar ao mesmo tempo a doutrina que assimila direito subjetivo e poder ligado e a doutrina que identifica insusceptibilidade de contrôle jurisdicional e discricionaridade, associando-as, ou melhor, identificando-as. De fato, "*nicht jeder unkontrollierbare Staasakt ist en Aks des fisien Ermessens*" (W. JELLINEK, *Gesetz*, cit., pág. 114 idem LAUN, *ob. cit.*, pág. 32); e, se o ato é incontrolável, quer dizer que não há direito subjetivo a um comportamento. Mas pode haver contrôle jurisdicional quando não existe direito subjetivo a êsse contrôle: são os casos de ação popular e de ação pública administrativa.

liche Gebundenheit", ou seja, do poder ligado ou vinculado pròpriamente dito (págs. 47 e segs.).

Casos há, porém, segundo LAUN, em que o intérprete, ou seja, o agente, não encontra prefixados nem a *vontade*, nem a *intenção*, nem os *fins* do legislador, ou, mais concretamente, os seus *fins imediatos* (*unmittelbare, nächste Zwecke*),[69] e é por isso autorizado a determinar, êle próprio, quais devam ser os fins próximos do seu agir. O legislador deixa então ao órgão a determinação do que, em cada um dêsses casos, deve considerar-se o "interêsse público" a atingir, embora essa determinação deva ser feita *"en toute conscience"* (*"nach ihrer eigenen pflichtmässigen Ansicht und ihrem eigenen pflichtmässigen Wollen"*). Nestes casos estamos, assim, perante espécies que autorizam um poder discricionário ao órgão estadual.

Se o fim é determinado, pode porém ainda restar o poder da escolha (*Ermessenswahl*) do meio mais apto para consegui-lo. Mas neste caso trata-se ainda do poder de escolher o meio *mais apto e melhor*. Estamos perante um poder vinculado de escolha, perante *"ein gebundenes Ermessen"*, e não perante um poder discricionário, livre, de escolha de fins — *"ein freies Ermessen"*.

Para que haja *"freies Ermessen"* requer-se, portanto, que estejamos perante uma escolha, não influenciada pelo legislador, do fim imediato a atingir (págs. 61 e 62). É esta a essência do poder discricionário, segundo LAUN.

E que dizer desta doutrina? Poderia parecer, ao primeiro exame, que as esferas do poder ligado e do poder discricionário, tais como são delineadas por R. LAUN, coincidem com os campos que nós lhes assinalámos já. Mas os exemplos que apresenta desvanecem esta impressão. Êsses exemplos e sobretudo a sua teoria dos limites do poder discricionário, a que adiante aludiremos, mostram-nos que LAUN está influenciado também por um *Gesetzesrazionalismus"*. Admite que se está perante conceitos unívocos, sempre que numa norma jurídica fala de *"diligentia diligentis patris familias"*, de "boa fé", e de outros semelhantes conceitos práticos,[70] que nós arrumamos na esfera do poder discricionário; o que desde logo nos

---

69. Os fins superiores e gerais do Estado, que cada ato do Estado em última análise serve — a conservação e manutenção do Estado, o valor das formas de Govêrno, da ordem social e da propriedade, etc. — deve o órgão administrativo considerá-los como dados definitivamente e inalteráveis (pág. 64.)

70. Cfr. pág. 52. No mesmo sentido, W. JELLINEK, *cit.*, págs. 66 e 73.

faz propender a crer que êste autor não tenha conseguido mais do que uma visão empírica dos conceitos fundamentais destinados a determinar a essência do poder discricionário. E empírica é também a sua concepção dos índices do poder discricionário, "averiguável em cada caso", segundo as expressões usadas pelo legislador (interêsse público, necessidade, perigo, etc. — cfr. págs. 79 e sgs.). Isto por um lado. Por outro, não nos fornece também LAUN uma análise do conceito do *fim imediato;* não nos diz se "fim" é uma categoria psicológica (motivo), ou uma categoria objetiva (função). Quanto ao qualificativo de *imediato,* nota-se que "qualquer fim é imediato em relação a outros mais próximos à causa eficiente". (M. S. GIANNINI, *Il potere,* etc., cit., pág. 31). A verdade é, pois, que o conceito de fim, não precedido da determinação do seu exato significado, é estéril na determinação do conceito de poder discricionário; e isto, de certo modo, o próprio LAUN o reconheceu quando, mais tarde, veio a introduzir modificações na sua doutrina primitiva. LAUN acentuou menos que JELLINEK que o problema do poder discricionário é de interpretação de conceitos sôbre as premissas do agir administrativo, deslocando assim o problema para uma escolha de fins. Outros (MICHOUD, FÉZÀ, VITAL, *etc.*) o deslocariam para uma escolha de meios.

No entanto, cremos que LAUN entreviu o conceito de poder discricionário, ao defini-lo como "livre escolha de fins". Acentuou que uma esfera existe em que reina uma determinada liberdade para o agente estadual. Acentuou ainda que, quando rigorosamente o órgão administrativo deve realizar um fim (objetivo) individualizado, a escolha do meio não é livre, ou apenas o é aparentemente. Só é legal *um* comportamento: aquêle que é interramente apto para realizar êsse objetivo. E acentuou, finalmente, que, pelo contrário, se os fins não são individualizados, fica ao órgão o dever de, dentro duma liberdade circunscrita a certos limites, se decidir por um fim entre vários, e, depois de o fazer, adaptar o meio idôneo para realizá-lo.

Simplesmente: semelhante terminologia é muitíssimo incerta e fàcilmente induz em equívoco, equívoco que leva a assacar-lhe defeitos que a teoria realmente não possui, como tem acontecido a partir de TEZNER e de MICHOUD. O próprio LAUN sentiu a insuficiência da sua doutrina, especialmente no ponto de vista da determinação da nota essencial característica do poder discricionário em relação ao poder ligado, e por isso, em escritos sucessivos, introduziu notáveis

modificações no seu conceito primitivo. Essas modificações são as que constam sintèticamente do citado Rapport, de 1934, sôbre *Le pouvoir discrétionnaire*. Neste último trabalho, LAUN procede, antes de mais, a uma análise lógica da norma jurídica, para demonstrar que nela existem combinados, em proporções variáveis, conceitos vinculantes e conceitos não vinculantes que nos deixam duas ou mais alternativas. Os primeiros são conceitos categóricos, os segundos conceitos disjuntivos. Aqui termina o que há de verdade em LAUN. As conclusões posteriores afastam-se, porém, do caminho certo. Não procura fornecer-nos o critério mais profundo para distinguir uns dêstes conceitos dos outros; quer dizer, não nos dá a essência última do poder ligado e do poder discricionário. Prefere retomar as linhas mestras da monografia de 1910, especialmente quanto ao equívoco conceito de *fim*, que ainda desta vez não se afadiga em definir. O poder ligado continua a significar para êle, como sempre, uma subordinação categórica do órgão à execução dum fim ou duma relação de fins, expressa ou implìcitamente assinalados pelo legislador. A idéia inexplicada de fim continua a estar no primeiro plano.

Em resumo: também a teoria de LAUN é insuficiente para determinar a essência do poder discricionário e do poder ligado.

Um autor que desenvolve idéias em certa medida próximas das nossas é R. BONNARD. De fato, poderíamos subscrever muitas das suas afirmações. "Pode dizer-se — escreve o autor francês — que o poder discricionário existe em relação a um e a um só dos elementos do ato: êste elemento é o objeto".[71] Mas "a existência e o objeto de qualquer atividade são essencialmente condicionados e determinados pelos motivos que estão na base desta atividade"... "A determinados motivos existentes deverá corresponder uma certa determinada atividade e não qualquer outra" (págs. 60 e 61). Quer dizer: nestes casos não haverá poder discricionário. Mas quando surge então o poder discricionário? Em dois casos. Vejamos como se verificam, no critério de BONNARD.

Pode suceder que "as leis ou regulamentos, quando formulam os motivos dos atos administrativos, os formulem duma maneira mais ou menos precisa. Por vêzes mesmo, a sua expressão é extremamente vaga...". Ora "...pode dizer-se que os motivos formulados serão suficientes para ligar o poder da Administração, sempre

71 *Le contrôle*, pág. 58.

que forem constituídos por fatos tais que apenas haja lugar para os declarar existentes, por uma constatação da sua existência material. Pelo contrário, não existirão elementos suficientes para a vinculação da Administração quando a existência dos fatos enunciados como motivos não puder ser estabelecida senão depois de determinadas apreciações livres, de qualidade e de valor... E então estaremos no domínio *essencial* do poder discricionário" (págs. 61-62).

Êste é um dos casos. O outro verifica-se, segundo BONNARD, se "a lei ou regulamento previrem uma competência sem indicar os motivos em virtude dos quais esta competência será exercida" (página 61). Quanto a nós, porém, esta última hipótese jámais se verifica, dadas as relações lógicas que estabelecemos entre condições-de-fato antecedentes (a que BONNARD chama motivos), objeto e fim do ato. As condições-de-fato, como o fim, são sempre postuladas pela norma, ao menos de modo implícito, e descobrem-se mediante interpretação. O que pode suceder é que a condição-de-fato seja enunciada, ou de qualquer modo implìcitamente prevista, como condição prática ou de valor, sôbre a qual não pode suceder outra coisa que não seja ter o órgão agente de formular a sua concepção. Se a nossa lei, por exemplo (*Cód. Adm.*, art. 12), prescreve que "é da competência do Govêrno... n.º 1: — mudar as sedes dos concelhos e freguesias, alterar os seus nomes e os das povoações", e não indica explìcitamente os fatos em que o Govêrno se deve basear para mudar a sede dum concelho ou de uma freguesia, ou alterar os respectivos nomes, a interpretação jurídica conduzir-nos-á a afirmar que o motivo implícito, ou condição-de-fato, consistirá neste caso em "a conveniência, a utilidade, o interêsse público, na mudança de uma sede de concelho ou freguesia". É êste um motivo, ou condição-de-fato, de ordem essencialmente prática, cuja verificação o agente administrativo tem forçosamente de interpretar com liberdade apenas limitada num certo sentido (na medida em que fôr examinado).

Mas, fora dêste ponto, em relação ao qual é cabida a observação que acabamos de fazer, há porém que notar que a análise de BONNARD se orienta por caminhos que não podem fornecer solução para o nosso problema (análise dos elementos do ato jurídico, análise psicologista), porquanto não insiste no ponto capital, que é a disquisição sôbre os elementos conceituais, lógicos (não psicológicos) da *norma* (e não do ato). Ora sôbre êstes elementos, deve reconhe-

cer-se que ela não nos fornece mais do que uma fugidia alusão, como acabamos de ver.

TEZNER nega a possibilidade da existência, na imensidade dos conceitos abstratos da ordem jurídica, de quaisquer conceitos que tenham um significado absolutamente certo e determinado e que representam uma inteira igualação aos fenômenos da vida real; admitir uma livre apreciação e determinação (*freies Ermessen*) de alguns dêles, é supor que em relação a todos êles não haja sempre uma margem de discutibilidade, uma dificuldade de subsumpção (cfr. *Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege*, cit., pág. 537).[72] Todos os conceitos normativos são conceitos jurídicos, e é irrelevante a questão de saber se o seu conteúdo é determinável com base na experiência comum, ou só com a ajuda de certas ciências técnicas especiais.[73] Não existe, pois, para a Administração qualquer liberdade (*freies Ermessen*) na apreciação dos conceitos que a lei incorpora em si. Nos casos em que essa liberdade parece existir, por restar à Administração a faculdade de escolher uma de duas atitudes, ainda aí, ela está vinculada por um interêsse público específico. O interêsse público, como qualquer outro conceito jurídico, é uma categoria delimitada. O legislador marca, na categoria objetiva do interêsse público, a medida que deve ser tomada como única legal. Como categoria, como conceito, que, portanto, retrata fatos ou situações, o interêsse público e a sua qualificação são sempre atribuição do juiz. Qualquer comportamento da Administração representa a atuação duma norma precisa ou precisável — atuação que, por isso, é controlável pela jurisdição competente. Apenas quando faltar um direito subjetivo do particular à legalidade de um comportamento da Administração e, conseqüentemente, os tribunais (administrativos) forem incompetentes, se poderá falar de um poder discricionário; ou, ainda, quando a lei expressamente estabelece essa incompetência em relação a casos determinados, por julgar as autoridades administrativas mais bem colocadas, pelo seu saber técnico, para a interpretação de certos conceitos e qualifica-

---

72 Estas observações são feitas por TEZNER em forma de crítica à doutrina do *"technisches Ermessen"*, de BERNATZIK, que fazia coincidir poder discricionário com "conceitos vagos". Compreendidas a esta luz, as observações de TEZNER são cabidas, pois aquêle é levado, como êle bem observa, a dar uma extensão indefinida ao poder discricionário. Neste ponto, a doutrina da escola de Viena, já exposta e apreciada, é bem a sucessora da do grande mestre que no fim do século XIX ensinou na capital do Império Austríaco.

73 *Zur Lehre vom freien Ermessen*, cit., pág. 121.

ção de certos fatos (subsumpção) — *"der Ausdruck freies Ermessen der Behörden, wie er zugleich mit der Schaffung der Verwaltunsgerichte entstanden ist, bedeutet im System der Rechtsbeschwerde so viel als Gerichtsfreiheit oder Freiheit vom richterlichen Kontrolle"* (*Das détournement,* cit., pág. 86).

JÖHR parte de um ponto de vista muito próximo do de TEZNER. Para o escritor suíço, com efeito, é necessário garantir os cidadãos contra as prepotências ou simples erros da Administração relativamente à sua liberdade e propriedade, e os tribunais administrativos faltariam à sua missão natural, se não controlassem, definindo-os, todos os elementos *jurídicos* (*rechtliche Momente*) dos atos administrativos, começando pelas condições-de-fato cuja verificação é necessária para a validade do ato (*Gültigkeitserfordernisse, tatsächliche Verhältnisse*); como, por exemplo, o "interêsse público" numa expropriação desta natureza. É êste o grande e fundamental princípio da jurisdição administrativa, a razão do seu aparecimento. Aos órgãos administrativos compete "ùnicamente assegurar a subsumpção de uma espécie concreta numa norma", e aos órgãos jurisdicionais administrativos verificai a legalidade desta subsumpção. "Qualquer condição-de-fato, postulada pela lei para o agir da Administração, surge-nos claramente como uma *questão de direito* definida pela lei, e portanto controlável, quer ela seja formulada em forma concreta quer em forma abstrata". A interpretação dos conceitos, porventura vagòs e imprecisos, com os quais a norma se refere aos pressupostos de fato, efetiva-se com o auxílio da diretiva (*Richtlinie*) que é a *ratio legis*. Assim se chega à conclusão de que existe "vinculação legal em *todos* os casos do chamado poder discricionário, quanto às condições-de-fato (*Tatbestandsermessen*)"; e assim se revela quanto é inevitável a disparidade de soluções (poder ligado, ou poder discricionário?) em face dos exemplos dos autores e da jurisprudência, quando se admita uma faculdade de livre interpretação (*freies Ermessen*) para os conceitos vagos relativos às premissas de fato dos atos administrativos. Esta solução é ainda, além do mais, segundo também JÖHR, a que melhor salva as exigências do moderno Estado de Direito, e aquela que melhor estabelece uma colaboração entre as duas funções estaduais: Administração e Justiça.

Em conclusão: o poder discricionário da Administração nunca é uma *livre* escolha ou uma *livre* atividade. É, pelo menos, sempre limitado, dirigido, regulado, ligado, pelo *fim* da lei, pela *ratio*

legis, fim que jamais falta, contra o que pensa LAUN, pois que *"eine Rechtsnorm ohne Zweck ist ein Unding"*.[74] Êste fim é verdadeiramente um "limite interno" à aparente liberdade dos órgãos administrativos, que permite falar de uma *Zweckgebundenheit des behördlichen Willens*, como tal controlável pela jurisdição competente. "Na república da Administração não há lugar para quaisquer poderes independentes da lei ou da constituição". Aquêle que se poderá chamar poder discricionário é afinal sempre um poder ligado, porque "o fim de uma norma é sempre imanente", porque a diretiva "fim" existe sempre. E, em suma, só quando ela existe é que se poderá falar, e a jurisprudência tem falado, de um poder discricionário. Saber se só essa diretiva existe, e se, portanto, existe poder discricionário, é essa uma questão de interpretação.[75]

As teorias de TEZNER e JÖHR são de matiz retintamente liberal-individualista, enquanto que as de BERNATZIK,[76] MERKL e KELSEN são mais caracteristicamente de tom democrático. As primeiras procuram garantias estritas para uma esfera individual de liberdade e propriedade dos administrados e não mostram grande confiança na simples garantia hierárquica ou política, isto é, governamental ou parlamentar; as segundas pendem mais para a tendência oposta, filiada diretamente nas idéias revolucionárias francesas, de uma esfera de *"administration pure"* (não é outra coisa o *techniches Ermessen* de BERNATZIK, ou o *etwas neues*, autônomo, de KELSEN e MERKL).

Estas doutrinas, pois, ditadas por considerações políticas, ou por exigências sociais e jurídicas de épocas ou países determinados, a que primeiro atendeu a jurisprudência — tais como: terminar com o irredutível bastião do absolutismo autoritário no Estado de Direito constitucional (TEZNER), salvar as exigências do Estado de Direito (JÖHR) — tôdas conduzem, explícita ou implìcitamente, mais do que a uma *regréssion* do poder discricionário da Administração, à sua completa eliminação. *"Glaube an die Gerechtigkeit"!*... mas mais ainda: *"Glaube an die Gesetzlichkeit"!* Trata-se, em resumo, sempre de um *Gesetzsrazionalismus*: desconhecimento da verda-

---

74 Em sentido idêntico, DUGUIT, *Traité*, II, págs. 378 e segs. e 390 e segs.; e SCHEUNER, *ob. cit.*, pág. 85.

75 Cfr. JÖHR, *ob. cit.*, pág. 58 e segs.

76 Note-se que, como teremos ainda de referir, BERNATZIK modificou sob o influxo das críticas de TEZNER, as suas idéias sôbre a possibilidade de contrôle do *"techniches Ermessen"*, e em sede jurisdicional, in *Grünhuts Zeitschrift*, vol. XVIII, 1891, pág. 148 e segs.

deira natureza e estrutura da norma jurídica, e, em especial, da norma administrativa, na qual, necessàriamente, se reúnem sempre, embora em proporções variáveis, elementos *lógicos* e elementos *valorativos* não domináveis pela lógica das ciências empírico-matemáticas. Toma-se, por assim dizer, uma posição neutral perante as necessidades e os interêsses da vida. Pensa-se que só o direito como norma, como mundo próprio, nos interessa: *"das Recht dient nur sich selbst, weil es selbst die Welt ist"*.[77] Reconhece-se a discricionaridade onde ela exista, só onde ela exista, mas sempre que exista! E, se o direito positivo estatuir uma controlabilidade dessa faculdade, não se vá inventar uma construção tal que conduza a transformar a discricionaridade em legalidade, só porque se parte do princípio de que aos tribunais apenas pertence controlar a legalidade: uma divisão material das funções do Estado é possível, como é possível uma distinção formal ou orgânica;[78] uma decisão jurisdicional pode ser materialmente um ato administrativo, formalmente revestido da especial eficácia dos atos jurisdicionais, e isso sucede precisamente nos casos em que os tribunais administrativos controlam o poder discricionário da Administração, e na medida em que o controlam. Em França, como na Alemanha e na Áustria, e também entre nós, tem-se negado — e é a corrente mais geral — que o direito positivo autorize um contrôle, embora limitado, do poder discricionário. E, para tudo reduzir à legalidade, ou se nega a discricionaridade, ou se restringe o contrôle jurisdicional aos *limites legais* dessa discricionaridade. Ora, as soluções de TEZNER e de JÖHR não fazem mais do que exprimir a primeira destas duas tendências.

O fim é sempre dado, implícita ou explìcitamente, escreveu JÖHR. O fim vincula o administrador. Mas, esquece-se que o fim do ato, a ser dado, é dado sempre por uma *norma*, que essa norma precisaria de ser interpretada, e que esta interpretação pode sempre deixar afinal de contas um resto teorèticamente ininterpretável.[79] Com isto queremos significar que não aceitamos a conhecida e nor-

---

77 Cfr. WALTHER SCHÖNFELD, in *Von der Rechtserkenntnis*, 1931.

78 Sôbre êste problema, cfr. R. BONNARD, *Le contrôle*, cit., pág. 8 e segs.; e CARRÉ DE MALBERG, *Théorie Générale de l'État*, I, pág. 691 e segs.

79 É nesta medida que vemos ser verdade o que do *fim* diz SCHÖNFELD, *ob. cit.*, pág. 31: "...discorrer acêrca do fim das normas e das leis é em última análise uma questão de juízo estimativo e calculatório; podemo-lo afeiçoar e encarar como quisermos" "...*über den Zweck von Normen und Gesetzen nachdenken, ist letzlich eine Angelegenheit des rechnenden und prüfenden Verstandes, man mag es drehen und wenden, wie man will*".

malmente seguida concepção sôbre o alcance da interpretação do direito, que toma o *fim* do direito — *der richtige Zweck* — como um elemento *lógico-teorético,* com o auxílio do qual se chegaria, dum modo geral, em tôda a ordem jurídica, a preencher tôdas as suas lacunas. Conhece-se a história desta concepção. Em 1891, G. RÜMELIN, no seu discurso reitoral na Universidade de Friburgo, *Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht,* sustentava, indo na senda do positivismo jurídico, que a interpretação não era mais que um processo lógico estendido a todo o direito. Bem se podia então falar de uma *Lückenlosigkeit* de todo o direito, de uma sua *Geschlossenheit*. Esta fé no conhecimento lógico, que era também fé na *lei* como única verdadeira fonte de direito, sofreu, porém, rudes golpes no fim do século XIX e nos princípios do atual. Foi primeiro a teoria de JHERING sôbre o fim no direito, e depois a luta das escolas subjetivista e objetivista de interpretação, e especialmente as obras de JUNG (*Die logische Geschlossenheit des Rechts,* 1900), de EHRLICH (*Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft,* 1903), e sobretudo a de ZITELMANN (Lücken in Recht, 1903), que vieram mostrar o infundado dessa fé.

O positivismo jurídico viu-se, pois, constrangido a tomar outra forma, sem abandonar a sua fé: as aparentes lacunas do direito passaram então a anular-se com o recurso a elementos desta vez teleológicos. Julgar continua a ser, pura e simplesmente, o mesmo que subsumir, no mais estrito sentido da palavra. O direito continua a ser "uma ordem matemática"; os "conceitos de direito são números..."; o método interpretativo continua a ser a dedução. O fim jurídico é um elemento vinculativo, um elemento lógico da norma, determinável pelo método dedutivo. Estamos aqui sob o império da chamada jurisprudência conceptualista, a que hoje se opõe, como se sabe, uma "jurisprudência de interêsses" (HECK, MAX RÜMELIN, etc.). Esta, reconhecendo a existência de conceitos não teoréticos no direito, recorre, por seu turno, para os *interpretar,* a elementos não já lógicos, nem teleológicos, mas sociológicos, como vimos que em grande parte fizeram BERNATZIK e W. JELLINEK. A *Interessenjurisprudenz* não representa, porém, o têrmo desta evolução do pensamento teórico sôbre êste problema, que caminhou, como se sabe, até à escola do direito livre. E onde a solução?

A solução está, para nós, numa síntese dêstes dois opostos pontos de vista. Com efeito, há no direito conceitos teoréticos e conceitos de puro valor. Os primeiros são interpretáveis lògicamente,

conceitualmente. É quanto a êstes que se pode discutir um critério, uma teoria interpretativa, puramente formalistas, dedutivistas, mesmo que ajudados por elementos teleológicos. Os segundos, porém, são ininterpretáveis, e é mérito evidente da *Interessenjurisprudenz* ter sido ela a chamar insistentemente para êles a atenção da doutrina. Reputamos, em todo o caso, grave falta sua, o querer *interpretá-los,* por sua vez, com o auxílio de elementos, embora não lógicos, todavia sociológicos. A respeito dêstes elementos não lógicos, não deve falar-se de uma *Interessenjurisprudenz,* mas sim de uma *Gefühlsjurisprudenz* (SCHÖNFELD), de uma *Herzensjurisprudenz,* ou seja, duma Jurisprudência do... sentimento, ou ainda duma Jurisprudência do coração! Tendo perante si conceitos dessa ordem, o juiz ou o administrador procederão como devia proceder um legislador sensato prudente — *"wie ein verständiger Gesetzgeber vefahren muss"* — procurando atuar os princípios fundamentais informadores da concepção política do Estado que se considera [80]. A graduação das instâncias na função jurisdicional, a hierarquia dos funcionários na Administração, asseguram na medida do possível a obediência a êsses princípios. Na obediência a êles é que consiste efetivamente o sentimento do direito, *das Rechtsgefühl,* que, dêste modo, não é assim um ilimitado subjetivismo.

A concepção política do Estado, o *Werturteil des Gesetzgebers,* e não apenas "os valores" em geral, é que serão os orientadores do órgão executivo, administrativo, ou jurisdicional [81].

Existem, pois, em conclusão, nas normas jurídicas a executar, conceitos não apenas vagos e imprecisos, mas que por se referirem a valores não teóricos, não encerram uma só significação, mas várias,[82] sôbre uma das quais o agente se fixará, obedecendo na sua escolha aos princípios orientadores do Estado de que é servidor. O conceito de poder discricionário (que aliás não pode ser dado sem a discussão da matéria do número seguinte), resume-se nisto: trata-se de uma faculdade de escolher uma entre várias significações contidas num conceito normativo prático, relativo às condições-de-fato do agir administrativo — escolha feita sempre dentro dos limites da

---

80 Sugestivas idéias sôbre êste ponto, em FRITZ VAN CALKER, *Recht und Weltanschauung,* 1926. Cfr. também E. VON HIPPÉL, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts,* 1931.

81 Cfr. ED. MEZGER, *ob. cit.*; RIEZER, *Das Rechtsgefühl,* 1921.

82 O exemplo de von HIPPEL, *ob. cit.*, pág. 37, dizendo que o conceito de "bons costumes" e muitos outros *"sind nur mit Zuhilfenahme des Gefühls, nicht aber mit Wahrnehmen oder Denken zu lösen"*, é dos mais expressivos.

lei (cfr. número seguinte). Esta escolha é livremente feita pela Administração,[83] entendendo-se aqui por liberdade aquilo que vimos de expor.

Ora bem: o conceito de *fim* do ato, na nossa concepção, não é forçosamente um conceito de valor: pode ser um conceito de valor; como quando a atividade competente age para reprimir "atos contrários à moral e à decência pública" (art. 351.º do Código Administrativo) — mas pode também ser um conceito teorético, porque derivado das ciências do ser ou artes correspondentes: como quando a autoridade pode praticar certos atos de polícia *sanitária*, quere dizer, com um fim higiênico-sanitário. Sendo assim, torna-se desde já plenamente claro que considerar absolutamente o fim como elemento vinculante da Administração em tôdas as hipóteses, como fazem JÖHR e DUGUIT, é exagerado. O instituto do desvio de poder", lògicamente, não seria mais do que uma modalidade do vício genérico chamado "violação de lei", consecução de um fim objetivo diferente daquele que a lei explícita ou implìcitamente marca ao agente. Todo o contrôle jurisdicional se referiria, assim, à legalidade, e só à legalidade.[84] Mas êste é um problema que examinaremos seguidamente, tratando dos limites do poder discricionário.

(*Continua*).

---

83 Assim, poderia parecer que se consegue uma síntese do conceito legalista da Administração, a que fizemos referência no primeiro número, e do conceito oposto sustentado por von BÄHR, *ob. cit., loc. cit*; LABAND, *ob. cit., loc. cit.*: "...*Staatsverwaltung kann man definieren als die* freie *Tätigkeit der Staatsrigierung behufs Durchführung der staatlichen Aufgaben innerhalb der von der Rechtsordnung des Staates gesteckten Grenzen*"; ANSCHÜTZ, in *Kritische Studien*, cit., pág. 53: "Freie *Tätigkeit des zweckbewusst durch ihre Organe handelnden Staatspersönlichkeit, frei vom Zwange des Rechtes, aber innerhalb seiner Schranken — so stellt sich der Verwaltungsbegriff dar, wie ihm moderne Staatswissenchaft, über den einseitigen Vollziehungsbegriff weit hinausgehend, ausgeprägt hat*"; GEORG MEYER, *Deutsches Staatsrecht*, pág. 649; LÖENING, *Deutsches Verwaltungsrecht*, pág. 2; R. BONNARD, *Le contrôle, cit.*, pág. 19: "*Sur le plan de la fonction administrative, il s'offre un certain parallélisme entre l'activité de l'État et celle des particuliers*"; "... *il n'y a guère de différences materielles entre l'activité administrative et l'activité privée*"; e G. C. PISANELLI, *ob. cit.*, págs. 71 e segs.

Só que, quando aqui se fala em *limites* da lei, se deveria entender esta última palavra no sentido dos conceitos normativos individualizáveis. Mas essa síntese não é possível, porque, quando a teoria que acabamos de expor fala em *liberdade*, é a uma liberdade de *posição das premissas* do agir administrativo que se refere, e essa, vimo-lo nós, não existe nunca.

84 "O contrôle do desvio de poder não é um contrôle dos motivos subjetivos, mas um exame dos fins objetivos e legais". — Cfr. JÖHR, *ob. cit.*, pág. 201 e *passim*.