

---

# Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial

Wambert Gomes Di Lorenzo <sup>1</sup>

**Resumo:** Controle judicial da administração em razão dos direitos fundamentais. A racionalização do Estado de Direito se deu formalmente pela vitória da sociedade sobre o Estado e do Direito sobre o arbítrio estabelecendo um sistema de garantias de natureza jurídica. Dentre elas, os direitos fundamentais surgiram com verdadeiro fim da limitação jurídica do próprio Estado. Daí, o conceito de Estado de Direito estar identificado com os seus elementos formais-instrumentais, principalmente o princípio da legalidade da administração e da justiça administrativa. Essa proposição, mais o princípio democrático, esvaziam a idéia de discricionariedade ou o mérito administrativo como uma esfera onde o poder judiciário não pode penetrar. Em contrapartida, a garantia dos direitos fundamentais requer também uma apurada separação das funções de Estado, em que a administração reste protegida da política para que, ao tutelar tais direitos, o poder Judiciário não afunde a si e a própria democracia na chamada *judicialização da política*.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Ato Administrativo. Controle Judicial.

**Abstract:** Judicial control of administration grounded in constitutional rights. The rationalization of the *RechtStaat* occurred formally through the victory of society over State and of Law over pure discretion, designing a system of legal warranties. Among them, constitutional rights came to be as the true end of legal limitation of State. Thus, the concept of *RechtStaat* is identified with its procedural features, mainly the principle of legality of administration and administrative justice. This claim, plus the democratic principle, empties the idea of pure discretion or administrative merit as ground off-limits for Judiciary Branch. On the other hand, warranty of constitutional rights demands also an accurate separation of State's functions, in which administration is protected from politics, so that in enforcing those rights, the Judiciary branch does not sink itself, and even democracy itself in the so called *judicialization of politics*.

**Keywords:** Administrative Right. Administrative Act. Judicial Control.

---

<sup>1</sup> Wambert Gomes Di Lorenzo. Doutor em Direito (UFRGS). Professor da PUCRS-Porto Alegre/RS.

---

**Resumen:** Control judicial de la Administración en razón de los derechos fundamentales. La racionalización del Estado de Derecho se dio formalmente por la victoria de la sociedad sobre el Estado y del Derecho sobre el arbitrio, estableciéndose de esta manera, un sistema de garantías de naturaleza jurídica. Cabe señalar que dentro de estas, los derechos fundamentales surgieron como verdadero fin de la limitación jurídica del propio Estado. En cuanto al concepto de Estado de Derecho, este debe estar identificado con sus elementos formales-instrumentales, principalmente el principio de legalidad de la administración y de la justicia administrativa. Esta proposición, más el principio democrático, vacían juntos la idea de discrecionalidad o mérito administrativo, como si esta fuera una esfera donde el poder judicial no pudiese penetrar. En contrapartida, la garantía de los derechos fundamentales requiere también una apurada separación de las funciones estatales, en la cuál, la administración quite la protección a la política, para que al tutelar tales derechos, el poder Judicial no se sumerja a sí mismo, arrastrando también a la propia democracia, esto en la llamada *judicialización de la política*.

**Palabras-clave:** Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Control Judicial

## INTRODUÇÃO

Há uma invocação cotidiana e quase abusiva da expressão Estado de Direito feita pelo homem comum, pelas oposições políticas e pelos detentores do poder. Esse uso colaborou para um sentido mítico: a crença de que o reconhecimento como Estado de Direito legitima qualquer poder político.

Todavia, dentre tantas definições, aparece algo que é núcleo essencial em todas elas: liberdade e direitos fundamentais do cidadão a partir da limitação jurídica dos Estados e dos titulares do poder. O conceito de Estado de Direito só adquire sentido, inteligibilidade e justificação em função da garantia, do respeito e da promoção desses direitos e liberdades fundamentais.

A intervenção do Estado pode variar na sua intensidade e nas técnicas formais de sua limitação do Estado, mas só haverá Estado de Direito se, em seu cerne, estiver a preocupação de garantir e de proteger tais direitos. Essa é a natureza do Estado de Direito Liberal e a idéia que orienta o seu processo de racionalização. Essa racionalização irá surgir formalmente pela vitória da sociedade sobre o Estado e do Direito sobre o arbítrio. Para cumprir sua finalidade, este estabelece um sistema de garantias de natureza jurídica, a começar pela garantia dos direitos fundamentais e pela divisão de poderes.

Nesse contexto, os direitos fundamentais não devem ser considerados como um dos elementos do Estado, mas como verdadeiro fim da sua limitação jurídica. Para o Estado liberal, os direitos fundamentais são de natureza pré-estatais, cuja teorização global remonta a Locke.

No confronto com o Estado absoluto, os direitos fundamentais surgem como direitos contra o Estado e como

garantia da autonomia privada contra a intervenção do soberano. O fator determinante dessa garantia estava no império da lei. A liberdade consistia em obedecer às Leis e não aos homens, pois democracia e liberdade significavam soberania da lei.

Do império da lei, decorre o princípio da legalidade, que afirma o caráter soberano da função legislativa, quer na subordinação do executivo, quer na vinculação do judiciário. É, porém, com a relação entre executivo e legislativo que o Estado de Direito Liberal vai se preocupar. Sobretudo para subordinar a administração à lei.

Os interesses burgueses exigiam não somente subordinar politicamente o executivo ao parlamento, mas submeter a administração às leis. Na medida em que os direitos individuais eram sustentados pela lei que emanava do parlamento, a liberdade e a propriedade burguesas só estariam garantidas mediante a submissão da administração ao espírito dessa lei.

No conceito acima, tem-se o Estado de Direito Material, já que a limitação jurídica do poder se justifica em função da garantia de um núcleo de valores considerado indisponível pelo próprio Estado. Baseando-se nessa idéia particular de direito e de justiça material é que a burguesia rompeu com o antigo regime.

Entretanto, para considerar como dimensão exclusiva ou determinante da racionalização do Estado, essas técnicas de garantia daqueles direitos fundamentais configuram-se como valores autônomos. Com isso, o conceito de Estado de Direito surge, cada vez mais, identificado com os seus elementos formais-instrumentais, principalmente o princípio da legalidade da administração e da justiça administrativa.

Todo esse entendimento sobre Estado de Direito, mais modernamente acrescido do princípio democrático, levanta-se contra a discricionariedade ou o mérito administrativo, aqui entendido como um *sanctus sanctorum* do Estado onde o poder judiciário não pode penetrar.

À contramão do direito continental e da própria doutrina francesa, que evoluiu, o direito brasileiro se mantém isolado na idéia de “administração forte”, que predominava na França na primeira metade do século XX. Isso se dá, sobretudo, pela manutenção de uma divisão tripartite estanque e superada, na qual um único poder concentra as funções de chefia do Estado, chefia do governo e administração pública. É uma simbiose institucional que impede a jurisprudência de encontrar a tênue linha que separa o poder político da função burocrática.

Dessarte, este trabalho está dividido em duas partes. Na primeira, pretende apresentar um conceito de discricionariedade partindo da idéia de poder discricionário, perpassando pela Teoria Geral do Direito, ao visitar a relação entre Discricionariedade Administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados, deduzindo daí a própria idéia de ato. Na segunda parte, trabalha a idéia do controle do ato a partir dos seus vícios, sob o prisma da legalidade, da idéia de mérito, da distinção entre o político e o administrativo para inferir a idéia de discricionariedade em face dos direitos subjetivos e do princípio da tutela e do monopólio.

## **1 UM CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE**

### **1.1 Do poder discricionário**

Apesar da exaustiva abordagem

do tema pela doutrina, parece-me que nossos sistemas científicos necessitam de um enfoque mais factual no que diz respeito ao tema, voltado para os fenômenos específicos do nosso direito público. Também a jurisprudência corrobora com tal equívoco, porquanto constrói um raciocínio divorciado do nosso ordenamento jurídico<sup>1</sup>. Reservada essa discussão para a segunda parte, é bem verdade que a jurisprudência é dada a tarefa de preencher as normas vagas. Entretanto, ela pouco tem aplicado a real proporcionalidade na acomodação dos princípios, como também tem demorado a adequar seu entendimento à *ratio legis* da atual Constituição e ao Estado Democrático de Direito, ainda carente de concreção.

Todavia, o caminho jurisprudencial é inevitável na construção de um conceito de discricionariedade. Se a doutrina se perde por não construir um pensamento mais fenomênico, vem o judiciário na aplicação da norma particular, edificando uma idéia própria, mesmo que imóvel perante a evolução do direito constitucional positivo.

Para cumprir sua função, a administração é dotada de poderes, dentre eles o discricionário. Esses poderes se distinguem dos poderes políticos, pois dizem respeito à atividade do Estado, em sua função burocrática, na tarefa de atender o cidadão e a sociedade, e à ação específica do Estado através dos seus organismos administrativos. Os poderes administrativos são mecanismos, isto é, ferramentas que possibilitam à burocracia cumprir o seu papel com eficiência; são, no entendimento de Meirelles (1999, p. 121), *poderes instrumentais* que divergem dos políticos, uma vez que se referem à estruturação do próprio Estado.

Stassinopoulos (1954) sintetiza as definições das principais escolas: a

primeira define como discricionarie-  
dade a determinação ou a capacida-  
de de determinação de um conteúdo  
deixado impreciso pela norma; outra  
afirma ser tudo aquilo que excede aos  
limites fixados pela norma, que podem  
ser protegidos como direito subjetivo;  
uma terceira diz ser todo aquele poder  
que escapa do controle jurisdicional; a  
quarta coloca a possibilidade de *esco-*  
*lha* como fundamento da discriciona-  
riedade; outra coloca no cerne da ação  
discricionária a *motivação*.

A discricionariedade é a “faculda-  
de concedida à administração de eleger  
o objeto e a forma do ato, quando não  
estabelecido em lei” (TÁCITO, 1959, p.  
30). É, segundo Couto e Silva (1990, p.  
55), a escolha do *se* e do *como* da ação.  
Ela dá ao administrador a liberdade de  
praticar ou não um ato, como também  
de escolher a forma de agir para atingir  
a finalidade administrativa. A escolha  
de ação ou omissão do ato, configura a  
discricionariedade mínima e expressa  
a impossibilidade de desvincular o po-  
der discricionário da lei. A faculdade  
de agir ou não, significa que mesmo a  
liberdade de escolha subsume na le-  
galidade, pois é a lei, e não o arbítrio  
do agente, que determina esta margem  
de decisão. Mesmo que a liberdade  
de escolha seja ampliada, esta estará  
sempre adstrita à lei que determinará  
o nível de amplitude da liberdade de  
decidir.

Assim, falha a definição de discri-  
cionariedade que parte da antinomia  
de vinculação:

O conceito de poder dis-  
crionário só tem sentido e  
só adquire expressão prática  
quando posto em contraste  
com outras situações em que  
o agente do Estado tem o de-  
ver jurídico de atuar ou de

omitir-se e pode ser compe-  
lido a isso (COUTO e SILVA,  
1990, p. 55).

Tendo em vista a existência de po-  
der discricionário também nas funções  
legislativa e judiciária, a idéia acima diz  
respeito exclusivamente à discriciona-  
riedade legislativa, porquanto, segun-  
do o magistério de Couto e Silva (1990,  
p. 55), o legislador não tem competên-  
cia vinculada. Tal entendimento en-  
contra oposição em Kelsen, que afirma  
que a validade de uma norma, inclusive  
constitucional, sempre terá seu funda-  
mento em uma *Norma Fundamental*.  
Assim, também o processo legislativo  
e o conteúdo das normas produzidas,  
ou seja, o poder de legislar, seria poder  
vinculado e não discricionário<sup>2</sup>.

Vale-se da antinomia Bandeira  
de Mello (1997, p. 262), inicialmente,  
para classificar atos vinculados e dis-  
crionários *quanto ao grau de liber-*  
*dade da Administração em sua prá-*  
*tica*. Posteriormente, para defini-los a  
partir da oposição conceitual.

Convém distinguir a discricio-  
nariedade na função judiciária. Essa  
ocorre de duas maneiras: primeiro, de  
forma estrita, quando o juiz engasta  
o fato na previsibilidade normativa;  
segundo, quando se trata das normas  
vagas (princípios, cláusulas gerais ou  
conceitos indeterminados) que devem  
ter seu conteúdo preenchido valorati-  
vamente pela jurisprudência.

Dessarte, não há de se falar de dis-  
crionariedade administrativa como  
desvinculação da lei, ou mesmo como  
“válvula da rigidez da legalidade”, na  
expressão de Ferraz Júnior (1990, p.  
41). Como afirma Gordillo (1977, p.  
170):

A discricionariedade não  
é o resultado de uma carência

pura e simples de regulamentação normativa: é em realidade uma forma possível de regulamentação, na qual a lei fixa um marco de competência dentro do qual deixa ao funcionário certa margem de decisão, de criação própria, sem que isto signifique, por si só, que a mera atribuição de competência possa entender-se como outorga de liberdade para atuar.

Assim, podemos afirmar que a discricionariedade administrativa é uma atribuição de competência conferida pelo direito, um poder limitado atribuído pelo legislador.

A expressão poder discricionário tem uso majoritário na doutrina nacional. Ela é coerente com o nosso superado sistema tripartite que delega a um único poder três funções: a chefia do Estado, o governo e a burocracia. Tal realidade, como veremos na seqüência, é um dos obstáculos do controle jurisdicional, pois tarefa difícil é localizar a tênue linha que separa o poder político da função administrativa quando exercida pela mesma pessoa. A doutrina alemã distingue administração de governo (MEIRELLES, 1999, p. 100). Enquanto este tem função política, a burocracia é apolítica e não exerce função autônoma. Ao governo é conferido poder discricionário, mas não à administração (HESSE, 1998, p. 404). O mesmo ocorre com a doutrina francesa, que afirma “não existir jamais, para a administração, um poder discricionário. Porque não lhe é nunca deixado poder de livre apreciação quanto ao fim a alcançar” (BONNARD, 1934, 1940 apud MEIRELLES, 1999).

À burocracia é dada a tarefa de agir buscando a utilidade pública em

nome do Estado. Para tanto, o legislador a instrumentaliza com mecanismos necessários à sua eficiência, a essas ferramentas a doutrina dá o nome de poderes administrativos. Dentre eles, está o poder discricionário que, escusando-me pela tautologia, nada mais é que a capacidade de agir com uma certa liberdade determinada previamente pelo ordenamento jurídico. Poder discricionário é uma delegação de competência dada pelo Estado à burocracia.

Trata-se de um *poder-dever*, na expressão de Grau (1990, p. 41). Também Meirelles (1999, p. 89) firma não ser possível distinguir o que vem a ser poder ou dever da administração. Na verdade, é para o administrador um dever de agir e não mera faculdade como seria para um particular. Trata-se, então, de um meio e não de um fim em si mesmo (MEIRELLES, 1999, p. 152).

Vale ressaltar que é equivocada a expressão *poder arbitrário*, já utilizada por nossa jurisprudência constitucional: “Há que se distinguir entre poder discricionário e poder arbitrário.” (Recurso Extraordinário 68388/SP. 1ª Turma, j. 11/11/1969. Rel. Min. Luís Callotti. DJU 24/04/1970. Ementa.) A arbitrariedade é o *não-direito*, a insurreição contra o ordenamento jurídico, contra o Estado que o estabeleceu e a sociedade que o legitima. Poder é uma delegação de competência dada pelo Estado, uma função estatal que subsume no princípio da legalidade, pressuposto do Estado de Direito. Tais conceitos colocam uma separação abissal e definitiva entre as noções de arbitrariedade e discricionariedade.

## 1.2 Discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados

Uma doutrina majoritária assevera que a discricionariedade advém dos *conceitos jurídicos indeterminados*<sup>3</sup>. Outra afirma haver, na área de livre apreciação, um ponto em comum entre os dois (COUTO e SILVA, 1990, p. 57). Adotada a primeira posição, afirmamos que a procedência da discricionariedade administrativa diz respeito às Regras Gerais (conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais) e não às normas vagas como um todo.

Acatando a distinção entre princípios e regras afirmada por Dworkin (1999, p. 72-80), entendemos que os princípios conferem discricionariedade *lato sensu*, por serem *standarts* juridicamente vinculantes radicados na idéia de justiça, fundamentos das normas e normas bases que constituem a *ratio* das regras. Além disso, a vagueza conceitual dos princípios deverá ser preenchida exclusivamente pelo judiciário.

Três são as espécies de normas vagas: os princípios, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. Dessas, as duas últimas podem ser consideradas Regras Gerais, não obstante contrário pensamento da maior parte da doutrina. Entendo, de acordo com os ensinamentos de Martins-Costa (1999, p. 324-8), haver distinção entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

Apenas dessas Regras Gerais advém a discricionariedade administrativa, sobretudo por serem regras dirigidas ao intérprete que, excepcionalmente, pode não ser o judiciário, como é o caso das regras administrativas.

Como afirmamos, juntamente com os princípios, essas são espécies de normas vagas, sempre dirigidas ao intérprete, que descrevem uma con-

duto de forma aberta sem determinar claramente suas conseqüências e sem pretender prever todos problemas da realidade, dando-lhes respostas prévias. São meios e técnicas de recepção e concreção dos princípios (DI LORENZO). Elas não pretendem tipificar condutas e determinar suas conseqüências. Diferentemente, pela vagueza semântica, estão abertas a conceitos que lhe darão conteúdo, utilizando enunciados vagos na configuração da *fattispecie*.

São normas que forcem o intérprete a uma medida própria de valoração. Para Canaris (1989, p. 142), uma de suas características é “estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, o ela não dar os critérios necessários para a sua concretização”.

Cordeiro (apud MARTINS-COSTA, 1999, p. 295) divide-as em três espécies: restritivas, regulativas e extensivas. Restritivas, por delimitarem ou restringirem um conjunto de permissões oriundas de regras e princípios jurídicos; regulativas, porque regulam hipóteses, com base em um princípio; e, extensivas, por ampliarem determinada regulação jurídica mediante expressa possibilidade de introdução de princípios e regras próprias de outros textos normativos.

Qualquer norma jurídica, como tal, deverá estar estruturada em duas partes: suporte fático e conseqüência jurídica. Kelsen (1986, p. 39) afirma que o suporte fático se refere a uma conduta humana. Tal conduta é o objeto da própria norma. A norma pode, eventualmente, referir-se a algo diferente dessa conduta ou mesmo de seus efeitos. Todavia, para que a norma tenha validade, o suporte fático deverá ser exequível<sup>4</sup>. A conseqüência deve ser, também, exequível, pois, se ela é impossível, torna a norma inválida.

Tal raciocínio tem aplicação conforme a função pretendida pela norma, pois diz respeito exclusivamente às normas primárias. Todavia, também nas normas secundárias, a consequência jurídica se refere a uma conduta. Isso se dá pela diversidade de funções que a norma assume, que Kelsen divide em “imposição, permissão, autorização e derrogação.” (KELSEN, 1986, p. 130)

Apesar da clara distinção entre as funções das normas secundárias, a *autorização* pode implicar *imposição*. Isso ocorre quando ela autoriza o estabelecimento da norma particular pelo aplicador (KELSEN, 1986, 131). É precisamente o caso da norma administrativa, que oferece um suporte fático impreciso que deve ser estatuído pelo administrador. Ressalta-se que não é uma delegação de arbitrariedade.

O Tribunal Constitucional Alemão afirma que as Regras Gerais são fundamentais para o direito administrativo porque a “multiplicidade das tarefas econômicas nem sempre se deixa apreender em conceitos de contornos claros”. Neste campo, o legislador não pode abrir mão de tais regras, mas se servirá delas para colocar instrumentos eficientes nas mãos do administrador (HECK, 1995, p. 207).

As Regras Gerais apresentam a mesma estrutura bipartite elementar de todas as normas. Porém, é no seu suporte fático que está a diferença da norma casuística. Enquanto a *fattispecie* da casuística é precisa, nítida, nas Regras Gerais, o que predomina é uma *ratio decidendi*, baseada em critérios que podem ser metajurídicos, como, por exemplo, na chamada discricionariedade técnica. Esse suporte fático impreciso leva English (p. 190 apud MARTINS-COSTA, 1998, p. 24-8) a afirmar que as Regras Gerais não possuem qualquer estrutura própria.

Luzzati (1990, p. 414) assevera que são normas parcialmente em branco.

Grau (1990) distingue conceitos indeterminados de poder discricionário. Segundo ele, os conceitos indeterminados restringem a uma única solução, enquanto que o poder discricionário admite várias soluções justas. Opõe os conceitos, afirmando ser a discricionariedade uma liberdade de eleição, enquanto a aplicação de conceitos indeterminados é *um caso de aplicação da lei*<sup>5</sup>. Tal contradição leva a concluir que se trata de um poder arbitrário que deserta da legalidade.

Hesse, tratando de vinculação administrativa, afirma que o poder administrativo é vinculado mesmo “lá onde as normalizações vinculativas são indeterminadas e amplamente formuladas e, com isso, põe aos órgãos da administração a tarefa da concretização relacionada ao caso” (HESSE, 1998, grifo nosso). Também a jurisprudência alemã afirma que o legislador não deve fazer uso de Regras Gerais para deixar a decisão sobre a “liberdade dos cidadãos unilateralmente à discricção da administração”. (HECK, 1995, p. 206)

### 1.3 Do ato discricionário

Se a discricionariedade administrativa é potência, significa que, como tal, não passa de uma capacidade de agir do administrador conferida pelo legislador. Para migrar do mundo ideal para a realidade concreta, essa potência necessita do ato. Ato, de uma forma genérica, é a maneira de como um *ens* (ser) passa a existir. É ele que vai dar existência ao *ens*, tornando-o um *esse* (ser existencial).

Poder, nada mais é que a simples aptidão para a existência. O *ser* é porque existe. Poder, *si per si*, não é *ser* mas *dever ser*. Para se definir *quod est*

(como o que é), ou, como afirmou Santo Tomás, *res habens esse* (uma coisa possuindo a existência), ele precisa realizar seu *actus essendi* (ato de ser). (AQUINO, 1972, p. 198)

É o ato administrativo que permite ao poder seu *actus essendi* (ato de existir). Todavia, para configurar a real existência de um poder, ele tem sua forma estritamente definida pela lei. Todo o ato tem seus elementos fundamentais, o ato discricionário tem elementos constitutivos próprios.

O ato administrativo, segundo a doutrina francesa, define-se como aquele praticado por um órgão administrativo do Estado, devendo-se distingui-lo de uma parte dos outros órgãos de Estado, legiferantes e jurisdicionais e de outra parte dos organismos privados (LAUBADÈRE, VENEZIA e GAUDEMET, s.d., t. 1, p. 575).

No direito alemão, a definição de ato administrativo, bem como de seus elementos constitutivos, encontra-se no § 35 da lei do procedimento administrativo da República Federal e nas leis de procedimento administrativo dos estados-federados individuais. Segundo a norma maior, “um ato administrativo é cada ordem ou outra medida soberana no direito público que parte de uma autoridade para regular um caso particular e que está ajustada para produzir efeitos externos jurídicos” (MALLMANN, 1998, p. 95-103). A norma apresenta-nos, ainda, seis definições: medida, autoridade, direito público, regulação, caso particular e efeito externo.

Bandeira de Mello (1999, p. 229) ressalta a diferença entre atos administrativos e atos da administração. Entretanto, o critério sugerido pelo autor é de uma classificação segundo a importância, excluindo, assim, “atos que não interessam considerar como

atos administrativos”. Ato administrativo, entende o autor, são declarações do Estado, no exercício de prerrogativas públicas, manifestadas mediante providências jurídicas. Ou, ainda, declaração unilateral do Estado “no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comando concretos complementares da lei”. (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 232)

Defino, entretanto, ato administrativo como toda aquela ação administrativa que surte efeito jurídico. Para surtir efeito jurídico, o ato precisa ser válido e eficaz, obedecendo à forma legal e alcançando o fim pretendido. Deve seguir com precisão a lei tanto na sua forma, quanto no seu conteúdo, como também na sua motivação e finalidade. Qualquer desvinculação desses pontos à lei, torna o ato inválido<sup>6</sup>. A doutrina predominante na Alemanha considera o efeito jurídico para determinar a existência do ato, em alguns casos, apenas se há uma perda de direito. É o caso do exemplo levantado por Mallmann dos atos de graça. Eles não devem ser considerados atos administrativos, pois escapam ao direito já que à graça<sup>7</sup> ninguém tem um direito (cita como exemplo a libertação prematura de um preso). Já a revogação da graça é um ato administrativo, pois, por meio dela, o preso perdeu um direito.

Parte da doutrina nacional se opõe à expressão “ato discricionário.” Leal apud Meirelles (1999, p. 50) afirma que não se deve falar de “ato discricionário”, mas de “poder discricionário da administração”. Pois que a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas no poder da administração. Segundo Meirelles (1999, p. 50), “atos discricionários são aqueles que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência,

de sua oportunidade e de seu modo de realização”.

Diria, portanto, que atos discricionários são a forma de agir da administração que dá concreção ao poder discricionário.

Recorrendo à jurisprudência do STF, encontramos os elementos constitutivos dos atos discricionários:

Ato discricionário está fundado em juízo de **conveniência** e **oportunidade** do Poder Público, destina-se, a partir de **critérios racionais-lógicos** e **impessoais** estabelecidos de modo legítimo em norma legal, implementar objetivos estatais nitidamente qualificados pela nota da extrafiscalidade.\* (Agravo 142348/MG. 1ª Turma, j. 02/08/94. Rel. Min. Celso de Mello. DJU 24/03/95. Ementa. Grifo nosso)

Os elementos constitutivos corroboram a afirmação anterior de que discricionariedade e arbitrariedade não se confundem. A liberdade de agir tem limites. Não pode ser um ato do administrador que fira a legalidade, que seja inconveniente, inoportuno, ou mesmo que não tenha racionalidade ou razoabilidade.

A discussão, ora, é obstaculizada pela questão do mérito, que diz respeito diretamente aos elementos constitutivos. É em torno do controle judicial dos atos discricionários e da existência de um *mérito* administrativo, como um ente sagrado e intocável, que se deve construir uma definição precisa e toda particular de discricionariedade, como também de seus elementos constitutivos.

## 2 O CONTROLE JUDICIAL

### 2.1 Os vícios do ato

Como vetor de existência de uma potência, o ato, para também existir como tal, precisará ser válido e eficaz, ou seja, estar coerente com o sistema jurídico a que pertence e resultar os efeitos jurídicos pretendidos. Ele segue a forma da lei e subsume no Estado de Direito e no Princípio da Legalidade.

A doutrina entende que o ato pode fugir da forma legal ou não cumprir sua finalidade: são os vícios do ato. Quanto aos vícios do ato discricionário, Almiro do Couto e Silva classifica-os em três espécies: transgressão dos limites do poder discricionário, abuso ou desvio do poder discricionário e não-exercício ou exercício deficiente do poder discricionário (COUTO E SILVA, 1990, p. 63). Segundo o mesmo magistério, dos dois primeiros decorrerá a absoluta invalidade, enquanto que do terceiro, poderá dar causa à anulação do ato, sendo que, para tanto, o *error juri* é irrelevante e o *error facti* é fator de nulidade.

Para Cavalcanti (1970, p. 13), o abuso e o desvio de poder são os principais vícios do ato discricionário. Abuso de poder é aquela ação exercida contrariando a lei ou extrapolando os limites por ela fixados. Desvio de poder é uma idéia oriunda do *Conselho de Estado da França* e diz respeito diretamente à competência. Na verdade, o *vício de competência é essencialmente um abuso de poder*.

Bandeira de Mello (1989, p. 13) define desvio de poder como “a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição”. Para ele, o desvio de poder é um dos mais graves vícios do ato

administrativo. Afirma, ainda, que, na sua totalidade, os vícios são vícios de competência (BANDEIRA DE MELLO, 1989, p. 29) Meirelles (1995, p. 95) também fala de abuso de poder como ultrapassagem dos limites da atribuição e desvio da finalidade.

Um outro elemento constitutivo do ato é a motivação. Ela nem sempre é exigida pela lei, entretanto, se formalmente mencionada, vincula ação administrativa. A motivação só cabe nos atos discricionários, porquanto os vinculados têm, na lei, o seu motivo de agir. Assim, a motivação traz a discricionariedade para a esfera do controle judicial: “O controle judicial só se exerce sobre o ato administrativo motivado. Caso em que a lei exige motivo, mas não a sua comprovação.” (STF Recurso em Mandado de Segurança 17807/PE. 2ª Turma, j. 06/03/1968. Rel. Min. Themístocles Cavalcanti. DJU 28/06/1968: *O exame dos motivos do ato administrativo, só se pode verificar no caso em que a lei exige a sua comprovação e o ato é motivado* (voto do Relator))

## 2.2 Ato e legalidade

De qualquer maneira, o ato deve satisfazer as exigências da legalidade. É nela que o Estado Democrático de Direito vai buscar sua própria definição, como acrescenta Canotilho (1998, p. 249):

O princípio da legalidade da administração, sobre o qual insistiu sempre a teoria do direito público e a doutrina da separação dos poderes, foi erigido, muitas vezes, em ‘cerne essencial’ do Estado de Direito. Postulava, por sua vez, dois princípios fun-

damentais: o princípio da supremacia ou prevalência da lei (Vorrang des Gesetzes) e o princípio da reserva da lei (Vorbehalt des Gesetzes).

A rigor, no aspecto jurídico, todo Estado é de Direito. É a teoria da bilateralidade ou da autovinculação, na qual o Estado cria um direito para depois se submeter a ele, tese com a qual concorda Kelsen: “o Estado deve ser apresentado como pessoa diferente do direito para que o direito possa justificar o Estado”. (KELSEN, 1991, p. 301)

É a legalidade que concede validade e eficácia ao ato. A própria eficácia tem seu fundamento na lei (SILVA, p. 110), que vincula não apenas a forma, mas também, o objeto do ato (MEIRELLES, 1999, p. 185).

A jurisprudência tem limitado à legalidade o exame do ato discricionário:

Limites do poder discricionário. Os atos do poder público, além de sujeitos aos princípios da legalidade e da moralidade, também devem atender a princípio de justiça. (STF. Recurso Extraordinário 173820/DF. 2ª Turma, j. 18/06/1996. Rel. Min. Neri da Silveira. DJU 13/09/1996.)

Definida a legalidade, resta dizer que *moral e justo*, no que diz respeito à administração, é o rigoroso cumprimento da lei. A idéia de justiça na administração não admite conceitos metajurídicos, ocorrendo o mesmo com a moral administrativa que é uma espécie de “autolimitação”, uma limitação nascida da própria administração e vinculativa de seus agentes, e não uma

heterolimitação da própria Administração”. (MODESTO, 1997, p. 73)

### 2.3 A idéia de mérito

Entretanto é na conveniência e na oportunidade que se encontra o que boa parte da doutrina chama de “zona livre”. Uma área impenetrável pela jurisprudência: “É ato discricionário que escapa ao controle do Poder Judiciário e envolve juízo de **conveniência e oportunidade** do poder Executivo.” (STF. Recurso Extraordinário 188951/SP. 2ª Turma, j. 16/05/95. Rel. Min. Maurício Correia. DJU 15/09/95. Ementa. Grifo nosso.)

Essa área inacessível ao judiciário é delimitada pela conveniência e pela oportunidade. Para a administração, o “justo” manifesta-se pelo “legal”, e a legalidade não escapa ao controle judicial. A doutrina é unânime ao referir-se a essa zona como “mérito administrativo” que, como vimos, a jurisprudência tem se isentado de apreciar.

Fagundes apud Meirelles (1999, p. 137) afirma que “o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária”.

Em desconformidade com a jurisprudência brasileira, o Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha adentra no mérito administrativo a partir da proibição de arbitrariedade. Segundo a jurisprudência alemã, a arbitrariedade pode ocorrer não só na decisão, mas também nos elementos de formação e desenvolvimento do ato (HECK, 1995, p. 229).

A majoritária doutrina nacional tem afirmado que não há mérito inapreciável<sup>8</sup>. Segundo Grau (1990, p. 63), o mérito significa adequação do ato à sua finalidade e “essa adequação deve, necessariamente, ser objeto de contro-

le jurisdicional, até porque é na medida em que opere o Poder Judiciário que se poderá avaliar a eficácia do direito”. No ensinamento de Meirelles, mérito diz respeito aos elementos não vinculados que admitem uma valoração de eficiência, oportunidade, conveniência e justiça. Segundo ele, tais elementos podem ser revistos e o ato anulado se, por trás da discricionariedade, estiver o abuso ou o desvio de poder (MEIRELLES, 1999, p. 138).

Trata-se de uma escolha entre duas posições confrontantes acerca do Direito administrativo: *ex parte principe* ou *ex parte populi*. (MODESTO, 1990, p. 72) A primeira trata de um direito privilegiado do Estado sobre o cidadão. Era o direito vigente no *Estado de Polícia*, segunda fase histórica do absolutismo<sup>9</sup>.

O enfoque *ex parte populi* significa a limitação jurídica do Estado e surge como reação burguesa contra o *Estado de polícia*<sup>10</sup>. Na França, após a revolução, surge como *Etat Constitutionnel*, que tem base na imperatividade formal da constituição e sua rigidez. No cerne, estava a necessidade de segurança inerente à produção, com base no controle da administração<sup>11</sup>.

Para o direito alemão, segundo sua jurisprudência constitucional, não há comportamento livre na administração, pois mesmo a discricionação tem bases legais (HECK, 1995, p. 183). Essa submissão da administração à lei é conteúdo do princípio do Estado Democrático de Direito. (HECK, 1995, p. 199)

### 2.4 Distinção entre o político e o administrativo

Concluindo que não há mérito administrativo ou discricionariedade administrativa intocável, resta a dificuldade que o judiciário enfrenta com

a ausente distinção do que vem a ser “administrativo” ou “político”. Isso se dá, sobretudo, pela divisão de poderes adotada no Brasil, que atribui unicamente ao Poder Executivo três funções distintas: a chefia do Estado, a chefia do governo e a tarefa burocrática. Ao mistifório presente no direito positivo constitucional, a jurisprudência voluntariamente se vincula, tratando, via de regra, como discricionariedade ou mérito administrativo todo e qualquer ato do Poder Executivo, sem uma discussão ontológica do próprio ato.

No direito alemão, clara está a distinção entre governo e administração, ou entre ato político e ato administrativo. Na Alemanha, a administração exerce função autônoma, cumprindo papel específico determinado pelo ordenamento constitucional. É uma função apolítica, praticada junto ao direito e relativamente independente da política. Na expressão de Hesse, “a administração não pode ser entendida como ‘braço alargado’ do governo.” Ela exerce um papel preponderante na estrutura do estado de direito social (HESSE, 1998, p. 404).

O célebre caso da expulsão do padre Vito Miracapillo, em 1980, evidencia o que vem a ser poder discricionário do governo. O artigo 66 da Lei nº. 6.815, de 19/08/1980, que trata da expulsão de estrangeiros, determina: “Caberá exclusivamente ao Presidente da República resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação”. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que:

Compete ao Presidente da República deliberar sobre a conveniência e a oportunidade dessa medida de elevado alcance **político**. [...] Na espécie cuida-se, re-

almente, de ato discricionário, praticado nos limites da Lei 6.815/80 (artigos 64, 65 e 106), imune à apreciação pelo poder judiciário no que toca ao juízo de valor quanto à sua justiça. (STF. *Habeas Corpus* 508/409/DF. Pleno, j. 30/10/1980. Rel. Min. Djaci Falcão. DJU 28/11/80. Ementa. Grifo nosso.)

No julgamento do *habeas corpus*, denegado por decisão unânime, alguns ministros, inobstante a ementa fazer referência ao alcance político da decisão, nos votos individuais, não distinguem *governo* de *administração* ou *político* de *administrativo*<sup>12</sup>. A anacrônica miscelânea permanece mesmo sob vigência da atual constituição, havendo, todavia, uma evolução no entendimento do STF no sentido de opor à discricionariedade os direitos fundamentais, sobretudo se o ato gerar quadro irreversível:

A expulsão é ato discricionário do **Poder Executivo**. Não se admite, no entanto, ofensa à lei e falta de fundamentação. Contra o ato expulsório são possíveis recurso administrativo – pedido de reconsideração – e apelo ao Poder Judiciário. [...] Cuida o Judiciário apenas do exame da conformidade do ato com a legislação vigente. **Não examina conveniência e a oportunidade da medida**, circunscrevendo-se em matéria de direito: observância dos preceitos constitucionais legais. (STF. *Habeas Corpus* 72082/RJ. Tribunal Pleno, j. 19/04/95.

Rel. Min. Francisco Rezek.  
DJU 01/03/96. Ementa. Grifo nosso.)

Acatada a existência de um poder discricionário, no sentido de uma imunidade jurisdicional, este seria prerrogativa do governo e não da administração.

Entretanto, como afirma Cavalcanti (1970, p. 11), “não existe no estado de direito nenhum poder absoluto e imune à apreciação de outro poder, quando mais não seja para verificar e afirmar os limites da ação discricionária, de maneira a legitimá-la”.

Na opinião de Canotilho (1998), limitação do poder político é algo inerente ao Estado de Direito. Nesse sentido, o direito continental tem rejeitado a hipótese de mérito inapreciável. É o que se encontra nas constituições da Alemanha (art. 19, § IV), da Itália (art. 133) e Áustria (art. 132) sob a denominação de “proteção sem lacunas”. Também na França, em 1962, o Conselho de Estado derrubou o mito da idéia de inapreciabilidade do ato político ao conhecer recurso contra atos do Presidente De Gaulle, praticados com base no art. 16 da Constituição francesa que concedia a ele poderes ditatoriais. (ASSIS, 1989, p. 148)

## **2.5 A discricionariedade em face dos direitos subjetivos**

O art. 1º da Constituição Federal afirma que a República Federativa do Brasil se constitui Estado Democrático de Direito. A rigor, no aspecto jurídico, todo Estado é de Direito. É a teoria da bilateralidade ou autovinculação na qual, como já mencionei, o Estado se submete a um direito criado por ele próprio. A expressão consta na Constituição de Portugal como “Estado de

direito democrático” (art.2º) e da Espanha, como “Estado Social e Democrático de Direito” (art.1º). Apesar da diferença meramente formal entre a nossa Constituição e a Portuguesa, que qualifica como “democrático” o direito e não o Estado, tal expressão traz em si mesma um significado próprio. Não representa a junção meramente formal de um adjetivo ao conceito de Estado de Direito liberal.

Resistindo à sedução de adentrar numa complexa conceituação, vale sinteticamente ressaltar que a função do Estado Democrático de Direito, no conceito de Silva (p. 111), é superar as desigualdades, instaurando um regime democrático que realize a justiça social. Trata-se de uma evolução do Estado liberal, mencionado na introdução que, antes adstrito apenas à lei, agora se vincula ao princípio democrático. A nota elementar no conceito, como já asseverado, consiste nos direitos fundamentais. Toda missão do Estado Democrático de Direito passa necessariamente pela garantia dos direitos fundamentais.

O art. 1º da Lei Fundamental alemã afirma que os direitos fundamentais vinculam legislação, poder executivo e jurisdição como direito vigente diretamente (HESSE, 1998, p. 275). A nossa constituição, sobretudo nos art. 5º ao 17, enumera tais direitos. Trata-se de direitos subjetivos que encontram sua fundamentação no próprio Estado Democrático de Direito e são formalmente consolidados pela constituição.

Direito subjetivo, em breves palavras, é a faculdade de pleitear a realização de um interesse próprio determinado pelo ordenamento jurídico. Na definição de Nóbrega (1975, p. 149), tem sua gênese no ato jurídico, causa geral da aquisição de direitos. É a “faculdade de agir, de adotar um determi-

nado comportamento, em vista de um interesse garantido pelo direito objetivo”. Ainda segundo o mesmo autor, os elementos essenciais do direito subjetivo são: o sujeito, o objeto, o interesse e a garantia<sup>13</sup>.

Retomamos, então, a definição de ato administrativo, afirmada anteriormente e que encontra base na doutrina alemã (MALLMANN, 1998): são todas aquelas ações administrativas que surtem efeito jurídico, sendo que, para surtir efeito jurídico, o ato precisa ser válido, obedecendo à forma legal e alcançando o fim pretendido, devendo seguir com precisão a lei tanto na sua forma, quanto no seu conteúdo, como também na sua motivação e finalidade.

Tal definição é válida para os atos políticos (de governo) que, no nosso sistema, não se diferenciam dos atos administrativos, já que emanam de um mesmo poder. O que nos interessa, particularmente, é a necessidade ontológica do ato ser causador de efeitos jurídicos. Podemos concluir que dos atos administrativos, compreendidos como atos do executivo, segundo nosso sistema, nascem obrigatoriamente direitos subjetivos.

Se o mérito do ato político é inapreciável, pela miscelânea presente em nosso sistema, e a imunidade também se estende ao ato exclusivamente administrativo, o inverso também é verdadeiro e prepondera. A atribuição das duas funções estatais a um único protagonista possibilita estender aos atos de governo o controle judicial da administração. Independente do silogismo, o controle da discricionariedade encontra sua racionalidade no próprio Estado democrático que não admite poder ilimitado ou sem controle. Mesmo a doutrina da “validez fiscal dos atos fundamentais”<sup>14</sup> encontra obstáculo na Alemanha. Hesse (1998)

afirma que ela é inválida, pois “não há tarefa fiscal, cujo vencimento apropriado requer uma dispensa dos direitos de liberdade”.

## 2.6 A discricionariedade em face do Princípio da Tutela e do Monopólio

O cerne do Estado Democrático de Direito está na garantia dos direitos subjetivos. Para efetivar tal proteção, a Constituição se serve de princípios formais protetores dos direitos fundamentais. Esses princípios são mecanismos que viabilizam o esforço de aproximar a contemplação normativa com a realidade fática<sup>15</sup>.

A principal técnica formal de garantia dos direitos subjetivos dá-se pelo “princípio da proteção” ou “princípio da tutela” que, como ressalta a doutrina, é a garantia das garantias constitucionais (SILVA, p. 376).

O direito alemão prevê um amplo controle da eficácia dos direitos fundamentais pelo judiciário, cujo controle ocorre pelo princípio da “garantia da via judicial” presente na alínea 4 do art. 19 da Lei Fundamental.

O Princípio da Tutela, *si per si*, é um direito fundamental. Ele se insurge em face de um mérito ou de uma discricionariedade inapreciável pelo judiciário. É o que prescreve o inciso XXXV do art. 5º da nossa Constituição: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Não pode, portanto, imputar à lei a existência de uma “zona livre” que, escapando da legalidade, seja o espaço para o arbítrio do governante ou do administrador.

O “Princípio da Tutela”, segundo Canotilho (1998, p. 471), assume dois aspectos: um direito de defesa ante os tribunais e contra atos dos poderes pú-

blicos; e um direito de proteção do particular através dos tribunais. Também chamado na Alemanha de “máxima proteção” ou “proteção sem lacunas”, manifesta-se de várias formas através de outras normas vagas. A primeira delas é a “garantia da via judicial”, já mencionada (HESSE, 1998, p. 270). Trata-se, por si só, de um direito fundamental de garantia de acesso aos tribunais que, na opinião de Canotilho (1998), é um princípio estruturante do Estado de Direito (na Constituição da República Portuguesa está no art. 20). Vale ainda a observação do constitucionalista português de que a competência deve estar claramente estabelecida e de que o contrário representa violação do direito subjetivo de acesso aos tribunais:

Se a determinação dos caminhos judiciais for de tal modo confusa (exemplo: através de reenvios sucessivos de competências) que o particular se sinta tão desprotegido como se não houvesse via judiciária nenhuma, haverá violação do princípio do Estado de direito e do direito fundamental de acesso ao direito e à via judicial. (CANOTILHO, 1998, p. 453)

A copiosa pesquisa jurisprudencial de Heck (1995, p. 213-222), revela-nos que, na Alemanha, o Princípio da Tutela estabelece vários direitos subjetivos, dentre eles o direito à audiência judicial, direito ao juiz natural e direito a um procedimento honesto (*fairen Verfahren*).

Contra a inapreciabilidade do mérito, levanta-se, também, o princípio do monopólio da jurisdição. O já mencionado inciso XXXV do art. 5º da nossa

Constituição indica que a jurisdição é monopólio do Poder Judiciário. Sequer há contencioso administrativo, como constava na Constituição anterior.

No Brasil, persiste a idéia norte-americana de abstenção do judiciário na apreciação do mérito do ato administrativo, que coincide com a idéia francesa de “administração forte” da primeira metade do século XX. Infelizmente, o direito brasileiro não acompanha a evolução do pensamento francês que, juntamente com o restante do ocidente, já admite o controle de todo ato administrativo.

A diferença francesa, como se sabe, está na jurisdição administrativa (em sentido estrito) lá existente. Trata-se de um controle efetuado pelos tribunais administrativos e o seu prestigiado Conselho e Estado que, como vimos, sequer admite discricionariedade no ato político. O fator diferencial está na independência deste órgão em relação ao poder judiciário. Na França, portanto, da mesma forma que inexistente monopólio do judiciário, não há de se falar também de arbitrariedade intitulada de discricionariedade.

Serve portanto de paradigma os modelos de Portugal, França e Alemanha, que, a partir do princípio da proteção, fortalecem seu Estado Democrático de Direito.

## Conclusão

Ao Poder Judiciário, que tem o *munus* de dizer o Direito nos casos concretos, é concedido verdadeiro poder normativo que pode ser usado na apreciação de ato de outro poder. Tal prerrogativa não se dá por uma posição hierarquicamente superior do judiciário em face dos outros poderes, mas para firmar o império do Direito.

Mesmo no nosso ordenamento, em sua construção objetiva e jurisprudencial do controle judiciário, não devem escapar atos de outro poder que firmam os interesses individuais. É o “Princípio da Tutela” que, a partir de 1946, é introduzido no nosso direito constitucional nos seguintes termos: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 141§ 4º). Essa inovação derogou a afastabilidade da apreciação judicial nas questões exclusivamente políticas, presente no art. 68 da constituição de 1934.

Entende parte da doutrina que o Princípio da Tutela não se aplica aos atos políticos ou de governo, como, por exemplo, a urgência e relevância de uma medida provisória (art. 62 da C.F.), ou a conveniência e a oportunidade da expulsão de um estrangeiro (art. 66 da lei 6.815), pois seriam conceitos indeterminados cujo intérprete seria o agente político ou administrativo e não o juiz. Não aceita o princípio democrático que, por trás das idéias de mérito ou discricionariedade destes atos de governo ou políticos, se oculte a arbitrariedade, nem tampouco que o cidadão fique à mercê do poder político.

Se dos atos nascem os direitos subjetivos, a Carta de 88 atribui ao judiciário o controle da administração não apenas em prol dos interesses individuais, mas também em vista do interesse comum.

Sobre a divisão dos poderes, impetra o Direito e a garantia dos direitos fundamentais.

## Referências

Agravo 142348/MG. 1ª Turma, j. 02/08/94. Rel. Min. Celso de Mello.

DJU 24/03/95.

ASSIS, Alexandre C. de. Excesso de poder e discricionariedade: Controle judicial. *Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro, n. 92, p. 147-149, out./dez. 1989.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Desvio de poder. *Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro, n. 89, p. 24-36, jan./mar. 1989.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo (Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart)*. Porto Alegre: Unisinos, 1999

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do poder discricionário. *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 101, p. 1-23, jul./set. 1970.

JOLIVET, Régis. *Tratado de Filosofia – Metafísica*. Rio de Janeiro: Agir, 1972.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986.

LUZZATI, Cláudio. *La vaghezza delle norme – un’analisi del linguaggio giurídico*. Milão: Giuffrè, 1990

COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 179, p. 51-92, jan./jun. 1990.

DI LORENZO, Wambert Gomes. As

*Cláusulas Gerais como técnica de recepção, no Direito Privado, das normas constitucionais.* No prelo.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio.* Barcelona: Ariel, 1999. p. 72-80.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder judiciário na Constituição de 1988 (Judicialização da política e politização da justiça). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 189 p 1-17, out./dez. 1994.

FELJÓ, Alexsandro Rabbani Aragão. Direitos fundamentais: teoria e prática na realidade brasileira. *Revista do Curso de Direito da UFMA*, São Luís, v. 3, n. 1, p. 5-12, jan./mar. 1999.

GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público.* Tradução Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. *Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro, n. 93, p. 41-46, jan./jun. 1990.

HECK, Luís Afonso. *O tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais:* contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã. Porto Alegre: Fabris, 1995.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland).* Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em construção” – As Cláusulas Gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 753, p. 24-

28, jul. 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif.* 14.ed. Paris: L.G.D.J., s.d. t. 1.

MALLMANN, Dankwart. Elementos de formação do ato administrativo no direito alemão. Tradução Luís Afonso Heck. *Estudos Jurídicos*, Porto Alegre, v. 31, n. 81, p. 95-103, jan./abr. 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado:* sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MODESTO, Paulo. Controle jurídico do comportamento ético da administração pública no Brasil. *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 71-80, jul./set. 1997

NÓBREGA, Flóscolo. *Introdução ao Direito.* Rio de Janeiro: José Konfino, 1975. p. 149.

Recurso Extraordinário 68388/SP. 1ª Turma, j. 11/11/1969. Rel. Min. Luís Callotti. DJU 24/04/1970. Ementa.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional.* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des Actes Adminstratifs.* Atenas: Librairie Générale de Doit et deJurisprudence, 1954.

STF Recurso em Mandado de Seguran-

ça 17807/PE. 2ª Turma, j. 06/03/1968. Rel. Min. Themístocles Cavalcanti. DJU 28/06/1968

STF. *Habeas Corpus* 508/409/DF. Pleno, j. 30/10/1980. Rel. Min. Djaci Falcão. DJU 28/11/80.

STF. *Habeas Corpus* 72082/RJ. Tribunal Pleno, j. 19/04/95. Rel. Min. Francisco Rezek. DJU 01/03/96.

STF. Recurso de Mandado de Segurança 16807/PE. 2ª Turma, j. 06/03/68. Rel. Min. Themístocles Cavalcanti. DJU 26/06/68.

STF. Recurso Extraordinário 173820/DF. 2ª Turma, j. 18/06/1996. Rel. Min. Neri da Silveira. DJU 13/09/1996.

STF. Recurso Extraordinário 188951/SP. 2ª Turma, j. 16/05/95. Rel. Min. Maurício Correia. DJU 15/09/95.

TÁCITO, Caio. *O abuso do poder administrativo no Brasil (conceito e remédios)*. Rio de Janeiro: DIN – Serviço de Documentação do DASP, 1959.

## Notas

<sup>2</sup> No conceito de Canaris (1989), que classifica os sistemas em científico (doutrina) e objetivo (ordenamento jurídico). A doutrina tem a tarefa de socorrer o sistema objetivo na provisoriedade do seu conhecimento.

<sup>3</sup> Sobre a idéia da Norma Fundamental em Kelsen, Cf. Barzotto (1999, p. 40-43)

<sup>4</sup> Grau (1990, p. 42) afirma inexistir conceitos como tais indeterminados. *Todo conceito é produto da reflexão, expressando uma suma de idéias. Quando expressado, através do seu termo, envolve um ato de expressão. O termo, pois, é a expressão do conceito.*

<sup>5</sup> Kelsen se trai por admitir a eficácia como pressuposto de validade da norma. Sobre uma crítica ao positivismo Kelseniano, Cf. BARZOTTO. Op. cit., p. 62-71.

<sup>6</sup> *In verbis*: “a aplicação dos conceitos indeterminados só permite uma única solução justa. Contrariamente, o exercício da potestade discricionária permite uma pluralidade de soluções justas ou, em outros termos, optar entre alternativas que são igualmente justas desde a perspectiva do Direito. Daí por que a discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos, ao passo que a aplicação de conceitos indeterminados é um caso de aplicação da lei” (Poder Discricionário, p. 42).

<sup>7</sup> Assim entendeu o STF: “Os atos administrativos não podem ser revogados, mesmo quando discricionários, se deles nasceu um direito público subjetivo, salvo se o ato **não obedeceu à lei**. Porque então, já não se trata de revogação, mas de **anulação**, com efeitos *ex tunc*, pois do ato nulo, em regra não nasce direito (Recurso Extraordinário 51680. 1ª Turma, j. 18/04/1963. Rel. Min. Luís Gallotti. DJU 18/04/1963. Ementa.) Grifo meu.

<sup>8</sup> Graça significa mercê, benefício ou dádiva. Vem do latim *gratia* que por sua vez deriva do grego *OVDō* (cháiri): favor, dom, dádiva, presente.

<sup>9</sup> Em sentido contrário. Cf. FERREIRA FILHO (1994)

<sup>10</sup> À primeira fase do absolutismo deu-se o nome de *Estado Patrimonial*, no qual o Estado era considerado um bem patrimonial do príncipe. Em ambas as fases a vontade arbitrária do príncipe prevalecia em face das possibilidades de defesa judicial dos particulares. Além da responsabilidade pessoal dos funcionários por atos ilícitos (dificilmente exequível) os particulares não tinham qualquer mecanismo de defesa contra o Estado. No Estado de Polícia ressurge a doutrina do *Fiscus* (oriunda do Direito Romano), onde o Estado (que até então estava à margem do direito e fora do controle judicial) se desdobrava numa outra pessoa moral, com capacidade jurídica ativa e passiva, capaz de se obrigar contratual e extracontratualmente. Distinguindo-se portanto os bens do Fisco dos bens do príncipe. A doutrina do Fisco entretanto, garantia apenas os danos patrimoniais, não entrando na esfera autônoma dos direitos particulares. O estado permanecia ainda acima do direito, com uma submissão apenas parcial.

<sup>11</sup> Tratava-se também de projeto de autonomia, de auto-regulação econômica e exigências de um debate público para as questões nacionais. Era um programa revolucionário de racionalização integral do Estado segundo os interesses da sociedade. Esse processo de racionalização do Estado é indissociável do objetivo de sua limitação jurídica. O problema do Estado perante a teoria da sua personificação é decisivo na construção do Estado de Direito.

<sup>12</sup> Segundo Modesto (Op. cit., p. 73), atualmente o controle da administração se classifica em: “A) controle interno (realizado por órgãos integrantes de uma mesma estrutura funcional) e em controle externo (realizado por órgãos estranhos à estrutura do sujeito controlado); B) preventivo, concomitante ou sucessivo (vale dizer o controle que antecede, é contemporâneo ou posterior ao ato controlado); C) controle objetivo (dirigido a atos funcionais, verificando a sua validade jurídica) e subjetivo (dirigido aos titulares dos órgãos de atuação, como remoção, nomeação, destituição etc.); D) controle de legalidade (verificando pertinência do ato no sistema legal), de mérito (apreciando a sua conveniência e oportunidade) e, até, mais recentemente, controle da rentabilidade ou eficiência (avaliando a relação custo-benefício da atuação administrativa em face de sua destinação e custo social como no controle de economicidade).”

<sup>13</sup> *In verbis*: “Não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle da legalidade, ultrapassar os limites da apreciação de vícios nulificantes do ato, para ir ao exame do mérito. Esse aspecto do mérito compreensivo da conveniência, da oportunidade ou da justiça da decisão administrativa, pertine ao poder discricionário, ao juízo discricionário, inabordável ao controle judicial. [...] pois estaria comprometendo o princípio da divisão de poderes” (Voto do Min. Rafael Mayer); “Não tenho dúvidas de que o ato administrativo de expulsão não é ato arbitrário. Ele é porém, de maneira inequívoca, ato discricionário. [...] sendo-lhe porém vedado apreciar se o ato é justo ou injusto, conveniente ou inconveniente, oportuno ou inoportuno” (Min. Moreira Alves) ([www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)).

<sup>14</sup> Sendo o sujeito, o titular do direito; o objeto, o bem protegido; a garantia, a proteção oferecida pelo direito objetivo; e, o interesse o elemento volitivo. (NÓBREGA, 1975, p. 149)

<sup>15</sup> Doutrina que diferencia o cumprimento direto de tarefas pública em formas do direito privado e de atuação fiscal propriamente dito. Na primeira hipótese, os direitos fundamentais devem vincular o poder público, na segunda, não. (Id., *ibid.*).

<sup>16</sup> Sobre a “Distância entre a contemplação normativa dos Direitos e Garantias Fundamentais e a realidade sócio-econômica-política-cultural brasileira”, Cf. FELJÓ (1999, p. 10)