

DOCTRINA

A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo (*)

AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ

ESTADO-POLÍCIA, ESTADO DE DIREITO, E PODER DISCRICIONÁRIO

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

E' 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, quer 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. E' o que, parece, não poderá dispensar-se de concluir quem, por exemplo, adote a definição de poder discricionário que nos dá MICHOU, e, na esteira dêle, muitos outros autores: "Há poder discricionário tôdas as vezes que uma 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. E' também característica sempre assinada do Estado-Polícia a liberdade de o administrador assumir sempre novos fins, novos objetivos

(2) Cfr. *Die subjektiven öffentlichen 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 vom 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 Ranalletti*, 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.

(*) Boletim da FACULDADE DE DIREITO (Suplemento ao vol. XVI) da Universidade de Coimbra, Portugal, 1942.

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

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 *êles própria delimitava*" (5).

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 discricionariedade a insindicabilidade (impossibilidade de controle judiciário) mediante petição dos administrados (6), resulta ainda plenamente compreensível que a discricionariedade 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; quer 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 vezes 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 admi-

(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, tecnicamente "poder discricionário". Mas, à face das mais recentes exposições da sua doutrina, LAUN, para determinar o conceito do poder discricionário, pressupõe a tripartição dos 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 limiti del sindacato di legittimità*, 1911, págs. 5 e 6.

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

nistrativos, no Estado de direito é também negada a possibilidade de um controle 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 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 *discricionariedade 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 necessariamente livres de juntar à lei alguma coisa

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

(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 agents 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.

de extra-jurídico, “un nouvel apport”, um “aliquid novi”, já que se não consegue uma rígida execução da norma heterónoma. 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 própria-mente dito na Administração e na Legislação; são-arbítrio do juiz na Jurisdição; autonomia da vontade na contratação 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 discricionariedade 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. 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 discricionariedade em sentido técnico, de forma que tenha de fato de ser utilizado para bem se apreender tôda a essência do poder discricionário. Requer-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 *Rechtstaat* é uma verdadeira categoria da doutrina

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

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

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 aceite no domínio especial de investigações para que especialmente o autor alemão o destinou. Haja em vista as grandes obras de GIÉRKÉ, *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 outros 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 juridicionalmente, 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*”

(17) R. v. MOHL, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*, 1832. MOHL distingue historicamente 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.

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

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 desse tipo de Estado, vale o de STAHL: “o Estado deve ser Estado de Direito... deve assegurar inviolavelmente 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. Todas as funções do Estado — e a administrativa *in specie* — se devem 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 Es-

tado de Direito não é fórmula, no nosso ponto de vista, que exclua fins econômicos, 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 logicamente” (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).

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 sobre a discricionariedade 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 todas 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.*, págs. 142, LAUN, *Das freie 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 deste trabalho tratar deste importante problema extensamente. Está o órgão legislativo ou o órgão constituinte ligados a normas jurídicas que devam ser observadas? Aqui enxertase 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 walt*) v. LAUN (in *ob. cit.*, págs. 15 a 17), quando na *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. —

(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.

(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, sondern Rousseau’s Herrschaft des Gemeinwillens, des Gesetzes, liegt unserer Staatsauffassung zugrunde”. Mas, MONTESQUIEU tem sido variamente interpretado, logo a partir da Revolução francesa. Ora, parece-nos que a idéia rousseauiana

A atividade administrativa no Estado de Direito realiza-se por intermédio de órgão próprio, regulado o seu exercício pela lei. “Este princípio da submissão à Lei por parte da Administração é o fundamento do Estado de Direito moderno” (27). E’ o que na literatura jurídica se chama o princí-

“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). Quere 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*, págs. 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 que 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, para não nos afastarmos 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. MERK, *Verfassungsschutz*, 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, *Verwaltungsrecht*, cit., pág. 14: “...pergunta-se se existe e qual é a diferença entre os poderes do Estado. E’ 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 verwaltungsgerichtliche 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-Fleischmann Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrecht*, 1914, III, pág. 696; OTTO MAYER, *ob. cit.*, pág. 102; HERRNRITZ, *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,

pio 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 “discricionariedade”. A justificação de incluímos os dois problemas num único número resultará de que, em teoria, na nossa construção, êles se encontram muito próximos um do outro.

(Continua)

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 législatif doit du moins, être légal, c’est-à-dire, 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 é volontà externa 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 guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, 5.ª ad., 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 BAHK, *ob. cit.*, págs. 52 e segs.

(28) Cfr. KELSEN, *Hauptprobleme*, pág. 511; FLEINER, *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.