

A interdição torna-se efetiva logo que passa em julgado a sentença, mas o prazo começa a correr do dia em que termina a execução da pena privativa de liberdade ou do dia em que finda a execução da medida de segurança detentiva (artigo 72). Aliás, durante a execução, há interdição de fato (ARMANDO COSTA, *A Condição Jurídica do Sentenciado e a Interdição Legal*, Rio, 1936, página 62).

Se não fôr executada a pena privativa de liberdade, o prazo é contado da extinção da punibilidade pela prescrição (art. 72).

Quando impõe sómente pena pecuniária, o prazo inicia-se da data em que passa em julgado a sentença condenatória.

Se não sobrevier revogação, o tempo da suspensão condicional da pena e do livramento condicional é computado (art. 72, parágrafo único, n. II).

A aplicação das penas acessórias não está sujeita às regras do concurso de crimes (art. 52), nem a máximo genérico (art. 55).

Em suma: transitada em julgado a sentença condenatória, serão executadas sómente as interdições nela declaradas ou que derivarem, automaticamente, da imposição da pena principal (artigo 377 do Código de Processo Penal).

Ver os arts. 691 e 694 do Código de Processo Penal.

A fixação do termo final se fará na forma do art. 695 do Código de Processo Penal.

Ver os arts. 8.º a 11 da Lei de Introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n.º 3.914, de 9 de dezembro de 1941).

O § 3.º do art. 709 do Código de Processo Penal exceta as interdições do direito do registro secreto da condenação objeto de suspensão condicional.

Os sujeitos a incapacidade temporária para investidura em função pública não podem ser peritos ou intérpretes (arts. 279 e 281 do Código de Processo Penal).

As penas acessórias são imprescritíveis (artigo 118, parágrafo único, do Código Penal), estão excluídas da suspensão da execução da pena (artigo 57, parágrafo único) e do livramento condicional (arts. 60 e 66), comportam reabilitação (art. 119), além de graça (art. 75, b, da Constituição).

O art. 7.º, n. II, do Código Penal, admite a eficácia da sentença estrangeira.

O art. 359 pune com detenção, de 3 meses a 2 anos, ou multa, de mil a dez mil cruzeiros, a quem exercer função, atividade, direito, autoridade ou munus de que foi suspenso ou privado por decisão judicial.

A incapacidade para investidura em função pública acarreta suspensão dos direitos políticos (artigo 69, parágrafo único, V).

Examinaremos, oportunamente, a matéria relativa às contravenções.

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

AFONSO RODRIGUES QUEIRO

II

A JUSTIFICAÇÃO E A NOÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO

1 — 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 este poder a uma norma emanante, 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 simultaneamente de uns e outros) — a partir do momento em que na vida jurídica

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

se instauraram o sistema montesquieuano da divisão dos poderes e a idéia rousseauiana 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 deste modo deixou de ser possível submetê-la a um completo e total controle jurisdicional. Daí uma hesitação do órgão ou órgãos jurisdicionais encarregados desse controle (1). Na evolução jurídica da época moderna pode considerar-se capital o momento em que se verificou essa impossibilidade, quanto às suas consequências na vida jurídica prática e também, e sobretudo, quanto às teóricas, pois veio oferecer à reflexão dos juristas um torturante problema (2). Por todo o

(1) "Era absolutamente compreensível que o Conselho de Estado, tornando-se propriamente uma jurisdição independente, tivesse um instante que hesitar sobre a extensão do seu poder". — Cfr. JEAN LUDOVICI, in "L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire", 1937, pág. 18.

(2) Talvez que a solução da Assembléia Constituinte de 1789, em França, de afastar do conhecimento dos tribunais ordinários a enorme soma das questões 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. LAFERRIERE, *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 toda a administração ao cumprimento estrito e total da lei. Os tribunais poderiam — e haveria que temê-lo — introduzir-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, naquêle 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 raízes 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 agosto 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 constitutante 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. LAFERRIERE, *Traité de la jurisdiction administrative et des recours 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 extrema-

tempo que 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" (JHERING).

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 sobre 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 diretrizes da atividade da Administração. Essas diretrizes são *normas*. Ora, existem, limites naturais, limites lógicos, no que respeita à possibilidade de regular toda a vida administrativa. Na norma jurídica há necessariamente 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. Esse 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

mente 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 este "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. LAFERRIERE, *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", este "monopólio exclusivo" da lei, firmada numa concepção "qui faisait coincider le droit avec ce qui est édicté par les lois".

obrigação de contratar, de dispor por testamento, de exercer o seu direito de propriedade (3); quando um particular deve agir, realizar obrigatoriamente um particular complexo de interesses alheios, devemos crer que ele realiza uma função especificamente pública (4). 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 interesses que as leis lhes entregam para que dêles curem (5). Atinge este fim, fundado nesta norma". Não sem intenção dizemos que esta é a essência, quer dizer, o que há de irreduzível em qualquer norma de direito administrativa

(3) 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 introdução da ciência do direito privado em domínios que teoricamente lhe são vedados. Cfr. CICU, *Il diritto di Famiglia*, 1914, pág. 208: "Il diritto di famiglia è da porsi accanto al diritto pubblico, e non al diritto privato; poichè anche in esso è esclusa la libertà dell'individuo di porre e perseguire fini proprii".

(4) 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 incumbe 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 segs.

(5) 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 Constituzionale*, 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 interesse 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 consequência, uma diversa regulação. Cfr. EHRLICH, *Das zwingende und nichtzwingende Recht*, 1889.

tivo: esta supõe sempre um agente, um órgão e atribui-lhe uma função (6), ou seja, atribui-lhe alguns interesses específicos, um ou alguns fins concretos, uma ou algumas atividades determinadas. Interesse, fim, atividade, ato, são termos que se identificam, e são a matéria que a norma de direito circunscreve e individualiza (7).

Ora bem. Esta soma de funções, de fins, que a lei atribui a cada órgão, marca as situações de fato em que esses órgãos devem agir (8). Se uma norma, por exemplo, designa o Governador Civil como competente para emanar as providências necessárias para manter a ordem e a tranquilidade pública e fazer reprimir os atos contrários à moral e à decência pública (art. 351 do Código

(6) 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 este 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 ideia é também consagrada por KELSEN (*Hauptprobleme*, cit., pág. 450), que apenas ressalva o caráter teleológico, ou realístico, não jurídico portanto, de toda a definição que fale de fins, interesses, atividades. Para ele, como se sabe, o fundamental é a norma, "der Rechtesatz". Mas contra KELSEN, com a generalidade da doutrina, aceitamos a solução que redonda em colocar o fim ao lado do poder e dever, como elemento da construção dos conceitos de órgão e de competência. Um grupo de interesses 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 este 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 Elementen charakterisiert..." (pág. 456).

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

(8) Cfr. DUGUIT, *Traité* cit., 2.ª ed., pág. 772, onde se fala, em idêntico sentido, da regra da "especialidade das habilitações". CARRÉ DE MALBERG, *ob. cit.*, pág. 48, afirma que esta regra implica a precificação 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 à medida que terá competência para adotar, quer pelo menos quanto às circunstâncias por ocasião de cuja verificação o poder poderá ser exercitado".

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 tranquilidade 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 subsumção 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 (9).

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 Administração 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 (10). 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 toda a clássica teoria da estrutura do ato administrativo, que distingue nestas fases ou momentos diversos,

(9) "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.

(10) 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". JÖHR fala (*ob. cit.*, pág. 212 e segs.) da "Verkettung von Voraussetzung und Zweck einer Handlung", entre os quais "eine direkte begriffliche Beziehung besteht".

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 este 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; que re dizer, reconduzem-se, ou são uma face da competência (...ce sont les faits existants qui déterminent l'étendue de la compétence — *Traité*, II, pág. 400); 2) HAURIOU sustenta a *nominatividade* da atividade administrativa. A norma que atribui uma competência marca a causa ou motivo de fato e implicitamente 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 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 ele. "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 juridictionnel 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 consequência 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 termos: "a certos motivos existentes, deverá corresponder uma certa dada atividade e não outra"; 5) RÉGLADE, na "Rev. de Dr. Pub.", 1933 (*Du prétendu contrôle juridictionnel 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 consequência, isto é, de agir, de praticar êste ou aquélle ato. Em direito público o ato funciona como consequência 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 lógicamente 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, invariavelmente — "das das muss stets im Gesetze zu finden sein (11); kann der Staat nur "wollen" und handeln was in der Rechtsordnung statuiert ist (12), das Staatsorgan setzt niemals die Zwecke, die es mit seiner Or-

gantätigkeit realisiert" (13) — 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 (14). 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, sorrvida 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*) (15). 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 (16). Estes 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 substituir à

(13) *Idem*, pág. 499.

(14) Cfr. JÖHR, *ob. cit.*, pág. 38.

(15) 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..."

(16) *Bestimmte und unbestimmte Begriffe*. — Cfr. W. JELLINEK, *ob. cit.*, pág. 30.

(11) KELSEN, *Hauptprobleme* cit., pág. 492.

(12) *Idem*, pág. 498.

sua a apreciação da Administração(17). 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 (18), 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: quer 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

(17) PRESUTTI, *ob. cit.*, sustenta a existência duma discricionariedade dita *pura* para os casos em que não existe uma norma jurídica a regular a atividade da Administração, discricionariedade esta (pag. 16) que seria conatural ao organismo estadual, enquanto a discricionariedade chamada *técnica* (que se verifica nos casos de normas imprecisas) seria um instituto histórico, contingente, não ainda eliminado, mas que tende a restringir-se cada vez mais, qualquer coisa como um resíduo do Estado-Polícia. Para nós, o conceito de discricionariedade pura, nos têrmos em que o defineia PRESUTTI, não tem correspondência na realidade. Não existe, nem como *normal*, nem como *excepcional*, uma atividade administrativa *livre* de qualquer norma jurídica. Haverá, necessariamente, 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 autônoma na criação dos seus fins, na mesma medida em que em direito privado se fala de autonomia da vontade.

(18) 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*. E' 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 *irreduzível* margem de discricionariedade na execução

aquela premissa se efetivasse na realidade da vida administrativa. Quer 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 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 necessariamente abstrato, a mais ou menos clara (sempre clara no final do processo interpretativo) configuração prévia das premissas do agir, então é lógicamente 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 consequentemente. Doravante — quer dizer, depois da fixação duma interpretação — até ao procedimento concreto, já não é a liberdade que funciona, mas a necessidade (19). 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 discricionariedade: aquêle em que, na dição 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 "interesse público", na "moralidade pública", etc.), e, dentro dos limites de compreensão dêsses conceitos, o agente firma-se numa determinada concepção (do "interesse público", da "moralidade pú-

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 irréfutable". 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.

(19) 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 necessariamente 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 consequência jurídica. V. supra.

blica", etc.), na sua própria concepção (20). Essa sua própria concepção será de ordem precisamente a fazê-lo agir, ou, pelo contrário, a manter-se em reserva — forma esta última que é também uma forma de ação, para certos casos a única idônea para se atingir o "interesse 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 este ou aquêle processo, realizar este ou aquêle ato administrativo. As duas fórmulas reconduzem-se a uma só, e exatamente à última (21), visto que, como sustentámos, não agir é também agir (não autorizar, é de-

cidir não autorizar) (22). Sustentamos, pois, a necessidade lógica de identificação dos três campos da discricionariedade — *an* (23), *quid* e *quomodo*, e reduzímos-los à discricionariedade na interpretação da competência.

O legislador, para se manter tal, tem, pois, que deixar à Administração uma certa margem de discricionariedade. 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 discricionariedade 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.

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

2 — A norma que atribui a um determinado órgão uma função — dissémo-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. Esses 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 teórico *verdade*, e que, portanto, pressupõem o princípio causalista, as categorias de espaço e tempo, ou o conceito de número (quantidade). Sobre estes fatos, e sobre

(20) Resiste, pois, a tôdas as críticas a fórmula célebre de BERNATZIK, in *ob. cit.*, pág. 46: "tue was du glaubst, dass es durch das öffentliche Wohl bedingt ist" — desde que se interprete em harmonia com as nossas vidas. Primeiro que tudo, tem que supor-se um "público bem" ou "interesse público determinado" dentro de certos limites, e não a categoria genérica e praticamente ilimitada do interesse público. E só nos limites da incerteza conceitual, nos limites, portanto, em que o interesse público, ou fim público, ou simplesmente "fim" ou o "interesse", 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, éle próprio, o perito do "interesse público" da "salvação pública", da "razão de Estado", e, nos limites da esfera do seu poder discricionário, é, por assim dizer, éle próprio o legislador" (in *Le pouvoir discrétionnaire*, separata cit., págs. 55-56). Cfr. também MICHOU, *ob. cit.*, pág. 21, onde se fala de um "blanc-seing" deixado à Administração pelo legislador; M. S. GIANNINI, *Il potere discricionale 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 Rechtssatz ist ein mehr oder weniger weitgehendes Blankett, dessen 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 notwendig von der subjektiven Anschauung des Organs abhängen".

(21) "der Verwaltungsbeamte muss handeln". — Cfr. W. JELLINEK, *ob. cit.*, pág. 166.

(22) Entendamo-nos: supomos o caso de inação resultante de ser ter verificado na realidade, e segundo a interpretação subjetiva do órgão nos limites do conceito legal, a premissa que conduz necessariamente 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, nêstes casos, não se pode falar de discricionariedade, oportunidade de abstenção: é a própria norma vinculante, clara, precisa, que não permite uma ação.

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

estes conceitos, ao fim e ao cabo, decorrido o processo interpretativo, não pode existir como verdade mais do que uma exata formulação. Sobre êles verifica-se uma identidade universal de pareceres, ou, pelo menos, êstes são susceptíveis dessa identidade. São só êsses os conceitos em que se pode fazer incidir inequivocamente 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 discricionariedade à Administração. Pode deixar margem a dúvidas, que, porém, o intérprete tem sempre meio de desfazer, utilizando os processos de hermenêutica administrativa (24). A discricionariedade surge, assim, circunscrita aos

(24) Não há, em direito administrativo, lugar para lacunas, nem para a consequente integração com recurso à eqüidade, ao menos no Estado de Direito, onde a lei não pode deixar de, ela própria, marcar em toda 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 consequências 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 aceite, não é mais do que um caso involuntariamente 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 — vímo-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, sobre a qual, pelo menos ainda não recaiu o seu interesse, o interesse 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 contratarem ou em que exista costume; — nem no direito processual — onde erradamente se fala muitas vezes 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 ROMANO, *CORSO CIT.*, I, págs. 76 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, *Instituzioni 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; SCHEUNER, *ob. cit.*, pág. 84. Com a nossa solução convém: W. JELLINEK, *ob. cit.*, pág. 177: "Der Richter muss immer wieder auf den eigentlichen Sinn des Gesetzes zurückgehen"; *Verwaltungsrecht*, *cit.*, pág. 147: "...gibt zurückgehen"; es nicht Lücken vom Standpunkte des geltenden Rechtes"; FLEINER, *ob. cit.*, págs. 45 e segs.; JÖHR, *ob. cit.*, pág. 130.

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

A norma administrativa impõe como dever a um órgão uma determinada atividade que este 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 necessariamente abstratos, podem e devem ser inequivocamente individualizados, de tal modo que é sempre teóricamente possível afirmar o caráter necessário, assertórico, do juízo de subsumção de um determinado fato num determinado conceito, com a mesma força de evidência que tem para qualquer homem uma lei lógica, uma lei natural ou matemática. Ou podem pertencer ao mundo ou setor da realidade contrapôsto a este, 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, a-científicas, subjetivas (*individuelle Antworte*), e então o juízo de subsumção não mantém já o mesmo caráter de necessidade lógica, de categoricidade (25). Esta diversidade de

(25) Quer, portanto, os conceitos teóricos, quer os práticos, são de caráter abstrato. A discricionariedade não nasce, como sustenta a *Stufentheorie*, como necessária consequência do caráter abstrato do *jus generale*. Neste está ou a discricionariedade ou a vinculação, conforme se trate de uma abstração traduzida em conceitos práticos, ou de uma abstração traduzida em conceitos teóricos. O "etwas Neues", que constituiria, segundo MERKL (*ob. cit.*, págs. 142-173) e KELSEN (*Teoria general del Estado*, págs. 301 e segs.), e já, em *Hauptprobleme*, pág. 504 e segs.), a necessária contribuição individual dos órgãos simultaneamente executivos e criadores do Direito, não representa o que tecnicamente 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 zwecksmässigerweise von einem gesetzlichen Willen spricht, so muss man sich doch darüber im klaren sein, dass der Verwaltungsbeamte, wenn er ein Gesetz vollzieht, im Grunde genommen nicht nur dem Willen des Gesetzes nachlebt, sondern auch dem Willen, den er dank seiner Intelligenz, seiner Bildung, seiner Überzeugung, dem Gesetze subjektiv entnehmen zu dürfen g'aubt..." — Cfr. JÖHR, *ob. cit.*, págs. 32 e segs., e também EDMUND MEZGER, *Der Begriff der Rechtsquelle*, 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. — E' o coeficiente de êrro, aquela "dificuldade" psicológica, ou "complicação", (*schwierige geistige Arbeit*), que pode sempre existir na interpretação duma vontade estranha,

conceitos, a perfazer a estrutura da norma, não pode deixar de existir, como reflexo dos dois mundos em que se divide a realidade à qual a norma se dirige (26). A norma adota necessariamente 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* (27). Quando, pois, o conceito legal relativo às condições-de-fato requeridas para o exercício duma determinada competência, é um conceito prático, susceptível 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 implicitamente exigidas, e não expressamente, pela lei. Quando essas condições, pelo contrário, são enunciadas em conceitos teóricos (supondo uma “Gesetzlichkeit” da natureza), então incumbe ao órgão administrativo determinar exatamente o conceito e os fatos, e só quando a subsumção dos fatos no conceito legal fôr preciso ele deverá agir: a sua competência está *vinculada* à verificação no domínio da realidade natural dum fato cujos contornos são exatamente os implícita ou explicitamente delineados nesse conceito. E a interpretação jurídica do órgão administrativo que, na execução do direito, distinguirá os dois campos dife-

nomeadamente na da lei. A *Stufentheorie* contribui apenas para evidenciar este fato, mas é inoperante na definição do “poder discricionário” e da sua posição no sistema do Estado moderno, ou Estado de Direito. Regeita-se, aqui, a incisiva definição de KELSEN, na obra ultimamente 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, “Erwâgen”, 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 zwischen beiden*). A mesma objeção se pode fazer a BERNATZIK, enquanto este faz coincidir de *plano* discricionariedade (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.

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

(27) ALFRED MANIGK, *Neubau des Privatrechts*, 1938, págs. 56 e segs.

rentes da sua atividade, distinguindo as duas diferentes esferas de conceitos. O problema do poder discricionário é problema de interpretação (*das Ermessen ist eine Auslegungsfrage*) (28).

Sobre 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 eles estejam na verdade, e que os outros tenham uma opinião falsa” (29). Sobre êles, a generalidade das pessoas não forma senão casualmente o mesmo juízo.

W. JELLINEK admite a possibilidade de delimitação rigorosa de muitos destes conceitos por meio daquilo a que chama a *concepção da sociedade* (*Anschauung der Gesellschaft*), reduzindo o poder discricionário a muito mais modestos limites (30). Mas é claramente errada esta posição, porque, mesmo que sobre muitos conceitos não teóricos existisse uma inequívoca concepção por parte da comunidade (o que é contestabilíssimo), ela não poderia 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 nitidamente, quanto a essa possibilidade, dos práticos propriamente ditos — “auf die Frage, ob etwas sehr hässlich oder sehr schön sei, gibt die Gesellschaft eine ziemlich sichere Antwort”, (págs. 61 e segs.) (31).

(28) Cfr. SCHEUNER, *ob. cit.*, págs. 81 e segs.; JÖHR, *ob. cit.*, págs. 170 e segs.

(29) “...eine Grenze, über welche hinaus Dritte die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der gezogenen Schlüsse nicht mehr konstatieren können. Es können dann Dritte anderer Ansicht sein, sie können aber nicht behaupten, sie allein hätten die richtige Ansicht, die des Anders sei falsch”, pág. 43.

(30) 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.

(31) 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

Só no domínio estritamente prático — do “bom” e do “mau” — campo de apreciações inquestionavelmente subjetivas, pode assentar o poder discricionário, segundo o autor alemão (32). 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 sobre o valor ou desvalor dum comportamento, formada corretamente, sem atitude faltosa e dentro dum poder de competência” (33). 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

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. MANIGK, *ob. cit.*, pág. 56: “existem também valores puramente de conhecimento, por exemplo, os estéticos”. Indica exemplos na jurisprudência do O. V. G. alemão, sobre 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 controle jurisdicional das decisões dos prefeitos de Paris em matéria de “perspectives monumentales et des sites”, quer dizer sobre conceitos de ordem estética. Mas, esta última jurisprudência tem sido corretamente caracterizada, na senda de HAURIOU, como manifestação do caráter pretoriano da jurisprudência daquê 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 sobre este mesmo ponto, reconhecendo o caráter pretoriano desse controle, 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, contrariamente, em França sustentam que o Conselho de Estado não controla jurisdicionalmente o poder discricionário em nenhum caso. — BONNARD, *ob. cit.*; RÉGLADE, *ob. cit.*, etc. Vide infra.

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

(33) “Freies Ermessen ist die vom Recht mit Massgeblichkeit ausgestattete, fehlerfrei zustandegekommene, individuelle Anschauung über den inneren Wert oder Unwert einer Verwirklichung” (pág. 89).

próprios limites” (34). Cremos que, no ponto de vista rigorosamente jurídico, o poder discricionário da Administração se deve estender a todos os conceitos não teóricos, e não apenas aos conceitos práticos, no sentido que a esta expressão dá JELLINEK. A tentativa que este faz, para considerar grande número de conceitos não teóricos como determináveis, delimitáveis, com referência, não às concepções individuais do órgão agente, mas à concepção geral da comunidade, a uma *communis 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 teóricos, que fazem parte da estrutura das normas administrativas, à face de pretensas concepções sociais unívocas, no fundo não faz mal 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.*, pag. 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 satisfatoriamente 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 portuguesa) que o problema do poder discricionário é o problema da distinção entre a *legalidade* e a *oportunidade* — tudo étanto, porém, em saber *como* se distinguem. E a resposta continua a ser aquela antiga de MICHOU: “há poder discricionário tôdas as vezes que uma autoridade age livremente, sem que a conduta a seguir lhe tenha sido ditada anteci-

(34) “Freies Ermessen ist soviel als eine individuelle Abgrenzung eines unbestimmten Begriffs, insbesondere eines praktischen Wertbegriffs, innerhalb seiner Grenzen” (pág. 157).

padamente por uma regra de direito" (*ob. cit.*, págs. 10) (35).

Tão pouco nos dá a essência do poder discricionário aquela outra concepção, segundo a qual este poder valeria tanto como a ausência de um direito subjetivo do administrado a um determinado comportamento por parte da Administração (36). O próprio conceito 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 (37). Há largas esferas de poder ligado por normas jurídicas, sem que para os administrados exista o direito de exigir perante os tribunais administrativos a observa-

(35) Cfr. um dos mais recentes estudos da literatura francesa sobre o nosso problema, de ANDRÉ HAURIOU, *Le pouvoir discréptionnaire 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.

(36) 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.

(37) 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.; HERRNRIT, *ob. cit.*, pág. 300; JÖHR, *ob. cit.*, págs. 53 e segs.; SCHEUNER, *ob. cit.*, pág. 70; implicitamente, BONNARD, *Le contrôle*, cit., págs. 51 e segs. Da exposição dêste último resulta a não coincidência entre poder ligado e direito subjetivo, porque, para este existir, require-se, além do poder ligado, um interesse particular: "o direito subjetivo não existe senão quando a obrigação administrativa foi também estabelecida em vista de certos interesses particulares", pág. 63; M. S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., págs. 215-216.

ção dessas regras (38), tratando-se apenas de uma vinculação em vista do interesse geral. Isto mostra-nos quanto é absolutamente cabida aqui a crítica de LAUN (39), segundo o qual esta doutrina substitui a final 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 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 (40).

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 termos seguintes. A atividade

(38) 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".

(39) Todavia as observações de LAUN (*ob. cit.*, pág. 31 e segs.) e JÖHR (*ob. cit.*, págs. 55-56) sobre 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 interesse pessoal e legítimo (enquanto que, anteriormente, esta distinção entre direito e interesse 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; por quanto, quando antes se falava de direito adquirido, tinha-se em vista conceito diferente daquêle 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 interesse geral", outra decide sobre as "violações de direitos privados": "die Verwaltung verfügt im Interesse des Gemeinwohles, die Justiz entscheidet über Verletzung von Privatrechten". Conforme demonstra 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.

(40) Poderia pensar-se em condenar ao mesmo tempo a doutrina que assimila direito subjetivo e poder ligado e a doutrina que identifica insusceptibilidade de controle jurisdicional e discricionariedade, associando-as, ou melhor, identificando-as. De fato, "nicht jeder unkontrollierbare Staatsakt ist ein Akt des freien 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 controle jurisdicional quando não existe direito subjetivo a esse controle: são os casos de ação popular e de ação pública administrativa.

dos órgãos administrativos é delimitada por normas, as quais têm um maior ou menor grau de precisão. Para a execução dessas normas requer-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, quer dizer, do órgão executivo. Com efeito, "...von einer mechanischen Anwendung des Rechtes kann nicht die Rede sein" (págs. 47 a 49). Noutros termos: a interpretação dos conceitos normativos, dum modo geral, e portanto a sua execução, postula sempre aquilo a que em 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" (págs. 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. Estes são perfeitamente determinados, nas hipóteses que estamos encarando — "die Entscheidung ist stets theoretisch eindeutig bestimmt" (págs. 50 a 59). Se a norma fosse 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 lógicamente diferente do "gebundenes Ermessen" (págs. 61). Uma e outro formam a categoria da "gesetzliche Gebundenheit", ou seja, do poder ligado ou vinculado propriamente 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*) (41), e é por isso autorizado a determinar, ele próprio, quais devam ser os fins próximos do seu

(41) 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 Governo, da ordem social e da propriedade, etc. — deve o órgão administrativo considerá-los como dados definitivamente e inalteráveis (pág. 64).

agir. O legislador deixa então ao órgão a determinação do que, em cada um desses casos, deve considerar-se o "interesse 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" requere-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. Esses exemplos e sobretudo a sua teoria dos limites do poder discricionário, a que adiante aludiremos, mostram-nos que LAUN está influenciado também por um "Gesetzesrationalismus". Admite que se está perante conceitos únicos, sempre que numa norma jurídica fala de "diligentia diligentis patris familias", de "boa fé", e de outros semelhantes conceitos práticos (42), que nós arrumamos na esfera do poder discricionário; o que desde logo nos faz propender a crer que este 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 (interesse público, necessidade, perigo, etc. — cfr. págs. 79 e segs.). Isto por um lado. Por outro, não nos fornece também LAUN uma análise do conceito do *fim imediato*; não nos diz se "fim"

(42) Cfr. pág. 52. No mesmo sentido, W. JELLINEK, cit., págs. 66 e 73.

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 sobre as premissas do agir administrativo, deslocando assim o problema para uma escolha de fins. Outros (MICHOU, FÉZAS VITAL, etc.) o deslocariam para uma escolha de meios.

No entanto, crêmos que LAUN entreviu o conceito de poder discricionário, ao definí-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 inteiramente apto para realizar esse 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 facilmente 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 MICHOU. 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 sinteticamente do citado Report, de 1934, sobre *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 concei-

tos 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 destes 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 ele, como sempre, uma subordinação categórica do órgão à execução dum fim ou duma relação de fins, expressa ou implicitamente 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: este elemento é o objeto" (43). 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" (pág. 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 vezes mesmo, a sua expressão é extremamente vaga....". Ora "...pode dizer-se que os motivos formulados serão suficientes para ligar o poder da Administração, sempre que forem constituídos por fatos tais que apenas haja lugar para os declarar existentes, por uma constatação da sua existência material. Pelo contrário, não

(43) *Le contrôle*, pág. 58.

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).

Este 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" (pág. 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 implicitamente prevista, como condição prática ou de valor, sobre 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 Governo... n.º 1: — mudar as sedes dos concelhos e freguesias, alterar os seus nomes e os das povoações", e não indica explicitamente os fatos em que o Governo 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 interesse público, na mudança de uma sede de concelho ou freguesia". E' este 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), por quanto não insiste no ponto capital, que é a disposição sobre os elementos conceituais, lógicos (não psicológicos) da norma (e não do ato). Ora sobre êstes elementos, deve reconhecer-se

que ela não nos fornece mais do que uma fuga alusão, como acabamos de ver.

TEZNER nega a possibilidade da existência, na imensidão dos conceitos abstratos da ordem jurídica, de quaisquer conceitos que tenham um significado absolutamente certo e determinado e que representem uma inteira igualação aos fenômenos da vida real; admitir uma livre apreciação e determinação (*freies Ermessen*) de alguns deles, é supor que em relação a todos êles não haja sempre uma margem de discutibilidade, uma dificuldade de subsumção (cfr. *Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege*, cit., pág. 537) (44). 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 (45). Não existe, pois, para a Administração qualquer liberdade (*freies Ermessen*) na apreciação dos conceitos que a lei encorpora 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 interesse público específico. O interesse público, como qualquer outro conceito jurídico, é uma categoria delimitada. O legislador marca, na categoria objetiva do interesse público, a medida que deve ser tomada como única legal. Como categoria, como conceito, que, portanto, retrata fatos ou situações, o interesse 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, consequentemente, 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

(44) 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 ele 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.

(45) *Zur Lehre vom freien Ermessen*, cit., pág. 121.

determinados, por julgar as autoridades administrativas mais bem colocadas, pelo seu saber técnico, para a interpretação de certos conceitos e qualificação de certos fatos (subsumção) — "der Ausdruck freies Ermessen der Behörden, wie er zugleich mit der Schaffung der Verwaltungsgerichte 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 "interesse público" numa expropriação desta natureza. É este o grande e fundamental princípio da jurisdição administrativa, a razão do seu aparecimento. Aos órgãos administrativos compete "únicamente assegurar a subsumção de uma espécie concreta numa norma", e aos órgãos judiciais administrativos verificar a legalidade desta subsumção. "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 vagos e imprecisos, com os quais a norma se refere aos pressupostos de fato, efectiva-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 admite 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" (46). Este 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". Aquelle 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 exista 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 (47).

As teorias de TEZNER e JÖHR são de matiz retintamente liberal-individualista, enquanto que as de BERNATZIK (48), 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 *technisches 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 pri-

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

(47) Cfr. JÖHR, *ob. cit.*, pág. 58 e segs.

(48) Note-se que, como teremos ainda de referir, BERNATZIK modificou sob o influxo das críticas de TEZNER, as suas idéias sobre a possibilidade de controle do "technisches Ermessen", e em sede jurisdicional, in *Gründhuts Zeitschrift*, vol. XVIII, 1891, pág. 148 e segs.

meiro 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 implicitamente, mais do que a uma *régression* 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 *Gesetzesrationalismus*: desconhecimento da verdadeira natureza e estrutura da norma jurídica, e, em especial, da norma administrativa, na qual, necessariamente, 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 interesses 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” (49). Reconhece-se a discricionariedade 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 discricionariedade 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 (50); 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 controle, embora limitado, do poder discricionário. E, para tudo reduzir à legalidade, ou se nega a discricionariedade, ou se restringe o controle jurisdicional aos *limites legais* dessa discricionariedade. Ora, as soluções de TEZNER e de JÖHR não fazem mais do que exprimir a primeira destas duas tendências.

(49) Cfr. WALTHER SCHÖNFELD, in *Von der Rechtskenntnis*, 1931.

(50) Sobre este 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.

O fim é sempre dado, implícita ou explicitamente, 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 teoricamente ininterpretável (51). Com isto queremos significar que não aceitamos a conhecida e normalmente seguida concepção sobre 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 toda 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 sobre 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 im 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 interpreta-

(51) E' nesta medida que vemos ser verdade o que do *fim* diz SCHÖNFELD, ob. cit., pág. 31: “...discorrer acerca do fim das normas e das leis é em última análise uma questão de juízo estimativo e calculatório; podêmo-lo afeiçoar e encarar como quisermos” “...über den Zweck von Normen und Gesetzen nachdenken, ist letztlich eine Angelegenheit des rechnenden und prüfenden Verstandes, man mag es drehen und wenden, wie man will”.

tivo 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 interesses" (HECK, MAX RÜMELIN, etc.). Esta, reconhecendo a existência de conceitos não teóricos 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 termo desta evolução do pensamento teórico sobre este problema, que caminhou, como se sabe, até à escola do direito livre. E onde a solução?

A solução está, para nós, numa síntese destes dois opostos pontos de vista. Com efeito, há no direito conceitos teóricos e conceitos de puro valor. Os primeiros são interpretáveis lógicamente, conceitualmente. E' quanto a estes 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 destes 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 verfahren muss" — procurando atuar os princípios fundamentais informadores da concepção política do Estado que se considera (52). 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

(52) Sugestivas idéias sobre este ponto, em FRITZ VAN CALKER, *Recht und Weltanschauung*, 1926. Cfr. também E. VON HIPPÉL, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts*, 1931.

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 (53).

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 (54), sobre 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 lei (cfr. número seguinte). Esta escolha é livremente feita pela Administração (55), entendendo-se aqui por liberdade aquilo que vimos de expor.

(53) Cfr. ED. MEZGER, *ob. cit.*; RIEZLER, *Das Rechtsgefühl*, 1921.

(54) 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.

(55) 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 Staatsregierung behufs Durchführung der staatlichen Aufgaben innerhalb der von der Rechtsordnung des Staates gesteckten Grenzen"; ANSCHÜTZ, in *Kritische Studien*, *cit.*, pág. 53: "Freie Tätigkeit der zweckbewußt durch ihre Organe handelnden Staatspersönlichkeit, frei vom Zwange des Rechtes, aber innerhalb seiner Schranken — so stellt sich der Verwaltungsbegriff dar, wie ihm moderne Staatswissenschaft, 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 matérielles 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, vímo-lo nós, não existe nunca.

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" (artigo 351º do Código Administrativo) — mas pode também ser um conceito teórico, 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 portanto desde já plenamente claro que considerar absolutamente o fim como elemento vinculante da Administração em todas as hipóteses,

como fazem JÖHR e DUGUIT, é exagerado. O instituto do "desvio de poder", lógicamente, não seria mais do que uma modalidade do vício genérico chamado "violação de lei", consecução de um fim objetivo diferente daquêle que a lei explícita ou implicitamente marca ao agente. Todo o controle jurisdicional se referiria, assim, à legalidade, e só à legalidade (56). Mas este é um problema que examinaremos seguidamente, tratando dos limites do poder discricionário.

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

PARECERES

APOSENTADORIA NA FORMA DO ART. 177 DA CONSTITUIÇÃO — EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO POR FUNCIONÁRIO INATIVO — ACUMULAÇÃO

— *O funcionário atingido pela disposição constitucional do art. 177 pode exercer cargo ou função pública nos mesmos casos excepcionais em que a lei admite a esse exercício os funcionários aposentados por outros motivos.*

— *O funcionário aposentado não pode acumular os proventos da inatividade ao que possa perceber no exercício do cargo ou da função pública.*

CONSULTORIA GERAL DA REPÚBLICA PARECER

I. Em carta datada, em Pôrto Alegre, de 30 de setembro de 1942, o Dr. Heitor Masson Cirne Lima, docente livre de anatomia e fisiologia patológicas da Faculdade de Medicina daquela cidade, informou ao Exmo. Sr. Ministro da Educação e Saúde que o Dr. Waldemar Castro, recém-nomeado para ocupar interinamente, na mesma Faculdade, o cargo de professor catedrático da referida disciplina, era o mesmo Dr. Waldemar d'Avila Castro, aposentado, nos termos do art. 177 da Constituição, como bacteriologista da Diretoria de Águas da Prefeitura Municipal de Pôrto Alegre.

Pretendendo representar contra a nomeação, o docente livre consulta o Ministério da Educação e Saúde sobre o seguinte: "1.º) o funcionário atingido pelo art. 177 da Constituição Federal pode exercer qualquer outra função pública, sem que tenha sido revogado pelo Presidente da República o respectivo decreto de aposentadoria? 2.º) no caso em aprêço, o fato de se tratar de nomeação em caráter

interino pode excluí-lo da incidência da lei das acumulações remuneradas?"

II. As autoridades administrativas não antecipam suas deliberações, dando respostas a consultas, salvo em casos que a lei indica expressamente, como os da legislação fiscal.

Quem pretende representar ao Governo contra um ato por este praticado, deve oferecer argumentos próprios, e não procurá-los na resposta a questões adrede formuladas, pela qual se conhece previamente o resultado da representação.

Não se havendo, entretanto, recusado desde logo a consulta, parece-me oportuno resolver as questões propostas.

III. O funcionário público da União aposentado pode exercer, em comissão, função ou cargo federal, estadual ou municipal (Estatuto, art. 216; decreto-lei n. 3.522, de 19 de agosto de 1941, art. 1).

Daí resulta que, se o cargo fôr de provimento efetivo, o funcionário aposentado não pode ocupá-lo interinamente. Ao aposentado é lícito sómente exercer a função ou o cargo isolado que, em virtude de lei, devam ser providos em comissão (Estatuto, art. 14, II); a lei não permite que ele exerça, embora interinamente, o cargo de provimento efetivo. O exercício da função ou do cargo público só excepcionalmente é concedido ao aposentado. A exceção não deve ser ampliada com ofensa ao princípio de que o aposentado está impedido de exercer a função pública.

Estas disposições aplicam-se também aos funcionários públicos estaduais ou municipais, de acordo com o decreto-lei n. 3.070, de 20 de fevereiro de 1941, arts. 43 a 45.

Desde que o aposentado não pode ocupar interinamente cargo de provimento efetivo, impõe-se concluir que será cassada a aposentadoria, se ele aceitar a nomeação para o exercício interino de cargo público. A esta sanção ficará sujeito o funcionário público federal (Estatuto, art. 245, IV). Tratando-se, porém de funcionários estaduais ou municipais, a sanção que lhes deve ser imposta no caso da