

## A CONCREÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO

SANDRA REGINA MANCUSO

Mestranda da Faculdade de Direito — UFRGS

Introdução — I. Correntes doutrinárias brasileiras e sua identificação com a doutrina estrangeira — II. A concreção do poder discricionário — Conclusão.

### INTRODUÇÃO

Discrição é a palavra originada do latim *discretio de discernere*, exprime discricionário o que se põe a discrição de outrem, para que delibere ou resolva, segundo as necessidades do momento ou segundo as circunstâncias.<sup>1</sup>

A evidência de que o termo, no Direito, não perdeu seu sentido comum encontra-se nas inúmeras concepções doutrinárias que examinaremos. A discrição nos vários ramos da ciência jurídica tem sido associada a poder e, enquanto poder, concebida no seu caráter de exceção, levando-se em conta, que em qualquer sistema jurídico, a aplicação do direito não é livre e sim condicionada a princípios de ordem pública. Tanto que, o princípio da legalidade subsiste na atividade jurisdicional e administrativa, a despeito do crescente exercício do poder discricionário, considerando que suas decisões, em menor número de casos, são resultados de mera subsunção a conceitos fixos e, em maior número, dependem da concreção que leva o julgador a agir de modo idêntico ao legislador, ou seja, valorando autonomamente frente a conceitos jurídicos indeterminados ou outras espécies de abstração que enunciaremos quando do exame da concreção do poder.

Analisaremos o poder discricionário da administração sem nenhuma ênfase ao mesmo poder exercido pelo Juiz, porque entendemos que, neste caso, ele se acha subsumido ao poder judicial que lhe legitima.

Fato é que o poder da administração tem merecido maior atenção porque se exerce, por intermédio de funcionários do Estado que podem,

1. Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, Ed. Forense, RJ, 1982, III/382.

mas necessariamente não tem a condição técnica que melhor lhes habilitaria a conhecer os exatos limites impostos pelo ordenamento jurídico ao poder de julgar.

Inciaremos o nosso estudo revelando as idéias de alguns doutrinadores brasileiros, clássicos ou modernos, sobre o conceito de discricionariedade e a identidade que se estabelece entre eles e a doutrina estrangeira.

## I — CORRENTES DOUTRINÁRIAS BRASILEIRAS E SUA IDENTIFICAÇÃO COM A DOUTRINA ESTRANGEIRA

A doutrina brasileira não é divergente no que tange à concepção da discricção propriamente dita. O sentido vulgar da expressão não foi adulterado pelo nosso Direito. A divisão dá-se no tocante à sua natureza. Alguns reconhecem na discricção o caráter de poder, ou a concebem como faculdade, outros, ainda, lhe atribuem o caráter de mera competência deferida pela lei.

Para o jurista mais conhecido pela comunidade jurídica brasileira, Hely Lopes Meirelles, poder discricionário “é o que o direito concede à Administração de modo implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”.<sup>2</sup>

Na mesma trilha Caio Tácito entende: “há poder discricionário todas as vezes que uma autoridade age livremente sem que a conduta a observar lhe seja ditada antecipadamente por uma regra de direito”.<sup>3</sup>

Sem se afastar concepções, Pinto Ferreira não se nega a marca de poder à discricção administrativa ao admitir: “o poder discricionário não é um poder absoluto, mas limitado”.<sup>4</sup>

Almiro do Couto e Silva vai mais adiante ao afirmar: “o poder discricionário é poder, mas um poder sob a lei e que só será válida e legitimamente exercido dentro das áreas cujas fronteiras a lei demarca”.<sup>5</sup>

Esta corrente doutrinária mostra profunda analogia com a doutrina francesa que, desde o início do século XX, vem se preocupando com duas noções fundamentais no direito administrativo, quais sejam o poder discricionário e a “compétence liée” (competência ligada), que alguns autores brasileiros costumam denominar poder vinculado.<sup>6</sup> A literatura abundante

2. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. RT, 1990, SP, p. 97.

3. Caio Tácito, “O Abuso do Poder Administrativo no Brasil. Conceitos e Remédios”, in *Revista do Direito Administrativo* 56/3.

4. Pinto Ferreira, “Da Ação Popular Constitucional”, in *RDP*, 1972, 21/25.

5. Almiro do Couto e Silva, “Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro” in *RDA*, RJ, 1990, 179/180/31 e 55.

6. A expressão não me parece apropriada porque a vinculação não é poder, tão-só condicionada a atuação da administração, prefiro a denominação atribuída pela doutrina francesa “compétence liée”, competência ligada.

prova a importância destas noções.<sup>7</sup> Sem querer dividir as controvérsias, Jean Paul Payre<sup>8</sup> diz que o poder discricionário se define conforme Michoud<sup>9</sup> como: “uma certa liberdade de ação e de decisão deixada à administração. Há poder discricionário todas as vezes que uma autoridade age livremente sem que a conduta a tomar lhe seja ditada de antemão por uma regra de direito”. Inversamente, o que caracteriza a “compétence liée” é a automaticidade da ação administrativa: “é uma obrigação de agir ou de se abster, em caso de ação, de agir em determinado sentido”.<sup>10</sup> A ciência administrativa dá uma definição muito próxima destas duas noções: Para G. Braibant,<sup>11</sup> há poder discricionário quando “a administração que quer respeitar a legalidade tem a escolha entre múltiplas soluções enquanto nas outras hipóteses a administração não dispõe a não ser de uma solução para respeitar a legalidade”.

Na verdade, os casos de poder discricionário ou de “compétence liée” total são muitos raros. Augustin Gordillo, por sua vez, entende que não existam atos totalmente vinculados. Mas, o que existe, necessariamente, é uma dosagem entre os dois como afirma Rivero,<sup>12</sup> que as jurisdições administrativas são eventualmente levadas a determinar para cada autoridade administrativa.

O pensamento francês impregnou a consciência jurídica destes nossos doutrinadores. Vale dizer, ainda, com relação a Almiro do Couto e Silva, sem embargo da forte sintonia com a doutrina francesa, que ele é profundo conhecedor da doutrina alemã.

A corrente doutrinária que vê na discricção uma faculdade, demonstra afinidade com a idéia do jurista alemão Forsthoft<sup>13</sup> que no seu *Tratado*

7. Entre os estudos mais recentes recomenda-se consultar, J. C. Venezia, “Le pouvoir discrétionnaire”, LGDJ, 1959; B. Kornprobst, “La compétence liée, cette” *Revue*, 1961, p. 935; G. Timsit, “Compétence liée et principe de légalité”, D., 1964, Chr. p. 217; Lino Di Qual, “La Compétence liée”, LGDJ, 1964; A. De Laubadère, “Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d’État”, *Mélanges Waline*, LGDJ, 1974, t. 2, p. 531; Mme. F. Dreyfus, “La limitation du pouvoir discrétionnaire par l’application du principe de proportionnalité, cette” *Revue*, 1974, p. 691; “Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif”, Colloque de l’Institut Français de Science Administrative, 1978, Cujas, cahier n. 16; A. Bockel, “Contribution à l’étude du pouvoir discrétionnaire de l’administration”, *AJDA*, 1978, p. 355.

8. Jean Paul Payre, “Pouvoirs Discrétionnaires et compétence liés du Président de la République”, in *Revue du Droit Public*, Année 1982, pp. 1613 e 55.

9. Michoud, *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l’administration*, RGA, 1914, t. III, p. 9.

10. B. Kornprobst, op. cit., p. 941.

11. *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, op. cit., p. 60.

12. J. Rivero, *Droit administratif*, Dalloz, 7e. éd., 1975, p. 83.

13. Ernst Forsthoft, *Lehrbuch des verwaltungsrechts*, Munique e Leipzig, 3.ª ed., 1953, p. 68: “Beginnen wir mit dem Begriff des Ermessens. Man versteht darunter einen Spielraum des Handelns und Entschlusses, die wahl zwischen mehreren in

de *Direito Administrativo*, define a discricção assim: "Começemos pelo conceito de discricção. Compreende-se como tal um campo aberto ao campo de conduzir-se e de decidir-se, a faculdade de escolha entre diversas espécies de conduta igualmente possíveis: fazer A, fazer B, ou nada fazer. O que materialmente possível, em tal caso, é também juridicamente possível".

Outros juristas alemães como Otto Föllmer e Hans M. Wolff<sup>14</sup> também insistem no poder de liberdade de escolha que caracteriza o poder discricionário.

Rafael Bielsa<sup>15</sup> acompanha Forsthof acreditando que a eficácia da ação administrativa depende em grande parte da faculdade discricionária.

O jurista argentino Augustin Gordillo<sup>16</sup> também classifica a discricionarieidade como faculdade da administração comungando com as idéias de Rodrigues Queiró<sup>17</sup>, que em artigo publicado no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, já em 1942, resumiu o seu ponto de vista sobre poder discricionário, assim: "trata-se de uma faculdade de escolher uma entre várias significações contidas num conceito normativo prático, relativo as condições de fato do agir administrativo — escolha feita sempre dentro dos limites da lei".

E quais são os doutrinadores brasileiros que como Forsthof, Bielsa e Queiró querem ver no poder discricionário uma faculdade?

Para José Afonso da Silva,<sup>18</sup> o poder discricionário é "o exercício de uma faculdade de escolha onde, numa liberdade que a lei permite à autoridade administrativa".

Luciano Ferreira Leite encontra-se filiado à mesma corrente doutrinária e, na sua obra *Discricionarieidade Administrativa e Controle Judi-*

gleicher weise möglichen Arten des Sichverhalten: A zu tun oder auch nichts zu tun. Möglich bedeuter in diesen Falle rechtlich möglich." *apud* Pinto Ferreira, in "Da Ação Popular Constitucional", in *Revista de Direito Público*, 1972, 21/24.

14. Para um exame mais aprofundado da doutrina alemã consultar: Hans Wolff, *Verwaltungsrecht*, Munique e Berlim, 1958, 2 ed. I/28; Landmann-Giers-Proksch, "Allgemeines Verwaltungsrecht", Dusseldorf, 1957, p. 41: "Freies Ermessen liegt vor, wenn und soweit das objektive Recht das Handeln einer Behörd ihrer eigenen Bestimmung überlassen hat mit der Massgabe, dass die Behörd den Masstab für ihre Entscheidung aus ihrer eigenen subjektiven Vorstellung von der Notwendigkeit und Zweckmässigkeit ihres Handelns gewinnen soll"; Landmann-Giers-Proksch, ob. cit., p. 41: "Auch das freie Ermessen setzt das Verhandensein normativer Begriff voraus, doch handelt es sich dabei um solche, bezuglich deren sich der Gesetzgeber der Entscheidung enthalten hat und die Bewertung und damit die Wahl zwischen mehreren Möglichkeiten lassen."; Landmann-Giers-Proksch, ob. cit., p. 42: "Nur insoweit die Norm als dann noch eine Wahlmöglichkeit lassen sollte, waren Raum für eine Ermessentätigkeit."; *apud* Pinto Ferreira, ob. cit.

15. Rafael Bielsa, "A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração", in *RDA*, 38/40 e ss.

16. Augustin Gordillo, *Princípios Gerais de Direito Público*, Ed. RT, SP, 1977.

17. Rodrigues Queiró, "Reflexões sobre a Teoria do "Desvio de Poder" em Direito Administrativo", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, supl. ao V. XVI, 1942, pp. 2 e ss.

18. José Afonso da Silva, *Ação Popular Constitucional*, SP, 1968, pp. 120 e ss.

cial,<sup>19</sup> assim se expressa: "Quando as autoridades administrativas forem destinatárias de normas permissivas agirão elas no exercício de faculdades discricionárias na medida em que podem, invariavelmente escolher entre duas opções, permitir ou não permitir, conceder ou não conceder, isentar ou não isentar, autorizar".

Por outro lado, a chamada Escola Paulista se filia a uma corrente doutrinária aparentemente independente ao reduzir o poder discricionário à mera competência deferida pela lei, fugindo da doutrina francesa mas, encontrando na doutrina alemã e na doutrina portuguesa ponto de identidade.

Em Celso Antonio Bandeira de Mello podemos encontrar uma rejeição ao pensamento clássico quando afirma: "a discricionariedade não é mais a margem de liberdade que resulta para o administrador como subproduto de uma forma disciplinar dada situação. Donde não se pode qualificá-la como projeção natural de um poder administrativo, posto que, nada mais é além de uma competência deferida pela lei".<sup>20</sup>

Já na obra intitulada *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, esclarece "discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos termos desta e exclusivamente para dar exato atendimento às finalidades estipuladas"<sup>21</sup> demonstrando compreensão análogo a de Horst Ehmke para quem: "por descrição se deve designar uma liberdade de escolha da Administração dentro do quadro geral da lei".<sup>22</sup>

Referindo-se a concepção de conceitos jurídicos indeterminados e poder discricionário, Bandeira de Mello apresenta nítida influência dos juristas portugueses<sup>23</sup>.

Note-se no entanto, que em muitas ocasiões a adesão a determinadas posições assumidas, é parcial. Bandeira de Mello, p. ex., acompanha André Gonçalves Pereira quando admite que a discricionariedade começa onde cessa a interpretação; quando se opõe àqueles que vêem, no poder discricionário uma resultante da falta de disciplina legal mas uma forma possível de regulamentação, mas não acata a posição do jurista português quando

19. Luciano Ferreira Leite, *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*, Ed. RT, SP, 1981, p. 64.

20. Celso Antonio Bandeira de Mello, "Discricionariedade — Fundamentos, Natureza e Limites", in *RDA*, 122/6, RJ., 1975.

21. Op. cit., p. 66.

22. Horst Ehmke, "Ermessen und einbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht", Tubingen, 1969, pp. 23-24: "Ermessen soll eine "Wahlfreit" der Verwaltung im Rahmen des Gesetzes bezeichnen. Soweit das Ermessen reicht, soll jede der Verwaltung "ex definitione" juristisch richtig, soll insoweit nach dem Willen des Gesetzes der Wille der Verwaltung massgebend sei.", *apud* Pinto Ferreira, op. cit.

23. A influência pode ser notada através da leitura das obras: Afonso R. Queiró, "O Poder Discricionário da Administração" 2.ª ed., Coimbra, 1948 e "Reflexões sobre a teoria do desvio de Poder em Direito Administrativo", op. cit., André Gonçalves Pereira, "Erro e Ilegalidade no Ato Administrativo", Edições Attica, Lisboa, 1962.

este vê na discricção um poder, ao asseverar: "Já deste ensaio temos posto em relevo a necessidade de separar cuidadosamente aquilo que na atuação do agente administrativo é interpretação da lei, daquilo que é exercício de um poder discricionário".<sup>24</sup>

Como tivemos oportunidade de constatar a discricção para o professor paulista não é um poder, mas começa onde cessa a interpretação, como forma possível de regulamentação.

Na mesma direção, ou seja, considerando o poder discricionário mera competência deferida pela lei encontra-se Diogo de Figueiredo Moreira Neto que no seu estudo "Legitimidade e Discricionariiedade"<sup>25</sup> declara: "Afirmamos que a discricionariiedade é mera competência para definir administrativamente no caso, o interesse público". Apesar da dificuldade inicial para classificá-la nesta corrente doutrinária, na nota de rodapé que acompanha a afirmação, supramencionada, encontramos o espírito do seu entendimento, quando esclarece: "Realmente é preferível ver na discricionariiedade um tipo de competência que identificá-la com um poder específico de administração, conforme já se comentou, até porque facilita a absorção da idéia de que ela pode ser controlada judicialmente quanto a seus limites".

Pinto Ferreira refuta tal entendimento, na exata medida, ensina que o poder discricionário não é absoluto, posto que limitado e que o ato discricionário é um ato legal desde que se mantenha dentro das reservas de legalidade.<sup>26</sup> Observamos, assim, porque, o que se reclama administrativamente, independentemente da natureza que lhe é atribuída pela doutrina.

Tecidas estas considerações, acerca da posição assumida pela doutrina brasileira, parece-nos, oportuno assinalar que a corrente doutrinária que vê na discricção um poder é mais técnica, na verdade, fiel ao conceito de poder no sentido genérico.

Ensina Norberto Bobbio que o poder "é uma relação entre dois sujeitos onde um impõe ao outro sua vontade e lhe determina, mesmo contra a vontade, o comportamento".<sup>27</sup>

Não há dúvida que o poder discricionário nasce da vontade da lei e condiciona o comportamento daqueles que estão subordinados. Daí podermos admitir que o poder discricionário seja um poder deferido, nunca uma simples competência deferida. O poder discricionário como qualquer outro tem um conteúdo de força, de coerção que está embutido no ato administrativo discricionário.

Situados no que chamaríamos esfera da discricção administrativa, pasaremos à análise da concreção do poder.

24. André Gonçalves Pereira, op. cit., p. 245.

25. Op. cit., p. 33.

26. Pinto Ferreira, op. cit., p. 25.

27. Norberto Bobbio, *Curso de Introdução a Ciência Política*, Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 1984.

## II — A CONCREÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO

A idéia de discricionariedade tem uma íntima relação com a indeterminação de certos conceitos jurídicos, porque a autoridade que decide não o faz sem um juízo determinativo concreto que obriga os sujeitos alvo da decisão.

Vejam os que pensa Larenz a respeito de decisões judiciais que utilizam a valoração pessoal do juiz: “É manifesto que ao juiz é possível em muitos casos fazer decorrer a decisão apenas da lei, nem sequer das valorações do legislador que lhe incumbe conhecer. Este é desde logo o caso em que a lei lança mão dos denominados conceitos indeterminados ou de cláusulas gerais. Aqui apresenta-se somente um quadro muito geral que o juiz no caso concreto terá que preencher mediante uma valoração adicional”.<sup>28</sup>

Em que medidas tais considerações aplicam-se à autoridade administrativa?

Aplicam-se plenamente. O Poder discricionário do administrador é, em realidade, muito mais transparente do que o do juiz. A atuação judicial assenta-se muito mais no poder judicial. O exercício do poder discricionário é eventual. A discricionariedade judicial tem contornos muito mais estreitos do que a discricionariedade administrativa.

Para que se possa compreender, o poder discricionário está para o processo administrativo assim como o poder judicial está para o processo judicial.

O juiz, em razão dos poderes judiciais que detém, interpreta, a lei, determina os conceitos jurídicos indeterminados ou ainda mediante valoração adicional integra a cláusula geral em concreto. O administrador não faz o mesmo? É sabido que sim, mas há diferenças na atuação de ambos. O administrador usa o poder discricionário para atender imediatamente o interesse público. O juiz usa os poderes, que lhe são concedidos pelo Estado, imediatamente para compor os litígios e mediatamente para atender o interesse público. De sorte que, ambos condicionam o comportamento. No caso do juiz, o comportamento das partes da relação processual e no caso do Administrador, o comportamento das partes da relação administrativa.

Na esfera administrativa, as noções de competência ligada e poder discricionário facilitam a verificação do método de aplicação da lei. Isto significa dizer que a concreção não é a única forma de sua aplicação. Enquanto na competência ligada ocorre o fenômeno da subsunção, no exercício do poder discricionário realiza-se verdadeira concreção. Vale dizer, quando o administrador está submetido a uma regra jurídica taxativa ele está obrigada ao seu cumprimento nos estritos limites da mesma regra (competência ligada) e quando o administrador está na frente a uma regra

28. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1985.

exemplificativa ele está livre para a escolha do que melhor atenda ao interesse público (poder discricionário) naquele momento.

Quando nos referimos àquele momento, assim o fazemos, porque entendemos que conceitos jurídicos com o interesse público, ou mesmo a segurança etc., são conceitos atrelados a consciência social de determinada época.

Esta afirmação vale também para o juiz, mesmo que na aplicação do direito venha a utilizar método filosófico diferente do administrador, ao aplicar a lei ao caso concreto.

A propósito, verificamos que a autoridade administrativa, via de regra, orienta-se pelo pensamento tópico. O raciocínio do administrador é tópico visto que permite o exame do caso no momento histórico, garante a renovação do direito e pensa a partir do problema. O juiz, por sua vez, a despeito de sua natural inclinação ao pensamento tópico, encontra também na semiótica os fundamentos de sua decisão.

Autores como Bernard Jackson<sup>29</sup> entendem que Dworkin com seu ponto de vista semiótico gostaria de nos fazer crer que os tribunais se comportam e devem se comportar com uma classe de Harvard.

Discordamos em parte da opinião de Jackson, pois vemos enquadradas nas várias concepções semióticas, naturalmente, a atuação de diferentes juízes nos tribunais, considerando que na aplicação do direito ou se conduzem como querem Hart, ou Dworkin ou Blanché ou Greimas ou, ainda outros.

Na realidade, cada juiz tem sua concepção filosófica própria. Ele pode demonstrar uma tendência a semântica tradicional ou a semântica pragmática de Hart ou ainda ter uma visão próxima do modelo da semântica estrutural encontrada em Dworkin. Por que não?

Para Hart, no coração do conceito de direito se situa a combinação entre regras jurídicas "primárias" e "secundárias", e as regras secundárias para as regras primárias. Se o juiz está impossibilitado de reconhecer por este meio as regras primárias, aplicáveis ao caso que está submetido ele, então, está de posse de um poder discricionário que lhe permite criar direito novo.<sup>30</sup>

Por sua vez Dworkin não está de acordo com esta descrição. Para ele, não existem regras de reconhecimento do tipo imaginado por Hart, que assegura uma demarcação assim entre a zona do direito e a do "poder discricionário".<sup>31</sup> A atividade do juiz não pode ser dividida entre casos simples onde se aplica o direito e os casos difíceis onde ele cria (aliás é

29. Bernard S. Jackson, Hart et Dworkin "sur le pouvoir discrétionnaire: points de vue sémiotiques", in *Archives de Philosophie de Droit*, 1989, t. 34, pp. 244 e ss.

30. H. L. A. Hart, "Le concept de droit", trad. — Michel Van de Kerchove, Bruxelles, Publications des facultés universitaires, Saint Louis, 1976, chap. V-VII, *apud* Bernard S. Jackson, op. cit.

31. Dworkin, "Taking Rights Seriously", pp. 39-45 et 64-68, par ex., *apud* Bernard S. Jackson, op. cit.



bem assim que o nosso juízo se divide a atuação do Administrador). Ele entende que o poder discricionário do juízo é sempre limitado de uma maneira suficientemente importante para que se imponha a conclusão que a despeito do aspecto necessariamente criador de seu julgamento são contudo os direitos preexistentes das partes que ele procura fazer prevalecer.

Não há como negar que o juiz, ao contrário do administrador, busca em uma relação distinta da relação processual, ou seja, na relação material fundamentos para o *decisum* enquanto o administrador só examina os fatos com relevância administrativa.

Creemos que, no campo filosófico, a atividade do juiz e do administrador não podem ser vistas da mesma forma. Falta a autoridade administrativa, o conhecimento do universo jurídico, ele se comporta sempre como quer Hart e nunca como quer Dworkin.

É possível constatar que a aplicação da lei no mesmo sistema jurídico, submete-se a padrões filosóficos diferentes.

Na subsunção que significa colocar em relação recíproca a norma e o caso em concreto, não há controvérsia, porque ela atende as regras da lógica.

A controvérsia surge na concreção onde o julgador por sua posição filosófica e porque não política deixa de ser *la bouche de la loi* e passa a ser o criador do direito.

Afastadas as considerações filosóficas, quando ocorre a concreção do poder discricionário? Há concreção pela lacuna, voluntária ou involuntária, na norma.

Já, as cláusulas gerais, cujo verdadeiro significado reside no domínio da técnica legislativa<sup>32</sup> abarcam um maior número de situações, mas nem por isso deixam de contemplar conceitos determinados. No entanto, não se pode afirmar que sejam quase sempre discricionários porque muitas vezes remetem para valorações objetivamente válidas, afastando a discricionário. A natureza das cláusulas gerais é questão complexa, não cabe aqui examinar.

A lacuna pode se verificar pela existência de conceitos indeterminados tais como, perigo, segurança, interesse público, etc., ou ainda conceitos normativos, não descritivos, que por sua vez suscitam diversos significados na lei, e não precisamente no sentido de uma *numeros clausus*: são conceitos referidos a valores.

Engisch na sua magnífica obra: "La idéa de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales" preleciona: "una indeterminación de la leè, que permitiera al juez convertirse en creador del derecho, en legislador, aparecía contradictoria a la luz de la teoria de la división de poderes. Posteriormente la atención se há centrado de tal modo en la justicia individualizada y en la equidad social viniendo ambas asignadas para su

32. Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*; Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1964, p. 193.

realización de la libre decisión del juez y del funcionario administrativo — que ha cedido a ellos, en gran medida, e a determinabilidad concreta”.<sup>33</sup> Em poucas linhas justifica o atuar *supplendi causa* do juiz e da autoridade administrativa.

Em síntese, toda vez que a abstração do direito implica na impossibilidade de mera subsunção a autoridade administrativa necessita, para solução do caso em concreto servir-se da concreção como instrumento de aplicação do direito e, nestes casos, exerce o poder discricionário.

## CONCLUSÃO

O poder de apreciação pessoal discricionário cresce na proporção inversa do poder da lei. Quando a lei está em declínio o poder discricionário assume importante papel social. Hoje ele não é mais concebido como algo pouco legítimo como o foi nos anos trinta.

A ampliação do poder discricionário não representa perigo nos sistemas jurídicos que satisfazem o interesse público, do poder discricionário resulta uma justiça individualizadora que não gera insegurança jurídica, porque considera o momento histórico. Ao contrário, nos sistemas jurídicos falidos, onde a discricionariedade guarda tão-só uma diferença semântica com a arbitrariedade, ela transforma-se em escudo protetor de decisões arbitrárias, levando ao judiciário grande número de litígios, nos quais a pretensão jurídica do demandante mostra que ato administrativo que quer impugnar não está conforme o direito, porque na maioria das vezes a autoridade administrativa não é nem tecnicamente competente nem politicamente responsável pelas decisões do poder público.

Pode-se dizer que, nestas hipóteses e em outras, o controle da legalidade do ato administrativo pelo poder judiciário, em proporções gigantescas, acaba por revelar que os atos administrativos estão a ferir, com mais freqüência os princípios gerais do direito, ou seja, o princípio da liberdade, da igualdade, da segurança e quase sempre o da proporcionalidade, que impõe uma adequação entre as decisões e a gravidade dos motivos que as fundamentam.

De outra forma, o caráter objetivo das regras de competência e de todo o ordenamento jurídico, as leis, os regulamentos, princípios e regras jurisprudenciais incorporadas ao bloco de legalidade que a autoridade administrativa titular do poder discricionário deve respeitar, evidenciam que ela não é a soberana de suas prerrogativas ou, como afirma Picard<sup>34</sup> ela não pode em princípio nem dispor em proveito de um terceiro, como se tem visto, nem renunciar totalmente ou parcialmente a exercer as prerrogativas do poder discricionário, nem se colocar dentro de condições que

33. Karl Engisch, op. cit., p. 179.

34. Étienne Picard, “Le Pouvoir Discrétionnaire en Droit Administratif Français”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. special, 11/307, Année 1989.

teriam por efeito amarrar seu próprio poder de apreciação pois, neste caso a legalidade superior quis precisamente que ela fosse livre, para que sua decisão fosse justamente adaptada às circunstâncias.

Todas estas reflexões que nos conduzem inevitavelmente aos limites do poder discricionário levam-nos a crer que ele pode ser o instrumento jurídico que necessitamos para a adequação do direito à realidade social ou, dependendo do seu uso, quando sua função é mascarar o arbítrio, perigoso instrumento de opressão social.