

## CONTROLE JUDICIAL DO EXCESSO DE PODER E DISCRICIONARIEDADE

Alexandre Camanho de Assis (\*)

A evolução do controle judicial dos atos administrativos deu-se de par com a idéia de Estado de Direito, cujas sementes remontam à Idade Média. Oito séculos, com efeito, foram necessários para que, após a completa fragmentação do poder central a partir da queda do Império Romano no século V, os reis passassem da condição de suseranos à de soberanos, por conta das convicções — originárias do sistema feudal — de que àqueles era lícito arrecadar tributos e julgar, em última instância, toda contenda envolvendo bens de raiz<sup>(1)</sup>. Mal viram estabelecido seu poder central, entretanto, as realidades de Inglaterra e de França recebem, já no século XIII, contragolpes limitativos à sua soberana atuação, com a aparição de cartas de princípios e assembléias representativas. Ainda assim, o absolutismo unificador, duramente conquistado na Baixa Idade Média, ensejará todo tipo de abuso e desrespeito à sociedade e ao indivíduo, até que a Revolução Francesa e o movimento constitucionalista ponham termo a tanto, baseados no conceito da cidadania, da tripartição de poderes e da prestação de contas pelos entes públicos. A partir de então, o Direito cuidará de não deixar isentos de apreciação uma série de atos públicos quando denotativos de irregularidades — sendo certo que, sob o mito de Estado de Direito, os povos inadmitem cada vez mais atos que tangenciem o Judiciário.

Desde que se tenha em vista que, no corpo do Estado, existe uma Administração que cuida de concretizar ou propiciar a realização de uma norma jurídica — concebida pelo Legislativo à luz da generalidade — em uma situação individual, sustenta-se, como corolário à concepção estatal tripartite, que estes atos implementadores ocorrem *ex lege*, ou seja, protegidos pelo princípio da legalidade — consistente em atribuir a todo ato administrativo uma origem legal, pois não faz a Administração outra coisa senão implementar a lei abstrata às situações por ela previstas. Partindo de tal presun-

\*) Assessor do Ministro do STF e Professor de Direito Internacional Público do CEUB.

(1) Tais prerrogativas têm origem, na verdade, na crença de que era lícito ao suserano pedir ajuda financeira aos vassallos (culminando na tributação) e de que, no sistema imobiliário feudal, a outorga de feudo de suserano a vassallo, com suas continuações até o pequeno senhor de terra, faziam do rei — aos menos idealmente — o grande proprietário da base territorial do reino, de onde se originava toda concessão de usufruto (verdadeiro significado da palavra feudo). Desta última idéia, derivou a norma processual, fluente na Idade Média Baixa, de que de toda decisão judicial envolvendo concessões territoriais, cabia recurso para o rei. Conquistadas estas prerrogativas, entretanto, o poder real começou a sofrer limitações.

ção, credencia-se o administrador em realizador da vontade da lei, e, ao mesmo tempo, de implementador de circunstâncias obrigatoriamente previstas em lei (à falta de faculdade criativa): este é o princípio-presunção de legalidade que cobre a Administração Pública.

Semelhante presunção, todavia, não é incontestável. Ao revés, ela é cediça à demonstração contrária ante o Poder Judiciário, incumbido de averiguar a ilegalidade dos atos segundo a cláusula *due process of law*<sup>(2)</sup>. Desde o século passado<sup>(3)</sup>, firmou-se a convicção de que tais atos, desde que abusivos de poder, eram passíveis de questionamento: sendo seguro que a lei, quando determina uma atribuição ao Poder Público, o faz com vistas a uma finalidade incorre a Administração em ilicitude, passível de correção pelo Judiciário, toda vez que daquela se afasta, seja buscando finalidade diversa — hipótese em que se dá o desvio de finalidade —, seja elegendo métodos exorbitantes para alcançá-la — situação chamada de excesso de poder<sup>(4)</sup>.

Na precisa delimitação do tema surge, como complicador, o tópico da discricionariedade. Entende a doutrina administrativista clássica que pode o ente público agir de forma vinculada ou discricionária, sendo aquela o método de realização dos atos totalmente sujeito a rígidas e exatas prescrições legais, e esta a ação administrativa onde se concretiza a vontade da lei segundo critérios de conveniência e oportunidade da Administração. Se esta, com a aparência de realizar de forma vinculada tal lei, abusa de seu poder, semelhante hipótese prescinde de maior averiguação pela facilidade operacional que o texto legal matriz oferece para apontar o erro. Permanece, contudo, a questão do controle judicial quanto aos atos discricionários, e — indagação verdadeiramente árdua — a dúvida sobre a possibilidade de apresentá-los aos tribunais ainda que dissociados do epíteto abusivo.

(2) *Due process of law* é o princípio em que se assenta toda averiguação de afronta a direito individual. No que tange ao Direito Administrativo, este corolário viabiliza o chamamento aos tribunais, por parte do interessado, do agente da Administração, responsável pelo ato visto como iníquo. Sob este princípio, o Judiciário americano investiga amplamente os atos discricionários, baseado na crença de que a existência de lesão — à revelia da liberdade de escolha do administrador — propicia, sempre, análise judicial do ato estimado lesivo. O direito continental europeu preferiu tomar outros critérios para viabilizar semelhante apreciação, como se verá adiante.

(3) O caso *Lesbats* — precedente do Conselho de Estado que remonta ao ano de 1864 —, relativo à regulamentação do uso do estacionamento de estação ferroviária pelo Prefeito de Fontainebleau, celebrizou-se pelo reconhecimento à possibilidade de anular um ato administrativo por *détournement de pouvoir*.

(4) Jean Rivero (ver bibliografia) define: «Le détournement de pouvoir est le vice qui entache un acte par lequel l'administration, en méconnaissance de ces règles, a poursuivi un but différent de celui que le droit lui assignait, détournant ainsi de sa fin légale le pouvoir qui lui était confié». (Pág. 233).

Vem clamando a doutrina que os atos discricionários são passíveis de controle judicial tão-somente no que toca à legalidade — é dizer, ao Judiciário só cabe apreciar a adequação do ato aos critérios de competência, forma e finalidade estampados na lei. Neste ponto, a doutrina brasileira mantém-se fiel a suas raízes francesas, abstraindo, infelizmente, a evolução do pensamento galicista. Aqui ainda se defende a idéia francesa de «administração forte» da primeira metade deste século, enquanto Europa e Ibero-América já enunciam, há algum tempo, o controle judicial de todo ato administrativo. Nos Estados Unidos, a ingerência do Judiciário — mesmo da Suprema Corte — em assuntos do Executivo levou constitucionalistas de peso a defenderem a tese de uma abstenção judicial em certos temas, circunstância denotativa de que, sob o argumento do devido processo legal, o Judiciário americano avançou muito na apreciação de mérito de atos discricionários<sup>(5)</sup>

A contramarcha americana neste domínio temático não se observou, todavia, no resto do Ocidente. A França, por meio de seu prestigioso Conselho de Estado, derrubou o dogma da intocabilidade dos atos de cunho político em 1962, quando aquele órgão conheceu de recurso contra ato praticado pelo Presidente De Gaulle em exercício dos famosos poderes ditatoriais do artigo 16 da Carta francesa. Decidiu o Conselho que, ao contrário de quanto apregoava a doutrina, mesmo os atos produzidos por poderes soberanos eram fiscalizáveis por ele, fugindo da tentação fácil que a doutrina dos atos de governo facultava. Junto com a orientação francesa — citada com quase três décadas de atraso para exorcizar o anacronismo brasileiro — há de se mencionar, ainda, os exemplos da Áustria (art. 132 da Constituição), da Itália (art. 113 da Constituição) e da Alemanha (art. 19 — § IV da Lei Fundamental de Bonn). Em tais países, sob o argumento da «proteção jurídica sem lacunas», criou-se uma técnica constitucional denominada cláusula geral de competência dos tribunais contenciosos, autorizadora da apreciação judicial sobre todo ato de governo. Na Alemanha, assim, graças à *generalklausel*, os tribunais administrativos não se furtam à análise de todo tipo de ato governamental, bem como nos países citados e outros.

Se a França conseguiu romper com o conservantismo doutrinário a partir do *affaire De Gaulle*, a orientação diuturna e consagrada do *détournement de pouvoir* começou a entrar, igualmente há três décadas, em franco declínio, em virtude da dificuldade de prova da intenção do administrador<sup>(6)</sup>. Bus-

(5) Sobre o tema da abstenção judicial, veja *The Yale Law Journal*, vol. 94, pág. 71. «Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function», de Martin H. Redish.

(6) Jean Rivero assinala que o patente declínio do *détournement de pouvoir* reside na dupla dificuldade de determinar a exata finalidade — para depois mensurar o desvio — e fazer prova da intenção desvirtuada do administrador, eis que se trata de elemento psicológico: pág. 235, § 261.

cando, pois, alternativas para justificar o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, surgiu a proposição dos fatos determinantes. Por meio desta se estima que todo poder discricionário repousa em uma realidade fática que age como pressuposto material da norma cuja aplicação se impõe: assim, se a valoração jurídica da realidade pode porventura ser objeto de uma análise discricionária, a situação factual que reclama uma providência jurídica só há de ser vista de modo único. Cumpriu-se ou não, e, pela averiguação direta deste fato determinante de uma faculdade discricionária — ao invés de analisar as diversas hipóteses jurídicas aplicáveis à realidade material — pode o juiz dizer do acerto ou não do ato do administrador.

Tal critério, de concepção francesa, proporcionou forjar um parâmetro ainda mais galhardo na Alemanha: a partir, com efeito, da *distinction du droit et du fait* aplicado pelo Conselho de Estado na órbita administrativa, o gênio teutônico engendrou a distinção entre discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. Segundo este raciocínio, há *standards* jurídicos indeterminados, no sentido de que os contornos de sua aplicação em uma hipótese particular não definem com precisão o conceito que a lei pretendeu<sup>(7)</sup>. Resulta que estes conceitos indeterminados, jurídicos que são, não se eximem à técnica do Direito: o erro reside em crer que há uma pluralidade de soluções para a aplicação deste tipo de conceito, quando, *no caso concreto*, sua qualificação jurídica não pode ser mais de uma — melhor dizendo, há uma unidade de solução justa na incidência do conceito à circunstância concreta. Com isso, a eleição da resposta adequada ao caso concreto — derivada do conceito jurídico indeterminado — não se faz de forma volitiva discricionária, mas segundo um processo de estimação do alcance ou não do escopo da lei, parecendo certo que a solução almejada pela lei há de ser única. A análise do tema, pois, vê na própria lei a saída. Adotando-se um procedimento de hermenêutica e aplicação da proposição legal — não havendo, em tais hipóteses, necessidade de recorrer a critérios extrajurídicos ou volitivos — resta incontroverso que o Judiciário, a partir de então, pode apreciar os atos administrativos fundados nesta estrutura, já que envolvendo decisões na sede da legalidade. Sucede, ainda nessa trilha, que a «margem de apreciação» (*Beurteilungsspielraum*) deixada ao arbítrio do aplicador do conceito — seja administrador ou juiz — será, sempre, uma atividade cognitiva e não mais volitiva. Não será ocioso lembrar que esta perspectiva de objetivar os critérios de aplicação da lei não suprime, de todo modo, a discricionariedade em si: se, à vista de um conceito jurídico indeterminado, reponta uma única solução aplicável ao caso concreto, ainda assim reputar-se-á discricionário o ato cuja eleição se deu frente a uma

(7) São exemplos disto a boa-fé, a ordem pública, a coação irresistível, os bons costumes, a utilidade pública, justo preço, urgência e outros.

multiplicidade de soluções legalmente previstas — situação a toda evidência bem diferente da anterior.

Como terceiro método de controle dos poderes discricionários há o feito pelos princípios gerais do Direito, consistentes no acervo dos grandes valores jurídicos materiais que são o *substractum* do ordenamento somado ao repertório de experiências consagradas pelo Direito. Daí se entender que o administrador não está vinculado apenas à legalidade, senão igualmente aos princípios gerais do Direito: parece óbvio que a lei que incumbiu o administrador não tem o poder de derogar o restante do ordenamento, onde se funda a mesma lei e a que está jungida a Administração. À vista desta circunstância, não resultará lícito ao administrador valer-se de uma faculdade discricionária para transgredir a ordem jurídica original e permanentemente informada pelos princípios gerais do Direito. Por meio da invocação desta gama de corolários<sup>(8)</sup> é possível coibir soluções canhestras ou abusivas, ainda que aparentemente lastreadas por uma disposição legal.

Os recentes métodos de controle jurisdicional dos atos administrativos — o dos atos determinantes, o do conceito jurídico indeterminado e o dos princípios gerais do Direito —, embora tenham reduzido consideravelmente a discricionariedade no âmbito dos feitos da Administração, não lhe destinaram à extinção. A doutrina, ao contrário, crê salutar à ordem jurídica a manutenção de uma liberdade discricionária quando a possibilidade de eleição de critérios existe objetivamente, à vista de soluções jurídicas várias para uma hipótese singular. Neste espaço, é livre a Administração para buscar a satisfação da finalidade pública que a lei em questão reclama.

#### REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ENTERRÍA, E. G. de *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madri, Ed. Civitas, 1974.
- ENTERRÍA, E. G. de & FERNÁNDEZ, T.-R. *Curso de derecho administrativo*, 4ª ed., Madri, Ed. Civitas, 1986, t.1.
- FAGUNDES, S. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979.
- LAUBADERE, A. de. *Traité élémentaire de droit administratif*, 4ª ed. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967.
- MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 9ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1983.
- PELLETIER, C. *L'appréciation de la légalité des acts administratifs par le juge repressif*: Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954.
- RIVERO, J. *Droit administratif*, 4ª ed. Paris, Ed. Daloz, 1970.

---

(8) Vale citar, entre outros, os seguintes princípios: proporcionalidade, igualdade, direito à vida e propriedade.