

Considerações Atuais sobre o Controle da Discricionariedade

LUIZ ANTONIO SOARES HENYK

Juiz de Direito no Estado de São Paulo.
Bacharel em Economia e Mestrando em Direito Público na UNESP (Franca — SP)

SUMÁRIO

1. O tema e sua importância. 2. Os aparentes impedimentos à revisão do ato administrativo. 3. O exame da discricionariedade em juízo. 4. A moderna doutrina portuguesa. 5. A moralidade como noção absoluta da administração legal; contributo para o estudo do fim da discricionariedade como poder. 6. Conclusões.

1. O tema e sua importância

A subordinação à lei é consideração a que não pode fugir a autoridade administrativa. Há muito foi substituído o arbítrio por princípio que comanda a submissão de todas as atividades estatais à ordem jurídica e, na consecução de seus fins, no exercício da função administrativa, as ações dependem de autorização legal e não podem ir além dos limites traçados pelo legislador. O condicionamento de toda atividade administrativa à lei pressupõe a vigência de princípio de legalidade a que se submete o detentor da vontade estatal, denunciando um liame entre o órgão executor e o órgão legislativo que formalizou a vontade abstrata; transformando em ação a vontade apenas enunciada genericamente, o agente público está cumprindo a finalidade visada pelo legislador.

Não se nega, em absoluto, que a autoridade administrativa dispõe de competência para livre apreciação dos fatos inerentes a função e que exerce poder político. Na maioria das vezes pode abster-se, não praticar ato algum facultado pelo ordenamento jurídico, emudecendo enfim os organismos estatais tradicionalmente voltados a realizações práticas de interesse público. Mas quando age, quando passa do mutismo a realizações capazes de adquirir, resguardar, transferir, modificar e extinguir direitos, os atos de administração têm de subsumir-se aos tipos consignados na legislação como únicas formas possíveis de licitamente exercer o Estado sua vontade política. Outras vezes pratica o ato com certo poder discricionário, dando à vontade efeitos segundo um leque de possibilidades permitidas pela lei, devendo então manter-se em conformidade com princípios gerais¹. Nem sempre, é claro, os efeitos do ato são os queridos

¹ São os chamados princípios básicos da administração pública, amparados no art. 37 da Constituição Federal: a legalidade, a moralidade, a impessoalidade e a publicidade.

casos de utilidade pública" (art. 9.º do Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941).

Situa-se a indagação no mérito do ato administrativo, só verificável, por sinal, quando aparece a faculdade discricionária. Diz-se ser o mérito administrativo a valoração de motivos e a escolha de objeto sempre que a lei autorizar a decisão segundo a conveniência e oportunidade do ato a praticar⁶. Como decorrência da previsão legal, certos movimentos jurídicos de administração somente surtirão efeitos "quando a lei subordina a sua prática a uma condição que limita o seu exercício"⁷. Embora admitindo o exame judicial para a legitimação dos limites da discricionariedade, o antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI realça as dificuldades e os perigos da revisão jurisdicional do ato administrativo, fundando-se no pressuposto de que o julgador adotaria critérios outros que não aqueles próprios do autor do ato.

Dentro desses limites, o administrador público seria livre para agir. Respeitados, evidentemente, os condicionamentos da lei. "O primário e o essencial é a norma", escreveu o autor português AFONSO RODRIGUES QUEIRO, cujas idéias possibilitaram o moderno entendimento do poder discricionário, querendo significar que a atividade administrativa só se pode exercer dentro da lei⁸.

3. O exame da discricionariedade em juízo

Os impedimentos alinhados pelos contrários à revisão judicial do ato editado segundo as possibilidades legais não resistem à melhor doutrina, nem poderá ser invocado doravante sempre que a decisão do administrador não se conformar com o interesse público, a legalidade e a moralidade. No ambiente em que atua o usuário da discricionariedade administrativa tem necessariamente de imperar a intenção de agir unicamente em conformidade com a lei, buscando sempre o interesse público e segundo procedimentos que não atentem contra a moralidade pública.

6 Conf. a exposição de HELY LOPES MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros Editores, 1992, 17ª ed., p. 138.

7 Conf. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI. Do Poder Discricionário. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 101, jul./set. 1970, pp. 1/23; para o completo entendimento, veja-se o raciocínio por inteiro: "Nem todo ato administrativo precisa ser motivado, senão quando a lei subordina a sua prática a uma condição que limita o seu exercício. Assim, a demissão de um funcionário ou a sua exoneração, deverá ser motivada quando vinculado o ato pela lei, mas não quando essa própria lei o deixa ao arbítrio da administração, como, por exemplo, nas funções de confiança".

8 Conf. O Poder Discricionário da Administração. *Estudos de Direito Público*, vol. I. Coimbra Editora. Portugal, 1989, p. 445. Completa a noção a idéia pinçada dos Princípios Fundamentais do também português e administrativista Marcelo Caetano: "a observância da legalidade se justifica por si mesma, independentemente do valor que reveste como proteção dos particulares que travam relações com a Administração" (Ed. Forense, Rio, 1977, p. 476).

A faculdade de agir ao talante do agente administrativo jamais implicou em liberdade absoluta. CAIO TÁCITO expressivamente aduz que "se raros são os atos totalmente vinculados, jamais se poderá conceber um ato inteiramente discricionário"⁹. Há limites, mas não como os traçados para o ato vinculado. A Prof.^a ODETE MEDAUAR anota a diferenciação no caráter necessariamente indeterminado e genérico de tais limites, asseverando que "têm a função de orientar as operações do exercício da discricionariedade de modo a não prejudicar a obtenção do fim a que é ligada"¹⁰.

Em outras palavras, a ação administrativa é sempre infralegal, suportada na lei que traz em seu bojo o modo de agir esperado em cada caso, dizendo desde logo qual a autoridade competente para exprimir a vontade estatal com vista ao fim público visado pela lei e na forma que especifica. Se o legislador entendeu de remeter ao órgão executor a análise das circunstâncias fáticas para a escolha do conteúdo do ato administrativo, tem-se aí a possibilidade do emprego da discricção do agente, consistindo, é certo, na própria essência do ato capaz de atingir em seus efeitos o particular e os administrados de modo geral. O agir pode corresponder ao esperado, como ordinariamente acontece; mas pode ser que o agente moveu-se por capricho, má-fé ou imoralmente, dando azo ao reconhecimento de abuso de poder. Nessa hipótese não só podem os particulares prejudicados intentar ação própria para o desfazimento do ato, como também os administrados poderão movimentar ação coletiva com vistas à cessação e recuperação de dano causado ao patrimônio público e à moralidade administrativa¹¹.

A possibilidade de revisão judicial dos atos viciados, quer por excesso ou mal uso da competência legal, não pode ser limitada senão ao interesse de quem movimenta a jurisdição. A Constituição brasileira de 1988 é fruto do liberalismo político que prega a manutenção do Estado socialmente organizado para o pleno exercício das liberdades individuais; é Constituição-garantia, "que se propõe a garantir os direitos fundamentais contra o Poder e sua natural inclinação para o abuso"¹². O símbolo maior do Estado de Direito é o princípio da legalidade, inscrito no inciso II dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5.º da Constituição Federal), e a garantia do primado de justiça é a certeza de que nenhuma lesão ou ameaça a direito

9 Conf. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 37, p. 4.

10 Conf. Poder Discricionário da Administração. *Revista dos Tribunais*, vol. 610, agosto de 1986, pp. 38-45.

11 CAIO TÁCITO analisou todos os remédios para o controle judicial da Administração Pública na nova Constituição em artigo com esse título, na *Revista de Direito Público*, vol. 91, jul./set. 1989, pp. 28-36.

12 Conf. MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Ed. Saraiva, 1990, p. 4; embora a transcrição refira-se ao modelo chamado de garantia, o autor, mais à frente, externa a opinião de que "o constituinte brasileiro procurou estabelecer para o País uma Constituição-dirigente; e o conseguiu, ao menos quanto à estrutura que tomou a Lei Fundamental" (p. 5).

será excluída da apreciação do Poder Judiciário (inciso XXXV). A consequência do que estabeleceu o legislador maior é que significará arbítrio a sonegação de matérias ou casos aos juízes e Tribunais, e como tal não podem os atos administrativos editados com base no discricionário entendimento do homem público ficarem protegidos por ilusório manto de independência de poderes.

Partindo dessa colocação maior, é possível destruir também as pretensas barreiras alevantadas por defensores do impedimento à revisão judicial do ato administrativo desvinculado da lei. Por exemplo, considerando que a lei protege uma necessidade pública abstratamente considerada, cabe ao administrador, ao verificar a ocorrência do pressuposto, agir em atendimento àquela necessidade. Se o legislador deixou ao arbítrio do agente a escolha de uma entre um leque de possibilidades de agir, será discricionariamente que determinará qual entre todas possíveis a que empregará. O poder de escolha, porém, não é livre, posto que, além de necessariamente representar a melhor opção nas circunstâncias, deverá atender aos dogmas maiores que norteiam a atividade pública: a legalidade e a moralidade.

Sempre, pois, que alguém puder invocar a ocorrência de lesão ou ameaça a direito seu e ligar a causa a ação emanada do Poder Público, basta que demonstre que essa ação produziu efeitos concretos em afronta à lei e à moralidade para que o Estado-juiz possa exercer o seu mister. No caso o cidadão invocará direito subjetivo, mas também os interesses legítimos recebem a proteção, à falta de jurisdição específica¹³. Nesse desiderato não estará o Poder Judiciário imiscuindo-se em esfera protegida pela independência dos poderes, mas exercendo competência constitucionalmente deferida sem a limitação que se quer impor.

A questão do mérito do ato administrativo, em suma, não impede o conhecimento judicial das causas que levaram à eleição de uma possibilidade entre tantas. Também o exame da conveniência e oportunidade não escapa do crivo revisional e já se diz jurisdicionalizada a ação do administrador público porque não se coaduna com os sentimentos de justiça a viabilidade de perdurar em seus efeitos uma ação inoportuna e inconveniente. É preciso que se vá além do mero exame externo da conduta administrativa, detendo-se na análise dos fatos para surpreender os desvios da finalidade legalmente prevista.

Nessas áreas é curial que se conheça as evoluções do direito português, notadamente os escritos oriundos da pena do notável administrativista AFONSO RODRIGUES QUEIRO.

13 Sobre a diferenciação entre direitos subjetivos e interesses legítimos, veja-se CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. O Controle Judicial dos Atos Administrativos, na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 152, abr./jun. 1983, pp. 1-15, especialmente notas de rodapés nºs 2, 4, 5, 6, 7 e 9.

4. *A moderna doutrina portuguesa*

Portugal é o único país do mundo que tem Código Administrativo¹⁴. Nem por isso questões como a da discricionariedade administrativa deixam de atormentar os intérpretes, e mesmo a possibilidade de controle judicial esbarra em posições contrárias. Entre nós, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO é cultor do pensamento de QUEIRÓ e defende que tanto na vinculação quanto na discricionariedade a lei propõe um comportamento que satisfaça o interesse público, com a diferença que na vinculação a finalidade legal foi preestabelecida enquanto que na discricionariedade é definida posteriormente, dependendo da situação concreta. QUEIRÓ, por sinal, assevera que a atividade administrativa é uma “atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais”. Na mesma esteira de entendimento, em trabalho mencionado na nota n.º 13, o autor pátrio firma que “a Administração está jungida ao cumprimento de uma finalidade legal e, para cumpri-la, terá que buscar o exato atendimento do interesse que a lei tutela, seguindo-se que está peado por um dever de boa administração”¹⁵.

AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ é autor consagrado no tema do desvio do poder e seus efeitos na Administração Pública. Em “Reflexões sobre a Teoria do Poder e O Poder Discricionário da Administração” fixa os conceitos norteadores da moderna Administração Pública¹⁶. Mas é em artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo* da Fundação Getúlio Vargas que sintetiza o moderno entendimento de que a autoridade administrativa só exerce legalmente o seu poder discricionário quando se orienta pelo propósito de servir da melhor maneira o interesse público específico a realizar. Se assim não for, ou seja, se a escolha não recair sobre a medida que era a melhor para atender ao interesse público, o administrador não terá observado a lei “no seu mais profundo e íntimo sentido”¹⁷.

O desvio de poder — que QUEIRÓ atribui sentido técnico ao definir como a violação objetiva da vontade do legislador — apareceria quando o agente viola objetivamente a vontade do legislador, na sua intenção, frustrando o interesse que teve em vista ao atribuir aos agentes uma faculdade discricionária, qual seja, o interesse da individualização do direito. Se o agente determina-se por outro fim que não seja o de satisfazer a necessidade tutelada, comete desvio de poder.

Por aí se vê que o incomparável administrativista lusitano bem soube situar o poder discricionário contrapondo a legalidade como seu limite.

14 CRETELLA JÚNIOR esclarece que “Portugal, há mais de cem anos se empenha continuamente em reunir num corpo uno, orgânico, as linhas mestras do sistema administrativo lusitano” (conf. *Direito Administrativo Comparado*, José Bushatsky, ed., 1972, p. 85).

15 Ob. cit., p. 10.

16 Ambas as dissertações são encontradas no vol. I de *Estudos de Direito Público* editados pela Universidade de Coimbra, Portugal, 1989.

17 *Os Limites do Poder Discricionário das Autoridades Administrativas*, vol. 97, jul./set. 1989, pp. 1-8.

Nessa medida, verificando-se, em revisão, que a apreciação discricionária refugiou ao fim de servir da melhor maneira a necessidade pública protegida, terá o ato de ser tido por não legal — mesmo que a medida tenha sido objetivamente útil —, porque não foi escolhida na idéia da satisfação da necessidade pelo melhor modo: feriu o agente, no uso de suas faculdades discricionárias, o espírito da lei, a intenção do legislador.

Vigora, na teoria exposta, o entendimento de que à Administração só é lícito “usar os seus poderes em circunstâncias e com base em motivos antecedentes suscetíveis de comprovar que o interesse público específico, para cuja realização a medida praticada está concebida, é um interesse real; existe, com efeito, uma ligação lógica necessária entre os motivos antecedentes e o fim objetivo dos atos administrativos”¹⁸. Pode-se ver que toda a estrutura do pensamento do doutrinador baseia-se na possibilidade de amplo controle do ato administrativo para a verificação final da obediência, pelo agente público, dos princípios norteadores da atividade estatal.

Pode-se pensar, desavisadamente, que naquele país o contencioso administrativo imporá uma visão diferente daquela verificada no Brasil. Na verdade, porém, em Portugal aos Tribunais Administrativos está vedado o exame do mérito, exatamente como alguns querem impor como norma entre nós. A razão, lá, é justificável na atividade jurisdicional que exercem os Tribunais Administrativos, de forma que para o exame da conveniência e oportunidade entrariam em domínio específico da Administração — e passariam a realizar, na expressão de QUEIRÓ, “uma dupla administração”. O exame no contencioso cinge-se, então, a questões de legalidade, persistindo as questões não jurídicas ou de boa administração para o exame do Poder Judiciário se e quando provocado por quem detém direito subjetivo¹⁹.

Segundo a doutrina exposta, que se afina à perfeição com o sistema nacional de distribuição de justiça, a ação do administrador público tem como seu primeiro e intransponível limite a própria lei que autoriza o comportamento discricionário. O comando legislativo, nessa conformidade, é a um só tempo o limite da ação que se perpetrará e o paradigma para averiguação da legalidade do agir: é modelo de ação e de comparação. Não importa as conseqüências do ato, mas a estrita conformação da vontade do agente à vontade prevista pelo legislador como única possível.

Conquanto seria a ilegalidade o bastante para extirpar o ato viciado do mundo jurídico, não basta um comportamento legal para se ter o administrador público como conforme o direito. Mais dele exige-se; deve atuar, no exercício da função pública, como um todo e em particular quando da edição de ato passível de produzir modificações prejudiciais ao ente gerido ou, ao contrário, à administrado em particular e à coletividade em geral,

18 Ob. cit., p. 5.

19 *Os Limites do Poder Discricionário das Autoridades Administrativas*, cit., p. 8.

segundo parâmetros não legais, e não expressos, que impliquem em ofensa à moral: nesse caso também executa-se o controle judicial, porque a ninguém interessa a manutenção de ato eivado de mácula como a que se exporá em seguida.

5. *A moralidade como noção absoluta da administração legal*

Pode ser, com efeito, que a ação administrativa resista às análises sobreditas mas ainda assim esconda comportamento que, embora conforme o modelo legal, atente contra a moral; não a moral comum protegida pela norma legal, e sim “a que demonstre haver o administrador assumido como móbil da sua ação a própria idéia do dever de exercer uma boa administração”²⁰.

Partiu de MAURICE HAURIUO a idéia de moralidade administrativa: embora agindo sem violação à lei, autoridade usa de seu poder “para um fim e por motivos outros que não aqueles em vista dos quais esse poder lhe foi conferido, quer dizer, outros que não os que pretende a moral administrativa”²¹. JOSÉ AUGUSTO DELGADO expõe que o atuar do administrador público subordina-se não somente à lei, mas deve estar vinculado aos anseios e às necessidades do administrado: “qualquer excesso a tais limites implica em adentrar na violação do princípio da moralidade administrativa sempre exigindo uma correta atividade”²².

A partir da nova ordem constitucional a moralidade tornou-se princípio imperativo para o Administrador Público. Sublinhou o legislador a necessidade de proceder justo, para a massa de administrados, e que respeite, na particular análise de cada caso, ao que o senso comum repute adequado e conveniente. Reputa-se a moralidade como um dos pilares que sustenta o Estado; num país com leis que não se compadecem com os legítimos interesses sociais, a exigência de conduta moral funciona como barreira para as ações dos homens públicos. “A obediência ao princípio da moralidade administrativa impõe ao agente público que revista todos os seus atos das características de boa-fé, veracidade, dignidade, sinceridade, respeito, ausência de emulação, de fraude e de dolo”, anota o já citado JOSÉ AUGUSTO DELGADO no importante e pioneiro trabalho sobre o tema²³.

20 Conf. JOSÉ AUGUSTO DELGADO, O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988. *Revista dos Tribunais*, vol. 680, junho de 1992, pp. 34-46.

21 Apud MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. Ed. Atlas, 1991, p. 109; acrescenta a autora o seguinte comentário de Hauriou, referindo-se ao conceito dado: “é uma noção aparentada daquela do abuso do direito e, nesse sentido, o desvio do poder é uma espécie de incompetência *ratione materiae*. Pode-se assinalar também que é uma violação da boa-fé, porque a Administração deve agir de boa-fé, e isto faz parte de sua moralidade” (loc. cit.).

22 Ob. cit., p. 38.

23 O autor elenca os dispositivos da Constituição Federal de 1988 em que aparece, explícita ou implicitamente, o princípio da moralidade como exigência para a Administração Pública: arts. 37 *caput*, e § 4º; 14, § 10; 15, V; 55, § 1º e 85, V.

Diante da clareza com que se houve o legislador constitucional, nem se pode levantar a questão da moral e da lei, com a primeira confortada pela segunda²⁴. O estilo de Constituição-garantia deixa claro que à Administração Pública atribuiu-se, por intermédio da idéia geral de moralidade, uma plêiade de obrigações e limites como barreira contra os naturais excessos humanos na gestão de interesses alheios; a moral foi tratada como um *plus* inerente à função pública, não se confundindo a moral administrativa com a moral comum. Liga aquela o agente público ao direito que os administrados têm de obter dos detentores do poder uma boa administração.

Sendo assim, não se pode fugir à conclusão de que as regras inerentes à moral administrativa são prontamente exigíveis do homem público e, por isso, constituem-se em controle dos atos administrativos; como consequência, a atuação na faixa de discricionariedade deixada pela lei autorizadora do comportamento tem de conformar-se, além do respeito à legalidade, também com as regras da moral administrativa. O conceito de função social do Estado traduz, sem dúvida, o enfeixamento dos padrões de condutas morais a que subordina-se o administrador — e deve imperar como o objetivo imposto pelas regras de moralidade administrativa.

Ficou sobremaneira limitado, pode-se dizer, o poder de escolha, onde depende-se da eleição de comportamento legalmente admitido, porque no exercício da discricionariedade “há e não pode deixar de haver um juízo de valor imanente da ordem jurídica; um juízo de função social e moral no seu melhor sentido normativo”²⁵. Então, sob esse novo prisma que a Constituição Federal de 1988 enfocou o problema, os impedimentos ao controle e à revisão judicial do ato administrativo já não existem como os autores em geral apregoam — caem por terra, efetivamente, no momento que se opõe ao agir incorreto do Administrador a lei ou os padrões de conduta moral exigíveis em determinado momento histórico.

Os bons propósitos da justiça social evidenciam a necessidade de suprimir um ato que contraria os permissivos e viabiliza, como consequência, a modificação da vontade ilegal e imoral do Administrador por decisão que atenda aos preceitos cuja não-verificação serviram de base à derrubada

24 Mesmo que assim fosse, pode-se dizer que o legislador constituinte acolheu os ensinamentos de IMMANUEL KANT, como faz JOSÉ AUGUSTO DELGADO. Na Teoria Geral do Direito, WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA analisa a Doutrina do Direito de Kant mostrando a conclusão do pensador, perfeitamente adequada ao tratamento que o legislador deu ao tema, passível de impor ao Administrador regras supralegais de conduta: “em moral, não se deve ter em vista o interesse, a finalidade; a norma moral impõe-se absoluta, categoricamente, deve ser respeitada em si e por si, sem qualquer utilidade ou fim prático”. (Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1982, p. 396).

25 Conf. MANUEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *O Controle da Moralidade Administrativa*. Ed. Saraiva, São Paulo, 1974, p. 161; o autor defendia o controle dos atos administrativos por invocação do fundamento moral na ação popular mesmo sob a vigência da Constituição anterior (Conf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ob. cit., p. 118).

do ato. Pode ser que apenas a retirada de efeitos da vontade eivada de nulidade resolva a *quaestio* proposta em juízo, e nessa hipótese vinga a possibilidade de edição de novo ato segundo, ainda, os preceitos tidos por ausentes naquele anulado. Aliás, bem a propósito a opinião vigente em Portugal no sentido de que, “quando o juiz inquire se um ato enferma de desvio de poder, não controla a oportunidade e a conveniência desse ato; do que se trata, em tal caso, é de averiguar se o agente violou a norma que o manda proceder, no exercício do seu poder discricionário, de acordo com a norma ou princípio jurídico geral, nos termos do qual ele deve guiar-se, na sua opção, pelo fim público a prosseguir em dada hipótese”²⁶.

Transportando para essa esfera de considerações as lições da doutrina portuguesa, principalmente na expressão de AFONSO RODRIGUES QUEIRO, é possível ver que a exigência de comportamento administrativamente moral inviabiliza a discricionariedade. Para a doutrina do lusitano, o agente público só exerce poder discricionário quando se orienta pelo propósito de servir da melhor maneira o interesse público específico a realizar; não sendo assim, recaindo a escolha sobre medida que não era a melhor para atender ao interesse público, o administrador não terá observado a lei “no seu mais profundo e íntimo sentido”.

Pode-se extrair da afirmativa, à luz da disciplina nova consagrada em nosso Texto Constitucional, que o autor vestiu com o manto de lei o que, na essência e entre nós, vigora como princípios morais de observância indeclinável.

Contributo para o estudo do fim da discricionariedade como poder

Como conseqüência de todo o exposto, aparece a conclusão de que o Administrador Público só age validamente se pautar-se em conformidade com a lei e se atua segundo os bons princípios morais. Fica eliminada de vez a viabilidade de escolha propriamente dita; o chamado poder discricionário foi reduzido ao dever de agir segundo critérios perfeitamente aferíveis e passíveis de questionamento em juízo por afronta a direito subjetivo ou interesses legítimos.

Não há mais discricionariedade possível de ser exercida porque a lei incompleta no seu comando será preenchida por ação balizada em conceitos sujeitos a verificação em juízo. A ação qualificada por dever de comportamento legal e moral, como única autorizada para o agente administrativo, traduz dever indeclinável de agir quando verificados os seus pressupostos. Não há poder de agir nem é possível aferição do que seria conveniente e oportuno; o que chama-se de poder resolve-se em dever e esvanece-se a possibilidade de escolha em determinação lógica e racional para a adoção de um comportamento esperado — pelo legislador e pelos destinatários da necessariamente boa administração.

²⁶ Conf. AFONSO RODRIGUES QUEIRO, Os Limites do Poder Discricionário das Autoridades Administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 97, jul./set. 1989, p. 8.

Na esteira desse entendimento, desaparecem também os óbices e limites antes opostos ao controle judicial dos atos próprios da Administração Pública, cuja transparência é garantia do Estado de Direito.

6. Conclusões

É lícito, assim, ponderar-se que a solução do problema do controle judicial dos atos administrativos submete-se a novo enfoque a partir da Constituição Federal de 1988. Permanecerá por muito tempo aberta a questão, porque o legislador constitucional apenas enunciou as bases para uma outra visão, dependendo para efetivar-se de atos legislativos inferiores regulando situações novas e de proclamações judiciais dilucidando litígios concretos.

Não se compadece a visão que se quer expor com a timidez natural dos observadores e, bem por isso, sem preocupações maiores, apenas como um avanço em terreno tão obscuro, segue-se série de conclusões sujeitas a confirmação, ou não, em estudos futuros.

O condicionamento de toda atividade administrativa à lei pressupõe a vigência de princípio de legalidade a que se submete o detentor da vontade estatal, denunciando um liame entre o órgão executor e o órgão legislativo que formalizou a vontade abstrata; transformando em ação a vontade apenas enunciada genericamente, o agente público está cumprindo a finalidade visada pelo legislador. A partir da Constituição Federal de 1988 também a moralidade tornou-se princípio imperativo para o Administrador Público porque o legislador constitucional sublinhou o direito a proceder justo, para a massa de administrados, e que respeite, na particular análise de cada caso, ao que o senso comum repute adequado e conveniente.

A solução do problema do controle judicial da discricionariedade não se coaduna com o entendimento restritivo antes propugnado por doutrinadores e até então albergado por juízes e Tribunais, merecendo, da parte destes, enfoque consentâneo com a nova ordem constitucional. Os bons propósitos da justiça social, além disso, evidenciam a necessidade de suprimir um ato que contraria os permissivos legais e ofende a moralidade administrativa, viabilizando, como consequência, a modificação da vontade ilegal e imoral do Administrador por decisão que atenda aos preceitos cuja não verificação serviram de base à derrubada do ato.

A exigência de comportamento administrativamente moral inviabiliza a discricionariedade porque o agente público só completa validamente o comando legal quando se orienta pelo propósito de servir da melhor maneira o interesse público específico a realizar. Então inexiste discricionariedade possível de ser exercida porque a lei incompleta no seu comando será preenchida por ação qualificada por dever de comportamento legal e moral, traduzindo indeclinável dever de agir quando verificados os pressupostos legais e morais, sendo a ação perpetrada em contrário sempre passível de revisão em juízo.