



Prisma Jurídico

ISSN: 1677-4760

prismajuridico@uninove.br

Universidade Nove de Julho

Brasil

de Oliveira, Antonia Teresinha  
Algumas notas sobre o direito administrativo e a discricionariedade  
Prisma Jurídico, núm. 2, 2003, pp. 117-193  
Universidade Nove de Julho  
São Paulo, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93420012>

- ▶ Como citar este artigo
- ▶ Número completo
- ▶ Mais artigos
- ▶ Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal  
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

# ALGUMAS NOTAS SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO E A DISCRICIONARIEDADE

**Antonia Teresinha de Oliveira**

Mestranda em Direito Administrativo pela PUC-SP; Especialista em Direito Civil pela USP; Professora de Direito Administrativo na UNINOVE

## **Resumo**

Neste trabalho, procura-se abordar aspectos históricos do Direito Administrativo e discutir a prática administrativa, especialmente a atividade discricionária e sua dimensão, e a importância da educação no desenvolvimento das atividades da Administração Pública.

**Unitermos:** *prática administrativa; atividade discricionária; interesses públicos.*

## **Abstract**

This work discusses historical aspects of the Administrative Law and administrative practice, especially the discretionary activity, its dimension and the importance of education in the development of the Public Administration's activities and for the treatment of the affairs, rights and public interests.

**Uniterms:** *administrative practice; discretionary activity; public interests.*

## **Introdução**

Assunto tão discutido e de difícil consenso em relação a limites e até mesmo a conceitos, a atividade discricionária constitui, sem dúvida, um desafio a ser vencido, sobretudo porque o nosso móvel

não é, especificamente, discuti-la em seus limites, dimensões e conceituações, mas, sim, abordar a necessidade de uma visão mais abrangente dos problemas que surgem com o desenvolvimento da atividade administrativa no exercício da competência discricionária, bem como a importância de uma postura educativa, de uma visão geral dos grandes problemas humanos no trato com a coisa pública, especialmente quanto à dimensão espacial da discricionariedade. Assim, procuramos abordar a importância da educação no desenvolvimento das atividades administrativas. Trata-se, pois, de mais uma contribuição que se soma às reflexões sobre esse importante tema do direito público e, em particular, do direito administrativo, certos da necessidade que se apresenta aos administradores na definição a ser adotada. Esclareça-se, de início, que não acreditamos tratar-se de escolha entre ‘indiferentes jurídicos’, e sim de escolha da solução que melhor atenda ao interesse público, aquela que tende a ser cada vez mais perfeita como expressão e resultado da própria evolução humana. Nessa atuação, o administrador encontrará campo fértil para desenvolver sua atividade de promoção do bem-estar coletivo e realização do interesse público. Na lição de Eduardo Garcia de Enterría (2000), é exigência do governo humano, e na lúcida expressão de Diogo de Figueiredo (2002), ato interessado, daí a necessidade de buscar a melhor solução.

Com base nessas observações, ao nos ocuparmos de tão importante questão, lembramos que, no centro de toda atuação discricionária, está o homem formulando juízos subjetivos; para isso, utiliza seu cabedal evolutivo, ou seja, herança histórica, cultural, moral, intelectual, espiritual e educacional que, em regra, é parcial. Esse homem, que levará a efeito a prática administrativa e dará concretude aos comandos normativos expedidos pelo legislador, deve ser considerado nesse processo, por ser a força propulsora de toda a atividade discricionária.

Consideramos a necessidade de registrar a tarefa social do administrador como ser humano – ponto central de toda ciência –, o que nos remete ao educador Paulo Freire (2002, p. 13), quando afirma:

É nesse sentido que jamais abandonei a minha preocupação primeira que sempre me acompanhou, desde o começo de minha experiência educativa. A preocupação com a natureza humana a que devo minha lealdade sempre proclamada. Nenhuma teoria da transformação do mundo me comove, sequer, se não parte de uma compreensão do homem e da mulher enquanto seres fazedores da história e por ela feitos.

Cumpre, por fim, afirmar que não pretendemos escrever sobre o assunto como meros expectadores apreciando experiências alheias, nem queremos expor aqui qualquer idéia sem que ela esteja fundamentada em nossa crença pessoal. Somos partícipes da história e, portanto, responsáveis, em maior ou menor grau, mas sempre responsáveis.

### **Reflexão sobre as funções do poder**

O exercício do poder é atuação complexa que envolve a tomada de decisões e estas, de maneira mais ou menos acentuada, atingem as pessoas, às vezes alterando metas e determinando o próprio sentido da vida coletiva.

Observamos e é patenteado por vários autores que, desde tempos imemoriais, constante se faz a preocupação do homem com a utilização do poder. Identificamo-la em *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles (2001, p. 93): “Por isso é considerado verdadeiro o dito de Bias, que o mando revela o homem, pois necessariamente quem governa está em relação com outros homens e é um membro da sociedade”. Remonta ao período iluminista a compreensão de que nem todos podem ocupar ao mesmo tempo o poder, o que se expressa nas idéias de Rousseau (1712-1778) e também nas de Montesquieu (1689-1755). Este, aliás, concebeu a divisão das funções do poder nos seus aspectos estrutural, de coordenação e de execução, objetivando a organização da coletividade necessária aos imperativos da vida em sociedade. Em outras palavras, podemos dizer que, para compatibilizar e harmonizar o exercício das funções e evitar os excessos naturais próprios da natureza humana no seu exercício de direção, ordenação e comando, o Barão de Montesquieu idealizou a sua Teoria da Tripartição das Funções do Poder. A proposta

fundamental do filósofo era estabelecer formas de atuação que estivessem definidas, delineadas e atribuídas a órgãos diferenciados e distintos, de modo a evitar a concentração de poder nas mãos de um único indivíduo, o que traria, consequentemente, o absolutismo e a arbitrariedade, uma vez que a experiência histórica noticiava que “todo homem que detém o poder tende a abusar do poder que enfeixa em suas mãos” (MONTESQUIEU, 2000, p. 25).

Estabelecida, assim, pelo pensamento de Montesquieu, a tripartição das funções do Poder, logo se compreendeu que a divisão não se efetuaria e se aperfeiçoaria com delimitações exatas, de modo que os lindes se estabelecessem sem a invasão de campo funcional entre órgãos, mas que, além das típicas e específicas atribuições de um órgão, outras seriam exercidas de maneira atípica. Ao lado da função legislativa e da jurisdicional, teríamos então a singularização da função administrativa, haja vista que, embora não seja a encarregada da criação da norma jurídica ou da inovação originária na ordem posta – que é uma atribuição da função legislativa -, ela tem, no entendimento dos doutrinadores, um acentuado caráter de concreção e execução dos comandos normativos emanados do Legislativo, portanto, uma função ancilar.

Registre-se que, ao lado daqueles que concebem uma visão tripartite das funções do Poder, há outros – Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 24-33) e Hans Kelsen (1950, p. 268-269), por exemplo – que adotam posição dualista, restringindo, dessa forma, ditas funções. Cabe ainda anotar, por oportuno, a existência de pensamentos que ampliam as funções do Poder, tais como os de Francis-Paul Benoit (1968) e Otto Mayer (1903), que consideram a existência de uma pluralidade de funções do Estado.

Quer pelas três funções do Poder, quer pela visão ampliativa ou restritiva, certo é que toda atividade estatal deve conter-se nos limites estabelecidos pelos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito. E é esse o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 15) ao definir a atividade discricionária como “simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal”. Pensamos que a expressão “finalidade legal” deva possuir uma significação ampla, que não pode ser outra que não o

bem-estar coletivo. Se hoje já é possível identificar o chamado Estado Social, não podemos conceber outra finalidade para a lei além da busca do bem de todos, da paz comum, chancelando valores que expressem, de fato, o pensamento de uma sociedade mais educada<sup>1</sup> e voltada para o atendimento dos anseios dos cidadãos. Consideram-se aqui os fatores objetivos, ou seja, a similaridade das necessidades humanas básicas.

Para isso e buscando atingir esse desiderato, é imprescindível que abandonemos nossa visão parcial para nos dispormos a estudar e tomar consciência dos problemas globais na busca de contextualização mais adequada. É essa a lição de Edgar Morin (2002, p. 41) quando alerta para o fato de que “o recorte das disciplinas impossibilita apreender o que está tecido junto, ou seja, o complexo”. E continua:

O conhecimento especializado é uma forma particular de abstração. A especialização abstrai, em outras palavras, extraí um objeto de seu contexto e de seu conjunto, rejeita laços e as intercomunicações com o seu meio, introduz o objeto no setor conceptual abstrato que é o da disciplina compartimentada, cujas fronteiras fragmentam arbitrariamente a sistematicidade (relação da parte com o todo) e a multidimensionalidade dos fenômenos; conduz à abstração matemática que opera de si própria uma cisão com o concreto, privilegiando tudo o que é calculável e passível de ser formalizado. [...] Assim a economia, por exemplo, que é ciência social matematicamente mais avançada, é também ciência social e humanamente mais atrasada, já que se abstraiu das condições sociais, históricas, políticas, psicológicas, ecológicas inseparáveis das atividades econômicas (id.ib.).

Concordamos com Edgar Morin que o conhecimento humano é verdadeiramente complexo e que as várias ciências, embora não se confundam com o universo científico – considerando que, muitas

<sup>1</sup> O vocábulo ‘educação’ é utilizado aqui como aprimoramento interior do homem para a compreensão e atendimento de valores albergados no texto constitucional e que expressam o autêntico interesse público.

vezes, as qualidades finais do todo se diferenciam das qualidades inerentes às partes –, devem ser analisadas e estudadas conjuntamente.

O mesmo raciocínio, entendemos, deve aplicar-se ao Direito. A insistência em pesquisas e estudos jurídicos separados das demais ciências pedagógicas, políticas, sociológicas, culturais e filosóficas não acarreta apenas uma visão parcial, mas o que é fundamental: num determinado momento, trava a produção de idéias e não soluciona os problemas com profundidade. Assim, atingem-se conhecimentos parciais que são veiculados em campos fechados, resultando em verdadeira dificuldade e até impossibilidade de expansão; os grandes problemas da humanidade, que desafiam por séculos sem solução, acabam, como observa Morin (2002, p.43), “por desaparecer em benefício dos problemas técnicos particulares”.

Também no Direito, especialmente no positivismo jurídico, tal fenômeno se faz sentir de forma marcante, como assinala Miguel Reale,<sup>2</sup> em interessante lição, ao falar dos três princípios fundamentais do Novo Código Civil:

Não obstante os méritos desses valores técnicos, era impossível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica que com aqueles deve se compatibilizar. [...] Freqüente é no projeto a referência à probidade e a boa-fé [...] ao contrário do que ocorre no Código vigente, demasiado parcimonioso nessa matéria, como se tudo pudesse ser regido por determinações de caráter estritamente jurídicas [...].

### **Atividade discricionária**

Afirma, unanimemente, a doutrina que, no ‘Estado-polícia’, a atividade discricionária apresentava dimensão ampla e era detentora de significação diferenciada da dos dias atuais. De fato, identificada a própria atividade administrativa como um poder nas mãos do governante, natural que em determinado momento

<sup>2</sup> Miguel Reale, *Visão geral do Novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.chpesquisa.hpg.ig.com.br/direito/novoccreale.htm>>.

histórico a atividade discricionária se apresentasse alargada em sua extensão e diferenciada em seu conteúdo.

Entre aqueles escritores de direito público que afirmam a existência de liberdade absoluta no poder discricionário, apontamos os ensinamentos de Michoud (apud QUEIRÓ, 1946, p. 10), que em seu *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration*, de 1913, afirma que “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”. Afonso Queiró (op. cit., p. 60), escritor português, afirma tender para essa linha de pensamento a definição de discricionariedade de Bühler, segundo a qual consiste a discricionariedade “na ausência de direito subjetivo público a um determinado comportamento da autoridade”. Nesse ponto, assevera Queiró (op.cit., p. 11) que a segunda nota essencial do regime do Estado-poder “é a inexistência de direitos subjetivos públicos por parte dos particulares a um comportamento da Administração”.

Com o evolver do Estado de Direito e já no Estado Democrático de Direito, a atividade discricionária é vista de forma diferenciada. Todavia, parece-nos ainda estrábica a visão que enxerga o Direito sem conseguir ver o homem. Conduz a equívocos esquecer que atrás da norma está o indivíduo, uma vez que o simples estabelecer de domínio legal ou domínio do direito não é garantia de sua observância. Além de toda atuação discricionária está o homem com sua herança cultural, ética, moral, intelectual; se não considerados no processo, por mais rígidas e eficazes que sejam as normas, os mecanismos criados para obrigar ao seu cumprimento sempre se apresentarão insuficientes, o que acarretará, invariavelmente, o desvio de finalidade.

Kelsen (2000), por necessidade histórica, parte da norma para a coletividade. Não há dúvida de que o Direito, de alguma maneira, acaba por educar o cidadão, sendo, contudo, insuficiente para promover sua reforma íntima. Por esse processo da norma que educa e ‘faz’ o homem em uma determinada fase da evolução, constata-se a existência de regras rígidas, que expressam o poder numa época histórica. É o império da lei que parece conduzir à

observância do direito posto, o que, de fato, não garante a sua observância; estabelece, contudo, a sanção.

Hoje, por força de um processo educativo lento, levado a efeito pelos fatos e acontecimentos – além, obviamente, de instâncias educativas e socializadoras institucionalizadas como a escola, a família e o trabalho –, temos como resultado o indivíduo, sob certo aspecto, mais sociável e humanizado. Já não pensamos mais em escravizar o devedor; no entanto, encontramo-nos distantes da compreensão e da convivência consideradas ideais para a vida em sociedade. Sob esse enfoque, pensar a discricionariedade é campo fértil à reflexão, especialmente no âmbito do desvio de finalidade, pois, sem lograr mecanismos eficientes que coibam comportamentos abusivos, o que nos resta é presenciar os grandes desequilíbrios sociais causados, na sua totalidade, pela inobservância das regras básicas de boa administração.

Para reverter esse quadro, há necessidade de pensar e trabalhar a educação do ser humano em todos os setores do conhecimento e não aceitar as diatribes e desvios que assolam a sociedade como se fossem naturais e eternos, dispensando todo o trabalho de aperfeiçoamento. Não podemos desacreditar o homem como bom administrador e temos urgência na promoção da sua formação ética, cultural e intelectual, considerando que os desequilíbrios sociais atingem a todos negativamente.

### **Fundamentos da discricionariedade**

É comum encontrarmos como fundamento da discricionariedade a impossibilidade de o legislador prever todas as situações e hipóteses suscetíveis de ocorrência. Igualmente, afirmam alguns, deparamo-nos com a impossibilidade de uma “nomocracia pura e neutral, o jogo automático de normas” (GARCIA de ENTERRIA , 2.000, p. 452-456).

Acreditamos que a discricionariedade se justifica não apenas pela impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses, mas também, e especialmente, pela capacidade criadora do ser humano. Em outras palavras, acreditamos que a discricionariedade se dê pela própria natureza espiritual do homem que não se compadece com

atuações automáticas e mecânicas e possui uma imensurável capacidade criadora, a atuar nos multifacetários aspectos e atividades da vida coletiva.

Já tivemos oportunidade de constatar que o Direito condiciona o comportamento social, mas a capacidade interativa e criadora do homem é superior à doutrina, que não consegue prever todas as situações e normatizar todos os aspectos da vida social. Outro fenômeno a observar é que a rígida positivação, em determinadas fases da humanidade, vai aos poucos admitindo sua substituição por princípios. Verdade é que as sociedades primitivas eram regradas por leis mais rígidas, como consequência natural de sua infância histórica.

A atividade administrativa, nos moldes como entendida nos dias atuais, não pode restringir-se a uma atividade mecânica. Afastando os atos vinculados em que a lei tece minuciosamente hipóteses e circunstâncias de sua execução e concreção, outros atos existem que, por possibilitarem apreciações de conveniência, oportunidade e adequação, albergam mérito administrativo. Ao administrador cabe prover, dispor, ordenar, atender, acorrer e remediar, não sendo possível ao legislador prever todas as hipóteses ocorrentes nem estancar a força criadora do homem. Assim, impõe-se a formulação de juízos subjetivos dentro de limites fixados na ordem jurídica.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 821) fala no dever de adotar a solução mais adequada e afirma ser a discricionariedade

a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

Eduardo Garcia de Enterría (2000, p. 455) entende que

a discricionariedade é um caso típico de remissão legal: a norma remete parcialmente para completar o quadro regulativo do poder e de suas condições de exercício a uma estimação administrativa, só que não realizada por via normativa geral, senão analiticamente, caso por caso, mediante uma apreciação de circunstâncias singulares e que precede o processo aplicativo. Desse modo, a discricionariedade surge quando o ordenamento jurídico atribui a algum órgão competência para apreciar um suposto dado que seja de interesse público etc.

Pensamos que discricionariedade é a busca das soluções que atendem ao bem comum. É dever inafastável daquele que atua na função administrativa de interesse público adotar soluções eficientes e adequadas, dentro da competência que lhe foi outorgada, na busca da constante excelência do atuar administrativo voltado para a promoção do bem-estar, justiça, paz, segurança e cultura social, naqueles casos em que não foi possível ao legislador descer a especificidades nas soluções a adotar, exatamente em razão da compreensão imperativa de que o bem-estar social possui múltiplos aspectos.

É a discricionariedade exigência impostergável da atuação administrativa no atendimento das necessidades humanas. Plagiando Garcia de Enterría (2000, p. 456), “faz parte do governo humano”. Não significa agir fora dos lindes prefixados na lei, mas, sim, obedecer à amplitude por esta fixada dentro de opções de escolha existentes. Importante anotar que a escolha é do administrador que, espera-se, possua qualidades e formação próprias para definir qual a melhor solução entre aquelas previstas na lei. Há evidência de que as escolhas serão sempre fundamentadas e levadas a efeito nos limites legais estabelecidos, privilegiando o interesse público e o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, afirma-se que ao juiz não é dado apreciar aspectos de oportunidade, conveniência e adequação da prática de um ato, ou seja, não lhe é permitido penetrar no mérito administrativo, sendo-

lhe sempre possível apreciar e examinar se houve, de fato, respeito a aspectos de legalidade.

### **O desvio de finalidade como causa de desequilíbrio social**

É assente no Estado Democrático de Direito que se confere competência ao órgão ou à pessoa para que ela possa atingir os fins colimados na lei. Já não pensamos mais em poderes, e a idéia do arbítrio repugna pelos abusos históricos. Todavia, a expressão “fins colimados na lei” restringe a atuação do administrador; melhor seria pensar em norma jurídica para abarcar também os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito. A finalidade é entendida como o objetivo, o resultado a ser alcançado que consubstancie o interesse público, porque este deve ser não apenas o móvel de toda a atividade administrativa, mas também o seu desiderato.

Alguns autores falam em finalidade num sentido genérico e abrangente, como o resultado final de interesse público que deve estar presente sempre no ato do administrador; abordam o termo também em sentido restrito, como objeto imediato e específico que o ato deve produzir (DI PIETRO, 2001, p. 202-203). Em razão de a norma expressar a vontade geral, qualquer inobservância dos fins perseguidos significa perda para o corpo coletivo, promovendo os desajustes sociais como a miséria, a violência, a ignorância; no entanto, vicejam nos órgãos administrativos os desvios de finalidade.

Entendemos que, para a solução do grave problema do desvio de finalidade, deva-se proceder à junção de estudos que abordem aspectos educacionais, jurídicos, sociais, econômicos, éticos e solidários. Para isso, é necessário compreender que o administrador necessita não apenas conhecer o Direito e as regras técnicas da administração pública – aqui a expressão deve ser grafada em letras minúsculas – que, muitas vezes, nem sequer possui; cabe a ele também adquirir conhecimentos sobre os problemas humanos em seus aspectos sociais, políticos, econômicos, sociológicos, fugindo da simples hiperespecialização e de superficial compreensão global desses problemas. Enfim, sem que se lhe desenvolva o conhecimento e a sensibilidade social, é insuficiente apresentar-lhe

complexos textos de lei, exigindo-lhe pacífica observância. Partimos da lei para o homem e, ao estabelecer que, no Estado de Direito, o governo é o das leis, propomos um eufemismo que não resolveu o problema de fundo nem, de fato, logrou conquistar a tão propalada segurança jurídica. Na verdade, o governo é de homens e as leis são por eles elaboradas.

Já tivemos oportunidade de constatar que o Direito surge ditado pelas necessidades sociais. São as condições históricas da vida coletiva que vão, então, determinar a criação de normas de conduta que possam compatibilizar o comportamento social. Essas normas são, ou deveriam ser, aplicadas e observadas por todos aqueles que vivem em sociedade: não são normas dirigidas somente a eruditos e juristas, mas à sociedade como um todo.

O direito é condicionador de comportamentos e termina por condicionar, pela repetição, o comportamento que melhor se ajuste à norma; por isso, possui também aspecto educativo. No entanto, sem esforços voltados à educação em si, não se desenvolvem, em sua plenitude, as potencialidades espirituais do indivíduo.

### **A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados**

Os conceitos que atribuímos aos objetos nem sempre coincidem com a realidade; detectamos os objetos materiais e construímos conhecimentos com os recursos físicos, intelectuais, culturais e espirituais que possuímos. Todavia, nem sempre aquilo que percebemos encontra precisa correspondência no mundo das coisas, mesmo porque nossos sentidos muitas vezes não apreendem todos os aspectos da realidade. Por exemplo, a visão capta a realidade até determinado grau; igualmente a audição, que não percebe sons acima de uma determinada freqüência. Do mesmo modo, ocorre no mundo das idéias: a apreensão da realidade e sua transposição para as palavras, à procura da expressão que mais se aproxime da tradução das características de um objeto, constituem o conceito. Este é elaborado pelos aspectos da realidade que conseguimos apreender, compreender e expressar e que retratam também uma fase da evolução, sofrendo, do mesmo modo, a incidência do processo evolutivo das idéias e experiências humanas.

Assim, insista-se, os conceitos sofrem o influxo da evolução. Objeto da produção intelectual, eles expressam características e marcas de um estágio, de um momento histórico. São frutos da construção intelectual humana que envolvem aspectos da sociedade à qual se aplicam – daí a necessidade do estudo do contexto. Muitas vezes, via de consequência, permanecem incompletos, não prontos, parciais, o que é natural, pois toda construção é paulatina e resulta do progresso até então realizado. Expressos pela linguagem falada, os conceitos são convencionalmente aceitos, sendo comum a sua modificação por força das experiências e do esforço reflexivo. São determinados aqueles conceitos que traduzem, de forma mais próxima, a realidade, que a expressam, mas o fato é que eles permanecem no mundo das idéias – a verdade é que o conceito possui mais do sujeito que do objeto.

No Direito Administrativo, estuda-se a relação entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade. São conhecidos os trabalhos doutrinários germânicos expressos em duas correntes, uma liderada por Tezner (apud Queiró, 1946, p. 60), para quem a utilização de conceitos vagos pelo legislador não implica a outorga de discricionariedade, e a outra por Laun (op.cit.), para quem o poder discricionário existirá quando o legislador deixar ao agente a determinação do fim imediato a atingir. Bernatizik (op.cit., p.113), outro estudioso do tema, afirma que a atividade discricionária está exatamente nos conceitos vagos, procedendo os agentes como peritos, técnicos do interesse público. Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 458) ensina que

a abstrata liberdade conferida ao nível da norma não define o campo da discricionariedade administrativa do agente, pois esta, se existente, terá sua dimensão delimitada por esse mesmo confronto, já que a variedade de soluções abertas em tese pela norma traz consigo implícita a suposição de que algumas delas serão adequadas para certos casos, outras para outra ordem de casos. Então o controlador da legitimidade do ato (muito especialmente o Poder Judiciário), para cumprir sua função posta não se poderá lavar de averiguar, caso por caso, ao lume das situações concretas que

ensejaram o ato, se, à vista de cada uma daquelas específicas situações, havia ou não discricionariedade e que extensão tinha, detendo-se apenas e tão-somente onde e quando estiver perante opção administrativa entre alternativas igualmente razoáveis, por ser in concreto incognoscível a solução perfeita para o atendimento da finalidade, isto é, do interesse consagrado pela norma.

Sem nos alongarmos nessas considerações, é oportuno concluir este tópico afirmando que a linguagem utilizada pelo Direito não pode ser precisa pelo fato de espelhar os valores e o pensamento social de uma época e, assim, não está isenta de imprecisões, e estas são indicativas da evolução histórica humana.

Diante de questão tão complexa como a possibilidade de alojar-se a discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, não podemos afastar o tema dos conceitos jurídicos indeterminados, sob pena de limitação à atividade administrativa e, por conseguinte, prejuízo à boa e responsável atuação do administrador nos diversos setores das necessidades coletivas e sociais.

### **A vontade como elemento do ato discricionário**

Ao descrever os elementos do ato administrativo, em sua obra *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, de 1979, Seabra Fagundes afirma-os em número de cinco, quais sejam: a manifestação de vontade, o motivo, o objeto, a finalidade e a forma.

Como manifestação de vontade entende o impulso gerador do ato de órgãos, que são pessoas postas a serviço do Estado para o exercício de atribuições determinadas. Essas atribuições, em seu conjunto, constituem o que se denomina competência. Todavia, é muito discutido o papel da vontade como elemento do ato administrativo. André G. Pereira (1962, p. 122.) afirma não ser pacífica a doutrina acerca de tais elementos e ressalta que “os grandes pontos de divergência são dois: o relevo a atribuir à vontade no ato administrativo [...] o elemento vontade ou se ergue em elemento autônomo, ou através do elemento fim”. O autor português distingue vontade psicológica e vontade normativa e conclui acatando a causa como elemento do ato administrativo e rejeitando o elemento vontade.

Por oportuno, importa ressaltar a relevância da vontade no ato administrativo discricionário, pois, possuindo o administrador o dever-poder de adotar a solução que excelentemente atenda ao interesse público, apenas uma vontade bem formada e bem dirigida logrará tão alto desiderato. Não apenas como impulso gerador do ato, mas no grau de excelência e no correto atendimento desse interesse pela busca da melhor solução, acreditamos que a vontade seja fator determinante na atividade discricionária.

### **Considerações finais**

Concluímos afirmando que a educação<sup>3</sup> do administrador deve ser considerada de forma diferenciada nas relações administrativas internas e externas. Pensamos ser o processo educativo que justifica a própria vida e acreditamos não ser possível a existência de liberdade sem a educação e o autoconhecimento. Permitir a ausência de educação no indivíduo é retirar dele a dignidade e a própria oportunidade de engrandecer a si mesmo e ao mundo à sua volta.

Em todos os campos da atividade humana o educar e ser educado é fundamental. No direito administrativo, o processo educacional assume novas e importantes proporções, considerando ser o correto atuar do administrador, especialmente na sua competência discricionária, que conduzirá o evolver da coletividade.

Os educadores afirmam, com acerto, que ensinar é aprender, construir, compartilhar, mudar hábitos. E mais: é libertar! Preconizam que os saberes desunidos, compartmentados e tecnicistas cederão lugar ao contextual, ao multidimensional, ao complexo, para dar solução às realidades multidisciplinares, multidimensionais, transnacionais, globais e planetárias. Igualmente, na atividade administrativa, devemos promover e promover-nos à correta racionalização que patrocina a reflexão e a compreensão, que prepara o homem para as experiências que lhe compete realizar na coletividade e em seus multifacetários aspectos.

Afirmamos: educar-se é processo que se diferencia do simples saber. O conhecimento, ensina Rino Curti (1998, p. 99), é um

---

<sup>3</sup> Vide nota 1.

fenômeno em que se tem um certo número de atos mentais e de resultados. Esses atos são o perceber, o lembrar, o julgar, o raciocinar, o refletir e o inferir; os resultados, as asserções científicas, entre outros. E acrescentamos: educar-se é tudo isso e mais. É amadurecer com o processo de intelecção; transformar o homem velho no homem renovado; aprimorar o espírito; revigorar as energias para a produção do bem comum; abandonar toda a idéia preconcebida; desvencilhar-se dos dogmas; compreender a inexistência de verdades absolutas.

Educar, enfim, é amadurecer e rejuvenescer, renovar-se permanentemente.

## Referências

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Brasília: Editora UnB, 2001.
- BASTIEN, Claude. Le decalage entre logique et connaissance. In: *Courrier du CNRS 79, Sciences Cognitives*, n. 79, out. 1992.
- BENOIT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Dalloz, 1968. p. 27-52.
- CURTE, Rino. *Educação e conhecimento*. São Paulo: Lake, 1991.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.
- EMMANUEL, Cândido. *A caminho da luz*. 25. ed. Rio de Janeiro: Lake. 2000.
- EVANGELISTA, João. *O Novo Testamento*. São Paulo: Paulinas, 1990.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- FIGUEIREDO, Diogo de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia. Saberes necessários à prática educativa*. 24. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.
- GARCIA de ENTERRIA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

\_\_\_\_\_. *Le Droit Administratif Allemand*. v. 1. cap. 5. Paris: Girard & E. Bière, 1903. p. 1-14.

\_\_\_\_\_. *Teoria General del Derecho y del Estado*. Tradução Garcia Maynez. Ciudad del México: Imprensa Universitaria, 1950. p. 268.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Discricionariedade e legitimidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, André. *Erro e ilegalidade no ato administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do desvio de poder. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. VI, out. 1946.

REALE, Miguel. *Visão geral do novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.chpesquisa.hpg.ig.com.br/direito/novoccreale.htm>>. Acesso em: set. 2002.