VINCULAÇÃO E DISCRIÇÃO NA TEORIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA
Professor na Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

SUMÁRIO: *Nota preliminar. Poder e atividade discricionários. Interpretação. Conceituação. Vinculação. Conclusão.*

1. Dentro de linhas mais simples quanto seja possível, comecemos por lembrar o que há de mais corriqueiro no trato com o tema que nos incumbimos de estudar. É isto: a) o *ato vinculado flui do poder vinculante;* b) o *ato discricionário flui do poder discricionário;* c) são as leis que nos levam a tal classificação, agora unânimemente adotada na literatura mundial de Direito Administrativo. A referência aos atos e podêres indicados acima, feita como vem sendo na bibliografia geral e monográfica, pode dar e freqüentemente dá a impressão de que os primeiros e os últimos são antíteses. É a impressão de polaridade que as classificações binárias proporcionam, a qual, algumas vêzes, é procedente, podendo não o ser noutras. Aqui, a primeira de nossas tarefas tem de ser a de desfazer essa impressão.

2. *Vinculação e discrição* não representam idéias opostas. Não são *contrários.* Traduzem tais palavras, apenas, graus diferentes de celebração do princípio da legalidade pelo Direito Positivo. Encontramos *contrários,* contudo, no *arbitrário* em face do *vinculado* ou do *discricionário,* visto que o *arbítrio* não se regula por norma jurídica alguma e é *ilegalidade.* Esta observação, aparentemente, desnecessária, é imprescindível. Evita que o leitor ainda esteja a supor, por causa do passado da doutrina, que *discricionário* e *arbitrário* são sinônimos, como sucede, até hoje, na descuidada linguagem das conversas diuturnas e dos jornais. É o passado da doutrina o responsável por tamanho desalinho. Mas, passado, quando muito, serve para a saudade.

3. *Vinculação e discrição traduzem* um *comportamento humano* a animar a vida de um Estado. Particularmente em atenção à direção especializada do presente artigo, ambas configuram atitudes *individuais* em *órgão* ou *órgãos* da Administração pública em sentidos subjetivo, material e formal a um só tempo (isto é: Poder Executivo) ou de Administração pública, em sentido objetivo e material (atividade administrativa de qualquer dos três Podêres do Estado).

Nesse *comportamento humano,* o indivíduo (substância sensível do órgão singular) ou os indivíduos (substância sensível do órgão coletivo) propende ou propendem à realização de um momento da vida do Estado. Fazendo-o, devem *necessàriamente* reger-se por leis. Há, apenas, uma diferença quanto a estas. Podem estabelecer uma certa área de escolha (opção), dentro na qual há várias soluções igualmente legais; podem oferecer ùnicamente uma solução legal. Trata-se respectivamente do *discricionário* e do *vinculante.*

4. O resultado final na realização dêsse momento de vida do Estado, através da discricionariedade ou da vinculação, é de nenhuma relevância. Se, porventura, redunda em violência, só por isto não se há de dá-lo como *ilegalidade,* porquanto basta o senso comum para reconhecer que ao Estado é deferida *coação legal.* No aspecto moral, pode-se dizer, aqui, que não é limpo, nem é decente aceitar a discrição, ou a vinculação, se os resultados finais delas chegam ao nosso contento e repudiá-las quando desagradam. Resultados finais sòmente são relevantemente condenáveis, quando ferem *direitos.* Não fere direito algum o exercício do próprio direito, salvo se verificado *excessivamente.* Neste estudo, procuraremos percorrer tudo quanto nos pareça *essencial* na compreensão do tema que seu título desempenha.

5. Um ato administrativo *discricionário* participa de uma *generalidade doutrinária* chamada: *atividade discricionária.* Esta pressupõe a possibilidade legal de sua realização. Tal possibilidade legal é designada: *poder discricionário.* Lógica é esta correlação de idéias. Lógica e irrecusável. Apesar disto, entretanto, ela se faz perigosa, quando, concebido como um *todo poder* e *atividade* dêste *derivado,* não mais se consente em sua fragmentação e — (o que é pior) — estende-se, sem qualquer meditação, o atributo de um *poder* ao ato de que este deriva. É o que vamos ver, a seguir.

6. Todos os escritores informam que o *poder discricionário* é essencialmente "livre", por *definição.* Ora, é fácil concluir e até cômodo: logo: livre também é o ato derivado dêle. É preciso que nos guardemos de tão rápido raciocínio. Se não, vejamos.

Estamos entre os estudiosos de Direito Administrativo que admitem que nem sempre o ato administrativo gera efeitos jurídicos, visto que êstes também podem ser meramente práticos (efeitos técnicos). Mas, a espécie de que cogitamos neste artigo é a dos atos jurídico-administrativos, vale dizer: atos que podem criar, extinguir, conservar, ou modificar direitos. Com esta consideração, entendemos que nenhum ato administrativo na acepção aqui empregada pode ser *livre,* ainda que livre seja o poder de que emana. Não se fatoram efeitos jurídicos fora do amplo *princípio da legalidade.* E como sair disto?

7. A explicação vai ser dada já.

Quando se fala que o poder discricionário é "livre" o que se quer dizer é que vem dotado de certa *esfera de liberdade,* destinada a um *fim* que será apontado no decurso dêste artigo, mas, vai superficialmente referido aqui. Liberdade na *aplicação* é o que contém a esfera mencionada acima. Pode ser sutil, no

vulgo, a afirmação de que a liberdade tem graus. O exagêro de certas correntes jusnaturalistas, quando aludiu à "liberdade natural", veio apenas reproduzir, em fórmula científica uma idéia do primitivo, existente em todos os tempos e lugares. Tal idéia é o que os etnógrafos chamam, entre os alemães especialistas, *elementargedanken*. Consiste em só admitir liberdade na permissão de um comportamento sem freio algum. Daí, ainda, a circunstância de o leigo imaginar a liberdade como um monobloco e concluir que, se reduzida, *deixa de ser*. É possível (e isto é adivinha, chamada "verdade histórica", que a fábula das rãs, na descrição de Fedro admite) que, numa vida prejurídica, a liberdade não encontrasse restrição a não ser na razão do mais forte, se é que esta não é também uma limitação. Mas, desde que o Estado exista, não há liberdade que não comporta graus. Até na chamada "autonomia privada", corresponsável pela confusão ora comentada, encontramos graus. Portanto, é ocioso estranhar que, no *poder discricionário* haja *liberdade circundada* e na atividade correspectiva talvez nem isto haja. A *esfera de liberdade* conferida no poder de que tratamos não a retira da legalidade, de que é mera modalidade aliás. Reduz-se a aplicação da norma, através de atividade intelectiva e, nem de longe e a despeito das restrições desta, pode ser equiparada à *autonomia privada* ou à liberdade individual, que, aliás, se reduz sob os princípios da reciprocidade e da isonomia e se restringe sensìvelmente no estado de sítio. [1]

8. A *autonomia privada* nunca vem alheia ao critério da mensuração. Sua dimensão, casuìsticamente restringida, ou dilatada, nas leis, pode chegar até a ser reduzida, quando transições políticas justifiquem. Se ela é suscetível de que a entendamos como "liberdade", não é, pois, desmedida. Contudo, na hipótese do poder *discricionário*, o "ser livre" é muito menos, em dimensão, do que essa pretendida "liberdade", de que acabamos de fazer menção.

9. Na autonomia privada, ou à lei cala e a esquematiza por omissão (*quod lex noluit, tacuit*), ou a lei fala (*quod lex voluit dixit*). Em ambos os casos, que faz a lei? Por omissão, ou por ação devolve, ou confere ao fôro íntimo de cada particular a possibilidade de regular-se por meio de regras que provierem de seu fôro íntimo. Mas, o Estado, como é óbvio, não tem tal fôro; é pessoa jurídica e, se, porventura, os indivíduos partícipes dos seus órgãos o têm, não podem, nesta *qualidade acidental*, usar de fôro alheio ao Estado.

Quando uma norma jurídica de Direito Privado declara que ninguém pode ser obrigado a depor de fatos de seu conhecimento em razão de credo, profissão, ou estado, exonera o indivíduo do dever de sigilo. Mas, antes de tudo, esquematiza para êle uma área de "liberdade" que claramente indica a *possibilidade de opção*: escolher entre revelar, ou não revelar segrêdo. De revés, se uma lei declara que o seu intérprete e aplicador pode escolher, entre muitas maneiras constantes de seu texto, uma com que a fará atuar, a *opção* existe. Apenas é *opção imposta*, porque, sem ela, não se cumpre a lei, ou melhor: os ditames do Direito Positivo. No primeiro exemplo, a liberdade é tão grande, que o indivíduo passa a ser o

---

1) Cf. Giannini (*L'interpretazione dell' atto amministrativo e la teoria giuridica dell' interpretazione, passim*, e *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, págs. 12 a 16).

legislador de si mesmo; no segundo, a norma, embora eleita pelo intérprete (que nisto consiste a "liberdade", no *poder discricionário*), flui da lei, pôsto que, como se verá adiante, indiretamente e, portanto, a atividade por ela regida não pode ser *livre*, no sentido de alheia à lei.

O máximo a conceder na discussão do assunto está em que, no exercício de *poder discricionário*, ao agente cabe escolher o ato que é uma das soluções constantes do texto legal. Mas, escolhido o ato, êste obedeceu à lei e, portanto, não veio "livre".

Em síntese: liberdade limitada pelo Direito Positivo à escolha de uma solução constante dêste (Discrição) não é a mesma que liberdade decorrente de a lei despojar-se da sua missão reguladora em favor do fôro íntimo (autonomia privada).

10. A distinção que acabamos de fazer é indispensável. Por ela, retira-se o elemento gerador de confusão, comum nos iniciados em estudos de Direito Público. Além disto, coloca o leitor a par de certos conceitos a que não aderiu nunca, por falta de ocasião, ou, por discreta ignorância, que é, dentre muitas, a mais inofensiva.

11. Separadas, pelas notas, as idéias de liberdade, bem se vê como o comportamento humano, no discricionário, é limitado pela área de liberdade circundada pela lei. E como se passe isto é o de que iremos tratar dentro em pouco.

12. Uma das mais velhas pesquisas acêrca do mecanismo do *poder discricionário*, oferecendo sua contribuição ao conhecimento dos leitores, apresentava, a êsse propósito, as seguintes idéias. Quando a lei vem pejada de expressões e conceitos vagos, êstes devem ser isolados, para sua inteligência e aplicação. Para isto, é de mister ocorra uma *competência específica*, construtiva da discricionariedade, a qual se transforma em *atividade intelectiva*.[2] A competência específica, a que aludia a referida lição, é nada mais, nada menos que atribuição especial para formular uma avalição da *oportunidade* do ato que, comportado na lei, será realizado, em virtude de o agente escolhê-lo como uma das soluções a que o leva o texto legal, segundo uns, observadas as regras abstratas de moral administrativa, ou de boa administração[3] em que o que se espera é o "ótimo" e não assim o meão ou médio.[4] Assim, em suma, deve andar o agente[5] no uso da tal *competência específica*.[5-A]

13. A crítica a ser feita a respeito da interpretação agora resumida, é a de que esta parece considerar sem importância a distinção, necessária em nosso entender, entre *poder discricionário e atividade discricionária*. Se, ainda, o as-

---

2) Bernatzik (*Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, pág. 46) *apud* Giannini (*Il potere discrezionale* cit. págs. 26 e 27).

3) Falzone (*Il dovere di buona amministrazione*, I, *passim*); Bonnard (*Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, na *Revue de Droit Public*, (1911) pág. 363); Hauriou (*Précis de Droit Administratif*, págs. 17 e 53).

4) Cf. Falzone (ob. cit., *passim*).

5) Cf. nota 2 de rodapé.

5-A) Cf. nota 2 de rodapé.

pecto da *avaliação,* que lhe aditamos, pode aparentemente enriquecer a interpretação, acresce de pouco, pois, a *avaliação da oportunidade* de um ato administrativo, pelo agente, é apenas um dos ângulos do assunto. Ademais, muitos escritores e de preferência os franceses falam muito da avaliação da oportunidade.

Em virtude de razões que exporemos dentro em breve, preferimos a expressão *avaliação da tempestividade* do ato administrativo.

14. Dois outros movimentos procuraram, embalde, explicar o *poder discricionário.* Acabaram oferecendo noções a seu respeito, as quais, como se notará já, não correspondem ao esperado.

15. A etimologia pode ajudar o jurista. Mas, não só ela tem êsse prestadio.

De sorte que nunca nos devemos impressionar excessivamente com o étimo de uma palavra, a fim de definir, ou explicar o seu sentido. Sobretudo, porque a semântica pode reduzir o étimo a dado originário imprestável na sucessão. Esta precaução não foi tomada, entretanto, por escritores que, fiados no étimo de *discricionário* (*"decerno, decernere, decrevi, decretum"*), viram no *poder discricionário* relação com o "discernimento" numa área tão "livre", que o reduziram a arbítrio ou melhor ao arbitrário. [6]

16. Do segundo movimento sabe-se que seus autores confundiram, sem conta disto, nem preocupação alguma as idéias de *atividade discricionária* e *atividade administrativa graciosa.*

Todos nós sabemos que o petitório endereçado à Administração pública por qualquer administrado se refere: ou, a) a seu interêsse simples, inatendível; ou, b) a direito; ou, c) a interêsse simples atendível. Aos casos das letras *a* e *b,* em que a concepção da existência de um *direito* entra nas malhas da discussão, os autores antigos costumavam dar à correspectiva solução a designação de *atividade administrativa contenciosa* porque referente a *direitos.* Em oposição ao caso da letra *c* davam a designação *atividade administrativa graciosa.* São designações antigas que têm direta remissão à *função ativa* dos órgãos da Administração pública, em sentido subjetivo (isto é: na acepção de Poder Executivo).

Ora, o único elemento que autorizaria o símile entre a *atividade discricionária* e a *atividade graciosa* está na possibilidade de o agente, nesta, poder atender ou deixar de atender (caráter disjuntivo da norma) não pròpriamente porque a lei prevê as duas soluções, abertas à escolha, mas, porque simplesmente ela não proíbe o atendimento e, assim, êste não fere direito algum e traduz, quando concedido a contento do pedido, *graça, favor, ou mercê* da Administração pública.[7]

---

6) Trata-se de tendência encontradiça na linguagem comum e até na linguagem muito pouco adequada que, por vêzes encontramos em razões de advogados e, lamentàvelmente, em sentenças judiciais. O estudo caracteristico da tendência assinalada é de autoria de Biondi e data de 1931 (*La teoria generale della discrezionalitá nello Stato Moderno,* págs. 203 e segs.).

7) Sôbre o assunto, podem ser lidos os velhos escritores franceses, de que os brasileiros, no Império, foram fiéis repetidores. Vejam-se Uruguai (*Ensaio sôbre o Direito Administrativo Brasileiro*); Ribas (*Direito Administrativo Brasileiro*); Pereira do Rêgo (*Elementos de Direito Administrativo Brasileiro*). Dentre os franceses, para o efeito de que se trata aqui, qualquer dêles, até Berthélemy, o primeiro a interromper uma modôrra de quase um século.

Acontece que o símile é forçado, porque, nas conseqüências, a *atividade discricionária* não gera *favor, graça, ou mercê.* Ao contrário. Gera direito ou traduz, pelo exercício de direito da Administração pública(ou melhor: do Estado) uma modificação de direito, ou uma limitação de interêsses simples dos administrados. Mais ainda. *A atividade discricionária* pressupõe *poder discricionário,* que é legalidade, porque a lei, para o ato escolhido dentro dela, configura assentimento; a atividade graciosa é *legal* só porque o que ela vem a conceder (a título de graça, favor, ou mercê) a lei não proíbe. Tôda esta argumentação, baseada na diversidade das conseqüências das *atividades* inadequadamente identificadas pelo movimento aqui comentado, parece bastante para afastá-lo. [8]

17. O mecanismo perquirido neste capítulo, em verdade, só é suscetível de estabelecer, quando logramos saber qual a *posição do agente do ato discricionário* em relação ao poder correspondente e, sobretudo, à lei que contém êste poder.

18. Nos escritores monográficos, por palavras diferentes, está sempre dito, ou, ao menos, sugerido que, na *atividade discricionária* a *fonte imediata* do ato e o agente e não assim a norma jurídica. E' preciso atinar com êste pensamento, antes de prosseguir. Ao escolher na norma jurídica de conteúdo discricionário um dos equivalentes, o agente elege a solução que entende compatível com o caso a resolver. Dêsse entendimento individual é que resulta a prática do ato. Por isto se diz que a fonte do *ato discricionário* (fonte imediata) é o agente, embora, como é óbvio, a fonte da possibilidade de o praticar (poder discricionário) seja a lei. É, nesta que o intérprete e aplicador (agente), procurando, nas muitas direções que a norma contempla, um ato, exerce *escolha e, desta,* vai à realização. Como se passa isto, é o de que tentaram tratar as duas teorias que iremos resumir e comentar em seguida.

19. A primeira teoria entrevê, no *poder discricionário,* a aplicação legalmente permitida do elemento *volitivo.* Para ela, como ponto de partida, é à *vontade do agente* a quem compita o ato discricionário que se deve a realização dêste. Essa *vontade* reside na escolha (opção) de um dos muitos *equivalentes* constantes da lei. A teoria também apresenta sua classificação das normas jurídicas, na qual entremostra influência da filosofia *Kantista.* Dá-se, quando, tendo em vista a maior, ou menor fôrça-de-*comando,* enumera espécies: a) *"Kategorische normen";* b) *"Disjunktive normen".* Da 1ª classe (letra *a)* participam aquelas com cujo conteúdo de comando não se oferece ao intérprete, aplicador e agente do ato determinar-lhe o escopo (escopo imediato); da 2ª (letra *b)* aquelas em cujo conteúdo de comando se enseja ao intérprete, aplicador e agente do ato *eleger* uma de entre muitas alternativas juridicamente equivalentes. As da 1ª classe acarretam um "juízo ou critério ligado" *("gebundness Ermessen")* e originam um ato vinculado; as da 2ª acarretam um "juízo ou

8) Do movimento participaram: Michoud ("Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire", (1911) nos *An. de L'Université de Grénoble, passim*); Chauveau (*Principes de compétence et de juridiction administratives,* I, págs. 29 a 32); Foucart (*Eléments de Droit Public et Administratiff* I, pág. 174); Vivien (*Etudes Administratives,* I, pág. 120); Serrigny (*Traité de l'organisation de la compétence et de la procedure en matière contentieuse administrative,* I, págs. 29 a 34).

critério livre" *("freie Ermessen")* e originam um dos muitos atos que a norma indica à inteligência e à decisão do agente.

Paramos aqui,[9] porque, no mais, a teoria não nos parece aproveitar ao ponto do assunto de que nos ocupamos neste trabalho, pois, nela, muito se passa a falar em *escopo do ato* (relacionado com o fim legal dêste), por empenho do agente. Ora, sabemos que *escopo* do ato jurídico administrativo é o do produzir efeitos jurídicos. Assim, é, sem dúvida, exata no corpo da teoria, a afirmação de que o *discricionário tipifica,* isto é: oferece *tipos ou classes* de soluções. Mas, isto é *acidental* no estudo do assunto; é até atingível pela intuição, como se vê dos exemplos abaixo.

Apresentam-se-nos duas leis. Uma cuida da inscrição de profissionais e, prevendo minúcias, deixa ao agente do ato consentimento da inscrição margem mínima de discricionariedade (é um tipo). Outra cuida do *visto* a um contrato da Administração Pública, o qual pode ser dado, ou negado com fundamento no *interêsse público* (é outro tipo).[10] Por todo o exposto, urge ponhamos de lado a teoria, passando à segunda.

20. Para uma segunda teoria, há poder discricionário, sempre que a lei deixa ao agente do ato correspondente "uma margem de apreciação da oportunidade" dêsse mesmo ato. Com isto estamos, até ao momento em que o propugnador faz sentir que sua teoria só se aplica nos casos em que a lei é imprecisa e vaga.[11] Equivale a construir fabuloso império para a hermenêutica.

21. A verdade é que eméritos juristas alemães, empenhados em levantar hipóteses para a interpretação de fatos que se passam na mente dos aplicadores de leis referentes ao exercício do *poder discricionário produzem* verdadeiras jóias. Mas, não lograram trazer luz para o que, por natureza, está escondido do mundo exterior, isto é: a fase lógica e a fase psicológica, precedentes da realização de um *ato discricionário.* Disto resulta que a construção dogmática, a despeito de tôda a sua beleza, não trouxe a utilidade que se esperou dela. Por esta razão, pretendemos ter como de bom aviso limitar a tarefa à perquirição de bases para um tentame endereçado ao *objeto,* cuja determinação nos preocupa. É o ao que vamos.

22. Estamos crendo que a noção de poder *discriconário* desponta já de vários passos dêste artigo. Se tal crença é procedente em nós, a verdade é que ela não consola, pois, não basta a noção, quando o conceito é o que se espera, isto é: quando o que satisfaz é indicar a diferença específica em um gênero, apontando o *quid* distintivo.

---

9) Laun (*Das freie Ermessen und seine Grenzen* (1911) e *Kategorische und Disjunktive normen* (1915) *apud* Giannini (*Il potere discrezionale,* cit. pág. 27).

10) Aí entra discricionariedade intelectiva apenas, ou ela é, ainda, a discricionariedade técnica (Cf.: Resta (*La natura dell'ecceso di potere come vizio di legitimità degli atti amministrativi* (1932) págs. 45 e segs.) e Ranelletti (*Le guarantigie della giustizia nella Pubblica Amministrazione,* págs. 360 e 361. Sôbre isto, mas, pela rama, cf., ainda Berthélemy (*Traité elémentaire de Droit Administratif* (10ª ed., págs. 991 e segs.).

11) Jelinek (*Gesetzewendung und Uweckmässigkeiserwägung,* págs. 34 e segs.) *apud* Giannini (*Il potere discrezionale* cit., págs. 34 e 35).

23. No *poder discricionário,* vemos, como seu pressuposto, uma lei. Uma lei que o plasma. É assim que emerge a possibilidade também *legal* de *avaliar,* dentro de uma margem determinada no texto da lei, a oportunidade de soluções possíveis a fim de fazer com que a lei atue. [12] Avaliada a oportunidade de tôdas, é, então, escolhida uma, que vem a ser o *ato discricionário;* é exercido o poder correspectivo. [13]

A vantagem de análise aqui feita reside em, nela, já se ter eliminado a alusão perniciosa a um "poder livre". A avaliação referida nela ocorre "dentro de uma margem *determinada*". Determinada onde? Na lei. Apenas, temos a impressão de que a expressão "oportunidade" deve ser substituída pela palavra "tempestividade". Um ato pode ser *oportuno,* porque adequado à ocasião, e, no entanto, intempestivo, porque destoante do tempo que o justificaria, circunstância que se percebe nitidamente em muitas medidas de polícia de segurança.

24. Realizados os reparos mínimos acima propostos, conceituamos *poder discricionário* assim: possibilidade legal de avaliar a tempestividade de um ato a ser realizado, como uma das soluções equivalentes que uma norma encerra.

25. Apresentar-se-ia agora a necessidade de saber se o *poder discricionário* é *faculdade,* ou implica *dever.* Não cremos que tal esclarecimento seja necessário, onde não se cuida de saber qual a dimensão da vontade, na teoria desta. [14] Quanto à velha questão da liberdade, diremos, apenas, que o exercício do *poder discricionário* é *livre* e *vinculado,* a um só *tempo.* [15]

Êle é livre, em face dos administrados; é vinculado, porém, nas relações internas com as autoridades. Advirta-se, ainda, que a vinculação *interna* pode transformar-se em *externa,* mutação de que a causuística pode oferecer exemplos.

O certo é que, realizado um ato discricionário, por êste responde o órgão realizador. Se, como substância sensível dêste, o indivíduo põe arbítrio no ato, êste não é discricionário e redunda em ilegalidade. É que há entre o indivíduo ou os indivíduos e o *órgão,* um *officium,* função no sentido jurídico-filosófico, a qual consiste em *cuidar* do interêsse alheio (no caso: de interêsse do Estado) exclusiva ou, ao menos, principalmente. E' por isso que o poder discricionário se destina a "função livre", em que o cuidado com o interêsse alheio não obedece a *fórmula rígida,* embora seja circundado na forma que a lei, através de suas palavras, esquematize. Pouco importa que, aqui, a aplicação da norma se escude na inteligência que o agente faz do texto, ou, se abasteça, para aplicá-la em regras *técnicas* (Discricionariedade intelectiva e discricionariedade técnica) obtidas pelo próprio agente, ou de informes de especialistas. Um exemplo ilustrará o que dizemos. É o da *dispensa.* O ônus do serviço militar respeita a todo cidadão. Porém, a hijidez dos soldados é de interêsse público. Ao médico, pois, cabe dizer quais

---

12) Cf. Giannini (*Il potere discrezionale* cit., pág. 52).

13) Cf. Giannini (*Il potere discrezionale,* cit., lug. cit.).

14) Cf.: Falzone (ob. e lug. cits.).

15) Vacchell (*La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso L'autorità,* no *Trattato di Diritto Amministrativo, de Orlando,* III vol., pág. 453); Ranelletti (*Le guarantigie,* cit. pág. 355); Romano (*Diritto Amministrativo,* pág. 41).

os que, embora cidadãos, ficam desonerados, por deficiências de que a natureza os dotou. O médico oferece, aí, elementos para a discricionariedade técnica, necessária, na hipótese, para a discricionariedade intelectiva.

26. O *poder vinculante* é de comando *inabalável.* Assim, a norma que o configura não pode admitir mais do que uma e única solução. Seu intérprete, aplicador e agente deve, para cumpri-la fielmente, realizar o ato a que a solução o conduz. Se outro vier a realizar estará preterindo a *vinculação,* mas não estará forçando a adoção de critério legal algum. Estará, em suma, no campo do *arbitrário,* que é ilegalidade.

27. Compreende-se que o *poder vinculante apresenta* ao observador um sintoma, perceptível até aos alheios ao trato com as leis. Êsse sintoma é a *frontalidade absoluta.* Consiste em colocar o agente diante da lei numa correspondência direta imediata com uma só norma e uma solução única. Por êste motivo, o dever, ou direito, que o ato vinculado cria, extingue, modifica, ou conserva, também só pode ser um *apenas* e não um, entre muitos equivalentes.

28. Quando uma lei prevê várias hipóteses, ou uma hipótese apenas, dando, por seu texto, uma única solução, confere ao intérprete, e aplicador agente do ato correspondente a esta, um *poder vinculado.*

O ato que atende à única solução prevista, ou está mencionado, ou não está mencionado no texto legal. Se está, é aquêle de que cabe realização; se não está, o ato em realização pode ser qualquer, *desde* que atenda *rigorosamente* à única solução prevista na lei. Outra orientação não implicaria na prática de atividade vinculada. Implicaria na prática do arbitrário. Esta explicação serve para demonstrar que, em caso de *poder vinculante, a norma* contém solução única, afastando, desde logo, qualquer vislumbre do optativo. É o que podemos chamar: *vinculação* em *sentido restrito,* para afirmar, a final e, em seguida, que também o discricionário tem vinculação, embora em sentido amplo, pois (e aí está a distinção) o *poder discricionário* é apenas livre quanto à opção do intérprete, aplicador e agente, mas apresenta vinculação em sentido amplo. Tal *vinculação* surge, depois da opção do agente, e, surgida, estabelece entre êste e os administrados atingidos pelo ato escolhido uma responsabilidade genérica que pode referir-se:

1º) ou à reparação civil do dano causado pelo ato, se provado o excesso-de-poder;

2º) ou a sujeição a pena disciplinar, no caso de, com o excesso de poder, haver infração de dever funcional;

3º) ou a sujeição à pena criminal, no caso de, com o excesso de poder, haver infração definida na lei penal como desrespeito a bens fundamentais do homem;

4º) ou às três penas já referidas, sem prejuízo da responsabilização indireta do Estado. Fique, entretanto, o leitor esclarecido de que essa possibilidade remota de responsabilização sòmente ocorrerá, se plenamente comprovado o ex-

cesso-de-poder. Fique também advertido de que vai referida, neste artigo, para que êste culmine com a seguinte e importantíssima distinção, que passamos a apontar:

I — no *poder vinculante* mal exercitado, o excesso de poder e, portanto, a ilegalidade, é *manifestada,* se o agente do *ato vinculado* se afasta da lei que, prevendo uma solução apenas, não logrou ser aplicada com essa nota de *singularidade obrigatória;*

II — no poder discricionário mal exercido, a ilegalidade é *manifestável,* se o agente do *ato discricionário* se afasta da lei que, prevendo pluralidade de soluções, não logrou ver-se aplicada através de uma delas sequer.

É bom notar que, nas duas hipóteses, o arbítrio pode aparecer. Mas, enquanto, na primeira, êle pode emergir pelo simples desprêzo da *única solução constante da lei* (singularidade), na última, êle pode aparecer, se fica demonstrado que nenhuma das soluções constantes da lei foi a escolha pelo agente (pluralidade) e, portanto, a efetivamente levada a efeito é *ilegal.* Esta observação, se não ajuda o leitor a atinar com a diferença precisa entre a *vinculação* e a *discrição,* quando se apresentem ao agente, ajuda-o a distingui-las, quando os efeitos dos atos, sob a primeira e sob a última, não podem beneficiar-se da presunção *juris tantum* de legalidade que justificaria a sua respectiva *executoriedade.* Esta ocorreu também, mas, inadequadamente e no gôzo do privilégio que só lhe admite sindicação *post facto.* Como quer que seja, ainda isto consistiu numa extensão do excesso-de-poder.

29. Procurando resumir idéias, finalmente, observaremos:

1º) na origem, tanto o ato vinculado quanto o discricionário são legais;

2º) se, porém, o agente de um, ou de outro ato, quanto ao primeiro, não obedece à lei, o ato não é legal; se, quanto ao segundo, igualmente não o faz, não se pode falar em *legitimidade,* justificadora da *vis propria,* ainda que efetivamente empregada, sempre no programa do excesso-de-poder.

É o que se deve considerar, doutrinàriamente. A prática tem demonstrado, contudo, que, para muita gente, o excesso-de-poder, no caso de exercício de poder discricionário, resulta dos danos ocasionados. Então, esquecida a *coação legal* que assiste ao Estado, fala-se em *direito ferido,* porque o ato causador do pretendido ferimento é *discricionário.* Escusamo-nos de insistir na dose de sofisma existente na argumentação. O excesso-de-poder, na discricionariedade, não se infere do projuízo causado pelo ato discricionário àqueles que se lhe fazem destinatários; sòmente pode inferir-se da *prova cabal* de que o agente *exorbitou,* isto é: foi muito além da esfera que a lei lhe apresentou ao oferecer-lhe, com a imposição de escolha, uma pluralidade de soluções, da qual nada foi aproveitado.

30. Com as observações do número antecedente, pretendemos ter de finalizar êste artiguete, na persuasão de que, através dêle trouxemos ao tema proposto esclarecimento útil.