PENA DISCIPLINAR — JUSTIÇA DESPORTIVA — ATO ADMINISTRATIVO — AUSÊNCIA DE MOTIVO — MANDADO DE SEGURANÇA

— A falta de motivo invalida o ato administrativo.

— O poder judiciário pode examinar a legalidade da pena disciplinar.

PARECER

I. *A Consulta*

A consulta do Fluminense Futebol Clube desdobra-se em quatro quesitos, assim formulados:

1.º) Constitui penalidade o impedimento do atleta expulso de campo para a participação na competição oficial subseqüente, previsto em o n.º 2 da Deliberação n.º 7-68, do Conselho Nacional de Desportos?

2.º) É legal a aplicação dessa medida mesmo nos casos em que o Tribunal de Justiça Desportiva já absolveu

o atleta expulso, por julgar que não praticou a suposta infração?

3.º) Pode-se admitir que em tal aplicação se configure o exercício de *poder discricionário* por parte do Conselho Nacional de Desportos?

4.º) O fato de tratar-se de matéria disciplinar exclui o cabimento do mandado de segurança contra o impedimento oposto ao atleta nas condições do 2.º quesito?

II. *Exame das questões suscitadas*

1. A competência do Conselho Nacional de Desportos, na matéria de que se trata, é definida nos arts. 12 e 13 do Decreto-lei n.º 5.342, de 25.3.1943, assim redigidos:

"Art. 12. O Conselho Nacional de Desportos pode impor aos atletas profissionais, aos auxiliares e aos árbitros que infringirem suas recomendações e instruções, ou as disposições legais, quando não haja penalidade especial:

a) a multa de cem a mil cruzeiros;

b) a suspensão temporária de suas atividades;

c) a eliminação definitiva das atividades desportivas.

Art. 13. As entidades desportivas são passíveis das seguintes penalidades, que o Conselho Nacional de Desportos aplicará, quando forem infringidas suas recomendações e instruções, ou disposições legais que não estejam de outro modo sancionadas:

a) a multa de cem a mil cruzeiros;

b) a suspensão temporária de funcionamento;

c) a cassação da licença para funcionar."

Os dois dispositivos mantêm entre si patente analogia, e a correta interpretação de cada qual não pode prescindir dos dados fornecidos pelo confronto com outro. Há óbvia correspondência entre as medidas previstas nas letras *a*, *b* e *c* do primeiro e, respectivamente, nas do segundo. Ressalta também a identidade dos pressupostos que, neste e naquele, tornam aplicáveis tais medidas. A diferença reside apenas em que o art. 12 se refere a *pessoas físicas*, e o art. 13 a *pessoas jurídicas*. Varia sòmente, pois, a natureza do *sujeito passivo* das sanções cominadas, mas não a natureza *dessas mesmas sanções*, nem o rol das condições fixadas para a sua aplicabilidade.

2. Isso, por si só, bastaria para fazer certo que, também no art. 12, letras *a*, *b* e *c*, se cuida de *penalidades*. A palavra vem usada no art. 13, para qualificar as providências aí previstas, que, como assinalado, se mostram perfeitamente análogas às do outro dispositivo, sendo até rigorosamente *igual* o teor da letra *a*, em ambos.

Ora, se as medidas contempladas no art. 12 têm a mesma natureza das inscritas no art. 13 — e disso não é possível duvidar — segue-se que, apesar da redação um pouco diversa, o Decreto-lei n.º 5.342 também no art. 12 facultou ao Conselho a imposição de *penalidades* — aplicáveis, estas, aos atletas, auxiliares especializados e árbitros, ao passo que as do art. 13 o são às entidades desportivas. Mas sempre *penalidades*, num caso e noutro.

3. O raciocínio encontra confirmação no teor de um dispositivo do próprio Regimento do CND, baixado pelo Decreto n.º 19.425, de 14.8.45. No art. 6.º, que regula a competência do Conselho, assim reza o inciso XXXII:

"XXXII — impor *penalidades*, nos têrmos dos artigos 12 e 13 do Decreto-lei n.º 5.342, de 25 de março de 1943."

Como se vê, o diploma regulamentar proclamou expressamente a natureza de *penalidade* atribuída a qualquer das providências previstas nas letras *a*, *b* e *c* dos arts. 12 e 13 do Decreto-lei n.º 5.342.

4. Essa mesma conclusão fluiria da interpretação, *ainda isolada*, do art. 12 em foco. Por fôrça dêle, investiu-se de competência o CND para impor certas medidas a quem infrinja "suas recomendações e instruções, ou as disposições legais, *quando não haja penalidade*

especial". Deixemos de lado, por não interessar à demonstração da tese, a questão de saber se a cláusula final, sublinhada, se liga apenas à infração de "disposições legais", ou também à das "recomendações e instruções" do Conselho. Ao menos no tocante à violação de disposições legais, é sem dúvida pressuposto da aplicabilidade de qualquer das providências mencionadas nas letras *a*, *b* e *c* a inexistência de "penalidade especial".

Ora, providência adotável na falta de *penalidade especial* é providência que, lògicamente, só pode ter uma natureza, a mesma daquela outra a cuja inexistência vem acudir. Inexistindo "penalidade especial", aplica-se alguma das medidas substitutivas, que, não sendo *especiais* — isto é, não tendo sido vinculadas pelo legislador a esta ou aquela infração típica —, são, contudo, necessàriamente, *penalidades*.

5. Tudo isso corrobora o que o simples bom senso, ainda sem os adminículos técnicos da hermenêutica, já inferiria do próprio teor das providências vertentes. Multa, suspensão temporária ou eliminação definitiva das atividades desportivas são medidas cuja índole *punitiva* salta aos olhos.

Aliás, em se tratando de infrações — e a prescindir-se das providências tendentes à recuperação do infrator, que aqui não vêm ao caso —, as medidas jurídicas só podem ter uma de duas naturezas: ou visam à prevenção, e constituem medidas de polícia, ou à repressão, e constituem penalidades. Dessa alternativa não há como fugir. No artigo 12 do Decreto-lei n.º 5.342, pressupõe-se infração *já praticada;* por conseguinte, não é de prevenção, mas de repressão, que se cogita; logo, de *penalidades*.

6. Através da Deliberação n.º 7-68, além de exasperar várias das sanções cominadas no Código Brasileiro Disciplinar de Futebol, estabeleceu o CND:

"2. O atleta que fôr expulso de campo pelo árbitro ficará, automàticamente, impedido de participar da competição oficial subseqüente, independentemente da decisão que fôr proferida pela Justiça Desportiva, ao apreciar o fato causador da expulsão".

Impedimento à participação na competição oficial subseqüente é, para o atleta, medida que se resolve em "suspensão temporária de suas atividades". Quer isso dizer que a Deliberação n.º 7-68, em seu n.º 2, consagrou, *particularizando-a*, a providência *genèricamente* autorizada, dentro de certos limites, pelo Decreto-lei n.º 5.342, artigo 12, *b*.

Realmente, a suspensão temporária das atividades do atleta pode, *a priori*, revestir inúmeras formas, desdobrar-se em variadas modalidades. O CND teria competência para especificar, caso por caso, a forma própria, a modalidade cabível, procedendo à *individualização* da penalidade, em relação a cada um dos eventuais infratores. Em vez disso, preferiu o Conselho editar, como projeção da norma genérica, outra norma, de âmbito necessàriamente menor, particularizado, que especifica a forma de suspensão temporária das atividades desportivas aplicáveis a tôda uma série de hipóteses homogêneas. E sem dúvida lhe era lícito, em princípio, adotar êsse procedimento. Resta verificar se, *in concreto*, se terá mantido dentro dos lindes fixados pelo Decreto-lei número 5.342.

7. Antes, porém, cabe aqui uma observação importante. O impedimento à participação na competição oficial subseqüente, constituindo, como constitui, modalidade particular da "suspensão temporária das atividades do atleta", não pode ser excluído da área conceptual de "penalidade". É inconcebível que a espécie seja essencialmente diversa do gênero. Na espécie, o que há são características que se *acrescentam* às do gênero (e formam, no seu conjunto, a *diferença específica*); jamais o contrário.

Não invalida essa conclusão o argu-

mento segundo o qual a Deliberação n.º 7-68 se haveria cingido a estabelecer, em seu n.º 2, uma nova "condição de jôgo", a par das outras já previstas nas regras pertinentes. Inexiste incompatibilidade entre os dois conceitos. Pode-se perfeitamente conceber que entre as "condições de jôgo" se inclua a circunstância de não estar o atleta atingido por determinada sanção, tanto mais quando esta consiste, precisamente, em torná-lo impedido de participar de certo jôgo. Isso não tira o caráter de *penalidade*, de que a sanção se reveste. No caso, o atleta não teria "condição de jôgo" *em virtude da sanção*. A condição seria essa, a de não lhe ter sido imposta a penalidade. Mas daí não se infere que deixe de existir a penalidade *como tal*. Existe, e funciona *também* como *condição negativa* de jôgo.

A suspensão do advogado é, sem dúvida, *condição negativa* do exercício da profissão, durante o respectivo prazo. O advogado suspenso, enquanto o esteja, não pode exercer a profissão. Isso, todavia, não exclui que a suspensão constitua uma *penalidade*, como tal prevista no art. 105, VI, da Lei n.º 4.215. Anàlogamente, o atleta suspenso das atividades desportivas — e a medida contemplada em o n.º 2 da Deliberação n.º 7-68, já se mostrou, nada mais é que uma forma particular de suspensão das atividades desportivas — não pode participar delas, sem que disso se haja de concluir que a suspensão, por ser *condição negativa* de jôgo, deixe de constituir, simultâneamente, uma *penalidade*.

8. Menos relevante ainda seria o argumento de que a Deliberação n.º 7/68 não fêz incluir a providência do n.º 2 no corpo do Código Brasileiro Disciplinar do Futebol.

A natureza de uma norma não varia por estar ela incorporada ou não a êste ou aquêle diploma. Os códigos de direito material contêm grande número de regras processuais, que nem por isso se desprocessualizam. As sanções criminais previstas em leis extravagantes não participam menos da natureza de *penas* do que as inscritas no Código Penal ou na Lei das Contravenções Penais.

Assim também, nada importa que o n.º 2 da Deliberação n.º 7/68 deixe de inserir-se entre os dispositivos de repressão contidos no Código Brasileiro Disciplinar do Futebol. Se o conteúdo é homogêneo aos dêstes, a natureza da regra é a mesma, ainda que não o seja a *sedes materiae*.

9. Voltemos, porém, ao confronto entre o n.º 2 da Deliberação n.º 7/68 e o art. 12 do Decreto-Lei n.º 5.342. É claro que, para valer, o norma *particular* teria de conter-se dentro do âmbito da norma *geral*. O CND pode impor as penalidades cominadas nas letras *a*, *b* e *c* do art. 12 do Decreto-lei n.º 5.342, *se concorrem os pressupostos* por êste fixados.

O art. 12 não facultou ao Conselho a adoção *indiscriminada* e *imotivada* de medidas repressivas. Estabeleceu os marcos dentro dos quais o órgão tem o poder de penalizar as pessoas ali mencionadas. É o que resulta da cláusula:

"... que infringiram as suas recomendações e instruções, ou as disposições legais, quando não haja penalidade especial".

É irrelevante, repita-se, para o desenvolvimento do nosso raciocínio, que a oração subordinada "quando não haja penalidade especial" se tenha de considerar como referente apenas aos casos de infração *a disposições legais*. Admitiremos, para argumentar, essa interpretação. Em tal perspectiva, a atividade do CND está condicionada, alternativamente, à verificação de uma destas hipóteses:

a) infração às "suas recomendações e instruções";

b) infração à disposição legal, cujo preceito não seja sancionado com penalidade específica.

10. Há, pois, um traço comum, indispensável ao exercício, pelo Conselho, da atribuição em pauta: é a existência

de uma infração, ou às recomendações e instruções do órgão ou à disposição legal. Aqui também, aliás, a exegese do texto não faz senão confirmar as conclusões do senso comum. Evidentemente, não se concebe *penalidade* que não pressuponha quebra de algum preceito. Tôda sanção disciplinar decorre necessàriamente da prática de um ilícito disciplinar. Não se pune comportamento lícito. O ponto é por demais óbvio para que se precise nêle insistir.

Por conseguinte, para que a sanção criada pela Deliberação n.º 7/68, em seu n.º 2, seja legìtimamente aplicável, deve repousar sôbre a prática de uma infração. Fora daí, ter-se-á, do ponto de vista filosófico, o absurdo de um *efeito sem causa;* e, do ponto de vista jurídico, a clara exorbitância do CND no exercício da atribuição prevista no art. 12 do Decreto-lei n.º 5.342.

11. Procuremos, então, determinar *a que infração* se liga, como o efeito à sua causa, o impedimento, para o atleta, de participar da competição oficial subseqüente àquele em que foi expulso de campo pelo árbitro.

Não se pode admitir que o *fato de ser expulso* constitua *em si*, para o atleta, infração a qualquer recomendação ou instrução do Conselho. Ter-se-ia de pressupor a existência de uma recomendação ou instrução do CND, dirigida aos atletas, *no sentido de não serem expulsos de campo*. A suposição pelo absurdo que implica, não merece que sôbre ela nos demoremos.

Isso deixa subsistir uma única possibilidade, que é a de ligar-se o impedimento para a competição oficial subseqüente à prática de infração *à disposição legal*. Mas tal infração tampouco pode consistir no *mero fato da expulsão*. A *reductio ad absurdum* valeria também aqui: é inconcebível a existência de disposição legal que determine ao atleta *não ser expulso de campo*.

A infração pressuposta pela regra contida em o n.º 2 da Deliberação n.º 7/68, portanto, só pode ser a *própria infração de cuja suposta prática haja resultado a expulsão do atleta, pelo árbitro*. Ou o impedimento é conseqüência dessa infração, ou não é conseqüência de infração alguma, pois que outra não se concebe.

12. Os atos suscetíveis de acarretar a expulsão de campo são ilícitos definidos em regras expressas, e puníveis pelos órgãos da Justiça Disciplinar, nos limites da competência de cada qual, mediante penalidades também expressamente previstas.

Não seria óbice, no entanto, à edição da norma constante do n.º 2 da Deliberação n.º 7/68 a simples existência de "penalidade especial", prevista no Código Brasileiro Disciplinar de Futebol, para o ato de que haja resultado a expulsão. Não se consumaria, só por isso, violação do art. 12 do Decreto-lei n.º 5.342. Sem dúvida, nos têrmos dêste, consoante já se acentuou, a faculdade outorgada ao CND é a impor as medidas ali previstas aos atletas, auxiliares especializados e árbitros que violarem as suas recomendações e instruções, ou as disposições legais, *não sancionadas com penalidade especial*. Mas ao nosso ver, cabe aqui uma distinção.

Admitindo, como parece razoável, que a expresão "disposições legais" tenha sido usada em sentido amplo, para indicar tôdas as *regras jurídicas* pertinentes, forçoso é concluir que as conseqüências variam conforme a situação hierárquica do diploma em que se ache inserta a regra. Se se tratar de lei, ou de decreto — diplomas emanados de órgãos hieràrquicamente superiores ao CND — então é indiscutível que se exclui a competência dêste para aplicar sanção diversa da cominada na regra. Se, porém, se trata de ato normativo do próprio Conselho — como é o caso do Código Brasileiro Disciplinar de Futebol — a questão muda de aspecto. Como o Conselho tem competência para, em Deliberação, alterar dispositivos do Código — e foi o que fêz, legìtimamente, em os números 1 e 3 da Deliberação

n.º 7/68, nada o impedia de criar, mesmo à margem do Código, outras normas sancionatórias, consagradoras de penalidades *também especiais*.

13. Quer isso dizer que não haveria ilegitimidade na Deliberação n.º 7/68 se, em seu n.º 2, ela se limitasse a cominar, para os autores de infrações suscetíveis de acarretar a expulsão de campo, *outra* penalidade além daquela prevista no Código Brasileiro Disciplinar de Futebol. Seria, pràticamente, a mesma coisa que *agravar* a penalidade neste prevista. Nem se poderia estranhar que tal *plus* viesse a ser impôsto *pelo próprio Conselho*, e não pelo Tribunal de Justiça Desportiva, porque a competência do CND para a aplicação encontraria apoio no art. 12 do Decreto-lei n.º 5.342.

O sistema, portanto, seria o seguinte: ante a expulsão de campo de um atleta, a infração porventura cometida por êste haveria de punir-se com a penalidade estabelecida no Código Brasileiro Disciplinar de Futebol, aplicada pelo Tribunal de Justiça Desportiva, *e mais* com o impedimento para participar da competição oficial subseqüente, infligido pelo CND. Representaria o impedimento uma sorte de *penalidade acessória*, que se somaria à principal, punindo-se assim com maior gravidade o infrator.

14. Todo o sistema descrito, porém, descansa num pressuposto inafastável, que o art. 12 do Decreto-lei n.º 5.342 claramente indica, e que consiste, segundo já se frisou, na *existência de uma infração*. É mister recordar que a expulsão de campo, por si só, não torna certa a ocorrência do ilícito. O árbitro sem dúvida expulsa por ter-lhe parecido que houve infração, e motivos de ordem prática impõem que se reconheça a essa sua valoração — ou antes, ao ato em que ela se exterioriza — *eficácia executória imediata*. A não ser assim, ter-se-ia de interromper a competição, para aguardar-se o pronunciamento do órgão competente da Justiça Desportiva. A esta, contudo, reserva-se o poder de, ao apreciar a matéria, discordar da valoração feita pelo árbitro e negar a infração que êle supusera existente. É claro que, em tal hipótese não se aplicará a penalidade principal, cominada pelo Código Brasileiro Disciplinar de Futebol para a figura ilícita, cuja ocorrência não se reconheceu.

A decisão do Tribunal de Justiça Desportiva, ao negar a infração, não tem a virtude de apagar *materialmente* a sanção já sofrida pelo atleta. É impossível desfazer uma expulsão de campo já consumada. Mas a decisão necessàriamente obsta a produção dos efeitos jurídicos que viriam a decorrer, *ad futurum*, da prática da infração. Não opera no plano material, mas opera, fatalmente, no plano jurídico. E não só em relação à aplicabilidade — que se exclui — da penalidade principal; mas também em relação à aplicabilidade — que igualmente se exclui da penalidade acessória.

Realmente: se a competência para afirmar ou negar a infração pertence ao Tribunal de Justiça Desportiva, e êste a nega, *não ocorre o pressuposto* indicado no art. 12 do Decreto-lei n.º 5.342. O fato de ter-se aí atribuído ao CND competência para impor a penalidade acessória não significa que se lhe tenha atribuído competência também para decidir da existência ou inexistência da infração. No que a isso diz respeito, o Conselho fica vinculado ao pronunciamento do Tribunal. Se o Tribunal declara que não houve infração, negado fica o pressuposto indispensável do exercício, pelo CND, da atribuição prevista no art. 12 do Decreto-lei n.º 5.342. A exatidão dessa afirmativa acha uma contraprova no absurdo da conseqüência a que se chegaria se se afirmasse o contrário: ter-se-ia a imposição de penalidade *acessória* apesar de não imponível a penalidade *principal*.

15. Não se veja motivo de estranheza na circunstância de vincular o CND ao pronunciamento do Tribunal de Jus-

tiça Desportiva, órgão que lhe é hieràrquicamente inferior, quanto à existência ou inexistência da infração. O caso nada tem de singular em matéria administrativa, principalmente em se tratando de órgão, como o Tribunal de Justiça Desportiva, que exerce funções judicantes. Na própria ordem judicial ocorrem fenômenos análogos, bastando lembrar que o Supremo Tribunal Federal, segundo o ordenamento vigente em nosso país, fica vinculado, no julgamento de recurso extraordinário, à solução dada pelo Tribunal inferior à *quaestio facti*, não lhe sendo dado, por exemplo, declarar existente o fato que o outro Tribunal declarou inexistente, ou vice-versa.

Esdrúxulo e aberrante dos princípios seria, isso sim, admitir que o CND se vinculasse à *valoração provisória* feita pelo árbitro da competição, ao expulsar de campo o atleta, mesmo depois que o Tribunal de Justiça Desportiva, no exercício de sua competência, a tivesse dado por errônea. No entanto, é conclusão a que não se poderia fugir, se se aceitasse a incidência automática da penalidade acessória prevista na Deliberação n.º 7/68, n.º 2, ainda nos casos em que o TJD houvesse julgado inexistente a infração. A palavra final, em última análise, *não caberia sequer ao Conselho, mas ao árbitro da competição*, ao qual se teria reconhecido o poder de sobrepor o seu pronunciamento ao do órgão competente da Justiça Desportiva, e de vincular a tal pronunciamento *o Conselho mesmo*.

16. As considerações acima desenvolvidas permitem concluir pela ilegalidade da Deliberação n.º 7/68, em seu n.º 2, na parte em que estende o impedimento ali previsto às hipóteses de julgamento intercorrente do TJD, no qual se haja proclamado a inexistência de infração.

A aplicação da penalidade acessória em tais hipóteses ministraria, com efeito, exemplo gritante de ato administrativo viciado pela *falta de motivo*. É o que nìtidamente resulta de ter o órgão privativamente competente para tal negado o *pressuposto de fato* a que a lei condiciona aquela conseqüência jurídica.

Ora, o corolário da falta de motivo, como ensinam os especialistas na matéria, é a *invalidade do ato*. Veja-se a lição autorizadíssima de WALINE:

"Quand la loi dit qu'une décision administrative doit être motivée, cela doit s'entendre de l'obligation, pour l'autorité administrative, d'expliciter les motifs de sa décision. Ce cas est exceptionnel; mais, *que la loi exige ou no cette motivation expresse, une décision administrative doit toujours reposer sur um motif, c'est-à-dire se justifier par une certaine situation de fait existant au moment où est prise la décision. Et ce motif doit être, dans tous les cas où la décision restreint une situation acquisé ou l'exercice d'une liberté* publique par un citoyen, *un motif légal*, c'est-à-dire exclusivament *un de ceux dont l'existence est exigée par la loi comme une condition nécessaire d'une telle restriction de droit ou de liberté*". (*Droit Administratif*, Paris, 8.ª ed., 1959, p. 436; sem grifo no original).

E, coerentemente, inclui o mestre o "*défaut de motif légal*", entre as causas de *nulidade* (por ilegalidade) dos atos administrativos (v. p. 413 e 414).

17. Essa doutrina perfeitamente se ajusta ao direito brasileiro. De um lado, com ela se conforma, à risca, a nossa própria literatura jurídica:

"... nos motivos ou fundamentos está a razão jurídica com que procede a Administração Pública. A Lei estabelece quando, e em face de que circunstâncias, deve agir a autoridade administrativa. *Se esta age sem motivo legal, o seu ato é inválido*". (SEABRA FAGUNDES, *O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio, 3.ª ed., 1957, p. 88; grifamos).

"O ato é ilegal seja porque os fatos ou situações que se apresentam como devendo condicioná-lo ou determiná-lo são materialmente inexistentes (inexis-

tência material de motivos), seja porque tais fatos ou situações não reúnem os característicos fixados em lei para que possam servir de fundamento ao ato em causa (inexistência legal de motivos)" CRETELA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo do Brasil*, S. Paulo, 1961, vol. III, p. 203).

"O motivo ou causa é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. (...) Em se tratando de motivo vinculado pela lei, o agente da Administração, ao praticar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo, sem o que o ato será inválido, ou, pelo menos, invalidável, por ausência de motivação" MEIRELES, Helli Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, S. Paulo, 1.ª ed., 1964, p. 159).

De outro lado, o *jus positum* mesmo a encampa. A Lei n.º 4.717, de 29-6-65, inclui expressamente, entre os casos de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público, o da "inexistência dos motivos" (art. 2.º, *d*), que se verifica "Quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou jurìdicamente inadequada ao resultado obtido" (art. 2.º, parágrafo único, *d*). Note-se que a lesividade patrimonial não compõe o vício do qual resulta a nulidade: ela constitui apenas o *outro* requisito necessário ao exercício frutífero da ação popular. Para tornar *nulo* o ato, basta a inexistência dos motivos.

18. Se, por outro lado, se considerar que o CND, ao estabelecer a aplicação automática do impedimento, se julgou no direito de *abstrair* do pronunciamento do TJD quanto à ocorrência ou inocorrência da infração, nessa hipótese o que fulmina o ato é o vício da *incompetência*. Com efeito, não havendo regra que outorgue ao CND a atribuição de julgar os atletas pela alegada prática dos ilíticos que o árbitro da competição supôs configurados, não pode o CND adotar qualquer medida que pressuponha a afirmação dessa prática, sem usurpar a competência da TJD, que deu como não praticados os supostos ilícitos.

A bem dizer, a questão da falta de motivo e da falta de competência apresentam-se aqui entrelaçadas. O ato do CND é ato *sem motivo legal* porque, ao praticá-lo, o CND se arroga o direito de agir com desprêzo do pronunciamento de outro órgão que, sendo o único legalmente competente para tanto, negou a existência do motivo; em outras palavras, porque o CND invade a área reservada à competência dêsse outro órgão, admitindo como existente — sem que lhe faculte a lei — o fato que o outro declarou inexistente.

A conseqüência, de qualquer modo, é sempre a mesma: a invalidade da medida.

19. Não há que cogitar, na matéria, do exercício de um *poder discricionário* pelo CND. A *discricionariedade* toca com os aspectos do ato administrativo a cujo respeito a lei concede ao órgão a liberdade de valoração soberana. Ao Conselho, sem dúvida, é lícito, por exemplo, à luz do art. 12, do Decreto-lei n.º 5.342, decidir, *ante a ocorrência de infração*, se convém adotar alguma das medidas ali previstas ("...*pode* impor"), escolher dentre elas a que lhe pareça mais adequada e proceder à respectiva dosagem (fixar *in concreto* a multa, entre os limites estabelecidos no texto; determinar o prazo de suspensão das atividades do infrator. Dentro dêsses limites *e só dentro dêles*, se exercerá o poder discricionário do Conselho.

Não deixou o art. 12 ao CND, entretanto, igual liberdade na apreciação *do motivo* capaz de ensejar a aplicação das sanções mencionadas. O motivo está indicado no texto, e só pode consistir na ocorrência da infração. Sob êsse ponto de vista, a atividade repressiva do Conselho não é discricionária: é *vinculada*. "O motivo, como elemento de perfeição do ato administrativo" — explica HELI LOPES MEIRELES, ob. cit., 159, "pode vir

expresso em lei, como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração". A imposição da penalidade acessória consistente no impedimento, para o atleta, de participar da competição oficial subseqüente, como ressalta de tudo que já se expôs, está manifestamente no primeiro caso.

20. Olhada a questão pelo prisma da competência, a conclusão é precisamente a mesma. Constitui princípio incontroverso na doutriua do direito administrativo o de que o poder da autoridade, no tocante à delimitação da sua própria competência, nunca é *discricionário*, mas sempre *vinculado*. Se não a atribui a norma, a competência não existe, e a êsse respeito não dispõe o órgão de qualquer valoração subjetiva.

"Por aí se vê — é ainda a lição de HELI LOPES MEIRELES — "que a discricionaridade é sempre relativa e parcial, porque, quanto à *competência*, à *forma*, e à *finalidade* do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei dispõe, como para qualquer ato vinculado. Com efeito, o administrador, *mesmo para a prática de um ato discricionário, deverá ter competência legal para praticá-lo;* deverá obedecer à forma legal para a sua realização; e deverá atender à finalidade legal de todo ato administrativo, que é o interêsse público. *O ato discricionário praticado por autoridade incompetente*, ou realizado por forma diversa da prescrita em lei, ou informado, de uma finalidade estranha ao interêsse público, *é ilegítimo e inoperante*. Em tal circunstância, deixaria de ser ato *discricionário* para ser ato *arbitrário* — ilegal, portanto" ob. cit., p. 67; grifamos).

No mesmo sentido, CAIO TÁCITO:

"A regra de competência não é um produto da vontade, mas uma emanação da norma. Não é uma criação subjetiva do administrador, mas um critério objetivo da lei. *Não é, em suma, um requisito discricionário, mas um elemento vinculado*" (*Poder vinculado e poder discricionário, in Revista de Direito da Procuradoria Geral*, vol. 18, p. 4; grifos nossos).

21. Dispõe a Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, no art. 5.º, III:

"Art. 5.º — Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

.....

III — de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial".

Importa precisar com exatidão o sentido da restrição legal. Eis como o expõe SEABRA FAGUNDES, ob. cit. 4.ª ed., 292:

"As ressalvas que a lei refere a propósito do ato disciplinar, bem entendido o seu alcance, implicam em excluir o exame dêle *apenas no que diz com o merecimento, ou seja, no concernente ao seu conteúdo discricionário*" (sem grifos no original).

Assim, inadmissível seria, na matéria, o pedido de mandado de segurança em que se visasse a obter, v. g., a redução da multa acaso imposta pelo CND, por injustamente vultosa. Êsse aspecto da atividade repressiva atribuída ao Conselho é, conforme se assinalou, discricionário, excluindo o contrôle jurisdicional. Não são discricionários, porém, os aspectos relacionados com a *competência* do órgão e com o *motivo* idôneo a provocar o exercício daquela atividade.

22. O art. 5.º, III, da Lei n.º 1.533, *ressalva expressamente* as hipóteses de vício atinente *à competência* e à *forma* do ato disciplinar. Portanto, a adotar-se, na apreciação da matéria, o prisma relativo à competência do Conselho — que, segundo se demonstrou, não abrange o juízo sôbre a existência ou inexistência do ilícito —, desnecessário se torna qualquer raciocínio ulterior para fazer certo que a restrição ao uso do mandado de segurança, no dispositivo em foco, é inaplicável ao problema de que se cuida.

À mesma conclusão há de chegar, to-

davia, quem prefira colocar a tônica sôbre a questão da motivação. Não obstante só se haja referido a lei, *expressis verbis*, à competência e à forma, o intérprete descobre na identidade da *ratio* fundamento bastante para incluir no âmbito de incidência da ressalva os outros aspectos *vinculados* da atividade administrativa, em matéria disciplinar. Foi o que exatamente frisou SEABRA FAGUNDES, no passo acima transcrito.

23. Nem se objete que a parte final do art. 5.º, III, abrindo exceções, repeliria interpretação que a faça abranger hipóteses não expressamente previstas. Falsa seria a premissa: o mandado de segurança é garantia constitucional, que em princípio não se pode afastar onde quer que se reclame direito líquido e certo, lesado ou ameaçado por ilegalidade ou abuso de poder. As *limitações* ao seu uso, consagradas na lei ordinária, é que figuram casos de exceção e devem ser restritamente interpretadas, sob pena de tornarem *inconstitucionais* os textos que as contemplam. A ressalva que se lê no fim do art. 5.º, III, longe de representar *exceção*, muito ao contrário, *restaura a regra*, que o começo do dispositivo pusera de lado.

Afinal, não se trata aí senão da aplicação particular, ao mandado de segurança, do clássico princípio segundo o quol ao Poder Judiciário não é dado apreciar os atos administrativos pela prisma do *mérito*, mas ùnicamente pelo da *legalidade*. Ora, desde que se discute questão relacionada com aspectos *vinculados* do ato *como ocorre na matéria vertente* quer se encare pelo ângulo da competência, quer se ponha a tônica sôbre o problema do motivo —, o que está em causa é precisamente a *legalidade*, e não o mérito. Satisfeitos os outros pressupostos constitucionais e legais, não há como preexcluir, à luz do art. 5.º, III, da Lei n.º 1.533, o contrôle jurisdicional pela via do mandado de segurança.

Assim tem entendido a jurisprudência dos nossos tribunais:

"Se o mandado de segurança argúi ilegalidade do ato disciplinar, deve ser conhecido" (Tribunal de Justiça de S. Paulo, 14.3.1946, *in Rev. dos Tribunais*, vol. 249, p. 287).

"*Embora possa o Poder Judiciário examinar a ilegalidade da pena disciplinar* e mesmo o seu mérito, permanece defeso o reexame da prova" (Supremo Tribunal Federal, 7.12.1967, rec. demand. de seg. n.º 16.579, rel. Ministro TEMÍSTOCLES CAVALCANTE, *in Rev. Trim. de Jurisprudência*, vol., 44, p. 502).

III — *Respostas aos quesitos*

À luz de todo o exposto, respondemos:

a) *afirmativamente*, ao primeiro quesito da consulta;

b) *negativamente*, aos três outros quesitos.

Salvo melhor juízo.

José Carlos Barbosa Moreira, Docente-livre da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.