DOUTRINA

DISCRICIONARIEDADE — FUNDAMENTOS, NATUREZA E LIMITES *

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO**

Introdução. Fundamentos. Natureza. Discricionariedade e os elementos do ato administrativo. Limites da discricionariedade.

Introdução

A Administração atua e só pode atuar debaixo da lei.

A relação jurídica que trava a Administração à lei não é do mesmo tipo da relação que intercorre entre particulares e a norma legal. Em verdade, em se tratando da Administração impõe-se não apenas uma relação de compatibilidade entre o comportamento administrativo e a lei, mas requer-se, demais disso, uma relação de conformidade, de submissão.

Enquanto no direito privado se pode fazer tudo que não seja vedado pela lei, no direito administrativo o Poder Público só pode fazer o que lhe seja permitido por ela. Há, pois, além de uma relação de não-contradição, a exigência de uma relação de subordinação. Em suma: a atividade administrativa é uma atividade subsumida à lei.

Doutores da maior suposição têm conseguido, através de frases luminosas, sintetizar esta idéia, expressando-a — como já o fez Seabra Fagundes — nos seguintes termos: "Administrar é aplicar a lei de ofício." Fleiner, na

* Conferência pronunciada no I Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, em Curitiba, 1975.

** Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Alemanha, nos afirma que "Administração legal é aquela posta em movimento pela lei e exercida dentro do limite de suas disposições." Cirne Lima, o eminente mestre gaúcho, adverte: "Jaz a atividade administrativa debaixo da lei que lhe assinala uma finalidade a cumprir. ... O fim e não a vontade domina todas as formas de administração."

Estas frases verdadeiramente preciosas, estas pérolas condensadoras de sabedoria jurídica já nos indicam um rumo, já nos apontam um norte, ao focalizarem o cerne da problemática jurídico-administrativa. Efetivamente, é ao lume delas que nos devemos perguntar: Se a Administração só pode agir submetida à lei, como surge a discricionariedade? Por que surge? De onde advém o problema?

Ocorre, na feliz expressão de Renato Alessi, o mestre maior, que a lei não pode, *infelizmente,* prever todas as hipóteses e disciplinar com especificidade todos os casos.

Com isto, deixa remanescer ao administrador uma certa margem de liberdade para decidir. E, efetivamente, ao se discutir os fundamentos da discricionariedade, ou seja, desta liberdade decisória, posições divergentes podem ser alinhadas.

Fundamentos da discricionariedade

Pretendem alguns que a discricionariedade resulta de um *deliberado* intento do legislador de conferir liberdade à Administração para que, diante das circunstâncias, diante da situação concreta, determine-se por si própria, a fim de alcançar o melhor resultado tendo em vista certa finalidade legal. Seria, portanto, uma outorga de poder decisório deliberadamente efetuada pela legislação, em proveito e a cargo da Administração, a fim de que esta cumpra o dever de localizar, no caso concreto, o melhor meio de dar satisfação à vontade legal, em face das realidades empíricas ocorrentes.

Esta proposital decisão de conferir liberdade ao administrador decorreria ou da suposição de que o agente administrativo se encontra em posição ideal para apreciação concreta do caso, ou então da convicção de que é materialmente impossível prever todas as hipóteses. Reconhecendo este obstáculo, conferir-se-ia, pois, ao administrador certa margem de liberdade decisória.

Outros radicam a discricionariedade em uma limitação lógica insuperável. Residiria tal limitação na circunstância de que a lei serve-se, o que é inexorável, do veículo de comunicação próprio dos homens, que são as palavras.

E as palavras versam sobre realidades, sobre conceitos, que podem ser de dupla ordem. Conceitos que o eminente catedrático da Universidade de Coimbra, Prof. Afonso Rodrigues Queiró, designou, ao tratar da matéria, "conceitos teoréticos" e conceitos "práticos". Os primeiros se referem às realidades do mundo da natureza, tais os de quantidade, número, de espaço, de tempo. Estes são definíveis, são determináveis, com rigor absoluto, porque dizem respeito ao mundo da causalidade. Outras realidades, entretanto, pertinem ao mundo da cultura, reportando-se, com freqüência, a valores culturais. De conseguinte, o homem, ao tratar delas, serve-se das palavras que, obviamente, rotulam ou abarcam um gênero de realidade que, por si mesma, é irredutível a uma significação unívoca, caso precisamente dos conceitos chamados "práticos". Daí existirem palavras plurissignificativas, pois estão referidas a conceitos plurissignificativos.

Ocorre-me um conhecido exemplo de Hart, em seu *Conceito de Direito,* no qual se encarece a fluidez, a imprecisão, aquilo que os autores de língua espanhola chamam de *vaguedad,* das palavras. O exemplo dado por Hart é o do homem calvo. O que é um homem calvo? Quantos fios de cabelo é preciso que alguém tenha ou quantos fios de cabelo é preciso que não tenha para ser considerado calvo? É clássico este exemplo de Hart, pois vem demonstrar a impossibilidade de uma resposta objetiva.

Mas transportemo-nos para as preocupações diárias do direito administrativo, a fim de buscar nelas demonstrações de conceitos práticos, de significado impreciso. Poderia alguém dizer precisa, exata, rigorosamente o que é moralidade pública ou interesse público a que se referem tantas vezes as normas jurídicas em matéria de poder de polícia?

Qual a significação exata, rigorosa, absoluta, incontroversa, objetiva, portanto, de moralidade, de segurança pública, de ordem pública? A noção de segurança pública ou segurança social é tão elástica que tem servido de instrumento dúctil aos governos de vocação autoritária para acabarem com a segurança individual em nome de uma acepção de segurança pública que se dilata ou se contrai, em função dos padrões políticos prevalecentes, em uma dada época.

São, por conseguinte, as realidades chamadas práticas relativas aos conceitos práticos, aquelas que tornariam impossível ao legislador evitar a existência de discricionariedade, pois na medida em que se referisse às realidades desse gênero teria que se servir de palavras rotuladoras de situações dessa ordem, as quais são irredutíveis a um único sentido. Logo, a discricionariedade seria a resultante de um condicionamento de ordem lógica.

Aponta, ainda, Queiró, uma impossibilidade de ordem jurídica, a saber: converter-se o legislador em administrador, posto que teria, para obstar o surgimento de discricionariedade, que prever caso por caso e dar ordens específicas, determinadas e concretas. *Ergo,* o propósito de elidir qualquer discricionariedade, se implementado, transmudaria a função legislativa em administrativa.

Estas razões costumam ser indicadas como fundamento da discricionariedade. Na verdade, elas convivem, pois não são necessariamente excludentes. Antes, concorrem, freqüentemente, para que surja discricionariedade.

Parece-nos que não se pode fazer opção por uma única dessas fundamentações, seja porque há casos em que o legislador poderia, através de conceitos teoréticos, fixar com precisão absoluta as *circunstâncias exigentes de um dado comportamento,* e, sem embargo, outorga certa margem de liberdade ao administrador ao optar por conceitos práticos, ainda quando, eventualmente, poderia substituí-los por conceitos teoréticos, seja porque outras vezes pura e simplesmente coloca *no próprio mandamento da norma* uma liberdade de opção administrativa, mesmo quando os pressupostos para a prática do ato são indicados através de conceitos do tipo teorético, conceitos objetivamente verificáveis.

Ao ponto em que chegamos, já se pode dizer, sem receio de dúvida, que discricionariedade e apreciação subjetiva caminham *pari-passu.*

Pelo contrário, entramos no reino, no domínio da vinculação — noção antitética, oposta, à discricionariedade — quando é possível a aferição em termos objetivos de uma dada situação a exigir um único comportamento, porque antecipadamente a norma estabeleceu e previu que, dadas tais situações objetivamente reconhecíveis, um só comportamento é admitido.

É verdade que muitos autores contestam, questionam a possibilidade do ato inteiramente vinculado. Para citar apenas, dentre mestres muito ilustres, aquele que é dos grandes renovadores do direito administrativo, menciono o jovem titular de direito administrativo das Universidades de Buenos Aires e La Plata, o Prof. Agustín Gordillo. Discordamos desta opinião mas não nos parece indispensável, agora, maior detença sobre ela.

Nantureza da discricionariedade

Antes de incidir sobre o problema dos chamados elementos do ato administrativo e de estabelecer suas correlações com a vinculação ou discricionariedade, convém investigar a natureza da discricionariedade, isto é, perguntarmo-nos sobre sua essência. Em que consistia ela?

Seria uma operação *lógica* do administrador, *meramente interpretativa,* que demandaria, apenas, para reconhecer a vontade antecipadamente insculpida na lei, um processo racional intelectivo por cuja via se franqueasse o conhecimento, no caso concreto e específico, do querer legal já objetivado em termos precisos, conquanto de identificação difícil?

Seria, pelo contrário, como quer o discípulo do eminente Prof. Marcello Caetano, André Gonçalves Pereira, uma autêntica *integração de vontade legal* realizada pelo próprio administrador, trazendo sua achega pessoal, subjetiva, por força da indeterminação relativa da lei que defere, anatecipadamente, à Administração o encargo de adensar-lhe o conteúdo rarefeito?

Estamos em que esta segunda posição é a correta. Deveras, a discricionariedade começa onde cessa a interpretação. Enquanto houver interpretação está-se desvendando uma vontade, um pensamento estranho, isto é, está-se descobrindo algo que preexiste, reconstituindo um pensamento alheio. A atividade interpretativa de alguém é operação que se propõe a absorver, a desentranhar uma vontade anterior, uma significação já existente, uma realidade previamente dada.

Não é isto que se passa na discricionariedade. Na discricionariedade, efetivamente, o que ocorre é uma antecipada liberação do administrador, estatuída pela norma, para localizar na realidade empírica, segundo juízo subjetivo próprio, pessoal, qual o comportamento mais adequado para satisfazer uma certa finalidade que, entretanto, permanece em determinado nível ou grau de indeterminação; indeterminação essa que é preenchida, precisamente, por esta tarefa não interpretativa, mas volitiva, do agente administrativo. Idéia, aliás, que se coaduna perfeitamente com a formação do direito por graus.

Ficamos, por conseguinte, com a posição segundo a qual a discricionariedade consiste precisamente em haver a lei franqueado antecipadamente, ao administrador, a escolha de alguma dentre várias soluções possíveis, ao lhe conferir liberdade de opção decisória ou ao mencionar pressupostos que não possuem precisão e rigor objetivos, os quais devem ser qualificados, em concreto, pela própria determinação do agente administrativo.

Pode parecer que com esta colocação eu me proponha a caracterizar a discricionariedade em termos que conduzam à mais ampla liberdade para o administrador, assumindo, portanto, uma posição até mesmo perigosa do ponto de vista da política jurídica. Entretanto, a análise científica do direito positivo não se compadece, a meu ver, com uma prévia tomada de posição ideológica, posto que deve ser o resultado puro e simples de um esforço para

reconhecer e localizar a verdade jurídica que nele preexiste, independentemente da inclinação ideológica do intérprete que estude o instituto *a*, *b*, ou *c*.

De outro lado, não creio que esta concepção, a que adiro, conduza a Administração ao desfrute de uma esfera ou margem de liberdade excessivamente ampla que não possa ser contida dentro de limites adequados pelo Poder Judiciário, como logo adiante veremos.

Perguntemo-nos, agora, se há realmente, como querem muitos, um poder discricionário inerente à Administração.

Não me parece exata esta assertiva encontradiça entre os autores de direito administrativo.

Verificamos que mestres merecedores do maior respeito falam em poder discricionário como algo intrínseco à própria Administração, como algo que promanaria naturalmente dela. Para mim, em função da própria colocação que anteriormente se fez, a discricionariedade nada mais é senão o resíduo de liberdade decisória que resulta de uma forma de legislar sobre certa matéria. É mera conseqüência de uma modalidade de regulação legislativa.

A discricionariedade não procede da ausência de norma legal; resulta de uma maneira de legislar, de uma forma de disciplinar, a qual, sem embargo, muitas vezes pode ser necessária, isto é, necessariamente existente.

Não nego absolutamente a circunstância de que, muita vez, seria impossível, sob pena de gravíssimos inconvenientes, legislar sem manter uma esfera residual de liberdade para o administrador. Não é isso que contesto. Afirmo, entretanto, que a discricionariedade não é mais que a margem de liberdade que resulta para o administrador, como subproduto de uma forma de disciplinar dada situação. Donde, não se pode qualificá-la como projeção natural de um poder administrativo, posto que nada mais é além de uma competência deferida pela lei.

Discricionariedade, portanto, para mim, *é a margem de liberdade que resulta da lei, em proveito e a cargo do administrador para que integre, com sua própria vontade, o conteúdo da lei, conferindo-lhe precisão, no caso concreto, à vista das realidades empíricas em função das quais e sobre as quais deve prover, para dar cumprimento à norma legal.*

Discricionariedade e os "elementos" do ato administrativo

Passemos, em seguida, a examinar a discricionariedade em face dos chamados "elementos" do ato administrativo.

Para tanto, sou obrigado a abrir parênteses, uma vez que não concordo, de forma alguma, com a expressão usual: "elementos" do ato administrativo, que não me parece nada feliz.

Todos entendemos por "elemento" algo que compõe, que integra alguma coisa, isto é, uma parte desta mesma coisa. Não considero que o sujeito de alguma coisa possa ser parte dela. O sujeito pode construir, pode produzir algo; mas não é parte do produto, não é segmento dele, em suma, não lhe integra a realidade íntima. Não posso, pois, entender como o *sujeito* do ato administrativo, ou a competência para praticá-lo sejam havidos como elementos dele. O sujeito, a competência são exteriores e externos ao ato.

Não posso, também, e por idênticas razões, aceitar a posição dos que consideram o *motivo* um "elemento" do ato administrativo. O motivo, como bem diz Waline, é um antecedente necessário, anterior e externo ao ato. Ora, se é antecedente, se é anterior, se é externo não pode ser "elemento" do ato. Obviamente, o que é externo a alguma coisa não a integra, não a compõe, não é parte dela.

Em suma, assim como o sujeito não se confunde com o objeto, da mesma forma o motivo não se confunde com o ato. É um pressuposto estabelecido pela lei para a prática de um dado ato, ou é a realidade transcorrente no mundo empírico que deve se ajustar ao pressuposto previsto, antecipadamente, na norma. Portanto, também não posso considerar o motivo, como habitualmente se faz, um "elemento" do ato administrativo, visto que não o integra, não o compõe, sendo, isto sim, a descrição normativa de um fato — ou o próprio fato descrito ou admitido, que autoriza ou exige a prática do ato.

Deixando à parte esta questão, diria que o ato administrativo, a rigor, resume-se àquilo que freqüentemente na doutrina brasileira é chamado de *objeto* do ato, e que, na verdade, é o próprio *conteúdo* dele. A meu ver, Zanobini, com muita felicidade, distinguiu o conteúdo do objeto. O conteúdo é a prescrição do ato, ou seja, é o próprio ato. É a determinação jurídica. Já o objeto é aquilo sobre o que incide o conteúdo do ato. É o fato, coisa ou situação sobre o que o ato versa. Esta posição e esta terminologia de Zanobini parecem-me mais adequadas.

Além do conteúdo, poder-se-ia encontrar no próprio ato, a meu ver, apenas a *forma,* porque esta é seu revestimento exterior; é o modo pelo qual o conteúdo aparece; é a maneira pela qual o ato se revela. Então, conteúdo e forma, poderiam ser admitidos como elementos do ato, caso se queira utilizar tal terminologia. Os demais, não me parece que sejam, propriamente, "elementos" do ato.

Eis, pois, que preferia adotar outra nomenclatura, mas não é este o momento nem a ocasião propícia para discorrer sobre aquilo que eu adotaria em substituição aos chamados elementos do ato administrativo, como critério de análise desta figura jurídica. Antes, se devesse fazer, neste instante, uma opção, ficaria com a lição do meu mestre de sempre, a quem rendo preito de homenagem, aliás, nunca suficiente por mais que o faça. Refiro-me ao Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que examina o tema sob o tópico: "Causas do ato administrativo", colocação esta embasada em formulação de raiz filosófica aristotélico-tomista e que, mais recentemente, vejo utilizada também pelo jovem mestre argentino, Prof. Dromi, titular de direito administrativo em Mendoza, que adota da mesma forma igual sistematização para examinar o ato administrativo, fiel à metodologia de análise das causas do ser, em conformidade com a orientação aristotélico-tomista.

Contra este critério não tenho nenhuma espécie de embargos, conquanto, por razões puramente didáticas, talvez me inclinasse a tratar do problema em outros termos.

Reconhecendo, entretanto, que é hábito da doutrina tratar da discricionariedade em vista dos impropriamente chamados elementos — dê-se-lhes o nome que se lhes queira dar — vamos perquirir se haveria elementos necessariamente vinculados dentre aqueles que a doutrina designa por tal nome e se outros seriam necessária ou apenas eventualmente discricionários.

Consideremos, então, aqueles relacionados. Seriam: a *competência,* que alguns denominam sujeito, a *finalidade,* a *forma,* o *motivo* e o *objeto,* ao qual calha melhor, como se viu, a designação *conteúdo.* Deveria eu acrescentar um sexto elemento, que é a *causa,* concebida nos termos precisos em que a delineia André Gonçalves Pereira, ou seja: a relação de pertinência, de adequação lógica, entre o motivo e o conteúdo.

Todos sabemos que a palavra causa tem sido utilizada, no direito privado e no direito público, nos mais variados sentidos; daí a necessidade de esclarecer a acepção em que está sendo tomada. De resto, não desperta surpresa o dizer-se que há verdadeira "babel terminológica" a propósito dos pretensos elementos do ato administrativo, pois aquilo que alguns designam como motivo outros denominam causa, finalidade subjetiva — isto é, do agente — e assim por diante. Há, inclusive, necessidade de advertir sobre a distinção entre o *motivo* e *móvel,* intenção, propósito, que alguns confundem ou radicalizam inconvenientemente debaixo de uma única expressão. Entre tantos mestres franceses, Waline faz este oportuno reparo ao averbar que o móvel é representação psicológica, ao passo que o motivo é a realidade objetiva, não-subjetiva, externa ao agente.

Considera-se *sujeito* do ato alguém dotado de uma quantidade de poder, atribuição e competência para a prática do ato. O sujeito do ato administrativo, efetivamente, é um elemento sempre vinculado, pois a competência enunciada ou é descrita ou apresentada em termos que permitem objetiva e indisputável verificação de quem dispõe de poder para a prática do ato. Através de puro processo interpretativo, quando necessário algum esforço desta ordem, pode-se reconhecer quem é competente para expedir o ato. No dizer feliz de Caio Tácito, que versou o tema discricionariedade com tanta mestria, competente não é quem quer, mas quem pode, segundo a regra de direito. Portanto, o sujeito é sempre elemento vinculado.

Passemos ao segundo pretenso elemento, o *motivo*. Esclarecerei em que sentido estou utilizando a palavra. Utilizo-a na acepção que lhe outorgam correntemente os autores franceses, todavia, para dissipar dúvidas ou confusões, vou substituí-la com freqüência por outra voz, que parece mais apropriada, a saber: pressuposto do ato. Ainda mais: vou considerá-lo neste instante como *pressuposto de fato,* isto é, situação ocorrida no mundo das realidades empíricas, fato real, dado verificado na esfera das objetividades materiais. Isto, é o motivo.

Não me parece que o motivo ora considerado deva ser definido como pressuposto de direito ou de fato que autoriza ou exige a prática do ato. O motivo de fato é um pressuposto "de fato". Não se confunde, pois, com o motivo normativo, previsto na lei. De resto, o necessário é confrontar — nos casos em que a norma estabelece ou indica o pressuposto de fato — se há correspondência entre o pressuposto de fato e o pressuposto normativo. Cumpre estabelecer o confronto, a correlação entre ambos, para verificar se o primeiro se ajusta ao segundo.

Então, o motivo ou pressuposto de fato, ainda quando a lei se refere a uma situação jurídica dada, comparece para o intérprete como um dado "de fato", ocorrente ou não. Quer-se dizer, a circunstância de alguém ter a condição jurídica de brasileiro, por hipótese, embora seja esta uma qualificação "de direito" conferida a certa situação, surge para o agente como um elemento do mundo empírico, ainda que juridicamente qualificado. Donde, o confronto a que procederá há de ser entre a previsão normativa abstrata do *status* de brasileiro com a situação fática, qualificada, de alguém ser efetivamente portador dela. Este é um dado concreto, objetivado na realidade empírica. Não é, pois, um pressuposto de direito, mas uma realidade "de fato", a ser cotejada com a previsão normativa. Seria o motivo sempre vinculado?

Quando a lei o enuncia, quando ela o declara, este é o pressuposto em vista do qual o ato pode ou deve ser praticado. Sucede que este pressuposto

estará muitas vezes referido a fatos ou situações insuscetíveis de serem reduzidos a uma objetividade incontroversa.

Figuremos um exemplo. Suponhamos que a lei estabeleça a estatura elevada como requisito necessário para que um militar figure em guarda de honra. O que é necessário para que um homem seja considerado alto? Um homem de 1,85m é alto, um homem de 1,60m é baixo. Um homem de 1,80m será alto? Será que a partir de 1,79m ou de 1,78 ou de 1,77 ou de 1,76, deixa de ser alto?

Como o pressuposto legal é impreciso, sua imprecisão refluirá sobre o motivo ou pressuposto de fato.

Há, nestes casos, necessidade da incidência de um juízo discricionário sobre o pressuposto, isto é, sobre o motivo, a fim de se ajuizar sobre quem é alto, embora, como devemos ver, haja limite para enunciação legítima deste juízo.

Desde logo já os indiquei, já os sugeri de certa forma ao dizer que um homem de 1,85m é positivamente alto, de acordo com os padrões existentes em uma dada comunidade, e que um homem de 1,60m positivamente não é alto.

Tornemos, contudo, à questão em foco. Dentro de uma certa margem, no interior de certos limites cujos extremos são averiguáveis pelo Poder Judiciário, há incidência de juízo discricionário, livre, enquanto contido na interioridade destas balizas, por força da fluidez relativa do pressuposto estabelecido pela lei.

Vamos agora contemplar outra hipótese envolvendo noção correntia no direito administrativo, sobretudo em matéria de polícia administrativa. Referimo-nos à noção de moralidade pública. Por via dela, pretendemos demonstrar que a mesma discricionariedade ocorrente a propósito do motivo do ato — e que é, habitualmente, aceita como tal — aparece também no "elemento" designado como *fim* ou *finalidade* do ato. A discricionariedade, em ambos os casos, tem idêntica feição, mas, incongruentemente, é admitida como existente quando ocorre no motivo e não o é quando respeita à finalidade, da qual se diz, sem maiores justificações, que é sempre vinculada.

Figuremos um exemplo prosaico, mas elucidativo. Admitamos que uma norma estabeleça: "Deverão ser expulsos das salas de cinema os casais que se beijarem indecorosamente, a fim de preservar a moralidade pública." Nota-se que o pressuposto da expulsão é a prática de "beijo indecoroso", e que a finalidade é a defesa da moralidade. Pois bem: há beijos a respeito dos quais ninguém questionaria a castidade, a pureza; haverá outros beijos, por tal modo excessivos, que, indiscutivelmente, num dado contexto cultural

de certa época, parecerão chocantes ou afrontosos, se ocorridos em lugares públicos. Mas qual é o ponto, qual é o limite, na gradação entre um beijo do primeiro e do segundo tipo, que descaracteriza o beijo casto e o transporta para a classe do indecoroso? Haverá, na regra jurídica imaginada, elemento suficiente que permita através de um puro juízo lógico interpretativo desvendar quais os beijos que a lei caracterizou como reprováveis? É possível uma adesão capilar a algum sentido preexistente na lei? Terá a norma oferecido ao administrador a possibilidade de reconhecer com exatidão rigorosa aquele beijo tipificável como indecoroso? Dir-se-á certamente: não. O motivo, o pressuposto, no caso, o beijo indecoroso, é noção dotada de certa fluidez donde requerer avaliação que comporta discricionariedade. Ora bem: a noção de beijo indecoroso depende totalmente da noção que tenhamos de moralidade pública. A rigor, é tributária do conceito que se faça de moralidade, que é a própria finalidade do ato. Se for mais elástica a noção de moralidade, graças a isto, muitos beijos serão tolerados e havidos como não indecorosos. Se for mais estrita, os mesmos beijos haverão de ser apodados de indecorosos.

Acaso a noção de moralidade pública é mais sólida, mais firme ou mais nítida que a noção de "beijo indecoroso"? Por que, então, afirmar que o elemento *motivo* envolve apreciação discricionária em hipóteses quejandas e afirmar reversamente que a finalidade é sempre vinculada? A finalidade encampa noções de valor, recobre juízos práticos que, bem por isso, estão ligados a padrões de cultura, donde lhes resultar muita imprecisão. Eis, pois, que a noção de moralidade pública, cuja proteção é a finalidade legítima do ato, apresenta-se tão discricionária quanto a do beijo indecoroso, que é motivo do ato no exemplo dado.

Sem embargo, a doutrina afirma, habitualmente, que o ato administrativo é vinculado quanto ao fim. Não deveria fazê-lo se porventura reconhecer que neste caso o motivo envolve exame discricionário, dada a equivalência absoluta de situações.

Mais coerente me parece a posição de Waline, segundo o qual, nos casos de enunciação legal de pressupostos, há competência "ligada" (*liée*), como se diz no direito francês.

Entretanto, a despeito da coerência, é insatisfatória esta última colocação, pois nos transporta para o domínio da meta *linguagem*. Com efeito: dizer-se que o motivo é *vinculado* ou que o é a *finalidade*, sem que um ou outro possuam conteúdo previamente aclarado significa falar sobre palavras e não sobre significações. Em tal caso elas podem ser manejadas quase que ilimitadamente sem que ganhem utilidade ou préstimo real, dada a rarefação de

conteúdo, contentando-se inconscientemente, quem as usa, com um valor fictício.

Afirmar, diante das hipóteses referidas, que motivo e finalidade são vinculados, mas que admitem apreciação subjetiva do administrador sobre sua significação, é retirar da palavra vinculação sua característica central, degradando-a, em essência, ao significado reconhecido correntemente à voz discricionariedade, com o que só se faz criar equívocos e confusões.

Eis por que não posso aderir à posição que declara ser o ato administrativo sempre vinculado quanto ao fim.

O ato administrativo é sempre vinculado quanto ao sujeito. Poderá sê-lo ou não com relação ao motivo, e à forma, em raros casos no que pertine à finalidade, pelo menos a partir da acepção exata que reconheço à palavra vinculação, porque vinculação e apreciação objetiva caminham *pari-passu.*

Há vinculação quando é possível verificar-se uma capilar concordância entre uma dada situação e uma previsão normativa; quando há um "metro" objetivo, quando há um padrão indiscutível para desvendar a vontade precisa da lei; em suma: quando basta um processo interpretativo para se conhecer a exata maneira de atender ao que foi antecipadamente predisposto com todo rigor pela lei. Ora, as finalidades protegem valores e por protegerem valores, elas, justamente, não são vinculadas, embora sejam, isto sim, vinculantes, como vinculante também é o motivo previsto.

Entendo por vinculante a sujeição a um parâmetro antecipadamente dado, ainda que este possua latitude suficiente para comportar certa liberdade discricionária. Isto é, o administrador, no caso, tem liberdade condicionada a limites previamentes explicitados. É por isso que há necessidade de se examinar qual a amplitude destes limites, os quais circunscrevem a margem de inevstigação subjetiva do agente administrativo. Cumpre perquirir até onde se pode reconhecer a existência de uma fronteira além da qual o administrador terá exorbitado, ou terá se desviado da realidade encampada pela previsão normativa, se transpuser seu campo de demarcação. Por isso, pretendemos chegar, mais além, ao exame dos critérios que presidem ao reconhecimento dos limites em apreço.

Cabe, agora, expor a visão que me parece mais adequada, o tratamento que reputo mais correto do tema discricionariedade. Direi, pois, que, no meu modo de entender, a discricionariedade pode derivar de três elementos:

a) da hipótese da norma jurídica;
b) do mandamento da norma jurídica; e
c) da finalidade da norma jurídica.

Nestes três elementos se manifesta a discricionariedade.

Ocorrerá na *hipótese da norma* quando descansar no pressuposto ou motivo, isto é, quando este for rotulador de situações ou fatos imprecisos, vagos e, em tal caso, designado por expressões insuscetíveis de significação unívoca. Assim também será quando a lei haja omitido a indicação do motivo ou pressuposto. Ao propósito, recordo-me de um exemplo — não estou seguro, no momento, se é de Queiró, se é de André Gonçalves Pereira — que se refere ao poder do Presidente de Portugal para mudar capitais de províncias. *In casu,* a lei não enuncia o motivo que autoriza tal comportamento. Então, há de se supor que o pressuposto legitimador da conduta seja a ocorrência de uma dada situação real, de um acontecimento de fato que possa ser havido como justificador deste procedimento se ditado em vista do interesse público. Há, além disso, discricionariedade na hipótese da norma quando esta omitir o *momento* da prática do ato.

Do mesmo modo, consoante já expus, a discricionariedade pode estar alojada na *finalidade da norma,* posto que a determinação precisa dela, tanto como na hipótese anterior, dependerá de uma avaliação até certo ponto subjetiva, em graus variáveis. Aliás, no exemplo há pouco referido, também a finalidade — e não apenas o pressuposto, então *sub examine* — ficara num grau de indeterminação acentuadíssimo.

Portanto, entendo eu que o juízo de discricionariedade pode incidir ou sobre o pressuposto, ou sobre a finalidade. Entretanto, ela se expressa através *do próprio ato,* ou seja, de seu conteúdo. Ela se realiza, ela se manifesta, no conteúdo, ora em decorrência do juízo sobre o pressuposto, ora como resultado do juízo sobre a finalidade.

Finalmente, a hipótese mais lata de discricionariedade sucede quando é o próprio *mandamento da norma* que a estabelece, ao estatuir que o agente pode atuar de tal ou qual modo ou, simplesmente, não agir.

Citarei, como exemplo, hipótese nada especiosa em que o pressuposto ou motivo está enunciado em termos de objetividade absoluta, porém o mandamento libera o administrador para exercitar uma opção pessoal, definida segundo critério próprio de conveniência e oportunidade.

Se a norma jurídica dispuser que a Administração *pode,* a pedido de funcionário que contar cinco anos de serviço, nenhuma falta e nenhuma anotação depreciativa em sua ficha funcional, converter em pecúnia parte do período de sua licença-prêmio, haverá deferido ao administrador, no próprio mandamento da lei, o poder de decidir pelo deferimento ou indeferimento da conversão aludida. A decisão em causa será fixada em vista de um critério pessoal. Note-se que o pressuposto estava enunciado em ter-

mos de objetividade estrita, a saber: cinco anos de serviço, nenhuma falta e nenhuma anotação desfavorável. O mandamento, todavia, ensejou vaza à discricionariedade, pois abriu ensanchas, deu ansa, à intervenção de um juízo decisório do administrador quanto à conveniência ou oportunidade da medida.

Eis, pois, a colocação pessoal que tenho a respeito da discricionariedade.

Limites da discricionariedade

Vejamos, agora, os seus limites. Consideremos as fronteiras da discricionariedade e os institutos através dos quais se pode controlar ou se tem habitualmente controlado o exercício de atividade pretensamente manifestada a propósito da discricionariedade.

Inicialmente afirmei que há certos conceitos vagos, fluidos e imprecisos, padecentes de certa indeterminação. Mas, como afirma Jellinek, todo conceito, por ser conceito, tem limites. O mais amplo dos conceitos pretende segmentar uma parcela de realidade, das possibilidades lógicas, para indicar um determinado campo de abrangência focalizado pelo pensamento. Este campo de abrangência pode ser discutível, mas há efetiva e necessariamente algum limite.

Genaro Carrió, em seu interessantíssimo trabalho *Notas sobre Derecho y lenguage,* observa com absoluta razão e propriedade que podemos, de cotio, hesitar, duvidar sobre a inclusão ou não de algo dentro no campo de abrangência de um conceito.

Sabemos, ao certo, que algumas coisas seguramente não estão nele contidas ou por ele abrangidas e que outras induvidosamente estão. Existe, entretanto, uma zona cinzenta, uma faixa duvidosa entre estes dois campos extremos, polarizados. Mas, desde que, a par desta zona sombria, penumbrosa, onde proliferam as incertezas, podemos reconhecer zonas de certeza induvidosa, inclusivas ou excludentes de certas realidades — e sem dúvida podemos fazê-lo, caso contrário os conceitos não teriam valor, significação alguma e as palavras não serviriam ao seu único propósito e finalidade que é a de servirem como veículos de comunicação — *ipso facto* temos identificado limites ou confins de significação dos conceitos e das palavras que os recobrem.

Haveremos de admitir, então, que toda palavra tem pelo menos uma zona nuclear, central, onde sabemos quais as realidades abrangidas. E, para além dela, há uma zona totalmente externa que sabemos com segurança

não estar recoberta pela palavra. Entre uma e outra serpeia a faixa intermédia e fronteiriça que é onde vai se localizar a indeterminação propiciatória da discricionariedade produzida pela incerteza verbal.

Sendo assim, desde logo, como todo conceito tem limites, no que pertine ao motivo e à finalidade, sempre podemos identificar uma significação mínima que lhes seja legitimamente imputável e uma área externa em que descabe sua aplicação válida.

Demais disso, esta significação mínima, esta delimitação positiva e negativa, no caso do Direito, nos é fornecida não apenas pela conotação usual ou pela denotação corrente das palavras. Ela é delimitada também por elementos que devemos arrecadar no conjunto das normas jurídicas e que servem para circunscrever mais energicamente a eventual amplitude do conceito abrigado por uma dessas palavras ou locuções de significado fluido. Em outros termos: a compreensão *contextual* delas tem, no mundo jurídico, balizas mais sólidas e mais estritas.

Vou me valer de um exemplo a fim de tornar mais clara minha idéia. Recentemente, tive oportunidade de dar parecer em caso no qual se questionava a possibilidade de o Poder Judiciário apreciar a urgência de convocação extraordinária de sessão de Câmara Municipal, por ato de seu presidente. Dir-se-á: é difícil determinar o que é urgência; parece impossível alcançar, a este respeito, um grau razoável de precisão. Concordaremos todos, apenas, em que se pode caracterizar como urgente uma situação de premência. Mas premência até que ponto? O direito positivo fornece, entretanto, indicações, no caso em tela, que se não solvem por inteiro o problema, se não eliminam qualquer margem de discricionariedade, de qualquer forma permitiram-me reconhecer sua circunscrição a limites razoavelmente estritos.

Conforme acentuei, cumpre examinar, em cada caso, a abrangência do significado das palavras utilizadas para configuração do motivo ou finalidade em função do conjunto do sistema normativo e da fisionomia específica do instituto jurídico em que se alojam. No caso a que ora me refiro tratava-se de convocação de sessão extraordinária, em caso de urgência. De pronto é possível deduzir que se uma sessão está categorizada nesta qualificação tem como suposição explícita o caráter não-rotineiro, a excepcionalidade, a contemplação de fato ou situação que refoge à normalidade, à freqüência previsível, habitual, correntia dos acontecimentos administrativos. Portanto, todos oe fatos assimiláveis à sucessão temática corriqueira da vida municipal não são — dentro da acepção normal das palavras — motivos justificadores de convocação deste gênero de sessão.

Em segundo lugar, o intervalo previsto entre as sessões ordinárias, no município em causa, era de sete dias, logo, a urgência suscetível de desencadear a providência excepcional por força haveria de se circunscrever a situações prementes que, sobre excepcionais, exigissem solução dentro do curto período de seis dias, pena de grave risco, frustração ou perecimento do interesse objeto de cogitação. Eis, pois, que nenhuma situação poderia ser havida como urgente, para os fins em questão, se pudesse aguardar o decurso de seis dias. Em suma: fora da hipótese delineada nos termos referidos, não haveria *juridicamente* urgência capaz de autorizar, com licitude, convocação de sessão extraordinária.

Como se vê, mediante o exemplo dado, ainda que as palavras sejam imprecisas têm, no Direito, uma precisão maior do que se poderia imaginar, desde que não se descure a natureza do instituto a que estão reportadas e os vetores desentranháveis do conjunto do sistema normativo como uma totalidade.

Feita esta observação em que procuramos condensar a limitação natural da discricionariedade ligada à indeterminação relativa das palavras, passo ao exame dos institutos por via dos quais se tem pretendido, na esfera jurisdicional, delimitar as fronteiras da discricionariedade e contê-la dentro de seu quadro de expressão legítima, corrigindo-lhe eventuais excessos.

Sabem os senhores que duas são as teorias que se desenvolveram para retraçar o perímetro da discricionariedade e detectar as distorções e abusos administrativos cometidos sob o abrigo de sua confortadora coberta: a teoria do *desvio de poder* e o *exame dos motivos do ato.* Vou apenas aflorá-las, examinando-as ao lume de palha. Ambas foram, entre nós, examinadas com mestria por doutrinadores dos mais ilustres, como Seabra Fagundes e Caio Tácito.

Vejamos, primeiramente, a teoria do *desvio de poder.*

Valendo-me quase que literalmente da definição de André de Laubadère, diria que há desvio de poder quando um agente se utiliza de uma competência para atingir finalidade diversa daquela em vista da qual lhe foi outorgada dita competência.

Por conseguinte, há desvio de poder quando alguém, valendo-se de uma competência que possui, por via dela atinge um resultado estranho à natureza da competência exercitada.

Este desvio de poder ocorre de um duplo modo: ou há um desvirtuamento completo em relação ao interesse público genérico, — seria o caso de atos praticados com propósito radicalmente estranho a finalidades públicas, por estarem animados por um móvel pessoal, político, ou de perseguição

ou de favoritismo, de que seriam exemplos: remover um vereador funcionário para outra cidade por pertencer à facção partidária oposicionista; desapropriar a casa de alguém por animosidade contra ele; cassar um alvará de funcionamento de casa comercial a fim de beneficiar um amigo, concorrente do comerciante atingido pela medida desfavorável; ou, então, há um desvio em relação à finalidade específica do instituto jurídico utilizado. Neste caso, há utilização de uma competência para atingir finalidade pública que só poderia ser buscada mediante o exercício de outra competência.

Ocorre, então, o que o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello denomina "desnaturamento do instituto jurídico", posto que há desrespeito à sua natureza específica. Portanto, tem lugar indevido de competência atinente a um dado ato, a um dado instituto, para perseguir fim que, eventualmente, seria objetável mediante diverso procedimento, calçado em outra competência pública, instituída em nome de finalidade diversa. Para citar um exemplo, podemos imaginar medida que determine mudança de carteiras de motorista com o fito de obter receita, colhida através de taxas cobradas pela expedição de documentos novos, inteiramente desnecessários, ao invés de servir-se dos meios tributários adequados ao abastecimento dos cofres públicos. Em suma, é óbvio que se militassem motivos ligados ao processo de identificação ou registro dos motoristas, nada impediria a exigência de novas carteiras e a cobrança de taxas correspondentes à atividade expedidora. Porém, se tal mudança for determinada unicamente com objetivos fiscais, terá ocorrido desvio de poder, ou seja, desvirtuamento da finalidade; em uma palavra: utilização de uma competência para alcançar resultado alheio à finalidade dela.

Diferem estas duas modalidades de desvio de poder em que, na primeira delas, há um vício subjetivo e um distanciamento completo em relação a qualquer finalidade pública. Na segunda, é irrelevante se houve ou não vício subjetivo, bastando para caracterizá-lo o fato objetivo de ter sido utilizada uma competência inadequada ao invés da competência própria, tendo em conta que a cada uma delas corresponde uma finalidade específica. Donde, quer haja o agente atuado com boa ou má fé, o vício se patenteia, independentemente do resultado atingido corresponder ou não a um bem jurídico público tutelado pelo sistema. Tudo se resume a um problema de idoneidade ou inidoneidade da competência utilizada em relação ao fim inerente a cada qual.

Além da teoria do desvio de poder, o *controle dos motivos* é outra via pela qual se realiza eficazmente o contraste jurisdicional de atividade administrativa, contendo a discricionariedade dentro de seus limites próprios.

Por meio dele o que se põe em causa, o que se examina é a situação de fato em que se embasou a Administração para a prática do ato. Verifica-se, inicialmente, a materialidade do pressuposto de fato, isto é, se ocorreu ou não o acontecimento em que a Administração se estriba. Confere-se, ainda, se o acontecimento em questão responde ao pressuposto normativo, ou seja, se o fato objetivo subsume-se ao motivo normativo, à prefiguração hipotética contemplada na norma. Casos há em que este exame é de grande simplicidade, ao passo que, por vezes, envolve análise de refinado grau de complexidade. Com efeito, quando o pressuposto legal, o motivo legal é descritivo de situação aferível objetivamente, porque concernente a realidades conceituais teoréticas, não interfere problema de discricionariedade e tudo se resume a um confronto singelo. Quando, entretanto, o motivo legal contempla situações de definição, ou configuração imprecisa, a análise é tormentosa, posto que a predeterminação normativa, prevista na hipótese, admite enquadramento mais ou menos amplo de situações fáticas, da realidade empírica.

Valho-me, ainda uma vez, de um exemplo. Imagine-se regra jurídica que estabeleça direito a internamento em hospital gratuito às pessoas "pobres", ou norma que autoriza a nomeação, para certos cargos, de pessoas "de notável saber". Em ambas as hipóteses os motivos ou pressupostos do internamento no primeiro caso, e da nomeação, no segundo, são descritivos de realidades cuja acepção comporta alguma dubiedade.

Em tais casos, a perquirição jurisdicional necessita internar-se em um exame da "suficiência" do motivo de fato, correspondendo inexoravelmente a uma verdadeira "qualificação" do motivo, pois se trata de aferir se a situação ocorrida ajusta-se ou não àquela que a lei indicou mediante o uso de conceitos carentes de significação objetiva indisputável. É lógico que tal trabalho é de competência jurisdicional, pois consiste em labor interpretativo, mas lógico é também que, sob pena de invadir o mérito do ato, há de se cifrar aos pontos fronteiriços do âmbito de significação das palavras em que já existam sólidas margens de segurança. Não é demais realçar que esta análise do conteúdo das palavras há de ser feita em uma perspectiva contextual, iluminada pelas referências colhidas em a natureza do instituto posto em causa e do ordenamento jurídico considerado em sua totalidade.

Recorro, novamente, a um exemplo de Jellinek. É clássica sua referência à lei alemã que determinava a dissolução de um bando de ciganos. Mas, o que é um bando? Sessenta pessoas certamente constituem um bando, quatro ou cinco, de revés, serão insuficientes para configurá-lo. Mas quinze pessoas bastarão para constituir um bando? Admitamos que sim. Suponha-se,

todavia, que ao se pretender dissolver um grupo de tal porte, um dos ciganos esclareça: "Eu sou o pai de seis filhos, esta é minha mulher, a avó, e os restantes são meus netos, filhos dos que aqui estão." Existirá, no caso, o bando a que a lei se refere como devendo ser dissolvido? Desde que existam, na ordenação jurídica, normas protetoras da família, os quinze indivíduos que em outras circunstâncias integrariam um bando, deixam de apresentar tal caráter.

Trouxe à colação o exemplo, para redemonstrar a importância da compreensão contextual das palavras no Direito e seu adensamento de conteúdo, mais pronunciado que na linguagem leiga, graças a indicações e referências que podem ser extraídas do próprio direito positivo, em função do qual seu grau de precisão pode ser estabelecido em limites mais estritos.

As dificuldades do controle jurisdicional se agudizam quando a lei haja se omitido na enunciação dos motivos que condicionam a prática do ato. Aí jogará papel de relevo a noção de "proporcionalidade" do motivo. Mesmo que a regra jurídica deixe de indicar o pressuposto que libera a expedição do ato, não se deve supor que o agente esteja autorizado a praticá-lo fundado em quaisquer circunstâncias. O sentido, a razão de ser da regra funcionarão como guia para identificação de comportamentos que deturpem a razão de existir da competência outorgada.

Na verdade, a noção de *causa,* a que antes me referi, calha à fiveleta, para o adequado e legítimo controle da validade do ato. Ter-se-á que investigar se há não apenas congruência entre o motivo e o conteúdo do ato, mas se existe uma relação de pertinência lógica, de adequação racional entre o motivo e o conteúdo do ato em vista da finalidade que a regra de direito encampa.

Em suma, parece-me que os limites do controle jurisdicional, realizado com apoio na teoria do desvio do poder ou do contraste dos motivos, sempre vêm encontrar seu balizamento mediante a noção de causa e através de exame da significação mínima contextual das palavras em um dado ordenamento jurídico positivo. Ao lume dos dois elementos referidos pode o juiz se pronunciar; se for além deles estará se substituindo ao administador.

Finalizando, diria que, realmente, fica remanescendo de modo inexorável uma certa margem de imprecisão, de liberdade ao administrador na qual este exercita legitimamente atividade discricionária, embora haja, consoante procure demonstrar, limites mais apertados do que, de regra, se supõe.

Como observação postremeira, a título de conclusão, registro que tudo o que expus se resumiu a um esforço de compreensão do fenômeno da dis-

cricionariedade, tendo, paralelamente, a preocupação de identificar no direito positivo as possibilidades por ele oferecidas a fim de conter a discricionariedade em seu campo de expressão legítima, de tal modo que busquei encontrar o arsenal defensivo existente, em proveito do administrado, para coartar eventuais agressões, eventuais violências e comportamentos injurídicos do administrador público.

NOVOS LANÇAMENTOS DA EDITORA DA FGV

Treinamento em indexação G. Norman Knight	Cr$ 40,00
Taylor e Fayol Benedicto Silva 3.ª ed. (revista e aumentada)	Cr$ 30,00
Da liberdade de expressão — uma antologia de Stuart Mill a Marcuse Nicholas Capaldi	Cr$ 35,00
As Nações Unidas e os problemas internacionais Themistocles Cavalcanti e Outros	Cr$ 25,00
Gerência econômica de estoques e compras Joary Correa	Cr$ 32,00
Educar para o futuro Jean Piaget e Outros	Cr$ 12,00
Da documentação à informática Benedicto Silva e Outros	Cr$ 25,00
Aperfeiçoamento da técnica datilográfica Isaura Braga	Cr$ 60,00
Transporte e objetivos nacionais Edwin T. Haefele (Coordenador)	Cr$ 30,00
Problemas de pessoal na empresa moderna Tomas de Vilanova M. Lopes	Cr$ 30,00
Princípios de psicologia (para cursos superiores) José Alves Garcia	Cr$ 50,00
O município como sistema político Ana Maria Brasileiro	Cr$ 25,00
O papel do homem no desenvolvimento. Reflexões sobre a década de 70 Malcolm S. Adiseshiah	Cr$ 50,00
A política do desenvolvimento na era de Vargas John D. Wirth	Cr$ 40,00

Nas principais livrarias ou pelo reembolso postal. EDITORA DA FGV — Praia de Botafogo, 188 — CP 9 052, ZC-02 - 20 000 - Rio de Janeiro - RJ
Visite uma das livrarias da FGV

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS