Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 5 – janeiro/fevereiro/março de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

"RELATIVIDADE" DA COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

Professor Titular de Direito Administrativo da PUC - SP.

1. Ainda que sejam correntes as expressões "ato vinculado" e "ato discricionário", em rigor, vinculação ou discricionariedade são predicados atinentes aos condicionantes da válida expedição do ato ou ao seu próprio conteúdo. Querem significar, respectivamente, que o agente administrativo está, no que concerne a quaisquer destes aspectos, previamente manietado de maneira estrita pela lei ou que, pelo contrário, por força da dicção normativa que lhe regula a conduta, disporá, em relação a algum ou alguns deles, de certa liberdade para decidir, *no caso concreto*, sobre o modo de atender com a máxima perfeição possível o interesse público entregue a seu encargo.

Quer-se dizer: **não é o ato que é vinculado ou discricionário**; tanto que se costuma afirmar que tais ou quais "elementos" dele são sempre vinculados. Donde, por imperativo lógico, o ato, em si mesmo, nunca o seria, como bem observou VITOR NUNES LEAL (Comentário à acórdão "in" RDA, vol. XIV, pags. 53 e sgs. - out-dez de 1948). Em verdade, discricionária é a ***apreciação*** *a ser feita pela autoridade quanto aos aspectos tais* ou *quais* e vinculada é sua **situação** em relação a tudo aquilo que se possa considerar já resoluto na lei e, pois, excludente de interferência de critérios da Administração.

Em obra monográfica sobre o tema deixamos averbado que:

" *... embora seja comum falar-se em 'ato discricionário', a expressão deve ser recebida apenas como uma maneira elíptica de dizer 'ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou compõem'. Com efeito, o que é discricionária é a competência do agente quanto ao aspecto ou aspectos tais ou quais, conforme se viu. O ato será apenas o 'produto'*

do exercício dela. Então, a discrição não está no ato, não é uma qualidade dele; logo, não é ele que é discricionário, embora seja nele (ou em sua omissão) que ela haverá de se revelar" (Discricionariedade e Controle Jurisdicional - Malheiros Editores, 1992, pag. 18).

2. É a falta desta necessária precisão conceitual o que leva a inúmeras e desnecessárias confusões provocadas pela simplificada linguagem vertida na fórmula "ato discricionário" e "ato vinculado". Com efeito, através dela desperta-se a enganosa sugestão de que existe uma radical antítese entre atos de uma ou de outra destas *supostas* categorias antagônicas. Não é o que ocorre, entretanto, pois a discricionariedade não é atributo de ato algum. É apenas a **possibilidade** - aberta pela dicção legal - de que o agente qualificado para produzi-lo disponha de uma "*certa*" (ou "*relativa*") margem de liberdade, seja para avaliar se efetivamente ocorreram (a) os pressupostos (isto é, motivos) que legalmente o ensejariam, seja para (b) produzi-lo ou abster-se, seja (c) para eleger seu conteúdo (conceder ou negar, expedir o ato "x ou "y"), seja (d) para resolver sobre o momento oportuno de fazê-lo, seja (e) para revesti-lo com a forma tal ou qual. E tudo isto na *medida, extensão e modalidades* que resultem da norma jurídica habilitante e, ademais, apenas quando *comportado pela situação concreta* que lhe esteja anteposta.

Assim, é visível que a noção de discricionariedade não é predicável de um ato propriamente dito, mas da competência que o agente disporá, "in concreto", para proceder a uma avaliação concernente às condições de sua expedição ou conteúdo.

3. É visível, outrossim, que a discricionariedade é sempre e inevitavelmente *relativa.* E é relativa em diversos sentidos. Veja-se:

É *relativa* no sentido de que, em todo e qualquer caso, o administrador estará sempre cingido - não importa se mais ou menos estritamente - ao que haja sido disposto em lei, já que discrição supõe comportamento "intra legem" e não "extra legem". Neste sentido pode-se dizer que o administrador se encontra sempre e sempre "vinculado" aos ditames legais.

4. É *relativa* no sentido de que, seja qual for o âmbito de liberdade conferido, só dirá respeito àqueles tópicos que a lei haja remetido à apreciação do administrador e não a outros tópicos concernentes ao ato, mas sobre os quais a norma já haja resolvido de maneira a não deixar margem para interferência do agente. Assim, "exempli gratia", se a norma disser que a Administração "*poderá* conferir um prêmio de tantos reais ao funcionário que contar com 40 anos de serviço sem nenhuma falta e sem haver sofrido sanção disciplinar alguma", o agente disporá de certa liberdade para expedir ou não o ato atributivo do prêmio, mas não disporá de liberdade nem quanto ao

conteúdo dele (a outorga do número de reais fixado em lei), nem quanto aos pressupostos ensejadores do ato, isto é, seus motivos (o tempo de serviço fixado e a ausência de faltas e sanções). De outro lado, se a lei estatuir que a Administração "*deverá* atribuir um prêmio de tantos reais ao funcionário que no ano de 1996 haja desenvolvido a atividade mais relevante para o serviço público", o agente disporá de certa liberdade para eleger o servidor mais qualificado para recebê-lo, mas não disporá de liberdade nem quanto à expedição do ato atributivo do prêmio, nem quanto ao montante dele.

Vê-se, aí, ao propósito de um *mesmo ato*, o convívio entre vinculação e discricionariedade.

5. A discricionariedade é *relativa*, ainda, no sentido de que, por ampla ou estrita que seja, a liberdade outorgada só pode ser exercida de maneira consonante com a busca da *finalidade legal* em vista da qual foi atribuida a competência. Logo, seja qual seja a extensão da liberdade resultante da regra a ser cumprida, o administrador não poderá decidir-se por motivos particulares, de favorecimento ou perseguição, que isto configuraria "desvio de poder", nem por razões de interesse público diferente daquele contemplado na regra "sub" execução, sob pena de também incidir no mencionado vício. Por isto, SEABRA FAGUNDES, depois de anotar que se a lei prevê que um dado ato deva ser praticado em vista de uma dada finalidade, outra não pode ser com ele buscada, averbou:

> "*Não importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido por divergir da orientação legal*" (O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, Ed. Forense, 5ª ed., pags. 72-73).

Ainda aqui, em relação a qualquer ato, portanto, coexistirão vinculação e discricionariedade.

6. A discricionariedade, também é *relativa* no sentido de que a liberdade deferida pela lei só existe na *extensão, medidas ou modalidades* que dela resultem. Assim, se a lei permitir ou determinar que se atribua um prêmio fixado entre tantos e tantos reais na hipótese tal ou qual, ou que se apliquem as sanções "x" ou "y" a quem pratique as infrações de determinada compostura, uma vez ocorrentes os correlatos supostos normativos, haverá liberdade dentro do campo de alternativas abertas, mas não haverá para outorgar um prêmio inferior ou superior ao mínimo e máximo estabelecidos, nem para aplicar a penalidade "z", diversa, portanto, das sanções "x" e "y" pré determinadas.

Logo, estarão concorrentes vinculação e discricionariedade ao propósito dos mesmos atos.

7. É *relativa*, ademais, no sentido de que a liberdade acarretada pela circunstância de haver a lei se servido de expressões vagas, fluidas ou imprecisas não pode ser utilizada de maneira a desprender-se do campo significativo mínimo que tais palavras recobrem, isto é, das chamadas "zonas de certeza positiva" e "certeza negativa" nem do significado social imanente nas palavras legais das quais resultou tal liberdade. Referimo-nos a expressões tais como "notável saber", "situação urgente", "pobreza", "comportamento indecoroso", "reputação ilibada", "ocorrências que comprometam sua situação econômica", as quais, bastas vezes, são adotadas para caracterização dos motivos que facultam ou impõem a prática de determinado ato.

Isto é, o agente público estará sempre "vinculado" ao campo de certeza positiva e ao campo de certeza negativa abrigado nas palavras em questão, pois não está autorizado a fazer delas uma intelecção desarrazoada, arbitrária, distante do senso comum, liberta do sentido corrente que necessariamente lhes terá de ser reconhecido em dado tempo e lugar.

Assim, também, não poderá atribuir-lhes sentido desligado do contexto em que se aloca e de sua ubicação na lei e na inteireza da ordenação jurídica em que esteja encartada.

Segue-se que a discrição administrativa, relativa a qualquer ato praticado a partir de supostos normativos fluidos estará adstrita a um espaço todo ele circundado de vinculação. Daí havermos, em obra teórica sobre o tema, apostilado:

> "***A discricionariedade ensejada pela fluidez significativa do pressuposto ou da finalidade da norma cingir-se-á sempre ao campo de ineliminá veis dúvidas sobre o cabimento dos conceitos utilizados pela regra de direito aplicanda.*** *Fora daí, não haverá discricionariedade, mas vinculação*" (Discricionariedade Administrativa e Controle Jurisdicional, Malheiros Ed., 1992, pags. 31-32 - grifos do original).

Nota-se, pois, também neste aspecto, que vinculação e discricionariedade se entrelaçam.

8. Cumpre aqui esclarecer um pouco mais esta questão dos conceitos indeterminados e de sua relação com o tema da discricionariedade.

Quando a lei, ao caracterizar o motivo, utilizar-se de conceitos chamados fluidos, vagos, indeterminados, o confronto entre a previsão normativa e a situação fática tomada como base para a prática do ato apresentará as dificuldades inerentes à *imprecisão relativa* do padrão legal, pois o campo recoberto por estes conceitos carecerá de uma linha

demarcatória definida com rigor e precisão indisputáveis. É que, no corretíssimo dizer de RENATO ALESSI, estarão em pauta "*condizioni di fatto suscetibili, oltre che di un accertamento, anche di un aprezzamento, di una valutazione della* ***misura*** *nella quale sussistono*", por se tratar de "*condições que* ***podem subsistir em grau maior ou menor***". O autor exemplifica referindo conceitos como os de pobreza, velhice, estado de necessidade, boa conduta e escasso rendimento (Principi di Diritto Amministrativo, Giuffrè Ed., 4ª ed., 1979, vol I, pag. 236).

Sem embargo, é evidente, que quaisquer destas expressões têm um campo significativo induvidoso *"frente a los cuales nadie vacilaria en aplicar la palabra, y casos claros de exclusión respecto de los cuales nadie dudaria en no usarla*", como registrou com precisão GENARO CARRIÓ, ao tratar dos conceitos indeterminados (Notas sobre Derecho y Lenguage, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, pág. 29). Há, pois, o que FERNANDO SAINZ MORENO chamou de "zona de certeza positiva", ao lado da "zona de certeza negativa": "*el de certeza positiva (lo que es seguro) y el de certeza negativa (lo que es seguro que no es)*" (Conceptos Juridicos, Interpretacion y Discricionariedad Administrativa, Ed. Civitas, Madrid, 1976, págs. 70-71).

9. Registre-se que, para alguns, como GARCIA DE ENTERRIA, em afinamento com a mais moderna doutrina alemã, a fluidez destes conceitos **nada tem a ver com a discricionariedade**. Esta zona de dúvidas terá de ser dissipada pelo *próprio juiz*, pois sua indeterminação só existirá em abstrato. Conforme diz :

> *"... no obstante la indeterminacion del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicacion ..."* já que *"al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias es claro que la aplicación de tales conceptos ala calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto: o hay buena fe o no loa hay; o el precio es justo o no lo es; o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado.* ***Tertium non datur****. Esto es el esencial del concepto indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una 'unidad en cada caso"* (op. cit., vol. cit., págs. 433-434).

Outros - e é o ponto de vista que adotamos - admitirão que embora caiba ao Poder Judiciário tentar reconduzir os casos concretos a uma zona de certeza (positiva e negativa) casos haverá em que tal procedimento só será possível *até um certo ponto,* além do qual as dúvidas são ineliminâveis e o juízo administrativo haverá de prevalecer, por ser o administrador o encarregado de sopesar com exclusividade as circunstâncias do caso, ante a impossibilidade do juiz pretender que a intelecção dada pela autoridade administrativa desbordou dos limites do direito - ressalvada sempre a hipótese de identificação de desvio de poder.

10. Nota-se, pois (seja qual for a posição que se adote na matéria) que, de toda sorte, ao Judiciário caberá, quando menos, verificar se a intelecção administrativa se manteve ou não dentro dos limites do razoável perante o caso concreto e fulminá-la sempre que se vislumbre ter havido uma imprópria qualificação dos motivos à face da lei, uma abusiva dilatação do sentido da norma, uma desproporcional extensão do sentido extraível do conceito legal ante os fatos a que se quer aplicá-lo. É que, como diz LAUBADÈRE, reportando-se à jurisprudência francesa, a autoridade jurisdicional se reconhece o direito *"não apenas de perquirir se os motivos legais realmente existiriam, mas, ainda, se eram* ***suficientes*** *para justificar a medida editada e se a gravidade dela era* ***proporcionada*** *à importância e às características (... dos fatos ...) que a provocaram"* (op. cit., pág. 508, nº 914).

Assinale-se que o Judiciário brasileiro - e há mais de cinqüenta anos - não se correu de averiguar se o motivo indicado mediante conceitos imprecisos ("valor histórico ou artístico" de dado bem) existia ou não, apurando-o mediante juízo pericial, em caso no qual se contendeu a procedência deste pressuposto fático para um tombamento (RDA, vol. II, fasc. I, 1945, págs. 124 e segs.).

11. Finalmente, a discricionariedade é *relativa*, no sentido de que, ainda quando a lei haja, em sua dicção, ensanchado certa margem de liberdade para o agente, *tal liberdade poderá esmaecer ou até mesmo esvair-se completamente* diante da situação em concreto na qual deva aplicar a regra. É dizer: ante as particularidades do evento que lhe esteja anteposto, a autoridade poderá ver-se defrontada com um caso no qual suas opções *para atendimento do fim legal* fiquem contidas em espaço mais angusto do que aquele abstratamente franqueado pela lei e pode ocorrer, até mesmo que, *à toda evidência,* não lhe reste *senão uma só conduta idônea para satisfação do escopo normativo*, por não ser comportada outra capaz de colimar os propósitos da lei em face da compostura da situação. Em síntese: a discrição ao nível da norma é condição necessária mas nem sempre suficiente para que subsista nas situações concretas.

A razão disto está no seguinte. A lei, como é óbvio, almeja a adoção do comportamento capaz de atender o interesse público da maneira mais satisfatória. Ora, se a norma de direito sempre tipificasse em termos rígidos a conduta do administrador - inibindo-o de avaliar e tomar em conta a particularidade das situações - ao ser aplicada, dada a variedade e compostura polifacética da realidade empírica, em vez de bem acudir aos interesses e finalidades pretendidos, resultaria em desatendimento ou mau atendimento deles. Assim, exatamente por pretender a solução adequada para a circunstância, é que a lei, nas hipóteses em que comporta discrição, está redigida em termos aptos a conferir ao administrador - que é quem está acercado das individualizadas situações concretas - o encargo de apurar o modo correto de implementar o escopo legal. Segue-se disto que a variedade de soluções comportadas em lei outorgadora de discrição, não significa que

repute quaisquer delas igual e indiferentemente adequadas para todos os casos de sua aplicação; *logo, não significa que o administrador está liberado para adotá-las indiscriminadamente perante quaisquer casos*. Significa exatamente o contrário. Ou seja: significa que considera algumas adequadas para certos casos e outras para outros casos, *a serem deslindados à vista das situações concretas*, razão porque necessitou apresentar alternativas ou um leque delas. É, certo, pois, que o administrador, ao decidir-se, está inexoravelmente obrigado a eleger o comportamento cabível "vinculado" à compostura do caso.

12. Veja-se: se a lei admitir, no caso de infrações a regras de trânsito, aplicação de sanções tais como advertência, multa, suspensão do exercício da atividade, e cancelamento da licença para dirigir, sem especificar quais delas aplicar-se-ão a tais ou quais comportamentos infracionais, à toda evidência o administrador não poderia aplicar esta última, a mais grave delas, a um motorista que, permanecendo na direção do veículo, houvesse estacionado em local proibido. E, se estivesse apenas tentando manobrar para efetuar dito estacionamento, é óbvio que mais não caberia senão uma simples advertência. Finalmente, se o ato de estacionar houvesse se efetuado para recolher pessoa que acabara de se acidentar no local e que demandava cuidados para seu transporte, *nenhuma sanção poderia ser aplicada.*

O que se vem de dizer deixa claro que, no primeiro exemplo, o administrador **não teria discricionariedade** para aplicar a sanção nele cogitada; de que, no segundo, estaria "**vinculado**" a fazer uma simples advertência e, no terceiro, "**vinculado**" a abster-se de produzir qualquer ato sancionatório. Ora, isto demonstra duas coisas, a saber:

> *a) uma, a de que a situação concreta **afunila** o campo de liberdade abstratamente aberto na lei e **pode eliminá-lo** por completo e, conseqüentemente,*
>
> *b) outra, de que o Judiciário, a instâncias do interessado, pode e deve analisar amplamente as circunstâncias de fato em vista das quais a Administração expediu determinado ato "'sub color' de exercitar discrição comportada pela dicção normativa", **para conferir se, "in casu", houve ou não e em que termos o afunilamento ou eliminação da discricionariedade hipoteticamente prevista**, sem que nisto haja qualquer invasão do campo discricionário do agente, mas pura e simples investigação da legalidade de seu comportamento. Com efeito, tratar-se-á aí de averiguar se houve correta subsunção do fato à hipótese ensejadora do uso da discrição, porquanto esta só poderia persistir e ser utilizada em sintonia com a finalidade abrigada na lei ao presumir a liberdade de avaliação.*

13. Do que foi dito resultam também duas outras conclusões indissoluvelmente ligadas; a saber: *Não se pode examinar a existência de discricionariedade ou de sua extensão buscando-a simplesmente no exame da lei que porventura a contemple porque é imprescindível analisar o caso concreto, pois a discrição ao nível da norma é apenas uma condição necessária, mas não suficiente, para que irrompa ou para dimensionar-lhe a extensão.*

São precisamente estes pontos importantíssimos que ficam escamoteados ao se falar simplificadamente em "ato discricionário" e em "ato vinculado". É que ditas fórmulas, como se procurou demonstrar, induzem a uma errônea compreensão do fenômeno jurídico em causa, distorcem-lhe a fisionomia, obstaculam seu entendimento e ocultam aspectos capitais dele. Daí que terminam por induzir a conclusões inteiramente falaciosas das quais resulta o danosíssimo efeito de arredar o Poder Judiciário do exame completo da legalidade de inúmeros atos e conseqüente comprometimento da defesa de direitos individuais.

Se tal risco é menos evidente em face de exemplos como os aventados - pois foram adrede compostos para exibir situações em que intuitivamente aceitar-se-ia, de imediato, o cabimento da correção judicial - não o é na grande maioria dos casos cuja fisionomia não tenha, por si, a mesma força aliciante, já que a tradicional referência a "ato discricionário" atrairia o espírito para o mero exame da dicção legal e para sua insidiosa resultante, qual seja: a de que se a lei conferiu discrição, "o ato possui tal caráter" e o Judiciário não pode interferir, pena de estar se substituindo ao administrador e sonegando-lhe uma liberdade que a lei lhe outorgou.

Não há como esquivar-se a equívocos de tal monta sem ter da discricionariedade uma noção *teoricamente* correta. Não há como correr-se de erronias na matéria sem se aperceber que a discricionariedade na regra de direito é apenas uma suposição, pois *só irrompe* ante o caso concreto, *só se revela e se dimensiona à vista dele* e que, de conseguinte, o juiz necessita investigar os fatos precisamente para aferir se existia, "in casu", real consonância entre aquilo que a lei tinha em conta e em mira e aquilo que o ato efetuou.

14. Seria enganoso supor que este tipo de exame implicaria agravar a liberdade conferida pela lei ao administrador. Passa-se que a liberdade que a regra lhe enseja nada tem a ver com a *autonomia da vontade*, própria do direito privado, segundo a qual o sujeito age se quiser e conforme queira, contanto que não transgrida a lei. A "liberdade" do administrador na discrição é de outra natureza, porque assentada em outros fundamentos e animada por outro escopo, visto que concerne ao exercício de uma função: a administrativa. Donde, por ser função, o que está em pauta é a irrogação *de um poder a ser exercido à conta de dever e no interesse alheio*; "in casu, o da coletividade. Trata-se, pois, de um poder-dever, como muitas vezes se diz, ainda que melhor coubesse a expressão "dever-poder", pois este último tem caráter instrumental,

constituindo-se apenas e tão somente no meio necessário para o atendimento do encargo de bem curar o interesse público.

Acresce que a discrição não existe ou foi concebida como um objeto de culto ou como categoria encastelada no mundo abstrato das normas, mas como recurso operacional cujo préstimo óbvio é o de habilitar o administrador para resolver eficazmente questões ubicadas na realidade empírica, logo, impregnadas com toda sua polifacética riqueza e o colorido peculiar a suas infindas variedades e que, bem por isto, nunca se apresentam com a nudez esquemática de que se compõem as figuras do universo normativo, mas surgem encharcadas das circunstancialidades próprias da vida real.

Assim, a franquia da norma não existe para proporcionar ao agente um desfrute, um proveito, uma ampliação de sua esfera pessoal de liberdade, mas *unicamente para ensejar-lhe a adoção do comportamento que, "in concreto", seja especificamente o mais adequado ao implemento do interesse público em causa.* É que, como disse CIRNE LIMA, em magistral construção:

> *"O fim - e não a vontade - domina todas as formas de administração*" (Princípios de Direito Administrativo, 5ª ed., Ed. Rev. dos Trib., 1962, pag. 22) .
>
> E mais:
>
> "*Na administração, o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade*" (op. cit. pags. 51-52).

Em suma: no reino do direito privado, a vontade é comandante, no do direito administrativo é serviente. Daí decorre que, na frase lapidar de CAIO TÁCITO, que nunca nos cansamos de reproduzir:

> "*A regra de competência não é um cheque em branco*" (Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 1975, pag. 5).

Logo, toda vez **que for possível** demonstrar que o ato praticado não era o idôneo para atender ao interesse que a lei tinha em mira, seja porque os supostos da lei não se encontraram reproduzidos ou suficientemente retratados na realidade empírica - **nada importando que tenha sido expedido com base em norma ensejadora de discrição** - seja porque o escopo da lei era diverso daquele a que o ato aportou, cabe correção judicial dele. E cabe porque aí não se estará ajuizando sobre o que é conveniente e oportuno, mas sobre o que a lei deveras ensanchava ao administrador, ou seja, **sobre legalidade propriamente dita**.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "RELATIVIDADE" da Competência Discricionária. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 5, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Texto publicado originalmente na Revista de Direito Administrativo, vol. 212, págs. 49/56; Revista da Faculdade de Direito de S. Bernardo do campo, vol. 4, dez/1998, págs. 45 a 52.