

VII. VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE. NOÇÃO E CONCEITO. LIMITES. APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. MÉRITO DO ATO. CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

Os atos¹ da AP podem ser:

- a) Vinculados e
- b) Discricionários

- a) Vinculados

Não há margem de apreciação subjetiva para a AP;

A AP não dispõe de liberdade alguma na sua atuação, pois a lei já regulou antecipadamente, em todos os aspectos, o comportamento a ser adotado.

Atos vinculados são aqueles em que, por haver prévia tipificação legal do único comportamento possível da AP em face da situação prevista na norma, a AP, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Ex:

Aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade – a AP não tem liberdade alguma em relação à prática do ato; se o funcionário completa 70 anos, o PP é obrigado a aposentá-lo.

Licença para edificar – a lei prevê os requisitos objetivos que alguém deve preencher se desejar construir num imóvel; se o particular obedecer aos requisitos legais, solicitando alvará de licença para edificação, a AP deve deferir o pedido.

¹ Como lembra MJF, as expressões “ato vinculado” e “ato discricionário” não são tecnicamente corretas, pois na verdade o que ocorre é que, em regra, alguns aspectos de cada ato são vinculados ou discricionários, não o ato propriamente dito.

c) Discricionários

A lei deixa certa margem de liberdade de decisão para a AP diante do caso concreto²;

A autoridade optará por uma dentre várias soluções possíveis;

A adoção de uma ou outra solução é feita pela autoridade segundo critérios de conveniência³ e oportunidade⁴;

MJF – A essência da discricionariedade reside numa atuação de vontade em que a autonomia do aplicador da norma é limitada pela necessidade de realizar certo fim. Seu núcleo reside numa avaliação de oportunidade que conduz à eleição de uma dentre diversas alternativas possíveis.

A lei deixa ao administrador certa liberdade para decidir face as circunstâncias concretas do caso, de forma que este deverá escolher o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa realizar.

Ex:

Autorização de porte de arma – a AP examina se no caso concreto convém ou não atender o pedido do particular; a lei não obriga o PP à prática do ato;

Multa prevista para infrator de norma administrativa, com variação entre mínimo e máximo preestabelecidos em função da gravidade da conduta – há margem de apreciação subjetiva

² Há quem defenda na doutrina atual não ser correta a dicotomia *ato vinculado* e *ato discricionário*. Diz-se que o que há na verdade são diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. O ato administrativo deverá sempre observar os lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático.

³ Segundo MJF, “conveniência” significa a possibilidade de determinar o conteúdo de certa providência;

quanto ao teor da gravidade dela; deve-se ater, todavia aos limites da razoabilidade.

O que se afirma na doutrina é que nenhum ato é totalmente discricionário, pois pelo menos com relação à *competência* será sempre vinculado.

A lei sempre indica quem é a autoridade competente para a prática do ato. Aí há vinculação.⁵

A discricionariedade implica em liberdade de atuação nos limites traçados pela lei. Discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal.

Se a AP ultrapassa esses limites, sua atuação passa a ser arbitrária, contrária à lei. Neste caso, há *arbitrariedade*⁶.

ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE

A fonte da discricionariedade é a lei⁷.

A discricionariedade só existe nos espaços deixados pela lei.

Nesses espaços, a atuação livre da AP é previamente legitimada pelo legislador.

Ao agir discricionariamente, o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade, cumprindo a determinação normativa de escolher o melhor meio de dar satisfação ao interesse público, com base num juízo de conveniência e oportunidade.

⁴ Para MJF, “oportunidade” consiste na ponderação quanto ao momento em que determinada providência deverá ser adotada;

⁵ No ato discricionário poderá haver vinculação também em relação à *forma*, ao *motivo*, à *finalidade* e ao *objeto*.

⁶ Assim, na discricionariedade, o agente se comporta dentro dos limites permitidos pela lei para determinado ato. Se o agente se comportar fora do que a lei lhe permite, a atividade deixa de ser discricionária e passa a ser arbitrária.

⁷ A discricionariedade nunca é total. Alguns aspectos são sempre vinculados à lei.

Onde é possível localizar-se a discricionariedade?

CABM - A lei pode deixar margem de liberdade de apreciação para a AP quanto:

- 1) ao momento da prática do ato;
- 2) à escolha entre agir e não agir
- 3) à forma do ato
- 4) ao motivo do ato
- 5) finalidade do ato
- 6) ao objeto/conteúdo do ato.

Tem-se, assim, o seguinte:

1. *momento* da prática do ato

Se a lei nada estabelece a respeito do momento da prática do ato, a AP escolhe o momento que lhe parecer mais adequado para atingir a consecução de determinado fim.

2. *escolha entre o agir e o não agir*

Se diante de certa situação, a AP está obrigada a adotar determinada providência, a atuação é vinculada;

Se ela tem possibilidade de escolher entre atuar ou não, existe discricionariedade;

Ex:

Ocorrência de ilícito adm – a AP é obrigada a apurá-lo e a punir os infratores⁸ - vinculação;

Realizada uma licitação, a AP pode ter de optar entre a celebração do contrato ou a revogação da licitação (art. 49 LL), segundo razões de interesse público devidamente demonstradas – discricionariedade;

3. quanto aos *elementos* do aa: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade

Sujeito

Quanto ao sujeito, o ato é sempre *vinculado*;

Só pode praticá-lo aquele a quem a lei conferiu competência;

A lei sempre indica, de modo objetivo, *quem é competente* para a prática do ato administrativo

Finalidade

Na doutrina geralmente se diz que há vinculação quanto à finalidade, no sentido de que a finalidade de qualquer ato administrativo deve ser sempre e obrigatoriamente um interesse público.

Deve-se, todavia, ter cuidado com tal afirmação. A finalidade tem dois sentidos: um amplo e um restrito.

Em sentido amplo, a finalidade do ato adm corresponde sempre a um interesse público;

Em sentido restrito, corresponde ao resultado específico que decorre, explícita ou implicitamente da lei, para cada aa.

Tomado o sentido amplo, de finalidade como busca de um interesse público, há *discricionariedade*, porque, nesse caso, a noção de “interesse público” é vaga e imprecisa.

CAMB – A qualificação do interesse público comporta certa margem, delimitada, é certo, de juízo discricionário.

A noção de “interesse público” depende, em certa medida, de apreciação subjetiva, ou seja, de uma investigação que definitivamente não é absolutamente objetiva.

Em sentido restrito, de finalidade como resultado específico visado pela lei para cada ato, a finalidade é sempre *vinculada*.

Para cada aa previsto na lei há uma finalidade específica que não pode ser contrariada.

Ex: A finalidade do ato de remoção *ex officio* é atender à conveniência do serviço; se a remoção for utilizada com a finalidade de punir o agente, passa a ser ilegal.

⁸ sob pena de condescendência criminosa – art. 320 do CP

Forma

Quanto à forma, em geral os atos são vinculados, porque a lei previamente a define;

Ex: ato normativo do Chefe do Executivo – forma de decreto;

A lei, todavia, pode prever mais de uma forma possível para praticar o mesmo ato, caso em que existe discricionariedade;

Ex: a ciência de determinado ato ao interessado, a qual pela lei pode ser formalizada por meio de publicação em Diário Oficial ou de notificação direta.

Motivo

Motivo, aqui, é tomado como pressuposto de fato que antecede a prática do ato.

Quanto ao motivo o ato pode ser vinculado ou discricionário.

Será vinculado quando a lei, ao descrever o motivo, utilizar noções precisas, conceitos matemáticos, que não dão margem a qualquer apreciação subjetiva.

Ex:

Haverá aposentadoria compulsória do servidor que completar 70 anos de idade;

Fará jus à licença-prêmio o funcionário que completar 5 anos de serviço, sem punições e sem ultrapassar certo número de faltas justificadas;

Será discricionário quando:

a) a lei não o definir, deixando-o ao inteiro critério da AP;

Ex: exoneração *ex officio* de pessoa nomeada para cargo de provimento em comissão – não há qualquer motivo previsto na lei para justificar a prática do ato

b) a lei define o motivo utilizando noções vagas, os chamados *conceitos jurídicos indeterminados*, que deixam à AP a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência adm.

Ex:

Ocorre quando a lei manda punir o servidor que praticar “falta grave” ou “procedimento irregular”, sem definir em que consistem;

Quando a lei prevê o tombamento de bem que tenha valor artístico ou cultural, sem estabelecer critérios objetivos que permitam o enquadramento do bem nesses conceitos.

Objeto

Quanto ao objeto, o ato é vinculado quando a lei estabelecer apenas um objeto como possível para atingir determinado fim;

Ex: quando a lei prevê uma única penalidade possível para punir uma determinada infração;

Será discricionário quando houver vários objetos possíveis para atingir o mesmo fim;

Ex: quando a lei diz que, para a mesma infração, a AP pode punir o servidor com as penas de suspensão e multa.

LEGALIDADE E MÉRITO DO AA

Como certos elementos do aa são sempre vinculados (competência e finalidade em sentido restrito), pode-se afirmar que não existe aa inteiramente discricionário.

No ato vinculado, todos os elementos vêm definidos na lei;

No ato discricionário, alguns elementos vêm definidos na lei, com precisão, e outros são deixados à decisão da AP, com liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência.

Assim, o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade.

Já o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito. O primeiro diz respeito à conformidade com a lei. O segundo à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir.

A expressão “mérito” é utilizada para designar os aspectos discricionários do ato.

Mérito é o aspecto do ato relativo à conveniência e oportunidade; só existe nos atos discricionários⁹.

⁹ Mérito do ato é o campo de liberdade previsto na lei e que realmente ocorra no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação de fato, tendo em vista o atendimento da finalidade legal.

JUSTIFICATIVAS PARA A EXISTÊNCIA DA DISCRICIONARIEDADE

As justificativas apontadas pela doutrina para a existência da atividade discricionária na AP são as seguintes:

- a) É impossível ao legislador catalogar na lei em minúcias todos os atos que a prática administrativa exige;
É impossível à lei prever todas as situações.

- b) É o administrador, em contato com a realidade, quem está em melhores condições de apreciar a conveniência e oportunidade da prática de certos atos, à luz do interesse público;
Ele está em uma posição mais favorável para reconhecer, diante do caso concreto, a melhor maneira de satisfazer a finalidade da lei nas situações com que possa se deparar

LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE DO ATO DISCRICIONÁRIO PELO PODER JUDICIÁRIO

A distinção entre atos vinculados e discricionários tem importância fundamental no que diz respeito ao controle que o PJ exerce sobre eles.

Atos vinculados e controle do PJ

Com relação aos atos vinculados, não há restrição ao controle do PJ.

Sendo todos os elementos do ato definidos em lei, cabe ao PJ examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei.

Se o PJ detectar que há desconformidade do ato praticado com a lei, decretará a nulidade do mesmo.

Atos discricionários e controle do PJ

Quanto aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas se diz que tem de respeitar a discricionariedade adm, nos limites em que ela é assegurada à AP pela lei.

A discricionariedade é um poder delimitado previamente pelo legislador.

Este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da AP, legitimando previamente a sua opção; qualquer das opções adotadas pela AP, desde que dentro dos limites da lei, será legal.

Diz-se, então, que não pode o PJ invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador.

Caso contrário, estaria o Juiz substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção feita pela autoridade adm com base em razões de oportunidade e conveniência diante de cada caso concreto.

Prega-se que, com relação ao ato discricionário, o PJ pode apreciar os aspectos de legalidade e verificar se a AP não ultrapassou os limites da discricionariedade.

Pode o PJ invalidar o ato se a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei.

Assim como compete ao PJ anular todo comportamento da AP que viole a ordem jurídica, cabe-lhe também anular o comportamento adm que, a pretexto de exercer apreciação discricionária, ultrapassar as fronteiras dela.

CABM – O Poder Judiciário não só pode, como deve verificar se o ato discricionário se manteve dentro dos limites e fins da norma que o previu.

Admite-se, assim, o controle judicial dos atos discricionários.

Tal controle é exercido principalmente da seguinte forma:

Exame dos motivos

O PJ pode examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato que embasaram a atuação discricionária da AP e as provas de sua ocorrência.

Pode analisar se os motivos apontados pela AP realmente existiram e se são verdadeiros.¹⁰

Ex: Norma que estabelece atendimento médico gratuito a pessoas “pobres” em dado hospital – a noção de pobreza é vaga. O PJ pode verificar se dada pessoa efetivamente enquadra-se como “pobre” (motivo previsto para a prestação do serviço hospitalar gratuito), caso tal condição seja atacada judicialmente.

Exame da finalidade

Assim como no exame dos motivos, o PJ também pode verificar a finalidade do ato para fins de controle da atuação discricionária.

Aqui o PJ analisará, basicamente, se houve desvio de poder.

¹⁰ Caio Tácito – “Negar o juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa.”

Daí porque o exame dos motivos, quer quanto à subsistência dos mesmos, quer quanto à idoneidade que possuem para justificar o ato praticado, é meio hábil e necessário à contenção do administrador na esfera discricionária.

O Juiz se debruçará sobre o ato, então, procedendo a análise do enunciado legal, cotejando-o com a situação concreta, verificando a existência e a veracidade dos motivos apontados pela AP.

O desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou.

Se diz que desvio de poder é o manejo de uma competência em descompasso com a finalidade em vista da qual foi instituída.

Modalidades do desvio de poder:

a) caso em que o agente não persegue um interesse público (alimentado por um interesse pessoal de favorecimento ou perseguição)

Ex: desapropriação para prejudicar inimigo

b) caso em que persegue um fim estranho à categoria do ato praticado (se vale de uma via jurídica para alcançar fins públicos implementáveis através de outra via jurídica)¹¹

Ex: remoção para punir funcionário; apreensão de mercadorias para coagir o particular a acertar débitos tributários;

Quando verificado o desvio de poder, o PJ deve anular o ato, já que a AP fez uso indevido de sua discricionariedade.

¹¹ neste caso, em se tratando de finalidade em sentido restrito, lembre-se que na verdade não há discricionariedade;

Conceitos jurídicos indeterminados

A norma, quando se refere aos motivos e à finalidade do ato, pode utilizar-se dos chamados *conceitos jurídicos indeterminados*, estas *noções imprecisas* que o legislador com freqüência usa para designar o motivo e a finalidade do ato (“interesse público”, “conveniência adm”, “moralidade”, “ordem pública”).

Afirma-se na doutrina que quando consta na lei esse tipo de conceito (que comporta inegável apreciação subjetiva), haverá sempre uma “zona de certeza positiva”, ao lado de uma “zona de certeza negativa”, em relação ao conceito impreciso, por mais vago que seja.

Ex:

Norma que estabelece atendimento médico gratuito a pessoas “pobres” em dado hospital:

Há pessoas que, de acordo com o senso comum, inquestionavelmente são pobres e pessoas que, de acordo com tal senso, inquestionavelmente são não-pobres.

Aí estão as zonas de certeza positiva e negativa.

Entre um e outro extremo há uma faixa de dúvidas. É nesse espaço de dúvidas que reside a discricionariedade. Só onde a dúvida é possível há discricionariedade.

Há situações extremas em que não há qualquer dúvida (z.c.p. e z.c.n.). A discricionariedade fica limitada à zona intermediária, cinzenta, em que essa definição é imprecisa¹².

A discricionariedade fica limitada às regiões em que a dúvida sobre a extensão do conceito não pode ser eliminada. Fica ela limitada à zona intermediária, cinzenta, onde a definição é realmente imprecisa.

O PJ pode verificar se o enquadramento feito pela AP não se insere de forma errada em tais zonas de certeza positiva e negativa (ou seja, fora do espaço onde efetivamente há discricionariedade).

Exame do caso concreto

Mesmo que a lei preveja certa margem de liberdade para o agente, tal liberdade pode enfraquecer ou até desaparecer diante da situação em concreto na qual a norma é aplicada.

Ou seja, diante das particularidades do caso concreto, a autoridade pode estar diante de uma hipótese em que suas opções para atendimento do fim legal sejam menores do que aquelas abstratamente previstas na lei, e pode ocorrer, até mesmo que, à toda evidência, não lhe reste senão uma só conduta idônea para a satisfação do fim normativo.¹³

¹² Ex: conceito de *notável saber jurídico* permite certa margem de discricionariedade na referida zona cinzenta; mas não permite quando os elementos de fato levam à conclusão, sem sombra de dúvida, de que no caso concreto tal conceito não está presente.

¹³ Quando a lei se vale de conceitos vagos, imprecisos (“moralidade pública”, “situação urgente”, “passeata tumultuosa”), dos quais resulta liberdade adm para verificar a ocorrência de situações assim qualificáveis, a liberdade só ocorre em casos *duvidosos*, isto é, quando realmente é possível mais de uma opinião razoável sobre a ocorrência ou não dessas situações.

Como pode haver dúvida em certas situações, há também situações em que não há qualquer dúvida sobre o cabimento ou descabimento da qualificação.

Ex:

Lei que admita, no caso de infrações de trânsito, a aplicação de sanções como a advertência, a multa, a suspensão do exercício da atividade de dirigir, e o cancelamento da licença para dirigir, sem especificar, em certos casos, com exata precisão, quais deles aplicar-se-ão a tais ou quais comportamentos

À toda evidência o administrador não poderia aplicar o cancelamento da licença, a mais grave de todas, a um motorista que simplesmente para o carro em local proibido, permanecendo na direção do veículo (no caso cabe uma advertência ou uma multa)

Outro ex:

No caso do traficante Fernandinho Beira Mar pedir autorização para porte de arma – único comportamento possível para a AP, neste caso concreto, é negar a autorização.

Vê-se, assim, que a situação em concreto pode diminuir as opções dadas pela lei ao administrador.

Logo, a situação concreta afunila o campo de liberdade abstratamente aberto na lei e pode eliminá-lo por completo.

Ou seja, será óbvio que dada infração não é “grave”, que não houve ofensa à “moralidade”, que inexistente “urgência”, que incorre o “tumulto”, ou, opostamente, estarão evidentes a gravidade, a moralidade, a urgência, o tumulto, etc.

Assim, a aplicabilidade dos conceitos vagos só proporciona discricionariedade nas situações marginais, limítrofes.

Discricionariedade é margem de liberdade que efetivamente exista perante o caso concreto.

A existência de discricionariedade ao nível da norma não significa que ela existirá com a mesma amplitude perante o caso concreto e nem sequer que existirá e face de qualquer situação que ocorra.

A análise do caso concreto poderá tornar evidente que uma única medida seria apta a cumprir a finalidade.

CABM - A discricionariedade existe única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize da melhor forma possível o interesse público almejado pela lei aplicada.

Assim, não se deve examinar a existência de discricionariedade ou de sua extensão buscando-a simplesmente no exame da lei que a preveja. É imprescindível analisar o caso concreto.

Tal análise pode ser feita pelo PJ.

Razoabilidade

Diz-se, também, que o PJ pode analisar a razoabilidade da opção adotada pela AP.

Ex: lei que prevê a possibilidade da AP remover um funcionário quando houver a necessidade do serviço.

No caso, analisar-se-ia se a remoção foi razoável de acordo com as reais necessidades do serviço.

Prega-se, assim, que o juiz poderá verificar se o comportamento da AP foi em concreto respeitoso às circunstâncias do caso e condizente com a finalidade da norma aplicada. Ou seja, se foi razoável¹⁴.

Analisa-se, assim, a situação, de acordo com o princípio da razoabilidade, para verificar se a valoração subjetiva foi feita dentro do razoável, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável.¹⁵

¹⁴ “Pode o Poder Judiciário examinar o mérito do ato administrativo para aferir sua razoabilidade e coibir desvios.” (TRF4ª R. - AC - Proc. 95.04.51780-3 - RS - TERCEIRA TURMA - Rel. JUIZ MARCELO DE NARDI - DJ DATA: 23.06.1999, p.829)

¹⁵ Há quem defenda que o PJ não pode examinar os critérios de valor em que se baseou a autoridade, porque estaria penetrando no exame da discricionariedade.

Verifica-se se a valoração subjetiva efetivamente permaneceu dentro do campo de liberdade dado pela lei ao administrador.

É importante salientar que discricionariedade existe naquelas situações em que mais de uma opinião for razoavelmente admissível sobre a medida apropriada para dar melhor satisfação ao objetivo da lei.¹⁶

O que o Judiciário não pode fazer é, diante da escolha feita pelo administrador (que se mostre dentro dos limites da discricionariedade e razoável diante do caso concreto), invalidá-la e substituí-la por uma outra escolha possível e razoável feita pelo próprio Judiciário.

Se duas ou mais opções são razoáveis e possíveis à luz da lei, e a AP escolheu uma delas, não pode o Judiciário escolher a seu critério outra.

Se agir assim, estará se substituindo ao administrador, colocando-se no lugar dele, invadindo o espaço de liberdade dado pela lei ao agente público, a ser exercida através de um juízo de conveniência e oportunidade deste.

¹⁶ Isto porque há casos em que, apesar da lei prever discricionariedade, em face de seus próprios termos e de sua finalidade, a situação ocorrida não comportava senão uma determinada providência, ou, mesmo comportando mais de uma, certamente não era a que foi tomada. Nessas situações, a censura judicial não implica invasão do mérito do ato.