

## Questão Discursiva 03440

Discorra sobre o seguinte tema:

### DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JURISDICIONAL

Em seu texto, aborde, necessariamente, os seguintes aspectos:

- Discricionariedade: ideia, natureza e características.
- Discricionariedade e elementos do ato administrativo. Autovinculação.
- Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados.
- Discricionariedade e atividade técnica.
- Controle jurisdicional da discricionariedade.
- Discricionariedade e improbidade administrativa.

#### Resposta #003917

Por: **MARIANA JUSTEN** 17 de Março de 2018 às 11:30

A discricionariedade, para a doutrina majoritária é um princípio que rege a Administração. Todavia, há quem defenda ser, em verdade, um poder. Consiste na conveniência e oportunidade que tem a Administração de praticar determinado ato administrativo. É um conceito jurídico indeterminado, ou seja, deverá ser preenchido no caso concreto, à luz de uma circunstância fática em análise.

Um ato administrativo discricionário não significa total liberdade por parte do administrador, já que deve observar a legalidade estrita, ou seja, fazer o que a lei determina e observar os princípios que regem a Administração, em destaque os princípios da eficiência, impessoalidade, proporcionalidade, razoabilidade.

Ademais, a discricionariedade não está em todos os elementos do ato administrativo, mas tão somente no motivo e no objeto, já que a competência, forma e finalidade são vinculadas.

Assim, o agente deve ser competente para praticar o ato, a forma deve estar prescrita em lei e a finalidade deve ser a busca do interesse público.

A discricionariedade muitas vezes está presente na atividade técnica, pois, na análise da situação fática existente, o critério técnico previamente definido nem sempre se encaixa ou é suficientemente preciso para a resolução do caso. Um grande exemplo disso é a dispensa de licitação para serviços técnicos profissionais especializados listados no art.13 e prevista no art.24 da Lei 8666/93.

O ato discricionário, via de regra, não pode ser controlado pelo Poder Judiciário, já que se trata de mérito administrativo, cabendo ao Administrador determinar o que entende por mais oportuno e conveniente. Todavia, conforme já mencionado, não há liberdade total, razão pela qual o Poder Judiciário pode controlá-lo no que concerne ao controle de legalidade, embora não possa adentrar no mérito do ato. Portanto, o ato que violar a lei ou os princípios, pode ser controlado de modo que o Poder Judiciário pode anular o ato e determinar que outro seja realizado no lugar.

Importante destacar que, ainda que se trate de ato discricionário, o agente público que abusar na prática do ato discricionário de modo a auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do cargo, causar lesão ao erário ainda que de modo culposo, bem como violar princípio da administração pública, será punido pela prática de ato de improbidade nos termos da lei 8437/92.

Outra questão que merece ser salientada é a autovinculação ou autolimitação da Administração na prática do ato discricionário, isso porque, embora presente a conveniência e oportunidade para a prática de determinado ato, não se pode exercê-lo de modo abusivo, arbitrário ou incoerente. Os atos discricionários devem se pautar na segurança jurídica e na confiança legítima que o administrado deposita sobre a Administração. Assim, não pode alterar determinado precedente administrativo que vinha adotando a muitos anos sem qualquer coerência ou justificativa para tanto, ainda que esteja dentro da sua margem de discricionariedade, pois está vinculado e limitado à expectativa legítima que gerou ao administrado.

Conclui-se, portanto, que a discricionariedade é uma pequena margem de liberdade que tem o administrador para definir qual é o melhor ato a ser praticado, dentro da sua conveniência e oportunidade, pois, embora a lei não possa prever e regular todas as situações fáticas gerando a necessidade de possibilitar essa liberdade, pode sofrer controle de legalidade pelo Poder Judiciário, bem como pode sofrer limitação em razão da teoria de autovinculação em proteção às expectativas legítimas do administrado.

## Resposta #003976

Por: **Karinne Stahlke** 2 de Abril de 2018 às 14:48

A discricionariedade é uma prerrogativa da administração pública no exercício da função administrativa que busca interesses em prol da coletividade, estando pautada pelo princípio da legalidade, assim, vinculado a Lei, podendo, portanto, ser objeto de controle jurisdicional, tendo se por objetivo encontrar a melhor aplicação da norma legal, em regra não se encontra em lei, mas no fato consumado mediante a análise de seus critérios subjetivos.

Os atos praticados no poder-dever pela administração não são ilimitados sendo que este deve ser pautado no princípio da supremacia do interesse público, respeitados os limites legais de forma estrita, ou seja, a administração pode fazer aquilo que a Lei permite, diferente do Direito privado. A vinculação exige que a norma seja cumprida com rigor e objetividade, enquanto a discricionariedade abre espaço para uma liberdade subjetiva da administração segundo os critérios de oportunidade e conveniência nos seus interesses conforma o caso concreto em que se é aplicado.

Em termos de ser um conceito jurídico indeterminável deve sua aplicação estar diretamente ligada a razoabilidade, não podendo ser interpretado em sentido *a quem*, devendo ser analisado dentro dos parâmetros jurídicos vigentes dentro do contexto social, o que se procura é a melhor solução do caso concreto, devendo haver uma correlação lógica entre a aplicação da discricionariedade e a norma aplicada, respeitando a ordem jurídica.

Certo é que o administrador não pode usar de sua "liberdade" para satisfazer interesses particulares, não podendo este incorrer em improbidade, devendo ser a discricionariedade comedida nos limites legais seguindo uma interpretação lógica no caso concreto.

## Resposta #004007

Por: **ALEXANDRE DA SILVA DELAI** 10 de Abril de 2018 às 16:56

No curso da história, o princípio da legalidade ganhou sua máxima expressão a partir da revolução francesa em 1789, já que foi neste período que surgiu forte movimento para limitar as arbitrariedades do poder estatal. Deu-se início ao estado de direito. Pelas ideias inaugurais, a atuação da administração pública tinha que estar necessariamente amparada em lei. Daí surge o velho brocardo de que o particular pode realizar tudo o que não for proibido pela lei e administração pública, ao contrário, só pode fazer o que for expressamente autorizado pelo legislador.

Todavia, essas ideias iniciais não impediram a atuação discricionária da administração. Este fenômeno, também conhecido como discricionariedade administrativa, ocorre quando a lei concede uma margem de liberdade de atuação para o administrador público. Não se trata da possibilidade de atuar com arbitrariedade. Ao revés, confere-se ao administrador a possibilidade de se escolher, dentre as hipóteses possíveis e autorizadas, a melhor opção para o caso concreto. Trata-se, portanto, do que se convenceu chamar de ato discricionário, em contraposição a ato vinculado, em que o administrador público não tem qualquer margem de atuação e deve seguir a risca os preceitos legais.

No particular, é destacável a crítica realizada pela doutrina no sentido de que inexistem atos puramente discricionários ou vinculados. Isso porque, na realidade, todo ato administrativo carrega consigo certa carga de discricionariedade e vinculação. Em outras palavras, ainda que o legislador autorize a prática de determinado ato discricionário, alguns de seus elementos estarão vinculados e não permitiriam qualquer escolha pelo administrador.

Diante desse impasse, o mais correto é analisar a natureza do ato de acordo com sua característica preponderante. Sem prejuízo, a doutrina sugere que a forma, o objeto e o motivo do ato administrativo sempre permitem a discricionariedade quando previsto em lei. Já a finalidade e a competência, que também são elementos do ato administrativo, não gozam da mesma prerrogativa. A finalidade sempre deve ser o atendimento ao interesse público.

No ponto, inclusive, surge interessante discussão acerca da autovinculação. Como consabido, existem atos que dispensam motivação. É o caso de cargos demissíveis ad nutum, em que o administrador hierarquicamente superior não precisa declinar as razões pelas quais entende que o melhor caminho é demitir determinado servidor que ocupa cargo em comissão. Porém, se o fizer, ou seja, se declinar as razões pelas quais entende suportar o ato administrativo, tais razões serão vinculantes. Se inexistentes, podem invalidar o ato emanado.

Avançando, convém registrar que a discricionariedade também decorre de conceitos indeterminados previstos pela Lei. Aqui, diferentemente da regra geral, não há previsão expressa de várias possibilidades conferidas ao administrador. Mas, ainda assim, existem margem de escolha porque a lei, em suas palavras, é indeterminada e permite interpretação ampla. É o que ocorre, por exemplo, quando a Lei número 8.112/90 prevê a possibilidade de aplicação de sanção para aquele servidor que atua com desídia no serviço público. Ora, proceder de forma desidiosa é conduta que não encontra unanimidade em seu conteúdo. A depender das circunstâncias, cada administrador poderá ter opinião distinta do conteúdo semântico da norma. E é exatamente em razão desse fenômeno que aqui também reside a discricionariedade administrativa.

Paralelamente, também é muito citada a discricionariedade em razão da atividade técnica que margeia o ato administrativo. Isso é muito comum no caso das agências reguladoras, que frequentemente emanam resoluções e portarias carregadas de conceitos e determinações técnicas. Até mesmo porque seria impossível, dada a dinamicidade do objeto de regulamentação, prever todas as hipóteses em lei. Haveria um engessamento da atividade se acaso fosse necessária previsão legal estrita para todas as hipóteses.

Já a essa altura, porém, ressalta-se que a discricionariedade não permite atuação abusiva. Há limites, visto que esse fenômeno não se confunde com arbitrariedade. Nesse passo, é de todo modo cabível a atuação do judiciário a fim de conter abusos (artigo 5º, inciso XXXV, da CF). O que não se admite, é bem verdade, é que o Poder Judiciário substitua o administrador em sua função. Mas não há qualquer óbice na função jurisdicional para a contenção de ilegalidades ou abusos.

Até mesmo porque, em determinados casos, excessos poderão configurar ato de improbidade administrativa. Com efeito, pratica ato ímprobo aquele agente público que dá causa a dano ao erário por inobservância das formalidades legais para sua atuação (artigo 10, LIA).