

Silvana Machado Cella

Pontifícia Universidade

Católica de Campinas

silvana@bcsl.adv.br

Aldo José F. de Sousa Lima

Pontifícia Universidade

Católica de São Paulo

aldo@bcsl.adv.br

DISCRICIONARIEDADE OU VINCULAÇÃO NAS TUTELAS DE URGÊNCIA

RESUMO

No campo do Direito Administrativo verifica-se que a atividade discricionária é marcada pela possibilidade legal de escolha de caminhos, a serem identificados com base em critérios de conveniência e oportunidade; ao passo que a atividade vinculada é regrada, de forma que o próprio legislador estabelece precisamente os parâmetros a serem seguidos. Observa-se, assim, que discricionariedade e vinculação são termos técnicos, oriundos do Direito Administrativo e, portanto, ainda que aplicados a outros ramos do Direito, devem ter respeitadas suas noções originais. A análise desses conceitos no campo do Direito Processual Civil adquire contornos próprios e permite indagar se a decisão concessiva ou denegatória de tutelas cautelares e antecipatórias reveste-se de discricionariedade ou vinculação.

Palavras-Chave: discricionariedade; vinculação; tutelas de urgência.

ABSTRACT

In the Administrative Law, the discretionary activity is marked by the legal possibility of choice of actions, based on criteria of appropriateness and opportunity, while the binding activity is ruled, and the legislator precisely establishes the parameters to be enforced. Therefore, discretionary activity and binding activity are technical terms that are used and has their origin in Administrative Law, and even though these terms are used in others areas of law is imperative to follow their original precepts. The analysis of these concepts in the Civil Procedural Law takes its own shape and allows investigating if the concessive or denegatory decision of injunctive and anticipated protection is vested with a discretionary or a binding character.

Keywords: discretionary; binding; urgent protection.

Anhanguera Educacional Ltda.

Correspondência/Contato
Alameda Maria Tereza, 2000
Valinhos, São Paulo
CEP 13.278-181
rc.ipade@aesapar.com

Coordenação
Instituto de Pesquisas Aplicadas e
Desenvolvimento Educacional - IPADE

Artigo Original
Recebido em: 30/4/2011
Avaliado em: 24/6/2011

Publicação: 11 de agosto de 2011

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho enfoca uma das discussões que envolvem a atuação jurisdicional e perquire sobre a existência de atividade judicial vinculada ou discricionária no momento em que deve ser analisada a concessão ou denegação das tutelas cautelares e antecipatórias.

Para que se alcance o objetivo proposto neste trabalho é necessário investigar, primeiramente, a noção de discricionariedade e, para tanto, é necessário que se recorra ao direito administrativo.

Importante desde já salientar que a palavra discricionariedade pode, a princípio, trazer a noção de liberdade ilimitada ou mesmo arbitrariedade. Para que não se dê ensejo a qualquer confusão entre os termos, bem como, para que o termo liberdade, que aqui será utilizado, não seja entendido de modo diverso do que ora se pretende, é oportuno investigar a noção de discricionariedade inserida no que tecnicamente se denomina *Estado de Direito*.

Como ensina Celso Antonio Bandeira de Mello (1996, p.11), o Estado de Direito é resultante da confluência de duas vertentes de pensamento: o pensamento de Montesquieu e o pensamento de Rousseau. Por esta afirmação, sintetiza esse jurista que o Estado de Direito é a mescla das idéias de igualdade e soberania popular propaladas por Rousseau e as noções pragmáticas de Montesquieu acerca da contenção e limitação de poderes.

A idéia central que define os contornos do Estado de Direito é a da existência de uma lei soberana, a Constituição, à qual se submetem os indivíduos, mas também o próprio Estado, e que, por sua supremacia, garante que se mantenha inalterada a tripartição de poderes, delimita a organização estatal e permite aos indivíduos a oposição a qualquer ato estatal abusivo ou contrário ao direito.

Das idéias de Rousseau (1951, p.56) extrai-se a noção de superioridade da lei, importante traço distintivo do Estado de Direito. Segundo esse pensador, “as leis são, em rigor, as condições da associação civil. O povo submetido às leis, deve ser o autor delas. Só àqueles que se associam compete regular as condições da sociedade.”

Sendo a lei a expressão da vontade popular, deverá ser observada por seus próprios autores, os indivíduos, como também pelo Estado.

Aliando às idéias de Rousseau, o pensamento de Montesquieu, observa-se que o modelo de organização estatal, chamado Estado de Direito, tem como premissa a divisão das funções públicas, ensejando assim a tripartição dos poderes em Executivo, Legislativo

e Judiciário, divisão essa que tem como um dos objetivos evitar a concentração do poder que poderia redundar em abuso ou tirania.

Sobre o tema menciona Carlos Ari Sundfeld (1998, p.45), com apoio em Afonso Rodrigues Queiró:

Rousseau é insuficiente por si, e só ao lado de Montesquieu o seu pensamento adquire relevância para ciência do direito público. (QUEIRÓ, 1946). Em verdade, aqui temos um via de mão dupla: nem a superioridade da lei pode funcionar onde inexista separação dos Poderes, nem esta é possível sem a superioridade da lei.

O mesmo doutrinador define o Estado de Direito como:

[...] o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado. (SUNDFELD, 1998, p. 45)

Presentes a supremacia da Constituição, a superioridade da lei e a separação dos poderes, a idéia de Estado de Direito se completa com a existência de garantia dos direitos individuais, especialmente, a liberdade e a igualdade.

Esses direitos resguardados pelo manto protetivo da Constituição não podem ser suprimidos pela vontade do Estado, dotando, assim, os indivíduos de autonomia, além de facultar-lhes o direito de oposição ao próprio Estado.

Fecha-se, nesse sentido, a esfera de atuação dos entes sociais, de forma que a cada um fica assegurada uma parcela de direitos havendo, também as respectivas limitações, estando todos, Estado e indivíduos, submetidos à Lei Maior.

Após o período em que prevaleceu o Estado Polícia, que negava ao indivíduo o chamado *direito subjetivo público*, a garantia dos direitos individuais era o aspecto que faltava para legitimar uma sociedade em que se pretenda sejam valores fundamentais, a liberdade e a igualdade.

Carlos Ari Sundfeld vai além, afirmando que todas as demais garantias, bem como todo o sistema do direito público existe para sustentar as garantias individuais. Nesse sentido ensina que a

[...] separação dos Poderes, a superioridade da lei, a Constituição não são valores em si mesmo, antes existem para tornar efetiva, permanente e indestrutível a garantia de direitos individuais. A proteção do indivíduo contra o Estado é o objetivo de toda a magistral construção jurídica que percorremos." (SUNDFELD, 1998, p.48)

É com base nessa idéia, que limita a atuação estatal aos lineamentos legais, que devem ser entendidas todas as demais noções, atividades e atos que serão objeto do presente trabalho.

2. O ATO ADMINISTRATIVO

Como visto, a tripartição de poderes ensejou a denominação hoje empregada às *esferas do poder*, quais sejam, Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Em que pese a denominação *poder*, o que se atribuiu ao Estado são incumbências ou, mais adequadamente, funções, de forma que tem o Estado a função de fazer as leis e a função de aplicá-las, estando estas tarefas subordinadas às determinações legais.

Consoante a função precípua incumbida a cada um dos poderes estatais, verifica-se a emanção de atos essenciais. Assim, os atos essenciais que emanam do Poder Judiciário são denominados *decisões judiciais*; os que emanam do Poder Legislativo são, genericamente, denominados *leis*. Da mesma forma, a administração, no exercício da função executiva, realiza atos denominados *atos administrativos*, os quais na clássica definição de Hely Lopes Meirelles, são “...toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato, adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.” (MEIRELLES, 1998, p. 131)

A formação do ato essencial realizado pela administração, ou seja, o ato administrativo pressupõe a presença de determinados requisitos, a saber:

Competência - para realização do ato administrativo é necessário que o agente estatal esteja munido de autorização legal para fazê-lo. A competência é sempre determinada por lei, tratando-se de requisito de ordem pública, portanto, intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados.

Finalidade - todo ato administrativo tem como finalidade o interesse público, o que decorre da própria essência da atividade estatal, ou seja, a administração do interesse coletivo e a busca do bem comum. O fim público é sempre descrito pela norma legal, seja implícita ou explicitamente, e sua não observância conduz a um ato ilegítimo, portanto, nulo.

Forma - para que o ato administrativo seja válido, é necessário que seja exteriorizado com base em disposições legais específicas. Assim, é a lei que deverá determinar a forma pela qual o ato será exteriorizado, o que se não observado, enseja também a nulidade do ato.

Motivo - “é a situação de direito ou de fato que autoriza ou exige a prática do ato” (MELLO, 1996, p. 15). Motivo, portanto, é a causa que justifica e autoriza a efetivação do ato pela administração. Não só o ato administrativo deve ser motivado, como qualquer

outro ato oriundo do Poder Público, consoante determinação constitucional, inculpada no artigo 93 da Carta Magna.

Objeto - este elemento pode ser identificado com o conteúdo do ato, ou seja, a relação ou a atividade da qual este se dispõe a tratar.

Mérito - Hely Lopes Meirelles (1998, p.136) ensina que o mérito do ato administrativo “consustancia-se na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.”

Como se verifica, o ato administrativo possui requisitos próprios, o que permite concluir que não apenas o particular está submetido às prescrições legais, mas também o Poder público, na realização das funções que lhe são atribuídas e, em especial, na elaboração de sua atividade típica, devendo o ato administrativo observância à norma posta.

3. VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

Para desempenho da função de administrar, ao agente estatal são atribuídos poderes, cujo exercício deve dar-se em prol do interesse de outrem, ou seja, o interesse público.

Odete Medauar (1998, p.114) lembra que a noção de poder é fugidia, mas que em acepção ampla pode significar “capacidade geral de agir. Nas relações humanas, consiste, em essência, no predomínio da vontade de uma pessoa sobre as demais.” No direito administrativo é comum a utilização do termo *poder-dever* para designar o “dever que nasce do exercício de um poder.” Mas adverte a mesma doutrinadora que no âmbito do direito administrativo a noção de poder será bem apreendida se explicada com base na idéia de *função*, porque nesta o “dever surge como elemento ínsito ao poder, desse modo, a Administração concretiza, na sua atuação, o poder conferido pela norma, para atendimento de um fim” (MEDAUAR, 1998, p. 114).

Com fulcro nessas noções convencionou-se dizer que o agente estatal, para a prática de atos administrativos é dotado de poder vinculado e poder discricionário.

3.1. Vinculação

Diz-se que o agente estatal exerce poder vinculado ou mais adequadamente, atividade vinculada, quando a norma positiva determina especificamente os requisitos pelos quais o ato administrativo deverá estar revestido para sua concretização. Em outras palavras, a

realização do ato administrativo está vinculada ao texto legal, não havendo nestas hipóteses lugar para qualquer subjetivismo ou liberdade daquele que pratica o ato.

Em se tratando de atividade vinculada, o condicionamento da vontade do agente estatal à lei é elemento essencial para realização do ato, portanto, absoluto, de forma que, se não observados os requisitos legais, o ato administrativo será nulo e assim poderá ser declarado tanto pela Administração como pelo Poder Judiciário.

Assim, quando é possível ao legislador prever a exata conduta que se pretende seja cumprida pelo agente estatal, inexistindo, portanto, vários caminhos a percorrer, diz-se que se está diante do poder vinculado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999, p. 176) adverte ainda que “o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções: ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma.” Esse mecanismo gera ao administrado o direito de exigir da Administração uma conduta única e específica, ou seja, aquela exigida pelo legislador, faculdade esta denominada *direito subjetivo público*.

3.2. Discricionariedade

Tem o agente estatal o dever de administrar, buscando concretizar a vontade da lei. Ocorre que a diversidade de situações fáticas que se apresentam impede ao legislador o estabelecimento de hipóteses legais precisas que atendam à generalidade das hipóteses fáticas que possam vir a ocorrer.

Há então determinadas situações em que a lei concede ao administrador liberdade para introduzir um certo grau de subjetivismo ao confrontar a hipótese fática e a norma aplicável, de forma que, nesse confronto, seja do próprio agente a escolha da melhor opção a seguir.

Nestas hipóteses, diz-se que a Administração é dotada de poder discricionário ou mais adequadamente, exerce atividade discricionária.

É preciso advertir que, quando se fala em discricionariedade ou liberdade estatal, tem-se como premissa o perfeito enquadramento dessas noções aos elementos que caracterizam o Estado de Direito, ou seja, discricção ou liberdade de escolha dentro dos limites permitidos por lei, o que não se confunde com arbítrio ou ilegalidade, que implicam em inobservância aos dispositivos e princípios legais.

A distinção e delimitação dos termos *discrissão e liberdade* é preocupação que se verifica em grande parte da doutrina, sendo importante, nesse sentido, a opinião de Carlos Ari Sunfeld (1999, p.49) que, sobre o termo *liberdade* que emana da noção de discricionariedade outorgada ao administrador, explica:

[...] não se há falar em liberdade administrativa. Esta expressão é totalmente inconveniente para explicar a discricionariedade, isto é, para designar o poder que a administração pode ter de, no caso concreto, apreciar subjetivamente se estão presentes os pressupostos fixados pela lei como autorizadores da emanação do ato. (SUNDFELD, 1999, p. 49)

A mesma preocupação se observa nas lições de Celso Antonio Bandeira de Mello (1996, p. 15) que, com base na idéia de que cumpre à Administração absoluta submissão à ordem jurídica, busca romper a crença originária relativa à detenção de *poderes* por parte da Administração, afirmando que os instrumentos postos à disposição do agente estatal são, na realidade, um *dever-poder*, consubstanciado na obrigação de *alcançar a finalidade legal*.

Conclui o eminente doutrinador que a discricionariedade pode ser traduzida como:

[...] a margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressão da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 1996, p. 45)

Na esteira de Celso Antonio Bandeira de Mello, a discricionariedade é vista por Carlos Ari Sunfeld (1999, p. 135) como o *dever-poder* de o administrador, após um trabalho de interpretação e de confronto da norma com os fatos, e restando ainda alguma indeterminação quanto à hipótese legal, fazer uma apreciação subjetiva para estabelecer qual é, no caso concreto, a decisão que melhor atende à vontade da lei.

Do estudo até aqui desenvolvido é importante destacar que, pela análise dos requisitos formadores do ato administrativo e do maior ou menor grau de liberdade de que dispõe o administrador para a prática dos aludidos atos, permite-se concluir que, no tocante à competência, finalidade e forma do ato, a atividade exercida será em regra, vinculada, pois, no que tange à competência, é inviável falar em ato legítimo praticado por agente incompetente. No que concerne à finalidade, é certo que os atos da administração devem atender ao fim público e, na mesma esteira, a forma, ou seja, a maneira pela qual o ato será exteriorizado, deverá, frequentemente, seguir as prescrições legais.

A discricionariedade, portanto, diz respeito, particularmente, ao motivo e ao objeto do ato administrativo. Nas hipóteses em que esses aspectos não são perfeitamente

delineados pelo legislador, abre-se ao administrador a possibilidade de avaliar a conveniência e oportunidade quanto à prática de um determinado ato, portanto, de exercer a atividade administrativa de forma discricionária.

Sobre discricionariedade, é elucidativa a lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Melo: “[...] há discricionariedade quando a [norma jurídica previamente confere valor jurídico a qualquer atuação do agente, dentre uma série quer ilimitada, quer limitada de atuações possíveis, desde que a intenção do agente seja a prossecução do fim legal” (MELO, 1969, p. 423).

Reconhecendo que a atuação pública tem limites naturais, especialmente no tocante aos aspectos atinentes ao Estado de Direito, Celso Antonio Bandeira de Mello propõe uma nova concepção de discricionariedade.

Seguindo o raciocínio do eminente doutrinador, tem-se que, quando o legislador impõe detalhadamente as características do ato administrativo, exige-se do administrador uma atividade vinculada.

Nesses casos, é perceptível que foi possível ao legislador pré-definir, objetivamente, a conduta ideal a ser seguida pelo administrador.

O fato de inexistir a aludida pré-definição, o que ocorre nos casos de discricionariedade, não significa que tenha o legislador deixado de exigir do agente estatal conduta capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal. Assim, conclui o aludido doutrinador que:

[...] tanto faz que se trate de vinculação, quanto de discricção. O comando da norma sempre propõe isto (atendimento do interesse público). Se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente, aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei. (MELLO, 1996, p.33)

Pelo que até aqui foi examinado, é possível sintetizar concluindo que a atividade administrativa discricionária é exercida principalmente em relação ao mérito administrativo, que envolve o motivo e objeto do ato a ser realizado. Esta discricção facultada ao administrador pode estar de múltiplas formas expressa pelo legislador, ensejando a possibilidade da verificação da conveniência e oportunidade na prática do ato. Mas, também na atividade discricionária, tem o administrador o dever de concretizar a conduta ideal de forma a cumprir a finalidade pública do ato, o que confirma a submissão do Poder Público à lei, principal característica do Estado de Direito.

4. DISCRICIONARIEDADE E CONCEITOS INDETERMINADOS

Alguns termos são colocados pelo legislador de forma imprecisa, por assim dizer, genérica, de maneira a sugerir ao intérprete ou aplicador da norma ampla abrangência quanto ao entendimento e tradução. Trata-se dos chamados *conceitos vagos ou indeterminados*.

Vagueza não deve ser confundida com ambiguidade. Termos ambíguos geram dúvida em relação ao sentido em que se emprega a palavra. No termo vago não existe dúvida em relação ao sentido, mas sim no concernente à extensão. Assim, não há dúvida em relação ao sentido dos termos *pessoa alta* ou *pessoa velha*. Da mesma forma, é possível afirmar com alguma dose de certeza que uma pessoa de cem anos seja velha e que um homem adulto, de um metro e noventa e cinco, seja considerado alto. Apesar disso, há uma zona de incerteza em que se conhece o sentido da palavra, mas não é possível afirmar com precisão qual a extensão do termo.

Sobre o assunto, lembra Onaldo Janotti (1982), citando Abbagnano, que, apesar de serem encontrados ao longo da história da Filosofia inúmeros entendimentos, há sobre a questão dos conceitos, dois posicionamentos nucleares.

O primeiro, relativo ao período clássico da Filosofia grega, vê o conceito como a essência das coisas, sua essência necessária pela qual elas não podem existir de modo diferente daquilo que são. O segundo posicionamento, de origem estoíca, afirma que o conceito é um signo do objeto e tem uma relação de significação com ele.

Conclui, todavia, o aludido doutrinador que, em que pese a existência de vários posicionamentos sobre a matéria, seja o conceito a própria essência ou substância do objeto, seja um signo que significa o objeto, importa é observar que somente nos comunicamos ou nos entendemos por meio de palavras que são signos e que estes significam algo. Vale dizer, continuamente nos servimos de conceitos. “Conceitos que, na linguagem comum, em geral, são mais ou menos vagos e, não raro, imprecisos, indeterminados ou equivocados” (JANOTTI, 1982, p. 50).

O conceito jurídico, de maneira geral, sofre, quanto ao significado, a ação do tempo e do espaço, o que enseja a mutabilidade de sua compreensão, podendo ser citado, como exemplo, o conceito de *mulher honesta*, que à evidência vem sofrendo mutações ao longo das décadas, percebendo-se, ainda, que a mutação é diversa e particular, se considerada em relação a localidades e povos distintos (LOPES, 2001).

Segundo a doutrina de Karl Englich (2000) no âmbito do Direito, os conceitos indeterminados devem ser entendidos como aqueles que se referem a uma realidade não bem definida, não estando perfeitamente delimitados o conteúdo e a extensão.

A inserção de conceitos vagos na norma é justificada, na voz de Arruda Alvim, em razão de ser o universo real:

[...] infinitamente mais rico do que a regra de direito ou mesmo do que o universo normativo. Sequer a este, pois, em princípio, é virtualmente possível açambarcar aquele, ao menos a priori. Por esta técnica dos conceitos vagos, há, na própria norma a tendência para que, por intermédio da sua aplicação, se venha a compreender no seu âmbito, todo universo do real aí posto: a norma propende a isso. (ALVIM, 1988, p.18)

A discussão que o tema *conceitos vagos* traz para o Direito Administrativo consiste em perquirir se a utilização de tais conceitos pelo legislador gera ao administrador o exercício de atividade discricionária.

Explica Afonso Rodrigues Queiró (1946) que os fatos e situações constantes da lei pertencem ou ao mundo da natureza (causalidade) ou ao mundo da cultura (valor). Para os primeiros, o legislador utiliza conceitos unissignificativos, que pertencem às ciências empírico-matemáticas, cuja interpretação permite extrair uma única verdade ou entendimento, não havendo, nestas hipóteses, qualquer espaço à discricionariedade, como por exemplo, maioria aos 21 anos, aposentadoria compulsória aos 60 anos, elegibilidade aos 35 anos.

Mas, ao enunciar situações ligadas ao mundo da cultura (razão prática, valor), é impossível ao legislador, diante das inúmeras hipóteses fáticas que se apresentam, utilizar sempre conceitos precisos, motivo pelo qual utiliza conceitos plurissignificativos, ou conceitos práticos, dos quais é permitido extrair vários sentidos, abrindo, neste caso, ao administrador (intérprete) a faculdade de exercício da discricionariedade.

Nesse sentido, conclui Queiró que a “discricionariedade se trata de uma faculdade de escolher entre as várias significações contidas num conceito normativo prático, relativo às condições de fato do agir administrativo – escolha sempre feita dentro dos limites da lei” (QUEIRÓ, 1946, p. 47).

Portanto, para o mencionado doutrinador, não há dúvida de que a inserção de conceitos vagos na norma legal enseja a discricionariedade administrativa.

Lembra Onaldo Janotti (1982) que a crítica que se lança à doutrina de Queiró concerne ao fato de que sua teoria não abrange todas as hipóteses de discricionariedade, pois, segundo aquele doutrinador, a discricionariedade teria lugar apenas nos casos em que o legislador utiliza conceitos práticos para referir-se a fatos e situações inseridos no

mundo da cultura, deixando de reconhecer a ocorrência da discricionariedade quando há, pelo legislador, a utilização de conceito prático de objeto.

Extrai-se do posicionamento adotado que a verificação prática da atividade administrativa, frente à interpretação de conceitos vagos, deixa óbvio o exercício da discricionariedade. Neste sentido, manifesta-se Onaldo Janotti, afirmando ser “indisputável que a aplicação de conceitos indeterminados pela Administração configura o exercício de ação discricionária”. (JANOTTI, 1982, p. 49).

Sob a ótica dos autores que adotam esse posicionamento, a verificação dos conceitos vagos tem relação com o tema discricionariedade, pois, a presença de tais conceitos nas normas abrem ao intérprete a possibilidade⁴ da escolha de caminhos a serem seguidos com o fim de preencher a aludida imprecisão, caminhos que, examinados do ponto de vista da conveniência e oportunidade, geral soluções igualmente possível e que atendem à finalidade pública.

Por esse raciocínio, pode-se extrair a conclusão de que os conceitos fluidos são termos que abstratamente ou mesmo quando confrontados com o caso concreto, permitem multiplicidade de intelecções razoáveis, sendo muitas passíveis de admissão, ainda que conflitantes entre si.

O posicionamento encabeçado por Afonso Rodrigues Queiró, contudo, não é pacífico. Ainda Onaldo Janotti (1982) lembra que outros autores adotam posicionamento contrário, entendendo que, no concernente aos conceitos determinados, é indiscutível que são enunciados com precisão, de forma a não deixar dúvida quanto à sua delimitação, mas os conceitos indeterminados, apesar de não se referirem a uma esfera da realidade cujos limites não aprecem precisados, quando insertos no contexto da norma e confrontados com a situação concreta não admitem pluralidade de soluções, mas uma única solução justa. Por esta colocação distanciam o conceito vago da discricionariedade, entendendo que nesta sempre será possível uma pluralidade de soluções, o que não ocorre na interpretação do conceito fluido.

Explicitando a posição de Eduardo Garcia Entería, observa Onaldo Janotti (1982, p. 40) que:

[...] a discricionariedade é uma eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos, porque a decisão se fundamenta em critérios extra-jurídicos (econômicos, de oportunidade, etc.) não incluídos na lei e deixados ao juízo subjetivo da Administração. A aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei, portanto, um processo regrado que se esgota no processo intelectual de compreensão de uma realidade, nele não interferindo a vontade do aplicador.

Na mesma esteira vem a posição de Sainz Moreno, citado por Regina Helena Costa (1990)¹, que diz haver discricionariedade quando a autoridade administrativa pode escolher entre várias decisões, de modo que, na vontade do legislador, qualquer delas é juridicamente admissível e tem o mesmo valor; existe um conceito indeterminado, por sua vez, quando só uma decisão é juridicamente admissível.

Para esses autores, o distanciamento entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade é explicado em razão de permitir esta uma pluralidade de soluções justas e igualmente válidas para o Direito; já na interpretação dos conceitos jurídicos, a

[...] indeterminação de seu enunciado não corresponde a uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma unidade de solução justa em cada caso. Portanto, *tertium non datur*: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa-fé ou não há; ou o preço é justo ou não é. (GRAU, 1993, p. 43)

Sobre a possibilidade de alcance da *unidade de solução justa* Eros Roberto Grau (1993) ressalva seu posicionamento no sentido de que, no ofício jurisdicional, o que se deve buscar são soluções corretas por inexistirem únicas soluções justas, em vista de o fenômeno jurídico comportar mais de uma solução normativa. De acordo com a linha de raciocínio aqui adotada, forçoso é concordar com a afirmação de Eros Grau, pois, não sendo o Direito uma ciência matemática, impossível exigir soluções exatas, portanto, únicas.

Mas, em que pese a ressalva enunciada, também o aludido autor distancia a discricionariedade da interpretação dos conceitos indeterminados, explicitando que

[...] no exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de **juízos de oportunidade**, na eleição entre indiferentes jurídicos, na aplicação de conceitos indeterminados, o sujeito cuida da emissão de **juízos de legalidade**. (GRAU, 1993, p. 45)

Posição que parece mais didática e elucidativa é a adotada por Barbosa Moreira:

[...] na fixação dos conceitos juridicamente indeterminados, abre-se ao aplicador da norma, como é intuitivo, certa margem de liberdade. Algo de subjetivo quase sempre haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolva, conforme ocorre com frequência na formulação de juízos de valor. Exemplo frisando é o dos atos contrários à moral e aos bons costumes, cuja prática, na dicção do artigo 395 II do Código Civil, acarreta a perda do pátrio poder. Não se deve, todavia, confundir esse fenômeno com discricionariedade.

O que um e outro fenômeno têm em comum é o fato de que, em ambos, é particularmente importante o papel confiado à prudência do aplicador da norma, a quem não se impõe padrões rígidos de atuação. Há, no entanto, uma diferença fundamental, bastante fácil de perceber se se tiver presente a distinção entre os dois elementos essenciais da estrutura da norma, a saber, o 'fato' (tatbestand, fattispecie) e o efeito jurídico atribuído à sua concreta ocorrência. Os conceitos indeterminados integram a descrição do fato, ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos. Daí resulta que, no tratamento daqueles, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa: uma vez estabelecida, in concreto, a coincidência ou a não coincidência entre acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. Sucede o inverso, bem se compreende, quando a própria escolha da consequência é que fica entregue à decisão do aplicador. (MOREIRA, 1993, p. 57)

¹ Sainz, Moreno, Fernando, in *Conceptos Juridicos Interpretación y discrecionalidad administrativa*, 102 citado por Helena Regina Costa, RDP 95-132.

A explicação ora enunciada parece ser a mais acertada, a uma porque estabelece clara distinção entre a interpretação de conceitos vagos e a discricionariedade, técnicas que, sem dúvida, não se confundem, e, também porque ressalva a possibilidade da ocorrência simultânea de ambas as técnicas, o que, acredita-se, poderia contribuir para posicionamento, aqui entendido como equivocado, no sentido de que a interpretação de conceitos fluidos conduziria, necessariamente, à discricionariedade.

Sobre esse aspecto, a lição de José Carlos Barbosa Moreira (1993) deixa claro que o fato de ambas as técnicas ocorrerem a um só tempo não permite que haja confusão entre elas ou que sejam entendidas como diretamente correspondentes.

O que se verifica são técnicas distintas que ocorrem em momentos distintos da análise da norma.

A presença na norma de conceitos jurídicos indeterminados exigirá do aplicador o preenchimento da lacuna, atividade que está diretamente relacionada ao fato.

Perfeitamente delineado o conceito, poderá ou não haver atividade discricionária, ou seja, poderá ou não haver por parte do aplicador a verificação da conveniência e oportunidade na escolha de caminhos, o que se dá, também, pela vontade do legislador, que na própria estrutura da norma deixa expressa essa faculdade, mas que independe da presença do conceito fluido.

Resta, portanto, investigar se, no exercício da atividade jurisdicional, cujos atos essenciais são as decisões e sentenças, mas especificamente em relação às tutelas cautelares e antecipatórias, abre-se ao juiz a possibilidade de exercício da atividade discricionária.

Para que tal investigação seja precisa, será necessário emprestar o conceito de discricionariedade originário do Direito Administrativo e, transportando-o ao Direito Processual Civil, verificar se um dos atos essenciais que emanam do Poder Judiciário, ou seja, as decisões concessivas ou denegatórias de tutelas de urgência revestem-se da mesma característica do ato administrativo discricionário.

5. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Vigora no direito positivo brasileiro o princípio da persuasão racional, segundo o qual o juiz é livre para formar sua convicção acerca de determinado litígio, não obstante deva a aludida decisão estar em consonância com os elementos constantes dos autos do processo e por meio dos quais será pronunciada a necessária motivação.

Trata-se, indubitavelmente, de atividade intelectual por meio da qual o juiz deverá analisar os fatos e respectivas provas confrontando-os com as normas aplicáveis à espécie em análise.

Na busca da perfeita adequação da lei ao caso concreto, o juiz se depara com normas que contêm conceitos imprecisos, o que ocorre especialmente nas hipóteses em que se examinam tutelas de urgência, como cautelares e antecipatórias, cujos pressupostos para concessão, como visto, caracterizam-se como conceitos fluidos, imprecisos, de que são exemplos termos como: *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, prova inequívoca, verossimilhança, fundado receio.

Também o administrador, como examinado, ao se deparar com hipóteses normativas em que não houve por parte do legislador detalhamento da conduta esperada, exerce atividade intelectual ao sopesar fatos, confrontá-los à norma, como também busca a melhor interpretação para conceitos indeterminados, de que são exemplos expressões como tranqüilidade pública, urgência, notável saber, entre outras.

Tanto do administrador, na prática de atos administrativos, como do juiz, na prolação de decisões, exige-se, por força de preceito constitucional, a necessária motivação de seus atos, a teor do artigo 93, IX da Carta Constitucional.

Como visto a discricionariedade caracteriza-se pela possibilidade de avaliação da conveniência e oportunidade da prática de um determinado ato e, principalmente, pela existência de dois ou mais caminhos passíveis de serem reconhecidos como certos.

Cumpra questionar, portanto, se, para tradução dos conceitos fluidos, há por parte do julgador a possibilidade de indagar acerca da conveniência e oportunidade e se, em relação ao conteúdo do ato judicial, será possível afirmar que há duas hipóteses admissíveis abertas à valoração do julgador.

Também na doutrina italiana destacam-se doutrinadores que afirmam pela existência de discricionariedade judicial, a exemplo de Raselli (1975, p. 175):

Debbo infine avvertire Che, secondo me, Il potere discrezionale de giudice non si esplica solamente nella ´aplicare Le norme di legge per La decisione delle controversie, ma anche prepara La sentenza o ne assicura l´esecuzione, nonché nella giurisdizione volontaria.

Esse é o entendimento de parte considerável da doutrina, cujos reflexos são verificados nas decisões judiciais, como demonstram os seguintes posicionamentos:

A nosso ver, a medida liminar poderia ser classificada como ato administrativo discricionário do juiz, não passível de qualquer recurso. (RTJ 108-459)
As tutelas antecipadas deferidas ou não de acordo com a competência discricionária do Juiz monocrático, só devem ser cassadas pelo Tribunal em grau de recurso quando eivadas de ilegalidade ou abuso de poder. (RT 756-396)

No que concerne especificamente, às tutelas cautelares e antecipatórias, é possível destacar da atividade judicial dois momentos distintos, sendo o primeiro aquele em que o juiz deve preencher o vazio deixado pelos conceitos indeterminados e o segundo, o momento em que concede ou não a tutela provisória.

No primeiro momento, como visto, em que ocorre a apreensão do conceito fluido e a atividade intelectual para suprir a lacuna, não há exercício de atividade discricionária, seja pelo administrador ou pelo juiz, pois, nesse momento, não se concretiza a escolha entre caminhos mais convenientes e oportunos, busca-se, ao contrário, a melhor dicção da lei e maior adequação à vontade do legislador.

Ocorre, sem dúvida, um momento em que o juiz trabalha com certa liberdade para deixar aflorar maior carga valorativa, mas esse fenômeno não pode ser confundido com a discricionariedade propriamente dita, que pressupõe uma pluralidade de soluções válidas.

Assim, ao buscar o sentido de termos fluidos como *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, *prova inequívoca e verossimilhança*, não está o julgador exercendo atividade discricionária, mas simples interpretação de conceitos indeterminados ou liberdade de interpretação crítica.

Findo o primeiro momento, caberá, também, perquirir se é dado ao juiz indagar da conveniência e oportunidade para a concessão da medida, ou seja, se nessa avaliação haveria o exercício de atividade discricionária por parte do julgador.

A atividade jurisdicional consiste em dizer o direito aplicável ao caso concreto, o que autoriza afirmar, com fulcro no pensamento de Celso Antonio Bandeira de Mello (1996), que a atividade judicial nesta hipótese é a própria voz da lei *in concreto*.

Analisando-se ambas as lições é possível extrair a seguinte indagação: se atividade discricionária se caracteriza por permitir uma pluralidade de soluções possíveis e se a solução manifestada pelo judiciário é a própria voz da lei *in concreto*, seria possível cogitar da existência de duas vontades legais que seriam postas à consideração do julgador no que diz respeito à conveniência e oportunidade de sua aplicação.

No dizer de Dias (1999), a atividade jurisdicional comporta apenas uma única solução jurídica a um determinado caso concreto. Não há várias decisões juridicamente possíveis ou meios possíveis para consecução da aplicação da lei.

Para referida jurista é possível que dois juízes tenham pontos de vista diametralmente opostos acerca de fatos e questões jurídicas, todavia, ainda assim, a verdade jurídica escolhida ao caso concreto afigura-se como única solução justa a priori,

ainda que venha a ser substituída em grau de recurso. Essa realidade não desnatura a decisão judicial como decisão vinculada.

Focando os momentos de atuação judicial, Teresa Celina Arruda Alvim Pinto (1990) estabelece nítida distinção entre discricionariedade administrativa e atuação judicial, afirmando que, no segundo momento, quando definida a presença ou ausência dos requisitos legais ensejadores da tutela de urgência, haverá ao julgador um caminho, que no entender dessa doutrinadora é o único correto, admissível e obrigatório: se presentes os requisitos, conceder a liminar; não estando, não concedê-la.

Assim, se a lei determina que, uma vez presentes determinados requisitos, a consequência jurídica é a concessão da liminar, a própria lei já determina que só há uma via jurídica possível a ser caminhada pelo julgador, não cabendo ilações ou interpretações.

Sobre a possibilidade de, nesse segundo momento, indagar o julgador acerca da conveniência e oportunidade na concessão da medida é conveniente atentar para o raciocínio que a seguir será explanado.

É certo que as medidas cautelares e antecipatórias têm como um dos principais escopos amenizar a ação prejudicial do tempo que será necessário para solução final do conflito, motivo pelo qual são chamadas, genericamente, de tutelas de urgência. Por assim se caracterizarem, permitem que seja realizada cognição sumária, o que atende ao caráter emergencial desse tipo de medida.

Não obstante, a teor dos artigos 93 da Carta Constitucional e 165 do Digesto Processual, o juiz deve se ater às circunstâncias constantes dos autos, pois, toda decisão, ainda que de modo conciso, deverá ser fundamentada.

A persuasão racional orienta a atuação judicial e se faz presente em inúmeros dispositivos da norma processual civil, revelando a preocupação do legislador em limitar a atividade jurisdicional, de forma a propiciar ao jurisdicionado ampla segurança quanto à imparcialidade, transparência e lisura da solução dos conflitos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que a discricionariedade não é um poder natural e ilimitado posto à disposição do administrador, mas trata-se de técnica, inserida na norma por vontade do legislador, a fim de possibilitar uma atuação administrativa mais dinâmica e eficiente.

Assim sendo, se a possibilidade de verificação da conveniência e oportunidade é determinada pela vontade do legislador, observa-se que da análise do sistema

jurisdicional não se extrai essa intenção do legislador, mas, ao contrário, o que se retira do sistema processual é que se espera do julgador uma atividade regrada.

Portanto, presentes os requisitos específicos, não há na lei qualquer dispositivo que permita ao julgador conjecturar acerca da conveniência e oportunidade na concessão da tutela de urgência, que evidencia que também neste segundo momento o magistrado exerce atividade vinculada.

Conclui-se assim que, em relação aos momentos de atuação judicial, é possível afirmar que tanto o magistrado como o administrador, ao se depararem com a necessidade de preenchimento dos conceitos fluidos, realizam atividade intelectual, de interpretação crítica, buscando a solução mais acertada ou em outras palavras, aquela que melhor reflita a vontade da lei.

Ocorre que essa atividade, quando realizada pelo administrador, é seguida da atividade de tomada de decisão, que envolve a escolha de caminhos e, aqui sim, verificação da conveniência e oportunidade na prática de determinado ato, numa avaliação que deverá refletir diretamente nos efeitos do ato praticado.

Considerando que ambas as atividades (apreensão do conceito vago e tomada de decisão) ocorrem, para o administrador, quase que simultaneamente, é possível dizer que ambos os momentos estarão revestidos de maior liberdade, e que a atividade discricionária exercida propriamente, no segundo momento, acaba por mesclar e permear também o primeiro momento, ou seja, aquele em que se verifica a melhor forma de preenchimento da fluidez da norma.

Na atividade judicial também são identificáveis dois momentos distintos, sendo o primeiro de pura interpretação da vontade legal para supressão da vagueza dos conceitos, o que não se confunde com verificação de conveniência ou oportunidade, pois, realizando a interpretação crítica deve o magistrado encontrar a solução mais acertada ou, como preferem alguns, a única solução possível para a hipótese fática, ou seja, a vontade legal, aquela que reflete a voz do direito no caso concreto.

No momento seguinte, ao decidir pela concessão ou não da medida, cumpre ao julgador perquirir apenas da presença ou não dos requisitos legais, os quais, estando presentes, demandam uma decisão concessiva, posto não haver qualquer determinação legal que permita ao julgador atuar com liberdade ou perquirir da conveniência e oportunidade da concessão da tutela.

Em consonância com o pensamento até aqui sustentado, conclui-se que a expressão discricionabilidade judicial é imprópria, pois o conceito de discricionabilidade

oriundo do direito administrativo, quando transportado para o direito processual, não encontra na função judicial campo de atuação adequado à instauração de suas particularidades.

A função judicial (dizer o direito) impede que o conceito de discricionariedade administrativa seja recebido sem reservas pelo direito processual.

O posicionamento aqui adotado prestigia o princípio da segurança jurídica, pois, permitir que o juiz pondere acerca da conveniência e oportunidade da concessão de uma medida liminar implica em retirar do jurisdicionado a margem de previsibilidade, aumentando, em consequência a esfera de subjetivismo, particularismo, imparcialidade e liberdade indiscriminada, aspectos que não devem tocar a área de atuação judicial.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. **A arguição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- COSTA, Regina Helena. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. 95, p. 125-136.
- DIAS, Beatriz Catarina. **A jurisdição na tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.
- GRAU, Eros. **Poder Discricionário**. Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, v.93, p. 41-46.
- JANNOTTI, Onaldo. Conceitos indeterminados e origem lógico normativa da discricionariedade. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 64, p.37-54, 1982.
- LOPES, João Batista Lopes. **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo. Saraiva, 2001.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- MELLO, Oswaldo Bandeira. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 72, 1993.
- PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim. Limites à chamada discricionariedade judicial. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 96, p. 157-166, 1990.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do desvio do poder em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, v.6, p. 41-78, 1946.
- RASELLI, Alessandro. **Il Potere Discrezionale de giudice**. Milano : Giuffré, 1975.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1951.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. Discricionabilidade e Revogação do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v.79, p. 132-138, 1999.

Silvana Machado Cella

Advogada, Especialista em Direito e Processo do Trabalho, Mestre em Direito Processual Civil e Educação, pela PUC Campinas. Doutoranda em Direito do Trabalho pela PUC São Paulo. Professora Universitária.

Aldo José Fossa de Sousa Lima

Advogado. Mestre em Direito do Trabalho pela Unimep. Doutorando em Direito do Trabalho pela PUC São Paulo. Professor Universitário.