GÊNESES DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NEGOCIAIS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS

TOSHIO MUKAI*

1 — Atos vinculados e discricionários. 2 — Atos administrativos negociais. 3 — Quando um ato administrativo negocial deverá ser vinculado ou poderá ser discricionário.

1 — *Atos vinculados e discricionários*

Já tivemos ocasião de tecer comentários sobre esta grande e importante classificação dos atos administrativos, que os divide em atos vinculados e discricionários.

No geral, as definições encontradas, tanto na literatura pátria como no direito comparado, são quase que tautológicas, ou seja, são atos vinculados aqueles em que, na sua prática, o legislador prende o administrador à observância, passo a passo, às prescrições legais (daí a expressão "vinculados"), e são atos discricionários aqueles em que, para a sua produção o agente público recebe do legislador liberdade (maior ou menor) para atuar de acordo com os seus próprios critérios de oportunidade e conveniência (binômio esse que compõe o que se denomina de mérito do ato administrativo, só existente neste tipo de ato).

Essas definições se espraiam sobre quaisquer espécies de atos administrativos, sejam eles atos normativos; atos ordinatórios, atos negociais, atos enunciativos ou atos punitivos.

2 — *Atos administrativos negociais*

Segundo o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 21ª Ed. — Malheiros, p. 169), existem certos atos administrativos que são

* Mestre e Doutor em Direito (USP). Ex-professor de Direito Administrativo da Faculdade Mackenzie.

praticados contendo uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a pretensão do particular, visando à concretização de negócios jurídicos públicos ou à atribuição de certos direitos ou vantagens ao interessado.

Em relação a tais atos, Hely Lopes Meirelles aduz: "*À falta de uma denominação específica em nossa Língua para essas manifestações unilaterais da Administração, e das quais se originam negócios jurídicos públicos, permitimo-nos denominá-los atos administrativos negociais, numa tradução livre do Castelhano — acto administrativo, negócio jurídico (Manuel Maria Diez, El Acto Administrativo, 1956, pp. 99 e segs.) — mas literal do italiano — atti amministrativi negoziali (Umberto Fragola, Gli, Atti Amministrativi, 1952, p. 89, F.P. Mastropaqua, Efficacia dell'Atto Amministrativo, 1950, pp. 120 e 63; Zanobini, Corso di Diritto Amministrativo, 1948, 1950, I/204) e do Alemão — rechtsgeschae Verwaltungsakte (Friedrich Giese, Algemeines Verwaltungsrech, 1952, pp. 84 e segs.)*".

Tais atos, "*embora unilaterais, encerram um conteúdo tipicamente negocial, de interesse recíproco da Administração e do administrado, mas não adentram a esfera contratual*" (ob. cit. p. 169)

E adianta o autor: "*Na abalizada opinião de Diez, os chamados por ele "atos administrativos, negócios jurídicos"*, por nós, atos administrativos negociais, são declarações de vontade da autoridade administrativa destinadas a produzir efeitos específicos e individuais para o particular interessado" (ob. cit. p. 169).

Pois bem, tais atos (negociais), podem, como ocorre nas demais espécies, serem, também, vinculados e discricionários.

Nesse sentido, ainda, a lição de Hely Lopes Meirelles: "*Assim, o ato pode ser vinculado ou discricionário, definitivo ou precário; será vinculado quando a lei estabelecer os requisitos para sua formação; será discricionário quando sua expedição ficar ao alvedrio da autoridade competente*". (ob. cit. p. 170).

No caso dos atos negociais, os efeitos que produzem se cingem às partes envolvidas: a Administração e o particular requerente. Mas, o que sobreleva sublinhar em relação a eles é a diferença de efeitos no ato negocial vinculado e no discricionário.

É, ainda de Hely Lopes Meirelles, a observação:

"*O que convém distinguir são os efeitos do ato negocial vinculado e definitivo dos do ato negocial discricionário e precário, principalmente quando se tratar de sua extinção por anulação, cassação ou revogação*". (ob. cit. p. 170).

Acrescenta o autor que os atos negociais formam uma espécie do gênero ato administrativo, mas com características e efeitos próprios, o que justifica seu estudo separadamente, a começar pela sua conceituação, para, a seguir, nos fornecer o seguinte conceito de ato negocial: "*Atos administrativos negociais são todos aqueles que contêm uma declaração de vontade da Administração apta a concretizar determinado negócio jurídico ou a deferir certa faculdade ao particular, nas condições impostas ou consentidas pelo Poder Público*" (ob. cit. p. 170).

Enquadra o autor, nesse conceito, dentre outros, os atos administrativos de licença, autorização, permissão, admissão, visto, aprovação, homologação, dispensa, renuncia e até mesmo o protocolo administrativo.

Eis aí os contornos do ato administrativo negocial, que, como se viu, também eles podem ser vinculados ou discricionários.

Para nós, de tudo que se viu, resta uma indagação e uma resposta correspondente relativamente aos atos administrativos negociais vinculados e discricionários.

A indagação é: quando é que um ato administrativo deve ser, necessariamente, vinculado, e quando é que uma ato dessa espécie poderá ser considerado, pelo legislador, um ato discricionário?

Essa indagação e a resposta conseqüente, não as vimos formuladas por nenhum autor, seja pátrio, seja no Direito Administrativo comparado.

E eles, como se verifica, são da maior importância.

3 — *Quando um ato administrativo negocial deverá ser vinculado ou poderá ser discricionário*

Quando da implantação do Estado de Direito e do sepultamento do absolutismo, foram institucionalizados por toda parte o que se denominou de direitos e garantias individuais, ou seja, constitucionalizaram-se e se consagraram certos direitos do homem que eram tidos como direitos anteriores ao Estado: por exemplo, o direito ao tratamento igualitário pela lei, o direito à propriedade, a poder fazer tudo o que a lei não proíba, o direito à liberdade de ir e vir etc.

São direitos que o Estado não "*concede*" ao particular, mas sim os reconhece, não podendo negá-los, posto que hoje, tais direitos estão garantidos pela própria Lei maior.

Portanto, com relação a tais direitos, a Administração, embora possa restringi-los no interesse do bem comum (no caso do exercício do poder de polícia) ela somente poderá impor tais restrições, desde que estas estejam previstas em lei formal e nos exatos termos e condições fixados minudentemente nela (na lei); além disso, inexiste faculdade de a Administração negar o direito ao particular.

É que, nesses caso, há um direito subjetivo constitucional que protege o particular contra a negação do direito pela Administração. Eis, aí a gênese, a razão objetiva pela qual, nesses casos, a Administração estará perante um ato administrativo negocial vinculado. Ou seja, o referido ato será, obrigatoriamente, de natureza vinculada, pois a decisão que deverá vir consubstanciada nele será, necessariamente, de ordem positiva.

É o caso típico da licença de construção, apontado por todos os administrativistas como o ato administrativo padrão, exemplo de ato vinculado.

E sabe-se, se o particular cumprir todas as exigências legais de natureza urbanística, a licença não poderá lhe ser negada, pena de ilegalidade, inconstitucionalidade, por ofensa à garantia do direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII). É que, no caso, há aí um direito à construção, de ordem constitucional, que o legislador ordinário não poderá tornar letra morta, transformando um ato administrativo negocial vinculado em discricionário.

A propósito da licença de construção, Celso Antônio Bandeira de Mello (*in* "Figuras Jurídicas do Planejamento Urbano no Brasil". RPGE, Porto Alegre, 13 (37): 13 — 36, 1983, p. 25) leciona:

"*A possibilidade jurídica de especificar não se fundamenta na licença, mas nas leis que regulam o direito de construir. A licença não é o ato que define o direito vigente, mas, apenas, que remove obstáculo jurídico ao exercício de um poder suscetível de ser exercido se e enquanto conforme a lei: Logo, em princípio descaberia supor que o direito a exigir se assegure a partir da expedição da licença*".

E adiante: "*Com efeito, à licença expedida pela Administração faltaria força jurídica para gerar situação sobre a qual não tem disponibilidade, já que sua função resume-se a reconhecer a coincidência da pretensão com a lei ou a descoincidência com os termos na lei estipulados. Esta ausência de titulação jurídica da Administração para compor os termos dentro nos quais seria cabível ou incabível a construção pretendida, descarta a possibilidade de que possa fazer gerar um direito, pois é estranha à configuração dele*". (p. 26)

Diríamos nós que, para além da lei, há um direito a construir, pré-existente mesmo àquela.

Há pois, no caso, um direito constitucional à licença. Daí não poder a lei transformar a licença em autorização, ato administrativo negocial discricionário típico, padrão, segundo a doutrina.

Por outro lado, já relativamente ao meio ambiente, como a Constituição o declara bem de uso comum do povo, e que o Poder Público e a coletividade têm o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225), inexiste um direito constitucional de poluir ou degradar o referido meio ambiente; destarte, em matéria de meio ambiente, levando em conta a não poluição e a não degradação dele, é o Poder Público que concede uma autorização para o particular exercer ou não determinada atividade de seu interesse. Não há, anterior a tal autorização, nenhum direito que ampare o particular; portanto, essa autorização é ato discricionário, não vinculado.

É o mesmo o que ocorre com o porte de arma.

Como se sabe, é o porte de arma, o modelo — padrão sobre o qual há falar em autorização, como ato discricionário. Ninguém tem um direito subjetivo de portar arma, anterior à autorização. É o Estado que lhe concede ou não tal direito.

Outros casos típicos de licença (ato vinculado) são: os caso dos incisos XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, dentre outros, do art. 5º da Constituição Federal.

Enfim, há casos em que o Estado, mediante o seu controle prévio, apenas reconhece ao particular o exercício de um direito que é anterior ao seu ato de reconhecimento (o que se faz, entretanto, muitas vezes, através do cumprimento, pelo particular de diversas restrições impostas por lei em benefício da coletividade); nesse caso, estamos perante um ato de controle prévio do Estado que, na sua gênese, só pode ser de natureza vinculada. E, por isso mesmo, nem a lei poderá transformá-lo num ato de natureza, discricionária, pois aquele direito anterior do particular é pré-existente ao ato de controle, em virtude de expressa estatuição constitucional.

De outro lado, há casos em que o Estado, mediante o seu controle prévio, não reconhece direitos, mas concede direitos ao particular, coloca-o em situação determinada, porque não há, anterior ao ato de controle, nenhum direito subjetivo constitucional que o proteja contra a ação do Estado; é este que lhe delinea e traça o perfil jurídico do direito e da situação jurídica em que será colocado. Por essa razão, o referido ato de controle prévio tem a sua gênese consubstanciada num ato discricionário. Pela mesma razão, o Estado estaria, então, tal como ocorre em relação ao ato vinculado, impossibilitado de transformar esse ato discricionário, por natureza, em ato vinculado?

Pensamos que, em princípio, a resposta a tal questão seria positiva. É que, não obstante, no ato discricionário, segundo a tese que vimos expondo, inexiste um direito subjetivo constitucional do particular, anterior ao ato de controle prévio e como tal, poder-se-ia concluir que, indistintamente, esse ato poderia ser de natureza discricionária ou vinculada, tanto faz, tal não pode ocorrer assim simplesmente.

É que, como sabemos, existe um princípio fundamental de Direito Público, que impede que a Administração Pública (o Executivo) abra mão do interesse público: é o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Ora, se o ato de controle prévio é discricionário, e, com essa discricionariedade o Estado tem condições de impor maiores restrições ao particular para poder alcançar a satisfação do interesse público, não é dado ao administrador público transformar tal ato em vinculado, onde as restrições são somente aquelas minudentemente estabelecidas na lei. Estaria ele, nessa hipótese, abrindo mão do interesse público.

Entretanto, se tal alteração se der através da Lei, como o interesse público pode ser disposto pelo Estado (Legislativo e Executivo), então sim, a substituição do ato discricionário pelo vinculado seria válida.

As *Joint Ventures* na Indústria do Petróleo

Temas de Direito Petrolífero e de Direito do Comércio Internacional

Marilda Rosado de Sá Ribeiro



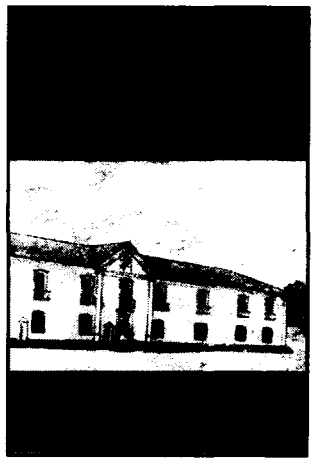
Nesta obra a autora faz relembrar verdades, às vezes esquecidas, de que as disciplinas jurídicas não são estanques; e da relatividade da divisão do Direito, em público e privado; acabando por indicar tendência, ainda não unanimemente aceita, de reconhecimento do Direito Petrolífero, como ramo autônomo do Direito.

Ref. 0139 **Brochura** **290 págs.**
Form. 14x21 **1997**

As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração

Roberto Delmanto Junior

O autor analisa à luz da Constituição da República de 1998, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de San José da Costa Rica, todas as modalidades de prisão provisória existentes em nosso ordenamento processual penal, e seu prazo de duração, que é comparado com a legislação de inúmeros países. São feitos, ainda, comentários à lei brasileira e à jurisprudência de nossos Tribunais.



Ref. 0169 **Cartonado** **356 págs.**
Form. 16x23 **1998**