

ACONSIDERAÇÕES SOBRE A DISCRICIONARIEDADE DA ADVERTÊNCIA POR ESCRITO PREVISTA NO ART. 267 DO CTB

Matheus Kuntze¹

Emanuela Cristina Andrade Lacerda²

SUMÁRIO

Introdução; 1 A função administrativa e os atos administrativos; 2 Discricionariedade e os princípios da impessoalidade e motivação; 3 Aplicabilidade da advertência por escrito prevista no art. 267 do CTB; Considerações finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO:

O objetivo do presente trabalho é analisar a discricionariedade da advertência por escrito prevista no art. 267 do Código de Trânsito Brasileiro, assim como verificar se está ou não de acordo com os princípios da igualdade, motivação e impessoalidade. Para isso, analisa-se a função administrativa, os atos administrativos, a discricionariedade e os princípios da impessoalidade e motivação. Por fim, trata-se especificamente sobre a relação do art. 267 do CTB com os citados princípios, e sobre a resolução 404/2012 do CONTRAN. A relevância do tema se dá pela utilidade pública com fim no interesse público, assim como o fato de ser um tema com poucos estudos desenvolvidos. O método utilizado para a pesquisa foi o indutivo, aliado à pesquisa bibliográfica através da análise da doutrina, legislação específica e disposições de órgãos de trânsito.

Palavras-chave: Discricionariedade. Advertência por escrito. Código de Trânsito.

INTRODUÇÃO

A função pública possui o papel importante de representar os interesses da sociedade, e tem como principal finalidade o interesse público. Sendo assim, os atos administrativos - vinculados ou discricionários - devem estar de acordo com os princípios que norteiam o direito.

Para alguns atos administrativos o legislador concede certa liberdade, para que o administrador escolha dentre as diversas opções a que for mais

¹ Acadêmico do curso de Graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI Itajaí. 10º período. Mtsktz51@gmail.com.

² Professora da Universidade do Vale do Itajaí. Graduada em Direito e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Emanuelaandrade@univali.br.

conveniente. O legislador abre margem para que o administrador julgue com maior subjetividade do que objetividade, e é por esse motivo que se torna necessário um controle externo dos atos administrativos.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a discricionariedade da advertência por escrito prevista no art. 267 do Código de Trânsito Brasileiro, assim como avaliar se ela está ou não de acordo com os princípios da igualdade, motivação e impessoalidade.

O tema surgiu frente aos questionamentos acerca da possível advertência por escrito, visto que na realidade essa possibilidade não é frequentemente utilizada, pois a maior parte da população a desconhece.

Visando o desenvolvimento lógico do raciocínio desta pesquisa, o presente trabalho divide-se em três partes.

A primeira parte trata da função administrativa e dos atos administrativos, discorrendo a respeito do conceito de ato administrativo, dos atos discricionários, dos atos vinculados e dos elementos do ato administrativo.

Na sequência, a segunda parte aborda a discricionariedade dos atos administrativos, a sua justificativa, os parâmetros e o possível controle judicial. Posteriormente, remete-se aos princípios da impessoalidade e da motivação.

A terceira parte trata, principalmente, do art. 267 do CTB e a relação com os princípios apresentados no decorrer do trabalho. Também é feita uma breve consideração acerca da resolução 404/2012 do CONTRAN, que dispõe sobre o art. 267 do CTB.

Ao final do trabalho encontram-se as considerações finais a respeito do tema abordado, tendo como base os apontamentos observados nas idéias acima descritas.

O método utilizado foi o indutivo, por meio da pesquisa bibliográfica da doutrina, através de autores que tratam de atos administrativos e conceituam os princípios jurídicos abordados, além de disposições de órgãos do trânsito e da legislação específica.

O presente trabalho não esgota as pesquisas a respeito do tema abordado. Até o presente momento foram realizados poucos estudos acerca do

tema, o que impulsiona a continuidade de discussões científicas em torno da aplicação da advertência por escrito no trânsito.

1 A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E OS ATOS ADMINISTRATIVOS

A Função Pública, em um Estado Democrático de Direito, é o dever de alcançar o interesse público através do uso de poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.³ Sendo a função pública exercida pelo *agente administrativo*⁴, todo ato praticado por esse deve estar norteado pelo interesse público.

No entendimento de Hely Loppes Meirelles “os fins da administração resumem-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrativa.”⁵ Portanto, é necessário que toda atividade do administrador público esteja orientada para esse objetivo, sendo ilícito e imoral todo o ato que não seja praticado no interesse da coletividade.⁶ Dessa forma, nenhum ato administrativo deve estar em desacordo com a finalidade maior da administração, que é o interesse público.

O ato administrativo é uma declaração unilateral do estado, no exercício da função administrativa, que produz efeitos jurídicos.⁷ No entendimento de Hely Lopes Meirelles

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e

³ MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 29.

⁴ Hely Lopes Meirelles entende agente administrativo como sendo “todos aqueles que se vinculam ao Estado ou às suas entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e o ao regime jurídico determinado pela entidade estatal a que servem” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 79)

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 86.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 86.

⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato Administrativo**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 56

declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.⁸

Nesse sentido, ato administrativo é uma manifestação unilateral da Administração Pública, exercido através dos agentes públicos, e que deve sempre ter a finalidade pública. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, ato administrativo é

A declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.⁹

O ato administrativo constitui um dos modos de expressão tomado pela Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direito ou impor obrigações, com observância da legalidade.¹⁰

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define ato administrativo como sendo uma declaração do estado ou de seus representantes, capaz de produzir efeitos jurídicos imediatos, observando a lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.¹¹ Os atos administrativos podem ser vinculados ou discricionários.

Atos vinculados são aqueles praticados pela administração sem que se tenha liberdade de escolha de alternativas, pois são prescritos pela lei, de forma a definir quando e como agir. Sendo que, se o administrador não agir incorre em crime de responsabilidade.¹² O ato vinculado não abre margem para que o administrador público, na ação, utilize de fatores subjetivos. No entendimento de Hely Lopes

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 147.

⁹ MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 380.

¹⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 135.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 206

¹² TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Direito Administrativo: noções fundamentais**. São Paulo: Iglu, 1999. p. 112.

Meirelles: “atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização”¹³

Nos atos vinculados, a liberdade do administrador fica absorvida quase que por completo, uma vez que fica adstrita a norma legal. Sendo que, com o não cumprimento de qualquer requisito, cumpre a validade do ato, tornando-se passível de anulação pela Administração ou pelo Judiciário.¹⁴

No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da administração em face da situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.¹⁵

A Administração tem o dever de motivar os atos vinculados ou regrados, no sentido de evidenciar a conformação da sua prática com os requisitos e exigências legais.

Para além dos atos administrativos vinculados, temos os atos administrativos discricionários, que são aqueles em que o legislador confere à administração pública uma determinada margem de liberdade, deixando que o administrador escolha ao seu arbítrio a solução que seja mais conveniente dentre as alternativas subjetivas permitidas na lei. Se ultrapassar o que é permitido legalmente o ato é considerado arbitrário, sendo ilegal.¹⁶ Portanto, a liberdade concedida nos atos discricionários fica adstrita aos limites legais.

No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello os atos discricionários “seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 164.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 165.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 424.

¹⁶ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Direito Administrativo: noções fundamentais**. São Paulo: Iglu, 1999. p. 112

formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles”¹⁷. Para Hely Lopes Meirelles: “atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha e de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua convivência, de sua oportunidade e do modo de sua realização”.¹⁸

É importante a ressalva de que o ato discricionário não se confunde com ato arbitrário, visto que o ato discricionário é a liberdade de ação dentro dos limites legais, e ato arbítrio é ação contrária ou excedente da lei.¹⁹

No que concerne a atos administrativos, é importante falar a respeito dos seus elementos. O ato administrativo forma-se pelo conjunto de alguns elementos, que devem atender a preceitos legais para produção de efeitos jurídicos válidos. A doutrina elenca várias classificações a respeito de tais atos, mas a grande maioria elenca cinco elementos – agente competente, objeto, forma, motivo e fim.²⁰ O elemento motivo é o mais importante para fins desse artigo.

Não obstante a grande importância do elemento motivo, durante muito tempo no Direito Administrativo os atos não precisavam ser motivados, salvo imposição normativa. A partir de meados da década de 70 passou a se exigir a motivação dos atos administrativos.²¹ O princípio da motivação, que será tratado no próximo capítulo, assegura que em certas situações os atos devem ser motivados, caso contrário estarão sujeitos a invalidação.

No entanto, não se deve confundir motivação com motivo. Na visão de Odete Medauar, “motivo significa as circunstâncias de fato e os elementos de direito

¹⁷ MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 424.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 166.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 166.

²⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 136

²¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 138

que provocam e precedem a edição do ato administrativo”.²² A enunciação desses motivos é chamada de motivação, também conhecida como exposição de motivos.²³

2 DISCRICIONARIEDADE E OS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E MOTIVAÇÃO

A discricionariedade é a consequência de uma competência legal, que confere ao administrador certa margem para decidir frente a um caso concreto.²⁴ No entendimento de Odete Medauar o “poder discricionário é a faculdade conferida à autoridade administrativa de, ante circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis”.²⁵ Para Celso Antônio Bandeira de Mello

Discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesça 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 expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.²⁶

A discricionariedade é limitada pela lei, à qual a administração está sujeita. Tudo que estiver fora dos limites da lei será arbitrário. Em contrapartida, não há qualquer antinomia entre a discricionariedade e a legalidade. A característica da discricionariedade é a utilização pelo legislador de um conteúdo não identificado como único possível.²⁷

O legislador não consegue resolver todas as situações possíveis sem que incorra em certa individualização; daí a necessidade de conferir ao administrador

²² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 138

²³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 138

²⁴ ROSA, Renata Porto de Adri. **Princípios informadores do direito administrativo**. São Paulo: Editora NDJ, 1997. p. 131

²⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 109

²⁶ MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 963

²⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato Administrativo**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 74

certa margem de liberdade para escolher qual a solução que melhor atenda à finalidade da lei.²⁸ Segundo Afonso Rodrigues de Queiró, “O legislador, para se manter como tal, tem pois, que deixar à administração uma certa margem de discricionariedade.”²⁹

Ao administrador, frente à discricionariedade, cabe escolher dentre as opções possíveis, aquela que melhor atenda ao interesse público no caso concreto. Sendo que essa opção não deve ser feita de acordo com os valores íntimos do aplicador.³⁰ O administrador deve levar em consideração critérios objetivos que afastam uma total subjetividade do ato.

No exercício do poder discricionário é necessário observar os critérios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade. Portanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre. Em especial em se tratando de competência, da forma e da finalidade, a lei impõe limitações. A discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites da lei,³¹ conferindo à Administração certa liberdade para decidir nos casos concretos, escolhendo a melhor maneira de satisfazer a finalidade da lei em determinadas situações.³²

A justificativa do uso da discricionariedade é que em um Estado contemporâneo, muito complexo, não é possível atuar sem certa flexibilidade, tornando-se fundamental deixar uma margem de maleabilidade ao administrador devido às rápidas mudanças sociais. O poder discricionário também se torna necessário para poder disciplinar certas matérias às situações concretas.³³

²⁸ ROSA, Renata Porto de Adri. **Princípios informadores do direito administrativo**. São Paulo: Editora NDJ, 1997. p. 132

²⁹ MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 956

³⁰ ROSA, Renata Porto de Adri. **Princípios informadores do direito administrativo**. São Paulo: Editora NDJ, 1997. p. 134

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 222

³² MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 955.

³³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 112

Conforme os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro “a dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação, com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração de leis”.³⁴

O tratamento do poder discricionário perante a doutrina vem evoluindo no sentido de trazer certos parâmetros para assegurar o verdadeiro interesse da população, impedindo determinados abusos. Além de ser necessário estarem presentes os requisitos de competência, forma, motivo e fim, a doutrina se preocupa com um processo formativo da decisão e também com os meios de assegurar o acesso da população às decisões administrativas.³⁵

Para a discricionariedade é indispensável que o Direito conceda tal poder aos administradores e lhe assinale os limites de sua liberdade de opção na escolha dos critérios postos à sua disposição. A exorbitância do poder discricionário constitui ato ilícito.³⁶ Uma discricionariedade sem limites e sem um controle externo se aproxima da arbitrariedade.

A discricionariedade deve estar limitada pela proporcionalidade, que é passível de controle pelo Judiciário, pela boa fé, lealdade e igualdade. Lúcia Vale Figueiredo afirma que a discricionariedade deve estar dentro dos critérios de razoabilidade e da principiologia do ordenamento.³⁷

O legislador concede o poder de escolher para o administrador mas não o torna livre de decidir arbitrariamente, pois necessita representar a melhor opção nas circunstâncias, atendendo aos dogmas maiores que norteiam a atividade pública: a legalidade e a moralidade.³⁸ Para que o administrador não decida arbitrariamente, torna-se necessário um controle jurisdicional da discricionariedade.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 227

³⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 114

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 167.

³⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 213

³⁸ HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito Administrativo e Judiciário**. São Paulo: LEUD, 1998. p. 83.

A faculdade de agir do agente administrativo no ato discricionário não é uma liberdade absoluta. Há alguns limites, mas não como no ato vinculado. No entanto, existe a possibilidade em que o agente mova-se por capricho, má-fé ou imoralmente, gerando o abuso de poder. Nesse caso, o particular prejudicado pode ajuizar ação própria para desfazer o ato, ou então movimentar uma ação coletiva com vistas à cessão e recuperação do dano causado ao patrimônio público e à moralidade administrativa.³⁹

Esse direito é assegurado pelo artigo 5º da Lei Magna – afirmando que nenhuma lesão ou ameaça ao Direito poderá ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV). Nesse sentido, todo ato gravoso pode ser submetido ao judiciário a fim de que se afira a sua legitimidade.⁴⁰

O Administrador, na prática dos atos administrativos, deve estar em conformidade com os princípios gerais (os princípios básicos da administração pública, amparados pelo art. 37 da Constituição Federal de 1988: a legalidade, a moralidade, a impessoalidade e a publicidade).⁴¹

A atividade administrativa deve observar os princípios básicos que presidem suas atividades, sendo que os atos praticados pela Administração Pública estão sujeitos aos princípios previstos no art. 37 da Carta Magna, sem prejuízo ainda de princípios acessórios, como o da motivação, da finalidade e da razoabilidade.⁴²

Celso Antônio de Mello afirma que violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma, pois implica na ofensa não apenas de um mandamento específico obrigatório, mas de todo o sistema de comandos.⁴³ Benedicto de Tolosa Filho diz que “a ausência ou dissimulação de um desses princípios acarreta a

³⁹ HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito Administrativo e Judiciário**. São Paulo: LEUD, 1998. p. 82.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 948.

⁴¹ HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito Administrativo e Judiciário**. São Paulo: LEUD, 1998. p. 78.

⁴² TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Direito Administrativo: noções fundamentais**. São Paulo: Iglu, 1999. p. 29.

⁴³ MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 949.

nulidade do ato e enseja a apuração de responsabilidade do agente do poder público”⁴⁴ Através da análise dos renomados doutrinadores, nota-se a importância dos princípios na aplicabilidade do Direito.

Para fins desse trabalho, trataremos a respeito de dois princípios: da motivação e da impessoalidade. No entendimento de Lúcia Valle Figueiredo é imprescindível a motivação da atividade administrativa, sendo dever da Administração motivar qualquer ato que conceda para alguns e nega para outros.⁴⁵

A motivação é um requisito para a formalização do ato administrativo que tem por finalidade justificar a sua prática. É através da motivação que se explicitam os motivos de fato e de direito que ensejam a prática do ato; demonstra-se a razoabilidade e a proporcionalidade.⁴⁶ Todo ato deve estar motivado, expressa ou tacitamente.

No entendimento de Antônio Carlos de Araújo Cintra, principalmente nos atos discricionários o agente público deve justificar as opções que tenha exercido em função das alternativas que lhes estavam abertas, demonstrando, assim, que realmente apreciou as questões de conveniência e de oportunidade que a lei lhe confiou.⁴⁷ Lúcia Valle Figueiredo dispõe que

O administrador tem o dever de demonstrar que está impondo aos administrados aquilo que a lei determina e da maneira como determina, ou seja, há de demonstrar que está aplicando a lei corretamente. Isto por várias razões: porque a administração age somente sob o império da lei; porque os administrados só estão obrigados àquilo que a lei determina; porque os administrados têm o direito ao devido processo legal, em seus aspectos formal e material, vale dizer, ao contraditório, à igualdade, à razoabilidade; porque os atos administrativos são contrastáveis pelo Judiciário, que só terá condições de proceder a um real controle se tiver acesso aos motivos e à finalidade do ato; e, sobretudo, porque a Administração não produz coisa julgada, já que seus atos são sempre revisíveis

⁴⁴ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Direito Administrativo: noções fundamentais**. São Paulo: Iglu, 1999. p. 29.

⁴⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 52

⁴⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 146

⁴⁷ APUD FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 146

pelo Judiciário – a função de dizer o direito em tom definitivo é do Judiciário e não do Executivo.⁴⁸

Pelo princípio da motivação a Administração deve justificar seus atos, apontando-lhes fundamentos de direito e de fato, e a correlação lógica entre os eventos, situações e a providência tomada.⁴⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que em algumas hipóteses de atos vinculados, por não existir interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra do Direito pode ser suficiente, por estar implícita a motivação; mas, nos outros, que existe a discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é indispensável que seja motivado.⁵⁰

Se não através do princípio da motivação, não haveria como assegurar o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, finalidade, razoabilidade e proporcionalidade. Sendo assim, o administrado necessita tomar conhecimento das razões de tais atos na ocasião em que são expedidos. Os atos que forem práticas sem a motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário.⁵¹ Conclui-se, que é fundamental a motivação dos atos administrativos, não sendo uma mera faculdade do administrador e sim uma obrigatoriedade.

Falaremos agora do princípio da impessoalidade. Lucia Valle Figueiredo entende que a impessoalidade caracteriza-se na valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica que tem a se formar, independentemente de qualquer interesse político.⁵² A valoração objetiva afasta os interesses, tornando o ato menos impessoal.

⁴⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 147.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 112

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 112

⁵¹ MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 113

⁵² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 63

Não pode a ação administrava conter interesses políticos ou particulares, ela deve ter em vista os critérios do bom andamento do serviço público e do melhor interesse público.⁵³ Para isso, o princípio da impessoalidade impede distinções fundadas em características pessoais dos interessados, evitando distinções infundadas.⁵⁴

Com o princípio da impessoalidade a Constituição visa obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia. Busca, desse modo, que predomine o sentido de função, isto é, a idéia de que os poderes atribuídos finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados desconectados de razões pessoais. Em situações que dizem respeito a interesses coletivos ou difusos, a impessoalidade significa a exigência de ponderação equilibrada de todos os interesses envolvidos, para que não se editem decisões movidas por preconceitos ou radicalismos de qualquer tipo.⁵⁵

Hely Lopes Meirelles trata o princípio da impessoalidade como sendo sinônimo de princípio da finalidade, que impões ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. “O fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal”.⁵⁶ Não obstante, o renomado doutrinador entende que a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável que é o interesse público, e todo ato que não estiver de acordo com esse objetivo pode ser invalidado por desvio de finalidade.⁵⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que, segundo o princípio da impessoalidade

A administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéfica ou detrimntosas. Nem favoritismo nem

⁵³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 63

⁵⁴ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Direito Administrativo: noções fundamentais**. São Paulo: Iglu, 1999. p. 31

⁵⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 126

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 91.

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 91.

perseguição são toleráveis. Simpatias ou animosidade pessoais, políticas ou ideológicas não podem intervir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.⁵⁸

Conclui-se que “o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros.”⁵⁹

3 APLICABILIDADE DA ADVERTÊNCIA POR ESCRITO PREVISTA NO ART. 267 DO CTB

O Código de Trânsito Brasileiro, que tem como base a Constituição da República Federativa do Brasil, dispõe em seu art. 267 que

Poderá ser imposta a penalidade de advertência por escrito à infração de natureza leve ou média, passível de ser punida com multa, não sendo reincidente o infrator, na mesma infração, nos últimos doze meses, quando a autoridade, considerando o prontuário do infrator, entender esta providência como mais educativa.⁶⁰

Verifica-se, da leitura desse artigo, que o administrador tem a faculdade de impor uma penalidade de advertência por escrito quando à infração é de natureza leve ou média, passível de ser punida com multa, caso o infrator não seja reincidente na mesma infração nos últimos doze meses.

No entanto, sabe-se que o administrador somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferente da esfera particular, onde é permitido a realização de tudo que a lei não proíbe.⁶¹

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 114

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 91.

⁶⁰ BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm>. Acesso em: 10 mai. 2013.

⁶¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. p99

A necessidade dos atos discricionários se dá pelo fato de que o legislador não consegue abarcar todas as possibilidades jurídicas, no entanto, o ato discricionário deve ser a exceção e não a regra.

Como já tratado anteriormente, é importante ressaltar que frente ao poder discricionário é importante levar em consideração critérios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade. O administrador público, na discricionariedade, deve agir dentro dos limites legais e de acordo com os princípios do direito e não por livre vontade.

O artigo 267 do CTB concede a discricionariedade ao administrador quando menciona que “*poderá*” impor a penalidade de advertência ao invés da multa. O legislador, nesse caso, abre uma margem muito grande para o administrador, dando espaço para que esse julgue de acordo com suas crenças – tornando o Direito mais subjetivo do que objetivo. Essa liberdade concedida pelo legislador é questionável.

Quando o legislador permite que a penalidade de multa seja substituída pela penalidade de advertência, fere o princípio da igualdade previsto no Art. 5º da Constituição Federal Brasileira, o qual afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.⁶² O direito concedido a um deve ser o direito concedido aos demais independente de fatores subjetivos do administrador. Afinal, é um direito do infrator ou uma mera conveniência da administração?

Outro princípio que também deve ser observado é o da impessoalidade. Nos termos desse princípio Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a administração deve tratar a todos os administrados sem discriminações benéficas ou detrimementosas, sem favoritismos nem perseguições.⁶³ Quando maior a discricionariedade do ato, mais provável será a sua pessoalidade.

O artigo 9, §7 da Resolução 404/2012/CONTRAN, determina que a advertência deve ser por escrito, e pelo princípio da motivação, a concessão de

⁶² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 10 mai. 2013.>

⁶³ MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 114

advertência deve estar motivada sob pena de invalidação do ato. Conforme os ensinamentos de Lúcia Valle Figueiredo, é imprescindível a motivação da atividade administrativa, sendo dever da Administração motivar qualquer ato que conceda para alguns e nega para os outros.⁶⁴ No caso específico da advertência, a motivação para a concessão ou não concessão do benefício se fundamenta no próprio artigo 267 do CTB: o cometimento de infração de gravidade leve ou média e a não reincidência na mesma infração no período de doze meses. A citada anualidade é computada retroativamente a partir da data da infração cometida.

No entanto, a primazia dos fatos é de que a motivação não ocorre. Além disso, não basta à existência de motivos (circunstâncias de fato e os elementos de direito que provocam e precedem a edição do ato administrativo); é necessário que exista motivação (exposição dos motivos)⁶⁵ Não existindo motivo e/ou motivação o ato é passível de invalidação.

O agente administrativo pode agir por capricho, má-fé ou imoralmente, tornando-se assim abuso de poder. Nesse caso o particular pode entrar com uma ação própria para desfazer esse ato, ou então com uma ação coletiva visando à cessação e reparação do dano causado ao patrimônio público e à moralidade administrativa.⁶⁶

No que concerne ao artigo 267 do CTB, o Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) emitiu a resolução N° 404, no dia 12 de junho de 2012. O seu artigo 9º dispõe os seguintes termos

Em se tratando de infrações de natureza leve ou média, a autoridade de trânsito, nos termos do art. 267 do CTB, poderá, de ofício ou por solicitação do interessado, aplicar a Penalidade de Advertência por Escrito, na qual deverão constar dados mínimos definidos do art. 280 do CTB e em regulamentação específica.⁶⁷

⁶⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 52

⁶⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 138

⁶⁶ HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito Administrativo e Judiciário**. São Paulo: LEUD, 1998. p. 82.

⁶⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Trânsito. **Resolução N° 404 de 12 de junho de 2012**. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/RESOLUCAO%20404.2012.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2013.>

O proprietário do veículo ou o condutor infrator tem até a data do término do prazo para a apresentação da defesa da autuação, podendo requerer à autoridade de trânsito a aplicação da advertência por escrito no lugar da multa (art. 9 §1). Porém, a aplicação da advertência fica a critério do órgão administrativo, critério esse delimitado pelo que determina a legislação e pelo que reza o princípio da motivação. Assim dispõe o §8 da resolução 404 de 12 de junho de 2012: “Caso a autoridade de trânsito não entenda como medida mais educativa a aplicação da Penalidade de Advertência por Escrito, aplicará a Penalidade de Multa”.⁶⁸

No mesmo artigo 9º, em seu §6, a Resolução 404/2012/CONTRAN determina que a advertência por escrito deve ser emitida e enviada ao endereço constante no prontuário do infrator. Cumpre mencionar que essa advertência não implica em registro de pontuação no prontuário do infrator. (art. 9 §7)⁶⁹

Pouco se tem conhecimento da possibilidade de substituição de penalidade de multa por advertência, prevista no art. 267 do CTB e regulamentada pela Resolução 404/2012/CONTRAN. Pelo princípio da publicidade, preconizado no art. 5º, XXXIII da Constituição Federal:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.⁷⁰

Consultando a página oficial do DETRAN-SC, os dados consolidados dos anos de 2010 e 2011 apresentam os seguintes quantitativos e percentuais das infrações mais cometidas, dentre outras, passíveis de serem convertidas em

⁶⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Trânsito. **Resolução N° 404 de 12 de junho de 2012**. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/RESOLUCAO%20404.2012.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2013.>

⁶⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Trânsito. **Resolução N° 404 de 12 de junho de 2012**. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/RESOLUCAO%20404.2012.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2013.>

⁷⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jul. 2013.>

advertência nos termos do artigo 267 do CTB, respeitando-se os requisitos necessários:

INFRAÇÕES	QUANT.	%
•Transitar em velocidade superior à máxima permitida em até 20%	631.857	33,07
• Estacionar em desacordo com a sinalização - estac. rotativo	105.817	5,54
• Parar sobre a faixa de pedestre na mudança de sinal	41.633	2,21
• Dirigir veículo utilizando-se de telefone celular	38.751	2,03

(Tabela de Infrações)⁷¹

A administração pública, respeitando o princípio acima citado, deveria dar conhecimento dessa possibilidade não somente ao infrator mas ao conhecimento de todos aqueles que são condutores de veículos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com os dados apresentados, verifica-se que a advertência por escrito prevista no artigo 267 do CTB é um ato discricionário amplo, pelo qual o legislador deu uma ampla possibilidade para decisão do administrador.

Quando o administrador utiliza de critérios subjetivos no ato administrativo, está ferindo o princípio da impessoalidade, que é um princípio fundamental do direito administrativo.

Um ato administrativo quando possui tamanha discricionariedade, deve ser substituído por critérios mais objetivos ou então deve ser controlado por um poder externo, com vista a assegurar a fiel observância dos princípios administrativos e constitucionais ao qual o ato é submisso.

Evidenciou-se também que além da falta de impessoalidade na aplicabilidade do artigo 267 do CTB percebemos na prática e de forma geral, a falta de motivação pela não aplicabilidade do determinado direito. Essa falta de

⁷¹ DETRAN. **Estatística**. 31 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.detran.sc.gov.br/index.php/estatistica/infracoes/>>. Acesso em: 04 de julho de 2013.

motivação sujeita o ato à invalidação. No que concerne a aplicabilidade ou não do artigo 267 do CTB, em ambos os casos, é necessário que esteja motivado.

A resolução N° 404/2012/CONTRAN regulamenta os meios práticos do artigo 267 do CTB mas, no entanto, pouco se sabe a respeito dessa possibilidade. Nesse sentido, torna-se importante que o administrador apresente a possibilidade do artigo 267 do CTB.

Cumpra esclarecer que o artigo 267 CTB deve estar de acordo com o princípio da impessoalidade e da motivação. O administrador deve ser impessoal e motivar o ato (aplicando-o ou não). No tocante aos procedimentos e possibilidades do artigo 267 do CTB, torna-se fundamental que o administrador comunique o infrator para que esse tenha conhecimento do seu direito.

Por fim, temos que as soluções para os problemas no tocante ao artigo 267 são duas: a primeira é um controle externo do ato administrativo para que esse esteja de acordo com os princípios já abordados (publicidade, impessoalidade e motivação); a segunda seria a substituição dos parâmetros subjetivos da norma por parâmetros mais objetivos, atenuando as possibilidades do administrador frente ao administrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm>. Acesso em: 10 mai. 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Trânsito. **Resolução N° 404 de 12 de junho de 2012**. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/RESOLUCAO%20404.2012.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2013.>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mai. 2013.>

KUNTZE, Matheus; LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. Aconsiderações sobre a Discricionariedade da Advertência por Escrito Prevista no Art. 267 do CTB. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 649-668, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044.

DETRAN. **Estatística**. 31 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.detran.sc.gov.br/index.php/estatistica/infracoes/>>. Acesso em: 04 de julho de 2013.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito Administrativo e Judiciário**. São Paulo: LEUD, 1998.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. p99

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ROSA, Renata Porto de Adri. **Princípios informadores do direito administrativo**. São Paulo: Editora NDJ, 1997.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Direito Administrativo: noções fundamentais**. São Paulo: Iglu, 1999.