

3^a
Edição

TEORIA da APRECIATIVIDADE e DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

André Saddy



www.ceej.com.br

Editores

André Saddy e Pedro Luiz Ferreira de Almeida

Conselho Editorial

André Saddy – Universidade Federal Fluminense (Brasil)

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo - Escola de Direito do RJ da Fundação Getulio Vargas (Brasil)

Christian Alberto Cao – Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Claudia Ribeiro Pereira Nunes – Yale University (Estados Unidos da América)

Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva – Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil)

Daniel Wunder Hachem – Universidade Federal do Paraná (Brasil)

Emerson Affonso da Costa Moura – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)

Irene Patrícia Nohara – Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)

João Miranda – Universidade de Lisboa (Portugal)

José Eugenio Soriano García – Universidad Complutense de Madrid (Espanha)

José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)

Julián Pimiento Echeverri – Universidad Externado de Colombia (Colômbia)

Orlando Vignolo Cueva – Universidad de Piura (Peru)

Pablo Schiavi – Universidad de la República/Universidad de Montevideo (Uruguai)

Reinaldo Funes Monzote – Universidad de Havana (Cuba)

Rodrigo Ferrés Rubio – Universidad Católica del Uruguay (Uruguai)

Sede: Rua Alcindo Guanabara, n.º 24, sala 1405,
Rio de Janeiro, RJ, Centro, CEP 20.031-915, Brasil

André Saddy

Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford
Doutor Europeu em “*Problemas actuales de Derecho Administrativo*” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España
Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alfan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina
Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Professor Associado 1 da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional (PPGDC) e do Doutorado em Direito, Instituições e Negócios (PPGDIN) da Universidade Federal Fluminense (UFF)
Professor Agregado 2 do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)
Diretor Executivo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA)
Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ)
Fundador e Diretor-Presidente do Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)
Idealizador e Coordenador do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC)
Sócio-fundador do Escritório Saddy Advogados
andresaddy@yahoo.com.br

TEORIA DA APRECIATIVIDADE E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

**Rio de Janeiro
2025**

Copyright © 2025 by André Saddy

Categoria: Direito Administrativo

Produção Editorial
Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Diagramação: CEEJ

Capa: Julia Almeida

O Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ) não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra, pelo seu autor, bem como esclarece que o padrão ortográfico e o sistema de citações e referências são prerrogativas do seu autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive, quanto às características gráficas ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei n.º 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se à busca e à apreensão e a indenizações diversas (Lei n.º 9.610/1998).

Todos os direitos desta edição são reservados ao Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Impresso pela Bookwire

Catalogação: Daniele Ferreira Alvarenga - CRB7 6873/RJ

Saddy, André

Teoria da apreciatividade e discricionariedade administrativa /André Saddy. - Rio de Janeiro: CEEJ, 2025.

338 p. : il.
ISBN: 978-65-84958-65-4

Inclui figuras, gráficos, quadro e referências.

1. Teoria da Apreciatividade. 2. Vontade administrativa. 3. Discricionariedade Administrativa. Título. II. Série.

CDD – 341.301

APRESENTAÇÃO

A teoria da apreciatividade foi desenvolvida no doutorado realizado na Universidad Complutense de Madrid¹ e testada no seio do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC) da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF) por meio várias coletâneas de artigos em obras coletivas².

Apesar de ser uma teoria relativamente recente, o tema é objeto de reflexão de doutrinadores de diferentes nacionalidades já a alguns anos.

DARIA DE PRETIS³ faz referência a um “*potere di valutazione (non discrezionale)*” da Administração. Segundo o autor, a Administração possui distintas atividades valorativas, sendo que a mais comum é a discricionariedade em sentido estrito, mas, também, há outras atividades de “*apprezzamento*”. Segundo seu entendimento⁴, essa valorização não discricional da Administração se diferencia da típica discricionariedade porque não possui uma autorização expressa da norma, porém apenas uma autorização genérica ou abstrata. Não confundir a norma imprecisa com a norma genérica que atribui tal liberdade. E afirma⁵ a respeito:

[...] alla luce del principio di legalità e ferma restando (di regola) l’irrilevanza di elementi sostanziali attinenti all’oggetto delle valutazioni, l’unico sicuro criterio cui rifarsi al fine di individuare le ipotesi di potere amministrativo di valutazione è dunque necessariamente la norma: il potere deriva all’amministrazione da un’apposita attribuzione normativa. Tuttavia, la norma non dovrà semplicemente “comportare” un’attività valutativa da parte dell’amministrazione, perché questa possa essere considerata alla stregua di potere di valutazione, ma dovrà segnatamente, volutamente, consapevolmente affidare questo potere all’amministrazione.

¹ SADDY, André. El concepto de apreciatividad en el derecho administrativo: analogías y diferencias con la discricionariedad administrativa. Rio de Janeiro: CEEJ, 2019 (Prólogo do Prof. Dr. José Eugenio Soriano Garcia).

² SADDY, André (Coord.). Discricionariedade na área assistencial. Rio de Janeiro: CEEJ, 2024; SADDY, André (Coord.). Discricionariedade na área fiscalizatória. Rio de Janeiro: CEEJ, 2023; SADDY, André (Coord.). Discricionariedade na área da educacional. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020; SADDY, André (Coord.). Discricionariedade na área da saúde. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020; SADDY, André. (coord.). Discricionariedade na área policial. 2. ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

³ PRETIS, Daria de. Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica. Padova: Cedam, 1995, p. 363.

⁴ Ibidem, p. 374.

⁵ Ibidem, p. 376.

Recorda o autor⁶ que a norma é referência à caracterização das condições para a ação da Administração, seja ela discricional, a avaliação não discricional, ou meramente avaliativa. Conclui esclarecendo⁷ que:

Aver riconosciuto il fondamento di poteri amministrativi di valutazione (non discrezionale) per un verso nell'attitudine dell'amministrazione, per la necessaria sottensione della sua organizzazione ai principi di buon andamento e di imparzialità, ad esprimere al meglio giudizi caratterizzati da un irrisolvibile grado di opinabilità e soggettività e, per altro verso, nella necessaria previsione legislativa dell'affidamento, qualificata da una consapevole volontà legislativa di attribuzione – desumibile anche in via sistematica dall'ordinamento –, già rileva, in una certa misura, anche rispetto al problema che qui segnatamente ci occupa⁸.

MORTIMER R. KADISH e SANFORD H. KADISH⁹ diferenciam a discricionariedade em si da discricionariedade para determinar quem tem discricionariedade, para tanto, referem que a “*discretion is one thing; discretion to determine competence to exercise discretion is quite another*”. Com esta expressão, os autores desejam fazer um alerta: “*that the rule-of-law model is not necessarily the ideal model for the functioning of legal systems*”¹⁰. Isso significa que, para os autores, a Administração pode atuar sem lei que a autorize. Acredita-se que a legalidade existe e deve ser respeitada, mas também há funções oficiais que permitem uma atuação, denominada, pelos autores, “***devitational discretion***”. Conforme os autores citados, essa discricionariedade pode ser entendida como “*power to act according to the agent's best judgment in ways that are unauthorized or even prohibited by rules of competence*”¹¹. De acordo com os estudiosos, tal fenômeno é singular e anômalo, inclusive o chamam de “*legitimate interposition*”.

⁶ PRETIS, Daria de. Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica. Padova: Cedam, 1995, p. 389.

⁷ Ibidem, p. 405.

⁸ Assim, esta avaliação não discricional asignada à Administração como poder, pode ser controlada pelo Poder Judicial, contudo (ibidem, p. 410): “*devrebbe essere (solamente) quell'aspetto della determinazione amministrativa – da qualificarsi in tal senso come riservata – che non può essere risolto che attraverso una scelta di carattere eminentemente ed irriducibilmente suggestivo, una scelta cioè non condizionata da criteri cui possa essere riconosciuto un grado di oggettività sufficiente ad elevarli a ragionevoli parametri della verifica giurisdizionale della correttezza della scelta stessa*”. Nesse sentido, a atividade avaliativa não discricional pode ser considerada poder ou prerrogativa.

⁹ KADISH, Mortimer R.; KADISH, Sanford H. Discretion to disobey: a study of lawful departures from legal rules. Stanford, California: Stanford University Press. 1973, p. 44.

¹⁰ KADISH, Mortimer R.; KADISH, Sanford H. Discretion to disobey: a study of lawful departures from legal rules. Stanford, California: Stanford University Press. 1973, p. 45.

¹¹ Ibidem, p. 66.

SATVINDER S. JUSS¹² concorda com a ideia de “*deviational discretion*” — de MORTIMER R. KADISH e SANFORD H. KADISH — e, segundo ele, o “*even if mandatory rules of law exist to prescribe the exercise of official power there is still room, in some cases, for officials to act in blatant disregard of those rule.*”. Para o autor, ainda, a conduta de desvio somente é aceita dentro do contexto do sistema jurídico porque está em consonância com a finalidade básica do sistema legal, “*that is, they replenish the Rule of Law model by making the law conducive to greater individualised justice [...] In addition, however, the day-to-day functioning of the jury, the police, the public prosecutor and the judge is dependent, to no small degree, on the power to deviate from mandatory legal rules. All, however, find ready justification within the legal system itself.*”

HANS JULIUS WOLFF, OTTO BACHOF e ROLF STOBER¹³ admitem que exista uma “***discricionariedade de dispensa***”, outorgada por uma autorização de exceção, ou seja, há casos atípicos que permitem que a Administração se desvie da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma por razões comprovadas de especial relevância. Não que este seja o caso da CONSULENTE, mas admite-se até mesmo o desvio da lei.

DENIS J. GALLIGAN¹⁴ chama a atenção ao que denomina “***unauthorized or assumed discretion***”. Segundo o autor, enquanto a discricionariedade é outorgada pela norma jurídica, existem outras circunstâncias em que os agentes públicos assumem, sem expressa autorização, uma margem de liberdade para afastar-se da norma jurídica por razões de justiça, ou por necessidade prática, ou conveniência e oportunidade¹⁵. O resultado de tal

¹² JUSS, Satvinder S. Discretion and deviation in the administration of immigration control. London: Sweet & Maxwell, 1997, p. 205 e 206.

¹³ WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. Direito Administrativo (Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, v. 1, p. 448 e ss.

¹⁴ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 46 e ss; Idem. Law in modern society. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 319 e 320.

¹⁵ DENIS J. GALLIGAN (GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 46) sustenta: “*Departure here must be taken in a broad sense to include acting in direct violation of a legal standard; or acting in a more subtle and roundabout way with the practical consequence that the standard is not followed or only partly followed; or by adopting such a strained or distorted interpretation that the effect is substantially to alter the standard; or, finally, to apply the standard in a selective and piecemeal manner*”.

Em obra mais recente, esse autor (GALLIGAN, Denis J. Law in modern society. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 319) relata que os agentes públicos estão mais preocupados com a finalidade e propósito da norma do que com a letra estrita da lei: “*their concern is with point and purpose rather than the strict letter of the law, while their understanding of what constitutes the point and purpose is linked to their social spheres and the underlying social relations. From that perspective, the law sometimes appears inadequate or unsuitable in advancing its own aims and proposes; it may also be contrary to the officials' view of how best to achieve them. At an indefinable point, the process of applying the law subtly becomes*

afastamento poderá ser de forma organizada e sistemática, dentro de uma organização, quando os superiores estipulam como as prerrogativas serão exercidas ou manifestadas apenas individualmente, como decisão pessoal dos agentes públicos em particular não realizando qualquer comprovação, ou melhor, onde há aceitação por parte do superior hierárquico. Aduz o autor que, conquanto legítima, é preciso ter muita cautela ao utilizar a “*unauthorized or assumed discretion*”.

O primeiro autor a tratar da “*unauthorized discretion*”, talvez, tenha sido ROBERT A. KAGAN¹⁶, o qual elaborou uma distinção entre a ênfase na adesão às normas e na relação dos fins da organização. Sobre a base destas dimensões, distingue quatro modos ou estilos de aplicação das normas nas agências reguladoras estadunidenses: o “*judicial*”, conhecido por todos; o “*legalism*”, que ignora a finalidade das normas que se aplicam; a “*unauthorized discretion*”, que ignora o cumprimento formal desta norma; e o “*retreatism*”, que faz ambas as coisas. Operando sob “*unauthorized discretion*”, a decisão realizada não presta atenção às normas, regras e aos princípios das agências, além de não respeitar as noções gerais do devido processo, mas simplesmente busca resultados favoráveis à sua noção do que melhor se adapta aos objetivos da agência. Segundo o autor, os agentes que assim atuam fazem uso das normas somente a posteriori para justificar suas decisões.

Para DENIS J. GALLIGAN¹⁷, o problema é saber com que base o agente se afasta da norma. De acordo com o autor, sob um enfoque moral, é certo que há circunstâncias em que o agente não está autorizado para afastar-se da norma jurídica, mas estaria cometendo um erro moral se a cumprisse. Já sob o enfoque legal, alega que todo o sistema jurídico está formado por normas, regras e princípios, e que os princípios proporcionam aos agentes a capacidade de

modifying, departing from, or marginalizing it. The concern to uphold the point and purpose of the law imperceptibly shifts to being a concern to advance other aims. [...]

The tendency for officials to evaluate laws against their point and purpose is common to any legal system. Whether it is authorized or not is unclear, and again legal theory has no answer. Unauthorized discretion is a term meant to capture the ambiguity between applying rules according to their exact terms or acting for other good reasons such as pursuing the underlying purpose. Whether or not the term does so adequately, it draws attention to a common phenomenon that shows itself in many ways. [...]

Unauthorized discretion is a useful notion through which to view the way legal rules reach down into their social context. This, in turn, connects with the issue of what it means for officials to accept the authority of law, the suggestion being that general acceptance of the rule of recognition, and rules made under it, is part of a more complex process of acceptance, with the fuller account to be found in the institutional setting of officials. How law is regarded – what it means, how far it stretches, and how it relates to factors within the various social spheres – is resolved within that setting.”

¹⁶ KAGAN, Robert A. *Regulatory Justice: Implementing a Wage-Price Freeze*. New York: Russell Sage Foundation, 1978, p. 91.

¹⁷ GALLIGAN, Denis J. *Discretionary powers: a legal study of official discretion*. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 51-54.

modificar e afastar-se da norma em circunstâncias específicas. Acrescenta que: “*the discretion to depart from a binding rule, guided by abstract principles, need not be radically different from any other broad discretion; the risks of arbitrariness and eccentricity can be guarded against by an understanding that the discretion to depart from the rules should be assumed only in very clear cases, and supported by reasons which appeal to both principles and consequences, and by the provision of adequate review procedures*”. E coloca, ainda, que um enfoque alternativo para se justificar seria a noção de finalidade. O poder é conferido aos agentes e instituições para um fim específico, o que significa que cada agente possui uma finalidade expressa por meio de objetivos/finalidades ou valores gerais que proporcionam a base para afastar-se de certas normas.

Há, até mesmo, quem afirme que exista um “*direito discricional*” de realizar ações ou promover certos objetivos. TOM CAMPBELL¹⁸ utiliza a expressão “***discretionary rights***” para referir-se aos direitos positivos de realizar ações e promover certos objetivos. Distingue o autor três sentidos do que chama de “*discretionary rights*” conforme o conteúdo específico dos direitos dependa de avaliações discricionais. Ou seja, que o agente possua não apenas o poder de exercer sua discricionariedade e o dever de exercê-la sob os interesses públicos, mas, também, possua um direito de exercer e ter a liberdade de realizar ações ou promover certos objetivos à sua vontade.

Observa-se, assim, que a ideia de outra modalidade de subjetividade ou autonomia pública administrativa que não seja a liberdade de conformação ou de configuração, a discricionariedade administrativa em sentido jurídico ou a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, é aceitável pela doutrina.

Além disso, atenta-se ao fato de que a doutrina chama o que aqui se denomina apreciatividade de distintas maneiras. Há quem afirme que qualquer ação, independentemente de estar estritamente regida por normas jurídicas, mas que contenha um elemento significativo de juízo pessoal, é uma atuação discricional. Outros afirmaram que, por mais que uma ação possua um elemento de juízo pessoal na adoção das eleições/decisões, poder que estaria justificado, mas não isento de limitações, não se estará diante de uma discricionariedade em estrito sentido técnico-jurídico, senão, ante o vocábulo empregado em sua acepção mais comum.

¹⁸ CAMPBELL, Tom. Discretionary “rights.” In: TIMMS, N. and WATSON, D. (eds.). Philosophy in social work. London: Routledge and Kegan Paul, 1978.

Por isso que a maioria simplesmente a denomina discricionariedade, como, por exemplo, DENIS J. GALLIGAN¹⁹, o qual indica que quem a chama de “discricionariedade” está baseado em duas variáveis: “*the scope for assessment and judgment left open to the decision-maker by the terms of his authority, and the surrounding attitudes of officials as to how the issues arising are to be resolved*”²⁰. Há quem a considera um tipo de discricionariedade, como MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN²¹ e MARTIN BULLINGER²², que chamam, ao que aqui se denomina apreciatividade, **discricionariedade tática** (*taktisches Ermessen*). Tal modalidade é configurada como aquela que a norma concede à Administração “*para que pueda realizar flexiblemente y de la manera más efectiva posible una finalidad estratégica, adaptándose a las cambiantes circunstancias reales del caso individual*”. Já EVA DESDENTADO DAROCA²³ denomina essa possibilidade de **discricionariedade instrumental**, configurando-a com uma atividade em que o agente público executor se vê obrigado a utilizar seu próprio discernimento na eleição e uso dos critérios para a tomada de decisão.

Há, também, quem evite utilizar o termo discricionariedade, então, preferindo outros referentes a “*margens*”, como JAVIER BARCELONA LLOP²⁴, que a chama de **folga ou margem de apreciação**. E há, ainda, quem mencione **margem de confiança**²⁵ e **margem cognitiva de apreciação**²⁶.

Ainda, entre as diferentes terminologias para denominar o que aqui se chama de apreciatividade, existe quem a chame **liberdade de manobra** ou

¹⁹ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 23.

²⁰ Outros doutrinadores que também a denuminam de discricionariedade são: RICO, José María. El poder discrecional de la policía y su control. In: RICO, José María (coord.). Policía y sociedad democrática. Madrid: Alianza, 1983, p. 217; LIPSKY, Michel. Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services. New York: Russell Sage Foundation, 1974, p. 14; KADISH, Mortimer R.; KADISH, Sanford H. Discretion to disobey: a study of lawful departures from legal rules. Stanford, California: Stanford University Press, 1973, p. 44; HAWKINS, Keith. Using judicial discretion. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 39 e 41; LIPSKY, Michel. Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services. New York: Russell Sage Foundation, 1974, p. 7; entre outros.

²¹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 130.

²² BULLINGER, Martin. La discrecionalidad de la Administración Pública: evolución, funciones, control judicial. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madrid, n. 4, p. 896-911, oct-dic, 1987, p. 902.

²³ DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997, p. 61-69.

²⁴ BARCELONA LLOP, Javier. El régimen jurídico de la policía de seguridad (un estudio de Derecho Administrativo). Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, p. 241 e 242.

²⁵ BARNES VÁZQUEZ, Javier. La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (Art. 19. IV). In: BARNES VÁZQUEZ, Javier (coord.). La justicia administrativa en el derecho comparado. Madrid: Civitas, 1993, p. 178.

²⁶ ALONSO MAS, María José. La solución justa en las resoluciones administrativas. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 541.

“*freedom of manœuvre*”²⁷, para designar qualquer tipo de atuação de eleição livre por parte da Administração; “*street discretion*”²⁸, para descrever uma ampla liberdade de decisão dos agentes da rua (street-level bureaucrats); “*apprezzamento*”²⁹, para referir-se aos inevitáveis momentos de liberdade pelos quais o administrador necessariamente passa, seja para interpretar a norma que a Administração tem de aplicar, seja na fixação dos fatos que serão pressupostos de sua atuação e, para não estender mais; “*Definitionsmaht*”³⁰ (poder de definição), para, por exemplo, referir-se às decisões feitas na rua para delinear o cumprimento da norma no direito penal.

Apesar de observar muitas semelhanças nestes conceitos com a denominada apreciatividade, a verdade é que ninguém parece fazer uma diferenciação entre o que se propõe chamar apreciatividade e as outras formas de subjetividades ou autonomias públicas, tampouco se observa a realização de um estudo profundo. Os autores se limitam a mencionar ou levantar polêmicas, mas não em desenvolver uma análise sobre tais institutos.

Ao criar a teoria da apreciatividade, defendi que a apreciatividade pode (e deve) ser tratada como uma categoria global e autônoma.

A apreciatividade é aquela margem de liberdade residual que a Administração dispõe para adotar uma eleição/decisão ante situações de fato que assim requeiram. Esta margem de liberdade é onipresente em qualquer atuar administrativo.

O que leva à conclusão de que a apreciatividade, que igualmente é essa liberdade, afinal de contas, também é toda operação de discernimento ou ajuizamento da aplicação da ordem, está sempre presente no exercício das outras subjetividades ou autonomias públicas, por isso se entende onipresente. Logo, pode haver apreciatividade sem qualquer das outras formas de subjetividades/autonomias mencionadas, mas inexiste alguma das outras subjetividades/autonomias sem apreciatividade³¹. É assim porque, a atividade

²⁷ HARLOW, C.; RAWLINGS, R. Law and Administration. 2.ed. London: Butterworths, 1997, p. 617.

²⁸ BROWN, Michael K. Working the street: police discretion and the dilemmas of reform. New York: Russell Sage Foundation, 1988.

²⁹ PRETIS, Daria de. Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica. Padova: Cedam, 1995, p. 363.

³⁰ FEEST, Johannes; BLANKENBURG, Erhard. Die Definitionsmacht der Polizei. Dusseldorf: Bertelsmann, 1972.

JOÃO RAPOSO (RAPOSO, João. Autoridade e discricionariedade: a conciliação impossível?. In: AA. VV. Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao prof. Doutor António de Sousa Franco. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, v. 2, p. 412), por exemplo, afirma que “*poder de definição*” significa um leque de opções que se abre aos agentes policiais em seu desempenho de suas atividades cotidianas.

³¹ DENIS J. GALLIGAN (GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 33 e 35) afirma: “*even though the standards are settled and clear, the deciding authority has a sphere of autonomy in applying them to the facts*”. Isso porque “*it recognizes*

Teoria da Apreciatividade

administrativa se desenrola sobre situações fáticas que incidem diretamente nos destinatários ou receptores de sua atividade, ademais, ignora o momento, o lugar, a importância e, em geral, as circunstâncias de aparição dessas situações.

Na apreciatividade, o agente público se sujeita a um pressuposto fático, a seu juízo individual, a fim de valorar se encaixa ou não em algumas previsões legais, tendo assim uma liberdade de movimentos, dada, principalmente, a natureza imprevisível dos fenômenos da vida real que podem requerer sua intervenção. Tal margem de manobra não costuma vir explicitada nas normas jurídicas que habilitem a competência ou conduta, pois é inerente e natural de algumas funções, estando, portanto, implicitamente atribuída, inferida normalmente de uma interpretação sistemática.

Essa liberdade de atuação aqui denominada apreciatividade é outorgada aos agentes de maneira distinta das demais subjetividades ou autonomias públicas existentes. A apreciatividade deriva de outras fontes. Ela é decorrente das indeterminações do Direito, como o conteúdo do Direito, os defeitos do sistema jurídico, da interpretação sistemática de um conjunto de normas e, principalmente, do exercício funcional.

Espero que o leitor possa desfrutar da leitura deste livro e, a partir dela, repensar criticamente os institutos do Direito Administrativo, em especial a discricionariedade administrativa. Mais do que apresentar conceitos tradicionais, a obra busca instigar uma reflexão aprofundada sobre a clássica concepção do poder discricionário ou do ato administrativo discricionário, incentivando uma visão mais contemporânea, alinhada a uma Administração Pública moderna e realista.

that the decision as to whether a given situation falls within an authoritative standard often involves elements of judgment, opinion, and appreciation, such that reasonable persons may sometimes come to different conclusions each of which is itself reasonable". Portanto assume que o que ele chama de discricionariedade é uma qualidade inerente de qualquer decisão humana.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	5
RESUMO	19
INTRODUÇÃO.....	21
CAPÍTULO 1 - MANIFESTAÇÃO DE VONTADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	
1. Manifestação da vontade sem liberdade e com liberdade.....	31
1.1 Tomada de eleição ou decisão	33
1.1.1 Distinção entre eleição e decisão	34
1.1.2 Decisão administrativa.....	36
1.2 Ambientes decisório	37
1.3 Aspecto temporal da decisão	37
1.4 Sujeito que decide.....	39
1.5 Processos, métodos e técnicas para tomada de eleição/decisão.....	40
1.5.1 Racionalidade delimitada.....	43
1.5.2 Incrementalismo	44
1.5.3 Planejamento compreensivo	44
1.5.4 Trocas justas	44
1.5.5 Adoção de decisões humildes	46
1.6 Etapas passos ou fases-chave nas tomadas de eleições/decisões	46
1.6.1 Condutas comissivas e omissivas	51
1.6.2 Decisão administrativa subjetiva	52
CAPÍTULO 2 - EVOLUÇÃO DAS FORMAS SUBJETIVAS DE MANIFESTAÇÃO DA VONTADE ADMINISTRATIVA	
2. Fases evolutivas e cronologicamente distintas das subjetividades ou autonomias públicas	55
2.1 Arbitrium e a origem da terminologia arbitrariedade	55
2.2 Discretio e o surgimento do termo discricionariedade	61
2.2.1 Estado liberal ou mínimo e a absoluta discricionariedade.....	65
2.2.2 Estado intervencionista e a maturação da discricionariedade.....	77
2.2.3 Estado pós-moderno e os novos enfrentamentos da discricionariedade	88

CAPÍTULO 3 - MEIOS OU FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DA VONTADE ADMINISTRATIVA.....	93
3. Classificações em torno dos diversos grupos de subjetividade ou autonomia pública	93
3.1 Vinculado, discricional ou graciável	93
3.2 Vinculado, facultativo ou faculdade e discricional.....	94
3.3 Conformadora, discricional e apreciativa	95
3.4 Vinculada, discricionariedade e margem de livre apreciação de conceitos indeterminados.....	96
3.5 Distintas valorações subjetivas nas funções, formas e meios de atuação da atividade administrativa.....	99
3.5.1 Vinculatividade.....	100
3.5.2 Subjetividades ou autonomias públicas	102
CAPÍTULO 4 - LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO OU DE CONFIGURAÇÃO	105
4. Liberdade de conformação ou de configuração	105
CAPÍTULO 5 - DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM SEU SENTIDO TÉCNICO-JURÍDICO	111
5 Discricionariedade administrativa em seu sentido técnico-jurídico.....	111
5.1 Multidisciplinaridade do estudo da discricionariedade administrativa e sua dificuldade de definição.....	111
5.1.1 Principais contribuições da filosofia e da teoria geral do direito	114
5.2 Teorias, escolas, épocas ou conceitos de discricionariedade	117
5.2.1 Discricionariedade como consequência da relação entre a atividade administrativa e a lei.....	117
5.2.2 Discricionariedade como fruto do controle judicial da atividade administrativa	117
5.2.3 Discricionariedade como âmbito de independência da Administração ...	118
5.2.4 Discricionariedade como núcleo de decisão final.....	119
5.2.5 Discricionariedade como dever de adotar a solução mais adequada	119
5.3 Equivocidade e plurissignificado do termo discricionariedade	120
5.4 Tipos de decisões discricionais.....	122
5.4.1 Discricionariedades fraca e forte	122
5.4.1 Discricionariedades forte e instrumental	124
5.4.3 Discricionariedade por adjudicação e por negociação.....	125
5.4.4 Discricionariedade formal/informal e provisória/final	125

5.4.5 Discretoriedade processual e material.....	126
5.4.6 Discretoriedade de decisão e de trâmite.....	126
5.4.7 Discretoriedade do procedimento e do iter	127
5.4.8 Visão crítica desses tipos de decisão discricional.....	127
5.5 Modalidades discricionais	128
5.6 Conceito de discretoriedade administrativa	129
5.6.1 Diferenças entre discricionariedade potencial e efetiva.....	133
5.6.1.1 Atrofia, míngua ou redução da discricionariedade administrativa a zero ou a um	140
5.6.2 Distinção entre a discricionariedade de atuação e a discricionariedade de eleição.....	144
5.7 Divergência quanto aos elementos essenciais da definição da discricionariedade.....	147
5.8 Elementos constitutivos do conceito.....	150
5.8.1 Margem de liberdade/autonomia/volição	151
5.8.1.1 Principais motivos pelos quais se concede discricionariedade ao administrador	153
5.8.1.2 Vantagens e desvantagens de um sistema baseado em normas discricionais	155
5.8.1.3 A relativização da margem de liberdade/autonomia/volição	159
5.8.2 Administração Pública como sujeito	161
5.8.3 Dever de atender aos interesses públicos.....	163
5.7.8.1 Dever discricional.....	165
5.8.4 A norma jurídica como única fonte ordinária da discricionariedade administrativa	169
5.8.4.1 Delegação legislativa expressa, consciente e intencional	170
5.8.4.2 Norma jurídica	173
5.8.4.3 A discricionariedade administrativa e sua relação com as ações deônticas	175
5.8.4.4 A discricionariedade administrativa nos componentes lógico-estruturantes da norma jurídica de competência e de conduta.....	176
5.8.4.4.1 Doutrinas sobre a localização da discricionariedade nos componentes lógico-estruturantes da norma jurídica	178
CAPÍTULO 6 - MARGEM DE LIVRE APRECIAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	189
6. Margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados.....	189

Teoria da Apreciatividade

6.1 Surgimento da doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados e a ideia de “livre discricionariedade”	189
6.2 Superação do caráter incontrolável dos conceitos jurídicos indeterminados e a doutrina da margem de livre apreciação	193
3.8.2.1 Correntes que admitem uma margem de livre apreciação isenta do controle judicial	194
6.2.2 Correntes que estimam injustificada a isenção de controle judicial	197
6.3 A margem de livre apreciação nos componentes lógico-estruturais da norma jurídica	199
6.4 Concepção de termo legal ou conceito jurídico indeterminado	202
6.4.1 Incerteza semântica responsável pelas dificuldades de determinação dos sentidos normativos	206
6.4.2 Discricionariedade técnica.....	209
6.5 Conceito (juízo) de prognose.....	221
6.6 Estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados.....	223
6.7 Teoria da multivalência ou da duplicidade e teoria da univocidade ou da unicidade.....	226
6.8 Nossa posição quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.....	228
 CAPÍTULO 7 - APRECIATIVIDADE ADMINISTRATIVA.....	233
7. Apreciatividade administrativa	233
7.1 Admissão pela doutrina de outras formas de subjetividade ou autonomias públicas que não as até aqui estudadas	233
7.2 As diferentes nomenclaturas relacionadas com a apreciatividade	238
7.3 Atividade apreciativa da Administração	240
7.4 Conceito de apreciatividade administrativa	246
7.5 Elementos constitutivos do conceito.....	247
7.5.1 Margem relativa de liberdade/autonomia/volição que se projeta sobre fatos e critérios interpretativos	247
7.5.1.1 Conduta comissiva ou omissiva.....	252
7.5.2 Existente em toda tomada de decisão na qual o agente público utiliza uma operação de discernimento ou ajuizamento para aplicar a norma, usando-se de critérios e subcritérios, ponderando interesses e fatores em conflito e atribuindo pesos relativos às opções	253
7.5.2.1 Servidores que atuam na linha de frente ou que têm contato direto com os cidadãos como sujeitos (street-level bureaucrats)	254
7.5.2.2 Criadores de políticas públicas	256
7.5.2.3 Principais características dos agentes que possuem apreciatividade	258

7.5.2.4 Tipos de condutas apreciativas	259
7.5.3 Decorrentes das indeterminações do Direito, como o conteúdo do Direito, os defeitos do sistema jurídico, da interpretação sistemática de um conjunto de normas e, principalmente, do exercício funcional	260
7.5.3.1 Fontes habilitadoras da apreciatividade.....	268
7.5.3.2 Diferentes fontes habilitadoras como modificadoras de eleições/decisões	283
7.6 Apreciatividade nas ações não deônticas, sem prévio procedimento administrativo e não tendo, necessariamente, um ato administrativo formal ao final de seu exercício	286
7.6.1 Apreciatividade nas atividades técnicas ou materiais e na coação administrativa	287
7.6.2 Ausência de ato administrativo.....	291
7.7 Atendendo aos interesses públicos	292
7.8 Distinções entre apreciatividade e conceitos afins.....	293
7.8.1 Margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados.....	293
7.8.2 Poder gracioso	295
7.8.3 Interna corporis.....	297
CONCLUSÕES	299
REFERÊNCIAS	319

RESUMO

O livro apresenta a Teoria da Apreciatividade, desenvolvida no doutorado realizado pelo autor na Universidad Complutense de Madrid e testada no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFF. O objetivo principal é introduzir, fundamentar e sistematizar a apreciatividade como uma nova categoria global e autônoma de subjetividade ou autonomia pública administrativa. O autor ressalta que, embora outros doutrinadores mencionem conceitos semelhantes como “potere di valutazione (non discrezionale)”, “unauthorized discretion” ou “discretionary rights”, nenhum os diferencia ou aprofunda o estudo, lacuna que a tese doutoral buscou preencher e que este trabalho sistematiza de forma didática, oferecendo uma análise abrangente das formas de manifestação da vontade administrativa (liberdade de conformação, discricionariedade, margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados e apreciatividade). A metodologia incluiu revisão crítica da doutrina nacional e internacional sobre a manifestação da vontade administrativa, principalmente a discricionariedade. O principal resultado é a formulação da Teoria da Apreciatividade Administrativa, conceituando-a como uma margem relativa de liberdade, autonomia ou volição que se projeta sobre fatos e critérios interpretativos. Esta liberdade é onipresente e residual, atuando onde as outras formas de subjetividade não se aplicam. Caracteriza-se por ser implicitamente atribuída, inerente a certas funções, baseada no juízo individual, discernimento e ajuizamento do agente público para valorar situações fáticas e aplicar a norma. A teoria da apreciatividade oferece um quadro essencial para compreender a margem inescapável de liberdade que os agentes públicos exercem, impulsionada pela necessidade prática de buscar o interesse público diante das indeterminações do Direito e das realidades concretas.

Palavra-chave: Apreciatividade; Discricionariedade; Conceitos Jurídicos Indeterminados; Subjetividade Administrativa; Tomada de Decisão

INTRODUÇÃO

Este livro, intitulado "Teoria da Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa", renomeado e atualizado nesta 3^a edição³², propõe uma nova categoria de análise da atuação da Administração Pública. Desenvolvida inicialmente no meu doutorado na Universidad Complutense de Madrid e testada no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal Fluminense (UFF), a obra aborda uma problemática central na compreensão da discricionariedade e da autonomia administrativa.

O contexto e a problemática que impulsoram este estudo residem na observação de que, embora doutrinadores nacionais e internacionais façam referência a conceitos que se assemelham à teoria proposta – como “potere di valutazione (non discrezionale)”, “unauthorized discretion” ou “discretionary rights” –, nenhum deles estabelece uma clara diferenciação ou realiza um estudo aprofundado sobre o tema. Essa lacuna conceitual leva à utilização imprecisa do termo “discricionariedade” como um “supraconceito”, que abrange toda e qualquer manifestação de vontade da Administração Pública com liberdade, prejudicando o entendimento técnico-jurídico da matéria. A obra justifica-se, portanto, pela necessidade de preencher essa lacuna e sistematizar as diferentes formas de subjetividade/autonomia pública existentes, oferecendo uma análise compreensiva das formas de manifestação da vontade administrativa e reconhecendo uma margem inescapável de liberdade que os agentes públicos possuem impulsionados pela necessidade prática de buscar o interesse público diante das indeterminações do Direito e das realidades concretas.

O objetivo principal do livro é introduzir, fundamentar e sistematizar a chamada “apreciatividade administrativa” como uma nova categoria global e autônoma de subjetividade ou autonomia pública administrativa. O objeto de análise é, portanto, a complexidade da atuação administrativa, examinando as diferentes formas de manifestação da vontade: a liberdade de conformação/configuração, a discricionariedade administrativa em sentido

³² As duas primeiras edições da obra foram publicadas sob o título Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa (1^a edição em 2014 e 2^a edição em 2020). Na presente edição, decidiu-se incorporar o termo Teoria da antes de Apreciatividade. A escolha se justifica porque, passados dez anos desde a formulação inicial, a tese desenvolvida foi validada por diferentes estudos, além de ter acumulado evidências que confirmaram repetidamente a hipótese original. Esse processo integrou dados empíricos e conhecimento existente, resultando em uma explicação abrangente e consistente do fenômeno. Assim, considera-se que a tese alcançou o estatuto de teoria, ao consolidar-se como um conjunto de princípios amplos e coerentes, submetidos a processos de revisão, comparação e confrontação com outros dados e referenciais teóricos.

técnico-jurídico, a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, e, centralmente, a apreciatividade.

Então, o que justifica a pesquisa é a busca de distinções entre a clássica e já bem conhecida discricionariedade e o que se denomina apreciatividade. Trata-se de traçar a configuração de uma margem de liberdade/autonomia/volição distinta da discricionariedade, mas com características similares, ou seja, a proposta é teorizar o que se chama de apreciatividade.

Não se pretende com este estudo modificar o *nomen iuris* do já conhecido instituto — o qual sempre se denominou discricionariedade ou margem de livre apreciação. Deseja-se desenvolver um instituto distinto destes, ao que ninguém lhe deu a devida importância, visto que a doutrina vem dedicando poucas páginas para tratar de um assunto de extrema relevância jurídica e prática. O que se tentará no presente trabalho é abordar um ponto pouco explorado até o momento pela doutrina jurídica.

Desde o surgimento do direito administrativo, o estudo sobre a discricionariedade administrativa vem madurando. Por isso, outra pretensão do presente trabalho é oferecer uma perspectiva nova que dê uma resposta original a velhos problemas. A discricionariedade é um dos temas de maior reflexão e controvérsia do mundo jurídico. É evidente que o elevado número de obras sobre a discricionariedade é em si mesmo suspeito, como se fosse necessário reescrever sobre um objeto insaciável, cuja essência sempre parece escapar. Observam-se teorias diversificadas, linhas específicas de análise, distintas metodologias, para tratar de temas que, muitas vezes, já não são o que eram quando foram criados. Discricionariedade, assim, parece significar tudo e ao mesmo tempo nada.

Tal perspectiva se encaixa na advertência de TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ³³, que sustenta que a discricionariedade “*ha sido, es y seguirá siendo el gran problema del Derecho Administrativo*”, de EVA DESDENTADO DAROCA³⁴, quando coloca que “*el estudio de la discrecionalidad se ha convertido en una inacabada y quizás inacabable, pero, en*

³³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Discrecionalidad y jurisdicción revisora*. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, n. 2, p. 285-289, jul-sep, 1974, p. 285. Esse mesmo autor afirma, em outra obra, que a discricionariedade: “[...] constituy(e) hoy un problema recurrente, una úlcera que recidiva de forma constante y que nunca termina de cicatrizar del todo. La batalla de la discrecionalidad es así una batalla permanente y permanentemente inconclusa, que, no bien parece ganada, vuelve a recrudecerse de forma inopinada en el momento más inesperado y en la que sólo con la ayuda de la Historia es posible apreciar el sentido general de su evolución” (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. De la arbitrariedad de la Administración. 5. ed. Madrid: Civitas, 2008, p. 30).

³⁴ DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 35.

todo caso, apasionante persecución del significado de un término cuya polivalencia dificulta su comprensión y oscurece los discursos en los que se emplea” e de BERNARD SCHWARTZ³⁵, o qual, no mesmo tom, enuncia que “*indeed, what is administrative law about if not the control of discretion?*”. LUIGI BENVENUTI³⁶, por sua vez, refere que “*el problema della discrezionalità è certamente uno dei punti nodali di ogni riflessione critica sul diritto amministrativo del passato e del presente*”³⁷. Apesar de parecerem exageradas, tais afirmações são acertadas. Sem dúvida, o estudo da discricionariedade é uma tarefa apaixonante e complexa – de eternos debates.

A subjetividade ou autonomia (liberdade conformadora, discricionariedade, apreciatividade e/ou margem de livre apreciação) do Poder Executivo sempre causou problemas para o Estado em si e, por conseguinte, para o direito público³⁸, pois é um dos principais meios de fazer um exercício unilateral e arbitrário do poder. Além disso, como bem-assinala K. H. WEBER³⁹, “*la delimitación de las competencias de los poderes del Estado gira, cuando se trata de las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo (intensidad de la vinculación legal) y de las relaciones entre el ejecutivo y el poder judicial (alcance e intensidad del control judicial), en torno de la teoría de la discrecionalidad*”.

No mesmo sentido, salienta MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN⁴⁰, que é lógico que a discricionariedade administrativa seja “*un problema siempre recurrente, sobre el que la polémica jamás parece agotarse*”, porque: “entre

³⁵ SCHWARTZ, Bernard. Administrative law. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1991, p. 652.

³⁶ BENVENUTI, Luigi. La discrezionalità amministrativa. Padova: Cedam, 1986, p. 3.

³⁷ No mesmo sentido, CÉSAR DAVID CIRIANO VELA (VELA, César David Ciriano. Administración Económica y Discricionalidad (un análisis normativo y jurisprudencial). Madrid: Lex Nova, 2000, p. 65): “*el estudio de la discricionalidad es una de las cuestiones más importantes del Derecho de nuestros días y, en especial, del Derecho administrativo y, por ello, sobre la que es absolutamente necesario reflexionar y profundizar en su análisis*”. E FRANCISCO LÓPEZ MENUDO (MENUDO, F. López. El control judicial de la Administración en la Constitución española. In: AA. VV. Discricionalidad administrativa y control judicial: I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Madrid: Civitas, 1996, p. 39) que sustenta: “*Se trata, como se sabe, de un tema clásico, o quizás valga calificarlo como ‘neoclásico’, visto el resurgimiento que ofrece en la actualidad; acaso, en buena parte, porque es un tema de siempre, adherido a la historia misma del Derecho Administrativo*”.

³⁸ JEAN-CLAUDE VENEZIA (VENEZIA, Jean-Claude. Le pouvoir discricionnaire. Paris: LGDJ, 1959, p. 111) recorda que a noção de discricionariedade não é própria do direito público: “*le pouvoir discricionnaire n'est pas une notion propre au droit public. Les institutions du droit privé connaissent l'existence au profit des sujets de ce droit d'une sphère d'autonomie qui rappelle étrangement celle qui, en droit public, préserve l'administration de l'emprise du juge*”.

³⁹ WEBER, K. H., 1984 apud BACIGALUPO, Mariano. La discricionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 22).

⁴⁰ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 9.

otras cosas –añade– afecta de lleno al equilibrio de poderes, un equilibrio siempre inestable, modificado por la evolución de las circunstancias históricas y que, de tanto en tanto, si no continuamente, necesita recomponerse”. O mesmo autor⁴¹ aduz que não só é completamente natural a “*amplitud de los poderes discrecionales de que goza cualquier administración moderna*”, mas também “*es necesaria en el Estado de derecho y tiene un fundamento constitucional*”.

Há de recordar que, de acordo com HANS HUBER⁴², a discretionariedade é o "cavalo de Troia" no Estado de Direito (*trojanisches Pferd des Verfassungsrechtsstaates*). Tal metáfora parte da premissa que a discretionariedade é sinônimo de liberdade. Liberdade para decidir sem necessidade de aduzir um critério que suponha aquilo que se resolve. Adiante, observar-se-á que tal noção não é totalmente verdadeira. Assim, também, MARTIN BULLINGER⁴³ afirma que “*la discrecionalidad no es un cuerpo extraño en el Derecho administrativo de un Estado de Derecho sino [...] un elemento necesario de una Administración eficiente, en interés también de cada ciudadano*”. MARCEL WALINE⁴⁴ esclarece que “*el poder discrecional de la autoridades administrativas es la primera condición de toda Administración y por tanto también de la vida del Estado*” e DENIS J. GALLIGAN⁴⁵ acredita que: “*discretionary powers are important in any system of authority, that there are good reasons for having discretion, and that discretionary powers are neither necessarily nor typically in some way arbitrary and beyond the law*”. A discretionariedade, dessa maneira, é ubíqua⁴⁶ e parte inevitável da Administração

⁴¹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 109 e 112.

⁴² HUBER, Hans. Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates. In: Demokratie und Rechtsstaat (Festgabe für Zaccaria Giacometti). Zürich: Polygraphischer Verlag, 1953, p. 66.

⁴³ BULLINGER, 1987, apud BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 41.

⁴⁴ WALINE, Marcel. Traité élémentaire de droit administratif. Paris: Sirey, 1956, p. 25 In: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. Discrecionalidad administrativa y constitución. Madrid: Tecnos, 1995, p. 26.

⁴⁵ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 2.

⁴⁶ JOEL F. HANDLER (HANDLER, Joel F. Discretion: power, quiescence, and trust. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 331): “*discretion is ubiquitous, hence difficult to define. Basically, it involves the existence of choice, as contrasted with decisions purportedly being dictated by rules*”. No sentido de que a discretionariedade está presente em todos os lugares na Administração, vide: SMITH, G. Discretionary decisión-making in social work. In: ADLER, M.; ASQUITH, S. (eds.). Discretion and Welfare. London: Heinemann, 1981, p. 47-68; WILKINS, J. T. The political economy of administrative discretion. In: ADLER, M.; ASQUITH, S. (eds.). Discretion and Welfare. London: Heinemann, 1981, p. 82-134.

Pública⁴⁷, de modo que se constitui como uma das características definidoras da atividade administrativa.

FRIEDRICH A. HAYEK⁴⁸ aceita que a discricionariedade seja, em certo sentido, necessária para o funcionamento do governo, mas entende essa como um anátema para o Estado liberal quando se afirma que os agentes têm poderes que afetam a esfera privada do indivíduo, cujos critérios para seu exercício se deixam aos próprios agentes. O perigo da discricionariedade, nesse sentido, é que seu exercício depende das preferências dos agentes, os quais, a sua vez, podem ser determinados por valores e objetivos variáveis. E isso significa, segundo o autor, que o indivíduo está sujeito à coação dos agentes estatais e, sob esse enfoque, estes têm o controle sobre a vida daquele, até o extremo de impedir-lhe de planejar suas próprias decisões. Uma coerção desse tipo é uma espécie de privação de liberdade, pois a liberdade é o resultado da existência de uma esfera de atividade protegida por normas e que tais agentes não podem interferir, exceto se a norma possibilita.

Levando em consideração essas premissas, optou por uma metodologia que engloba fórmulas descritivas e dedutivas com métodos auxiliares relacionados à ideia de *ab auctoritate*, histórica, comparativa, documentais e judiciais. Significa dizer que se partiu de argumentos gerais para outros mais particulares, ou seja, de argumentos considerados verdadeiros e inquestionáveis para chegar a conclusões mais formais, e lógicas de acordo com as premissas estabelecidas. Ademais, recorrer-se-á, em determinados trechos, a conceitos de publicistas renomados – alguns e não todos – e procurar-se-á extrair deles um corte nuclear comum. Outras vezes, serão comparadas as características atuais dos institutos com as que eles possuíam no passado em suas origens históricas, podendo, assim, entender a evolução ocorrida. É entendendo o passado que se poderá conhecer o presente e prever o futuro, visto que a história está regida por

⁴⁷ Para CARL E. SCHNEIDER (SCHNEIDER, Carl E. *Discretion and rules: a lawyer's view*. In: HAWKINS, Keith. *The Uses of Discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 48 e 56: “discretion is both invaluable and inevitable [...] there are many kinds of discretion which no system can escape and many kinds no system would want to escape”. KARL ENGISCH (ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 224) afirma que a discricionariedade é inevitável, mas também é algo bom. Sobre a discricionariedade como parte inevitável da Administração, vide: WILSON, J. Q. *Varieties of police behavior: the management of law and order in eight communities*. Cambridge: Harvard University Press, 1968; NAGEL, M. V.; ROURKE, F. *Bureaucracies*. In: GREENSTEIN, F. I.; POLSBY, N. W. (eds.). *Handbook of political science*. Reading: Addison-Wesley, 1975; LIPSKY, Michel. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services*. New York: Russell Sage Foundation, 1974.

⁴⁸ HAYEK, Friedrich A. *The constitution of liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 1960, p. 211 e ss.

ciclos. Também se confrontará elementos diferentes, levando em conta suas distinções e similitudes, para que se possam estabelecer relações entre eles. Do mesmo modo, analisar-se-ão documentos e uma série de jurisprudências similares para extrair padrões ou regras jurídicas que informem a ação cotidiana aplicável a todos os agentes administrativos que estejam em contato direto com o administrado e que devem executar ações imediatas ou urgentes. Tudo isso com a intenção de assentar, do modo mais confiável possível, as conclusões às quais procurar-se-á chegar. Pode-se dizer, assim, que a metodologia empregada é multifacetada, envolvendo uma revisão e análise crítica da doutrina nacional e internacional sobre a manifestação da vontade administrativa.

Com tais objetivos, o trabalho abordará requisitos para seguir um método apropriado à estruturação do tema. Para tanto, parece obrigatório revelar, desde o início, premissas que serviram para o desenvolvimento do trabalho. Por este motivo, analisar-se-ão, no **capítulo introdutório**, temas como os fundamentos da manifestação da vontade administrativa, distinguindo entre aquelas situações em que o agente público possui liberdade decisória e aquelas em que atua de forma vinculada. O capítulo propõe uma reflexão sobre o ato de decidir na esfera pública, abordando a diferença entre decisão e eleição, os sujeitos envolvidos, o tempo decisório, os métodos aplicáveis e os limites racionais que regem tais escolhas.

O **segundo capítulo** propõe uma abordagem histórica e conceitual sobre como se estruturou, ao longo do tempo, a liberdade decisória da Administração Pública. A partir das raízes latinas dos termos “arbitrariiedade” e “discricionariedade” (*arbitrium* e *discretio*), o capítulo percorre diferentes fases do Estado moderno: liberal, intervencionista e pós-moderno. Isso demonstra como o conceito de discricionariedade foi se transformando, influenciado por contextos políticos, sociais e filosóficos distintos.

O **terceiro capítulo** sistematiza as classificações das formas de subjetividade na atuação administrativa. São abordadas distinções entre decisões vinculadas, discricionárias e graciosas, bem como outras categorias que mesclam diferentes graus de autonomia. O capítulo também introduz o conceito de valoração subjetiva, especialmente no que se refere às funções, formas e meios de atuação da Administração.

O **quarto capítulo** foca a liberdade de conformação, expressão que remete a margem de liberdade de quem cria direitos e obrigações ou que os elucida, por meio de atos legislativos, normativo-regulamentares, editalícios, contratuais, jurisdicionais e até mesmo por tomadas de decisões administrativas que tenham o condão de se transformar em normas jurídicas, além da criação,

formulação e do desenho de políticas públicas decorrentes de legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados e avaliar se, e em que medida, diferentes situações justificam a criação de um direito e uma obrigação ou de uma política pública.

O **capítulo cinco** foca a discricionariedade sob várias óticas – jurídica, filosófica e prática – o que evidencia seu caráter multidisciplinar e equívoco. Debruça-se sobre diversas tipologias de discricionariedade (fraca, forte, formal, informal, material, processual etc.), discutindo suas implicações. Há também um esforço para demonstrar que é uma margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida pela norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não, entre as estipulações oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, do que melhor atende aos interesses públicos. Diferencia-se a discricionariedade potencial, isto é, oferecida de maneira abstrata, da discricionariedade efetiva somente confirmada no caso concreto. A discricionariedade efetiva existe apenas quando fixadas as opções válidas, ou seja, opções igualmente justas e idôneas (ou legalmente indiferentes). Também se aborda a localização da discricionariedade quanto aos componentes lógico-estruturais da norma jurídica para se diferenciar a discricionariedade de atuação (localizada no operador deôntico) da eleição (localizada na preceptiva).

O **sexto capítulo** trata da complexa interseção entre linguagem e Direito, ao abordar os conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, a margem decorrente da zona de incerteza semântica de um conceito jurídico, daqueles conceitos que não se podem traçar precisamente porque não deixam ao seu intérprete a compreensão exata de quais significados emitem, seu objeto ou a realidade abrangida. Deixam dúvidas de duas ou mais compreensões de seu significado quando visualizados no caso concreto, por isso, entende-se que o único modo possível de visualizar se um conceito jurídico indeterminado apresenta ou não uma margem de livre apreciação é analisando sua estrutura (núcleo conceitual e auréola conceitual). Sempre que se tenha uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito, estar-se-á diante do domínio do núcleo conceitual. Quando as dúvidas começam, é porque se está diante da auréola do conceito. O núcleo conceitual também é chamado de zona de certeza, que pode ser positiva (é seguro que “*isso*” pode denominar-se com esse termo) ou negativa (é seguro que “*isso*” não pode se denominar assim). A auréola do conceito é a zona intermediária, de dúvida ou de incerteza ou, dito com maior precisão, zona em que não existe uma certeza prévia e cuja determinação exige desdobrar a ideia nuclear do conceito. Toda a dificuldade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados estará na zona de incerteza (ou “*halo del concepto*”), pois há

maior dificuldade para localizar a única solução justa. No mais, o capítulo demonstra que a margem de livre apreciação se insere na hipótese ou previsão da norma jurídica, nos componentes lógico-estruturais dessa.

Por fim, o **último capítulo** da obra se debruça sobre o que denomina apreciatividade administrativa, um conceito que amplia a compreensão da subjetividade pública. Ela se projeta sobre fatos e critérios interpretativos, variando a intensidade de acordo com o âmbito que se exerce – existente em toda tomada de decisão na qual o agente público utiliza uma operação de discernimento ou ajuizamento para aplicar a norma –, usando-se de critérios e subcritérios, ponderando interesses e fatores em conflito e atribuindo pesos relativos às opções que tenha decorrentes das indeterminações do Direito, como o conteúdo do Direito, os defeitos do sistema jurídico e, principalmente, do exercício funcional, referindo-se, comumente, a ações não deônticas, sem prévio procedimento administrativo e não tendo, necessariamente, um ato administrativo formal ao final de seu exercício, mas atendendo, mormente, aos interesses públicos, mesmo que tenha de se afastar ou desviar da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma – ou seja, da letra estrita da lei – para atingir a finalidade e o propósito da norma jurídica por razões comprovadas de especial relevância.

Observada a estrutura do trabalho, é necessário focalizar outros pontos importantes e que também devem ser mencionados na introdução, como a forma de utilização das notas de pé de página e aspectos relacionados à terminologia empregada.

Em benefício da clareza, dar-se-á prioridade a que o texto trate dos pontos principais que compreendem a matéria, reservando para as notas de pé de página as referências complementares, tidas como importantes para o desenvolvimento do trabalho. Desta maneira, deseja-se facilitar ao leitor mais interessado, sempre que a citação o permita, a rápida localização das fontes. O objetivo é agrupar o que se está analisando e defendendo, demonstrando que não se conhece uma única posição doutrinal, mas também para indicar opiniões opostas ao que se pretende defender no presente trabalho. Também é certo que muitos conceitos, indiretamente relacionados ao tema, devem ser previamente conhecidos pelo leitor, no entanto, far-se-ão referências nas notas de pé de página a estudos que o definam, uma vez que não é o presente trabalho a sede própria para tratar deles. Por sua vez, outros conceitos também indiretamente relacionados com o trabalho terão de ser recordados, pois são extremamente necessários para a compreensão do que está sendo tratado.

Quanto à terminologia empregada, deve-se desde já esclarecer alguns termos como: alternativa e opção. Ambos são usualmente utilizados como sinônimos no sentido de eleger entre duas ou mais coisas. No entanto, no presente trabalho, utilizar-se-á o termo opção para referir-se a um único caminho ou à eleição entre dois ou mais caminhos; já alternativa, para referir-se a um de dois caminhos. A distinção entre eleição e decisão será desenvolvida ao longo do trabalho, mas cabe aqui também mencioná-la.

Seguindo com a terminologia, vale ressaltar, ainda, conceitos diversos que coexistem em atinência ao mesmo fenômeno: a discricionariedade. Utilizam-se as expressões poder discricional, dever discricional, ato discricional ou até atuação discricional. A rigor existe diferença semântica entre os vocábulos, no entanto todos se referem a um mesmo fenômeno, como se observará ao longo do trabalho. De todo modo, parece mais condizente a expressão atuação discricional ou, simplesmente, discricionariedade, que significa qualidade ou estado de ser discricional de uma dada atividade.

Enfatiza-se que este trabalho analisa um conjunto complexo de problemas, tentando dar uma visão didática e profunda sobre o tema. Contudo deseja-se advertir que, em nenhum momento, tem-se a pretensão de apresentar uma exposição completa e exaustiva. Há de esclarecer, também, que o trabalho não é uma proposta político-ideológica para reduzir o campo de atuação do Poder Público ou mesmo para fundamentar a concessão de mais poderes. Busca-se, tão somente, a verdade científica, tentando de maneira modesta agregar um valor adicional à literatura jurídica existente, sem se limitar a uma mera compilação acrítica.

CAPÍTULO 1

MANIFESTAÇÃO DE VONTADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. Manifestação da vontade sem liberdade e com liberdade

As atividades administrativas regem a vida social, e toda a tomada de decisão realizada executa-se mediante uma prévia eleição e, deste modo, procede à satisfação das necessidades coletivas previamente definidas, selecionadas e ordenadas⁴⁹.

A aplicação das normas jurídicas consiste em uma satisfação das mais diversas necessidades coletivas, de interesses públicos concretos. Esses interesses públicos perseguidos pelas Administrações não são quaisquer tipos de interesses, mas sim os interesses concretos especificamente definidos pelas normas jurídicas.

Por certo que, para exercer tal atividade, são necessários agentes que tenham poderes, faculdades ou prerrogativas indispensáveis para a consecução dos fins públicos. Uma vez possuidores de tais atribuições, as Administrações Públicas exercem distintas e múltiplas funções. Entre elas, tem-se a atividade ordenatória ou limitatória; a atividade prestacional/exploratória; e a atividade regulatória.

Todas as atribuições (prerrogativas) e funções se inter-relacionam, dado que tais faculdades são os instrumentos por meio dos quais as Administrações executam suas funções.

Para executar tais funções, as Administrações utilizam distintos meios para materializar sua vontade, diferentes *modus operandi* de cumprir seus fins, configurando-se como as formas de atuação das Administrações, que são: os atos administrativos unilaterais, bilaterais ou multilaterais; a coação administrativa; e a atividade técnica ou material administrativa.

Além disso, a utilização de distintas atribuições (poderes, faculdades ou prerrogativas) são os instrumentos por meio dos quais as Administrações exercem suas funções e para executá-las utilizam distintos meios ou formas para manifestar suas vontades.

Cada uma dessas atribuições, também chamadas poderes, faculdades ou prerrogativas, possui uma margem para sua aplicação: a subjetividade ou autonomia pública oriunda de toda e qualquer forma de atuação. Isso significa que a Administração, quando manifesta sua vontade, seja por meio de atos, coação ou

⁴⁹ Não são do âmbito dessa atividade a definição de necessidades coletivas, a seleção daquelas que a Administração Pública deve satisfazer, nem sequer a ordenação de prioridades ou de delimitação dos grandes princípios materiais, orgânicos e formais a que tal satisfação deve obedecer.

atividade técnica ou material, seja outorgada de maneira explícita ou implícita⁵⁰, está se utilizando de uma forma de manifestação sem liberdade (atuação vinculativa) ou de uma margem que se caracteriza pela subjetividade ou autonomia pública atribuída de quatro formas: conformadora, discricional, por meio de conceitos jurídicos indeterminados ou apreciativa.

Percebe-se, portanto, que se defende aqui a existência de dois grandes grupos de manifestação de vontade administrativa (sem e com liberdade). Dentro do grupo que admite a manifestação da vontade com liberdade, que se denomina, genericamente, de subjetividades ou autonomias públicas, existem quatro formas de manifestação da vontade: a liberdade de conformação ou configuração; a discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico; a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados; e a apreciatividade administrativa.

Diferentemente do que se costuma fazer na doutrina, que trata a discricionariedade como poder ou como espécie de ato administrativo, entende-se que o tema deve ser abordado como meios ou formas de manifestação da vontade administrativa.

Além disso, como se demonstrará ao longo deste livro, este posicionamento da existência de dois grandes grupos e, dentro daquele que prevê subjetividade decisória, da existência de quatro formas de manifestação de vontade está longe de ser unívoco e até mesmo aceito pela doutrina. Uma parte diferencia, apenas, a atuação vinculada e discricionária, utilizando o termo discricionariedade como supraconceito. Já outros diferenciam a discricionariedade da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, sendo os conceitos jurídicos indeterminados incluso no âmbito da discricionariedade, desde que exista margem de escolha. Na doutrina especializada, há os que tratam de uma terceira forma, qual seja, a liberdade de conformação ou configuração, mesmo que não, necessariamente, seja denominada assim.

Entende-se que a atuação administrativa necessita de certa liberdade, sendo tal margem inseparável e inescapável da essência mesma da ação humana. A característica da ação humana é precisamente a liberdade. Como se

⁵⁰ A subjetividade ou autonomia pública explícita se refere aos âmbitos em que a autoridade competente deixa expressamente ao árbitro competente a determinação do resultado de sua decisão. A implícita ocorre naqueles contextos nos que o órgão competente deve eleger entre diversos cursos de ação, sem que haja sido facultado de forma expressa para realizar tal ato de eleição. Vide: LUZZATI, Claudio. *Discretion and indeterminacy. In: Kelsen's theory of legal interpretation. In: GIANFORMAGGIO BASTIDA, Letizia. Hans Kelsen's Legal Theory: a diachronic point of view.* Torino: Giappichelli Editore, 1990, p. 124-137.

demonstrará, até mesmo na atuação vinculativa, dita sem liberdade, existe uma subjetividade aqui denominada de apreciatividade administrativa.

Já se disse anteriormente que o Estado tem aptidão para manifestar vontades. Sua concretização se realiza por meio do exercício das funções, basicamente: administrativa, legislativa e jurisdicional. A administrativa, como já visto, recai na categoria da atuação administrativa, ou seja, toda atividade de gestão no interesse das coletividades.

1.1 Tomada de eleição ou decisão

Existem três formas de “*pensamento efetivo ou aplicado*”: (i) a tomada de decisões; (ii) a resolução de problemas; e (iii) o pensamento criativo⁵¹.

A **tomada de decisões** faz referência ao feito de decidir que ação tomar, normalmente, implica ter de escolher entre diferentes opções. A **resolução de problemas** é uma solução, resposta ou conclusão a respeito da decisão tomada. Sempre deriva do resultado da tomada de decisões. As decisões criam problemas. E o **pensamento criativo** são as novas ideias que podem proceder das decisões realizadas. A “chuva de ideias” é uma técnica útil para gerar ideias. Passa-se a verificar a primeira destas formas, ou seja, a tomada de decisão.

A tomada de decisão na Administração Pública é, de acordo com K. J. DE GRAAF, J. H. JANS, A. T. MARSEILLE e J. DE RIDDER⁵², “*fact of life: members of the public are confronted with them all the time*”. Sendo assim, para tais autores, a qualidade das decisões administrativas obviamente importa a todos em ao menos três sentidos:

First of all, when issuing administrative decisions, public authorities should treat citizens according to their rights, including the right to equal treatment and the right to legal certainty. Secondly, the rights of third parties should be protected; for instance, they should not suffer from the external effects of an administrative decision without adequate compensation. Thirdly, the public is entitled to the protection of general public interests.

⁵¹ SAINSBURY, Roy. Administrative justice: discretion and procedure in social security decision-making. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992.

⁵² GRAAF, K.J. de; JANS, J.H.; MARSEILLE, A.T.; RIDDER, J. de. Quality of Decision-Making in Public Law: Studies in Administrative Decision-Making in the Netherlands. Groningen: Europa Law Publishing, 2007, p. 3.

Possuir liberdade ao decidir, ou seja, alguma forma de subjetividade ou autonomia pública é, em sua essência, ter uma margem de liberdade/autonomia/volição para eleger ou decidir entre atuar ou não, ou seja, entre tomar ou não uma decisão, por isso, é importante estudar o processo, método e técnicas da tomada de eleição/decisão para diferenciar melhor os institutos relacionados à forma ou meio de manifestação da vontade administrativa.

A tomada de eleição/decisão não é uma ciência exata, mas a arte de tomá-la de uma maneira eficaz foi muito estudada, inicialmente, pelos economistas e psicólogos, principalmente no tocante a problemas com negócios, administração e políticas públicas, mas, atualmente, por juristas e sociólogos.

1.1.1 Distinção entre eleição e decisão

O primeiro ponto que se deve mencionar é a distinção existente entre eleição e decisão. Para que exista qualquer uma das duas deve haver uma diversidade de alternativas ou opções suscetíveis de serem eleitas livremente⁵³, feitas por meio do reflexo condicionado, impulso, indiferença, ação consciente ou avaliação razoável⁵⁴.

Elege-se entre várias alternativas ou opções quando não se é capaz de quantificar os resultados⁵⁵. Estar-se-á elegendo sempre que houver uma análise

⁵³ A habilitação das diversas alternativas ou opções suscetíveis de serem eleitas são derivadas de diferentes fontes, como se poderá verificar no próximo tema a ser tratado.

⁵⁴ MIGUEL CÓRDOBA BUENO (CÓRDOBA BUENO, Miguel. Metodología para la toma de decisiones. Madrid: Delta, 2004, p. 5-6) explica cada uma dessas reações.

Afirma que um reflexo condicionado é uma resposta inconsciente ante uma situação repetitiva do entorno, frente a qual se educa a mente para que dê sempre a mesma resposta perante iguais estímulos. Não há de confundir, todavia, com o reflexo simples. Aqui não se pensa em fazer o movimento, não há avaliação das consequências, não há eleição ou decisão, simplesmente se faz.

Um impulso não é outra coisa que o desejo imperioso de levar a cabo uma determinada atuação. Aqui tampouco há eleição ou decisão.

A indiferença é uma situação na qual se realiza um ato que para a pessoa não tenha consequências avaliáveis, ou seja, apresenta várias alternativas entre as quais se poderia optar entre qualquer delas.

A ação consciente se realiza quando se percebe a existência de um problema de eleição ou decisão e é consciente da existência de diversas alternativas e das possíveis consequências delas, não obstante, ao final, elege uma delas, sem que realize uma avaliação racional da situação.

Por fim, a avaliação razoável se efetua quando racionalmente se expõem todas as alternativas, todos os condicionantes, avaliam-se todas as consequências e, ao final, mediante um processo de eleição ou decisão, opta-se pela alternativa mais adequada.

⁵⁵ A palavra eleição é ambígua, pois se utiliza para fazer referência tanto a um processo como ao resultado desse processo.

qualitativa⁵⁶ de um problema e pensa-se que uma das opções é melhor que a outra. Ou seja, só existirá eleição nos casos em que todas as alternativas ou opções se refiram a um mesmo fenômeno, e ditas alternativas ou opções sejam excludentes e comparáveis entre si.

Decidir, contudo, é ser sabedor de um problema, é se sentir envolvido por ele e atuar com liberdade, isto é, utilizando o livre-arbítrio para escolher a alternativa ou opção que se considere a mais adequada⁵⁷. Assim, basicamente, formulado o problema e estudadas as alternativas/opções, eleger-se-ão aquelas mais adequadas para alcançar os objetivos e, por fim, tomar-se-á a decisão propriamente dita⁵⁸.

Estruturalmente, a eleição vem antes da decisão. A **tomada de decisão se apresenta como a sucessão de uma série de eleições** sobre valores e objetivos a perseguir. Não é mais que uma série de decisões encaminhadas à realização dos fins e objetivos estabelecidos. Em ambas as formas (eleição ou decisão), o sujeito

⁵⁶ Portanto, realizar-se-á uma graduação de alternativas e isso supõe a necessidade de estabelecer relação de pré-ordem de ordem ou de equivalência, para que assim possa ser capaz de estabelecer a preferência ou indiferença e, para que isso possa ocorrer, as alternativas, necessariamente, terão de ser comparáveis. Para realizar tal avaliação quantitativa, MIGUEL CÓRDOBA BUENO (CÓRDOBA BUENO, Miguel. Metodología para la toma de decisiones. Madrid: Delta, 2004, p. 15-17) distingue quatro possibilidades. A intuição é o mecanismo de avaliação mediante o qual os sujeitos são capazes de eleger uma alternativa entre várias, sem que exista uma avaliação de resultados que permita racionalmente afirmar que alternativa se deve seguir.

O contágio é a aceitação explícita da avaliação de outro sujeito ou sujeitos como válida na hora de assumir nossa própria eleição, é quase uma eleição induzida.

O condicionamento é o processo mediante o qual não se pode livremente expressar uma eleição de uma alternativa entre várias. Pode ser temporal (intrínseco ou externo) ou espacial.

E a obrigatoriedade é a aceitação da avaliação de outro sujeito ou sujeitos, por um fato imperativo, ou seja, o sujeito renuncia por obrigação a exercer sua faculdade de eleição, assumindo a função de eleição de terceiro, aqui, a eleição é impositiva.

⁵⁷ Não confundir decisão com manifestação. Toda decisão é uma manifestação, mas não toda manifestação contém uma decisão. Isto significa que a Administração pode pronunciar-se sobre diferentes assuntos que são submetidos a sua consideração sem ditar, necessariamente, uma verdadeira decisão. Conclui-se, assim, que sempre que a lei estabelece um dever de decisão impõe, implicitamente, um dever de manifestação, mas a inversa não é verdade. Sobre tal distinção *vide*: GONÇALVES, Pedro; OLIVEIRA, Mário Esteves de; AMORIM, João Pacheco de. Código do Procedimento Administrativo – Comentado. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007 (7.ª Reimpressão da Edição de 1997), p. 167.

⁵⁸ MIGUEL CÓRDOBA BUENO (CÓRDOBA BUENO, Miguel. Metodología para la toma de decisiones. Madrid: Delta, 2004, p. 30-31) afirma que são elementos constitutivos de um processo de decisão: a existência de um conjunto de opções ou alternativas; o ambiente ou contexto estrutural em que o problema se suscitar, e que se concretizará em um conjunto de estados da natureza; uma função de avaliação dos resultados, que estabeleça as consequências atribuíveis da aplicação de cada opinião ou alternativas nos diversos possíveis estados da natureza.

Com tais elementos, ensina o autor que poderá representar o que se denomina a “*matriz de decisión*” na qual se indicam as alternativas possíveis, os estados de natureza e os resultados da eleição de alternativas.

parece vinculado a duas ideias: por um lado, a ideia de liberdade, pois, onde não há liberdade, não há eleição ou decisão; e, por outro lado, a ideia de que somente há eleição ou decisão se há diferentes alternativas ou opções⁵⁹. Do conjunto de alternativas ou opções de uma eleição ou decisão se costuma prediar duas propriedades: seu caráter exaustivo e seu caráter excludente. O **caráter exaustivo** do conjunto supõe que este inclui a totalidade de ações, que são alternativas ou opcionais nessa eleição/decisão. Enquanto o **caráter excludente** estabelece que a execução das ações que compõem esse conjunto é impossível de forma simultânea.

Segundo ARISTIDE POLICE⁶⁰:

[...] la decisione, come tale, postula una volontà ed una scelta o, meglio, una volontà che si esercita in relazione ad una scelta. Applicando alle Amministrazioni pubbliche tale nozione di decisione, propria della scienza politica, si potrebbe dire, in generale, che tutti gli atti della p.a. sono decisioni amministrative e che tutte le attività ne sono conseguenze.

1.1.2 Decisão administrativa

A decisão administrativa é, consequentemente, um processo de sucessivas operações em uma unidade de tempo resultante da interação entre o sujeito da decisão, o sistema e seu ambiente. É o resultado de um processamento de informações baseado na divisão do trabalho, que, a partir o ponto de vista prático, nunca conduz a uma solução exata e única, senão sempre e apenas a um conjunto de soluções defendíveis, satisfatórias e úteis. Como um processo de operações sucessivas dentro de uma unidade de tempo, a decisão é um processo em várias etapas, que conduz à solução por meio de sucessivas tentativas⁶¹.

Em outras palavras, afirma ARISTIDE POLICE⁶²:

⁵⁹ JOHN ADAIR (ADAIR, John. Toma de decisiones y resolución de problemas. Barcelona: nuevos emprendedores, 2008, p. 36) prefere a palavra opções que alternativas, pois entende que uma alternativa é, literalmente, um dos caminhos abertos. Explica o autor que as pessoas pouco hábeis na tomada de decisões tendem a escolher demasiadamente rápido qualquer das alternativas. Não gastam demasiado tempo ou energia mental em gerar, pelo menos, três ou quatro possibilidades.

⁶⁰ POLICE, Aristide. La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 82.

⁶¹ *Ibidem*, p. 87-88.

⁶² POLICE, Aristide. La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 88.

[...] in altri termini, la decisione amministrativa non appare più come un evento istantaneo, ma si presenta piuttosto come un processo evolutivo definito da una serie di interazioni e di adattamenti reciproci, attraverso i quali si disegna la disciplina degli interessi in gioco rispetto ad un certo problema del vivere comune. Più che in un punto conclusivo del procedimento amministrativo, dunque, il fenomeno della decisione diventa ora identifiable in una linea variamente configurata e non unidirezionale, la quale percorre l'intero processo decisionale e fa emergere la decisione in misura variable a seconda dell'andamento procedimentale.

1.2 Ambientes decisório

Toda a tomada de eleição ou decisão possui distintos ambientes nos quais pode se desenvolver. MIGUEL CÓRDOBA BUENO⁶³ classifica três ambientes:

- **ambiente de certeza**, quando são conhecidas com certeza todas as alternativas/opções e os resultados que delas se derivam;
- **ambiente de risco**, onde se conhecem as possíveis alternativas/opções, mas os resultados que delas se derivam podem manifestar-se de diferentes maneiras, em função de uma determinada lei de possibilidade; e
- **ambiente de incerteza**, onde se conhecem as possíveis alternativas/opções, mas os resultados que delas se derivam podem manifestar-se de diferentes maneiras, mas não se trata de um fenômeno de probabilidade ou se desconhece a lei de probabilidade pela qual se rege.

1.3 Aspecto temporal da decisão

Na problemática eleitoral ou decisória, o esquema temporal também é importante. O que parece ser uma simples decisão, quase sempre, afeta a um número maior e mais completo de decisões. É importante, também, ter em conta que uma decisão feita em um ponto do processo pode afetar a decisão subsequente. Logo, haverá eleição ou decisões que se explicam de formas **estáticas** e outras que se explicam de forma **dinâmica** ou **sequencial**. Ademais,

⁶³ CÓRDOBA BUENO, Miguel. Metodología para la toma de decisiones. Madrid: Delta, 2004, p. 36.

essas segundas podem supor a existência de fatores que alterem as condições iniciais.

M. POLANYI⁶⁴ discorre sobre o que chama “*polycentric problems*”. Segundo este autor, os problemas policênicos implicam uma complexa rede de relações que interatua com os pontos de influência. Cada decisão se comunica a outros centros de decisão, mudando as condições de modo que uma nova base deve ser encontrada para a próxima decisão. Quase todos os problemas são **policênicos**, pois suas soluções, de alguma forma, modificam a base sob a qual futuras decisões serão tomadas⁶⁵.

Deste modo, um processo de decisão sequencial é a concatenação temporal de um conjunto de eleições/decisões com um vínculo comum, que tenha como objetivo a resolução de um problema. Uma decisão não é feita de maneira independente, sobretudo no caso de se ter em conta as implicações de outros casos.

ROBERTO BIN⁶⁶ cita que existem “*decisioni amministrative complesse*” e descreve-as como situações nas quais se percebe, com maior facilidade, as subjetividades ou autonomias públicas. Segundo o autor, as características das decisões administrativas **complexas** são:

- 1) L’aspetto più impressionante delle decisioni amministrative complesse è l’inconsueta vastità degli effetti che ne derivano e, perciò, degli interessi coinvolti [...]
- 2) Che decisioni amministrative di tale complessità debbano essere fondate su una base di informazioni eccezionalmente sviluppata e, a sua volta, complessa, non occorre certo dimostrarlo [...]
- 3) La terza caratteristica delle decisioni amministrative complesse riguarda il loro fondamento legislativo. L’esigenza che esse siano corredate da elementi previsionali non è che la conseguenza del fatto che la legge le “programma finalisticamente” attraverso l’indicazione di obiettivi e risultati da perseguire. La legge non determina il quadro dei “fatti rilevanti” descrivendoli nella fattispecie, ma delega all’amministrazione il compito, non solo di raccogliere ed elaborare le informazioni, ma persino di selezionarle, riucendone la complessità. La relazione tra enunciati legislativi

⁶⁴ POLANYI, M. The logic of liberty: reflections and rejoinders. Michigan: University of Chicago Press, 1951, p. 174-184.

⁶⁵ Para maiores informações sobre o problema da policentricidade, *vide*: WEILER, P. Two models of judicial decision-making. Canadian Bar Review, Ottawa, n. 46, v. 3, p. 406-471, sep. 1968.

⁶⁶ BIN, Roberto. Atti normativi e norme programmatiche. Milano: Giuffrè, 1988, p. 232.

programmatici, decisioni complesse e “prognosi” è duque molto stretta, e si ambienta all'interno della nozione di “programma di scopo”, già ampiamente illustrata e più volte ripresa nel corso di questo studio. [...]

4) Decisioni complesse implicano procedimenti decisionali complessi; questi provocano la moltiplicazione degli atti del provvedimento che trovano posto tra norma di legge e provvedimento finale.

1.4 Sujeito que decide

Outra possibilidade que também deve ser mencionada é que as eleições/decisões podem ser tomadas por um **indivíduo** ou por um grupo de forma **colegiada**.

Há eleições/decisões que serão realizadas por determinados agentes, que a exerçam de forma unipessoal, o que implica uma concentração de responsabilidade. Por sua vez, podem ser realizadas pela composição de vontade de vários agentes, ou seja, por um órgão colegiado. Na última forma indicada, os agentes exercem a tomada de decisões em casos abstratos ou concretos, privilegiando, sempre, a regra do consenso ou da maioria, utilizando, cada um, sua subjetividade ou autonomia pública de forma paralela, sendo a decisão final apenas uma decisão subjetiva/autônoma, mas que se originou de muitas decisões individuais subjetivas/autônomas. Em caso de que a maioria não prevaleça, deverá haver uma negociação para que a decisão seja apresentada como a decisão do grupo.

Vale mencionar que a doutrina fomenta a tomada de decisões de maneira colegiada, pois uns são melhores em determinados mecanismos que outros, assim, a união de pessoas lograria um melhor resultado ao analisar, sintetizar e valorizar. JOHN ADAIR⁶⁷, por exemplo, afirma que:

[...] cuanto más se comparten las decisiones, más probabilidades hay de que la calidad de la decisión sea alta. Además, la gente tiende a estar mucho más motivada para implementarlas si han podido colaborar en la toma de esta decisión, sobre todo si está directamente relacionada con su vida laboral. Aun así, las exigencias de cada situación –poco tiempo y el factor crisis- muchas veces restringen el alcance de la colaboración. Y también tiene que recordar que cuanto más

⁶⁷ ADAIR, John. Toma de decisiones y resolución de problemas. Barcelona: Nuevos Emprendedores, 2008, p. 62.

comparta una decisión, menos control tendrá sobre la calidad y la dirección resultante.

Ademais, há de se evitar a tendência de mesclar as emoções e aspectos políticos no processo. IRVING L. JANIS e LEON MANN⁶⁸ destacam modelos habituais de respostas que diminuem a racionalidade para suas decisões. Estes modelos são os seguintes: (i) evasão defensiva (adiantamento excessivo das decisões); (ii) sobrerreação (adoção impulsiva de decisões com o intuito de escapar do estado de ansiedade); e (iii) hipervigilância (acumulação obsessiva de informação em lugar de adotar a decisão).

1.5 Processos, métodos e técnicas para tomada de eleição/decisão

No processo de tomada de eleição/decisão, existem 3 (três) mecanismos de pensamento: **analisar, sintetizar e valorizar** (essas são as principais funções do cérebro).

Quando se **analisa**, está separando-se um todo em suas diferentes partes constitutivas, utilizando a dedução e a indução. **Sintetizar** é o processo contrário. É reunir várias coisas para criar um todo, portanto, utiliza-se a imaginação. E **valorizar** se confunde aqui com estabelecer regras de êxito, avaliar, estimar rendimentos e julgar pessoas (Figura 1).

⁶⁸ JANIS, Irving L.; MANN, Leon. Decisión making: a psychological analysis of conflict, choice, and commitment. New York: The Free Press, 1977.

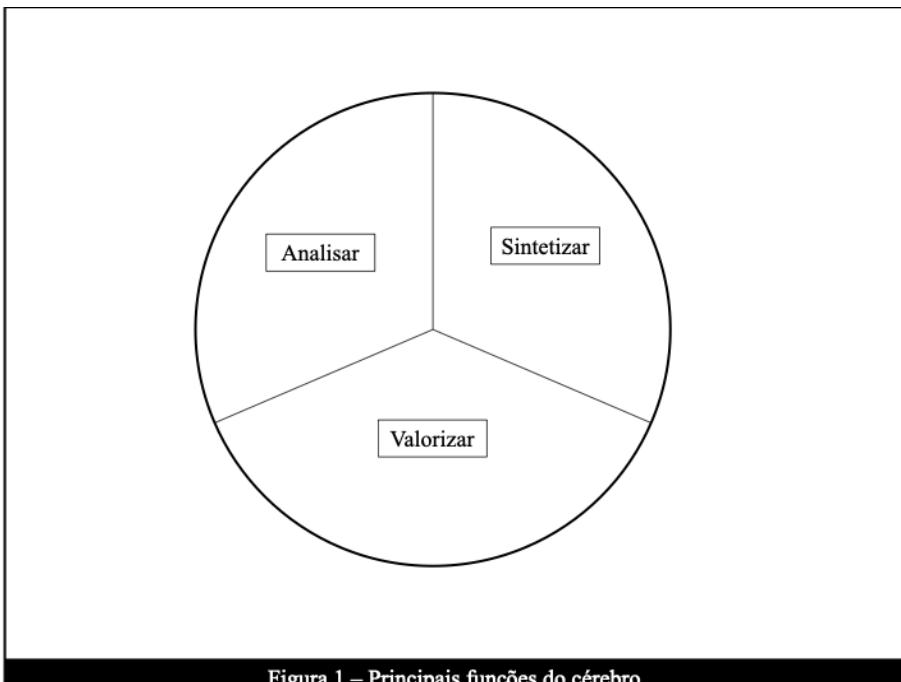


Figura 1 – Principais funções do cérebro

Fonte: elaboração própria

Tais mecanismos são utilizados todos os dias e em todos os momentos. Uma tomada de decisão ótima se deve realizar por meio do que JOHN ADAIR⁶⁹ chama de “*mente profunda*”, que significa trabalhar tais funções – analisar, sintetizar e valorizar – ao nível do inconsciente.

Há quem denomina esta fase de processo de decisão (analisar, sintetizar e valorizar), de ordenação, por estar vinculada com a ordenação da pluralidade de alternativas ou opções. Logo, escolher ou decidir é estabelecer uma relação entre as diferentes alternativas/opções com o objetivo de superar dita pluralidade. O resultado da fase de ordenação é, ao menos, uma ação que pode ser caracterizada como aquela que o sujeito seleciona entre o conjunto de alternativas/opções⁷⁰.

Aqui sempre terá de desenvolver 4 (quatro) níveis de competência: (i) consciência dos problemas ou da necessidade de uma decisão; (ii) compreensão atinente a onde se encontra em relação ao problema ou decisão; (iii) habilidade para formular as perguntas corretas à pessoa correta no momento oportuno; e (iv)

⁶⁹ ADAIR, John. Toma de decisiones y resolución de problemas. Barcelona: Nuevos Emprededores, 2008, p. 25 e ss.

⁷⁰ CALVO SOLER, Raúl. Uso de normas jurídicas y toma de decisiones. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 27.

ser capaz de submeter à prova as respostas para encontrar seu verdadeiro conteúdo.

ROY SAINSBURY⁷¹ discorre sobre as grandes características do processo de decisão: “accuracy” e “fairness”. A primeira tem que ver com a busca de informação e sua aplicação na decisão, ou seja, relaciona-a com o resultado da decisão. A segunda se compõe por quatro outros elementos: “promptness” – que se relaciona com o tempo necessário para produzir uma decisão, devendo ser feita no prazo mais breve possível e sem atraso; “impartiality” – em que todos os sentimentos de parcialidade ou prejuízos, por parte do decisor, não devem ter nenhuma incidência na decisão tomada; e “accountability” – que tem o propósito de fazer com que os indivíduos entendam o porquê de certas decisões tomadas em seu confronto com o fim de que as aceitem. E isso demanda que o agente deve dar tanto uma explicação de sua decisão como das razões que o motivaram a decidir-se daquela forma. Para o autor, se aqueles que tomam decisões sabem que devem prestar contas de suas decisões, estarão motivados a ser mais diligentes e assíduos em suas tarefas. Termina afirmando que:

[...] the qualities that a decision process ought to exhibit, which provide arguments for the acceptability of its decisions, are the ability to provide accurate decisions and the ability to produce them in a manner which is fair, by being prompt, impartial, and allowing claimants to participate and receive accountable decisions.

Toda eleição ou decisão implica emitir um juízo sobre a adoção de um risco. Por isso, é importante, aqui, visualizar algo sobre as teorias, sobre o processo administrativo de tomada de decisão. O moderno enfoque é de MAX WEBER⁷² e sua noção de racionalidade formal desenvolvida no contexto das organizações burocráticas. Outro importante autor é F. W. TAYLOR⁷³, que demonstra que a administração poderia ser uma verdadeira ciência com claras definições de leis, regras e princípios, e que a ciência da administração poderia

⁷¹ SAINSBURY, Roy. *Administrative justice: discretion and procedure in social security decision-making*. In: HAWKINS, Keith. *The Uses of Discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 303-305.

⁷² WEBER, Max. *Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva* (Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie). México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

⁷³ TAYLOR, Frederick W. *Principles and methods of scientific management*. New York: Harper Bros, 1911.

ser aplicada a qualquer organização⁷⁴. No entanto, tais teorias são muito criticadas, primeiro, pela diferença existente entre política e administração⁷⁵; segundo, porque se subestima a administração informal em distintos ambientes, esquecendo as complexidades dos comportamentos organizacional e humano.

1.5.1 Racionalidade delimitada

Assim mesmo, deve-se ter em conta o estabelecimento de princípios. Foi HERBERT A. SIMON quem, em 1947, ao estudar os processos de conduta e cognitivos da tomada racional de decisões humanas, modificou a forma de pensar de muitos estudiosos⁷⁶.

Esse autor desenvolveu a noção de **racionalidade delimitada** e aproximou-se, primeiramente, da abordagem sobre a tomada de decisões administrativas propriamente ditas. Assumindo que as autoridades administrativas “*are formed with the intention and design of accomplishing goals*”.

Argumenta esse autor que a Administração não poderia ser entendida por si só se tomam em consideração os princípios científicos. O processo de tomada de decisão, para o autor, pode ser racional se respeita as matérias fáticas. Sustenta que a decisão seria perfeitamente racional se a Administração pudesse examinar todos os caminhos possíveis, traçar as consequências de cada alternativa ou opção e, ali, separadamente, avaliar os custos e benefícios de cada situação. Como é impossível saber tudo isso, o processo de decisão é, por natureza, delimitado, devendo a decisão ser apenas “*satisfice*”⁷⁷, o que significa que as decisões devem ser tomadas com as melhores opções, circunstâncias e elementos possíveis⁷⁸.

⁷⁴ Outros importantes trabalhos são: GULICK, Luther; URWICK, L. Papers on the science of administration: Early Sociology of Management and Organizations. New York: Institute of public Administration, 1937, v. IV; FAYOL, Henri; COUBROUGH, John Adair. Industrial and general administration. London: Sir I. Pitman & Sons, Ltd, 1930.

⁷⁵ WALDO, Dwight. The administrative state: a study of the political theory of american public administration. New York: Ronald Press Co. 1948; APPLEBY, Paul Henson. Policy and administration. Tuscaloosa: University of Alabama Press, 1949.

⁷⁶ SIMON, Herbert A. Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations. 4. ed. New York: Free press, 1997.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 38.41; 80-81; 240-244 e 272.

⁷⁸ HERBERT A. SIMON (*ibidem*) afirma que uma decisão administrativa deve ser correta e eficiente e deve ser prática para a aplicação de um conjunto de meios coordenados. Qualquer decisão implica uma eleição selecionada de um número de alternativas, dirigida para uma meta da organização. Opções realistas têm consequências reais. Na prática, algumas das alternativas podem ser conscientes ou inconscientes; algumas das consequências podem ser não desejadas, assim como era previsto; e alguns dos meios e dos fins podem ser imperfeitamente diferenciados, possuindo uma relação incompleta ou

1.5.2 Incrementalismo

Uma alternativa ou opção proposta, inclusive mais realista, é a ideia do “**incrementalismo**”⁷⁹, que consiste em encontrar uma solução a determinado problema tentando acomodar os conflitos de interesses do melhor modo possível. É um processo que acontece de maneira natural na organização administrativa. Significa que, além de cautela, é preciso proceder passo a passo para resolver os problemas conforme se apresentam, confiando na sabedoria passada para abordar as questões novas.

1.5.3 Planejamento compreensivo

Ainda mais moderna, porém, é a ideia de **planejamento compreensivo**, que representa a mais elevada ideia de ação racional. Trata-se de, inserido no ambiente, compreender todos os fatores e dificuldades e logo, com um plano global e coordenado, realizar a decisão⁸⁰.

1.5.4 Trocas justas

É certo, também, que algumas decisões são fáceis por ter só um objetivo. No entanto, no caso de que se pretendam conseguir vários objetivos, a decisão deixa de ser simples, sendo necessária a adoção de soluções de compromisso. Em toda tomada de decisão, portanto, um dos desafios mais difíceis e importantes é a adoção de boas soluções de compromisso, que dependerá não de um elevado volume de soluções, senão de diversos objetivos de diferentes alternativas/opções.

maldetalhada. Segundo o autor (*ibidem*, p. 67), para a tomada de decisão racional, são necessários três passos: (i) a identificação e a lista de todas as alternativas; (ii) a determinação de todas as consequências derivadas de cada uma das alternativas; e (iii) a comparação da precisão e da eficiência de cada um desses conjuntos de consequências.

⁷⁹ CYERT, Richard M.; MARCH, James G. A behavioural theory of the firm. New Jersey: Prentice-Hall, 1963; BRAYBROOKE, David; LINDBLOM, Charles E. A strategy of decision: policy evaluation as a Social Process. New York: Free Press, 1963.

⁸⁰ JUAN IGARTUA SALAVERRÍA (IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial*. *Revista Vasca de Administración Pública*, Oñati, v. 46, n. 3, p. 95-118, sep./dic., 1996, p. 110) enuncia que uma operação racional apenas é possível quando: “*primero, enumerar el listado completo de las opciones posibles; segundo, explicitar las ventajas que procuran todas y cada una de las opciones posibles; y tercero, decantarse por una de ellas motivando por qué debe ser ésa la preferida*”.

Um sistema que proporciona uma maneira prática de alcançar soluções de compromisso entre diversos objetivos de diferentes alternativas é o denominado sistema de **trocas justas**. É um sistema desenvolvido por JOHN S. HAMMOND, RALPH L. KEENEY e HOWARD RAIFFA⁸¹. Na essência, este método sugere pensar sobre o valor de um objetivo a partir do ponto de vista do outro. Sua função não é eliminar alternativas, mas, objetivos. Quanto mais objetivos se eliminem, menos comparações se precisará fazer, e mais fácil será o resultado da decisão. Para tanto, é preciso ter em evidência as alternativas ou opções das quais se dispõe e as consequências que teriam cada um de seus objetivos. E para atingir tal intento, o melhor é fazer uma “*tabela de consequências*”, empregando uma terminologia uniforme na hora de descrever as consequências e objetivos.

Uma vez realizada a tabela, deve-se eliminar as alternativas ou opções “*dominadas*”, isso significa que é preciso excluir a alternativa ou opção que tenha desvantagens sem aportar vantagem alguma, “*dominadas na prática*”, de forma que as vantagens apontadas são tão ínfimas que descartam a alternativa/opção. Para tanto, deve realizar uma análise para cada objetivo, determinar a consequência que melhor satisfaça o objetivo e substituir a mesma pelo número 1, a seguir, deve localizar a segunda consequência que melhor permita alcançar o objetivo e substitui-la pelo número 2; continuando assim até que tenha classificado todas as consequências. Em caso de empate, não se deve utilizar o mesmo número (o 2, por exemplo) ou o número seguinte (que seria o 3), senão, o número 4.

A seguir, deve executar a troca justas. A etapa mais complicada é determinar o valor relativo das diferentes consequências. Para facilitar, deve começar pelas trocas/permutas mais simples. Também deve concentrar-se na quantidade de trocas/permutas e não na importância aparente do objetivo em geral e buscar informações adequadas. Portanto, deve estandardizar um dos objetivos com a mesma valorização e compensar as consequências de tal estandardização em um dos demais objetivos. Assim, tornará o objetivo estandardizado irrelevante para sua decisão. Com esse procedimento, chegará um momento que uma das alternativas/opções “*dominará*” outra e será então eliminada. Deve-se repetir tal procedimento até chegar a uma única opção. Recorda-se que o valor de uma modificação marginal depende de qual seja o ponto de partida. Ademais, deve sempre realizar trocas/permutas coerentes.

⁸¹ HAMMOND, John S.; KEENEY, Ralph L.; RAIFFA, Howard. Canjes equitativos. *Harvard Business Review: la toma de decisiones*. Barcelona: Deusto, 2006, p. 25, “Even swaps”, publicado originalmente em março-abril de 1998.

1.5.5 Adoção de decisões humildes

Outro método de tomada de decisão é a **adoção de decisões humildes**⁸². Trata-se de um método adequado para o caso de sobrecarga de dados e de trocas/permutas precipitadas. Implica uma combinação de exames de dados superficiais e detalhados e consiste na consideração geral de uma ampla variedade de dados e opções, seguida de uma análise detalhada de um subgrupo concreto de dados e opções. Este método está constituído basicamente por 8 (oito) normas: (i) o ensaio-erro enfocado, que consta de duas partes, saber onde começa a busca para uma intervenção eficaz e comprovar os resultados a cada certo tempo ao objetivo de se ajustar e modificar a intervenção; (ii) a provisionalidade, ou seja, o compromisso de revisar o rumo quando necessário, para que reajuste a intervenção se o resultado for ineficaz ou contraproducente, assim não se compromete com um diagnóstico inicial, pois considera cada intervenção como provisória ou experimental; (iii) o adiantamento das decisões; (iv) o escalonamento das decisões; (v) o fracionamento; (vi) a divisão de riscos; (vii) a manutenção de reservas estratégicas; e, finalmente, (viii) as decisões reversíveis⁸³.

1.6 Etapas passos ou fases-chave nas tomadas de eleições/decisões

Visualizados os distintos métodos para a tomada de decisão, entende-se que, na atualidade, pode-se indicar que há 10 (dez) etapas, passos ou fases-chave que podem resultar extremamente úteis ao tomar uma eleição/decisão⁸⁴, não

⁸² ETZIONI, Amitai. La adopción de decisiones humilde. Harvard Business Review: la toma de decisiones. Barcelona: Deusto, 2006, “*Humble decisión making*”, publicado originalmente em julho-agosto de 1989.

⁸³ AMITAI ETZIONI (ETZIONI, Amitai. La adopción de decisiones humilde. Harvard Business Review: la toma de decisiones. Barcelona: Deusto, 2006, p. 59, “*Humble decisión making*”, publicado originalmente en julio-agosto de 1989) compara tal método às decisões dos médicos.

⁸⁴ Utiliza-se aqui uma mescla das classificações de: ADAIR, John. Toma de decisiones y resolución de problemas. Barcelona: nuevos emprendedores, 2008; e DRUCKER, Peter F. La decisión eficaz. Harvard Business Review: la toma de decisiones. Barcelona: Deusto, 2006, “*The effective decisión*”, publicado originalmente en enero-febrero de 1967. No entanto há diferentes formulações na doutrina. ARISTIDE POLICE (POLICE, Aristide. La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 93) ao estudar as etapas na tomada de decisões públicas, afirma que “negli studi di scienza dell'amministrazione sono numerose le ipotesi ricostruttive proposte per descrivere l'articolazione dei processi decisionale pubblici” e resalta o que chama de clássica formulação: “La formulazione classica prevedeva: la prospettazione del problema da risolvere; la classificazione degli obiettivi da raggiungere; la individuazione delle possibili alternative per raggiungere gli obiettivi; la valutazione di tutte le possibili conseguenze derivanti dalle scelte alternative; la comparazione delle conseguenze di ogni scelta con gli obiettivi; la scelta della soluzione più vicina al risultato. È questa la teoria della decisione razionale”.

significando que se deverá utilizá-los sempre, mas há de entendê-los como um processo em espiral⁸⁵.

- **1º passo:** classificar o problema que pode ser genérico ou excepcional e único⁸⁶;

Mais adiante (*ibidem*, p.97 e 98) descreve de maneira mais precisa as etapas: “Conseguentemente, in una ricostruzione teorica delle varie fasi del processo decisionale, la prima tappa concerne necessariamente la individuazione di una scala di valori, essa consiste nel selezionare tra due valori concorrenti, quello ché è situato più in altro su questa scala. Si devono poi compiere una serie di scelte ulteriori.

La fase seguente consiste in un ragionamento concretizzante che si indirizza alla individuazione dei fini. A questo punto, però, i fini sono numerosi e si rende necessaria la realizzazione di una scala di preferenze dei fini che può essere chiamata scala preferenziale. Questa scelta, peraltro, non è affatto completa, perché essa non equivale alla selezione di un unico fine; essa è soltanto limitava, nel senso che essa elimina certi fini per i quali (il raggiungimento dei quali) offre la minore utilità. Rimarranno pertanto gli altri fini ordinati in una scala preferenziale per i quali si renderà necessaria una ulteriore concretizzazione.

La tappa ulteriore del processo decisionale corresponde alla raccolta di informazioni concernenti le linee strutturali, funzionali e di causalità nell'ambiente, al fine di stabilire le strategie possibili ed accessibili a ciascun fine. La raccolta di informazioni deve anche servire a stabilire, nella maniera più precisa possibile, le probabilità che queste strategie raggiungano gli obiettivi prefissati. Infine, l'informazione deve permettere di determinare il costo di ciascuna di queste strategie insieme al vantaggio derivante della realizzazione dei fini. Questa tappa è puramente tecnica ed è sovente affidata dall'Amministrazione ad esperti che non hanno alcun potere decisionale. L'effetto di questa raccolta è una serie di scelte che diremo strategiche al fine di operare una ulteriore selezione di strategia per ciascun fine. La strategia selezionata si deve distinguere per il più piccolo costo e per la più grande probabilità di realizzazione.

Viene poi uno stadio del processo decisionale che può essere chiamato momento del calcolo correttivo: attraverso il quale si calcolano e si comparano l'utilità ed i costi di ciascun fine con il costo della strategia corrispondente. L'utilità di ciascuno dei fini, già dimunuita del loro costo rispettivo, sarà ulteriormente diminuita dal costo della strategia. L'effetto di questa operazione sarà la correzione e la concretizzazione della sscala preferenziale dei fini che sarà così costrita. La scelta che ne seguirà sarà quella che selezionerà un fine per il quale sussiste la maggiore utilità e la strategia meno costosa per il suo raggiungimento ed al contempo quella che offre maggiori possibilità di successo. Questa verrà detta scelta strumentale.

Dopo aver passato in esame tutte le tappe del processo decisionale si perviene alla sua sintesi che ne è, allo stesso tempo, la conclusione: la scelta globale”.

⁸⁵ Para ter um maior conhecimento prático sobre a tomada de decisões, vide: CÓRDOBA BUENO, Miguel. La toma de decisiones en la práctica. Madrid: Delta, 2005.

⁸⁶ Todo acontecimento, exceto o que é autenticamente único, implica uma solução genérica. Necessitam uma norma, regra ou princípio, para que assim todas as manifestações de uma mesma situação genérica possam ser tratadas por meio disso, adaptando a norma às circunstâncias de cada caso. No entanto os acontecimentos excepcionais e únicos há de tratá-los individualmente. Não tem como tratar uma situação excepcional com normas das situações genéricas. PETER F. DRUCKER (DRUCKER, Peter F. La decisión eficaz. Harvard Business Review: la toma de decisiones. Barcelona: Deusto, 2006, p. 6, “The effective decisión”, publicado originalmente en enero-febrero de 1967) afirma que o erro mais comum que comentem as pessoas que tomam decisões é de enfocar uma situação genérica como se tratasse de uma série de acontecimentos excepcionais, utilizando-se vários exemplos da Administração Kennedy. Ademais, coloca que costuma ser igualmente corrente considerar um novo caso como se constituísse

- **2º passo:** definir a situação⁸⁷;
- **3º passo:** definir o objetivo, ao qual se quer chegar, as mínimas metas; isso é útil e essencial para a tomada da eleição/decisão⁸⁸;
- **4º passo:** identificar, analisar e sintetizar as alternativas ou opções dando a cada uma um peso e valorização;
- **5º passo:** recolher a informação importante e necessária, o que implica analisar a informação disponível e tomar medidas para encontrar as que faltam. É um bom princípio não tomar eleições ou decisões enquanto faltar informações⁸⁹, mas também é verdade que, muitas vezes, essas não são possíveis;
- **6º passo:** gerar opções de formas e meios viáveis, vez que é necessário passar de uma grande quantidade de possibilidades a um grupo reduzido de opções preferentes e viáveis, aquelas que são, de fato, praticáveis ou capazes de ser realizadas conforme os recursos disponíveis. Há de se recordar que, se viável, tem grande possibilidade de ser factível. Começa-se com o que é correto em lugar do que é aceitável;
- **7º passo:** determinar o momento da utilização das formas e meios selecionados e escolhidos para o fim almejado;
- **8º passo:** fazer a eleição ou decisão, que será tomada focalizando-se determinados critérios: necessidade imperativa, aconselhável e desejável⁹⁰;

outro exemplo dos problemas tradicionais, e reagir, na continuação, segundo aconselham as normas clássicas estabelecidas ao efecto, como no caso da falha local de energia na fronteira de Nova Iorque e Ontario, que deixou sem energia todo o nordeste dos Estados Unidos.

⁸⁷ Aqui o perigo é tornar a decisão em aceitável, porém incompleta e sua única defesa é contrastá-la, uma e outra vez, com respeito a todos os fatos observados, e prescindir da definição no momento que não seja capaz de explicar qualquer deles (DRUCKER, Peter F. La decisión eficaz. *Harvard Business Review: la toma de decisiones*. Barcelona: Deusto, 2006, p. 8 e 10, “The effective decisión”, publicado originalmente em janeiro-fevereiro de 1967).

⁸⁸ A causa mais corrente da falha de uma decisão não reside em que esta esteja incorretamente apresentada no seu começo. Ao contrário, é o desvio posterior das metas. Devem-se conhecer muito bem as “condiciones del campo” (DRUCKER, Peter F. La decisión eficaz. *Harvard Business Review: la toma de decisiones*. Barcelona: Deusto, 2006, p. 11, “The effective decisión”, publicado originalmente em janeiro-fevereiro de 1967).

⁸⁹ Aqui, é preciso diferenciar as informações necessárias das disponíveis. Inclusive com a sobrecarga de informação que existe hoje, ficar sem a informação necessária é possível e natural que ocorra. No entanto há de adicionar que normalmente se consegue uma grande quantidade de informações relevantes em um período de tempo relativamente curto e, provavelmente, com um custo relativamente baixo. Mas com o tempo se verá que cada vez se dedica mais e mais tempo a descobrir a informação cada vez menos relevante. Inclusive quando se tem informação, terá casos em que não se terá tempo suficiente para processar ou analisar tudo. Não se pode, portanto, transformar a informação em conhecimento útil.

⁹⁰ Quando se analisam as vantagens e inconvenientes, as consequências de cada decisão, que se constata a decisão escolhida com o critério de seu objetivo e que se contrapesam os riscos em contraposição com

- **9º passo:** converter a decisão em ação⁹¹. Deve implementar, ou seja, aplicar as formas e meios optados aos fatos. Trata-se de convertê-la em ação, assegurando-se não somente de que alguém fique claramente responsabilizado da ação, senão, também, de que a pessoa designada seja capaz de realizá-la;
- **10º passo:** avaliar ou controlar os resultados (informe, cifra, estudos)⁹².

A Figura 2 demonstra a evolução no processo de tomada de decisão, evidenciando a evolução em forma de espiral, aumentando o conhecimento e a possibilidade de uma decisão adequada conforme o respeito de cada uma das etapas mencionadas. Além disso, traz, na parte inferior, o modelo da armadilha para lagosta, pois, ao passar por cada um dos passos descritos, reduzirá, a cada novo passo, as opções existentes até chegar à opção escolhida.

os benefícios. É no campo do risco que a matemática oferece muitas teorias de probabilidade e métodos estatísticos para eliminar o esforço que supõem o cálculo do risco. Apesar de ser útil, entende-se que a contribuição da matemática aqui é limitada, afinal de contas, a probabilidade de êxito não é capaz de eliminar o risco de tudo, pois, em toda situação, há demasiados fatores que influenciam.

Recorda-se que avaliar os riscos significa pensar em todas as consequências que podem ser manifestas ou latentes. As primeiras são as que, em princípio, podem-se prever quando se toma uma decisão. As segundas são diferentes pelo fato de que não são tão prováveis, nem se creem claramente possíveis.

⁹¹ JOHN ADAIR (ADAIR, John. Toma de decisiones y resolución de problemas. Barcelona: nuevos emprendedores, 2008, p. 44) identifica aqui o que ele chama do Ponto de Não Retorno (PNR) — que é o ponto em que lhe custa mais voltar para trás ou trocar de opinião do que continuar com uma decisão que se há revelado imperfeita.

⁹² Para HERBERT A. SIMON (SIMON, Herbert A. Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations. 4. ed. New York: Free press, 1997, p. 82), é muito complicado, em uma situação real, cumprir com todos os passos (em sua época somente se falava de três passos), é muito pouco provável que se possam conhecer todas as alternativas, ou todas as consequências que seguem a cada alternativa. Por isso, modificando a ideia de uma opção racional, sugeriu que a racionalidade fosse de fato delimitada, que as pessoas não atuassem de maneira puramente racional ao tomar decisões: “*The human being striving for rationality and restricted within the limits of his knowledge has developed some working procedures that partially overcome these difficulties. These procedures consist in assuming that he can isolate from the rest of the world a closed system containing a limited number of variables and a limited range of consequences*”.

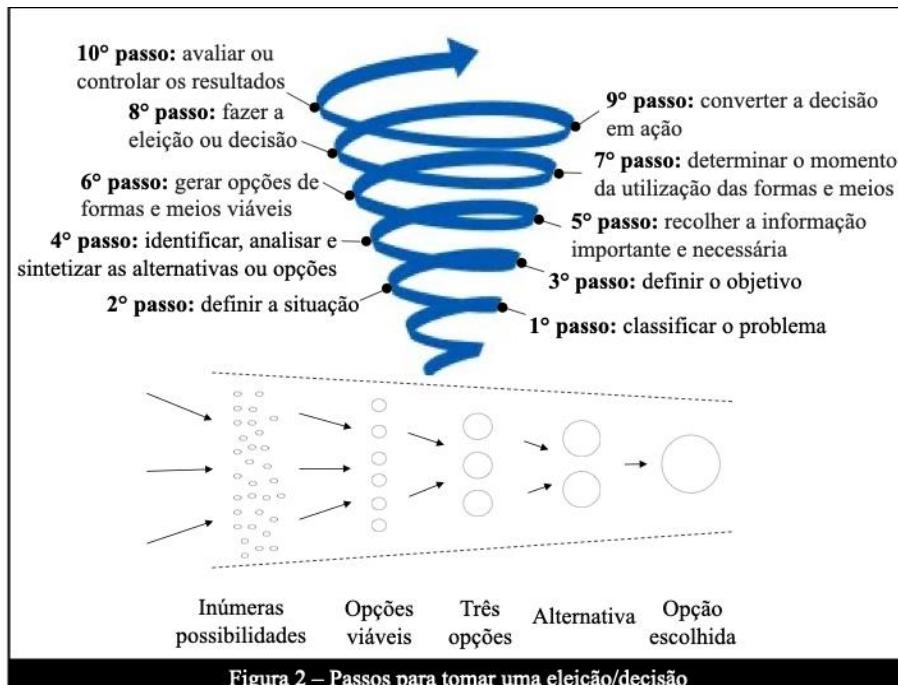


Figura 2 – Passos para tomar uma eleição/decisão

Fonte: elaboração própria (parte superior) e ADAIR, John. Toma de decisiones y resolución de problemas. Barcelona: Nuevos Emprendedores, 2008, p. 37 (parte inferior)

Salienta-se que não eleger/decidir é eleger/decidir e que uma má eleição/decisão é diferente de uma eleição/decisão incorreta. Inclusive, a mais eficaz eleição/decisão pode converter-se em obsoleta em um curto ou longo prazo. A realidade nunca permanece estática por um longo período.

No que diz respeito à tomada de decisões administrativas, K. J. DE GRAAF, J. H. JANS, A. T. MARSEILLE e J. DE RIDDER⁹³ aludem que seu processo possui uma ordem cronológica: as atividades que precedem a decisão podem ser qualificadas como preparatórias, uma vez que a decisão foi tomada, uma segunda rodada de atividades surge, é a implementação da decisão, por fim, a execução da decisão pelo órgão administrativo, por si mesma, também, pode ser considerada parte desse processo⁹⁴.

⁹³ GRAAF, K. J. de; JANS, J. H.; MARSEILLE, A. T.; RIDDER, J. de. Quality of Decision-Making in Public Law: Studies in Administrative Decision-Making in the Netherlands. Groningen: Europa Law Publishing, 2007, p. 4.

⁹⁴ Tais autores (GRAAF, K. J. de; JANS, J. H.; MARSEILLE, A. T.; RIDDER, J. de. Quality of Decision-Making in Public Law: Studies in Administrative Decision-Making in the Netherlands. Groningen: Europa Law Publishing, 2007, p. 4) falam da qualidade da decisão sob os seguintes termos: “*The concept of legal quality may apply both to decision-making in individual cases ('first-order legal quality') and to*

1.6.1 Condutas comissivas e omissivas

Até o momento, tratou-se apenas das condutas que consistem em uma ação, mas também existirá subjetividade nas condutas omissivas. KENNETH CULP DAVIS⁹⁵ afirma: “*a public officer has discretion whenever the effective limits of his power leave him free to make a choice among possible course of action or inaction*”. A conduta é, aqui, o principal **pressuposto** das subjetividades ou autonomias públicas, sendo um de seus elementos nucleares. O termo conduta constitui o gênero em cujo contexto se situam as espécies: ação e omissão. Conduta é, assim, o comportamento humano que se exterioriza por meio de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas.

A **ação** é a forma habitual de exteriorização da conduta; trata-se de um movimento corpóreo, comportamento positivo, diverso da omissão, a qual se caracteriza pela inatividade, pela abstenção em relação a algo ou alguém. A **omissão** poderá ser genérica ou específica. Será **genérica** quando não há um dever específico de atuar, e **específica** quando ele existe.

Há de levar em conta que toda a conduta administrativa possui uma variedade de comportamentos. Haverá situações as quais o próprio Estado chama para si a responsabilidade de fazer cumprir a norma jurídica ou a ordem pública, ou algum administrado solicita a presença do Estado para fazer cumprir a norma jurídica ou a ordem pública.

No primeiro caso, o Estado invoca a norma ou a manutenção da ordem para satisfazer alguma função pública de transgressão. Ninguém solicitou sua intervenção, tampouco nenhuma pessoa demanda que o Estado proporcione um serviço específico. Nesse momento, o agente atuará com total liberdade, resolvendo o problema da maneira que lhe pareça mais “*oportuna ou conveniente*”, baseado em suas convicções particulares e, inclusive, em suas

the decision-making process in general, abstracted from individual cases ('second-order legal quality'). Assessment of 'first-order legal quality' is primarily a subject for legal experts. For instance, legal quality of the 'going by the book' variety in mass-produced administrative decisions is routinely gauged by internal or external auditors. Some would say that the final verdict on the quality of an individual decision is given in a court of law. Nevertheless, examination of court cases and administrative decisions by legal experts can do a lot to improve our understanding of legal quality. 'Second-order legal quality' should be jointly assessed by legal scholars and empirical researchers; such an assessment might produce insights into how administrative decision-making should be organized in order to gain better first-order legal quality'.

⁹⁵ DAVIS, Kenneth Culp. Discretionary justice: a preliminary inquiry. Hardcover: Greenwood Pub Group, 1969, p. 4.

próprias atitudes e comportamentos, pois, afinal de contas, não há ninguém controlando sua conduta, principalmente, diante de agentes de rua.

Na segunda hipótese, o administrado é quem inicia ou solicita a presença do Estado para sanar uma situação de violação da norma ou ordem social, a ausência de uma solicitação clara, seja do administrado ou inclusive do superior hierárquico, significa que as atitudes, percepções e suposições do agente se converteram em uma parte importante da conduta desse, pois ele atuará conforme as suas crenças pessoais, os seus prejuízos, as suas percepções e, inclusive, por seu estilo. Nessa hipótese, o agente atuará com menos liberdade de resolução, pois terá um controle do administrado que o invoca; esse possui expectativas que devem ser reconhecidas e levadas em consideração. Também estará limitado pela ideia de manutenção das boas relações públicas que seus superiores hierárquicos o obrigam a ter e pelo público em geral que deseja uma boa conduta em suas formas de atuação ou omissão.

1.6.2 Decisão administrativa subjetiva

Vistos os métodos e as 10 (dez) etapas, passos ou fases-chave das tomadas de decisão, passa-se a transcrever as etapas desenvolvidas por AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ⁹⁶ – que ilustra como se chega a uma tomada de “*decisão administrativa criadora*” (Figura 3).

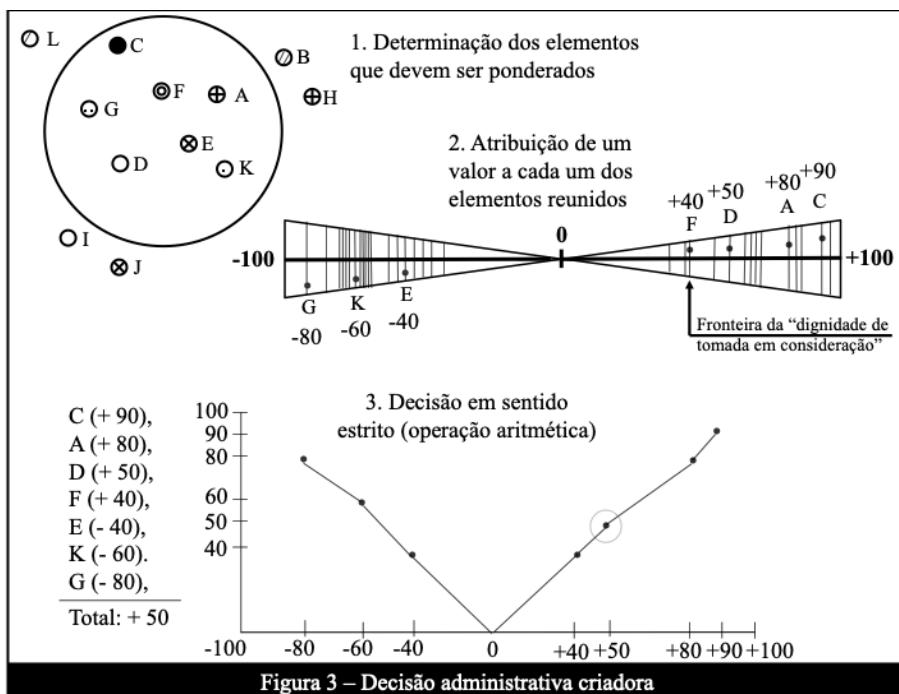
Para o autor, primeiro, o tomador de decisão administrativa precisa determinar os elementos que devem ser ponderados. Repare que alguns elementos são excluídos, estão fora do círculo, no caso os elementos B, H, I, J, L. Significa que quem decidirá levará em conta apenas os elementos A, C, D, E, F, G, K (parte superior da figura).

Em seguida, deve o tomador de decisão atribuir um valor a cada um dos elementos reunidos, de - 100 (menos cem) a + 100 (mais cem). Perceba que houve atribuição dos seguintes valores: C (+ 90), A (+ 80), D (+ 50), F (+ 40), E (- 40), K (- 60), G (- 80). Bem como o autor estabeleceu + 40 como a fronteira da “*dignidade de tomada em consideração*”. Abaixo de tal valor, seria o elemento descartado (parte central da figura).

Por fim, a decisão administrativa, em sentido estrito, seria realizada por meio de uma operação aritmética (parte inferior da figura). No gráfico, consta que a média aritmética seria + 50 e, por conseguinte, a decisão que deveria ser tomada

⁹⁶ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. O poder discricionário da administração. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1948.

equivale ao seu correspondente ou ao mais próximo do seu correspondente, no caso, a opção D.



Fonte: QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. O poder discricionário da administração. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1948.

CAPÍTULO 2

EVOLUÇÃO DAS FORMAS SUBJETIVAS DE MANIFESTAÇÃO DA VONTADE ADMINISTRATIVA

2. Fases evolutivas e cronologicamente distintas das subjetividades ou autonomias públicas

Toda e qualquer tomada de decisão ou eleição tem sua origem no termo latino *arbitrium*, mas, na atualidade, quando a tomada de decisão ou eleição é feita pelo Poder Executivo, sua origem deriva da palavra, também latina, *discretio*, que conjuga os sentidos de reserva e discernimento.

2.1 *Arbitrium* e a origem da terminologia arbitrariedade

Arbitrium ou livre-arbítrio, para os que acreditam que exista⁹⁷, pode ser entendido como consciência, vontade, poder ou faculdade. O primeiro vem descrito na fórmula “*habere potestatem disponendi et providendi secundum conscientiam*”, já o segundo elemento indica que “*non est arbitrium sine voluntate*”, a diferença é que o *arbitrium* é uma “*voluntas iustificata*”. O elemento poder se caracteriza como a capacidade de obrar por reflexão e eleição, é a crença que sustenta que os humanos têm o poder de eleger e tomar suas próprias decisões. Trata-se de um poder que todo o indivíduo possui⁹⁸. Por fim, o *arbitrium* como *facultas* mostra a capacidade de produzir efeitos válidos⁹⁹.

⁹⁷ Existem dois pontos de vista sobre o tema: o determinismo e o incompatibilismo. Sobre cada uma dessas manifestações, *vide*: LAWHEAD, William F. *The Philosophical Journey: An Interactive Approach*. New York: McGraw-Hill Higher Education, 2008.

⁹⁸ Segundo IGNACIO GRANADO HIJELMO (GRANADO HIJELMO, Ignacio. La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos. In: AA. VV. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*: I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Madrid: Civitas, 1996, p. 141): “*a lo largo de la Edad Media y Moderna, la famosa polémica de libre arbitrio versa, en realidad, sobre la autodeterminación personal y sobre la libertad, no sobre la racionalidad de los actos humanos. Esa controversia era, en rigor, teológica; de ahí que para los juristas sea más interesante la evolución que el problema de la libertad siguió durante los siglos intermedios entre los moralistas*”. Para o autor (*ibidem*, p. 142): “*el pensamiento jurídico moderno partió básicamente de la confusión entre autoridad y potestad insita en la polémica sobre el libre arbitrio y, en consecuencia, se entendió que, siendo el arbitrio un componente de la voluntariedad del acto, la arbitrariedad no era sino un vicio de la voluntariedad del acto, propio, por ello, de quien tiene potestad y, concretamente, de los poderes públicos*”.

⁹⁹ MASSIMO MECCARELLI (MECCARELLI, Massimo. *Arbitrium*: un aspetto sistematico deglo ordinamenti giuridici in età di Diritto comune. Milano: Giuffre, 1998, p. 3) afirma que “*arbitrium*” é uma noção problemática e tenta trazer pontos gerais e não propriamente uma definição, pois declara que não é necessária uma definição geral, onicompreensiva e sintética. Esclarece que (*ibidem*, p. 4): “*La*

MASSIMO MECCARELLI¹⁰⁰ aborda a morfologia da noção de *arbitrium*, cujo principal aspecto extraído das distintas fontes analisadas pelo autor é o da unilateralidade da noção, ele afirma que tal unilateralidade possui três perfis descritivos: o primeiro consistente na neutralidade do *arbitrium*, o segundo, que se encontra na característica de modulabilidade aplicativa do *arbitrium* e o terceiro, que está constituído na sua duplidade estrutural. O termo neutralidade indica idoneidade na intervenção do superior hierárquico ou de uma terceira parte. Por modulabilidade, há de entender a idoneidade que deve ser utilizada por módulo ou com relação a cada etapa de exercício do poder jurídico. Aduz que o *arbitrium* se polariza em uma *duplex* tipologia: “*arbitrium est duplex, plenum videlicet et regulatum*” — e complementa¹⁰¹ que o *arbitrium* não é uma atividade predeterminada, ou seja, que seu conteúdo não é preliminarmente definível. Além do que é um poder teleologicamente orientado e objetivamente atribuído, um poder de concretização do sistema e um poder autossuficiente. Sendo assim, afirma¹⁰² que “*l’arbitrium appare come un dispositivo sistematico consistente in una capacità di valutazione e qualificazione giuridica di fatti e situazioni, applicabile indifferentemente ai settori dell’ordinamento dedotti dalla funzione cui è oggettivamente destinato, sempre in coordinamento con un sistema superiore di principi ispiratori e di orientamento, dai quali, o, in base ai quali, risulta disciplinato*”. Para o autor, mais que uma definição, é uma primeira delimitação conceitual.

multiplicitas sottesa al concetto di arbitrium è contemporaneamente il risultato di una sua applicazione in diversi campi del mondo giuridico e il prodotto di secoli di stratificazioni definitive che si conservano nel tempo”. Este autor aponta que existem três categorias de *arbitrium*: *arbitrium-iustitia*, *arbitrium-aequitas* e *arbitrium-rationabilitas*.

J. MENOCHIO (1588 *apud* MECCARELLI, Massimo. *Ibidem*, p. 5) indica os três principais significados: *arbitrium* entendido como *dispositio rei propriae* e como *indictum ordinarium* ou como *iudicium et intellectus*. O terceiro significado é aquela opção ou eleição para começar suas reflexões. Para MASSIMO MECCARELLI (*ibidem*, p. 5), falar de *arbitrium* como *iudicium et intellectus* significa defini-lo no tocante ao seu conteúdo, ou vice-versa, significa utilizar a noção de *arbitrium* para indicar seu preciso conteúdo jurídico. Já definí-lo como *dispositio rei* ou como *iudicium ordinarium* significa, pelo contrário, utilizar a noção para indicar o ato que se realiza com ela. Por isso, indica que: “*la nozione di arbitrium-iudicium viene in questo caso spiegata con la formula “arbitrium est actus trium personarum”, intendendosi come “actus” la sententia arbitri, o, in una versione conforme, il compromissum*”. Segundo este autor (*ibidem*, p. 97 e 108), existem duas espécies de *arbitrium*, o *regulatum* e o *liberum*. A primeira espécie corresponde àquela de *arbitrium boni viri* e tem, na “*congruità al sistema*”, sua propriedade principal. Já a segunda espécie é constituída de uma *voluntas*, que vale juridicamente como *potestas* e que tem a qualidade de ser *libera* enquanto *abstracta a regulis iuris*. Logo, possui como expressão equivalente o *arbitrium plenum* ou *arbitrium absolutum*.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 23-34.

¹⁰¹ MECCARELLI, Massimo. Arbitrium: un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di Diritto comune. Milano: Giuffre, 1998, p. 35 e ss.

¹⁰² *Ibidem*, p. 40.

ALEJANDRO NIETO¹⁰³, em breve excuso histórico, infere que é mais comum a utilização do termo arbítrio que discricionariedade nos textos antigos. Refere-se, inclusive, a duas terminologias muito utilizadas na época, “juicios de albedrío o de arbitrio” e “juicios de corazón”, que deixavam, por sua própria natureza, um amplo leque de soluções “justas”. Segundo o autor, entre os séculos XII e XVIII, os conflitos judiciais eram resolvidos, a princípio, de acordo com a lei e, às vezes, pelos costumes. Então, nos casos de ausência ou insuficiência destas fontes diretas, o juiz resolia de acordo com seu próprio e pessoal arbítrio. Desta forma, existiam dois tipos de decisões judiciais, as resolvidas segundo as leis e as resolvidas conforme o arbítrio, a consciência ou a prudência. Há de advertir que o arbítrio se configura, portanto, como um modo ou estilo de decidir (por arbítrio), ou melhor, como um critério da tomada de decisão. Para o autor¹⁰⁴:

[...] el juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien – como es lo más frecuente – combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación – la ley y el caso – utilizando al efecto primero la técnica de la interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto. El arbitrio opera, por tanto, como un puente que enlaza lo abstracto y lo concreto, lo general y lo particular. Sin el arbitrio personal del juez la ley no podría ser aplicada a un conflicto que ella no ha podido prever. El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el ordenamiento jurídico. El arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia. El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.

¹⁰³ NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000, p. 209-210.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 219.

Já TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹⁰⁵ enuncia que originalmente “*arbitrarius*” era referente ao árbitro, que era: “*el ciudadano romano al que el pretor asigna la decisión en la fase apud indicem de un proceso, cuyos términos concretos el propio pretor ha fijado previamente en la fase in iure, de forma que aquél sólo tiene que comprobar la realidad de los hechos generadores del litigio y aplicar a lo que resulte probado la fórmula pre establecida*”. Assim, observa-se que a liberdade do árbitro era mínima, pois vinha estabelecida em critérios previamente determinados, a vontade não era inteiramente livre, tinha limites. Segundo o autor, somente com o surgimento do Império Romano que o adjetivo “*arbitrarius*” começou a adquirir as conotações de caprichoso, vago ou infundado, incorporando-se progressivamente ao mesmo “*desde la facultad de decidir en justicia sin atenerse a reglas y formas pre establecidas, como el árbitro de equidad de nuestros días, hasta los significados claramente peyorativos que identifican arbitrario con despótico o tiránico o con actuación “sin fundamento alguno, ni de razón, ni de experiencia”, pasando por el significado neutral de voluntario, en el sentido de espontáneo o no forzado*”. Termina o autor afirmando que esta pluralidade de significados heterogêneos vencerá no século da razão e das luzes ao lado dos significados de caráter pejorativo.

ALEJANDRO NIETO¹⁰⁶ confirma tal extremo ao afirmar que:

[...] no es que el arbitrio haya tenido dos connotaciones – una neutral y otra peyorativa – y que al final haya terminado imponiéndose esta última, sino que inicialmente y por muchos siglos, la nota peyorativa estaba reservada únicamente a la arbitrariedad como exceso del arbitrio. La mutación – o sea, la absorción del arbitrio en el seno de la arbitrariedad – se inicia y va madurando lentamente en el siglo XVII para afirmarse en el XVIII y convertirse en una de las banderas de la ideología ilustrada que, después de su victoria, se instaló definitivamente en el positivismo legal. Este desgraciado proceso de oscurecimiento ha propiciado una confusión bastante generalizada, de tal manera que el arbitrio (lícito) ha terminado borrándose al ser absorbido por la arbitrariedad (ilícita), hasta tal punto que, a falta de otro nombre más propio, el adjetivo

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 80, p. 577-612, oct-dic. 1993, p. 587-588.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 212.

arbitrario se considera derivado de arbitrariedad y no de arbitrio para el que hay que utilizar ahora, con objeto de evitar equívocos, la voz de “arbitrado”. En su consecuencia llamo “resolución arbitrada” a aquella que se ha adaptado utilizando el arbitrio lícito que corresponde al juez, y “resolución arbitraria” a la que es resultado de un ejercicio ilícito del arbitrio.

MASSIMO MECCARELLI¹⁰⁷ esclarece que a terminologia moderna de *arbitrium* não corresponde à noção medieval. O primeiro equívoco é a assimilação do conceito de *arbitrium* e de arbitrariedade, sendo esta o poder jurídico livre de regras e indício de patologia no sistema. No seu aspecto negativo, reenvia à noção de poder absoluto, despótico e tirânico. Segundo o autor, a correspondência *arbitrium*-arbitrariedade é o fruto de uma estratificação histórica que foi maturada progressivamente entre o século XVII e XVIII¹⁰⁸.

¹⁰⁷ MASSIMO MECCARELLI, Massimo. *Arbitrium: un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di Diritto comune*. Milano: Giuffre, 1998, p. 44.

¹⁰⁸ MASSIMO MECCARELLI (*ibidem*, p. 162 e ss) sustenta que a terminologia *arbitrium* deveria ser reutilizada e afirma existir o que chama “*arbitrium administrativo*”. Ou seja, afirma que na gestão administrativa, é dizer, no âmbito da vida jurídica pública existe o *arbitrium*. Fala do *arbitrium* como dispositivo do sistema. Segundo o autor (*ibidem*, p. 310), sua aplicação na Administração, exercitada como poder de eleição, “svolge una funzione riflessa di edificazione degli ‘apparati’ amministrativi, oltre a quella diretta consistente nel nominare un *officialis*”.

Distingue, em particular, três áreas: “quella dei poteri di nomina e dunque di organizzazione degli *officia*, quella dei poteri di autorizzazione e dunque di controllo, quella dei poteri di gestione e dunque di ‘governo’”. Afirma que não se trata de uma sistematização orgânica e exaustiva das várias formas do *arbitrium* administrativo, mas são elas as mais evidentes.

Quando o “*arbitrium eligendi*” e a estruturação da “*officia*”, afirma ser o poder de selecionar e nomear pessoas para *officium*, “con esso possono essere condotti i processi di edificazione della struttura destinata ad assicurare le funzioni di amministrazione pubblica” (*ibidem*, p. 162).

O poder de autorização exercido com o *arbitrium officialis* é a segunda forma mencionada pelo autor, que afirma que o *arbitrium* tem um papel muito importante no exercício do poder autorizador. Segundo o autor (*ibidem*, p. 169): “in certi casi, in riferimento ai vertici dell’ordinamento signorile, il potere di dare licentiam costituisce un profilo di un più generale *arbitrium* concesso all’*officialis*”.

Por fim, fala do *arbitrium* como poder de gestão. Afirma (*ibidem*, 173 e 174) que os *officiales*, frequentemente, possuem tarefas assignadas de gestão da vida da cidade. Também nesta área se utiliza com frequência como uma caracterização do *arbitrium* como forma de administração e utiliza a classificação de outro autor para afirmar que nestas hipóteses existem quatro tipos gerais de *arbitrium*: “l’*arbitrium super bono et pacifico statu civitatis*, l’*arbitrium super abundantia habenda in civitate*, l’*arbitrium super custodia civitatis*, l’*arbitrium ut pecunia veniat in communis*”.

ADOLFO MERKL (MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. Granada: Comares, 2004, p. 185 e 201, respectivamente) afirma: “la ciencia jurídica entiende bajo el concepto de arbitrio el fenómeno jurídico de la libertad jurídica del órgano estatal, una actividad jurídica que no está condicionada, o, por lo menos, lo está de modo distinto que la restante actividad de los órganos por el derecho objetivo, y que depende, por lo tanto, de la decisión propia del órgano en cuestión. [...] Arbitrio

Arbitrium e discretio, como se pôde depreender, não são sinônimos. A *discrição*, como se terá oportunidade de visualizar mais adiante, distingue-se do *arbitrium* porque, distintamente de ser um poder, é uma eleição realizada com reserva e discernimento, ou seja, enquanto o *arbitrium* é a consciência, vontade, poder ou faculdade de tomada de uma decisão ou eleição; a discricionariedade [aqui se utilizando do termo em sua concepção original, como supraconceito de liberdade de ação] é a habilidade de tomada de decisões sensíveis, concernentes à experiência e ao conhecimento e cientes do bem e do mal. A chamada discricionariedade é resultado de um processo racional e intelectivo no qual, sem dúvida, terão de ser valoradas as circunstâncias que podem dar lugar e contribuir a que essa decisão seja adotada com a melhor vontade e bom critério, distinguida, portanto, do livre-arbítrio — que é fruto de uma decisão carente de motivação e fundamento. Segundo MASSIMO MECCARELLI¹⁰⁹, “*il contenuto della*

significa falta de vinculación jurídica mediante una voluntad extraña o, lo que es lo mismo, capacidad jurídica de expresar la voluntad propia”.

JUAN FRANCISCO LINARES (LINARES, Juan Francisco. Poder discrecional administrativo: arbitrio administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 25 e 26) define o arbítrio de um órgão estatal como “*conducta o libertad real del órgano. Esa libertad, de acuerdo a la conceptuación que hagan las normas que la rigen, puede ser lícita o ilícita. Tales dos especificaciones de la conducta del funcionario, hechas por la norma, son así especificaciones de su arbitrio o libertad. Lo común, sin embargo, es que la teoría del poder discrecional se refiera sólo al arbitrio o libertad con calidad de licitud, [...] olvidando que pueda haber también una competencia para lo ilícito*”. Ademais, esse autor (*ibidem*, p. 15 e ss) diferencia arbítrio ordinário e extraordinário.

Segundo o autor, o arbítrio ordinário é aquele “*general o normal que radica en la naturaleza misma del derecho y de su interpretación, que no es sino la conducta o libertad lícita del órgano*”. É para o autor um ato de criação do direito, pois, afinal de contas, todo ato de criação é também ato de aplicação e vice-versa. Para ele, em todo ato há um ingrediente de autonomia e de heteronomia. Afirma (*ibidem*, p. 27): “*es creación y autonomía porque es conducta, libertad o arbitrio, como dato real perceptible en su presencia óntica. Porque es un hacerse como pre-tensión hacia el futuro y como elección o preferencia de posibilidades. [...] Pero el derecho es también aplicación de algo creado, o heteronomía. Y lo es porque si la libertad o arbitrio “en sí mismo es por definición indeterminable, si es determinable, en cambio, el ámbito dentro del cual ha de desarrollarse siendo una libertad limitada”*”. Assim, ao aplicar uma norma que, como afirma o autor, nunca fornece todos os elementos do ato, deve o agente criar (complementar) a mesma. Esse arbítrio ordinário é conferido pelo direito aos agentes que o aplicam.

Por conseguinte, o arbítrio extraordinário seria aquele atribuído por normas mais ou menos vagas mediante fórmulas elásticas. São, apesar do autor não utilizar o termo, os conceitos jurídicos indeterminados.

Termina afirmando (LINARES, Juan Francisco. *Op. Cit.*): “*el arbitrio ordinario del órgano, resulta, así, un compuesto de imposición conceptual de la norma y de elección dentro de lo no impuesto; habida cuenta de la posibilidad de elegir lo contrario de lo impuesto y que, de realizarse, imprimaría al arbitrio el signo de lo ilícito con lo que quería como entuerto*”.

El arbitrio extraordinario es, en cambio, resultante de una técnica jurídica consistente en dar cierta elasticidad a las limitaciones o imposiciones conceptuales normativas”.

¹⁰⁹ MECCARELLI, Massimo. Arbitrium: un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di Diritto comune. Milano: Giuffrè, 1998, p. 9.

discretio è la facoltà di discernere, anche l'arbitrium si vede riconosciuti i caratteri del “discernimento”, che stanno nel distinguere, discernere, riconoscere, oltre che nel separare e dividere”.

2.2 *Discretio* e o surgimento do termo discricionariedade

Visualizando os aspectos relacionados à etimologia da palavra *arbitrium*, passa-se a analisar o termo *discretio*. Este significa a habilidade de tomar decisões sensíveis e conceder boas sugestões por conta da experiência e do conhecimento que se tem, isto é, fazer um bom juízo relativo aos meios, é a medula da prudência. Conota, portanto, qualidades pessoais como são a prudência, a reflexão, a sensatez ou o bom juízo.

É difícil precisar a exata origem do termo discricionariedade, palavra derivada, como mencionado, de *discretio*. Observa-se sua utilização, ao longo da história, como nos principais estudos antigos sobre funções e poderes estatais, onde PLATÃO¹¹⁰ já falava do uso da discricionariedade como modo de decisão e no início da idade moderna; também, em clássicos como “*O príncipe*” de NICOLÓ MACHIAVELLI¹¹¹, “*Leviatā*” de THOMAS HOBBES¹¹² e “*Dois tratados sobre o governo civil*” de JOHN LOCKE¹¹³. O termo, no entanto, só começou a aparecer nos dicionários no final do século XVII¹¹⁴.

¹¹⁰ PLATO. The republic. Translated by Paul Shorey. London: Heinemann; Cambridge: Harvard University Press, 1946 – circa de 395 a.C. al 370 a.C., Book I - Of Wealth, Justice, Moderation, and their Opposites; *Idem. The Seventh Letter*. Translated by J. Harward. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1993 – circa de 388 a.C.

¹¹¹ MACHIAVELLI, Nicolò. Il Principe. Florence: Antonio Blando d’Asola, 1532, CAPITOLO XXI Come si debba governare un Principe per acquistarsi riputazione.

¹¹² HOBBES, Thomas. Leviathan: Or, The Matter, Forme & Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil. London: University Press, 1651, parte II, capítulo XXI, item 18.

¹¹³ LOCKE, John. Two treatises of government. London: Whitmore and Fenn, and C. Brown, 1821 – 1º edição de 1690, p. 226.

¹¹⁴ PAUL DUPONT (DUPONT, Paul. Le dictionnaire de l’Académie françoise, dédié au Roy. Paris: Veuve de J. B. Coignard & J. B. Coignard, 1694, p. 334) afirmava: “*Discretion. Judicieuze retenue, circonspection dans les actions & dans les paroles. Agir, parler avec discretion, il a beaucoup de discretion, il n'a point de discretion.*

On dit, d’Un homme qui est dans l’âge où l’on commence ordinairement à discerner le bien d’avec le mal, qu’il est en âge de discretion.

On dit, que Les soleurs viveurs à discretion. Quand ils vivent comme il leur plaist chez hosties, de sans autre règle que leur volonté.

On dit aussi, Se rendre à discretion, Lors qu’un se soumet à la volonté, & qu’on se rend a la mercy du vainqueur.

On appelle, Une discretion, Ce qu'on gage on ce qu'ou jolie sans le marques précisément, & qu'on laisse à la volonté de celuy qui pend”.

Como instituto, o termo discricionariedade foi, a princípio, utilizado pela Igreja Católica Apostólica Romana ao outorgar uma margem de liberdade aos membros da Inquisição¹¹⁵. Na mesma época, também se atribuía o termo discricionariedade ao jovem que poderia discernir entre o bem e o mal. Na atualidade, de acordo com o Canon 891 do Código de Direito Canônico, exige-se haver chegado à “*idade da discrição de juízo*”, salvo que a Conferência Episcopal determine outra idade para que uma pessoa receba o sacramento da Confirmação¹¹⁶.

No mundo jurídico, a expressão discricionariedade teve grande força, inicialmente, no que se refere aos testamentos. No entanto, no direito público, o termo começou sendo aplicado ao Poder Judiciário¹¹⁷, como o poder que os juízes

DANIEL BELLAMY (BELLAMY, Daniel. A new, complete, and universal English dictionary [by J. Marchant and - Gordon]. To which is prefixed, a new compendious grammar of the English language. London: J. Fuller, 1764): “*DISCRETION [S.] Wisdom, prudence, economy; knowledge to govern one's self, and manage affairs; liberty of acting at pleasure.*

DISCRETIONARY [A.] left at large; unrestrained, unlimited, unconditional”.

¹¹⁵ TENISON, Thomas. A sermon concerning discretion ... April VI, MDCLXXXI. 2. ed. London: London Chiswell, 1688.

¹¹⁶ A idade da discrição de juízo — costuma-se ser interpretada como sinônimo de outra expressão também clássica, como é a idade do uso da razão, e usam-se ambas as expressões como sinônimas. Não se exige, portanto, haver chegado à discrição de juízo, mas somente haver chegado à idade da discrição de juízo. Não é uma questão terminológica, mas existe um matiz importante. A idade da discrição ou do uso da razão se presume que é aos sete anos (canon 97, § 2.º, do Código de Direito Canônico). De modo que não se exige ter discrição de juízo, mas haver chegado aos sete anos, porque se presume que toda pessoa a essa idade tem uso de razão ou discrição de juízo. Ainda que não seja lícito administrá-la a um sujeito que haja chegado a essa idade e não tenha uso de razão. Deve-se acrescentar, ademais, que não se exige uma discrição de juízo específica para a Confirmação, mas a discrição de juízo comum. Desse modo, para a lide da sacramental da Confirmação se requer que o sujeito tenha alcançado a idade da discrição de juízo, é dizer, os sete anos, ainda que se poderia denegar, caso se comprove que efetivamente o sujeito, que tenha completado sete anos, não tenha alcançado o uso da razão.

Sobre o assunto, *vide*: CALVER; Edward. Passion and Discretion, in Youth and Age. London: T. & R. Cotes, for Francis Grove, 1641; FULLER, Francis. Words to give to the young-man knowledge and discretion. London: J.P. for Obed Smith, 1685; e HATTON; Frederick. Years of Discretion. New York: Dodd, Mead and Company, 1913. É curioso observar que em algumas traduções de PLATÃO utilizam a expressão “*idade da discrição*”: PLATO. Laws. Translated by Benjamin Jowett. Kila, Mont.: Kessinger, 2004, Book VII e XI. Persons of the dialogue: an Athenian stranger; Cleinias, a Cretan; Megillus, a Lacedaemonian, p. 365 e 482, respectivamente: “*And if a man be brought up from childhood to the age of discretion and maturity in the use of the orderly and severe music, when he hears the opposite he [...]”* e “*If any orphan arrives at years of discretion, and thinks that he has been ill-used by his guardians, let him within five years of the expiration of the guardianship be allowed to bring them to trial”*.

¹¹⁷ GREAT BRITAIN. The Political state of Great Britain. London: John Baker, 1715, p. 387: “*When we were brought up the Court declared to us that they had a Discretionary Power to bail or discharge us, but wou'd not do it till after another Session of Parliament, altho there then had been one Session since the Demise of her late Majesty, in which no Provision was thought sit to be made for continuing us in*

tinham para tomar a decisão de realizar ou não um castigo corporal e que castigo deveria de ser imposto¹¹⁸.

Desse modo, acerta DENIS J. GALLIGAN¹¹⁹ ao afirmar que: “*according to its etymological origins, the idea of discretion is judgment, in particular good judgment. In its modern legal usage, however, discretion has come to connote, perhaps unfortunately, rather autonomy in judgment and decision. To have discretion is, then, in its broadest sense, to have a sphere of autonomy within which one's decisions are in some degree a matter of personal judgment and assessment*”¹²⁰.

Prison; but several other Laws were continued there being Provisions then made for all Laws that were expiring, or lately expired”.

JACOB, Giles. A new appendix to The modern justice: containing continuations of statutes relating to justices of peace to the year 1722 and the end of the last Parliament. Savoy: E. and R. Nutt, and R. Gosling, 1722: “*discretionary power of justices in all cases, given by statute, with proper precedents under the several heads*”.

SMITH, William. The Nature and Institution of Government: Containing an Account of the Feudal and English Policy. London: Printed for the author; and sold by W. Owen, 1771, p. 129: “*The court of Star-chamber was a most ancient and most established instrument of power; this court, of which the king, when present, was the sole and supreme judge and the privy council and judges were only to interpose with their advice had an unlimited discretionary power of fining, imprisoning and inflicting corporal punishments; and its jurisdiction extended to all sorts of offences, contempts, and disorders, that did not lie within the reach of the common law. This was an absolute and despotic tribunal, and where it is, there is no need for any other court*”.

É, também, aqui curioso observar como o tradutor de PLATÃO afirma que, em seu último e inacabado diálogo, já tratava da discricionariedade dos magistrados: PLATO. Laws. Translated by Benjamin Jowett. Kila, Mont.: Kessinger, 2004, Book VII e XI. Persons of the dialogue: an Athenian stranger; Cleinias, a Cretan; Megillus, a Lacedaemonian, p. 403: “*And if any one, by decoying the bees, gets possession of another's swarms, and draws them to himself by making noises, he shall pay the damage; or if anyone sets fire to his own wood and takes no care of his neighbour's property, he shall be fined at the discretion of the magistrates*”.

¹¹⁸ AN ATTORNEY AT LAW. The Student's Law-dictionary: Or, Compleat English Law-expositor. Savoy: E. and R. Nutt for J. Hodges, 1740: “*Discretion is a Word frequently made Use of in last Wills and Testaments; as where any Thing is by the Testator ordained to be done at the Discretion of the Executor, &c. In which Case the Law always intends, that such Thing shall be done with found Discretion, and according to Law. In many Cases, for Crimes not capital, the Judges have a Discretionary Power to inflict a Corporal Punishment on an Offender. Infants under the Age of Discretion, are not punishable for Crimes by them committed; and Want Discretion is a good Exception against a Witness*”.

¹¹⁹ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 8.

¹²⁰ GAETANO AZZARITI (AZZARITI, Gaetano. Della discrezionalità al potere. Padova: Cedam, 1989, p. 241): “*È così in primo luego necessario stabilire quando la poroposizione “potere discrezionale” assume un significato autonomo e diverso della mera e generica esigenza che il principe, o per esso i pubblici poteri (nella loro indistinta accezione), esercitino le proprie funzioni con “discrezione”, sinonimo di “di-scernimento”, cioè il potere di distinguere ordinando, ossia un'attività di scelta consapevole e ponderata, tesa al miglior risultato ipotizzabile; ma che non incide sulle prerogative del potere, la cui legittimità è esclusivamente fondata sul presupposto della intangibilità ed illimitabilità della*

A expressão poder discricional (*discretionary power*) surgiu no Direito anglo-saxão como um poder absoluto, ilimitado ou sem fim¹²¹. Vê-se a referência ao termo poder discricional em ADAM SMITH¹²² e, já no século XVIII, algumas referências à terminologia¹²³.

sovranità e dell'attività sovrana nelle sue diverse forme. In questo contesto l'esigenza di discrezione coincide con il generico auspicio di buon governo, giuridicamente irrilevante”.

¹²¹ Até a Assembleia Constituinte da Constituição Francesa de 1791 afirma que a origem da expressão poder discricional vem da Inglaterra. FRANCE ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE (1789-1791). Procès-verbal de l'Assemblée nationale. Paris: Chez Baudouin, imprimeur de l'Assemblée nationale, 1790, v. 37 (Nov. 22-27, 1790), p. 29: “En Angleterre, le juge a un pouvoir discrétonnaire, (*discretionary power*) avec lequel il fait plusieurs choses que la Loi n'a pas prévu, mais que'elle a laissé à son équité”.

Vale mencionar aqui LOUIS MARIE PRUDHOMME (PRUDHOMME, Louis Marie. Révolutions de Paris: dédiées à la nation et au district des Petits-Augustins. Paris: P. de Lormel, 1790, p. 635) que, no ano de 1790, publicou uma pequena passagem sobre o que chama de ato de discrição inglês – e assim comentou, pois, como se formou a terminologia que surgiu na Inglaterra. Dizia: “*L'acte de discréton anglais est dans l'esprit d'une loi bienfaisante, c'est-à dire, il donne au juge le droit d'aider à la conviction et encore plus à l'absolution dans un cas requis, et que la loi n'auroit pas prévu. Mais jamais les Anglais n'ont été assez stupides pour dire au juge: Tu feras tout ce qu'il te plaira de faire pour découvrir la vérité; car si à moi juge, et je suppose juge méchant ou homme passionné, ce qui est très-supposable, la loi disoit pareille chose, rien ne m'empêcheroit d'emprisonner mon ennemi, d'attirer à telle heure à mon tribunal mon concurrent aux enchères, de donner une mortification à mon rival, etc. si toutefois je n'étois pas assez perverti pour faire pis. Vous conviendrez que la loi qui s'en seroit rapportée à ma conscience, n'auroit rien à me dire, et que mon honneur se moquerait d'elle.*

Mais apprenons aux comités que l'acte de discretion de la loi anglaise n'est pas une essence de là loi, mais un supplément à des loix antiques. Les Anglais avoient fait jadis des loix imparfaites, quoique bonnes. L'édifice de ces loix est pour eux si sacré, qu'ils ne veulent pas y toucher; ils se contentent d'y apposer de temps eu temps quelque étançon. Nos comités, adroits copistes, faisant sembrant de copier l'étançon, se hâtent do bâtit un arcaboutant du despotisme”.

É também na Inglaterra onde surgiram as primeiras sentenças que falam sobre a discricionariedade. Em o *Rooke's Case* (1598) 5 Co. Rep. 99b, da House of Lords, Sir. Edward Coke escreveu: “*Discretion is a science of understanding, to discern between falsity and truth, between wrong and right, between shadows and substance, between equity and colourable glosses and pretences, and not to do according to their men's will and private affections*”. Outros antigos casos sobre discricionariedade são: *Hetley v boyer* (1614) Cro. Jac. 336; *R. v Askew* (1768) 4 Burr. 2196, e *Leader v Moxon* (1773) 2 W. Bl. 924.

¹²² SMITH, Adam. Wealth of Nations. London: W. Strahan and T. Cadell, 1776, p. 944: “*He can safely pardon or neglect them, and his consciousness of his own superiority naturally disposes him to do so. That degree of liberty which approaches to licentiousness can be tolerated only in countries where the sovereign is secured by a well-regulated standing army. It is in such countries only that the public safety does not require that the sovereign should be trusted with any discretionary power for suppressing even the impertinent*”.

¹²³ GREAT BRITAIN PARLIAMENT. HOUSE OF LORDS. A Genuine and Complete Collection of All the Protests Made in the House of Lords, Against Things Suppos'd Injurious to the Publick. From their Original in the year 1641, to the present time. Edinburgh: Publicado por Printed for the company, 1748, p. 395: “*Because though we have all possible Confidence in his Majesty's Wisdom and Justice, and all imaginable Zeal to the Honour and Support of his Perform and Government, we cannot approve of a Massage which, we are persuaded, was both formed and advised by the fame Ministers, in whom those extensive and discretionary Power are lodged by this Address; and we fee no Reason, from any*

No entanto, somente com o surgimento do Estado moderno¹²⁴ que começaram a empregar distintos tratamentos do uso da expressão¹²⁵.

2.2.1 Estado liberal ou mínimo e a absoluta discricionariedade

A ideia de Estado concebida pela Revolução Francesa, mais que implantar a Teoria da Separação dos Poderes, marcou o advento do Estado Liberal ou Mínimo, definindo o fim do Estado mercantilista. Tal Estado, que se poderia denominar como Estado liberal de direito, tinha como característica básica a livre iniciativa em proveito do empresário, a propriedade privada e a autonomia da vontade.

Nesse período, o detentor da discricionariedade, e aqui interessa visualizar somente o caso da Administração Pública, **poderia fazer não somente o que a lei expressamente autorizasse, mas também tudo aquilo que a lei não proibisse ou não previsse**¹²⁶. Ou seja, a Administração poderia utilizar o que,

Experience of their past Oeconomy, to trust them with the arbitrary Disposal of an unlimited Sum, and as little Reason, from the Success of their former Alliances, to give any Approbation to past Treaties, which have never been communicated to this House, or a previous Sanction of any future Treaties they shall contract”.

GREAT BRITAIN PARLIAMENT. HOUSE OF COMMONS. Report from the committee appointed to examine into the usage of either House of Parliament, to interpose touching the exercise, or non-exercise, of discretionary powers vested in the servants of the Crown... for public purposes. London: National Print, 1784.

AA. VV. The Gentleman's and London Magazine: Or Monthly Chronologer, 1741-1794. Dublin: J. Exshaw., 1766, p. 48: “Now whether this discretionary power in the crown is exercised by the advice of the privy council here or in England make no difference in regard to our constitution for however that power is exercised it is merely by virtue of and under the authority of our ask of parliament and is given by ourselves and not assomed by any regal prerogative”.

¹²⁴ A modernização do Estado se caracteriza por uma série de elementos – técnicos, econômicos, políticos – que traduzem um processo de racionalização da organização das sociedades sob todos os planos. De uma parte, a cultura da razão associada a um conjunto de crenças, que constitui todos os mitos associados à modernidade; e, de outra parte, a primazia da pessoa situada no centro da organização social e política.

¹²⁵ Sobre a evolução do conceito de discricionariedade, vide: MOZO SEOANE, Antonio. La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983. Madrid: Montecorvo, 1985; SOUSA, Antonio Francisco de. A Discricionariedade Administrativa. Lisboa: Danúbio, 1987; GALDI, Marco. Buon andamento, imparzialità e discrezionalità amministrativa. Napoli: Liguori, 1996; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

¹²⁶ MONTESQUIEU (MONTESQUIEU, Charles Louis de Sécondat, Baron de la Brede et de. De l'esprit des lois. Paris: Didot, 1803, p. 65 e 74 - 1º edição de 1748): “Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses; et, dans ce sens, tous les êtres ont leurs lois, la divinité a ses lois, le monde matériel a ses lois, les intelligences supérieures à l'homme ont leurs lois, les bêtes ont leurs lois, l'homme a ses lois. [...] La loi, en général, est la raison humaine,

nessa época, denominava-se discricionariedade em todos os pontos que a lei não havia regulado, operando no espaço deixado livre pela lei. Além de operar nas normas que atribuem expressamente um reconhecimento à determinada possibilidade de eleição, como é óbvio, e também na valoração e aplicação de critérios técnicos (hoje chamados conceitos jurídicos indeterminados¹²⁷) nos que a Administração não poderia ser substituída. Apesar de estar amparada na lei para qualquer ato que realizasse (princípio da legalidade), não é certo afirmar, como faz SÉRGIO GUERRA¹²⁸, que “não havia muitos espaços para a escolha administrativa”. À Administração somente se lhe proibia atuar por meio de sua autoridade quando existia uma lei que estabelecesse uma proibição expressa.

ALEJANDRO NIETO¹²⁹ ensina que, durante esse período, surgiu o termo discricionariedade. Segundo o autor, o positivismo jurídico, ao mesmo tempo que reconheceu um fenômeno incongruente, concedeu à Administração, sem ressalvas, uma posição superior à dos membros do Poder Judiciário. Sustenta o autor que, naquela época, “no se tomó otra precaución que la de proceder a una alteración semántica, bautizando al proscrito arbitrio con el nuevo nombre de discrecionalidad que de momento no levantaba suspicacia alguna”.

en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine”.

Associando essa concepção de lei ao dogma rousseaniano da vontade geral, a autoridade pública reside na comunidade inteira, atuando sob a base do pacto social sobre a “volonté générale” do corpo coletivo. A vontade geral se manifesta, pois, em determinações gerais; só a lei geral é legítima como expressão da vontade geral. JEAN-JACQUES ROUSSEAU (ROUSSEAU, Jean-Jacques. Du contrat social, ou, Principes du droit politique. Lyon: Amable le Roy, 1792, p. 24, 56-50 – 1º edição de 1762) aponta: “Si donc on écartera du pacte social ce qui n'est pas de son essence, on trouvera qu'il se réduit aux termes suivans: Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout”. E mais, afirma sobre a Lei: “Quand je dis que l'objet des loix est toujours général, j'entends que la loi considere les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu, ni une action particulière”. Por eso que: “le Souverain n'est jamais en droit de charger un sujet plus qu'un autre, parce qu'alors, l'affaire devenant particulière, son pouvoir n'est plus compétent”.

Vide também: GROETHUYSSEN, Bernard. Philosophie de la Révolution française. Paris: Gonthier, 1956.

¹²⁷ Ressalta-se que a “teoria dos conceitos jurídicos indeterminados” supõe, no final do século XIX, uma mudança decisiva e um avanço fundamental na concepção da discricionariedade administrativa. E assim foi porque a imprecisão de conceitos e sua consequente valoração ou apreciação era vista, pela teoria tradicional, como assignadora de poder discricional, era uma das três fontes da discricionariedade. Dessa maneira, o sentido e razão da teoria aqui mencionada é, justamente, a de negar esse caráter de apreciação discricional ao completar ou valorar os conceitos não precisados pela lei, fixando a distinção entre ambas as formas de manifestação normativa: *unbestimmter Rechtsbegriff v. Ermessen*. Voltar-se-á sobre este ponto mais a frente.

¹²⁸ GUERRA, Sérgio. Discricionariedad e reflexividate: uma nova teoría sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 40.

¹²⁹ NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Barcelona: Ariel, 2000, p. 217.

O certo é que, na cultura do princípio da legalidade, existe uma preeminência do Poder Legislativo e, por conseguinte, um “*modesto espaço e papel coadjuvante*” do Poder Executivo¹³⁰, mas não é verdade que a Administração possua um mínimo espaço para o exercício da eleição administrativa. É certo que o Executivo deve cumprir a norma com exatidão, além de ser este o único e possível comportamento que o administrador deve adotar diante do caso concreto, assim, nesse sentido, realmente não existiram espaços discricionais para o juízo subjetivo, mas, por sua vez, onde a lei não regulasse, a Administração poderia atuar com total liberdade.

Cabe mencionar alguns dos doutrinadores desse período. Assim, JEAN DOMAT¹³¹ dizia que o poder discricional, em geral, estendia-se a todo “*ce qui n'est pas défendu par la loi; mais il ne peut aller jusqu'à contrarier les dispositions imperatives ou prohibitives de la loi*”¹³². ÉMILE MASSEUX VICTOR FOUCART¹³³, no entanto, sustentava que poderia haver casos em que o poder discricional estivesse autorizado por lei, sendo obrigatório exercê-lo, quando se estivesse habilitado, dentro dos limites que a lei fixou. Em concreto,

¹³⁰ GUERRA, Sérgio. Discricionariedad e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 45.

¹³¹ DOMAT, Jean. Oeuvres complètes de J. Domat. Paris: Alex-Gobelet, 1835, p. 164.

¹³² Complementava sua ideia com a exposição do que ele entendia como possível dentro do âmbito judicial (*ibidem*, p. 164): “*Le pouvoir discrétionnaire des présidens de cours d'assises ne s'étend qu'à ce qui est de pure administration en justice; il ne s'étend pas au contentieux. Ainsi, il ne peut statuer, seul et sans le concours des autres juges, sur les incidens contradictoires qui peuvent se lever dans le cours du débat: notamment il ne peut décider seul si la déclaration du jury est un non-sens qui exige le renvoi des jurés dans leur chambre pour rendre une nouvelle déclaration.*

Eu vertu de son pouvoir discrétionnaire, le président, d'une cour d'assises peut ordonner que les interrogatoires subis par l'un des coaccusés, décédé pendant l'instruction, et les révélations par lui faites avant son décès, soient lus à l'audience, sauf aux jurés à y avoir tel égard que de droit. Il peut, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, appeler et entendre, sans prestation de serment préalable, des individus qui se trouvent au nombre des témoins à décharge.

Quand le procureur général s'est opposée l'audition des témoin à décharge dont la liste ne lui a pas été notifiée en temps utile, et que cette réquisition a été admise, le président peut en vertu de son pouvoir discrétionnaire, faire entendre ces témoins par forme de déclaration et sans prestation de serment. Le président de la cour d'assises n'excède pas son pouvoir en mettant des témoins à charge en surveillance dans l'auditoire pendant les débats. Le pouvoir qu'a le président d'une cour d'assises de statuer seul sur l'opposition de l'accusé à l'audition d'un témoin appelé en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, peut être subordonné à une délibération de la cour, pourvu que ce soit le président qui prononce larrêt.

Après qu'il a été fait droit la demande d'un accusé tendante à ce que des témoins dont les noms ne lui ont pas été notifiés ne soient pas entendus, le président peut, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, faire entendre ces témoins sans prestation de serment. En cas d'absence clé témoin, le renvoi de l'affaire à une autre session est facultatif de la part de la cour d'assises; la demande de ce renvoi, formée par l'accusé, n'oblige point la cour à le prononcer”.

¹³³ FOUCART, Émile Masseux Victor. Éléments de droit public et administratif. Paris: Videcoq père et fils, 1843, p. 268.

apontava: “*Mais le pouvoir discrétionnaire dans ce cas est autorisé par la loi et ne s'exerce que dans les limites qu'elle a fixées*”. ALEJANDRO OLIVÁN¹³⁴ afirmava que, sempre que fosse possível, teria de haver legislação que sinalizasse, e enquanto possível fosse, traçasse as regras de conduta:

[...] teniendo la administración en todo lo discrecional que las leyes no han podido minuciosamente prescribir, que dar cuenta y responder siempre que en las asambleas legislativas fuese interrogada ó reconvenida. Porque la legislación que ordena la sociedad, y que encarga á la administración responsable la realización del pensamiento público ó social, así en grande como en pequeño, indica y previene á esta misma administración, que es su agente, el modo con que debe desempeñar su cometido Con mala legislación es imposible una administración buena; con buena legislación es difícil que la administración sea mala; como que la legislación es á la administración lo que el precepto á la obediencia lo que la voluntad á la acción lo que el impulso al movimiento.

Nesse período liberal, começou-se a **diferenciar** doutrinariamente a **discricionariedade da arbitrariedade**¹³⁵.

MARC-ANTOINE JULLIEN¹³⁶ colocava que a discricionariedade foi, durante muito tempo, confundida com a arbitrariedade. No entanto, dizia existir uma diferença essencial entre ambas: “*L'acte arbitraire est celui qui a lieu sans avoir égard aux règles établies. L'acte discrétionnaire est celui qui a lieu sans règles, dans les matières qui n'en comportent pas, et en vertu d'une autorisation expresse, quoique générale, donnée à cet effet.*” ALESSANDRO MANZONI¹³⁷, em um tom mais forte, declarava: “*Ciò ch essi chiamavano arbitrio era in somma la cosa stessa che per iscansar quel vocabolo equivoco e di tristo suono fu poi chiamata poter discrezionale cosa pericolosa ma inevitabile nell'applicazion delle leggi e buone e cattive e che i savi legislatori cercano non di togliere che sarebbe una chimera ma di limitare ad alcune determinate e meno essenziali*

¹³⁴ OLIVÁN, Alejandro. De la administración pública con relación a España. Madrid: [s.n.], 1843, p. 192.

¹³⁵ Não é que não se falava de ambas as formas de maneira separada, o que passou a existir foi o estudo da distinção entre elas: discricionariedade e arbitrariedade.

¹³⁶ JULLIEN, Marc-Antoine. PROGRAMME du Cours de Droit public positif et administratif à la Faculté de Droit de Paris pour tannée 1819 1820 par M le baron de GÉUANDO. Revue encyclopédique: liberté, égalité, association. Paris, t. 6, 1820, p. 508.

¹³⁷ MANZONI, Alessandro. Opere complete di Alessandro Manzoni. Parigi: Baudry, 1843, p. 495.

circostanze e di restringere anche in quelle più che possono”¹³⁸. Vale, ainda, mencionar WILLIAM WHITING¹³⁹, que, ao questionar o verdadeiro sentido da palavra arbitrariedade, apontava:

When used to characterize military arrests it means such as are made at the mere will and pleasure of the officer, without right and without lawful authority. But powers are not arbitrary because they may be discretionary. The authority of judges is often discretionary; and even if discretion be governed by rules, the judge makes his own; rules yet no one can justly claim that such judicial authority is arbitrary.

The existence of an authority may be undeniable, while the mode of using it may be discretionary. A power is arbitrary only when it is founded upon no rightful authority, civil or military. It may be within the discretion of a commander to make a military order; to dictate its terms, to act upon facts and reasons known only to himself; it may suddenly and violently affect the property, liberty, or life of soldiers or of citizens; yet such an order, being the lawful use of a discretionary authority, is not the exercise of arbitrary power. When such orders are issued on the field, or in the midst of active operations, no objection is made to them on the pretence that they are lawless or unauthorized, nor for the reason that they must be instantly and absolutely obeyed.

Para terminar, EMANUELE RAPISARDI¹⁴⁰, já quase no final do século XIX, afirmava que a discricionariedade possuía três características: pessoal, facultativa e revogável. Com relação à primeira característica, afirmava que a discricionariedade não pode ser delegada; e a Corte somente pode examinar a legalidade ou ilegalidade do exercício, constituindo-se ou não em excesso de

¹³⁸ ROMAGNOSI, Giandomenico; GIORGI, Alessandro De. *Opere (scienza delle costituzioni)*. Milano: Perelli e Mariani, 1848, v. 8:1-2, p. 480: “*Da ciò viene giustificata la moderata libertà di sorpassare la regola speciale per ottenere il fine generale. Certamente questa moderata libertà non si può riscontrare nei casi dell’ordinaria responsabilità Oltre a ciò, con questa moderata libertà non s’inceppa né punto né poco l’amministrazione; ma, per lo contrario, essa viene animata con un potere discrezionale sconosciuto in altre sue parti. Quando adunque non si voglia convertire il potere discrezionale in arbitrario, e la libertà in licenza sarà forza conchiudere che la nostra cautela si concilia benissimo colla esenzione dalla ordinaria responsabilità, soggetta a leggi fisse e specificate*”.

¹³⁹ WHITING, William. *War Powers Under the Constitution of the United States*. 3. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1864, p. 184.

¹⁴⁰ RAPISARDI, Emanuele. *Il Potere discrezionale*: secondo il Codice di procedura penale italiano, e secondo la giurisprudenza delle Corti di cassazione del Regno d’Italia. Firenze: Fratelli Bocca, 1886, p. 15-22.

poder, mas não poderia analisar se havia ou não oportunidade ou conveniência. Quanto à segunda característica, enunciava que o exercício da discricionariedade não poderia ser caprichoso ou arbitrário, porém o exercício ou não deveria ser motivado. E aduzia que, se a decisão fosse caprichosa ou arbitrária, a mesma poderia ser revogada. Assim, sustentava que “*tre sono le condizioni necessarie per l'esercizio di questo potere, cioè: 1º Dev'essere esercitato durante il dibattimento; 2º Debe sorgere dal dibattimento la necessità o l'utilità di questo esercizio; 3º Può essere esercitato in tutto ciò che non è prescritto, o non è vietato della legge sotto pena di nulità*”.

Durante o Estado liberal ou mínimo se começou – nas primeiras obras relacionadas com o direito administrativo propriamente dito – a **diferenciar os atos discricionários dos vinculados**. VICENTE SANTAMARÍA DE PAREDES¹⁴¹ ressaltava que “*ha empezado á distinguirse científicamente lo discrecional de lo reglado [...] Y esta potestad imperativa es de dos clases, discrecional ó reglada*”. Para ALEXANDRE FRANÇOIS AUGUSTE VIVIEN¹⁴², “*le pouvoir de l'administration se trouve ainsi limité et défini; elle tient en quelque façon en ses mains deux sortes d'autorités, l'une discréptionnaire, l'autre réglée; l'une intelligente, l'autre passive; l'une libre et soumise dans son exercice à toutes les vicissitudes des temps et des lieux, l'autre contrainte et dominée par la loi, le règlement ou le contrat qui la régit*”. VICENTE PEREIRA DO REGO¹⁴³ esclarecia que, entre os poderes administrativos, existia “*um discricionario, inteligente e livre; e outro passivo, regulado e dominado pela Lei*”. E, segundo ANTONIO GONZÁLEZ SARAVIA¹⁴⁴, “*la potestad de mando la puede ejercer la administración de una manera discricional, si obra libremente; ó reglada, si se sujeta á los límites ó requisitos*”. Essa diferenciação foi a primeira forma de se reduzir o limite da discricionariedade¹⁴⁵.

Começou-se tal distinção por questões de apresentação de reclamações perante os juízes¹⁴⁶. Foi a questão da jurisdição contencioso-administrativa, um

¹⁴¹ SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente. Curso de derecho administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España. Madrid: Ricardo Fé, 1883, p. 885.

¹⁴² VIVIEN, Alexandre François Auguste. Études administratives. Paris: Guillaumin et cie, 1852, p. 124.

¹⁴³ REGO, Vicente Pereira do. Elementos de direito administrativo brasileiro. Recife: Geraldo Henrique de Mira & C., 1860, p. 85.

¹⁴⁴ GONZÁLEZ SARAVIA, Antonio. La administración pública: o curso de derecho administrativo. Guatemala: “La Unión”, 1888, p. 64.

¹⁴⁵ Deve-se ressaltar que na doutrina há variada apresentação da terminologia, como poder vinculado e discricional, competência vinculada e discricional e ato vinculado e discricional (LODOVICI, Jean. L'évolution de la notion de pouvoir discréptionnaire. Lille: Douriez-Bataille, 1937, p. 98 e 99).

¹⁴⁶ ARRAZOLA, Lorenzo. Enciclopedia española de derecho y administración o nuevo Teatro Universal de la legislación de España e Indias. Madrid: Antonio Rius y Rossell, 1860. Tomo XI, p. 83: “*Conviene*

dos grandes temas jurídico-públicos do século XIX, cuja origem se encontra na Lei francesa de 7-14 de outubro de 1790. O fato de tentar separar as questões que deveriam ou não ser controladas pelos Tribunais administrativos, atraiu o interesse dos administrativistas pela discricionariedade, fazendo surgir uma distinção que dura até hoje. Nas origens do contencioso-administrativo, o conflito entre Administração e Tribunais e a afirmação da independência e autossuficiência daquela frente a estes, foram os elementos dinamizadores da construção do sistema administrativo contencioso. Esse conflito foi sobrepondose, pouco a pouco, à contradição entre Administração ativa e contenciosa¹⁴⁷.

Para ter uma ideia sobre a discussão existente na época, cita-se JULIÁN PELÁEZ DEL POZO¹⁴⁸, o qual defendia categoricamente que “*no pertenecen á lo contencioso-administrativo las reclamaciones dirigidas contra los actos del poder discrecional*”. DENIS SERRIGNY¹⁴⁹, no mesmo sentido, completava que “*si l'acte émané de l'autorité exécutive ou administrative est l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui lui est confié, il est de pure administration et ne peut donner lieu au recours contentieux*”. O problema residia em saber que atos emanavam do poder discricional da Administração¹⁵⁰. Além dos atos

aquí por lo tanto distinguir los derechos y los intereses, porque al paso que la violación de aquellos da lugar á la vía contencioso-administrativa, la de los intereses la rechaza, dejando solo expedita la vía de gracia, el poder discrecional, que siempre queda vivo en la Administración en su carácter de activa. Pero cuando la Administración, lejos de tener este poder discrecional, es llamada simplemente á aplicar la ley ó una disposición administrativa que ha creado derechos á casos particulares, cuando por lo tanto se encuentra frente de derechos que tiene que respetar, despojada entonces de sus atribuciones activas, queda limitada á la aplicación exacta y rigurosa de la ley, y las reclamaciones contra ella toman el carácter contencioso y sus jueces pronuncian ó consultan decisiones que tienen la forma de sentencias".

¹⁴⁷ SORIANO GARCÍA, José Eugenio. Los poderes del juez, la Ley y la reforma del contencioso. Revista de Administración Pública, Madrid, Ano XLI, n. 124, p. 65-94, ene./abr. 1991.

¹⁴⁸ PELÁEZ DEL POZO, Julián. Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativas: Con un diccionario de casos de competencia y un prontuario de la legislación administrativa. Madrid: D. B. Gonzalez, 1849, p. 19.

¹⁴⁹ SERRIGNY, Denis. Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil. Paris: A. Durand, 1865, p. 35.

¹⁵⁰ Sustentava JULIÁN PELÁEZ DEL POZO (*Ibidem*, p. 19 e 20): “*Para reconocer si un acto emana del poder discrecional de la administración, es menester tener presente si dicho acto obra sobre derechos adquiridos y consagrados por la ley ó solamente sobre intereses ó utilidad del reclamante, intereses, que, como antes hemos sentado, están subordinados y reciben toda su fuerza del acto administrativo, siendo este como condición de su existencia anterior á semejanza, aunque no idéntica de los actos de gracia.*

En el primer caso, el acto no es discrecional. El derecho que perjudica o destruye, estando consagrado por la ley, recibió de esta su existencia, solo esta puede atacarle en la manera que le es posible hacerlo sin volver atrás, no la administración que no le creó, que no le vivifica, y que por lo tanto no puede destruirle, ni modificalo [...]

Por el contrario, si, no es un derecho, sino un interés el perjudicado, y este interés recibió su existencia de ese poder discrecional, claro es que éste obra sobre él, y que al atacarle y aun al destruirle, puede

discricionais, também os políticos estavam excluídos do controle judicial¹⁵¹. Resumindo, o discricional e o governativo ficavam excluídos do contencioso-administrativo. A diferença do ato vinculado era a chave para definir o âmbito do contencioso-administrativo. Por isso, cogitava-se a respeito de dois tipos de jurisdição: jurisdição voluntária ou graciosa e jurisdição contenciosa¹⁵².

escuchar su queja y su súplicas, y acceder y ablanar-se ó no á ellas; pero de ninguna manera es un derecho que por su propia fuerza y escudado con la autoridad de la ley, pueda presentarse ante un tribunal de la administración para invocar allí la ley que le creó, apoya y protege, discutir sobre su firmeza y validez, y reclamar arrogante, y exigir con tesón su respeto y su integridad”.

¹⁵¹ GARCÍA GOYENA, Florencio; AGUIRRE, Joaquín; MONTALBAN, Juan Manuel. Febrero, o Libreria de Jueces, Abogados y Escribanos, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente. Madrid: I. Boix, 1852, p. 578: “No ha lugar tampoco á la oposición contenciosa administrativa contra los actos de puro mando ó que provienen del poder arbitrario ó discrecional de la administración tales son por ejemplo los reglamentos que prescriben medidas de administración y de policía porque tales actos según dice el consejo real no crean derechos ni modifican los preexistentes ni tienen otro objeto que el arreglo del servicio público confiado exclusivamente á la administración activa la cual fija reglas y concede garantías á los agentes subalternos pero conservando siempre el carácter discrecional y la absoluta libertad para aplicarlas de que no puede prescindir en actos de esta naturaleza decisión del consejo real de 24 de mayo de 1848”.

Em sentido similar: ALCÁNTARA PÉREZ, Antonio; MORALES Y SERRANO, Juan. Tratado de las competencias y de la autorización para procesar a los empleados administrativos. Madrid: J. E. Morete, 1866, p. 105: “Si la providencia administrativa que ha lastimado derecho particular, es un acto de puro mando ó discrecional, será reclamable en la vía gubernativa, ante los superiores gerárquicos de grado en grado del que la dictó, sin dar nunca origen á la contencion administrativa. Entendemos aquí por acto de puro mando, aquel en que el agente administrativo procede libremente en virtud del poder discrecional que la Administración tiene, y sin la necesidad de sujetarse á disposiciones reglamentarias”.

¹⁵² RIBAS, Antônio Joaquim. Direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C, 1866, p. 137, 175 e 242: “A jurisdição graciosa, porém, é essencialmente discricionaria, isto é, não achando-se a administração em frente de direitos dos administrados, quando a exerce, pôde obrar como julgar conveniente aos interesses geraes e desprezar os individuaes sempre que os considerar antitheticos áquelles (Av. n. 86 de 8 de Abril de 1864).

Não sucede o mesmo com a jurisdição contenciosa; pois fallando-lhe os administrados em nome de seus direitos, ella é obrigada a attende-los e a respeitar estes direitos, cingindo-se aos textos das leis, regulamentos e contratos donde elles emanão (Av. n. 273 de 13 de Junho de 1862).

[...]

A segunda especie de desclassificação consiste na transferenciado uma materia propria da jurisdição graciosa para a contenciosa, ou viceversa, isto é, em abrir-se recurso nos casos em que a lesão só podia dar lugar á reclamação, ou só permitir-se a reclamação nos casos em que pela natureza da lesão se deveria conceder recurso.

Na primeira hypothese, o legislador aparta-se dos princípios geraes da competencia, para dar maiores seguranças a interesses que, embora não sejam direitos, considera assaz importantes para serem discutidos e julgados, como se o fossem; na segunda, subordinando os direitos dos particulares ao interesse geral, entrega-os á acção discricionaria da administração.

[...]

Os decretos expedidos em virtude do poder discricionario só dão lugar a reclamações pela via graciosa”.

FERNANDO COS-GAYÓN e EMILIO CÁNOVAS DEL CASTILLO¹⁵³ explicavam que, contra um poder discricional não era possível contradizê-lo em juízo, mas simplesmente impugná-lo pela via hierárquica ou governativa, “posee una jurisdicción contenciosa para garantizar el interés social salvando de paso su independencia aun en los casos en que renuncia á su libertad de acción en favor de los derechos privados y una jurisdicción especial que le está atribuida por la ley para proteger más directamente sus intereses o el fomento de ciertos ramos ó para la corrección de ciertas faltas que afectan al bienestar común pasemos ahora á desenvolver esta complicada teoría con el fin de facilitar su conocimiento”¹⁵⁴.

¹⁵³ COS-GAYÓN, Fernando; CÁNOVAS DEL CASTILLO, Emilio. Diccionario manual de derecho administrativo español para uso de los funcionarios dependientes de los ministerios de Gobernación y Fomento y de los alcaldes y ayuntamientos. Madrid: herederos de Vallejo, 1860, p. 706.

¹⁵⁴ Sobre as jurisdições possíveis, autores, como FRANCISCO DE PAULA MELLADO (MELLADO, Francisco de Paula. Enciclopedia moderna. Diccionario Universal de Literatura, Ciencias, Artes, Agricultura, Industria y Comercio. Madrid: Santa Teresa, 1853. Tomo XXV, p. 457), apontam: “Califícase también la jurisdicción voluntaria de discrecional en cuanto sus actos de mando no se hallan trazados por la ley sino que dimanan de su potestad discrecional, la cual ejerce bajo su responsabilidad en vista de la utilidad y conveniencias públicas para la ejecución de las leyes. Finalmente, llámase también pura y graciosa en cuanto que se ejerce sin que intervenga instancia ni reclamación de parte de los interesados”. Também, JOSÉ MARÍA MORILLA (MARÍA MORILLA, José. Tratado de derecho administrativo español. Madrid: viuda de Barcina y Comp., 1865, p. 161): “De lo que acaba de exponerse se colige primero que la administración procede con facultades legislativas por la autorización de este poder cuando dicta disposiciones generales para suplir su silencio en casos imprevistos Segundo que ejerce imperio y usa de la potestad discrecional cuando expide los decretos generales ó individuales que estima convenientes en virtud de sus atribuciones Tercero que cuando en la vía gubernativa trata de informarse y oye las pretensiones de los administrados acerca de estas providencias para sostenerlas ó enmendarlas según lo crea conveniente obra en uso de la jurisdicción voluntaria Y cuarto que la jurisdicción contencioso administrativa se ejerce siempre que son reclamadas las providencias ó actos en que se apliquen las disposiciones vigentes por haberse arrostrado un derecho que debía respetar la administración. [...] Por consiguiente para que tenga lugar la vía contencioso administrativa es necesario que dé motivo á la reclamación por la pugna ó colisión entre el interés particular y el público una providencia ó acto administrativo que no haya sido de puro mando ó de facultad discrecional sino dictado en aplicación de las leyes reglamentos u otras disposiciones”. E, por fim, MANUEL COLMEIRO (COLMEIRO, Manuel. Derecho administrativo español. Madrid y Santiago: Libr. de Angel Calleja, 1850, p. 76): “Cuando obran en virtud de su autoridad discrecional pueden cometer abusos de dos modos distintos ó por incompetencia ó por exceso de poder. En ambos casos son responsables solamente al gobierno de suerte que no se puede intentar contra ellos la vía judicial con autorización previa ni sin ella sino hacer uso de la vía gubernativa elevando el agraviado su queja al ministro competente. Si el ministro accede á la justa reclamación del particular agraviado reformará el acto del intendente le destituirá acaso y aun le entregará al tribunal supremo de Justicia que le juzgue al cual corresponde conocer de la residencia de todo empleado público que esté sujeto á ella por las leyes y si la deseoy su providencia es apelable para ante el Rey en Consejo Real porque el asunto pertenece á la clase de los contenciosos de la administración”.

Diante a diferenciação entre atos discricionais e vinculados, a **doutrina passou a afirmar que a discricionariedade não se refere à totalidade dos elementos de um ato** (ato em bloco), mas **apenas a alguns de seus elementos**. Assim, o discricional é qualidade não dos atos, mas de determinados elementos de um ato, passando a ganhar força a ideia de poder discricional. JEAN LODOVICI¹⁵⁵ enunciava: “*Dès la fin du XIXe siècle d'ailleurs [...] nous avons assisté à une évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire, solidaire d'une régression de la notion d'acte discrétionnaire, au moment où a été dégagé le grief nouveau de détournement de pouvoir, et nous avons pu déjà entrevoir la possibilité, sinon la nécessité, d'un abandon de cette notion rigide d'acte discrétionnaire. Cet abandon devait être définitif le jour où l'analyse juridique devai prendre conscience que tout acte peut comporter des éléments discrétionnaires*”. A doutrina seguinte a esta defendia que só os elementos vinculados poderiam ser fiscalizáveis, mas essa vertente apenas passa a aparecer no final do século XIX.

Apesar de ser entendida como um vício, ANTONIO GUEROLA¹⁵⁶ sustentava que “*la discrecionalidad revela á primera vista un vicio de organización administrativa*”. Naquela época, também era muito comum encontrar quem visualizasse a discricionariedade como uma margem necessária para o exercício da Administração — que poderia incluir na ordem econômica ou social do Estado. FRANÇOIS-THOMAS DELBARE¹⁵⁷ expressava claramente “*un pouvoir discrétionnaire est donc devenu nécessaire, et ce pouvoir ne peut être mis que dans les mains de la commission du Gouvernement*”. Outros como CHARLES JAMES FOX, WILLIAM Pitt, HAUVRY DE JANVRY e LAURENT PIERRE DE JUSSIEU¹⁵⁸, em um contexto mais específico, referiam que “*il doit être alloué à ce pouvoir exécutif comme à tous ceux qui existent un pouvoir discrétionnaire absolument nécessaire surtout quand il s'agit d'un pays aussi éloigné du Gouvernement en chef mais cependant les actes provenant de ce pouvoir discrétionnaire doivent être soumis au conseil suprême aux ordres duquel le gouvernement de l'Inde doit obéir*”. MICHELE BERTETTI¹⁵⁹, por sua vez,

¹⁵⁵ LODOVICI, Jean. *L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire*. Lille: Douriez-Bataille, 1937, p. 94.

¹⁵⁶ GUEROLA, Antonio. *Estudios de administración práctica*. Madrid: Diaz y Lopez, 1868, p. 60.

¹⁵⁷ DELBARE, François-Thomas. *Histoire des deux chambres de Buonaparte, depuis le 3 juin jusqu'au 7 juillet 1815: contenant de détail exact de leurs séances, avec des observations sur les mesures proposées et les opinions émises pendant la durée de la session*. Paris: Gide, Egron, 1817, p. 182.

¹⁵⁸ FOX, Charles James et al. *Recueil de discours prononcés au parlement d'Angleterre*. Paris: Le Normant, 1819, p. 134.

¹⁵⁹ BERTETTI, Michele. *Il contenzioso amministrativo in Italia*: o, L'amministrazione e la giustizia secondo la Legge 20 marzo 1865. Torino: L'autore, 1865, p. 175.

argumentava que “*il governo, come amministratore dello Stato, e le particolari amministrazioni delle provinole e dei comuni, possedono un potere discrezionale allo scopo di procurare, ciascuno nella cerchia delle rispettive attribuzioni la maggior somma possibile di benessere e prosperità sociale, salvo l’inviolato esercizio della privata libertà e proprietà. Ma nell’adoperare questo potere discrezionale è facile che il Governo o le particolari amministrazioni non soddisfacciano i gusti di tutti gli amministrati; allora sorgono controversie*”¹⁶⁰.

Além disso, existiam vozes sobre os **limites da discricionariedade**, principalmente no que se refere às leis naturais. ÉDOUARD LOUIS JOSEPH BONNIER¹⁶¹ sublinhava que “*il potere discrezionale ha nondimeno i suoi limiti; sebbene il testo, il quale vieta di scegliere i periti fra’ giurati e fra’ giudici*”. THOMSON GALE¹⁶² afirmava que a coroa possuía poder discricional para o bem geral (*general goods*), no entanto a nação tem o direito de autopreservar-se, seja em tempo de guerra ou de paz, mas essa autopreservação não era absoluta, estava limitada por leis da natureza¹⁶³: “*A state cannot make laws, or confer privileges on its Head which are capable of being so handled, or applied, as to deprive the subject of his life, or of the enjoyment of any of those great natural rights on which his life depends, except in those case where he shall do something which amounts to a forfeiture, for such an effect is absolutely forbidden by the law of nature*”. Por isso, enunciava¹⁶⁴ que “*the discretionary power of the Crown therefore over peace and war for the general good cannot be exerted at the cost of the life of an unoffending individual. The preservation of the life of man is as plainly the primary consideration, as that of the general good is secondary*”. Também, indicava um direito de contestar as decisões e citava VATTEL, que colocava: “*the perfect obligation is that which gives the opposite party the right of compulsion; the imperfect gives him only the right to ask*”. Isto significava que todos deveriam ter direitos de contestar as decisões da comunidade, o que significava do governo. Tudo se deve à ideia de “*common advantage*”, existente em qualquer sociedade.

Foi exatamente a ideia dos limites à discricionariedade que fez surgir, em meados de 1850, a noção de “**détournement de pouvoir**” como a forma de atuar de um agente quando “*tout en faisant un acte de sa compétence et en suivant les*

¹⁶⁰ Vide también: STAHL, Friedrich Julius. Die Philosophie des Rechts. Leipzig: J.C.B. Mohr, 1833, v. 2, parte 2, p. 338.

¹⁶¹ BONNIER, Édouard Louis Joseph. Trattato teorico e pratico delle pruove in diritto civile e in diritto criminale. Palermo: Presso Decio Sandron, 1853, p. 64.

¹⁶² GALE, Thomson. The discretionary power of the crown. London: William Ridgway, 1871, p. 3.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 14.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 15.

formes prescrites par la législation use de pouvoir discrétionnaire pour un cas et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir a été attribué”¹⁶⁵.

Pode-se perceber que é em pleno período liberal quando se desenvolve a teoria do controle jurisdiccional da discricionariedade administrativa. JEAN LODOVICI¹⁶⁶, ao tratar o tema na segunda metade do século XIX, colocava: “*L'on puet dire que la préoccupation constante de tous les juristes de cette première période a été de chercher le critère permettant de distinguer, de ce point de vue, les matières contentieuses des matières non-contentieuses*”. Naquela época, os órgãos consultivos do Estado determinaram os casos em que não eram admissíveis recursos, estabelecendo, *a contrario sensu*, os atos que o Executivo poderiam executar em virtude de suas faculdades discricionais e contra os quais não procediam recurso ao Poder Judiciário.

Tal rol era conhecido como o método de enumeração, o clássico “**sistema de lista**”, consignando os casos ou matérias aos quais não procedia recurso. Tal método dava à matéria um caráter casuística e especialmente dificultoso, o que provocou, posteriormente, a doutrina a criticar sua aplicação. SANTOS ALFARO Y LAFUENTE¹⁶⁷, um dos que criticava o método, demonstrava como funcionava tal “*sistema de lista*”. Defendia, em outra obra¹⁶⁸, que a lista não era fixada por disposições legislativas, nem poderia fazer-se sem faltar ao espírito de generalização, assim que era disposta por decisões do Conselho de Estado que, segundo sua jurisprudência, colocava em uma lista os atos que o governo poderia executar em virtude de suas faculdades discricionais e contra os quais não procedia o recurso contencioso-administrativo.

Depois do “*sistema de lista*”, a história concede à EDOUARD LAFERRIÈRE¹⁶⁹ o mérito de formular **duas categorias de atos administrativos: os de autoridade ou de poder e os de gestão**. Afirma esse autor que só os atos de autoridade davam lugar a disputas submetidas, em princípio, à jurisprudência administrativa, posto que os conflitos originados pelos atos de gestão correspondiam aos Tribunais ordinários. Esta diferenciação obteve uma aceitação

¹⁶⁵ AUCOC, Léon. Conférences sur l'administration et le droit administratif. 2. ed. Paris: Dunod, 1878. Tomo I, p. 467.

¹⁶⁶ LODOVICI, Jean. L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire. Lille: Douriez-Bataille, 1937, p. 24.

¹⁶⁷ ALFARO Y LAFUENTE, Santos. Demandas improcedentes por haber obrado el gobierno en uso de sus facultades discricionales. Revista general de legislación y jurisprudencia, Madrid, Ano 14, t.30/31, 1867, p. 23-25.

¹⁶⁸ *Idem*. Lo contencioso-administrativo, su materia, sus tribunales, sus procedimientos. Madrid: Librería universal de Córdoba, 1881, p. 15 e ss.

¹⁶⁹ LAFERRIÈRE, Edouard. Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux. Paris: Berger-Levrault, 1887.

generalizada e nela se encontrou as bases da jurisdição contencioso-administrativa clássica.

Há de acrescentar-se que, durante o Estado liberal ou mínimo, os indivíduos ficavam ao bel-prazer dos governantes, dependentes de uma aplicação justa e prudente das normas por parte destes. LUIS A. PANIGO¹⁷⁰ enunciava, em 1810, de maneira clara e sucinta que “*nada queda, pues, deferido a la discrecionalidad de los gobernantes, sino que éstos han de estar sujetos al fiel y bueno uso de sus facultades*”.

Em meados do século XIX, percebia-se um grande avanço no estudo da discricionariedade. E, ao final desse século, começaram a surgir os primeiros livros específicos sobre o tema¹⁷¹. Nos anos seguintes a 1850, desenvolveu-se um período de reflexão sobre este novo instituto que, somente um século depois, como se terá oportunidade de estudar, ganhou notoriedade¹⁷².

2.2.2 Estado intervencionista e a maturação da discricionariedade

Com o fim do Estado liberal ou mínimo, surgiu o modelo de Estado intervencionista em seu triplo aspecto – distributivo, produtivo e provisional – que se reforçaria ainda mais para alcançar seu auge em meado do século XX: primeiro, com a grande crise que colocou o mercado em colapso (o *crack* da Bolsa de Nova Iorque), depois, com as sucessivas guerras mundiais que o reforçariam política e militarmente (agregando os conceitos de mobilidade e de segurança nacional)¹⁷³.

As mudanças existentes naquela época e os problemas experimentados pelo modelo liberal motivaram sua substituição por uma espécie de antídoto. Dois são os modelos intervenientes surgidos: o chamado Estado Social ou

¹⁷⁰ PANIGO, Luis A. Los fundamentos del derecho político argentino en el acta del 25 de mayo de 1810. Instituto Amigos del Libro Argentino, 1810, p. 45.

¹⁷¹ Por ordem cronológica: BERTIN, Jean-Louis-Henri. Du pouvoir discréptionnaire du président du tribunal. Ordonnances sur requête. Paris, Plon, 1866; GALE, Thomson. The discretionary power of the crown. London: William Ridgway, 1871; MANDLIK, Vishwanath Narayan. Law versus discretion: remarks on the Bombay revenue bill. Bombay [India]: Printed at the “Bombay Gazette” Steam Press, 1874; CASTRO, José Antônio de Magalhães. Poder discricionario do juiz de direito, presidente do jury. Rio de Janeiro: Perseverança, 1878; RAPISARDI, Emanuele. Il potere discricionale: secondo il Codice di procedura penale italiano, e secondo la giurisprudenza delle Corti di cassazione del Regno d’Italia. Firenze: Fratelli Bocca, 1886; TEZNER, Friedrich. Zur lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte. [S.l.]: [s.n.], 1888; RENAULT, Jules. Des Actes discrétionnaires. Paris: A. Pedone, 1899.

¹⁷² Observar-se-á que, somente em meados do século XX, o estudo da discricionariedade ganhará uma maior presença.

¹⁷³ Alcançando seu auge na metade do século XX, tal modelo surgiu, efetivamente, a partir de 1917, com a Revolução Russa e a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos do mesmo ano.

Intervencionista, que tomou para si a tarefa de produção da riqueza e sua distribuição à sociedade, desconhecendo a propriedade privada e a autonomia contratual; e o Estado do bem-estar social que, equidistante de ambos, busca elementos do Estado liberal e do Estado intervencionista, sendo que este se caracteriza, portanto, pela proclamação da livre iniciativa e da intervenção em proveito da sociedade, da existência de uma tutela da propriedade privada dotada de uma função social e por possuir um dirigismo contratual para a correção da assimetria.

De acordo com ANTONIO MOZO SEOANE¹⁷⁴, o conceito que persiste, ao longo do tempo, como válido e aceito, de que a discricionariedade implicava a ausência de norma, legal ou regulamentária a que submete a atuação administrativa, com o Estado Intervencionista, deixa de existir. Nos modelos intervencionistas de Estado, não se admite mais a confusão entre a falta de norma de discricionariedade e a lacuna legal¹⁷⁵. Ademais, assume uma postura dentro da concepção da discricionariedade que revisa o fato de que esta deriva da ausência de previsão normativa. Portanto, **somente existe discricionariedade se o ordenamento a atribui.**

Durante a maturação do direito administrativo como ramo independente e autônomo, a noção de discricionariedade se desenvolveu¹⁷⁶. Inclusive, no início

¹⁷⁴ MOZO SEOANE, Antonio. La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983. Madrid: Montecorvo, 1985, p. 172 e 173.

¹⁷⁵ CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco. La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo. Revista de Administración Pública, Madrid, Ano 3, n. 7, p. 51-104,ene-abr. 1952.

¹⁷⁶ Os estudos específicos sobre a discricionariedade que mais se evidenciam, no principiar do século XX, foram (por ordem cronológica): LAUN, Rudolf von. Das freie ermessen und seine grenzen. Leipzig: franz Deuticke, 1910; PRESUTTI, Enrico. Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica. Torino: Giurisprudenza italiana, 1910; MICHOUDE, Léon. Etude sur le pouvoir discréptionnaire de l'administration. Paris: LGDJ, 1913; DELMASTRO, Paolo. Sulla discrezionalità negli atti amministrativi. Vercelli: Tip. Gallardi e Ugo, 1914; LEVEQUE, François. Les actes d'administration discréptionnaire. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1916; TEZNER, Friedrich. Das Freie Ermessen der Verwaltungsbehörden kritisch-systematisch erörtert auf Grund der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung. Wien: F. Deuticke, 1924; LA TORRE, Michele. Le questioni fondamentali della giustizia amministrativa: il potere discrezionale e l'apprezzamento sindacabile delle pubbliche amministrazioni. Milano: Anonima libreria italiana, 1926; MARTÍN-RETORTILLO, Cirilo. Notas sobre la potestad discrecional de la administración. Huesca: V. Campo y Cía., 1929; JÖHR, Eduard. Die Verwaltungsgerichtliche Ueberprüfung des administrativen Ermessens. Zürich: Aarau, 1931; FRANCESCO, Giuseppe Menotti de. Potere discrezionale della pubblica amministrazione e azione guidizaria. Padova: Cedam, 1931; LEVI, Alessandro. Attività lecita individuale ed attività discrezionale amministrativa. Padova: Cedam, 1932; JURKOVIC, Joso. Svobodni prevdarek. (Le pouvoir discréptionnaire). Ljubljana: T. Slovenija, 1936; LODOVICI, Jean. L'évolution de la notion de pouvoir discréptionnaire. Lille: Douriez-Bataille, 1937; GIANNINI, Massimo Severo. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi. Milano: Giuffrè, 1939; QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Q

do século XX, observam-se estudos sobre a discricionariedade em outros ramos do Direito, distintos daquele administrativo. Os estudos se desprendem de terminologias gerais e começam a desenvolver-se em outros ramos específicos do Direito¹⁷⁷.

Existiram duas etapas no estudo da discricionariedade como uma margem de liberdade concedida ao administrador público nessa nova etapa. Uma entre os anos de 1910-1916 e outra entre os anos de 1929-1932. Tudo depois da já mencionada primeira época (entre os anos 1866-1888), que caracterizou a evolução da noção de discricionariedade. Nesse período intervencionista, observa-se que os principais estudiosos sobre o tema foram os alemães (ao discutir a susceptibilidade do controle jurisdicional das matérias de polícia), os franceses (ao estudar o recurso por excesso de poder) e os italianos (ao tratar do mérito e da legitimidade).

Os **alemães** falavam de um “poder discricional” (*Ermessensgewalt*) e entendiam que, no Estado moderno, não existia qualquer ato que, em todas as circunstâncias e em todo seu alcance, fosse inteiramente discricional. Fazia-se uma distinção entre pura ou “*livre discricionariedade*” e discricionariedade vinculada¹⁷⁸. Mais adiante, introduziu-se a distinção entre “*livre discricionariedade*” (discricionariedade em sentido estrito) e certa discricionariedade, sustentada por GEORG MAYER¹⁷⁹. Tais distinções já

poder discricionario da administração. Coimbra: Editora Coimbra, 1944; GASPARRI, Pietro. Considerazioni sulla discrezionalità amministrativa. Cagliari: Universita degli studi, 1946; FIORINI, Bartolomé A. La discrecionalidad en la administración pública. Buenos Aires: Alfa, 1948.

¹⁷⁷ Por ordem cronológica: GAZIER, H. Le pouvoir discrétionnaire du président des assises. Paris: Marchal et Billard, 1904; SANTACROCE, Domenico. Intorno al potere discrezionale e alla facoltà regolamentare degli Enti autarchici; con speciale riguardo alla organizzazione loro negli uffici amministrativi. Catania: N. Giannotta, 1910; RAGGI, Luigi. Il potere discrezionale e la facoltà regolamentare. Milano: Vita e pensiero, 1923; HOLLAND, Friedrich-Wilhelm. Die Freiheit des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung in den Entwürfen zu einen DetschenStrafgesetzbuche. Köln: Göttingen, R.- u. staatswiss, 1926; RASELLI, Alessandro. Il potere discrezionale del giudice civile. Padova: Cedam, 1927, v. I; HEILBRON, Brigitte. Freies pflichtmässiges Ermessen des Richters. Breslau: Schletter'sche Buchhandlung, 1929; ALEXEFF, Paul. L'Etat, le droit et le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques. Born: [s.n.], 1929; BOWERS, Renzo Dee. The Judicial Discretion of Trial Courts: a treatise for trial judges and trial lawyers. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1931; BELLAVISTA, Girolamo. Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena. Milano: Fratelli Bocca, 1939; ARDAU, Giorgio. I poteri discrezionali dell'imprenditore nel rapporto di lavoro. Milano: Giuffrè, 1940; CHATELAIN, Jean. De la compétence discrétionnaire du gouvernement dans l'application des lois et des jugements. Paris: M. Lavergne, 1942; MESSINA, Salvatore. La discrezionalità nel diritto penale. Roma: Ateneo, 1947; MESSICK, John Decatur. The Discretionary Powers of School Boards. Durham, N. C.: Duke Univ. Press, 1949.

¹⁷⁸ LAUN, Rudolf von. Das freie ermessen und seine grenzen. Leipzig: franz Deuticke, 1910.

¹⁷⁹ MAYER, Georg. Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 3. ed. Leipzig: Duncker & Humblot, 1913.

estavam coletadas por WILHELM KRAIS¹⁸⁰, o qual afirmava que existia uma discricionariedade de direito (*rechtliches Ermessen*) – que poderia ser controlada pelo tribunal administrativo – e uma discricionariedade livre – que estaria fora desse controle. Desse modo, a discricionariedade pura era tida como uma liberdade de eleição absoluta, a autoridade decidiria de acordo com sua vontade¹⁸¹ ou seu arbítrio¹⁸². Eles também estudaram as estruturas das normas e a localização da discricionariedade na mesma e individuaram que todas as normas possuem duas partes: a hipótese (*Tatbestand*) e as consequências (*Rechtsfolge*). Hoje em dia, já se assinala uma terceira parte, que conecta as duas mencionadas¹⁸³. A maior parte da doutrina afirma que a discricionariedade só existia na conexão e nas consequências. É por isso que asseveram que existem dois tipos de discricionariedade: uma quando a norma outorga ao agente competente a possibilidade para atuar ou não atuar, ou seja, aplicar ou não uma das consequências da norma (discricionariedade de atuação – *Handlungsermessen*); outra quando o agente pode eleger entre uma das várias opções que a norma lhe concede (discricionariedade de eleição – *Entscheidungsermessen*)¹⁸⁴. Também estudaram a distinção entre “*conceitos jurídicos indeterminados*” e discricionariedade. Desde a década de 1950, analisa-se a questão de uma margem de livre apreciação (*Beurteilungsspielraum*) existente na zona de incerteza (ou auréola conceitual) dos “*conceitos jurídicos indeterminados*”¹⁸⁵. Também, pode-se dizer que é mérito da doutrina alemã a criação da teoria da redução da discricionariedade a zero (*Ermessensreduzierung auf Null* ou *Ermessensschrumpfung*). Esta teoria afirma que a margem de liberdade em uma norma abstrata é quase sempre maior que a mesma margem em uma situação

¹⁸⁰ KRAIS, Wilhelm. Rath des königlichen Verwaltungsgerichtshofes: Gesetz vom 8. August 1878, die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und das Verfahren in Verwaltungsgerichtssachen betreffend. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1889, p. 156.

¹⁸¹ TEZNER, Friedrich. Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte. [S.l.]: [s. n.], 1888.

¹⁸² KRAIS, Wilhelm. Rath des königlichen Verwaltungsgerichtshofes: Gesetz vom 8. August 1878, die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und das Verfahren in Verwaltungsgerichtssachen betreffend. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1889.

¹⁸³ WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. Direito Administrativo (Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

¹⁸⁴ JELLINEK, Walter. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung: Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -Feststellungen, Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen: Scientia, 1964.

¹⁸⁵ WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch. München: Beck, 1955, p. 194 e 195; BACHOF, Wolf. Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Tübingen, Mohr (Siebeck) 1966-7, v. I, p. 231 e 232, v. II, p. 262.

concreta. Aplicando-se todos os limites da discricionariedade, poder-se-ia reduzir as opções/alternativas a um ponto em que apenas uma opção válida permanecesse. Quando isso sucede, os Tribunais não apenas poderiam anular sua aplicação ilegal, como também substituir a decisão administrativa tomada¹⁸⁶.

Os **franceses**, depois de “*criarem*” um amplo conceito de discricionariedade como liberdade diante dos Tribunais e do Legislativo, passaram por um longo processo de estreitamente do conceito que chega até hoje. O primeiro passo foi substituir a citada “*zona de matérias discricionais*” pelo conceito de “*ato discricional*”¹⁸⁷. Tal ato possuía como único limite os direitos adquiridos, os quais se constituíam no único que se deveria respeitar. A Administração apenas estava limitada por tais direitos, portanto, sendo impossível o controle jurisdicional sobre qualquer ato que não vulnerasse os citados direitos. Ao mesmo tempo, para não sofrer um grande corte dos privilégios da Administração, surgiu a chamada “*doutrina da alta polícia*”, onde continuava a Administração totalmente livre para atuar como bem desejasse. Tais atos foram denominados posteriormente como “*atos de governo*”. GABRIEL DUFOUR explica¹⁸⁸: “*Ce qui fait d'acte de gouvernement, est le but que se propose son auteur. L'acte qui a pour but de défendre la société, prise en elle-même ou personifiée dans le gouvernement, contre ses ennemis intérieurs et extérieurs, avoués ou cachés, présents ou à venir, voilà l'acte de gouvernement et la mesure de haute police*”.

EDOUARD LAFERRIÈRE¹⁸⁹ formula, como já mencionado, duas categorias de atos administrativos: os de autoridade ou de poder e os de gestão. Também existiu quem fizesse a distinção entre atos de alta administração e atos de governo¹⁹⁰. Assim, esse estudioso¹⁹¹ criou uma célebre distinção que consistiu em diferenciar o administrar e o governar: “*Administrer, c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec*

¹⁸⁶ MARTENS, Wolfgang. Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln. *JuS - Juristische Schulung*. Frankfurt, n. 7, v. 2, p. 245-252, julio, 1962.

¹⁸⁷ LAFERRIÈRE, Firmin Julien. *Cours de droit public et administratif*. Paris: Librairie du Conseil d'État, 1860; DUCROCQ, Théophile Gabriel Auguste. *Cours de droit administratif*: contenant l'exposé et le commentaire de la législation administrative dans son dernier état avec la reproduction des principaux textes, dans un ordre méthodique. Paris: Ernest Thorin, 1881.

¹⁸⁸ DUFOUR, Gabriel. *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence concernant l'exercice de l'autorité*. Paris: Cotillon, 1854-1857, p. 127.

¹⁸⁹ LAFERRIÈRE, Edouard. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Paris: Berger-Levrault, 1887.

¹⁹⁰ RENAULT, Jules. *Des Actes discrétionnaires*. Paris: A. Pedone, 1899, p. 63 e ss.

¹⁹¹ LAFERRIÈRE, Edouard. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. 2. ed. Paris: Berger-Levrault, 1896, T. II, p. 32 e 33.

l'administration centrale ou locale et des diverses administrations entre elles. Gouverner, c'est pourvoir aux besoins de la politique tout entière, veiller à l'observation de la constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs public, aux rapports de l'Etat avec les puissances étrangères, à la sécurité intérieure et extérieure". No entanto o grande passo da doutrina francesa foi quando esta começou a realizar um controle do vício de incompetência e da forma, e mais ainda quando houve o controle com base em um excesso e no desvio de poder, que foi expressamente consagrado no art. 8 da *Loi du 23 mai 1872*¹⁹². A progressiva ampliação da noção de *légalité* serviu a incrementar de forma crescente a extensão do controle judicial. Sendo assim, a evolução da teoria do poder discricional segue passo a passo a evolução do debate sobre a *légalité*. É a contraposição entre a noção de *légalité* e *opportunité* que corresponde à diferença entre *compétence liée* e *pouvoir discréptionnaire*. As noções de *opportunité* e *pouvoir discréptionnaire* são vista, na doutrina francesa, como termos absolutamente fungíveis, no sentido de que o exercício do poder discricional comporta sempre uma valoração da oportunidade. LEON DUGUIT¹⁹³ sugeriu uma noção de "*legalité pure*", fundada na premissa do direito objetivo e na unicidade da solução proporcionada ao problema administrativo em presença de certos fatos contemplados na previsão da norma. Além disso, a doutrina passou a entender que a discricionariedade não era o fenômeno de um determinado tipo de ato para passar a ser uma questão de fronteira entre competência vinculada e discricionariedade¹⁹⁴. Desse modo, ROGER BONNARD¹⁹⁵ entendia que "*dans tout acte, on peut trouver un certain pouvoir discréptionnaire*". E, por isso, procedeu a individualização do núcleo do poder discricional, como limite ao

¹⁹² SERRIGNY, Denis. Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil. Paris: A. Durand, 1865, p. 35; DUCROCQ, Théophile Gabriel Auguste. Cours de droit administratif: contenant l'exposé et le commentaire de la législation administrative dans son dernier état avec la reproduction des principaux textes, dans un ordre méthodique. Paris: Ernest Thorin, 1881, p. 252: "les actes d'administration pure tenant au pouvoir discréptionnaire n'échappent pas entièrement au contrôle du conseil d'Etat, anquel ils penvent toujours être déferés pour incompétence et excès de pouvoir".

¹⁹³ DUGUIT, Leon. Les transformations du Droit public. Paris: A. Colin, 1913.; DUGUIT, Leon. Traité de droit constitutionnel. Paris: Boccard, 1911. Tomo I.

¹⁹⁴ MICHOUUD, Léon. Etude sur le pouvoir discréptionnaire de l'administration. Paris: LGDJ, 1913; GIRAUD, Émile. Étude sur la notion du pouvoir discréptionnaire. Revue générale d'administration, Paris, v. 46, p. 193-212, 298-320, 1924; WALINE, Marcel. Le pouvoir discréptionnaire de l'administration, et sa limitation par le contrôle juridictionnel. Revue un droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Paris, Ano 37, t. 47, p. 197-223, 1930.

¹⁹⁵ BONNARD, Roger. Le pouvoir discréptionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir. Revue un droit public et de la science pointique en France et à l'étranger, Paris, Ano 29, t. 40, n. 3, p. 363-392, juillet-septembre, 1923.

controle judicial, na enunciação que a norma atributiva do poder logra do pressuposto de fato e de direito que condiciona a adoção do procedimento e sobre a base do qual a Administração exercita sua própria competência. Em particular, pregava-se que, quando o legislador não enuncia o motivo, ou o enuncia de maneira vaga, teria um poder discricional, sendo seu exercício incontrolável¹⁹⁶.

Os **italianos** faziam uma distinção entre a discricionariedade pura (nos mesmos termos que a doutrina alemã e francesa) e a discricionariedade técnica. Conquanto os austríacos já tivessem tratado da discricionariedade técnica¹⁹⁷, cabe atribuir à doutrina italiana seu desenvolvimento. Para alguns, trata-se de um poder livre; para outros, de um poder vinculado que não é suscetível de ser controlado pelos Tribunais; também, há quem defenda como um poder vinculado, o qual deve ser, ainda que não integralmente, controlado judicialmente; e ainda, quem pense que sua natureza varia segundo o caso. Basicamente, pode-se dizer que a doutrina italiana sobre discricionariedade se divide em duas correntes, uma capitaneada por MASSIMO SEVERO GIANNINI¹⁹⁸ e outra por COSTANTINO MORTATI¹⁹⁹. O primeiro concebe como interesse público primário aqueles interesses que resultam diretamente de uma autoridade administrativa competente e interesse público secundário todos os restantes interesses, públicos ou privados, a respeito dos quais uma autoridade administrativa deva ponderar no tocante aos efeitos de tomar uma decisão. Segundo o autor, a discricionariedade consiste na ponderação comparativa de vários interesses secundários com a finalidade de privilegiar um, entre eles, a fim de satisfazer um interesse primário. Para COSTANTINO MORTATI, os pressupostos da discricionariedade são o caráter funcional do poder e a inexistência ou o inacabamento dos preceitos normativos relativos aos comportamentos a adotar para satisfazer nos casos concretos o interesse em atenção ao qual o poder é conferido. Sempre que a norma deixa incompleto um elemento da “*fattispecie*” e o preenchimento deva ser levado a cabo mediante um juízo de correlação entre as exigências consideradas pelo legislador, na formação da norma e a situação concreta, o intérprete deverá elaborar uma regra para o caso concreto perante a conjunção de uma série de

¹⁹⁶ PAOLANTONIO, Nino. *Potere discrezionale e sindacato giurisdizionale di legittimità nel sistema francese*. In: AA. VV. La discrezionalità amministrativa: profili comparati (atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995). Milano: Giuffrè, 1997.

¹⁹⁷ BERNATZIK, Edmund. Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien. Wien: Manz, 1886.

¹⁹⁸ GIANNINI, Massimo Severo. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi. Milano: Giuffrè, 1939, p. 480 e ss.

¹⁹⁹ MORTATI, Costantino. *Discrezionalità*. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. Novissimo digesto italiano. Torino: UTET, 1958-1961. Tomo V, p. 1102 e ss.

pressuposições normativas em parte fortalecidas por lei e em parte pelo sistema de conhecimento extrajurídico, assumindo, estes, caráter jurídico ao servir para qualificar a relação. São fundamentalmente duas as direções em que se desenvolveu a doutrina italiana no que diz respeito à discricionariedade. Por um lado, procura esclarecer o procedimento lógico por meio do qual deverá a Administração chegar à formulação do ato discricionário. Por outro, tenta caracterizar a essência da discricionariedade por meio da definição do(s) elemento(s) que dá corpo ao momento valorativo²⁰⁰.

Os *espanhóis*, apesar de não terem ganhado notoriedade como os anteriores por seus estudos sobre a discricionariedade, também, dedicaram muita atenção ao tema. Assim como nos demais países, nas discussões sobre a competência dos Tribunais contencioso-administrativos, começaram a diferenciar entre atuação discricionária e vinculada por meio do sistema de lista. A respeito, SANTOS ALFARO Y LAFUENTE²⁰¹ se afastou do sistema de lista e inferia que a Administração, quando atua como tal, poderia exercer duas classes de autoridade: o poder de mando, que é discricional, livre de forma absoluta, e o poder de aplicar as disposições legais, que é a esfera em que a Administração está submetida à lei, vinculada por esta. No primeiro caso, poderia ter um duplo caráter, discricional, por natureza, submetida apenas às regras de justiça e equidade e presidida por critérios de retidão e imparcialidade; e discricional pelas circunstâncias, que apareceria frente a direitos particulares dos que têm de prescindir em um caso concreto. Esta última atividade estaria isenta de todo controle judicial, enquanto a atividade vinculada não o estaria. Esse foi o ponto de partida para todos os demais estudos na Espanha²⁰². É nessa contraposição de poderes de mando *versus* poderes de aplicar a lei que se fundamentará a natureza da jurisdição contencioso-administrativa. Com base nos conceitos de poder discricional e vinculado, articula-se e comprehende o que é a jurisdição contencioso-administrativa. Tanto é assim, que, em 1888, a chamada Lei para o Exercício da Jurisdição Contencioso-administrativa, de 13 de setembro (também conhecida como Lei Santamaría de Paredes), utiliza a dicotomia discricional-vinculado (como caráter geral sem empregar um sistema de lista) para determinar a procedência do recurso contencioso-administrativo. Essa legislação conformou

²⁰⁰ CORREIA, José Manuel Sérvelo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpresão da edição de 1987), p. 168 e ss.

²⁰¹ ALFARO Y LAFUENTE, Santos. Lo contencioso-administrativo, su materia, sus tribunales, sus procedimientos. Madrid: Librería universal de Córdoba, 1881, p. 60 e ss.

²⁰² GALLOSTRA Y FRAU, José. Lo contencioso-administrativo. Madrid: Imprenta y Fundición de M. Tello, 1881, p. 125 e SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente. Curso de derecho administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España. Madrid: Ricardo Fé, 1883, p. 841 e ss.

a premissa de que a discricionariedade é a regra geral e a atividade vinculada a exceções, onde a primeira se caracterizava como um conceito negativo-formal, ao que se chegava por oposição ao vinculado e que, por conseguinte, via subtraída a competência do recurso contencioso-administrativo. No princípio do século XX, na Espanha, se existisse um direito subjetivo, ou seja, uma norma anterior estabelecendo um direito a favor do particular, não existiria discricionariedade. Esta somente existiria quando não houvesse direito subjetivo. Além disso, também se abordou, na Espanha, o tema dos atos de governo, designados como “*cuestiones pertenecientes al orden político o de gobierno*”; os conceitos jurídicos indeterminados que deixavam ao próprio juízo da Administração, sem sujeição a regras, a apreciação do conceito; a redução da discricionariedade por meio dos vícios de forma e incompetência, do abuso e desvio ou excesso de poder²⁰³. Com a Lei Jurisdiccional de 1956, finalmente, o tema da discricionariedade ganhou, na Espanha, uma conceituação nova e abriu-se a possibilidade de um maior e mais genuíno controle dela, então, passando a discricionariedade a ser realmente fiscalizável apenas dos esforços jurisprudenciais e deixando de constituir uma fonte de imunidade judicial para a Administração. Podendo, desde a promulgação da tal lei, ser improcedente, mas não inadmissível as pretensões de anulação.

O Estado intervencionista confirma o fato de que a discricionariedade é uma **característica necessária da Administração**, que para administrar bem é necessária certa liberdade²⁰⁴. Além disso, assenta-se a ideia de que a **discricionariedade apenas poderá existir se essa decorre da vontade do legislador**²⁰⁵, no entanto questiona-se quando a atribui ao legislador. Foi, então,

²⁰³ GUAITA MARTORELL, Aurelio. Los actos políticos o de gobierno en el Derecho español. *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, Barcelona, n. 4, p. 74, jan-jun. 1955; MARTÍN-RETORTILLO, Cirilo. *Notas sobre la potestad discrecional de la administración*. Huesca: V. Campo y Cía., 1929.

²⁰⁴ MICHOUUD, Léon. *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*. Paris: LGDJ, 1913; GIRAUD, Émile. Étude sur la notion du pouvoir discrétionnaire. *Revue générale d'administration*, Paris, v. 46, p. 193-212, 298-320, 1924. Para este último, a discricionariedade é característica da Administração por duas ordens de razão: por um lado, devido à dificuldade que o legislador tem de fazer leis capazes de prever e de adaptar-se às inúmeráveis situações sociais; por outro, em razão da necessidade de deixar a Administração suficientemente livre, de modo que ela possa reconhecer as situações técnicas e gerais e decidir sobre as mesmas, tomando as medidas necessárias para assegurar o funcionamento dos serviços públicos e a execução das leis.

²⁰⁵ MICHOUUD, Léon. *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*. Paris: LGDJ, 1913; BONNARD, Roger. Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir. *Revue un droit public et de la science pointique en France et à l'étranger*, Paris, Ano 29, t. 40, n. 3, p. 363-392, juillet-septembre, 1923; FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. Erster Band: Allgemeiner Teil. Mit Sach- und Personenregister. München, Beck, 1954; JELLINEK, Walter. *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*: Zugleich ein System der

que se reconheceu a existência de uma “*discricionariedade*” implícita nos conceitos indeterminados. Chegou-se a presumir que o emprego desses conceitos corresponderia à manifestação da vontade de atribuir a discricionariedade²⁰⁶. Também se pensou que a discricionariedade derivava de um poder discricional inerente a qualquer ato que, ao final das contas, consistia em um poder de apreciação da oportunidade das medidas administrativas²⁰⁷.

Naquela época, afirmava-se que a discricionariedade era uma questão de oportunidade e não de justiça²⁰⁸, e que seu núcleo fundamental consistia em uma maior ou menor liberdade de decisão, que era a delimitação individual de um conceito indeterminado, feito sem erro, assim, significando uma liberdade de conteúdo legal e, por conseguinte, limitada²⁰⁹, mas sempre sujeita ao controle dos chamados vícios da discricionariedade²¹⁰. Logo, definia-se a discricionariedade administrativa como a liberdade de opções. Não há sentido em falar de vinculação a um fim, pois uma solução que não fosse coerente ao fim deixaria de fazer parte do leque de alternativas ou opções válidas. Voltar-se-á a tratar esse assunto mais adiante.

Também houve quem fizesse a distinção entre a **discricionariedade em atuar ou não atuar e quanto ao modo de atuar**²¹¹. A primeira é a liberdade de

Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -Verfügungen, Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen: Scientia, 1964.

²⁰⁶ Assim surgiu a doutrina dos “*conceitos discricionais*” um dos maiores problemas do Direito administrativo, pois até hoje não se resolveu que conceitos indeterminados atribuem discricionariedade e se eles realmente a atribuem. Tratar-se-á de tal tema mais adiante.

²⁰⁷ DUGUIT, Leon. Les transformations du Droit Public. Paris: A. Colin, 1913, p. 206; JÈZE, Gaston Paul Amédée. Les principes généraux du droit administratif. Paris: M. Giard & E. Brière, 1914, p. 371; HAURIOU, Maurice; HAURIOU, André. Précis de droit administratif et de droit public. Paris: Librairie du Recueil Sirey (société anonyme), 1933, p. 431; WALINE, Marcel. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, et sa limitation par le contrôle juridictionnel. Revue un droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Paris, Ano 37, t. 47, p. 197-223, 1930.

²⁰⁸ JELLINEK, Walter. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung: Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -Verfügungen, Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen: Scientia, 1964, p. 29.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 30-32; MEUCCI, Lorenzo. Instituzioni di diritto amministrativo. Torino: Fratelli Bocca, 1892, p. 144: “*discrezionale, perché spazia ne’ confini segnati dalla legge o tracciati da uno scopo*”; MICHOUD, Léon. Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Paris: LGDJ, 1913; WALINE, Marcel. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, et sa limitation par le contrôle juridictionnel. Revue un droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Paris, Ano 37, t. 47, p. 197-223, 1930.

²¹⁰ FORSTHOFF, Ernst. Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Erster Band: Allgemeiner Teil. Mit Sach- und Personenregister. München, Beck, 1954, p. 84. Dizia o autor que uma decisão tomada sem qualquer ligação com um limite não é uma decisão discricional.

²¹¹ A discricionariedade em atuar ou não (*Entschliessungsermessen*) foi muito bem-tratada por WALTER JELLINEK (JELLINEK, Walter. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung:

tomada de decisão e a segunda a liberdade entre diversas condutas possíveis. Entendia-se que a discricionariedade era limitada pelos deveres funcionais da pessoa que a exercia, a qual deveria sempre atuar de forma justa e de acordo com o Direito, não sendo apenas um direito, mas também uma obrigação²¹². WALTER JELLINEK²¹³ entendia que a discricionariedade somente podia ser entendida como discricionariedade vinculada, pois o agente que a detivesse deveria atuar de forma vinculada, mas o sentido de atuar de forma vinculada no caso concreto era o que a determinava. Assim, casos idênticos poderiam ser decididos de modos distintos, pois diferentes autoridades apresentariam opiniões pessoais distintas. MAURICE e ANDRÉ HAURIQU²¹⁴ sustentaram que a moralidade administrativa atuava como um limite da discricionariedade, inclusive entendendo que era uma questão delicada por possuir essa uma natureza extrajurídica.

Em resumo, pode-se entender que o poder discricionário, e não o ato discricional, evolucionou até o ponto de, em meados do século XX, afirmar-se que não havia limites próprios para o exercício desse poder porque dito poder representava a realização da vontade do legislador, que era “delegada” à Administração, que necessitava de flexibilidade e dinamismo para realizar uma boa administração. Ademais, entendia-se que somente os elementos vinculados do ato administrativo poderiam e deveriam ser controlados pelo Poder Judicial. O exercício do poder discricionário, isto é, a adoção de uma conduta permitida, enquanto executada por razões de política administrativa, era livre por expressa vontade do legislador, e aquilo que os legislados concederam não poderia o tribunal retirá-lo ou limitá-lo. Daí que se entende que o exercício do poder

Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -Verfügungen, Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen: Scientia, 1964) e a discricionariedade de atuar ou omitir-se e discricionariedade quanto ao modo de atuar por ERNST FORSTHOFF (FORSTHOFF, Ernst. Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Erster Band: Allgemeiner Teil. Mit Sach- und Personenregister. München, Beck, 1954), ÉMILE GIRAUD (GIRAUD, Émile. Étude sur la notion du pouvoir discrétionnaire. Revue générale d'administration, Paris, v. 46, p. 193-212, 298-320, 1924), MARCEL WALINE (WALINE, Marcel. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, et sa limitation par le contrôle juridictionnel. Revue un droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Paris, Ano 37, t. 47, p. 197-223, 1930) e ROGER BONNARD (BONNARD, Roger. Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir. Revue un droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Paris, Ano 29, t. 40, n. 3, p. 363-392, juillet-septembre, 1923).

²¹² JELLINEK, Walter. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung: Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -Verfügungen, Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen: Scientia, 1964, p. 96.

²¹³ *Ibidem*, p. 30.

²¹⁴ HAURIQU, Maurice; HAURIQU, André. Précis de droit administratif et de droit public. Paris: Librairie du Recueil Sirey (société anonyme), 1933, p. 456.

discricional não estava sujeito à fundamentação nem a qualquer tipo de limites. Tudo que a doutrina denominava limite estava situado em uma fase prévia ao momento que tem lugar o exercício de dito poder.

2.2.3 Estado pós-moderno e os novos enfrentamentos da discricionariedade

Ambos os modelos intervencionistas (Estado social/intervencionista e Estado do bem-estar) entraram em crise na segunda metade do século XX. A alternativa foi partir para a reformulação dos dois modelos intervencionistas e, reivindicando, então, seus protagonismos, desenvolveu-se um modelo misto temperando a organização e a disciplina, até então atingida pelo Estado, com as potencialidades inesgotáveis de criatividade própria das sociedades livres. Hodiernamente, busca-se um Estado eficiente, com menos custos e melhores resultados. Tendo-se em conta as transformações que se está vivendo, pode-se afirmar que o aparato do Estado tende a perder sua histórica configuração piramidal para adotar o modelo reticular da pós-modernidade.

Esse modelo de Estado pós-moderno, encontra-se envolvido em um tripé juspolítico, que se caracteriza pelo novo constitucionalismo/neoconstitucionalismo, que possibilita a positivação das garantias fundamentais, a onipresença entre princípios e regras, a concessão de uma força vinculante/eficaz própria aos princípios, elevando-os ao patamar de uma categoria normativa autônoma, dotada de um sistema de eficácia própria; pela nova teoria do direito/pós-positivismo jurídico, que deslocou para a sede constitucional a dicção fundamental do interesse público, permanecendo com o legislador infraconstitucional a tarefa de especificá-lo; e pelo novo Estado/Estado de Justiça Democrático de Direito, que submeteu uma organização política, simultaneamente, à lei, ao interesse social prevalecente e à moral.

Nesse modelo, a discricionariedade passa a não ser tão somente limitada pela lei, mas também pelo Direito, por valores unanimemente aceitos e por valores morais, ou seja, pelos interesses públicos, enfim, por todos os valores consagrados pelas Constituições²¹⁵. Passa, não apenas a existir uma separação da

²¹⁵ Destaca-se, também, a mudança na função da lei, pois não é apenas *constitutio*, mas também *actio*; não é somente o mecanismo por excelência de garantia da liberdade e da propriedade, mas também instrumento de direção ou programação da ação administrativa. Por isso, em muitos setores, a lei se limita a estabelecer critérios materiais, princípios, estandardizações e objetivos, por conseguinte, transferindo a decisão de fundo a outros poderes, que deverão criar as regras (gerais ou de caso concreto) aplicáveis (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 34). Ou seja, ocorre um esgotamento do positivismo para a abertura de um espaço dedicado aos valores no Direito, introduzindo, nestes, os princípios entendidos não apenas como expressão do núcleo de valor

administração política, que se vale da “*discricionariedade pura*” e que permanece nos órgãos de direção puramente político-partidária, da administração técnica, que se vale predominantemente da chamada “*discricionariedade técnica*” e que, por este motivo, submete-se a órgãos dotados de autonomia funcional e de independência constitucional, assim como permite que existam novas formas e modalidades de “*discricionariedade*”.

MATTHEW DILLER²¹⁶ chega a tratar de uma “*new discretion*”. Afirma o autor que os novos paradigmas do direito administrativo, que surgem do processo de reforma do Estado do bem-estar, caracterizam-se por um “*return to discretionary forms of administration and an increase in the power that ground-level administrators wield over benefit recipients*”. Incrementando a autoridade e a discricionariedade dos “*ground-level administrators*” ou “*low-level administrators*”, houve uma reinvenção das funções pessoais dos agentes públicos, principalmente no âmbito da motivação, de guias de conduta e supervisão dos destinatários, sempre promovendo a mensagem da autossuficiência. Essa nova perspectiva da discricionariedade constitui uma importante reestruturação da relação entre os administradores que têm contato direto com os administrados ou os servidores que atuam na linha de frente e os cidadãos. De acordo com o autor, a imposição de requisitos, exigências e prazos no trabalho, a criação de diversificados programas, o fortalecimento das sanções e a reorganização das funções do pessoal viabilizam uma consequência em comum: aumentar a autoridade e discricionariedade dos agentes públicos. Tal tendência, segundo o autor, pode produzir situações nas quais o agente “*are handed vast amounts of discretionary authority along with the power to enforce their determinations*”. E aduz que “*the new administrative model emerging from the process of welfare reform bestows large amounts of discretionary authority on thousands of workers to make decisions that have major impacts on many lives*”.

Assim, todas essas transformações atuais e a mudança de um Estado moderno para um pós-moderno aumentaram o grau de emprego da discricionariedade administrativa e do que, como se observará, chamar-se-á

ou de referência doutrinária integrativa, mas como normas dotadas de eficácia própria e vinculativa, aptas a operarem de vários modos seus efeitos.

Não basta, portanto, que o Estado se submeta ao Direito conformado pelas leis, que é seu próprio produto; é necessário que estas leis se submetam ao Direito, que é produto da sociedade. A Lei deixou de ser a única, suprema e racional fonte do Direito.

²¹⁶ DILLER, Matthew. The revolution in welfare administration: rules, discretion, and entrepreneurial government. New York University Law Review, New York, v. 75, n. 5, p. 1121-1220, nov. 2000, p. 1129, 1163-1667 e 1172.

apreciatividade²¹⁷. Poder-se-ia dizer que se está vivenciando um dos grandes aumentos do uso da discricionariedade depois das revoluções inglesa, americana e, principalmente, francesa²¹⁸.

Para DENIS J. GALLIGAN²¹⁹:

[...] discretionary powers are not innovation of the modern state since any system of authority relies on discretion in varying ways and degrees; the argument is only that in recent decades the quantity of discretion has increased to make a more significant facet of state authority. This expansion can be seen not in powers expressly delegated, but also in the levels of unauthorized discretion, in the sense that officials assume to themselves the power to depart from, change, or selectively enforce authoritative legal standards”²²⁰.

Por todo o exposto, pode-se referir que se experimentou com o tema da discricionariedade um ciclo ininterrompido de altos e baixos de espaços de atuação, tendo sempre como tela de fundo o eterno conflito entre o exercício de um dever-poder e os limites impostos ao seu exercício²²¹. Ou seja, apesar de seu

²¹⁷ GARY C. BRYNER (BRYNER, Gary C. Bureaucratic discretion: law and policy in Federal Regulatory Agencies. New York: Pergamon Press, 1987, p. ix) sustenta que o mesmo ocorreu nos Estados Unidos da América. Segundo o autor, o crescimento dramático do poder regulatório do governo federal durante o *New Deal* suscitou um desejo de reduzir e limitar a discricionariedade das agências administrativas que recebiam amplas delegações de poder, o que em última instância terminou com a aprovação da “*Administrative Procedure Act*” em 1946. O crescimento da regulação, a partir de 1960, provocou um grande esforço para estruturar esse poder e refazê-lo a níveis mais aceitáveis.

Assim, criaram-se uma variedade de dispositivos e estratégias de procedimento para limitar a discricionariedade administrativa e fazer as agências mais democráticas, constitucionais e legalmente responsáveis.

²¹⁸ A revolução inglesa afirmou a instituição parlamentarista como sede autônoma de exercício da função legislativa; a revolução americana criou um sistema judicial dotado de autonomia para o exercício da função judicial; e a revolução francesa transferiu do rei a uma burguesia autônoma o exercício da função administrativa.

²¹⁹ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 72-73.

²²⁰ Sobre uma relação de fatores históricos que contribuem ao crescimento da discricionariedade, *vide*: GALLIGAN, Denis J. *Ibidem*, p. 74 e ss. Contudo, o autor (*ibidem*, p. 81) afirma que: “any claim that there is a predominant tendency towards discretionary authority must depend on careful examination of the many areas of state regulation, and this has not yet been done in a systematic way”.

²²¹ Além dos fatos históricos mencionados para limitar a discricionariedade, foram criados também mecanismos jurídicos. Basta recordar a criação do “*recurso por excesso de poder*” pelo Conselho de Estado francês, como uma exceção à regra da imunidade jurisdicional, primeiro nos casos de vício de incompetência, depois com relação aos vícios de forma; a criação da “*teoria do desvio de poder*”, que torna ilegal o ato quando a Administração se afasta da finalidade legal; a criação da “*teoria dos motivos*

grande valor, em determinados momentos históricos, revelaram-se reduções específicas na livre atuação estatal, o que ocasiona uma maior participação do Poder Legislativo na condução da gestão estatal, tendo em conta que seus representantes são eleitos pelo povo, preferindo este que a gestão se realize por meio de seus verdadeiros representantes. Não obstante, tal encargo nas mãos do Legislativo conduz a uma crise da eficiência que, ao final, faz emergirem reengenharias estatais, cujo propósito é equilibrar a divisão tripartida dos poderes e retornar a eficiência do Estado. Aqui, surgem mudanças de políticas e de formas de Estado como atualmente se vivenciam.

determinantes”, onde o Poder Judicial entra para analisar os fatos; a criação do controle por meio do “*recurso com base nos princípios gerais de direito*”; entre outros.

CAPÍTULO 3

MEIOS OU FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DA VONTADE ADMINISTRATIVA

3. Classificações em torno dos diversos grupos de subjetividade ou autonomia pública

Não obstante os muitos esforços da doutrina administrativista nacional e internacional, não se conseguiu ainda uma estruturação, uma tipificação, uma caracterização material e uma delimitação sistemáticas das diferentes formas de manifestação da vontade administrativa.

Passa-se a analisar algumas classificações distintas daquelas vistas na doutrina nacional, no início deste capítulo.

3.1 Vinculado, discricional ou graciável

Sustenta CECILIO GÓMEZ CABRERA²²² que uma vez concedido normativamente um poder, o grau concreto de submissão de seu exercício ao direito pode variar em função do poder ser, mais ou menos, vinculado, discricional ou graciável.

No **vinculado**, o grau de submissão à lei é pleno, no sentido de que seu exercício se traduz simplesmente em uma aplicação automática da norma aos fatos. Aquela define perfeitamente de forma acabada e completa as atribuições conferidas à Administração, pelo que se exclui qualquer apreciação subjetiva ou voluntarismo administrativo. A solução mais adequada aos interesses públicos é a que resulta da norma.

A norma nem sempre determina de forma plena e acabada as atribuições que conferem à Administração, de tal modo que o ato ou atuação que proceda resulte de maneira automática da vontade normativa. Pode ocorrer que esse ato ou atuação que proceda à luz das circunstâncias concorrentes seja remetido pela própria norma ao juízo subjetivo da Administração no “an”, no “quando” ou no “quomodo”, dando lugar ao que o autor chama de **discrionariedade**.

Por fim, os poderes **graciáveis** são, na realidade, prerrogativas, ou melhor, atos de liberdade, de generosidade e, portanto, o ato resultante de seu exercício depende única e exclusivamente do possuidor da vontade investido com ela. Não está submetido nem à lei nem ao Direito. Trata-se de um ato cuja outorga

²²² GÓMEZ CABRERA, Cecilio. La discrecionalidad de la Administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de la Inspección. Madrid: McGraw-Hill, 1998, p. 402 e ss.

tampouco está ligada à apreciação de interesse público. Constituem, assim, a mais flagrante negação do Estado de Direito, não sendo possível sua existência, pois, na atualidade, toda a atuação administrativa está submetida plenamente à lei e ao Direito e há de ser exercida em função dos interesses públicos. O termo, segundo o autor, somente pode ser utilizado como sinônimo de discricionariedade.

Nota-se que, apesar de elencar três meios de manifestação de vontade, apenas dois seriam juridicamente válidos. Como se poderá perceber mais adiante, também, defende-se uma diferença entre a manifestação de vontade com liberdade e a arbitrariedade.

3.2 Vinculado, facultativo ou faculdade e discricional

GIORGIO ARDAU²²³, também acredita existirem três grupos no qual tradicionalmente a doutrina administrativista distingue a forma de manifestação de vontade da Administração, são elas: poder vinculado; poder facultativo ou faculdade; e poder discricional.

Depois de definir o que chama de poder vinculado e discricional, afirma que, por eliminação, a noção de arbitrariedade é sinônimo de “poteri facoltativi”, sendo esse: “*quale atto dotato di tale facoltatività da poter essere variamente indirizzato in concreto, ad nutum non solo, ma di poter anche essere esercitato o meno*”. E acrescenta que a:

Pubblica Amministrazione fossero sempre, almeno, discrezionali e non mai arbitrarie, questa ultima qualificazione va invece attribuita, di regola, agli atti dei privati. Quando perciò si rileva, da un punto di vista opposto a quello usato in principio, che un potere sicuramente non vincolato né arbitrario è attribuito ad un soggetto il quale prima facie appare privato, deve dirsi che o non si tratta in realtà di una vera attività privata oppure che una valutazione teleologica viene inserita dall’ordinamento giuridico nell’azione del privato, i cui atti cessano perciò di essere innominati e partecipano al conseguimento di un interesse pubblico.

Percebe-se, novamente, a delimitação das formas de manifestação da vontade administrativa em apenas duas: a vinculativa e a discricional. O que o autor chama de poder facultativo é sinônimo de arbitrariedade. Este autor,

²²³ ARDAU, Giorgio. I poteri discrezionali dell'imprenditore nel rapporto di lavoro. Milano: Giuffrè, 1940, p. 14, 17-20.

também, tem uma visão dual das formas de manifestação, ignorando subespécies de subjetividade ou autonomia pública.

3.3 Conformadora, discricional e apreciativa

HANS JULIUS WOLFF, OTTO BACHOF e ROLF STOBER²²⁴ defendem existir uma “*margen de actuación conformadora*”, “*margen de actuación discricional*” e “*margen de apreciación*” e formulam como modo de manifestação administrativa quatro hipóteses: “*entre a Administração vinculada à lei de forma determinada e a Administração conformadora está a Administração vinculada de forma indeterminada, a Administração vinculada por “normas-deve” e a Administração discricionária em geral*”.

A **Administração vinculada determinada por lei** existe sempre que a submissão da Administração alcance seu máximo limite, ou seja, quando se verifica uma situação de fato que corresponda à previsão da lei, o ente ou órgão administrativo competente deve realizar um efeito jurídico claramente determinado pelo legislador. Os autores o chamam “*Administração vinculada por normas jurídicas determinadas*”.

A **Administração vinculada de forma indeterminada à lei** existe quando se encontra diante de: conceitos jurídicos indeterminados; conceitos empíricos e de jurisprudência; e, conceitos técnico-normativos.

A terceira forma de manifestação administrativa é a **Administração discricional vinculada à lei**, que é a clássica discricionariedade administrativa que se estudará mais adiante. Aqui se diferencia entre “*discricionariedade de dispensa*”, outorgada por uma autorização de exceção, ou seja, em casos atípicos que permitem que a Administração se desvie da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma, por razões comprovadas de especial relevância; e “*pretensa discricionariedade*”, que se classifica como um subtipo da primeira, mas com a distinção de que nesta o legislador prescreve expressamente uma vinculação discricional em uma determinada direção, estabelecendo regras na própria norma discricional.

Como quarta e última forma referem-se os autores à **Administração conformadora**. Afirmam que neste caso se outorga o maior grau de liberdade à Administração, pois esta não está obrigada a uma execução vinculada. Nestes casos, confia-lhes, como em qualquer outra atuação jurídica, o estabelecimento dos fatos. Fala-se de espaço de conformação e de infraestruturação. Afirmam os

²²⁴ WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. Direito Administrativo (Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, v. 1, p. 448 e ss.

autores que uma característica especial da Administração conformadora é a chamada discricionariedade de planificação.

3.4 Vinculada, discricionariedade e margem de livre apreciação de conceitos indeterminados

A classificação mais difundida entre os doutrinadores brasileiros é a que delimita três formas de manifestação da vontade: vinculativa, discricional e margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados.

A atividade vinculativa da Administração é aquela que tem sua execução inteiramente definida na lei. A lei dispõe sobre todos os elementos do ato a ser praticado pelo agente. E a este não é concedida qualquer liberdade quanto à atividade a ser desempenhada, por isso deve submeter-se, por inteiro, ao mandamento legal.

Já a atuação discricional ocorre quando a lei não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente administrativo. Ainda que procure definir alguns elementos que lhe restrinjam a atuação, o certo é que, em várias situações, a própria lei oferece-lhe a possibilidade de valoração da conduta. Nesses casos, pode o agente avaliar a chamada conveniência ou a oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos²²⁵.

Costuma-se definir a existência de um poder discricionário como a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias possíveis, a conduta que traduz maior conveniência ou oportunidade para os interesses públicos²²⁶.

No Brasil, a discricionariedade é, tradicionalmente, relacionada com o **objeto da atuação** administrativa (ou seja, com a conveniência administrativa em relação à adequabilidade, o que é justo, razoável, eficaz, apropriado e moral) e com o **motivo da atuação** administrativa (neste caso, no tocante à oportunidade administrativa relacionada com o melhor momento para a tomada de decisões, que atende às circunstâncias envolvidas no momento, como a celeridade de atuação, a gravidade e o modo de alcançar melhor a eficiência administrativa). Mais à frente, especificar-se-á este tema e demonstrar-se-á que, na atualidade, admite-se discricionariedade na **finalidade** e na **forma da atuação** administrativa.

²²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 53.

²²⁶ TOURINHO, Rita. Discricionariedade administrativa: ação de improbidade administrativa & controle principiológico. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 127.

Também se analisa a discricionariedade, no Brasil, no ato administrativo, assim como se fazia, conforme percebe-se no próximo tópico, quando se começou a estudar o tema. JEAN-CLAUDE VENEZIA²²⁷, por exemplo, refere que o estudo do poder discricional na atuação administrativa pressupõe um estudo desse poder no ato administrativo, sustenta que: “*La délimitation du domaine du pouvoir discrétionnaire dans l'action de l'administration ne pourra donc être opérée qu'après que l'on aura délimité le domaine de ce pouvoir dans l'acte administratif*”. O citado autor não deseja analisar “*por que*” tais atos estão marcados por tal poder, mas sim “*como*” a presença do poder discricional se manifesta nos atos. Portanto, analisa a existência de discricionariedade em três elementos do ato administrativo: objeto, motivo e fim. Conclui a primeira parte de seu trabalho afirmando que²²⁸: “*Cette étude nous a permis de constater que les éléments de l'acte administratif se ramènent essentiellement à son objet et à ses motifs, et que le pouvoir discrétionnaire, quel que soit son point d'insertion dans l'acte administratif, s'analyse en un libre adéquation de l'objet de l'acte à ses motifs*”.

Por fim, alguns doutrinadores distinguem a discricionariedade dos conceitos jurídicos indeterminados. Ressalta-se, porém, que ainda há aqueles que tratam esses conceitos somente como unidade. Quando o distinguem, afirmam que os **conceitos jurídicos indeterminados** são termos ou expressões contidos em normas jurídicas que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possa atribuir certo significado – mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma²²⁹.

Essa divisão, como se costuma observar na nossa doutrina, é comum em outros países. Portanto, convém citar apenas um doutrinador para não se estender demasiadamente. ALEJANDRO NIETO²³⁰, enumera três distintas relações entre a norma e a conduta administrativa: “*a) La Administración se limita a aplicar la norma poco menos que mecánicamente (actividad reglada); b) La norma maneja conceptos jurídicos indeterminados, que, en cuanto indeterminados, no pueden ser aplicados mecánicamente: a la Administración se encarga su determinación en cada caso concreto, mediante un proceso valorativo de subsunción, que sólo admite una solución correcta; c) La norma autoriza expresamente a la Administración para que ésta actúe a su albedrío*

²²⁷ VENEZIA, Jean-Claude. Le pouvoir discrétionnaire. Paris: LGDJ, 1959, p. 13 e ss

²²⁸ *Ibidem*, p. 53.

²²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 53.

²³⁰ NIETO, Alejandro. Reducción jurisdiccional de la discricionalidad en materia disciplinaria. Revista de Administración Pública, Madrid, Ano 14, n. 44, p. 147-162, may/ago. 1964, p. 156.

(discrecionalidad): se trata de un proceso volitivo y son posibles diversas soluciones, todas correctas”.

Recentemente, tem-se dado visibilidade a outras concepções que serão objeto de análise e crítica mais adiante. É o caso, por exemplo, da visão de GUSTAVO BINENBOJM²³¹ que sustenta existirem diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade e na escala decrescente de densidade normativa vinculativa: (i) atos vinculados por regra, onde existe o dever imediato para o administrador de adotar uma determinada conduta prescrita pela norma. Esses possuem um alto grau de vinculação à juridicidade, mas não um absoluto grau, pois, em situações excepcionais em que a aplicação da norma se revele contrária à finalidade subjacente que lhe dê suporte ou ao princípio sobrejacente que lhe serve de norma, não tem o administrador obrigação de cumprir de forma estrita a obrigação; (ii) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados, que proporcionam um grau intermédio de vinculação à juridicidade, pois em virtude de sua estrutura peculiar existem valorações ou avaliações técnicas dos administradores como condição para sua concretização; (iii) atos vinculados diretamente por princípio, impropriamente, segundo o autor²³², denominados atos discricionais. Aqui a vinculação direta, a princípio, proporciona o mais baixo grau de vinculação administrativa à juridicidade.

Também se vem dando atenção à concepção de SÉRGIO GUERRA²³³, que trata de uma “*reflexividade administrativa*” constituída não apenas para representar a “*reflexão*” que deve fazer o regulador público diante de opções administrativas regulatórias, mas também para englobar a capacidade do regulador de pensar a situação concreta em si mesma para estabilizar o subsistema e minimizar a insegurança jurídica, tudo sob uma nova base, a prevenção e a mediação. Segundo o autor²³⁴, a ideia de oportunidade e conveniência ligada ao conceito de discricionariedade não é mais compatível com os complexos casos submetidos à regulação estatal. Neste caso, devem ser levadas em consideração, além do disposto nas normas jurídicas, os custos e benefícios para a solução dos conflitos sociais, entre outros aspectos. A proposta desse autor afirma que o regulador deve deixar de fazer suas eleições apenas com base no que se entende por conveniência e oportunidade. Deve encarar todo caso concreto de modo sistemático e transparente, além de fazer uma interpretação analítica e empírica.

²³¹ BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 207, 226 e ss.

²³² *Ibidem*, p. 229.

²³³ GUERRA, Sérgio. Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

²³⁴ *Ibidem*, p. 167.

Afirma que²³⁵: “na regulação, não há permanente discricionariedade para a administração integrar a definição de uma conduta, há uma faculdade de ponderar, dentro de um espaço de opções deslegalizadas criado pelo legislador, para a integração do qual não se exige mais que a observância de princípios e de standards balizadores da deslegalização”. Discrepa-se de tal autor, pois a ponderação não é uma faculdade, mas um dever de atuação da Administração, um limite. E, portanto, é errada a premissa utilizada pelo autor de que a ponderação é uma faculdade.

Por sua vez, a consequência de tal premissa é que se deve admitir a regulação como uma nova categoria de eleição do direito administrativo, também é errônea. Catalogar a eleição regulatória como uma categoria de direito administrativo compatível com a pós-modernidade é uma incorreção. A dita “reflexividade administrativa”, novo instrumento do regulador, segundo o autor²³⁶, que pretende que seja possível e melhor controlável a observância de mecanismos de prevenção dos riscos e a articulação e mediação de interesses, apenas é um limite a diferentes formas de subjetividades ou autonomias públicas existentes.

Percebe-se, por fim, que, na classificação majoritariamente adotada no Brasil, não se inclui, como nas anteriores observadas, a concepção de arbitrariedade. Crê-se que a arbitrariedade é a conduta produzida fora dos limites da lei ou em direta ofensa a esta. Conduta, portanto, ilegítima e suscetível de controle. Não deve, dessa forma, estar entre os tipos de subjetividades ou autonomias públicas existentes.

Observa-se, de maneira conclusiva, que não existe a consolidação de uma terminologia uniforme de reconhecimento geral das diversas formas de subjetividades ou autonomias. Para entender melhor o porquê e o que se defende nesta obra, passa-se a tratar das distintas valorações subjetivas nas funções, formas e meios de atuação da atividade administrativa.

3.5 Distintas valorações subjetivas nas funções, formas e meios de atuação da atividade administrativa

A Administração Pública, para decidir, possui uma amplíssima margem de decisão sobre o estabelecimento de uma gama de assuntos. Como se sabe, para exercer a função executiva, em especial a atividade administrativa, o Estado

²³⁵ *Ibidem*, p. 207 e ss.

²³⁶ *Ibidem*, p. 231.

Teoria da Apreciatividade

necessita de um número expressivo de agentes que detenham poderes, faculdades ou prerrogativas que são indispensáveis para a consecução dos fins públicos.

Deste modo, quando a Administração manifesta sua vontade, seja por meio de atos, coação ou atividade técnica ou material, estará utilizando de liberdade ou não. Caso atue sem liberdade, estar-se-á diante de uma atuação vinculada. Do contrário, atuando com liberdade, terá uma margem que se caracteriza por uma subjetividade ou autonomia pública atribuída, como já se observou, de quatro formas: conformadora, discricional, por meio de conceitos jurídicos indeterminados e de forma apreciativa.

Como todo o poder serve a um determinado interesse público e toda a ação administrativa é ditada no exercício de um poder, interessa precisar juridicamente o alcance e a definição da ausência de liberdade e das valorações subjetivas. É dizer, independentemente das formas de atuação administrativa para cumprir com os interesses públicos, é certo que suas atuações podem dispor ou não de uma valoração subjetiva. Interessa, pois, precisar juridicamente o alcance e definição dessa faculdade.

Assim, as diferentes formas de poderes, faculdades ou prerrogativas possuem distintas maneiras de atribuição, podendo ora ser vinculadas ou ora com subjetividade/autonomia (conformadora, discricional, apreciativa ou margem de livre apreciação). Tais opções valorativas dependerão das formas de atuação da Administração.

3.5.1 Vinculatividade

As condutas vinculadas são aquelas em que o ordenamento jurídico (e também a legitimidade e a licitude) estabelece as condições de sua realização. Nelas, não possui o administrador nenhuma liberdade, sua atuação fica adstrita às condições estabelecidas pela norma, pela legitimidade ou pela licitude, que dará o contorno de validade do ato.

Os interesses públicos vinculam a uma única opção existente, ou a uma única opção entre as existentes. Daí que se entenda que se está diante de um dever, jamais diante de um poder, pois estabelece uma imposição de conduta.

Na atuação vinculativa da Administração, o administrador não tem liberdade para decidir quanto à atuação. O operador deontico da norma é impositivo ou proibitivo. Além disso, existe apenas um preceito/estatuição/consequência jurídica, ou seja, único comportamento possível, opção, a ser seguido pelo administrador diante do caso concreto; não há juízo de valores, o administrador não poderá analisar, sintetizar e valorizar com

subjetividade ou autonomia sua atuação. Ele simplesmente é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo.

Então, tal vinculação gera para a Administração Pública o dever de observação de determinados requisitos considerados essenciais para a validade e existência do ato. Tal exigência escapa da legalidade, da legitimidade ou da licitude, criando, no particular, um direito subjetivo de exigir da autoridade a execução de determinado ato. Nesse caso, os elementos do ato já estão previamente indicados pelo ordenamento jurídico, pela legitimidade ou pela licitude, com o que o agente público somente os reproduzirá²³⁷.

Não há opções/alternativas, o administrador está amarrado ao mandamento legal/legítimo/moral. É como se a decisão já tivesse sido tomada, no caso, por aqueles que a Administração representa, ou seja, o povo.

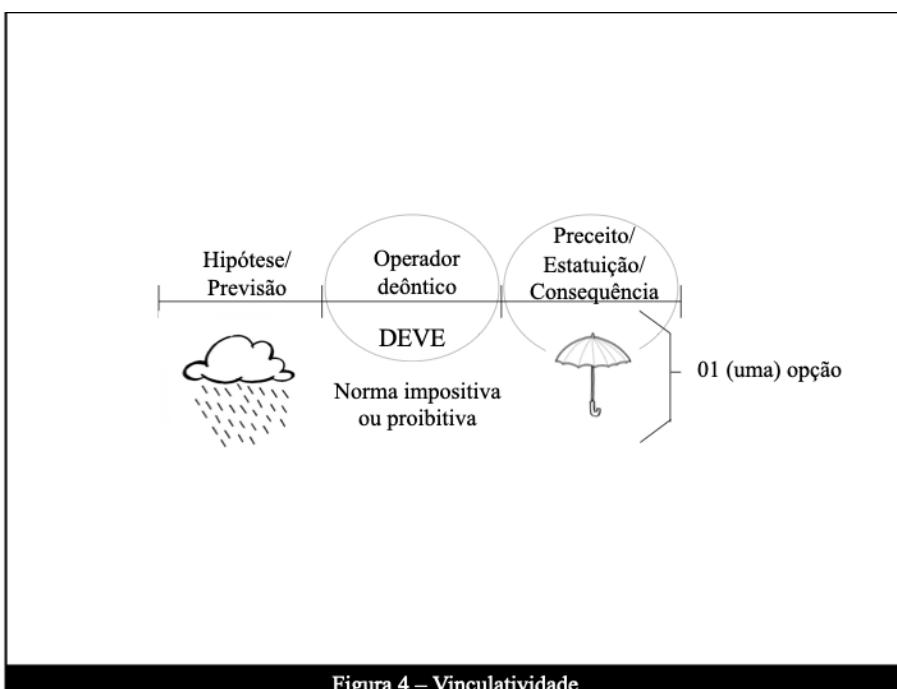


Figura 4 – Vinculatividade

Fonte: elaboração própria

²³⁷ Sobre o tema, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo I. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 452), afirmam que: “la Ley puede determinar exhaustivamente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, a modo de construir un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias”.

A Figura 4 traz um improvável, porém didático, enunciado hipotético que dispõe: “quando a intensidade da chuva possa molhar o administrado acima da cintura deve a Administração conceder um guarda-chuva de 80 cm de diâmetro, encontra-se a norma a I b, em que: a = quando a intensidade da chuva possa molhar o administrado acima da cintura, I = deve (= impositiva), b = conceder guarda-chuva de 80 cm de diâmetro.

Vê-se que a norma é impositiva e, portanto, não confere nenhuma liberdade ao seu aplicador. Caso a norma fosse proibitiva, estar-se-ia diante da mesma ausência de liberdade. Por tal motivo se alega que a vinculatividade pode impor uma obrigação de fazer para o administrador ou proibir, criando uma obrigação de não fazer.

Agora, não é apenas o operador deôntico que confere alguma subjetividade ao aplicador do Direito, como se terá oportunidade de evidenciar mais adiante. O preceito/estatuição/consequência jurídico da norma também poderá outorgar liberdade a quem for aplicá-la. No caso hipotético apresentado, a consequência estabelece apenas uma opção, bem-definida, ao aplicador e, por isso, não existe qualquer liberdade, pelo contrário, o que há é uma obrigação, única opção, no caso, de fazer, por ser a norma impositiva, mas, como referido, poderia ser de não fazer, ou seja, proibitiva.

3.5.2 Subjetividades ou autonomias públicas

Todos os poderes ou funções do Estado possuem uma carga subjetiva ou de autonomia, uma valoração guiada de subjetividades, derivada de uma tomada de decisões inerentes a quem possui um poder e precisa expressá-lo.

Importa, pois, afirmar que as valorações subjetivas ou de autonomia permeiam toda e qualquer ação e possuem distintos níveis quando se as estuda sob o enfoque do Estado. Costuma-se distinguir, assim, uma subjetividade ou autonomia pública do legislador, do julgador e do administrador²³⁸.

²³⁸ Todos os poderes possuem tal margem de livre decisão juridicamente permitida, motivo pelo qual se discrepa de JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA (CORREIA, José Manuel Sérvalo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987), p. 469 e 470) que identifica a noção de autonomia pública com a margem de livre decisão administrativa. Afirma (*ibidem*, p. 473): “Ao contrário da autonomia privada, que consiste num «vazio» de normação injuntiva que os sujeitos preenchem sem qualquer referência necessária a situações e a conteúdos típicos, a autonomia pública é sempre o fruto da abertura de uma norma específica. A abertura ou indeterminação da lei significa normalmente a vontade do legislador de deixar à administração poderes de decisão adaptativa. É um modo de o legislador distribuir tarefas entre ele próprio e o aplicador ou executor das leis. Quanto mais densa ou compacta a norma, menor o grau da

É certo, no entanto, que, para a ciência do Direito Administrativo, interessa analisar a margem da valorização existente dentro da função executiva, que, como se sabe, inclui basicamente a atividade diplomática, a política, a administrativa e a financeira.

A razão da existência dessa subjetividade/autonomia do Poder Executivo está centrada na busca de um equilíbrio entre as prerrogativas da autoridade e os direitos individuais, principalmente os fundamentais. A atuação administrativa não é uma atuação automática, cujo papel é a mera aplicação da lei, mas é a satisfação dos interesses públicos, no entanto, submetida a essa. Essa subjetividade ou autonomia pública da função executiva funciona, portanto, como um pilar ou pêndulo que sustenta tal equilíbrio, tendendo ora para o lado dos poderes, faculdade e prerrogativas, ora para o lado dos direitos individuais.

A diferença, no que diz respeito aos diferentes tipos de subjetividades ou autonomias públicas existentes (legislativo, judiciário e executivo), radica-se na existência ou não de um poder de eleição, no sentido de um ato voluntário que consiste em optar por seguir um curso de ação determinado quando existem distintas possibilidades reais de atuação mutuamente excludentes.²³⁹

No entanto isso não muda o que se deve entender por subjetividade ou autonomia, afinal de contas, a **subjetividade ou a autonomia pública é o gênero**, uma realidade mais ampla da qual os adjetivos qualificadores indicam ser espécies daquela.

A maior dificuldade de se compreender os diferentes meios de manifestação da vontade administrativa decorre do fato da doutrina nacional e mundial chamar qualquer subjetividade ou autonomia administrativa de discricionariedade. O termo discricionariedade é usado, portanto, como um supraconceito – e é isso que se evita na presente classificação.

autonomia deixada a quem tem de praticar actos administrativos no seu âmbito". Entende-se como BERNARDO DINIZ DE AYALA (AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 27), que afirma que a noção de autonomia pública deve ser complementada com um adjetivo concretizador, sendo a margem de livre decisão administrativa sinônimo de autonomia pública administrativa.

²³⁹ O conceito de eleição foi amplamente desenvolvido na teoria econômica, no marco da análise da ação racional. Mais adiante, retomar-se-á a essa questão. *Vide*: AFRIAT, S. N. Logic of choice and economic theory. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 14-15.

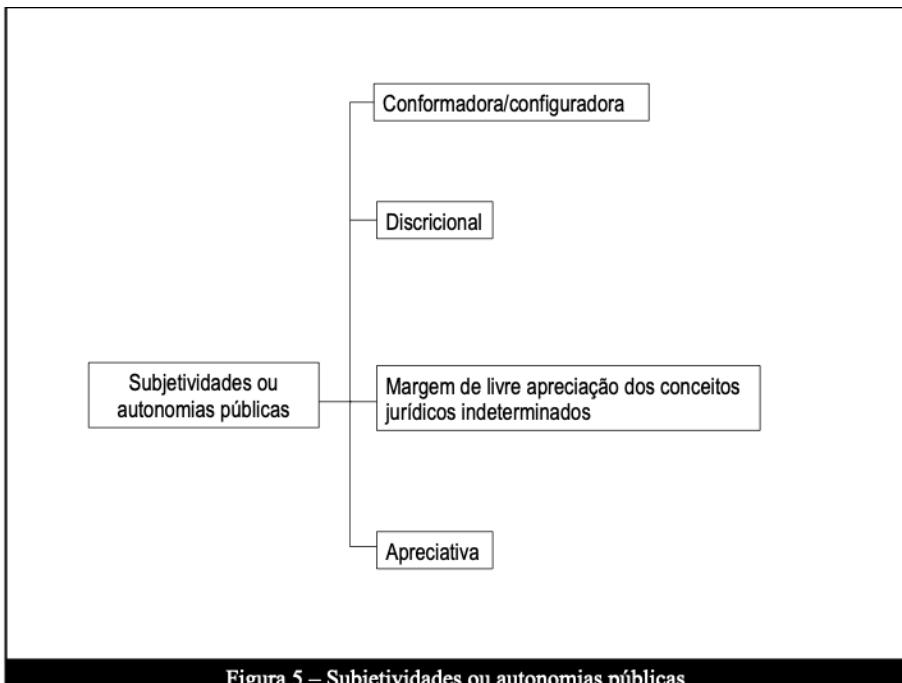


Figura 5 – Subjetividades ou autonomias públicas

Fonte: elaboração própria

Na Figura 5, constam as 4 (quatro) subjetividades ou autonomias públicas existentes. Passa-se, então, a discorrer sobre cada uma delas.

CAPÍTULO 4

LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO OU DE CONFIGURAÇÃO

4. Liberdade de conformação ou de configuração

A liberdade de conformação ou de configuração é a *margem relativa de liberdade/autonomia/volição de quem cria direitos e obrigações ou que os elucida, por meio de atos legislativos, normativo-regulamentares, editalícios, contratuais, jurisdicionais e até mesmo por tomadas de decisões administrativas que tenham o condão de se transformar em normas jurídicas, além da criação, formulação e do desenho de políticas públicas decorrentes de legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados e avaliar se, e em que medida, diferentes situações justificam a criação de um direito e uma obrigação ou de uma política pública.*

Essa liberdade é comum no seio do legislador, como sujeito da atividade permanente e de caráter político de definição e elaboração de normas jurídicas com eficácia externa, quem conta com a mais ampla margem de valoração subjetiva para a definição e o estabelecimento de opções políticas e legislativas a partir da legitimidade com que conta por via da representatividade.

No entanto essa subjetividade ou autonomia não é exclusiva do legislador. Ela existe em todos os poderes ou funções do Estado. Especificamente na Administração Pública, observar-se-á essa liberdade de conformação ou de configuração quando se criam direitos e obrigação por meio do exercício da diplomacia, da formulação das políticas públicas, da criação de medidas provisórias, no exercício do poder normativo ou regulamentar, na elaboração de editais, contratos, etc.²⁴⁰.

Essa subjetividade ou autonomia pública é exercida quando o Executivo se utiliza de sua **atividade diplomática ou política** realizada pelos órgãos superiores do Estado. Dentro do Executivo, essa atividade é atribuída aos órgãos de governos das Administrações.

A **atividade diplomática** é um instrumento de política externa. Consiste em negociar, informar e representar a União em âmbito internacional. Ao **negociar** com outros Estados, o diplomata visa manter relações com o objetivo de concluir acordos em interesse do seu Estado. A tarefa de **informar** consiste no dever e na prerrogativa do diplomata de se inteirar das condições existentes e da

²⁴⁰ CÉSAR DAVID CIRIANO VELA (CIRIANO VELA, César David. Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 250-251) aduz que esta é a liberdade para configurar a realidade com a qual conta o Executivo.

evolução dos acontecimentos de determinado Estado e comunicá-las ao seu Estado. Por fim, a função de **representar** inclui a tarefa de se fazer presente em outro Estado ou entidade supranacional representando seu Estado.

A liberdade de conformação ou de configuração fica evidente quando o diplomata, ao representar o Brasil, negocia o objeto e as condições dos acordos ou quando define o que informar ao seu país de origem.

Além disso, é inegável que, no Estado, produzem-se atos que são anteriores às normas jurídicas ou independentes delas. São esses atos os realizados pela **atividade política**, esta definida pela orientação governativa em debates parlamentares ou conselhos de ministros, dessa maneira, estabelecendo programas de ação ou fixando objetivos que posteriormente serão perseguidos por normas jurídicas. Estabelece ideais coletivos, elege os objetivos concretos a realizar em cada época e os meios a empregar, mantém o equilíbrio constitucional, defende os interesses nacionais no âmbito internacional, garante a segurança do Estado, entre outras atribuições.

Sua característica, portanto, é a liberdade de opções entre várias soluções possíveis que, ao tomá-las, automaticamente, denota a rejeição das outras opções. Significa o processo político de opção de prioridades para o governo ou para o Estado²⁴¹, por meio de programas de ações para a realização de objetivos determinados em um espaço de tempo determinado ou não.

Deste modo, configura-se como a persecução dos interesses públicos mediante a livre opção das direções ou das soluções consideradas preferíveis. Suas atuações, controladas pelo Parlamento, supõem uma modulação muito grande de controle judicial, mas não excluem esse controle *per se*.

Não se pode negar, portanto, a existência de uma margem de liberdade ao se estabelecer as **políticas sociais e econômicas**. É o administrador, em conjunto com o legislador, quem deve encontrar remédios apropriados aos possíveis efeitos distorsivos do sistema, encontrando as opções convenientes e oportunas dentro de seu poder conformador ou constitutivo.

Essa subjetividade ou autonomia pública também é exercida quando o Executivo pratica atípicamente outra função estatal, no caso, a legislativa. Ao

²⁴¹ Entre as políticas públicas, cabe diferenciar as políticas de Estado daquelas de governo. Enquanto estas últimas possuem relação com o mandato eleutivo, as primeiras podem atravessar vários mandatos. Assim, a política de governo corresponde a um conjunto articulado de intenções de autoria do grupo político vencedor do processo eleitoral que assumirá e responderá, por um período determinado, o controle do Estado. A política de Estado é o resultado de uma tomada de consciência da classe política e da sociedade sobre determinado assunto, de tal modo que, inclusive mudando o governo, a ideia não se abandona nem seus princípios se desviam, permanecendo no tempo independentemente do grupo político que estiver no governo.

editar uma Medida Provisória, está o chefe do Poder Executivo utilizando-se de uma liberdade de conformação ou de configuração. É muito comum a utilização da terminologia “*discrecionalidade legislativa ou normativa*”, porém melhor seria colocar que o administrador dispõe de uma ampla margem de conformação, configuração ou constitutiva que deriva de sua posição de criador ou de elucidador de direitos e obrigações.

Outra forma em que a liberdade de conformação ou de configuração se faz presente é no exercício do **poder normativo ou regulamentar** da Administração Pública.

Enquanto o poder normativo é exercido pelas agências reguladoras para editar atos administrativos unilaterais abstratos (regulamentos) dotados de conteúdo técnico, respeitados os parâmetros legais em decorrência da deslegalização; o poder regulamentar é a prerrogativa de toda Administração de adotar normas gerais para complementar, precisar – e não alterar – as normas adotadas pela função legislativa e permitir sua efetiva aplicação.

A conformação ou configuração está presente no exercício do poder normativo ao criar direitos e obrigações para aqueles envolvidos no setor, aproximando-se do Legislativo, visto que houve uma delegação do Legislador para o administrador, e do poder regulamentar ao oferecer complementação a uma norma legislativa e, também, para propor segurança ao ordenamento jurídico. Essa margem somente se exerce à luz de uma norma previamente adotada pelo Legislativo. São regulamentos emanados para que se executem fielmente as leis.

Ao criar um ato administrativo unilateral abstrato, ou seja, ao normatizar ou regulamentar, a Administração Pública tem a possibilidade de criar os direitos e as obrigações necessários para o funcionamento adequado do mercado regulado ou escolher como regulamentará os direitos e as obrigações previstos em lei, tendo opções ou alternativas variadas e não predefinidas em norma para decidir como fazer.

Outra situação em que a Administração Pública exerce a liberdade de conformação ou configuração é aquela em que elabora editais de concurso público ou de licitação, por exemplo, e contratos administrativos. A liberdade na escolha dos itens ou cláusulas e a inclusão de determinados direitos e obrigações farão lei entre as partes e, por tal motivo, ao criar tais direitos e obrigações, estar-se-á, quem assim o fizer, exercendo essa forma de subjetividade ou autonomia pública.

Percebe-se que essa subjetividade ou autonomia pública pode ser qualificada como política ou fortíssima. Apesar disso, esse tipo de subjetividade **não é ilimitado**, devendo sempre respeitar a proibição da arbitrariedade. Ao não ser tal margem total, absoluta ou incondicionada, em princípio, não corresponde

ao Poder Judiciário interferir nesse âmbito de liberdade, intrometendo-se na dita conveniência ou na oportunidade da eleição feita por quem a detém, mas tão somente se comprovar que se ultrapassou a margem de liberdade, dando lugar a uma ação arbitrária.

Devido ao seu conhecimento direto da sociedade e de suas necessidades, as autoridades administrativas estão, geralmente, em melhores condições que o juiz para apreciar quais são os interesses públicos, e, por isso, o Poder Judiciário deve respeitar a decisão diplomática ou política, e até mesmo a administrativa, a menos que essa seja arbitrária.

Quando o administrador manifestar sua vontade por meio desse tipo de subjetividade ou autonomia pública, não poderá atuar sem nenhum tipo de limitação. A depender do caso, deverá respeitar o conteúdo básico dos direitos contidos na lei e na Constituição ou, ao menos, estar em consonância com as normas constitucionais.

O Poder Judicial, indubitavelmente, está facultado para determinar se, no regime criado por meio dessa liberdade de conformação ou de configuração, o administrador ultrapassou ou não os limites de seu poder e dos princípios constitucionais aos que deve se ater. Ou seja, deve avaliar se os limites que condicionam o exercício legítimo de seu poder foram violados. Ultrapassados estes limites, começa a esfera jurisdicional. Sempre que se recorre ao Poder Judiciário, alegando que um direito foi lesionado por um ato de outro Poder, cabe a esse examinar se o direito existe e se realmente foi lesionado. Eximir-se desta função de controle com a escusa de estar diante de uma liberdade de conformação ou de configuração, seria fugir do dever da tutela judicial efetiva que a Constituição lhe impõe.

Assim, ainda sendo indubitável que a Constituição reconheça ao administrador uma margem de liberdade ao conformar ou ao configurar suas opções, não é menos certo que também lhe submete a determinados limites. Não só o genérico limite da interdição da arbitrariedade dos Poderes Públicos, mas a todos os limites existentes no Direito.

O STF possui decisões em que utiliza a terminologia liberdade de conformação. Na ADI 5.062/DF, decidiu-se que as escolhas regulatórias na formulação de novo marco regulatório setorial encontram-se dentro da margem de conformação legislativa (Plenário, Rel.: Min. Luiz Fux, Julg.: 27/10/2016). Em outra oportunidade, afirmou-se que a gratuidade da emissão da primeira via da carteira de identidade não desborda da legítima liberdade de conformação normativa do Poder Legislativo, tratando-se de mero cumprimento, por parte do Poder Público Federal, de uma obrigação haurida das esferas constitucional e

internacional (ADI 4.825/MS, Plenário, Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, Julg.: 15/12/2016).

A liberdade de conformação do legislador é conferida pela legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados para a consecução de determinados objetivos, desde que eles não lhe sejam vedados pela Constituição nem violem a proporcionalidade (HC 122.694/SP, Plenário, Rel.: Min. Dias Toffoli, Julg.: 10/12/2014).

CAPÍTULO 5

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM SEU SENTIDO TÉCNICO-JURÍDICO

5. Discretionalidade administrativa em seu sentido técnico-jurídico

5.1 Multidisciplinaridade do estudo da discretionalidade administrativa e sua dificuldade de definição

Existem muitos pontos de vista na doutrina mundial sobre a discretionalidade administrativa. Numerosos autores, e a própria realidade, coincidem em assinalar que foram os filósofos do Direito e os administrativistas aqueles que pesquisaram com maior profundidade a discretionalidade.

Os filósofos do Direito têm se preocupado especialmente em esclarecer o conceito de discretionalidade e sua relação com as normas jurídicas. Outros estudos se preocupam mais com a discretionalidade como um problema de política pública e, em consequência, com seu potencial de injustiça²⁴² ou para o progresso social²⁴³.

Também, resulta essencial à contribuição da teoria geral do direito. Sem a pretensão de realizar um exame exaustivo das diversas teorias existentes, limitar-se-á, aqui, a analisar as construções mais importantes já conhecidas.

Desde o surgimento do direito administrativo, o estudo sobre a discretionalidade administrativa vem madurando. A discretionalidade é um dos temas de maior reflexão e controvérsia do mundo jurídico. É evidente que o elevado número de obras sobre a discretionalidade é em si mesmo suspeito, como se fosse necessário reescrever sobre um objeto insaciável, cuja essência sempre parece escapar. Observam-se teorias diversificadas, linhas específicas de análise, distintas metodologias, para tratar de temas que, muitas vezes, já não são o que eram quando foram criados. Discretionalidade, assim, parece significar tudo e ao mesmo tempo nada.

Tal perspectiva se encaixa na advertência de TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ²⁴⁴, que sustenta que a discretionalidade “*ha sido,*

²⁴² DAVIS, Kenneth Culp. *Discretionary justice: a preliminary inquiry*. Hardcover: Greenwood Pub Group, 1969.

²⁴³ HANDLER, Joel F. *Discretion: power, quiescence, and trust*. In: HAWKINS, Keith. *The Uses of Discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

²⁴⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Discrecionalidad y jurisdicción revisora*. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 2, p. 285-289, jul-sep, 1974, p. 285. Esse mesmo autor afirma, em outra obra, que a discretionalidade: “[...] constituy(e) hoy un problema recurrente, una

es y seguirá siendo el gran problema del Derecho Administrativo”, de EVA DESDENTADO DAROCA²⁴⁵, quando coloca que “el estudio de la discrecionalidad se ha convertido en una inacabada y quizás inacabable, pero, en todo caso, apasionante persecución del significado de un término cuya polivalencia dificulta su comprensión y oscurece los discursos en los que se emplea” e de BERNARD SCHWARTZ²⁴⁶, o qual, no mesmo tom, enuncia que “indeed, what is administrative law about if not the control of discretion?”. LUIGI BENVENUTI²⁴⁷, por sua vez, refere que “el problema della discrezionalità è certamente uno dei punti nodali di ogni riflessione critica sul diritto amministrativo del passato e del presente”²⁴⁸. Apesar de parecerem exageradas, tais afirmações são acertadas. Sem dúvida, o estudo da discricionariedade é uma tarefa apaixonante e complexa – de eternos debates.

As subjetividades ou autonomias públicas do Poder Executivo sempre causaram problemas para o Estado em si e, por conseguinte, para o direito público²⁴⁹, pois é um dos principais meios de fazer um exercício unilateral e arbitrário do poder. Além disso, como bem-assinala K. H. WEBER²⁵⁰, “la

úlcera que recidiva de forma constante y que nunca termina de cicatrizar del todo. La batalla de la discrecionalidad es así una batalla permanente y permanentemente inconclusa, que, no bien parece ganada, vuelve a rerudecerse de forma inopinada en el momento más inesperado y en la que sólo con la ayuda de la Historia es posible apreciar el sentido general de su evolución” (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. De la arbitrariedad de la Administración. 5. ed. Madrid: Civitas, 2008, p. 30).

²⁴⁵ DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 35.

²⁴⁶ SCHWARTZ, Bernard. Administrative law. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1991, p. 652.

²⁴⁷ BENVENUTI, Luigi. La discrezionalità amministrativa. Padova: Cedam, 1986, p. 3.

²⁴⁸ No mesmo sentido, CÉSAR DAVID CIRIANO VELA (VELA, César David Ciriano. Administración Económica y Discrecionalidad (un análisis normativo y jurisprudencial). Madrid: Lex Nova, 2000, p. 65): “el estudio de la discrecionalidad es una de las cuestiones más importantes del Derecho de nuestros días y, en especial, del Derecho administrativo y, por ello, sobre la que es absolutamente necesario reflexionar y profundizar en su análisis”. E FRANCISCO LÓPEZ MENUDO (MENUDO, F. López. El control judicial de la Administración en la Constitución española. In: AA. VV. Discrecionalidad administrativa y control judicial: I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Madrid: Civitas, 1996, p. 39) que sustenta: “Se trata, como se sabe, de un tema clásico, o quizás valga calificarlo como ‘neoclásico’, visto el resurgimiento que ofrece en la actualidad; acaso, en buena parte, porque es un tema de siempre, adherido a la historia misma del Derecho Administrativo”.

²⁴⁹ JEAN-CLAUDE VENEZIA (VENEZIA, Jean-Claude. Le pouvoir discrétionnaire. Paris: LGDJ, 1959, p. 111) recorda que a noção de discricionariedade não é própria do direito público: “le pouvoir discrétionnaire n'est pas une notion propre au droit public. Les institutions du droit privé connaissent l'existence au profit des sujets de ce droit d'une sphère d'autonomie qui rappelle étrangement celle qui, en droit public, préserve l'administration de l'emprise du juge”.

²⁵⁰ WEBER, K. H., 1984 *apud* BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 22).

delimitación de las competencias de los poderes del Estado gira, cuando se trata de las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo (intensidad de la vinculación legal) y de las relaciones entre el ejecutivo y el poder judicial (alcance e intensidad del control judicial), en torno de la teoría de la discrecionalidad”.

No mesmo sentido, salienta MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN²⁵¹, que é lógico que a discretionariedade administrativa seja “*un problema siempre recurrente, sobre el que la polémica jamás parece agotarse*”, porque: “*entre otras cosas –añade– afecta de lleno al equilibrio de poderes, un equilibrio siempre inestable, modificado por la evolución de las circunstancias históricas y que, de tanto en tanto, si no continuamente, necesita recomponerse*”. O mesmo autor²⁵² aduz que não só é completamente natural a “*amplitud de los poderes discretionales de que goza cualquier administración moderna*”, mas também “*es necesaria en el Estado de derecho y tiene un fundamento constitucional*”.

Há de recordar que, de acordo com HANS HUBER²⁵³, a discretionariedade é o “*cavalo de Troia*” no Estado de Direito (*trojanisches Pferd des Verfassungsrechtsstaates*). Tal metáfora parte da premissa que a discretionariedade é sinônimo de liberdade. Liberdade para decidir sem necessidade de aduzir um critério que suponha aquilo que se resolve. Adiante, observar-se-á que tal noção não é totalmente verdadeira. Assim, também, MARTIN BULLINGER²⁵⁴ afirma que “*la discrecionalidad no es un cuerpo extraño en el Derecho administrativo de un Estado de Derecho sino [...] un elemento necesario de una Administración eficiente, en interés también de cada ciudadano*”. MARCEL WALINE²⁵⁵ esclarece que “*el poder discrecional de la autoridades administrativas es la primera condición de toda Administración y por tanto también de la vida del Estado*” e DENIS J. GALLIGAN²⁵⁶ acredita que: “*discretionary powers are important in any system of authority, that there are good reasons for having discretion, and that discretionary powers are neither necessarily nor typically in some way arbitrary and beyond the law*”. A

²⁵¹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 9.

²⁵² *Ibidem*, p. 109 e 112.

²⁵³ HUBER, Hans. Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates. In: Demokratie und Rechtsstaat (Festgabe für Zaccaria Giacometti). Zürich: Polygraphischer Verlag, 1953, p. 66.

²⁵⁴ BULLINGER, 1987 apud BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 41.

²⁵⁵ WALINE, Marcel. Traité élémentaire de droit administratif. Paris: Sirey, 1956, p. 25 In: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. Discrecionalidad administrativa y constitución. Madrid: Tecnos, 1995, p. 26.

²⁵⁶ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 2.

discricionariedade, dessa maneira, é ubíqua²⁵⁷ e parte inevitável da Administração Pública²⁵⁸, de modo que se constitui como uma das características definidoras da atividade administrativa.

PETER NEYROUD e ALAN BECKLEY²⁵⁹ advertem que a discricionariedade não é algo maléfico que deve ser restringido ou eliminado. Antes, deve ser encarada como uma realidade que necessariamente existe e, em lugar de tentar limitá-la por meio de um controle rigoroso e de regras inflexíveis, deve-se ensinar a praticá-la corretamente, mediante um esforço de instalar nos elementos da atividade uma constante atitude de reflexão, ponderação e responsabilidade nas decisões que tomam, características indispensáveis para o desenvolvimento da função pública.

5.1.1 Principais contribuições da filosofia e da teoria geral do direito

HANS KELSEN²⁶⁰ afirma que a discricionariedade é exercida pela pessoa que possui a competência para ditar uma norma inferior ou para resolver um caso concreto no marco da indeterminação da norma superior. Para esse autor, existe discricionariedade porque a resolução que se adota não vem determinada pela norma e, portanto, só pode ser fruto de uma eleição conforme seus próprios critérios. Assim, na construção de HANS KELSEN, a discricionariedade é um

²⁵⁷ JOEL F. HANDLER (HANDLER, Joel F. *Discretion: power, quiescence, and trust*. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 331): “*discretion is ubiquitous, hence difficult to define. Basically, it involves the existence of choice, as contrasted with decisions purportedly being dictated by rules*”. No sentido de que a discricionariedade está presente em todos os lugares na Administração, *vide*: SMITH, G. *Discretionary decision-making in social work*. In: ADLER, M.; ASQUITH, S. (eds.). Discretion and Welfare. London: Heinemann, 1981, p. 47-68; WILKINS, J. T. *The political economy of administrative discretion*. In: ADLER, M.; ASQUITH, S. (eds.). Discretion and Welfare. London: Heinemann, 1981, p. 82-134.

²⁵⁸ Para CARL E. SCHNEIDER (SCHNEIDER, Carl E. *Discretion and rules: a lawyer's view*. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 48 e 56: “*discretion is both invaluable and inevitable [...] there are many kinds of discretion which no system can escape and many kinds no system would want to escape*”). KARL ENGISCH (ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 224) afirma que a discricionariedade é inevitável, mas também é algo bom. Sobre a discricionariedade como parte inevitável da Administração, *vide*: WILSON, J. Q. Varieties of police behavior: the management of law and order in eight communities. Cambridge: Harvard University Press, 1968; NAGEL, M. V.; ROURKE, F. Bureaucracies. In: GREENSTEIN, F. I.; POLSBY, N. W. (eds.). Handbook of political science. Reading: Addison-Wesley, 1975; LIPSKY, Michel. Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services. New York: Russell Sage Foundation, 1974.

²⁵⁹ NEYROUD, Peter e BECKLEY, Alan. Policing, Ethics and Human Rights. Oregan: Willan Publishing, 2001.

²⁶⁰ KELSEN, Hans. Teoría general del Estado (Allgemeine Staatslehre). Granada: Comares, 2002, p. 169.

fenômeno inerente ao próprio processo de concreção e aplicação do Direito, pois a eleição é adotada para a aplicação ou desenvolvimento da norma na margem que essa mesma deixou aberta.

Segundo HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART²⁶¹, a discricionariedade é exercida por diferentes operadores jurídicos dentro da margem de incerteza. Para ele, sua consequência deriva do caráter da linguagem, de sua vagueza, ou como afirma de um "*open texture*". Seria a penumbra dos conceitos o que supõe o aparecimento da discricionariedade e por isso pensa que a discricionariedade apenas emerge em "*hard cases*", nos quais a norma não prescreve uma única solução. Ao não estar determinada pela norma, se o caso concreto deve ou não ser incluído no conceito classificatório, a decisão de incluir ou não é fruto de uma eleição chamada pelo autor de discricionária. Assim, para HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, a razão para a discricionariedade se encontra na incerteza da linguagem.

RONALD DWORKIN²⁶² sustenta que a discricionariedade é como o buraco de um *doughnut*, uma área de liberdade dentro de um marco de restrições, um espaço livre o qual as normas ou ordens ditadas por autoridades hierarquicamente superiores deixam para que seu aplicador decida sobre algum aspecto. Distingue, nessa perspectiva, três sentidos de discricionariedade, sendo dois fracos e um forte. No primeiro sentido fraco, faz referência a que os critérios que orientem o comportamento do aplicador não sejam suscetíveis de uma aplicação mecânica, mas que exijam uma operação de discernimento. O outro sentido da discricionariedade fraca faz referência ao aplicador que tem de tomar uma decisão definitiva em atinência a determinado assunto, de tal forma que essa decisão não possa ser, posteriormente, revista ou anulada por outra. A decisão é irreversível, não suscetível de controle *a posteriori*. A discricionariedade é, nesse sentido, a margem de decisão com caráter concluinte. E, finalmente, a discricionariedade forte, usada pelo autor para fazer referência às hipóteses em que a autoridade ou a norma atribua ao aplicador uma margem de decisão sem estabelecer qualquer tipo de critério que guie sua conduta, de tal modo que o aplicador não estará vinculado a nenhuma ordem ou pauta de comportamento (Figura 6).

²⁶¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. The concept of law. 2. ed. Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1994, p. 123-124.

²⁶² DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999, p. 84-85.

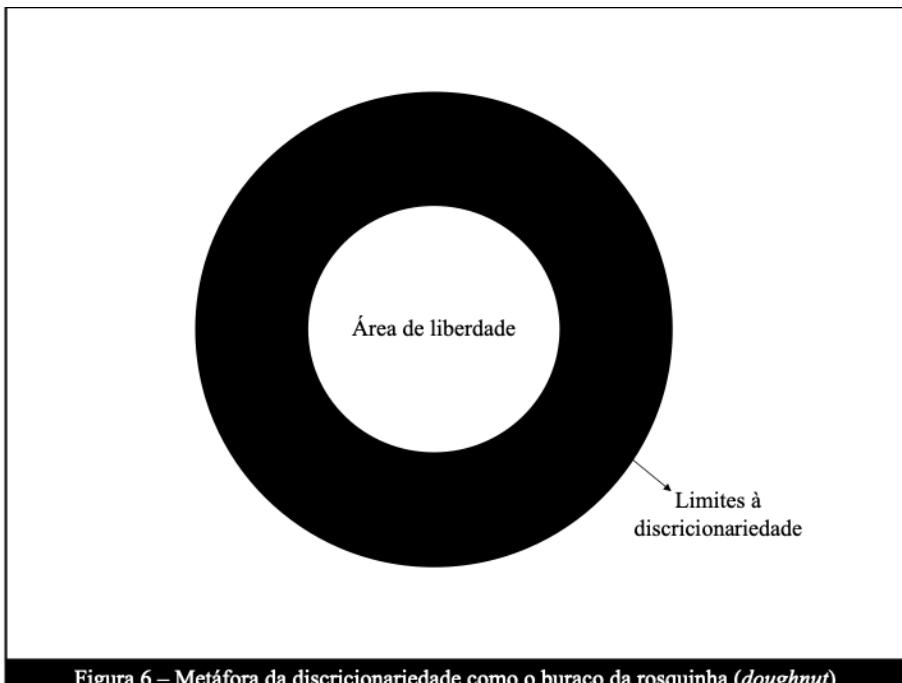


Figura 6 – Metáfora da discricionariedade como o buraco da rosquinha (*doughnut*)

Fonte: elaboração própria

Parece que apenas acertaram em coincidir, a maioria dos autores, em um significado que se poderia chamar negativo da discricionariedade, como margem de liberdade. Além disso, as construções propostas são divergentes.

Segundo ROBERT. E. GOODIN²⁶³, a discricionariedade admite dois tipos de caracterizações, uma positiva e outra negativa. Em sua caracterização positiva, um oficial pode dizer que tem discricionariedade se, e somente se, este “*is empowered to pursue some social goal in the context of individual cases in such a way as he judges to be best calculated, in the circumstances, to promote those goals*”. A caracterização negativa para o autor está representada muito bem pela metáfora de RONALD DWORAKIN de que a discricionariedade é “*like the hole in the doughnut*”, onde não existe exceção na área aberta deixada por um cinto de restrições que a envolve. Nessa análise negativa, discricionária é uma noção residual e dita que: “*discretion refers, negatively, to a lacuna in a system of rules*”.

²⁶³ GOODIN, Robert. E. Welfare, rights and discretion. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 6, n. 2, p. 232-261, summer, 1986, p. 233-234.

5.2 Teorias, escolas, épocas ou conceitos de discricionariedade

A doutrina classifica de diferentes maneiras as diversas correntes doutrinárias que teorizaram sobre a discricionariedade, agrupando os distintos teóricos em escolas, épocas ou conceitos.

EVA DESDENTADO DAROCA²⁶⁴ classifica os diferentes postulados doutrinários em função do marco a que cada um dos autores coloca seus argumentos.

5.2.1 Discricionariedade como consequência da relação entre a atividade administrativa e a lei

O primeiro grupo mencionado pela autora é o que coloca que a discricionariedade administrativa é um fenômeno que surge como consequência da relação entre a atividade administrativa e lei, ou seja, da regulamentação que a lei realiza das atribuições administrativas. Liderando esse grupo, tem-se EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que classificam as atribuições administrativas em atribuições reguladas e atribuições discricionárias. Em que estas últimas seriam as que a lei, na atribuição das mesmas à Administração, determina as condições de seu exercício tão só parcialmente, remetendo a fixação das não determinadas à apreciação subjetiva da Administração. Há, aqui, acordos básicos, quase unâimes, sobre o momento de eleição indiferente por parte da Administração, porque a maioria das definições dadas à discricionariedade integra-lhe o momento de eleição, e essa indiferença de soluções para eleger. Observa-se, assim, uma definição com dois elementos: momento de eleição e indiferença total de soluções.

5.2.2 Discricionariedade como fruto do controle judicial da atividade administrativa

O segundo grupo define a discricionariedade como fruto do controle judicial da atividade administrativa. Afirmam seus seguidores, ENRICO PRESUTTI, JEAN KAHN e FERNANDO GARRIDO FALLA, que o conceito de poder discricional faz referência à susceptibilidade ou insusceptibilidade de controle dos atos administrativos pelos Tribunais. Assim, uma atividade ou ato

²⁶⁴ DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 54-84.

administrativo seria discricional quando não fosse objeto de controle judicial, sendo vinculada aquela atividade que se é suscetível de fiscalização por parte de juízes e Tribunais. Discricionariedade e insusceptibilidade de controle são conceitos distintos, mas é certo que o um está relacionado com o outro.

KARL ENGISCH²⁶⁵:

Ocasionalmente tem-se mesmo pretendido definir “decisões discricionárias” precisamente como aquelas que não são judicialmente sindicáveis. Do ponto de vista lógico, que para nós releva, porém, tem que se começar por esclarecer o conceito de discricionariedade sem olhar de imediato ao seu significado para a sindicabilidade dos actos discricionários. Só em seguida surge a questão do chamado “rigor do controlo”, isto é, a questão de saber se tais actos estão e em que medida sujeitos ao controlo judicial, para o que não contará então apenas a “essência” da discricionariedade, mas também podem ser decisivas considerações processuais específicas que, p. ex., decorrem da estrutura da decisão atacada e da instância que a emite, ou da função da revisão.

5.2.3 Discricionariedade como âmbito de independência da Administração

O terceiro grupo identifica a discricionariedade administrativa como o âmbito de independência da Administração frente ao Poder Judicial e ao Poder Legislativo, ou seja, que discricionariedade é sinônimo de liberdade e independência da Administração com respeito aos outros poderes do Estado. JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR distingue duas vertentes dessa liberdade: uma primeira vertente positiva, que “*consiste en la delimitación por la norma de un ámbito funcional o conjunto de actividades inherentes a la personalidad de un sujeto dentro de las cuales éste puede actuar sin restricción alguna*”; e uma segunda vertente negativa, na qual a liberdade implica uma proibição geral pelo ordenamento jurídico aos demais sujeitos de Direito, de interferir ou perturbar a atuação do sujeito “*Administración*”, dentro de seu âmbito de liberdade. Pode-se dizer que esse posicionamento quase intocável da Administração frente aos demais poderes foi defendido também por LUCIANO PAREJO ALFONSO e MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN.

²⁶⁵ ENGISCH, Karl. Introducción ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 214-215.

5.2.4 Discretionalidade como núcleo de decisão final

Um quarto grupo identifica a discretionalidade administrativa como o núcleo de decisão final delimitado por duas variáveis: a lei e a atividade dos Tribunais. Assim, a discretionalidade supõe uma apreciação subjetiva das condições de exercício dos poderes administrativos e “*un ámbito de decisión final libre, ausente de control*”. Esse âmbito de livre decisão não é consequência de que existe um âmbito de independência privativo da Administração, mas sim que se configura como um reduto final que fica como consequência de que os Tribunais não o controlam. Autores como JEAN-MARIE AUBY, ROLAND DRAGO, STAVROULA KTISTAKI, RENÉ CHAPUS, DANIEL LABETOULLE, mas principalmente DENIS J. GALLIGAN, pois entendem que a concepção da discretionalidade é dinâmica, a propósito da qual o juiz exerce uma função essencial. Sublinham que é impossível ter uma concepção monista do dito poder discricional, pois este, na maioria dos casos, depende da interpretação que o juiz faça dele. Afirmam que o sentido da discretionalidade não pode se identificar somente a partir da conhecida variável atividade administrativa-norma.

Embora esta variável deva ser considerada, não deverá ser a única, sendo a atividade dos Tribunais um aspecto fundamental que conforma um sentido da discretionalidade, visto que são eles os que, em último termo, estabelecem os limites dos poderes administrativos. Logo, segundo a construção de DENIS J. GALLIGAN, a discretionalidade seria uma margem de livre decisão outorgada à Administração em função de duas variáveis: em primeiro lugar, o termo legal em que o poder foi conferido e, em segundo lugar, a atitude dos Tribunais a respeito do reconhecimento desse âmbito de decisão como exclusivo da Administração e, por conseguinte, excluindo o controle judicial sobre ele.

5.2.5 Discretionalidade como dever de adotar a solução mais adequada

Um quinto grupo, capitaneado por FERNANDO SÁINZ MORENO e GERMAN FERNÁNDEZ FARRERES, entende que a discretionalidade da Administração permite a esta eleger quaisquer das opções ou alternativas desta, pois o caráter instrumental da atividade administra deve servir aos interesses públicos, logo, conceituam discretionalidade como dever de adotar a solução mais adequada aos interesses públicos, ou, ao menos, adotar a melhor solução que esteja a seu alcance.

5.3 Equivocidade e plurissignificado do termo discricionariedade

Ao analisar os diversos grupos verifica-se que todos, menos o último, coincidem em uma característica essencial: a existência de uma margem de manobra, de um âmbito de eleição entre atuações tidas como juridicamente indiferentes, na qual a Administração pode optar entre diversas opções ou alternativas, elegendo a que lhe pareça mais conveniente, em função de um critério ou princípio chamado de conveniência e oportunidade, e realizando, por conseguinte, dita eleição mediante uma apreciação de valores singulares.

Outra conclusão que se pode depreender é a existência de três correntes quando se trata de discricionariedade²⁶⁶:

- **maximalista:** defende o alargamento do conceito de discricionariedade e o aproveitamento de seu regime para figuras que, tradicionalmente, são excluídas de seu âmbito²⁶⁷;
- **minimalista:** defende que a decisão discricional é aquela que se adota entre várias igualmente válidas para o Direito, mas apenas verdadeiramente há discricionariedade quando os critérios são políticos e não jurídicos²⁶⁸; e
- **intermédia:** que, assim como a minimalista, entende que a discricionariedade deriva da eleição em conteúdos alternativos válidos, mas que entendem que tal opção deve ser realizada por meio da apreciação e ponderação dos fatos e interesses, além de fazer uma harmonização de diversos interesses públicos e privados subjacentes à situação concreta (aqui se encontra praticamente toda doutrina).

É comum o uso do termo discricionariedade de forma imprecisa, sem uma real preocupação com seu sentido técnico-jurídico. O termo é usado como um supraconceito, assim, abordando toda e qualquer forma de manifestação de vontade com liberdade, o que, infelizmente, acaba prejudicando o entendimento sobre a temática.

²⁶⁶ AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 147-149.

²⁶⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. O ordenamento jurídico administrativo português. In: AA. VV. Contencioso administrativo; breve curso constituído por lições proferidas na Universidade do Minho por iniciativa da Associação Jurídica de Braga. Braga: Livraria Cruz, 1986, p. 45.

²⁶⁸ SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 304-308.

EVA DESDENTADO DAROCA²⁶⁹ afirma que se algo caracteriza a palavra discricionariedade é a equivocidade de seu significado, em sua opinião, “el hecho de que conceptos distintos correspondan a sentidos diferentes de la misma”. Daí porque afirma que “la solución del problema de la definición de la discrecionalidad administrativa es la clave para solucionar todos los restantes interrogantes”. GUY BRAIBANT²⁷⁰ esclarece que “les rapports et les premières interventions me donnent à penser qu'il y a encoré un problème de définition du pouvoir discrétionnaire, qui reste peut-être le problème le plus difficile”. PIETRO GASPARRI²⁷¹ dita que é “fenómeno notissimo ai teorici ed ai pratici del diritto pubblico; ma la cui essenza è tuttavia per tutti alquanto misteriosa”. Por fim, KARL ENGISCH²⁷² entende que “o conceito de discricionariedade (poder discricionario) é um dos conceitos mais plurisignificativos e mais difíceis da teoria do Direito”.

Por isso que DENIS J. GALLIGAN²⁷³ afirma que:

[...] discretion is not a precise term of art, with a settled meaning, nor is it a concept which, when found to be present, leads to fixed consequences. Rather it is used in different ways, often of different purposes. [...] the sense of discretion depends on the context in which it occurs, and the attitudes of the officials who are involved with it. These, [...] constitute the two primary factors in understanding the meaning, scope, and significance of discretion.

Com a finalidade de aproximar-se ao que é uma proposta de definição eclética, acolhedora das diferentes concepções em circulação, verifica-se que, quando se tenta definir a discricionariedade, faz-se uma relação correlativa entre o conceito de discricionariedade e o controle judicial da mesma. Ademais, dessa correlação com o controle judicial, também se faz relação do conceito com o poder administrativo ou com sua localização dentro dos componentes lógico-estruturais da norma jurídica de competência e de conduta. E, dessa maneira, passa-se a desenvolver uma definição de discricionariedade, procurando dar-lhe um enfoque

²⁶⁹ DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 36.

²⁷⁰ BRAIBANT, Guy. Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif (colloque du 05 mars 1977). París: Cujas, 1978, p. 59.

²⁷¹ GASPARRI, Pietro. Corso di diritto amministrativo. Bologna: C. Zuffi, 1953, p. 64.

²⁷² ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 214.

²⁷³ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 54.

mais conceitual, mas sem esquecer outros elementos, como sua localização nos componentes lógico-estruturais. Antes, porém, abordar-se-á os tipos de decisões discricionais.

5.4 Tipos de decisões discricionais

5.4.1 Discricionariedades fraca e forte

Como já mencionado, RONALD DWORKIN²⁷⁴ sustenta que a discricionariedade é um espaço livre o qual as normas ou ordens ditadas por autoridades hierarquicamente superiores deixam para que seu aplicador decida sobre algum aspecto e, nessa perspectiva, distingue **três sentidos de discricionariedade, dois fracos e um forte**²⁷⁵.

O **primeiro sentido fraco** faz referência a que os critérios que guiam a conduta do aplicador não sejam suscetíveis de uma aplicação mecânica, mas sim que exijam uma operação de discernimento. Isso significa que, quando o superior hierárquico determina a realização de determinada tarefa expressando critérios orientadores (cautela, atenção, etc.), tal ordem não permitirá uma aplicação mecânica, mas obrigará ao inferior hierárquico a realizar a tarefa com base nos critérios previamente definidos. Essa margem de ajuizamento ou discernimento para a aplicação da ordem que não admite colocar em prática algo de tipo mecânico é o que caracteriza essa discricionariedade fraca.

O **outro sentido da discricionariedade fraca** faz referência ao aplicador da ordem, o qual tem de tomar uma decisão definitiva em atinência a determinado assunto, de tal forma que essa decisão não possa ser revisada nem anulada, posteriormente, por outra. A decisão não é revisável nem suscetível de controle sucessivamente. A discricionariedade é, nesse sentido, a margem de decisão com caráter concluinte²⁷⁶.

²⁷⁴ DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999, p. 31-39; 84-85.

²⁷⁵ EVA DESDENTADO DAROCA (DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 52) adota a terminologia de discricionariedade forte, mas prefere outra terminologia para a discricionariedade fraca, denomina-a discricionariedade instrumental.

²⁷⁶ Segundo ROGER SHINER (SHINER, Roger. Norm and nature: The Movements of Legal Thought. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 32), a discricionariedade fraca depende da relação estrutural entre *standards* autorizativos preexistentes e a decisão que deve ser tomada no caso concreto. Além de depender das dificuldades para compreender o curso de ação requerido por estes *standards*. Essa se diferencia por um certo aspecto da discricionariedade mecânica ou discricionariedade de rotina. Esta, a

Por fim, trata da **discricionariedade forte**, utilizada pelo autor para se referir aos casos em que a autoridade ou a norma atribua ao aplicador da ordem uma margem de decisão sem estabelecer nenhum tipo de critério que guie sua conduta, de tal modo que o aplicador não estará vinculado a nenhuma ordem ou pauta de conduta. É o caso do superior que solicita algo do inferior sob a preferência deste²⁷⁷. Ou seja, enquanto na discricionariedade forte, o aplicador cria seus próprios critérios de atuação; na fraca, este está vinculado a *standards* fixados pela fonte da ordem (norma ou autoridade), contando tão apenas com uma margem de discernimento para a aplicação de dito critério²⁷⁸.

A diferença realizada por RONALD DWORKEIN, no entanto, não tem que ver somente com a discricionariedade. Verdadeiramente, refere-se a tipos de decisões ou eleições subjetivas ou autônomas, sejam elas conformadora/configuradora, discricional, apreciativa ou com margem de livre apreciação. Assim, tanto a liberdade de conformação/configuração, a discricionariedade, como a apreciatividade e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados poderão ser fortes ou fracas, isso dependerá da fonte habilitadora de subjetividade que poderá ou não estabelecer critérios que guiem a conduta do aplicador.

É importante, todavia, ter em conta que, ao optar-se por critérios, far-se-ão também operações de estabelecimento de subcritérios, de ponderação de interesses e fatores em conflito, assim como de atribuição de pesos relativos. Isso significa que, na discricionariedade forte, o aplicador deve estabelecer uma série de critérios de decisão segundo uma margem ampla de liberdade; e, na discricionariedade fraca, o aplicador tem um âmbito de decisão muito mais restrito pela presença de um critério vago ou não que há de reger sua atuação; mas para a aplicação desse critério vago precisará realizar uma operação de

diferença da anterior, produz-se naqueles casos em que não existe nenhum problema epistêmico relevante para determinar a solução jurídica prevista.

²⁷⁷ ROBERT. E. GOODIN (GOODIN, Robert. E. Welfare, rights and discretion. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 6, n. 2, p. 232-261, summer, 1986, p. 235), ao falar da concepção de RONALD DWORKEIN sobre discricionariedade forte, revela que, mesmo que muitas vezes seja definida pela ausência de qualquer norma, para o autor, essa concepção é incorreta e explica: “*discretionary power is power exercised under some rule*”.

²⁷⁸ A análise de RONALD DWORKEIN sobre a discricionariedade foi feita a partir de um debate sobre como os juízes decidem ou deveriam decidir os casos difíceis. O que ele desejava demonstrar é que, em certas situações, os juízes não possuem discricionariedade, que sempre haverá uma norma jurídica aplicável ao caso. DENIS J. GALLIGAN (GALLIGAN, Denis J. *Discretionary powers: a legal study of official discretion*. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 32) argumenta que a metáfora de RONALD DWORKEIN, enganosamente, pode dar a impressão de uma clara divisão entre a discricionariedade e as normas que a envolvem, pois são difíceis de discernir se estas últimas possuem vazios ou são vagas, abstratas ou em conflito.

estabelecimento de subcritérios que responderão ao primeiro critério, o amplo, estabelecido pela ordem ou comando. Por isso, afirma-se que, na discricionariedade forte, o aplicador, além de operar discricionalmente, tem a discricionariedade; e, na discricionariedade fraca, o aplicador, ainda que opere discricionariamente, não tem discricionariedade. Isto é, em ambos os casos (discricionariedade forte ou fraca), seja estabelecendo critérios de decisão dentro de uma margem ampla de liberdade ou subcritérios que responderão aos critérios previamente estabelecidos, estar-se-á operando com apreciatividade, conforme demonstrar-se-á mais à frente.

5.4.1 Discricionariedades forte e instrumental

EVA DESDENTADO DAROCA²⁷⁹, dentro do “*supraconcepto discricionalidad*”, identifica outros conceitos. O conceito geral pode, segundo a autora, subdividir-se nos conceitos de “*discricionalidad fuerte*” e “*discricionalidad instrumental*”, referindo-se à clássica divisão de RONALD DWORKIN, supramencionado. Ademais, atendendo aos diferentes tipos de atuação dos Poderes Públicos previstos constitucionalmente, identifica também conceitos materiais de “*discricionalidad política*”, “*discricionalidad judicial*”, “*discricionalidad administrativa*”, e inclusive, nestes, outros subconceitos, todavia, mais específicos.

Para a autora²⁸⁰:

La discricionalidad es un ‘modus operandi’. Con el supraconcepto de discricionalidad no se está haciendo, pues, referencia más que a una determinada forma de operar [...] modo de operar, de actuar, de realizar algo, consistente en la adopción de decisiones dentro de un margen de apreciación dejado por el ordenamiento mediante la realización de una elección entre diferentes alternativas sobre la base de criterios extrajurídicos. [...] Desde esta perspectiva formal, todas las manifestaciones de fenómenos discrecionales son esencialmente iguales; su única diferencia es de grado.

Além disso, identifica a discricionariedade política e administrativa como fonte, e a judicial como instrumental. Ela situa a discricionariedade administrativa

²⁷⁹ DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 70-84.

²⁸⁰ DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 71.

em um estado intermédio entre a discricionariedade política própria do Poder Legislativo, e a discricionariedade jurídica própria do Judiciário. Assim, para a autora, a discricionariedade administrativa se configuraria como uma eleição tanto de meios como de fins; ainda que certamente se trataria de uma discricionariedade enquadrada em um marco mais reduzido em comparação, segundo ela, com a soberana discricionariedade legislativa. Parece claro, pois, na opinião de EVA DESDENTADO DAROCA²⁸¹, que: “*lo característico de la discrecionalidad administrativa es [...] la presencia de un momento intrínsecamente político en la fase de elección de la alternativa, aunque ese momento se produzca dentro de un marco delimitado por el legislador o incluso dentro de una política de actuación ya establecida en la regulación*”.

5.4.3 Discricionariedade por adjudicação e por negociação

KEITH HAWKINS²⁸², tomado como ponto de partida a forma da tomada de decisão, fala de **discricionariedade por adjudicação** e **discricionariedade por negociação**. Para o autor, as primeiras são aquelas em que quem toma a decisão estará em uma posição de decidir acerca de um assunto qualquer. Já as segundas, são tomadas pelas pessoas que decidem as que se veem afetadas pela decisão, inclusive depois de que seja homologada ou adjudicada por outra pessoa.

5.4.4 Discricionariedade formal/informal e provisória/final

ROBERT E. GOODIN²⁸³ sugeriu dois pares mais de definições que contrastam, ainda, com sua própria variante da distinção entre forte-fraca. Primeiro, pode-se definir que os agentes possuem **discricionariedade formal** quando as opções estão explicitamente escritas em uma norma. Quando a linguagem é vaga e as opções estão mais que implícitas na declaração de uma norma, salienta o autor, que a discricionariedade será **informal**. Em segundo lugar, agentes cujas decisões estão sujeitas à revisão e possível revogação por outro agente possuem “**provisional discretion**”, enquanto aqueles cujas decisões não estão sujeitas à revisão, pode-se dizer, que detêm “**ultimate discretion**”. O

²⁸¹ *Ibidem*, p. 78.

²⁸² HAWKINS, Keith. Using judicial discretion. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992.

²⁸³ GOODIN, Robert. E. Welfare, rights and discretion. Oxford Journal of Legal Studies, Oxford, v. 6, n. 2, p. 232-261, summer, 1986, p. 234-235.

autor ainda aduz que quando um oficial possui “*formal, strong ultimate discretion as being a situation in which he has ‘complete’ discretion in the matter*”.

5.4.5 Discretionalidade processual e material

MICHAEL K. BROWN²⁸⁴ exprime-se quanto a dois outros tipos de decisões discretionais, a processual e a material (*procedural and substantive*).

As **decisões processuais** são aquelas que estruturam o contexto administrativo da discretionalidade. Incluem-se as decisões para criar unidades de especialização para implementação de programas, as formulações de normas e procedimentos para guiar a discretionalidade administrativa, as decisões orçamentárias e inclusive decisões sobre os procedimentos de formação e treinamentos. Ou seja, são as decisões de organização estrutural e de regras dos programas.

As **decisões materiais** podem ser categorizadas como de asignação de recursos (*allocative*) ou de regulamentação (*regulatory*). As decisões alocativas imprimem consequências nas distribuições e determinam o nível de serviços entre os grupos, classes e áreas geográficas. As decisões reguladoras referem-se à aplicação de uma regra ou lei e consistem em duas opções principais: a decisão de intervir em um conjunto particular de circunstâncias e a decisão de que ação tomar, ou seja, se, para resolver o assunto, precisar-se-á de uma maneira formal, fazê-lo por meio de uma ação judicial ou por meio de uma resolução informal.

5.4.6 Discretionalidade de decisão e de trâmite

Nesse mesmo sentido,AITOR ORENA DOMÍNGUEZ²⁸⁵ trata de uma **discretionalidade de decisão e de trâmite**, sendo a primeira “*aquellos supuestos de actos definitivos que resuelven*” e as segundas “*aquellos actos no definitivos que se encuentran en los procedimientos [...] y que, a diferencia de los anteriores, no resuelven*”.

²⁸⁴ BROWN, Michael K. Working the street: police discretion and the dilemmas of reform. New York: Russell Sage Foundation, 1988, p. 25.

²⁸⁵ ORENA DOMÍNGUEZ, Aitor. Discrecionalidad, arbitrariedad e inicio de actuaciones inspectoras. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2006, p. 38.

5.4.7 Discretionalidade do procedimento e do *iter*

SALVATORE PIRAINO²⁸⁶ distingue a **discretionalidade do procedimento** da **discretionalidade do iter**:

Sulla base di quanto sopra osservato, ben può comprendersi la puntualizzazione della distinta delineazione della discrezionalità del provvedimento e della discrezionalità dell'iter, attraverso cui si perviene alla decisione provvedimentale, concernendo la discrezionalità tutti gli aspetti e gli elementi, formali e sostanziali, dell'azione amministrativa el, che, come si è già rilevato, si svolge e progressivamente si concretizza attraverso il processo volitivo, che culmina nella fase decisoria, in cui l'atto finale viene posto in essere.

5.4.8 Visão crítica desses tipos de decisão discricional

À vista de tais classificações e antecipando-se ao que se comentará adiante, pode-se dizer que a discretionalidade deve ser outorgada explicitamente e a apreciatividade é informal, pois não está explicitamente escrita em uma norma ou está presente quando esta utiliza uma linguagem vaga e as opções são implícitas. Com relação à classificação de provisional ou última, pode-se afirmar que tanto a discretionalidade como a apreciatividade estão sujeitas à revisão, mas é certo que a discretionalidade, ao menos a potencial, por suas características, estará mais sujeita a ser provisional. Por fim, enquanto à classificação entre processual e material ou de trâmite e de decisão, entende-se que, no trâmite da tomada de decisão, não existe discretionalidade, o que existe é apreciatividade, a não ser que a própria norma, de maneira expressa, possibilite que, previamente à decisão final, preveja-se a possibilidade de alternativas para o Administrador ao decidir discricionariamente.

Importa, pois, mencionar que, por não ser a discretionalidade a única modalidade de margem de liberdade existente à Administração, o que deveria ser classificado é a subjetividade ou autonomia pública administrativa. Essa sim pode ser forte ou fraca, por adjudicação ou por negociação, formal ou informal, provisional ou definitiva, processual ou material e de decisão ou de trâmite.

²⁸⁶ PIRAINO, Salvatore. La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio. Milano: Giuffrè, 1990, p. 154.

5.5 Modalidades discricionais

Há quem classifique a discricionariedade em uma série de hipóteses-tipo. A modo de exemplificação, pois são muitas as classificações, pode-se citar alguns autores, como MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN²⁸⁷, que fala em discricionariedade regulamentaria, discricionariedade de planejamento, discricionariedade de iniciativa, discricionariedade política *stricto sensu*, discricionariedade técnica, discricionariedade tática e discricionariedade de gestão. CÉSAR DAVID CIRIANO VELA²⁸⁸, tratando especificamente sobre a Administração econômica, individua a discricionariedade política, discricionariedade normativa, discricionariedade de planificação, discricionariedade promocional, discricionariedade na iniciativa econômica, discricionariedade de privatização, discricionariedade autorizadora, discricionariedade inspetora e sancionadora, discricionariedade organizativa e discricionariedade convencional. Por fim, para não se estender muito, vale a pena indicar MARIO SINOPOLI²⁸⁹, o qual afirma ser lícito tratar “*di discrezionalità pura, di discrezionalità funzionale, di discrezionalità tecnica, persino di discrezionalità “positiva” o “negativa”[...]*”.

É certo que tais tipos de classificações são necessários, mas quiçá seja mais correto asseverar que é exatamente essa quantidade de hipóteses-tipo que traz problemas à já complicada noção de discricionariedade. A discricionariedade sem um adjetivo indica conceitos similares. Assim, a utilização do substantivo discricionariedade apresenta a necessidade de referir-se a algo específico e deve ir acompanhada de um adjetivo²⁹⁰. Sobre tal problemática, HANS JULIUS WOLFF, OTTO BACHOF e ROLF STOBER²⁹¹ afirmam que: “*dada a abertura e a polissemia do conceito de discricionariedade, não existe um tipo único de discricionariedade. Pelo contrário, existem diferentes formas de discricionariedade, que exigem um tratamento diferenciado*”.

²⁸⁷ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 121-131.

²⁸⁸ CIRIANO VELA, César David. Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 258 e ss.

²⁸⁹ SINOPOLI, Mario. I limiti della discrezionalità amministrativa. In: TARANTINO, Antonio. Magistratura, informatica e attività discrezionale degli enti pubblici territoriali. Milano: Giuffrè, 1981, p. 69.

²⁹⁰ SINOPOLI, Mario. I limiti della discrezionalità amministrativa. In: TARANTINO, Antonio. Magistratura, informatica e attività discrezionale degli enti pubblici territoriali. Milano: Giuffrè, 1981, p. 69.

²⁹¹ WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. Direito Administrativo (Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, v. 1, p. 463.

É verdadeiro que sem um adjetivo a discricionariedade indica um só significado, mas há de se discrepar dos autores quando enuncia que a utilização de um adjetivo é imprescindível e necessária. Entende-se que a utilização de adjetivos qualificadores indica ser tais supostos ou modalidades especiais daquelas, ou seja, da discricionariedade, sendo, como mencionado, qualificadores que limitam e especificam o âmbito no qual a discricionariedade vem a ser aplicada, facilitando a visualização do espaço em que a discricionariedade está sendo empregada. Assim, a utilização de qualquer adjetivo apenas concede qualidade, característica ou origem a um substantivo, que, neste caso, é a discricionariedade, mas isso não muda a concepção do substantivo.

5.6 Conceito de discricionariedade administrativa

A discricionariedade administrativa em seu sentido técnico-jurídico é a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida pela norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não, entre as estipulações oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, do que melhor atende aos interesses públicos.

Além disso, defende-se que a forma de concessão da discricionariedade é por meio de normas jurídicas. Estas, porém, quando concedem discricionariedade à Administração, fazem-na de forma **potencial**, isto é, de maneira abstrata, toda vez que a discricionariedade **efetiva** somente confirma-se no caso concreto. Desse modo, o conceito exposto refere-se ao que se denomina discricionariedade potencial. Somente estar-se-á no terreno da discricionariedade efetiva uma vez fixadas as opções válidas, ou seja, opções igualmente justas e idôneas (ou legalmente indiferentes).

Outro aspecto do conceito diz respeito à localização da discricionariedade quanto aos componentes lógico-estruturais da norma jurídica. Por certo que haverá casos em que os próprios termos literais da norma configurem a consequência jurídica como discricional, então, produzindo uma atribuição textual de discricionariedade, pelo que não carece recorrer aos critérios dos componentes lógico-estruturais da norma jurídica. Quando esse não for o caso, poderá localizar-se a discricionariedade no operador deôntrico ou no preceito/estatuição/consequência da norma.

Nas normas de competência, ter-se-á discricionariedade no preceito/estatuição/consequência, visto que, sobre qualquer domínio que se possa conceber, terá habilitação para dispor de forma autônoma.

Agora, nas normas de conduta, ter-se-á discricionariedade no operador deôntico quando se tratar de normas permissivas, bem como quando o preceito/estatuição/consequência não compreender mais de um efeito; e, na preceptiva, diante de normas de obrigação (imposição ou proibição), em que se necessite de mais de uma opção/alternativa apresentadas de forma disjuntivas.

Trata-se da distinção entre **discricionariedade de atuação** (localizada no operador deôntico) e **de eleição** (localizada no preceito/estatuição/consequência) ou, como outros estudiosos preferem, discricionariedade de eleição e discricionariedade de decisão ou juízo.

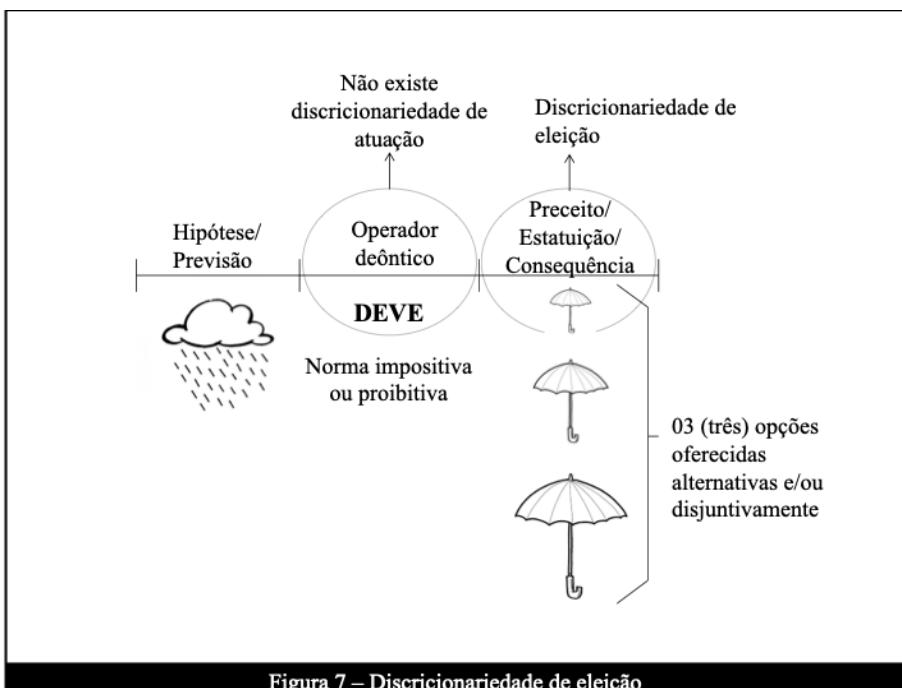


Figura 7 – Discricionariedade de eleição

Fonte: elaboração própria

A Figura 7 ilustra essas diferenças. Utilizando-se daquele improável, porém didático, enunciado hipotético anteriormente tratado na Figura 4, aqui, modificou-se o preceito/estatuição/consequência para se visualizar discricionariedade de eleição. Nesses termos, a norma seria: “*quando a intensidade da chuva possa molhar o administrado acima da cintura deve a Administração conceder um guarda-chuva pequeno (60 cm de diâmetro), médio (80 cm de diâmetro) ou grande (100 cm de diâmetro)*”, encontra-se a norma a I b v c v d, em que: a = *quando a intensidade da chuva possa molhar o administrado*

acima da cintura, I = deve (= impositiva), b = conceder guarda-chuva pequeno (60 cm de diâmetro), v = disjunção, c= conceder guarda-chuva médio (80 cm de diâmetro), v = disjunção, e d = conceder guarda-chuva grande (100 cm de diâmetro) ”.

Ao analisar apenas a discricionariedade existente nesta norma jurídica, lembrando que existem outras formas de subjetividades ou autonomias públicas, e ressaltando que na situação a norma se confunde com o enunciado normativo, apesar de normalmente isto não ocorrer, ter-se-ia apenas uma discricionariedade de eleição, pois a norma é impositiva e não confere discricionariedade de atuação. Assim o é porque compreende na consequência da norma mais do que um efeito e porque esses efeitos são disjuntivos, ou seja, ou se aplica um ou o outro. Permite ao aplicador optar entre *b*, *c* ou *d*.

Isso porque a consequência da norma é desdobrável em 3 (três), o que significa que um único efeito, quando remete para uma configuração autônoma, é igual a uma norma que contenha alternativamente todos os efeitos concebíveis. Logo, confere discricionariedade, pois, além de possuir efeitos alternativos, tais efeitos também são disjuntivos na medida em que não são cumuláveis.

Assim, como não existe discricionariedade de atuação, somente é permitido à Administração conceder um dos efeitos estipulados na consequência, não sendo-lhe permitido não o fazer, ou seja, não se terão alternativas dos seus contrários.

Caso a norma fosse permissiva, ou seja, se o operador deôntico fosse “*pode*”, ter-se-iam 4 (quatro) efeitos e não apenas 3 (três), pois, além de conceder um guarda-chuva pequeno, médio ou grande, poderia não conceder. Neste caso, ter-se-ia discricionariedade de atuação e de eleição (Figura 8).

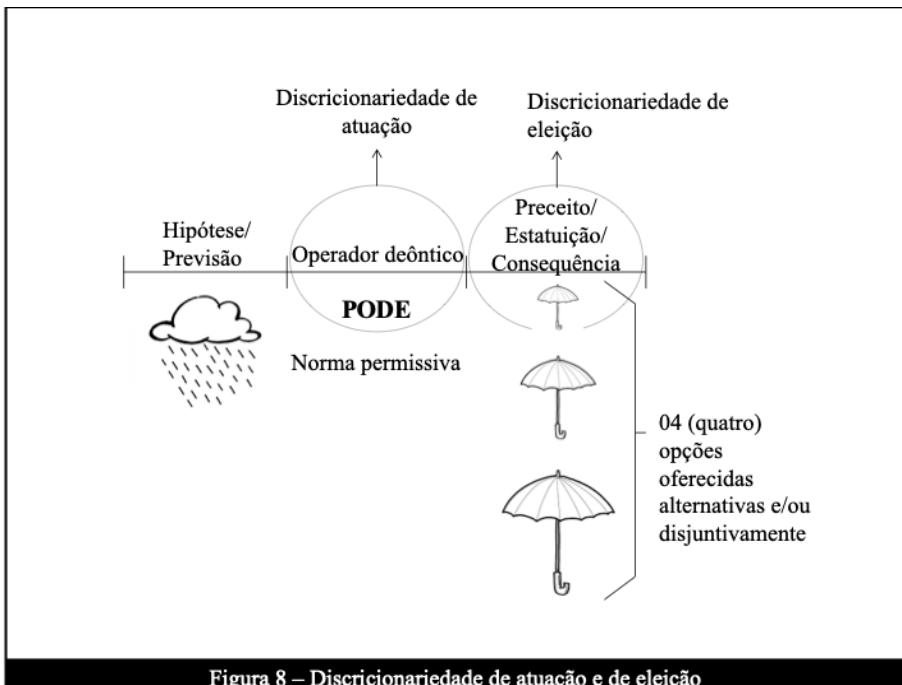


Figura 8 – Discretionariedade de atuação e de eleição

Fonte: elaboração própria

Há, também, a possibilidade de existir apenas discretionaryade de atuação. Neste caso, ter-se-ia apenas 2 (dois) efeitos, pois a consequência da norma é vinculada a, apenas, uma opção, mas, como a norma é permissiva, possui a Administração a possibilidade de conceder ou não o efeito estipulado na consequência, sendo-lhe permitido fazer ou não fazer, ou seja, conceder ou não conceder o guarda-chuva (Figura 9).

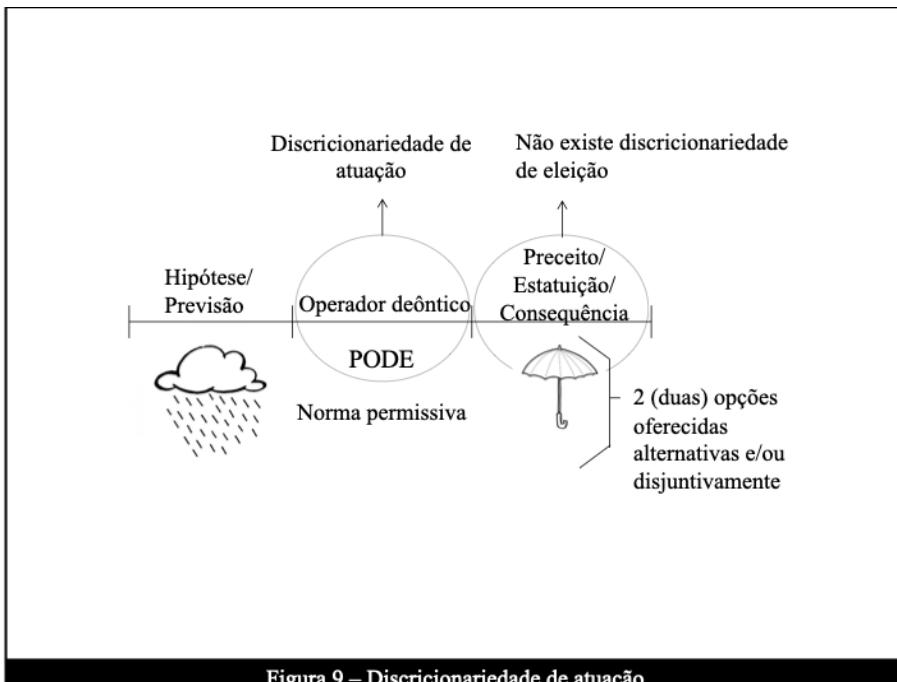


Figura 9 – Discretionalidade de atuação

Fonte: elaboração própria

Tais distinções aplicam-se tanto à discretionalidade potencial como à discretionalidade efetiva.

Passa-se, nesse sentido, a analisar essas diferenças antes de adentrar de forma pormenorizada no conceito de discretionalidade.

5.6.1 Diferenças entre discretionalidade potencial e efetiva

Estar-se-á no terreno da **discretionalidade efetiva** apenas quando fixadas as alternativas ou opções válidas, ou seja, alternativas ou opções igualmente justas e idôneas (ou legalmente indiferentes)²⁹². Esta é uma opção

²⁹² Alguns autores substituíram a ideia de alternativas igualmente válidas pela de alternativas permissíveis, admissíveis ou razoáveis. E isso permite incorporar ao conceito de discretionalidade todos os casos de ausência de resposta correta, mas sem ter de assumir que a atividade discisional carece de limites em respeito a gama de cursos de ação elegíveis. Ou seja, todas aquelas opções que, apesar de não constituírem respostas jurídicas corretas, são soluções aceitáveis ao caso analisado. Não obstante, não se pode deixar de recordar que a admissibilidade ou razoabilidade é um critério altamente obscuro. *Vide*: HART, Henry M. e SACKS, Albert M. *The legal process: basic problems in the making and application of law*. Westbury: Foundation press, 1994, p. 126; GREENAWALT, Kent. *Discretion and judicial decision: the elusive quest for the fetters that bind judges*. *Columbia Law Review*, New York, v. 75, n. 2, p. 359-399,

política, cuja definição é a opção entre as alternativas ou opções válidas feitas com critérios de política administrativa ou governamental, considerados como apropriados pelo administrador em determinados casos concretos.

Esta concepção de que a discricionariedade é a tomada de uma decisão entre alternativas ou opções justas e idôneas, sendo, por conseguinte, uma opção política, não está, de todo, clara na doutrina, pois existe uma **grande confusão entre os conceitos de discricionariedade potencial e efetiva**. FERNANDO SAINZ MORENO²⁹³ afirma que a discricionariedade – e aqui se refere à discricionariedade efetiva – apenas existe quando o critério da decisão deixa de ser jurídico para converter-se em político. Do mesmo modo, RUDOLF VON LAUN²⁹⁴ esclarece que existe discricionariedade “quando podemos admitir que, segundo a vontade da lei, duas possibilidades entre si contrapostas são igualmente conforme ao direito, e a autoridade, portanto, pode optar por A ou não-A, sem agir contrariamente ao direito em qualquer das alternativas”. Para ERNST FORSTHOFF²⁹⁵, a discricionariedade se apresenta como “un ámbito de acción y decisión, una elección entre varias formas de comportamiento igualmente posible”. Segundo essa linha, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ²⁹⁶ explicam que a discricionariedade “es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos”²⁹⁷.

Significa que as alternativas ou opções dadas pela interpretação concederam apenas alternativas ou opções válidas ou inválidas. Ou seja, não há “melhor” ou “ótima” alternativa ou opção, essa, sempre, será a única que poderia ser validamente seguida. Com efeito, o agente público tem o dever jurídico de satisfazer os interesses públicos por meio da legalidade, legitimidade e licitude.

mar. 1975, p. 366; BIX, Brian. Law, Language, and Legal Determinacy. Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 26- 27.

²⁹³ SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 307.

²⁹⁴ 1910 *apud* ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 216-217.

²⁹⁵ FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 122 e 127.

²⁹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo I. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 458.

²⁹⁷ JULI PONCE SOLÉ (PONCE SOLÉ, Juli. Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 103 e 105) crê que não pode se predicar a indiferença para o Direito das valorações extrajurídicas, ainda quando estas não vulnerem algum limite dos ordenamentos. Isso não significa, para o autor, que os distintos critérios e soluções possíveis, dentro de um marco jurídico, sejam indiferentes para o Direito.

Se determinada alternativa ou opção é a “*melhor*” ou “*ótima*”, essa será o único caminho válido; os demais serão indevidos, inválidos²⁹⁸. Se assim for, estar-se-á diante de uma hipótese de atuação vinculada e não de discricionariedade²⁹⁹.

Por isso, ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA³⁰⁰ afirma que a **discricionariedade começa onde acaba a interpretação**³⁰¹. Assim pensando, estar-se-á contra quem fundamenta o processo decisório das alternativas ou opções válidas nos princípios jurídicos, como o da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, moralidade, entre outros, pois se existem alternativas ou opções mais razoáveis, mais proporcionais ou mais eficientes, as demais serão obrigatoriamente irrazoáveis, desproporcionais ou inefficientes e, portanto, inválidas. Tais princípios são critérios que devem ser utilizados no

²⁹⁸ Discorda-se de autores que defendem a ideia oposta a essa. Entre alguns, vale mencionar: KARL ENGISCH (ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 227-228), que afirma que a discricionariedade seria a “*convicção pessoal (particularmente, a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo ‘espaço de jogo’ será havida como sendo a melhor e a ‘justa’*” e, também, JUAREZ FREITAS (FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 38), ao afirmar que “*existe somente a melhor escolha administrativa (não “a” única resposta correta)*”. Segundo o autor (*ibidem*, p. 40), as opções discricionais são as que mais densamente precisam ser enjuizáveis. Neste aspecto se está de acordo com o autor, mas logo volta a repetir que o controle da discricionariedade tem a finalidade de buscar a melhor solução possível, e, neste ponto, não se concorda com o mencionado autor. Na verdade, a discricionariedade potencial é que deve ser vista desse modo.

²⁹⁹ LÊNIO LUIZ STRECK (STRECK, Lênio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade positiva. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 93, p. 83-147, jan./jun. 2006, p. 124) afirma que não existe a única resposta, mas sim “*a*” resposta. Assim, esclarece que: “*A única resposta correta é, pois, um paradoxo: trata-se de uma impossibilidade hermenêutica e ao mesmo tempo, uma redundância, pois a única resposta acarretaria o seqüestro da diferença e do tempo (não esqueçamos que o tempo é a forma do ser na hermenêutica). E é assim porque é conteudística, exsurgindo do mundo prático. Ou seja, a resposta correta só pode ocorrer levando em conta a conteudística*”.

Para LÊNIO LUIZ STRECK (*Op. Cit.*, p. 128), as respostas não estão à disposição do intérprete, como um catálogo em que este opta por uma delas como sendo a melhor, *in verbis*: “*é possível dizer que não já garantias no sentido de que a tese da “melhor resposta possível” tenha o condão de afastar/evitar um elevado grau de discricionariedade, uma vez que a “melhor resposta” não exclui a existência de várias respostas, não superando, desse modo, o problema fulcral do positivismo, que é a escolha (discricionária) da resposta do intérprete*”.

É certo que a hermenêutica proporcionará respostas adequadas em casos concretos que deverão ser justificadas com argumentações racionais.

³⁰⁰ PEREIRA, André Gonçalves. Erro e ilegalidade no acto administrativo. Lisboa: Ática, 1960, p. 217.

³⁰¹ Para uma reflexão da relação existente entre a hermenêutica e a discricionariedade, *vide*: RUIZ OJEDA, Alberto Luis. Hermenéutica y narrativismo jurídico: Una aproximación al problema del control de la discrecionalidad de los poderes públicos. Thémata: Revista de filosofía, Sevilla, Ano 18, n. 27, p. 101-121, jul-dez. 2001. O autor demonstra que o problema do controle da discricionariedade dos Poderes Públicos se centra em um debate manipulado por palavras.

âmbito da interpretação, feito com o fim de delimitar quais são as alternativas ou opções válidas e, assim, delineando o universo de opções discricionais efetivas.

A verdade é que a discricionariedade trabalha com a tentativa de definir o resíduo de legitimidade e licitude necessário para integrar uma determinada atuação³⁰². Logo, somente haverá discricionariedade (efetiva) se todas as alternativas ou opções forem igualmente válidas, e isso somente é possível frente aos casos concretos. Se houver alternativas ou opções válidas apenas em abstrato, estar-se-á diante de uma **discricionariedade potencial**, passível de não ser confirmada *a posteriori* pela realidade concreta.

É importante ressaltar que a discricionariedade potencial pode confundir-se com a efetiva, mas, na prática, isso é difícil de se observar.

ROBERT E. GOODIN³⁰³ tem outra denominação para a discricionariedade potencial, ao chamá-la discricionariedade provisional, de provisória. Segundo o autor, os agentes cujas decisões estão sujeitas à revisão e possível substituição de critérios por outros agentes possuem apenas uma “*provisional discreción*”, enquanto aqueles cujas decisões não estão sujeitas à revisão têm “*ultimate discretion*”. Tal consideração não encaixa perfeitamente com o que se pretende denominar discricionariedade potencial, mas possui uma conotação relacionada.

³⁰² Explica DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 33 e 34): “A discricionariedade é, portanto, uma competência que é cometida à Administração, em grau e modo que venha a ser indispensáveis para integrar a vontade da lei no atendimento de suas funções de executá-la concretamente.”

A definição de resíduo de legitimidade indica, nesse conceito, que o exercício da discricionariedade tem a natureza material de uma opção política, sendo, portanto, um ato de criação e não de era execução, pois nela ocorre também, ainda que de forma derivada, uma alocação autoritária de valores, o que satisfaz o conceito eastoniano de política. O ato de execução puro, este sim, dispensaria qualquer opção, não necessitando mais que a identificação final de eventuais destinatários.

O campo formal da discricionariedade administrativa está contido no cometimento feito pela lei à Administração Pública, extremando as hipóteses, ainda que fascinantes, da discricionariedade no Legislativo e no Judiciário, que escapam ao objeto deste trabalho.

Segue, o conceito, explicando que essa opção de criação, aberta pela lei ao administrador público, é um elemento necessário para integrar a definição de todos os elementos essenciais à prática de um ato de execução, aludindo-se, implicitamente, ao motivo e ao objeto.

Na referência ao atendimento de um interesse público específico, enfatiza-se que esse dois elementos que devem ter seu conteúdo integrado pela Administração, o motivo e o objeto, caracterizam uma definição derivada e particularizada do interesse público contido na definição originária e generalizada, presente, explícita ou implicitamente na lei”.

³⁰³ GOODIN, Robert. E. Welfare, rights and discretion. Oxford Journal of Legal Studies, Oxford, v. 6, n. 2, p. 232-261, summer, 1986, p. 236.

DENIS J. GALLIGAN³⁰⁴ parece estar de acordo com a ideia de discricionariedade potencial ao afirmar que a discricionariedade se caracteriza pelo fato de que a autoridade possui alternativas na tomada de alguma decisão. Logo, o paradigma da discricionariedade é que quem detém o poder está diante de alternativas de ações, X, Y ou Z. Sua discricionariedade se configura como a liberdade de opções entre quaisquer dessas ações. Conforme o autor, “*this is true but oversimplified if the [...] requirements of rational decision-making are accepted: on the assumption that one's choices must be reasoned, discretion consists not in the authority to choose amongst different actions, but to choose amongst different courses of actions for good reasons*”. Portanto, como as alternativas existentes podem ser reduzidas, subentende-se que o autor se refere à discricionariedade potencial ostentadora de alternativas não necessariamente válidas.

Desse modo, existirão situações em que a discricionariedade abstratamente prevista na norma, denominada discricionariedade potencial, poderá deixar de existir por completo quando sejam analisadas as peculiaridades do caso concreto, pois nele poderá ocorrer somente uma ação possível para se alcançar satisfatoriamente a finalidade da norma. Portanto, a liberdade discricional fixada na norma abstrata não coincide com o possível campo de liberdade do agente público diante do caso concreto³⁰⁵.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO³⁰⁶ ressalta o aspecto da redução ou desaparecimento da discricionariedade frente ao caso concreto da seguinte maneira: “*o campo de liberdade discricionária, abstratamente fixado na regra legal, não coincide com o possível campo de liberdade do administrador diante das situações concretas. Perante as circunstâncias fáticas reais esta liberdade será sempre muito menor e pode até desaparecer. Ou seja, pode ocorrer que ante uma situação real, específica, exigente de pronúncia administrativa, só um comportamento seja, a toda evidência, capaz de preencher a finalidade legal*”. E, também, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO³⁰⁷ coloca que “[...], ocorre que a discricionariedade existente, em abstrato, na norma legal, não corresponde à mesma amplitude de discricionariedade no caso concreto”. Denota-se, assim, uma preconcepção da existência entre discricionariedade potencial e efetiva.

³⁰⁴ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 7.

³⁰⁵ Voltar-se-á a esse argumento quando se tratar da doutrina da redução da discricionariedade a zero.

³⁰⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 65, v. 16, p. 27-38, jan./mar. 1983, p. 33.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 231.

Apesar da doutrina nacional não utilizar tais termos, discricionariedade potencial e efetiva, ressalta-se que, implicitamente, a doutrina, em textos específicos, diferencia-os, como se pode observar do trecho supracitado.

Por certo que a atribuição e exercício da discricionariedade se submetem a uma fiscalização por parte dos Tribunais e de outros órgãos não jurisdicionais de controle³⁰⁸. Mas deixa-se claro que dito controle é feito apenas dessa discricionariedade potencial; a efetiva jamais poderá ser objeto de controle. Uma das características da discricionariedade efetiva, portanto, é sua impossibilidade de ser controlada.

Por sua vez, ALEJANDRO NIETO³⁰⁹ discorda dessa posição. Segundo o autor, somente no momento que se tem o que se chama discricionariedade efetiva é que se começa o tema de seu controle. Até chegar a esta discricionariedade, apenas se precisou ou delimitou seu campo. Aduz que não pode haver controle no caso da discricionariedade potencial, pois não se trata de uma verdadeira discricionariedade. Assim, o autor se pergunta: “*¿será posible un control de la auténtica discrecionalidad?*”. E responde: “*A primera vista puede parecer que no, ya que, como acaba de verse, la norma, al prever expresamente el arbitrio administrativo, indica que da por buena cualquier solución que adopte la Administración: jurídicamente es indiferente el trazado de una carretera o la designación de un cargo de libre nombramiento. Ciento es que puede parecer extraño – y aun escandaloso – que una carretera vaya a terminar precisamente en un coto de caza del Ingeniero constructor, o que se provean los cargos con familiares de aquél a quien corresponde hacer los nombramientos. Pero aquí no cabe un control jurídico, y tales anomalías se corrigen en una sociedad sana mediante controles sociales y políticos*” . O autor deseja demonstrar que no controle material da discricionariedade há um controle material lícito – exercido ordinariamente mediante a aplicação dos princípios gerais de Direito – e um controle material não lícito – exercido ordinariamente mediante a aplicação de normas valorativas não estritamente jurídicas (ética, justiça, intuição, etc.). Defende, assim, como controle da discricionariedade a razão, a ética e a moral. Para ele, a última variedade, em efeito, não supõe um verdadeiro controle material

³⁰⁸ CÉSAR DAVID CIRIANO VELA (CIRIANO VELA, César David. Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 80) distingue o controle da atribuição da discricionariedade e o de seu correto exercício por parte da Administração. A mesma diferença também é exposta por MARIANO BACIGALUPO (BACIGALUPO, Mariano. La Discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 219 e ss).

³⁰⁹ NIETO, Alejandro. Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. Revista de Administración Pública, Madrid, Ano 14, n. 44, p. 147-162, may/ago. 1964, p. 157.

da discricionariedade, mas sim uma substituição da discricionariedade administrativa pela judicial.

No entanto, autores como MASSIMO SEVERO GIANNINI³¹⁰ afirmam que a discricionariedade propriamente dita dá lugar a uma valoração de tipo político. É a aplicação de valores políticos concretos. Isto é totalmente certo, mas, na continuidade de seu estudo, recorda que a discricionariedade surge do Direito e é controlada pelo Direito, e, com tal enunciação, já parece que o autor se refere à discricionariedade potencial. Os textos doutrinários citados e outros mais propiciam certa confusão quando se trata da discricionariedade. Quiçá a concepção de discricionariedade potencial e efetiva sirva para limitar tal problema.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO³¹¹ afirma que a lei somente admite uma solução ótima e conclui parte de seu trabalho esclarecendo que a atuação administrativa que não se ajusta de modo preciso e adequado à finalidade legal, atua em desconformidade com a regra de Direito, assim, sendo inválida. Por tal motivo, aponta que a discricionariedade administrativa não significa margem de liberdade para que o administrador, entre as várias hipóteses abstratamente configuradas pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto. Segundo o autor, “o âmbito de liberdade do administrador perante a norma, não é o mesmo âmbito de liberdade que a norma lhe quer conferir perante o fato. Está-se afirmando que a liberdade administrativa, que a discrição administrativa, maior na norma de Direito, do que perante a situação concreta. Em outras palavras: que o plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas suplementares à discrição que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar ao ponto de suprimi-la), pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discrição, como condição de atendimento de sua finalidade”.

Em outras palavras, quando a norma comporte soluções distintas conforme o caso concreto, determinada solução é a que melhor se configura, devendo sempre se adotar a solução que melhor encaixe com a situação concreta. Então, a variedade de soluções não significa que todas as soluções sejam igual e indiferentemente adequadas para todos os casos de aplicação, mas ao contrário, apenas algumas delas e, em certas ocasiões, somente uma delas é adequada para

³¹⁰ GIANNINI, Massimo Severo. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi. Milano: Giuffrè, 1939, p. 42.

³¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36.

determinados casos concretos, assim como outras delas e, às vezes, somente uma delas é adequada para outros casos concretos³¹².

A doutrina nacional generalista, ao conceituar discricionariedade, adota em sua maioria a concepção de discricionariedade efetiva, mesmo que implicitamente³¹³.

5.6.1.1 Atrofia, míngua ou redução da discricionariedade administrativa a zero ou a um

Para ilustrar melhor a teoria da atrofia, míngua ou redução da discricionariedade administrativa a zero ou a um, toma-se por base, ainda, o enunciado hipotético do guarda-chuva em situação de norma impositiva com 3 (três) preceitos/estatuições/consequências, pois facilita a demonstração (Figura 7).

Existirá tal atrofia, míngua ou redução, como descrito no tópico anterior, quando o número de alternativas ou opções existentes para o administrador público ante uma situação hipotética é, em regra, maior em comparação ao caso concreto. Na discricionariedade, o agente público, ante toda situação de fato, terá de optar por agir, depois, sendo o caso, por alguma das consequências das normas jurídicas oferecidas alternativa ou disjuntivamente, que podem deixar de existir perante peculiaridades de cada situação. DENIS J. GALLIGAN³¹⁴ fala sobre técnicas de “*constraining, reducing and even removing the discretionary element in decision-making*”.

Este campo de liberdade existente na norma em abstrato ou nas situações hipotéticas é, em regra, maior que o campo de liberdade existente perante situações concretas, pois a norma se desenha de forma ampla ou com certa liberdade, precisamente para que seja adequada ante o caso concreto e à luz de sua finalidade. Ademais, nenhuma situação hipotética é a mesma quando diante de casos concretos³¹⁵.

A doutrina alemã se refere a essa diminuição do tamanho da discricionariedade administrativa como: atrofia, míngua ou redução da

³¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36-37.

³¹³ Para maiores informações, vide: SADDY, André. Curso de direito administrativo brasileiro: volume 3. 4. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2025, p. 250.

³¹⁴ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon Press, 1990, p. 26.

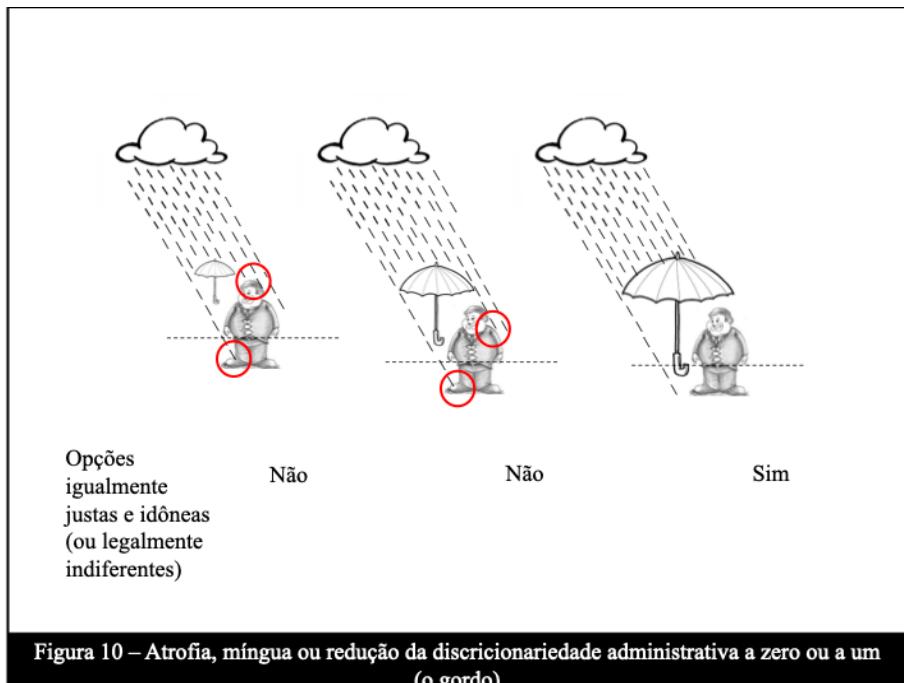
³¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39-40.

discricionariedade a zero ou a um (*Ermessensreduzierung auf Null* ou *Ermessensschrumpfung*). O zero na concepção liga-se à ideia de zero alternativa, pois esta é, literalmente, um de dois caminhos. Como deixa de existir alternativas e passa a existir uma única opção, o termo “zero” é correto. Porém o termo “um”, também, é correto, pois, ao final, subsiste somente uma opção e nenhuma alternativa.

Depois da Segunda Guerra Mundial, sobretudo os Tribunais Administrativos Superiores começaram a aplicar tal técnica cujo âmbito de aplicação foi ampliando-se sucessivamente. Inicialmente, em conflitos de vizinhança, passando por temas relacionados com o direito de construção, a permissão de residência e a naturalização até chegar a temas relacionados com a concessão de subvenções e a intervenção da polícia. Na atualidade, os temas em que tal técnica é aplicada são os mais diversos. As primeiras sentenças dos Tribunais Administrativos Superiores sobre o assunto são as: OVG Hamburg 38/50, de 11.05.1950 e OVG Münster 1717/52, de 13.01.1955. A primeira sentença da Sala do Contencioso do Supremo alemão que expressamente acolhe tal técnica é a BVerwGE 11, 95/97, de 18.08.1960. Tal técnica foi, porém, consagrada como tal na sentença BVerwGE 78, 40/46, de 03.11.1986³¹⁶.

Voltando àquele enunciado hipotético improvável, porém didático, se imaginar uma situação concreta de chuva, pode-se analisar como essa atrofia, míngua ou redução da discricionariedade ocorre. A ideia da norma é que a pessoa não fique “ensopada”, visto que, como se sabe, é impossível não se molhar com o guarda-chuva. Então, parte-se do entendimento de que o guarda-chuva só será eficaz se não molhar a pessoa da cintura para cima. Isso inclusive vem estabelecido na hipótese da norma. Caso a água da chuva esteja defletida em sua direção pelo vento (posição parada) ou, por estar em movimento, a chuva pareça estar na sua direção. Em ambos os casos, a pessoa colocará o guarda-chuva num ângulo próprio para compensar o vento e/ou o seu movimento. Então, o que mudará no caso, são as características da pessoa. Para tanto, utilizar-se-á a imagem dos famosos comediantes Laurel and Hardy, conhecidos no Brasil como “*o Gordo e o Magro*”, para verificar como tal teoria funciona. Veja-se:

³¹⁶ Com relação à doutrina, a referência mais antiga que se pôde encontrar que utiliza o termo é: MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter. Grundgesetz: Kommentar. München: Beck, 1958, v. 1, p. 32; WOLFF, Hans Julius. Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch. München: Beck, 1961, parágrafo 31, II, p. 146.



Fonte: elaboração própria

No caso do Gordo, Laurel (Figura 10), apenas o guarda-chuva grande trará eficiência com relação à norma jurídica. Tanto os guarda-chuvas pequeno como o médio deixam o Gordo, Laurel, ensopado/molhado. Os círculos vermelhos indicam que, no caso do guarda-chuva pequeno, ele molharia a cabeça e, no caso do guarda-chuva médio, o ombro. Percebe-se, aqui, que dos 3 (três) efeitos estipulados na consequência da norma jurídica em análise, apenas 1 (um) será considerado uma opção juridicamente válida, igualmente justa e idônea. Há, portanto, atrofia, míngua ou redução da discricionariedade a zero ou a um.

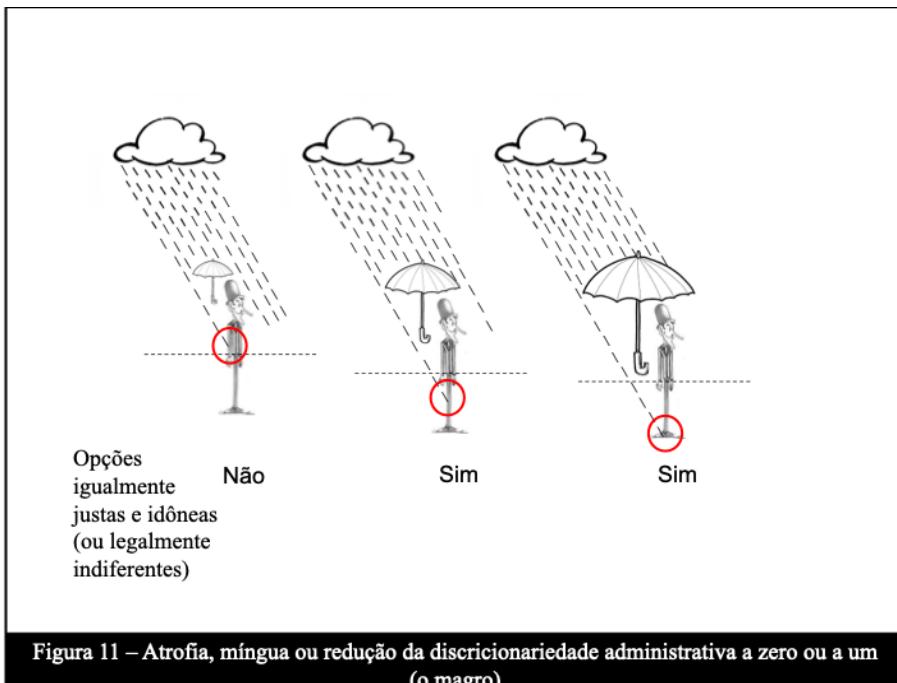


Figura 11 – Atrofia, míngua ou redução da discricionariedade administrativa a zero ou a um (o magro)

Fonte: elaboração própria

Já no caso do Magro, Hardy (Figura 11), tanto o guarda-chuva médio como o grande seriam eficientes na análise do caso concreto. Apenas o guarda-chuva pequeno molha o Magro e, por conseguinte, não seria uma opção juridicamente válida, justa e idônea. Os círculos vermelhos indicam que, no caso dos guarda-chuvas médio e grande, ele molharia as pernas e os pés. Percebe-se, aqui, que, dos 3 (três) efeitos estipulados na consequência das normas jurídicas em análise, 2 (dois) serão considerados opções juridicamente válidas, igualmente justas e idôneas. Percebe-se, aqui, que, mesmo depois da análise do caso concreto, manter-se-á uma margem de liberdade, neste caso, a discricionariedade (efetiva). Não houve a atrofia, míngua ou redução da discricionariedade a zero ou a um.

Percebe-se que, de acordo com os princípios básicos do exercício da avaliação administrativa, no caso a eficiência, pode-se produzir, diante do caso concreto do Gordo (Laurel), uma vinculação do ente ou órgão administrativo de tal forma que somente resulte ajustada à natureza do assunto uma decisão determinada.

No caso, a atrofia, míngua ou redução da liberdade de avaliação até o ponto de um único resultado ajustado ao Direito pode ter lugar quando, segundo a natureza do assunto, todas as demais alternativas ou opções possíveis suponham

uma infração – contrária ao dever da Administração – de uma norma de maior categoria.

Trata-se da ideia de que a norma jurídica em abstrato possui uma discricionariedade em potencial e que a discricionariedade administrativa somente existe, efetivamente, depois de feita a análise no caso concreto. Somente frente ao caso concreto é que se poderá dizer se existem várias alternativas ou opções válidas ou uma única hipótese válida, isso se constitui no ponto central desta teoria.

Na situação analisada, apenas no caso do Magro (Hardy) existe discricionariedade efetiva. Isto porque existem duas alternativas ou opções válidas, ou seja, duas alternativas ou opções igualmente justas e idôneas (ou legalmente indiferentes). Esta é uma opção política, cuja definição é a opção entre as alternativas ou opções válidas feitas com critérios de política administrativa ou governamental, estes considerados como apropriados pelo administrador.

Na atrofia, míngua ou redução da discricionariedade a zero ou a um, a decisão que, de partida, poderia ser tomada no âmbito da livre margem de decisão discricional, torna-se uma decisão vinculada na medida em que apenas na realidade é possível uma decisão. Esta “*conversão*” do discricional em vinculado pode resultar da aplicação dos limites, dos próprios deveres funcionais ou de normas de direito público que protegem diretamente particulares, especialmente no domínio dos direitos fundamentais.

Sua concretização consiste, deste modo, na eliminação das possibilidades de opções existentes, até o ponto de subsistir uma única solução juridicamente possível. Consequência: possibilidade de controle judicial substitutivo, ou seja, a substituição da decisão administrativa por se estar diante de uma atuação vinculada. Tal substituição será não somente possível, como que necessária, pois é a única que se ajusta à regra da tutela judicial efetiva, que exige que o Judiciário vá tão longe quanto possa ser sua decisão. Desse modo, unicamente a desaparição da discricionariedade permite a substituição.

5.6.2 Distinção entre a discricionariedade de atuação e a discricionariedade de eleição

Como visto, a discricionariedade administrativa é a margem que o administrador possui para optar entre diversas condutas, e isso implica que existam, necessariamente, diferentes alternativas ou opções as quais o legislador possa facultar ao agente competente para a possibilidade de atuar ou não atuar, isto é, aplicar ou não as alternativas ou opções ou alguma dessas previstas como

possíveis pela norma habilitante (discricionariedade de atuação – *Handlungsermessen*); ou eleger entre uma consequência ou outra, se a Administração opta por atuar (ou está obrigada a isso), sendo várias as alternativas ou opções permitidas (discricionariedade de eleição – *Entscheidungsermessen*).

Existem outras denominações para este tema. Há quem diferencie, nestes casos, entre discricionariedade de decisão (*Entscheidungsermessen*), que permite a Administração adotar ou não uma certa conduta, e discricionariedade de eleição (*Auswahlermessen*), pela qual se deixa a Administração escolher entre várias condutas³¹⁷. É como ressalta JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA³¹⁸, segundo o qual, existe discricionariedade de decisão quando o órgão apenas precisa ponderar sobre se há ou não que adotar uma conduta que a lei lhe permite sem estar obrigado a atuar. Nestes casos, os efeitos do ato administrativo estão descritos na parte preceptiva da norma. E isso igualmente sucede no caso da discricionariedade de eleição, que existe quando a Administração deve escolher entre alternativas ou opções enunciadas no preceito atributivo de competência³¹⁹.

³¹⁷ ERICHSEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang. Das Verwaltungshandeln. In: ERICHSEN, Hans Uwe; MARTENS, Wolfgang. Allgemeines Verwaltungsrecht. 4. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1979, p. 164 e 165; MAURER, Hartmut. Manuel de Droit Administratif Allemand (Allgemeines Verwaltungsrecht). Traducción de Michel Fromont. 2. ed. Paris: LGDJ, 1994, p. 89, 90 e 92.

³¹⁸ CORREIA, José Manuel Sérvalo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimprensa da edição de 1987), p. 314.

³¹⁹ Afirma JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA (*ibidem*, p. 323): “Em algumas modalidades de discricionariedade, é patente a natureza indispensável de tal faculdade. Pense-se com efeito na discricionariedade «de decisão» (*Entschliessungsermessen*): a lei enuncia um conjunto de pressupostos, especifica uma determinada consequência jurídica a produzir pelo acto administrativo e deixa ao órgão a escolha entre agir e não agir, entre, no caso concreto em que ocorram os pressupostos da previsão normativa, constituir ou não o efeito de direito legalmente enunciado. [...]”

Esses critérios ou razões não podem extrair-se apenas do esquema normativo, uma vez que este deixa em aberto com inteira igualdade a hipótese positiva e a negativa. Logo, alguns deles têm de vir de fora, isto é, têm de ser configurados pelo órgão e adicionados aos pressupostos resultantes da norma. Obviamente, é semelhante a situação na discricionariedade «de escolha» (*Auswahlermessen*), quando as condutas optativas são fixadas por lei: também aí o quadro legal possui a virtualidade de fundamentar uma qualquer de entre essas condutas; só elementos adicionais poderão justificar a preferência por uma delas”.

Mais adiante, na mesma obra, afirma o autor (*ibidem*, p. 479): “A «discricionariedade de decisão» consiste em deixar ao órgão titular do poder a decisão sobre se determinados efeitos preditos mas não impostos pela norma serão ou não produzidos no caso concreto. A «discricionariedade de escolha» permite optar por uma entre várias condutas positivas possíveis, quer elas se encontrem preditas em alternativa na norma («discricionariedade optativa»), quer o legislador se limite a estabelecer um núcleo mínimo identificador do género de medida, deixando ao executor a invenção do conteúdo completo do acto («discricionariedade criativa»). A «discricionariedade optativa» pode consistir, designadamente, na faculdade de escolher uma entre várias pessoas a partida concebíveis como destinatárias do acto.”

Em sentido similar, BERNADO DINIZ DE AYALA³²⁰ discorre sobre discricionariedade de ação (ou de decisão “*lato sensu*”) e de discricionariedade de eleição. Segundo esse autor, a discricionariedade de ação consiste em deixar ao órgão titular da competência a decisão sobre determinados efeitos que não estão impostos pela norma. A Administração tem a faculdade de optar entre atuar ou não. Tal discricionariedade possui subespécies: discricionariedade de pronunciar-se, quando a lei confere ao órgão administrativo qualquer possibilidade de opção entre omitir ou pronunciar-se; discricionariedade de decisão “*stricto sensu*”, quando a Administração, esteja ou não vinculada a pronunciar-se, pode optar entre decidir e não decidir; e, discricionariedade de intervenção material, quando o órgão administrativo, independentemente de existir ou não dever de pronunciar-se ou dever-poder de decidir “*stricto sensu*”, tiver a possibilidade de optar entre realizar ou não determinada operação material. Já na discricionariedade de eleição, o órgão pode optar por uma entre várias condutas positivas possíveis. Aqui, também, há distintas subespécies: discricionariedade optativa, nos casos em que as opções surgem em termos alternativos; e, discricionariedade criativa, quando a possibilidade de eleição surge porque o legislador se limita a estabelecer um núcleo mínimo identificador do gênero de medida, deixando ao órgão administrativo a invenção do conteúdo completo do ato.

ALFREDO GALLEGOS ANABITRATE³²¹ faz a distinção entre a discricionariedade de atuação e a discricionariedade de juízo no sentido de que somente a primeira é uma verdadeira discricionariedade, como liberdade de ação, que opera no campo do volitivo, enquanto a segunda não é uma verdadeira discricionariedade, mas sim uma função de interpretação e de entendimento de conceitos e princípios que, conquanto concedam certa liberdade, é fundamentalmente um processo intelectual submetido ao rigor lógico e sujeito às regras da sana crítica. Entende o autor que não há discricionariedade quando o administrador tem de valorar ponderadamente as circunstâncias, ou seja, de forma racional e lógica, respeitando a igualdade. Para ele, apenas existe discricionariedade quando há liberdade de eleição sem estar vinculada ou regrada

A «discricionariedade de decisão» e a «discricionariedade de escolha» formam, em conjunto, aquilo que habitualmente se designa na doutrina germânica por «discricionariedade de efeitos jurídicos» (*Rechtsfolgeermessen*).

³²⁰ AYALA, Bernardo Diniz de. O Défice de Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 134.

³²¹ ANABITRATE, Alfredo Gallego. Derecho General de Organización. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1971, p. 259.

à lógica, ao razoável, à sana crítica, etc. O autor propõe as expressões discricionariedade de decisão e discricionariedade de eleição.

Para não se prolongar por demais, termina-se citando CECILIO GÓMEZ CABRERA³²², para o qual, apenas a discricionariedade de atuação é verdadeiramente discricionariedade; e que a denominada discricionariedade de eleição ou de juízo não é uma autêntica discricionariedade. Afirma que esta possui um trabalho de apreciação intelectual que, em última instância, corresponde sempre ao juiz, e não à Administração. Ademais, infere que a discricionariedade se manifesta nas consequências jurídicas da norma, nunca na hipótese, porque aquelas se integram sempre por conceitos, cuja interpretação e aplicação é um processo lógico, pelo qual sua fiscalização compete sempre, como ocorre com qualquer aplicação das normas, ao Poder Judicial.

Não é tal distinção, no entanto, unânime na doutrina. ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA³²³, por exemplo, ensina que o emprego da expressão discricionariedade administrativa para se referir a dois fenômenos ou tipos de discricionariedade parece impróprio. Para o autor, ou o conceito discricionariedade é reservado ao livre, mas necessariamente limitado, espaço de decisão, ou à livre opção entre várias condutas (juridicamente) igualmente possíveis. E recusa-se a aceitar tal separação, a qual enfatiza ser majoritariamente aceita. Prefere indicar “apreciação” e “liberdade de escolha”, cuja primeira está vinculada e a segunda é livre.

Não se observa, na doutrina pátria generalista, tal debate³²⁴.

5.7 Divergência quanto aos elementos essenciais da definição da discricionariedade

RENATO ALESSI³²⁵, para definir a discricionariedade, vincula três elementos: o interesse público ou coletivo, sua falta de determinação precisa na lei e a margem de apreciação ou de liberdade que resta à Administração³²⁶. JOHN

³²² GÓMEZ CABRERA, Cecilio. La discrecionalidad de la Administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de la Inspección. Madrid: McGraw-Hill, 1998, p. 11-12.

³²³ SOUSA, António Francisco de. A Discricionariedade Administrativa. Lisboa: Danúbio, 1987, p. 273.

³²⁴ Para maiores informações, vide: SADDY, André. Curso de direito administrativo brasileiro: volume 3. 4. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2025, p. 257.

³²⁵ ALESSI, Renato. Instituciones de derecho administrativo. Barcelona: Bosch, 1970, p. 188.

³²⁶ No mesmo sentido: GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. Tratado de derecho administrativo. 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1974, p. 372. E em sentido muito similar: SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 328; VILLAR PALASÍ, José Luis, VILLAR EZCURRA José Luis. Principios de Derecho

BELL³²⁷ também vincula o conceito de discricionariedade a três elementos: “(1) *a power to choose standards for action on the part of an actor*, (2) *which choice is made unilaterally by one legal subject in relation to another*, and (3) *which choice is conferred or legitimated by the law*”. Assim, para o autor, a discricionariedade é uma opção, um poder e é conferida ou legitimada por lei. Para DENIS J. GALLIGAN³²⁸, a discricionariedade possui três características: deriva da norma “*occurs in a context of standards*”; concede ao agente uma margem de liberdade e autonomia ao atuar “*the official has some degree of freedom and autonomy in acting as he thinks best*”; e possui atenção especial a exceções das regras “*official should not simply formulate rules of decision-making and then apply them rigorously to situations as they arise, but must maintain a special relationship between the general standard and the particular case*”. Por fim, MANUEL SEGURA ORTEGA³²⁹ identifica como elementos da discricionariedade três pontos:

En primer lugar, la discrecionalidad implica un poder de elección por parte del sujeto que va a decidir. Tal poder o facultad no tiene, en principio, un carácter absoluto. Ello es así porque la independencia y la libertad del juez están sometidas no sólo al imperio de la ley sino también, al principio de responsabilidad que exige que su actuación pueda ser susceptible de ser controlada de algún modo. Pero en todo caso tal poder permite la obtención de decisiones diferentes, es decir, que el ejercicio de la discrecionalidad sirve para legitimar la adopción de decisiones distintas partiendo del mismo material normativo. En segundo lugar, la existencia de la discrecionalidad precisa de un fundamento normativo. En general toda actividad judicial (como también la de otros órganos) se legitima porque son las normas del sistema las que autorizan o habilitan a los jueces a realizar su función. Con mucha más razón tal habilitación debe existir cuando se ejercen poderes discrecionales pues en estos casos hay una especie de delegación normativa que amplía lo que podríamos llamar facultades ordinarias. Por último, el tercer elemento de la

Administrativo. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1993, v.2, Actos, recursos, jurisdicción contencioso-administrativa, p. 30.

³²⁷ BELL, John. *Discretionary decision-making: a jurisprudential view*. In: HAWKINS, Keith. *The Uses of Discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 92.

³²⁸ GALLIGAN, Denis J. *Discretionary powers: a legal study of official discretion*. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 21-22.

³²⁹ ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 21-22.

discrecionalidad está representado por la necesidad de justificar (motivar) el propio ejercicio del arbitrio, es decir, la elección realizada por el juez así como los resultados a los que llega deben ser comunicados a las partes. En caso contrario –y en esto también puede decirse que hay un amplio acuerdo. La decisión deja de ser discrecional para convertirse en arbitraria.

Outros, como GEORGE FLETCHER³³⁰, identificam quatro sentidos nos quais se pode utilizar o conceito discricionariedade: como desejo, como autoridade diretiva, como elemento da pessoa e como poder. BERNARDO DINIZ DE AYALA³³¹ também trata de quatro elementos essenciais na noção de discricionariedade: “*1) substrato legal, que funciona como fundamento, critério e limite da liberdade administrativa (legitimando-a e fixando as suas fronteiras). 2) critério de exercício fixado pelo titular competente (no âmbito da permissão normativa, isto é, de acordo com o critério – permissivo, aberto, pouco denso – da lei). 3) juízo de prognose. 4) ponderação de interesses*”.

Há, ainda, quem, ao definir discricionariedade, aponte mais elementos, como é o caso de JANET COBLE VINZANT e LANE CROTHERS³³². O primeiro elemento é “choice” e colocam, os autores, que “*discretionary acts involve making choices among alternatives. The decision maker has latitude in making choices in the sense that no one factor forces the selection of one alternative versus all others. It is the judgment of the choice maker, then, rather than some mechanistic process, that explains why one particular alternative is selected*”. Como segundo elemento, sugerem que a discricionariedade é “*constrained by external factors*”, afirmando que: “*Discretion is more than autonomous choice making; it involves making decisions within ‘certain legal bounds’ or ‘responsible’ criteria. While no factor may be causing a particular selection, the range of discretionary alternatives is bound by external variables. Choices are not made at will or with complete freedom. Rather, discretion is limited*”. Como terceiro elemento, esclarecem que discricionariedade implica que há (ou pode haver) variações entre os fatores que limitam a discricionariedade. O quarto elemento deriva das observações diretas dos “*street-level workers*”, e afirmam que discricionariedade se manifesta em duas distintas dimensões: “*process (the mean sor how a goal is to be accomplished) and outcome (the ends*

³³⁰ FLETCHER, George P. Some unwise reflections about discretion. Law and contemporary problems, Durham, v. 47, n. 4, p. 269-286, autumn 1984, p. 269-277.

³³¹ AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 107.

³³² VINZANT, Janet Coble; CROTHERS, Lane. Street-level leadership: discretion and legitimacy in front-line public service. Washington, DC: Georgetown university press, 1998, p. 37-40.

or what goal is to be sought)”. Basicamente a diferença é de “*how to do*” e de “*what to do*”, respectivamente. Essas formas de discricionariedade podem ser exercidas separadamente ou em conjunto. Por fim, o conceito de discricionariedade implica que a opção apropriada ou inapropriada pode ser avaliada, sendo essa avaliação baseada no processo ou no resultado, conforme expõem: “*Since discretion, by definition, must be exercised within legal and other parameters, worker decisions can appropriately reflect these constraints or can transgress such boundaries and stray into illegality and/or irresponsibility*”. E terminam resumindo: “*discretion is anything but simple. Discretion is constrained choice among competing alternatives, it may involve decisions about what to do, how to do it, or both; and its appropriateness and reasonableness can be evaluated. As such, discretion is a neutral concept in that it is neither good nor bad in and of itself. Instead, it is the contest of its use that establishes its meaning and reasonableness*”.

A doutrina pátria generalista considera como elementos essenciais da definição da discricionariedade a margem de livre apreciação, poder/liberdade de escolha e a competência legal para exercê-lo. Varia, no entanto, no que diz respeito aos limites. Alguns informam que se deve atender aos interesses públicos, outros que o substrato legal é o limite e, por fim, há aqueles que incluem ambos como limites, ou seja, o atendimento aos interesses públicos e ao substrato legal. Minoritariamente, tem-se os que entendem existir três elementos, sendo eles a norma legal aberta, a margem de livre decisão e o juízo de ponderação³³³.

5.8 Elementos constitutivos do conceito

Como já explicitado, entende-se que a discricionariedade administrativa é a *margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida pela norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não, entre as estipulações oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, que melhor atende aos interesses públicos*.

Dessa conceitualização, podem-se extrair três elementos constitutivos – próprios do instituto:

(i) **volitivo**, já que é a margem de liberdade, autonomia ou volição para eleger entre atuar ou não e, elegendo por atuar, qual consequência da norma adotar entre disposições oferecidas alternativa e/ou disjuntivamente;

³³³ Para maiores informações, vide: SADDY, André. Curso de direito administrativo brasileiro: volume 3. 4. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2025, p. 260.

- (ii) **subjetivo**, pois somente à Administração Pública (ente, órgão ou agente) se confere tal margem; e,
- (iii) **formal**, derivado de uma atribuição voluntária, intencional e expressa do legislador, resultado consciente de uma concessão, remissão ou delegação que o legislador faz em favor de uma autoridade determinada por meio unicamente da norma jurídica, principalmente a lei em sentido estrito.

Além desses elementos essenciais, tem também um elemento que se poderia chamar de objetivo, omnipresente em toda Administração Pública, que é o dever de atenção aos interesses públicos que podem ser gerais, derivados da intersecção da ordem juspolítica-moral (legalidade, legitimidade e licitude), entendido como aquele que é canalizado por normas coativamente impostas, por valores consensualmente aceitos e por uma moral; ou específicos, encontrados na intersecção da ordem juspolítica-moral (interesses públicos gerais), definidos pela Constituição e objeto de concretização pelas normas jurídicas e, no marco das mesmas, pelos órgãos governativos democraticamente eleitos.

Passa-se, então, a analisar os elementos constitutivos do conceito de discricionariedade administrativa.

5.8.1 Margem de liberdade/autonomia/volição

Discricionariedade é, na sua essência, a margem de liberdade para eleger entre atuar ou não; e, elegendo, atuar, definir a conduta mais percutiente ante as circunstâncias concretas. Trata-se de margem de autonomia, de espaço de vontade de optar entre opções concedidas na norma, sopesando as ilações jurídicas, isto é, sendo essas opções de atuação ou de eleição entre consequências jurídicas³³⁴.

³³⁴ A doutrina segue esse entendimento: MANUEL SEGURA ORTEGA (ORTEGA, Manuel Segura. Sentido y límites de la discrecionalidad judicial. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 21) afirma que a discricionariedade é a possibilidade de eleição entre decisões de conteúdos diferentes. A principal característica da discricionariedade é “*la posibilidad de elegir entre decisiones diferentes pero legítimas, esto es, decisiones que pueden justificarse dentro del sistema jurídico. Poco importa a estos efectos cuál sea el número de alternativas posibles pues es algo que dependerá de cada caso, de manera que el hecho de que haya dos, tres o seis decisiones posibles es absolutamente irrelevante*”. MARTIN BULLINGER (BULLINGER, Martin. La discrecionalidad de la Administración Pública: evolución, funciones, control judicial. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madrid, n. 4, p. 896-911, oct-dic. 1987, p. 896) assinala que “*la discrecionalidad es el margen de libertad que se deriva para la Administración Pública cuando su actuación no está completamente predeterminada (por una ley o) por un Tribunal*”. HORST DREIER (DREIER, Horst. En torno a la “independencia” de la Administración. Documentación administrativa, Madrid, n. 234, p. 257-280, ene-mar. 1993, p. 274): “*margen de decisión del poder ejecutivo*”. WINFRIED BROHM (BROHM, Winfried. Administración y Jurisdicción Contencioso-Administrativa como mecanismo de

Como assinalado, é o espaço de autonomia conferido para as ações administrativas deônticas³³⁵.

ALEJANDRO NIETO³³⁶ afirma que a discricionariedade, referindo-se à denominada, no presente trabalho, discricionariedade efetiva, supõe uma autorização para que a Administração “*actué a su albedrío: se trata de un proceso volitivo y son posibles diversas soluciones, todas correctas*”. Esclarece, em outro trabalho, que se trata de³³⁷ “*una decisión arbitrada es, guste o no, fruto de un acto de voluntad; pero éste, a su vez, tiene que ir precedido de un razonamiento implícito y, sobre todo, seguido de una justificación razonada expresa que ha de ser, además, en Derecho. En definitiva, se trata, por tanto, de un acto de voluntad intelectualmente condicionado y justificado*”. Para KENNETH CULP DAVIS³³⁸, a discricionariedade ocorre sempre quando os limites efetivos do poder de um agente público concedem uma liberdade de eleição entre possíveis opções de atuação e omissão.

regulación en un sistema policéntrico de producción del Derecho. Documentación administrativa, Madrid, n. 234, p. 115-132, ene./mar. 1993, p. 128): “*espacio de juego decisional de la Administración*”. STANLEY ALEXANDER DE SMITH e RODNEY BRAZIER (DE SMITH, Stanley Alexander, BRAZIER, Rodney. Constitutional and Administrative Law. 5. ed. Harmondsworth: Penguin Books, 1987, p. 597) escreve que “*la discrecionalidad supone poder elegir entre diversas alternativas de actuación*”. KENT GREENAWALT (GREENAWALT, Kent. Discretion and judicial decision: the elusive quest for the fetters that bind judges. Columbia Law Review, New York, v. 75, n. 2, p. 359-399, mar. 1975, p. 368) afirma: “*discretion exists if there is more than one decision that will be considered proper by those to whom the decision-maker is responsible, and whatever external standards may be applicable either cannot be discovered by the decision-maker or do not yield clear answers to the questions that must be decided*”. E muitos outros: HAURIOU, Maurice e HAURIOU, André. Précis de droit administratif et de droit public. Paris: Librairie du Recueil Sirey (société anonyme), 1933, p. 346-352; HAURIOU, André. Le pouvoir discrétionnaire et sa justification. In: AA. VV. Mélanges Carré de Malberg. 10. ed. Paris: Sirey, 1933, p. 233; BONNARD, Roger. Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir. Revue un droit public et de la science pointique en France et à l'étranger. Paris, Ano 29, t. 40, n. 3, p. 363-392, juillet-septembre, 1923, p. 363; WALINE, Marcel. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, et sa limitation par le contrôle juridictionnel. Revue un droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Paris, Ano 37, t. 47, p. 197-223, 1930, p. 198; BRAIBANT, Guy. Le droit administratif français. Paris: Presses de la Fondation nationale des sciences politiques - Dalloz, 1988, p. 106; SUBRA DE BIEUSSES, Pierre. La potestad discrecional. Documentación administrativa, Madrid, n. 239, p. 33-70, jul-sep, 1994.

³³⁵ Mais adiante, quando se tratar da localização da discricionariedade administrativa nas normas jurídicas, será o momento de se analisar melhor a discricionariedade de atuação e eleição e do problema das alternativas disjuntivas da margem de liberdade, autonomia ou volição.

³³⁶ NIETO, Alejandro. Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. Revista de administración pública, Madrid, Ano 15, n. 44, p. 147-162, may-ago. 1964, p. 155.

³³⁷ *Idem. El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000, p. 221.

³³⁸ DAVIS, Kenneth Culp. Discretionary justice: a preliminary inquiry. Hardcover: Greenwood Pub Group, 1969, p. 4.

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA³³⁹ entende que a discricionariedade administrativa se caracteriza não apenas pela ponderação de interesses confrontados, optando-se depois pela satisfação de algum ou alguns deles, dentro dos limites traçados pela lei, mas também pela realização de um raciocínio de *prógnosis*. Isto significa que as decisões realizadas dentro da margem de livre decisão devem ter por base um juízo de *prógnosis*, conforme se tratará mais adiante.

5.8.1.1 Principais motivos pelos quais se concede discricionariedade ao administrador

A concessão de tal liberdade, autonomia ou volição encontra respaldo em vários motivos.

Primeiro, para evitar o automatismo dos agentes públicos, pois, em caso de lacunas, aplicaria apenas as normas preestabelecidas, abrindo espaço à quebra na tripartição dos poderes, decorrente da supressão do órgão administrativo pelo Legislativo.

Em segundo lugar, pelo fato de que o legislador não pode prever todas as ocorrências no mundo fático³⁴⁰, pela impossibilidade do mesmo fixar o alcance dos conceitos utilizados na linguagem normativa, diante da realidade polifilética das relações humanas e, principalmente, porque a “discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas”. Mais adiante, recorda que: “não se trata de um esquecimento do legislador, mas de uma faculdade conscientemente criada em favor e em benefício da gestão dos interesses públicos tutelados pela Administração”³⁴¹. Dessa forma, a discricionariedade é imprescindível para o eficaz desenvolvimento da

³³⁹ CORREIA, José Manuel Sérvelo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimprensa da edição de 1987), p. 471-475.

³⁴⁰ MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN consubstancia com tal entendimento: “La ley no puede regularlo todo con el detalle que exige la resolución de los problemas cotidiano [...]. De ahí que [...] las autoridades que han de enfrentar a esos problemas hayan de actuar sin que su conducta esté predeterminada, al menos totalmente, por una norma jurídica” (MORÓN, Miguel Sánchez. Discricionariedad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 13).

³⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67-68.

HANS KELSEN já afirmava que, quanto pormenorizada a ordem, sempre, haverá uma margem de livre apreciação da pluralidade de determinações apresentadas embasada em circunstâncias não previstas pelo elaborador da norma e com as quais se defronta o aplicador da norma ao caso concreto (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo. Martins Fontes, 1987, p. 364).

Administração Pública, sobretudo, para o atendimento ao interesse público em cada momento que seja necessário³⁴².

Em terceiro lugar, porque não quer ou não deve fazê-lo, por ser mais conveniente ou adequado deixar ao agente público a consideração concreta da ação administrativa a ser efetivada.

Como quarto argumento, pode-se lembrar de que a deficiência técnica também justifica a discricionariedade. Muitas vezes, a Administração deve responder à demanda em um contexto em que as circunstâncias não são estáveis nem duradouras, pois mudam em um ritmo rápido, o que exige uma atuação veloz e inequívoca.

O quinto motivo está na diversidade de interesses em jogo, sendo impossível regular por meio de normas a totalidade das situações possíveis. Tantas decisões administrativas exigem um alto grau de sigilo, discrição e prudência com a finalidade de assegurar uma adequada consecução dos objetivos.

Outro motivo é a impopularidade e polêmica de certas decisões, levando o legislador a delegar ao Executivo a tomada de decisão dos casos onde exista uma especial sensibilidade social, ou onde os interesses enfrentados são muito distintos.

O descaso do Legislativo também pode ser outro motivo. É preciso reconhecer que, em ocasiões em que estão perfeitamente capacitados para fazê-lo, de duas, uma: ou bem não ditam normas, ou aquelas criadas são tão pouco

³⁴² Denota RENATO POLTRONIERI (POLTRONIERI, Renato. Discricionariedade dos Atos Administrativos e a Ambiguidade da norma jurídica positiva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 120), “a existência de uma variedade de soluções comportadas em lei, outorgadora de discrição, evidentemente não significa que esta considere que todas as soluções são iguais e indiferentemente adequadas para todos os casos de sua aplicação. Significa, pelo contrário, que a lei considera que algumas delas são adequadas para alguns casos e que outras delas são adequadas para outros”.

KENNETH CULP DAVIS (DAVIS, Kenneth Culp. Discretionary justice: a preliminary inquiry. Hardcover: Greenwood Pub Group, 1969, p. 216-217): “No legal system in world history has been without discretionary power. None can be. Discretion is indispensable for individualized justice, for creative justice, for new programs in which no one yet knows how to formulate rules, and for old programs in which some aspects cannot be reduced to rules. Eliminating discretionary power would paralyze governmental process and would stifle individualized justice. Those who would forbid governmental coercion except on the basis of rules previously announced seem to me to have misunderstood the elements of law and government”. El problema contemporáneo de la existencia de la discricionalidad para ese autor es “to confine, to structure, and to check” su ejercicio apropiado.

GUSTAVO BINENBOJM (BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 197) afirma que a discricionariedade detida pela Administração é: “(i) necessário, para adequar a disciplina de certas matérias aos casos concretos que surgem; (ii) justificável, ante a impossibilidade de o legislador elaborar normas abarcando todos os múltiplos e complexos aspectos da vida social e econômica em que o Estado é chamado a intervir; e (iii) inevitável, diante da própria dinâmica tecnológica do mundo moderno, que exige uma atuação rápida e especializada dos gestores públicos”.

concretas que não são aptas para ser diretamente aplicáveis, esperando que a Administração empregue seu tempo e seus efetivos em regular uma questão que, de outro modo, permaneceria órfã de normatização³⁴³.

Também surge com a necessidade de valorar a margem de opções, previamente aberta, de acordo com algum critério.

Existe, ainda, o fato da negociação com os distintos grupos afetados pelas decisões administrativas, visto que, muitas vezes, a intenção é outorgar uma margem para que a Administração negocie com o particular a medida a adotar, de maneira que a natureza das coisas exige a existência de normas flexíveis e discricionais.

E, por fim, pode-se afirmar que a necessidade de afrontar situações críticas determina o reforço da discricionariedade para lograr as difíceis circunstâncias que se apresentam no cotidiano³⁴⁴.

5.8.1.2 Vantagens e desvantagens de um sistema baseado em normas discricionais

CARL E. SCHNEIDER³⁴⁵ analisa as vantagens e desvantagens de um sistema baseado em normas discricionais e vinculadas (*discretion and rules*) e destaca que a opção é “*complex and uncertain*” além de não existir um sistema puro com uma forma ou outra. O que pode existir é um sistema com mais normas discricionais que vinculadas e vice-versa.

Assim, propõe um número de situações que deve ser levado em conta ao optar, pois a discricionariedade pode preencher lacunas das normas-regra, além de permitir que o decisor resolva os conflitos de conformidade com o que é melhor

³⁴³ GONZÁLEZ, GARCÍA, Julio Victor. El alcance del control judicial de las Administraciones Pùblicas en los Estados Unidos de América. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 71.

³⁴⁴ KEITH HAWKINS (HAWKINS, Keith. Using judicial discretion. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 12) sublinha que há variadas razões para a existência da discricionariedade e aponta algumas, como: “*among them are the complexity of contemporary society, the sheer size and burden of the legislative task, and the growing dependence upon specialist, technical, or scientific knowledge and expertise*”.

³⁴⁵ SCHNEIDER, Carl E. Discretion and rules: a lawyer’s view. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 61.

para o interesse público, possibilitando a aplicação da finalidade da norma³⁴⁶. Para o autor³⁴⁷:

[...] discretion allows decisions to be tailored to the particular circumstances of each particular case. Discretion gives decision-makers flexibility to do justice. It does so partly by allowing them to consider all the individual circumstances that ought to affect a decision but that could not be anticipated by rules. It also does so by allowing decision-makers to watch how well their decisions work and to adjust future decisions to respond to the new information. Finally, discretion conduced to better decisions by discouraging overly bureaucratic ways of thinking and by making the decision-maker's job attractive to able people.

Enquanto às vantagens das normas vinculadas, coloca³⁴⁸ que as normas podem contribuir à legitimidade das decisões. O legislador pode, nos casos de normas vinculadas, oferecer uma decisão melhor que a decisão feita pelo agente público. As normas vinculadas também são mais propensas a ajudar a alcançar o objetivo de tratar de forma igual e podem servir, mais que a discricionariedade, para lograr fins sociais. Simultaneamente, a vinculatividade serve para planejar as funções melhor que a discricionariedade e, sendo a vinculatividade uma maneira de institucionalizar experiências, podem ser mais eficientes que a discricionariedade. CARL E. SCHNEIDER aduz³⁴⁹: “cannot safely be assumed that rules will be superior to discretion, or even that all the advantages of rules

³⁴⁶ Segundo CARL E. SCHNEIDER (*ibidem*, p. 61-65), somente se poderá entender por que a discricionariedade é atrativa para um sistema jurídico no caso de que se entendam as formas de autoridade discricional. Identifica o autor quatro tipos de autoridade discricional. A primeira a chama “*khadi discretion*” — que não é uma característica dos sistemas legais ocidentais. Aqui quem toma a decisão decide cada caso individualmente, sobre a base de decisões *ad hoc*, tendo em conta considerações jurídicas, éticas, emocionais e políticas. A segunda é a “*rule-failure discretion*”, mais característica dos sistemas ocidentais. Esta se produz sempre que a discricionariedade é criada antecipadamente em casos que sejam complexos, variados e difíceis de se prever. “*Rule-building discretion*” surge quando o criador da norma idealiza elaborar a mesma com eficácia, mas conclui que a melhor norma seria aquela desenvolvida pelo próprio sujeito que toma a decisão à medida que surgem distintos casos e se ganha em experiência. Finalmente, há a “*rule-compromise discretion*” que ocorre quando o Legislativo ou outro elaborador da norma não chega a um acordo atinente à norma apropriada e, em consequência, passa a responsabilidade aos indivíduos que devem tomar a decisão.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 67.

³⁴⁸ SCHNEIDER, Carl E. Discretion and rules: a lawyer's view. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 68-78.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 79.

will prevail in a given situation. I have emphasized that the correct mix of discretion and rules must be determined situation by situation".

H. RICHARD UVILLER³⁵⁰ é outro autor que também trata das vantagens e desvantagens da discricionariedade. Segundo ele, “*wherever power is lodged, discretion flows. Wide or narrow, considered or unconscious, authoritative choices are made by police up and down the line of command*”. Deste modo, quando trata de regras ou discricionariedade define que³⁵¹:

Rigid rules tend to ossify individual responsibility and discourage individualistic thinking. Those who would shrink discretion obey the precept: "Treat likes alike." However, the overriding lesson of experience in our criminal justice operation is that every case is different. The major worry is that the people out there dealing with the problems will lose their appreciation of the differences between the cases and begin reacting to them as repetitive. There is nothing quite like a good set of rules cum guidelines to bring the common elements to the fore and obscure the differences [...]. The learned fact should be that crimes and criminals emerge from a rich variety of circumstances. Separately and in combination, the variants can never be fully anticipated or assessed; yet they are often critical to forming the just response. So, to the widest extent practicable, I favor discretion.

³⁵⁰ UVILLER, H. Richard. The unworthy victim: police discretion in the credibility call. Law and contemporary problems, Durham, v. 47, n. 4, p. 15-33, autumn 1984, p. 15.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 32.

A discricionariedade não é apenas um fato da vida, mas deve ser vista como um desafio criativo, um bem positivo, em lugar de um mal necessário³⁵². Com relação à última ideia, CARLO MARZUOLI³⁵³ estabelece que

[...] la percezione delle vicende della discrezionalità dipende anche dall'immagine che si ha dell'amministrazione: se l'amministrazione è percepita como “autorità” la discrezionalità è un rischio (un male, dunque, pur se necessario); se l'amministrazione è “funzione”, la discrezionalità è un “bene”, un indispensabile strumento per il soddisfacimento dei bisogni di promozione e di progresso della persona.

³⁵² ROBERT. E. GOODIN (GOODIN, Robert. E. Welfare, rights and discretion. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 6, n. 2, p. 232-261, summer, 1986, p. 239 e ss) trata dos problemas que a discricionariedade traz a um sistema jurídico. O primeiro problema que menciona é a “*manipulation and exploitation*”. Afirma que o agente que possui discricionariedade tem um poder sobre os demais: “such a person can lay down all shorts of demands and back them up with threats to withhold the needed resources from the other unless that person complies with those demands. If the threatener really does have complete discretion in the disposition of those resources, there would seem to be nothing to prevent the making or carrying out of those threats. And if the other person really does need the resources in question, there would seem to be little that that person could do but to comply with the demands”. Estabelecer condições precedentes que se faça algo a pessoa é exercício abusivo da discricionariedade, a menos que a norma o permita. Logo, receber vantagem de situações em que sua discricionariedade lhe concede poder sobre outras pessoas para realizar algum benefício é ilegal, ilegítimo e imoral. O segundo problema mencionado é a “*arbitrariness*” (*ibidem*, p. 242 e ss). Na medida em que alguém possui discricionariedade sobre alguma matéria e ciente de que precisa motivar sua decisão de uma maneira ou outra, isto significa que: “*someone with complete discretion is at liberty to act ‘arbitrarily’ not only in the weak sense of ‘acting without reasons that are known to and can be relied on in advance by those affected by his actions’, but also in the strong sense of ‘acting without reasons’ altogether*”. O terceiro problema é a “*uncertainty, unpredictability and insecurity*” (*ibidem*, p. 244 e ss). Na medida em que um assunto é completamente discricional e depende totalmente da vontade arbitrária de um agente, os que estão sujeitos à decisão não terão possibilidade de prever que resultado terá. Na melhor das hipóteses, poderão tentar tirar conclusões se baseando nas práticas passadas do agente: “*but since there was never any compelling reason for the official to behave in one way rather than another in the past (or at least since no reason was enunciated in the past), there is no particularly good reason to expect similar decisions in the future, even from the same official. Still less is there any reason to expect that other officials will fit the pattern of the first*”. Por fim, o quarto e último problema apontado pelo autor é a “*privacy and intrusiveness*” (*ibidem*, p. 246 e ss). O *ethos* do juízo discricional é que são capazes de fazer-se sobre a base completa dos fatos do caso particular. *In verbis*: “*officials guided by discretion must necessarily base their decisions on more information about individual claimants that would officials guided by rules alone. Such an argument may not justify officials in gathering any and all information that they might like about claimants; it only justifies their gathering information arguably relevant to the decision at hand. But it remains inevitable nevertheless that in order to get the positive benefits we desire from discretion (treatment better fitting the particular case), there must necessarily be a more intrusive administrative apparatus prying more deeply into the private affairs of claimants*”.

³⁵³ MARZUOLI, Carlo. Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali. In: PARISIO, Vera. Potere discrezionale e controllo giudiziario. Milano: Giuffrè, 1998, p. 71.

Por fim, JOEL F. HANDLER³⁵⁴, ao tratar da “*theory of public action*” combinando a formulação e implementação das políticas públicas, exprime que “*discretion should be viewed as an opportunity to be creative, flexible, imaginative*”³⁵⁵. O desafio da sociedade moderna é encontrar o equilíbrio justo entre a necessária discricionariedade e o império do Direito³⁵⁶. Um excesso de discricionariedade leva a uma reação legalista e à inversa; um excesso de normas vinculadas provoca, ao final, um incremento da discricionariedade. É esse o cisma da humanidade, qualquer excesso que se converte em irrazoável e contraproducente provoca uma demanda de mudança com objeto de restabelecer o equilíbrio³⁵⁷.

5.8.1.3 A relativização da margem de liberdade/autonomia/volição

Uma vez que se sustente que a margem estabelecida pela norma jurídica em abstrato outorga uma discricionariedade apenas potencial, nada mais sensato que inferir que a margem de liberdade, autonomia ou volição não é absoluta. A ideia de margem está ligada à ideia de espaço que por sua natureza é limitado.

Houve épocas em que a Administração Pública tinha a atividade livre, até então, não se deparava com fronteiras legais, podendo optar livremente por seus fins, cujos limites eram apenas de natureza política ou moral. Com o tempo, a Administração passou a enfrentar algumas restrições, inicialmente, porque uma parte dos elementos do ato administrativo é vinculada pela lei habilitante³⁵⁸;

³⁵⁴ HANDLER, Joel F. The conditions of discretion: autonomy, community, bureaucracy. New York: Russell Sage Foundation, 1986, p. 159.

³⁵⁵ Segundo o autor (*ibidem*, p. 160): “*It is out of the theory of public action that I develop the conditions of discretion. By conditions of discretion, I mean justice, the sharing of power, in the context of the discretionary decision. Neither the characteristics of discretion nor the theory of public action inevitably lead to justice; they only describe the politics of programs. Within that framework, conscious efforts have to be made to achieve liberal values*”.

³⁵⁶ Sobre diferentes argumentos em respeito à discricionariedade e legalidade, *vide*: JOWELL, Jeffrey Lionel. Law and bureaucracy: administrative discretion and limits of legal action. New York: Dunellen Pub. Co, 1975.

³⁵⁷ Para JOAN PRATS I CATALÁ (PRATS I CATALÁ, Joan. Derecho y management en las Administraciones Públicas. Ekonomiaz: Revista vasca de economía, Vitoria-Gasteiz, Ano 10, n. 26, p. 130-143, may-sep, 1993, p. 143): “*la gran tarea jurídica está en definir el aporte del Derecho al buen aprovechamiento de la oportunidad de racionalidad que la discrecionalidad supone*”. Só assim se poderá avançar em uma direção moderna, utilizando-a como instrumento para contribuir e perfilar a melhora da eficácia e fiabilidade das políticas.

³⁵⁸ Já se tratou do assunto, mas pode-se mencionar outros autores como MARCELLO CAETANO, que afirma que, em qualquer ato administrativo, projetam-se poderes vinculados a par do exercício, em maior grau, da discricionariedade expressa pela liberdade de atuação, pela opção da oportunidade, pela

depois, por meio dos fatos determinantes da decisão, pois toda discricionariedade se apoia numa realidade de fato, que constitui o pressuposto fático da norma habilitante³⁵⁹. Atualmente, pelos princípios jurídicos, ou melhor dito, pelo Direito, já que a Administração não está hoje submetida apenas à lei, mas sim ao ordenamento jurídico em geral, aos interesses públicos, à boa administração, à eficiência e ao resultado. Pelo exercício da discricionariedade administrativa, atende-se, simultaneamente: à lei, por finalidade de seus mandatos, por estabilização do poder positivado em normas coativamente impostas aos cidadãos (legalidade), aos valores consensualmente aceitos, por estabilização do poder em torno destes (legitimidade) e à moralidade administrativa, como imposição de condutas regidas pela moral (licitude). Tudo com a intenção de convergir para alcançar o interesse público, detalhando e precisando, de várias formas e níveis, o conteúdo dos interesses de determinada sociedade, pois tais ordens representam disposições estáveis do poder na sociedade. A Administração, portanto, ao atuar, tem uma finalidade, que é atender os interesses públicos dispostos na lei, nos valores consensualmente aceitos e na moral, como o que está sempre vinculada.

Há de ressaltar que, ainda que o Estado exerça seus poderes tendo em vista os interesses públicos, é um fato que não anula a margem de autonomia para definir a configuração dos conteúdos relativos ao seu aspecto material, nem sequer enquanto limites de seu exercício, dado que, em qualquer desses planos, sempre, haverá mais de uma alternativa ou opção presente.

Em consequência, a discricionariedade deve estar sempre regida pela tripla vinculação da Administração Pública: a legalidade, a legitimidade e a licitude. Os conceitos de boa administração, eficiência e resultado são muito importantes nessa reflexão, pois toda vez que a legislação não possa expressamente definir, se não em abstrato, o que deverá ser o bom atendimento ao interesse público, existe a discricionariedade. Ou, ainda, quando a legalidade, a legitimidade ou a licitude não puder expressamente definir, se não em abstrato, determinada situação, estar-se-á diante de uma discricionariedade. Trata-se de um artifício da legislação para que se alcance a boa administração.

liberdade de determinação do pressuposto da competência, do objeto, da formalidade ou da forma como a lei assim prescreve, deve existir conexão entre o motivo determinante da prática do ato e o fim almejado pela lei quando atribui a competência discricional (CAETANO, Marcello. Manual de direito administrativo I. 10. ed. Coimbra. Almedina, 1991, p. 488-491).

³⁵⁹ TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ assevera: “Por muy discrecional que sea el poder de decisión otorgado por la Ley a la Administración, ésta ha de partir necesariamente de los hechos acreditados, hechos que deben ser subsumibles en el presupuesto fático en contemplación del cual la Ley ha otorgado el poder” (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Discrecionalidad. In: MELGAS, Alfredo Montoya. Enciclopédia jurídica básica. Madrid: Civitas, 1995, p. 2519).

No entanto, tomando-se outro ponto de vista, ter-se-ia uma tese oposta: mesmo quando houver um dever vinculado do agente público, haverá sempre uma mínima escala de subjetividade ou autonomia pública, primeiro, do legislador que formulou a norma vinculada (liberdade de conformação ou de configuração), segundo, do agente público que vai praticá-la, pois é fisicamente impossível determinar, por exemplo, o exato momento, local e modo de fazer (apreciatividade). Ou seja, é praticamente impossível uma norma, por mais vinculativa que seja, expressar quando, onde e como o agente público deve atuar. Assim, é preciso indagar como se articula a obrigação de atender aos interesses públicos (legalidade, legitimidade e licitude) com a existência de certas margens de liberdades reconhecidas ao agente público no seu cumprimento.

A discricionariedade *“ha sido, es y seguirá siendo el gran problema del Derecho administrativo”*³⁶⁰. É verdade que as dúvidas sempre existiram, já que uma decisão de boa administração hoje pode ser distinta que no futuro; o mérito administrativo, como se terá oportunidade de demonstrar, é noção não estática, que muda conforme as transformações sociais, temporais, econômicas, políticas, entre outros fatores.

Assim, como conclusão preliminar, poder-se-á dizer que jamais haverá discricionariedade administrativa quando a norma apontar uma única solução válida ao caso concreto, pois haverá vinculação à única alternativa ou opção de comportamento admitida na norma jurídica. Desse modo, se a norma silenciar, não se poderá falar em discricionariedade, pois ao agente público compete executar a lei, sendo que, em seu silêncio, a atuação será ilegítima, inválida e, portanto, arbitrária.

A tese de que, em rigor, não existe discricionariedade deve ser entendida da maneira correta, já que a discricionariedade existe. O que se entende que está vinculada é a eleição, a opção entre as alternativas ou opções possíveis, tendo em vista o já explicado. O problema, no entanto, é a prova, por mais que, em determinados casos, consiga demonstrar a procedência da impugnação arguida; em outros, não conseguiria. Porém, ainda que não pudesse prová-la, no caso concreto, pode haver casos que admitam somente uma solução.

5.8.2 Administração Pública como sujeito

Sendo a discricionariedade um fenômeno confinado à atuação do Estado, ela pode situar-se no âmbito administrativo, como também na esfera legislativa e

³⁶⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Discrecionalidad y jurisdicción revisora*. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, n. 2, p. 285-289, jul./sep. 1974, p. 285.

judicial. No entanto, a discricionariedade que interessa neste momento é a discricionariedade administrativa, assim, seu sujeito é o administrador, é a ele a quem se confere a margem de liberdade, autonomia ou volição. Assim, a Administração Pública é a principal possuidora da discricionariedade administrativa³⁶¹.

A discricionariedade administrativa guarda, assim, uma estreita relação com a singular posição que ocupa a Administração dentro da organização pública de poder. A margem de atuação, de acordo com o manifestado, não é a mesma em cada âmbito de ação. A relação entre a discricionariedade e a posição do Executivo dentro do esquema de divisão de poderes evidencia uma dupla perspectiva de decisões: a política e a administrativa. A discricionariedade administrativa se refere a essa segunda perspectiva³⁶².

Portanto, como é o administrador quem possui a voz da Administração, entende-se que o sujeito da atuação discricional possui uma grande importância. É a norma jurídica que concede competência a este para que defina a opção que a Administração Pública deve seguir. Logo, a vontade desse agente é revestida de extrema relevância jurídica, é dizer, sua particular convicção *en face* do caso concreto é relevante para o Direito. Poderá adotar a opção política administrativa ou governamental, pois no Estado de Justiça Democrático de Direito, o povo outorga ao sujeito um mandato para agir em seu nome, seja este o chefe do Executivo ou seus subordinados escolhidos para cargos de livre nomeação. Terão legitimidade de conduta extraída da própria representação do responsável pela nomeação e, se investidos por concurso público, haverá legitimidade extraída da lei, a qual lhe atribuirá competência para que sua vontade seja qualificada como vontade da Administração³⁶³.

³⁶¹ Aqui se faz uma ressalva para recordar que o Legislativo e Judiciário, quando estiverem praticando uma atividade administrativa propriamente dita também estarão exercendo a discricionariedade administrativa, sendo seus atos nessa função também objeto do presente trabalho.

³⁶² CECILIO GÓMEZ CABRERA (GÓMEZ CABRERA, Cecilio. La discrecionalidad de la Administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de la Inspección. Madrid: McGraw-Hill, 1998, p. 54): “*La discrecionalidad es la atribución que la norma hace a un órgano administrativo, dotado de la necesaria cualificación técnica, para que, dentro del marco trazado por los elementos reglados y por los principios generales del derecho y a través de un procedimiento que asegure la necesaria coherencia e imparcialidad, elija o determine, ante un caso concreto, la actuación o la decisión que considere más conveniente para el interés público, en base a un iter argumentativo, discutible o no, pero razonable, a partir de unos hechos comprobados*”.

³⁶³ Segundo RUDOLF VON LAUN (1910 apud ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 216), quando é conferida discricionariedade aos órgãos do Poder Executivo, isso “*têm o poder de determinar eles próprios, segundo o seu modo de ver e o seu próprio querer, um e outro em consonância com os deveres do cargo, qual deva ser o fim próximo, imediato, da sua actuação*”. Igualmente W. JELLINEK (1931

5.8.3 Dever de atender aos interesses públicos

A discricionariedade tem a vocação de servir a determinado interesse, no caso os interesses públicos. O submetimento aos interesses públicos pode surgir nas normas habilitantes da discricionariedade de duas maneiras: **explícita**, quando a própria norma submete expressamente uma determinada atuação da Administração; e, **implícita**, nos casos em que a noção de interesses públicos não vem citada expressamente, mas se encontra necessariamente incluída na atribuição de faculdades à Administração.

Os interesses públicos, que têm como canais de expressão a legalidade, a legitimidade e a licitude, devem ser onipresentes nas atividades do Estado, assim sendo a razão de ser e justificação deste, cuja capacidade de atuar estará sempre vinculada a esse fim, ainda que, em um sentido figurado ou amplo, exista a referência ao termo “liberdade” no exercício de suas funções juspolítico-morais. Portanto, a razão que inspira a discricionariedade é o dever de bem administrar, a busca da eficiência e de resultados por meio da legalidade, legitimidade e licitude.

A partir de EDMUND BERNATZIK³⁶⁴ muitos autores definiram a discricionariedade em relação aos interesses públicos.

A mais conhecida definição, quiçá, seja a de MASSIMO SEVERO GIANNINI³⁶⁵, que afirma ser essa a valoração ou apreciação pela Administração do interesse público. Atualmente, esse mesmo autor³⁶⁶ esclarece que há de fazer uma ponderação comparativa de diversos interesses secundários em relação a um interesse primário. De modo que a discricionariedade consiste em apreciar o interesse público em relação com outros interesses múltiplos e heterogêneos presentes no ordenamento³⁶⁷.

apud ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 217) vê a essência da discricionariedade no fato de que “decide a concepção pessoal do agente administrativo. Mesmo casos de recorte igual podem ser apreciados e decididos de maneira diferente por diferentes funcionários, sem que isso signifique uma violação do direito. Esta pluralidade de sentidos querida pelo legislador é imanente ao poder discricionario”.

³⁶⁴ BERNATZIK, Edmund. Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien. Wien: Manz, 1886.

³⁶⁵ GIANNINI, Massimo Severo. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi. Milano: Giuffrè, 1939, p. 72 e ss.

³⁶⁶ GIANNINI, Massimo Severo. Diritto amministrativo. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993, v. II, p. 487.

³⁶⁷ En ese sentido, vid: MARZUOLI, Carlo. Potere amministrativo e valutazioni tecniche. Milano: Giuffrè, 1985, p. 164; PIRAINO, Salvatore. La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio. Milano: Giuffrè, 1990, p. 89.

ANTONIO MOZO SEOANE³⁶⁸ escreve que “el interés público es el componente máximo y el concepto legitimador de todo poder discrecional” e FERNANDO SAINZ MORENO³⁶⁹ argumenta que “la noción de interés público [...] constituye el núcleo de la discrecionalidad administrativa. La esencia de toda actividad discrecional lo constituye la apreciación singular del interés público realizada conforme a los criterios marcados por la legislación”³⁷⁰. ERNST FORSTHOFF³⁷¹ também relaciona discricionariedade e interesse público e define aquela como “un ámbito de acción y decisión, una elección entre varias formas de comportamiento igualmente posible [...] es una elección de comportamiento en el marco de una realización de valores”. Assim, como um elemento a mais da discricionariedade, os interesses públicos devem ser levados em conta. Logo, é a determinação, interpretação ou apreciação pela Administração dos interesses públicos um dos elementos da discricionariedade, ao menos do que se denomina discricionariedade potencial³⁷².

³⁶⁸ MOZO SEOANE, Antonio. La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983. Madrid: Montecorvo, 1985, p. 297.

³⁶⁹ SAINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, n. 8, p. 63-93, ene./mar. 1976, p. 71 e 74.

³⁷⁰ O mesmo autor (*ibidem*, p. 80) afirma: “la esencia de la institución de la discrecionalidad es el interés público. La discrecionalidad existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público; esto es, para que pueda tomar su decisión libre de un detallado condicionamiento previo y sometida sólo al examen de las circunstancias relevantes que concurren en cada caso”.

³⁷¹ FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 122 e 127.

³⁷² Segundo SALVATORE PIRAINO (PIRAINO, Salvatore. La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio. Milano: Giuffrè, 1990, p. 87-89), a comparação ponderada dos interesses em conflito, realizadas em cumprimento ao interesse primário estabelecido pela norma, cuja identificação se faz em virtude da liberdade da Administração Pública de considerar os outros interesses competentes, caracteriza a discricionariedade administrativa, na qual se exalta a atividade intelectual, que se encarrega do “l'apprezzamento del valore degli interessi insistenti sulla fattispecie oggetto di valutazione”, e a atividade da vontade que, baseando-se em elementos em juízo de valor de um comando tende à ação, proporcionando a decisão, a saber, a adoção do instrumento predisposto pela lei com o fim da função. Assim, sublinha que, na ação discricionária da Administração Pública, “l'apprezzamento degli interessi rappresenta il risultato di una composizione degli interessi in contrasto (o concorrenti, o secondari), secondo il valore che ad essi si riconosce nella fattispecie alla luce dell'interesse primario stabilito dalla norma, la cui individuazione e valutazione qualificano le esigenze della funzione, delineando la concreta e specifica configurazione dello scopo da porre a base dell'azione amministrativa”.

Mais adiante, acrescenta que a discricionariedade administrativa como está configurada, já que indica a margem de “apprezzamento” que caracteriza o comportamento de uma ação tipicamente finalizada, assinala o próprio limite, que são intrínsecos à funcionalização do poder, por meio de distintas características fisionômicas de uma ação que é essencial e exclusivamente destinada a satisfazer os interesses públicos aos quais as normas proporcionaram a função administrativa, “che, diretta espressione dell'ordinamento, è destinata a formare la regola giuridica particolare per i casi in cui specifica e concreta sia dalla pubblica amministrazione ravvisata l'esigenza dell'interesse pubblico, che

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO³⁷³ afirma que, conectando a discricionariedade administrativa à satisfação de finalidade pública com o norte da boa administração – exigência da opção de soluções concretamente adequadas – poder-se-ia concluir que a finalidade da regra é que permite compreendê-la e dar-lhe o sentido que efetivamente tem. Ou seja, a eficiência e o resultado são os parâmetros da legitimidade, da legalidade e da licitude da competência discricional. Assim, poder-se-á entender que a discricionariedade não constitui fenômeno confinado à atuação do Estado como administrador, eis que abarca técnicas de integração de um ato abstrato no que é necessário, em termos de interesses públicos, para que possa ser executado; ou melhor, é a condição de execução dos interesses públicos, insuficientemente definido em norma coativamente imposta, por valores consensualmente aceitos ou pela moral³⁷⁴.

5.7.8.1 Dever discricional

Se a discricionariedade administrativa expressa a vontade de todos, entendendo-se que poder é a faculdade de transformar vontade em ações desejadas, pode-se intuir que a discricionariedade é manifestação de poder³⁷⁵. Mas, como também se entende que o poder tem a vocação de servir um interesse, poder-se-á dizer que a discricionariedade deve buscar sempre os interesses públicos (legalidade, legitimidade, licitude). Seria assim a discricionariedade uma prerrogativa da Administração, concedida por conta da natureza singular das funções administrativas, necessárias à persecução dos interesses públicos. É, então, instrumento para o exercício do poder.

e anche interesse pubblico per l'ordine giuridico, e cioè quell'interesse pubblico che costituisce oggetto dello scopo della norma da applicare”.

³⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdiccional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 44-48.

³⁷⁴ Para esclarecer, vale citar aqui ANTONIO MOZO SEOANE (MOZO SEOANE, Antonio. La discricionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983. Madrid: Montecorvo, 1985, p. 405), *in verbis*: “en efecto, es cierto que para la existencia de discricionalidad se requiere que la norma de atribución no determine con toda precisión, no concrete hasta sus últimos límites, la idea de los intereses generales a los que aspira a dar satisfacción, porque, en otro caso, no permitiría sino una aplicación automática, reglada, para que su finalidad quedase cumplida. [...] esto es, no hay potestad discrecional más que allí donde la norma explícitamente autoriza al órgano administrativo a que sea él quien rellene el contenido concreto del interés general imprecisamente determinado”.

³⁷⁵ O surgimento da expressão poder discricional (*discretionary power*) surgiu no Direito anglo-saxão, como já observado, mas ganhou força em toda a Europa continental no final do século XIX, com o deterioramento da ideia de ato discricional pela sugestão de que na verdade o que existe são elementos do ato discricional e não um ato em bloco discricional.

Foi FRIEDRICH TEZNER³⁷⁶ quem, por primeiro, contestou a existência de um poder discricional sob o pretexto de que a Administração sempre está vinculada pela noção de interesse público ou interesse geral. E profere que, em todas as circunstâncias, o poder da Administração será um poder vinculado. Porém, para o Poder Público, a busca dessas finalidades tem o caráter de dever, caracterizando função em sentido jurídico. Função é, em sentido jurídico, o tipo de situação jurídica que, previamente assinalada por um comando normativo, detém uma finalidade de cumprir, de dever ser obrigatoriamente atendida por alguém, mas nos interesses de outrem. Logo, na função, o sujeito exerce um poder em proveito de outrem e o exerce não porque, por acaso, queira ou não queira. Exerce-o porque é um dever. Assim, a atuação estatal gira em torno da ideia de dever e finalidade a ser cumprida.

Segundo JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA³⁷⁷: “*A natureza discricionário do poder significa uma faculdade, mas também um dever funcional, de adequar o conteúdo da decisão às circunstâncias concretas do acto e de aditar, em função destas, novos pressupostos aos pressupostos legais*”. Já SALVATORE PIRAINO³⁷⁸ afirma que “*la discrezionalità è la peculiare espressione della funzionalizzazione del potere, indicando il margine di apprezzamento che caratterizza lo svolgimento dell'azione, entro quei limiti che assicurano il raggiungimento degli obiettivi ai quali essa risulta stabilmente predestinata*”. E complementa ser a discricionariedade inerente à ideia da função, expressando: “*da un lato, l'esistenza del vincolo scaturente dalla ineluttabilità della destinazione dell'esercizio del potere ad un dato fine, dal l'altro, la libertà di imprimere nell'azione i caratteri che in vario modo la adeguino allo scopo cui è rivolta*”³⁷⁹.

³⁷⁶ TEZNER, Friedrich. Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Tübingen, v. 5, p. 67, jan./dez. 1911.

³⁷⁷ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimprensa da edição de 1987), p. 749 e 750.

³⁷⁸ PIRAINO, Salvatore. La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio. Milano: Giuffrè, 1990, p. 31 e 32.

³⁷⁹ SALVATORE PIRAINO (PIRAINO, Salvatore). La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio. Milano: Giuffrè, 1990, p. 37). “*La considerazione che il potere-dovere caratterizzi la funzione non rende conseguente il fatto che la posizione soggettiva, che accede alla funzione, sia esclusivamente il potere inteso come potestà. E ciò perché nel concetto di funzione si compendia un complesso di attività ordinate e coordinate ad una determinata destinazione, la cui natura non è detto che sempre comporti l'esercizio di una potestà.*

[...]

Il carattere funzionale dell'esercizio del potere designa una azione consentita in funzione di un dato fine, ed a questo collegata in tal modo da exigere che la stessa debba svolgersi di guisa che garantita sia l'obiettiva sua conformità al fine. La necessitas rappresenta, nella funzione, una costante del potere,

A Administração Pública está sujeita ao dever de atingir a finalidade, qual seja: os interesses públicos³⁸⁰. O poder seria, apenas, o instrumento para que se cumpra o dever — o “poder” discricionário seria o cumprimento do dever de alcançar os interesses públicos. ANTONIO MOZO SEOANE³⁸¹ afirma que é justamente por estar a discricionariedade localizada em relação com o exercício pela Administração de seus poderes e prerrogativas que não resultaria tecnicamente preciso nem muito correto falar de “potestad discrecional” e acrescenta: “la discrecionalidad no es más que una modalidad de ejercicio que puede presentarse, en los términos que más adelante veremos, con respecto a cualquiera de las potestades administrativas”³⁸². Portanto, quando se analisa a discricionariedade, deve-se entendê-la como dever, antes de mero exercício de “poder”, e não como uma espécie de ato, um dever de atingir uma finalidade, exercido por meio da faculdade de transformar vontade em ações determinadas pela legalidade, legitimidade e licitude³⁸³.

comunque questo si atteggi, proprio perché essenzialmente essa sta a contraddistinguerne la preordinazione dell'esercizio ad un dato fine”.

³⁸⁰ Conforme MARCO GALDI (GALDI, Marco. Buon andamento, imparzialità e discrezionalità amministrativa. Napoli: Liguori, 1996, p. 143, 144 e 147), depois de tratar sobre o princípio do “buon andamento” e da “imparzialità”: “insieme i due principi costituiscono i canoni dell’attività amministrativa discrezionale, qualificandola come una “funzione””. Dita existir uma íntima conexão entre os conceitos de função e discricionariedade. Segundo o autor, a noção de função individualiza uma particular forma de atividade, e afirma “più correttamente la discrezionalità andrebbe intesa come una qualità del potere, come un modo di essere dell’attività”, concluindo que: “non sembra del tutto scorretto riferirsi direttamente ad un potere discrezionale o ad una attività discrezionale”. Mais adiante, aduz (*ibidem*, p. 148): “discrezionalità e funzione presentano una consistenza non omogenea: la prima esprime un concerto giuridico, come tale condizionato dai caratteri generali dell’ordinamento e dalle singole disposizioni che lo compongono, individuando il particolare modo in cui la pubblica amministrazione deve agire quando non vi siano precise norme giuridiche a regolarne il comportamento; la seconda, vice-versa, costituisce una categoria dogmatica tendenzialmente immodificabile, designando ogni attività giuridicamente rilevante nel suo insieme, diretta al raggiungimento di un fine predeterminato”.

³⁸¹ MOZO SEOANE, Antônio. La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983. Madrid: Montecorvo, 1985, p. 187.

³⁸² RITA TOURINHO (TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 155) assim também entende: “Sabe-se o Estado de Direito caracteriza-se pela subordinação da atividade administrativa à lei. Assim, o núcleo do exercício dessa atividade caracteriza-se como um dever e não um poder. Somente se admite falar-se em poder como instrumento voltado à satisfação dos interesses públicos”.

³⁸³ Assim igualmente concebem LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude e GAUDEMÉT, Yves. Traité de Droit Administratif. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992. Tomo I, p. 574.

Muitos autores, no entanto, classificam o ato administrativo quanto à liberdade de atuação do administrador, entre eles: MATEO, R. Martín. Manual de derecho administrativo. 15. ed. Madrid: Trivium, 1993, p. 317.

ROBERTO MARENKO³⁸⁴ também trata de “dovere discrezionale”, além de mencionar o “superamento della nozione di potere-dovere”. No mesmo sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO³⁸⁵ manifesta que “o administrador não dispõe de poderes-deveres, como às vezes se diz, mas de deveres-poderes, locução que expressa com maior fidelidade que a anterior a verdadeira índole de suas competências”, e, conforme SANTI ROMANO³⁸⁶, é “el deber no sea más que un aspecto del poder que caracterice a este último, indicando sus finalidades y los caracteres con que habrá de ejercitárselo, como ocurre cuando se da la figura de la función a que es inherente la del llamado poder discrecional: en este caso, poder y deber se unen”.

O valor do poder, sua utilidade e seu significado, resume-se em constituir-se em um instrumento para que se cumpra o dever. Sem o poder, o agente público não teria base para fazer cargo do dever que lhe é posto³⁸⁷. Os atos administrativos são a forma de colocar este dever e os demais da função executiva em prática. O ato será somente o produto do exercício da discricionariedade: é onde esta se revela³⁸⁸. Ademais, é importante ter em conta que o exercício da discricionariedade implica faculdade, autonomia ou volição, mas, ao mesmo tempo, obrigação, que além de ser caracterizada pelo respeito aos interesses públicos, também, possui outras vertentes — como o dever de justificar a opção, de respeitar os princípios jurídicos, entre muitos outros.

³⁸⁴ MARENKO, Roberto. La discrezionalità del giudice civile. Torino: G.Giappichelli, 1996, p. 68 e 69.

³⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdiccional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 54.

³⁸⁶ ROMANO, Santi. Fragmentos de un diccionario jurídico. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 113.

³⁸⁷ ODETE MEDAUAR (MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 124) assevera que: “o dever que nasce do exercício de um poder”, significando “a obrigação imposta à autoridade de tomar providências quando está em jogo o interesse público”. Para ela (*ibidem*), uma forma de dever, não pode o administrador eximir-se de desempenhar seus poderes.

³⁸⁸ JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, M. SEABRA FAGUNDES e ODETE MEDAUAR entendem que o tema da discricionariedade compreende tanto o poder discricional como também a atividade discricional e o ato discricional, como três momentos distintos, mas necessariamente ligados entre si. (MEDAUAR, Odete. Poder Discricionario da Administração. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, n. 610, p.38-45, ago. 1986).

VÍCTOR NUNES LEAL, em sentido contrário, sustenta que: “não existe, com efeito, ato discricionário; o que existe é poder discricionario, e alguns autores são bem rigorosos no emprego preferencial desta expressão” (LEAL, Victor Nunes. Poder Discricionario e Ação Arbitrária da Administração. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 14, p. 52-82, out./dez. 1948).

5.8.4 A norma jurídica como única fonte ordinária da discricionariedade administrativa

A discricionariedade decorre unicamente das normas jurídicas. Não é, portanto, ausência de norma, mas sim atribuição normativa. Resulta, assim, de uma atribuição voluntária do legislador e nunca de uma “fatalidade” das circunstâncias. No Estado de Direito, não pode haver discricionariedade sem autorização em lei.

Segundo EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA³⁸⁹, “*todo poder discrecional, pues, ha tenido que ser atribuido previamente por el ordenamiento. No hay, por tanto, discrecionalidad en ausencia o al margen de la Ley; tampoco, en ningún caso, la discrecionalidad puede equipararse a la Ley o pretender sustituirla*”.

Uma vez que a discricionariedade deriva de uma norma, é nela que se encontra e pode ser determinada a discricionariedade. Assim ocorre em razão da legalidade administrativa³⁹⁰, que estabelece exigências normativas para a totalidade do exercício da função administrativa. A doutrina é praticamente unânime nesse aspecto. ANTONIO MOZO SEOANE³⁹¹ define que “*la potestades discrecionales nacen para la Administración exclusivamente de la norma jurídica, pero de cualquier norma jurídica en cuya ejecución o cumplimiento actúe*”. Unindo a discricionariedade ao princípio da legalidade, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA³⁹²

³⁸⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la Administración. 5. ed. Madrid: Civitas, 2005, p. 155.

³⁹⁰ Afirma DAVID DUARTE (DUARTE, David. A norma de legalidade procedural administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 337-353) que a norma de legalidade administrativa é uma norma do conjunto normativo com muitos enunciados, o que não obsta a que se trate de uma única norma. Seu conteúdo é estabelecer, para o exercício da função administrativa e no que concerne às suas condições normativas de ação, uma imposição de sujeição às normas do conjunto normativo, que seria seu operador deontico e sua estatuição. Exige, portanto, uma conduta minimamente padronizada de conformidade com as normas do ordenamento, ou seja, exige-se uma conduta com as condições mínimas de ação. Logo, a sujeição às normas constitui uma imposição de conformidade, que decorre da norma do Estado de Direito e da que sujeita o exercício da função estatal em causa à prossecução do interesse público.

Dita o autor que a norma de legalidade administrativa também determina um domínio preciso de autonomia administrativa, ou seja, o exercício da função administrativa só se pode realizar de forma autônoma (discricionariedade) nos estritos limites conferidos e dados pelas normas de conduta habilitantes.

³⁹¹ MOZO SEOANE, António. La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983. Madrid: Montecorvo, 1985, p. 210 e 211.

³⁹² DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. A discricionariedade administrativa. Scientia iuridica, Braga, t. 48, n. 280-282, p. 371-286, jul./dez. 1999, p. 373.

referem que “*na medida em que hoje vigora o princípio do primado da lei em sentido positivo ou princípio da precedência da lei, a discricionariedade tem de ser vista como uma competência concedida pelo legislador à Administração*”. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA³⁹³ entende que somente existe discricionariedade e margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados se a lei especificamente concede. Para o autor: “*Desde que não ultrapasse os limites que a lei lhe levanta o particular escolhe com inteira liberdade os pressupostos e o conteúdo das suas condutas jurígenas*”.

O STF também se posiciona neste sentido ao afirmar que “*a autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação*” (RMS 24.699/DF, Primeira Turma, Rel.: Min. Eros Grau, Julg.: 30/11/2004). Em outro julgado, rege que o ato discricionário deve pautar-se em um juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público, além de critérios racionais, lógicos e impessoais estabelecidos de modo legítimo em norma legal, a implementar determinados objetivos estatais (STF, AI 138.344 AgR; AI 142.348 AgR ambos da Primeira Turma, Rel.: Min. Celso de Mello, Julg.: de 02/08/1994).

5.8.4.1 Delegação legislativa expressa, consciente e intencional

Percebe-se, assim, que a discricionariedade é uma delegação do legislador ao Executivo³⁹⁴, sendo apenas este o competente para executar sua vontade. Supõe uma renúncia à regulação completa e exaustiva da matéria. KARL ENGISCH³⁹⁵, por exemplo, é muito claro ao afirmar que a discricionariedade é uma delegação do poder para a tomada de uma decisão que o legislador não adotou por si mesmo, mas que remeteu ao agente administrativo, porque apenas pode ser tomada considerando os fatos e circunstâncias que somente *in concreto* podem ser descobertos³⁹⁶. KEITH HAWKINS³⁹⁷ também sustenta que a

³⁹³ CORREIA, José Manuel Sérvelo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987), p. 492.

³⁹⁴ A ideia de delegação do Parlamento a favor do Poder Executivo é patente no Direito anglo-saxão, *vide*: ARANSON, Peter H.; GELLHORN, Ernest; ROBINSON, Glen O. A Theory of Legislative Delegation. Atlanta: Emory University, Law and Economics Center, 1982.

³⁹⁵ ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 220.

³⁹⁶ JOEL F. HANDLER (HANDLER, Joel F. Discretion: power, quiescence, and trust. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992) enfatiza que a discricionariedade deveria se derivar de aspectos informais e não das normas.

³⁹⁷ HAWKINS, Keith. Using judicial discretion. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 12-13.

discricionariedade deriva da norma jurídica, argumentando que “*the use of rules involves discretion, while the use of discretion involves rules*” e finaliza: “*Discretion is heavily implicated in the use of rules: interpretative behavior is involved in making sense of rules, and in making choices about the relevance and use of rules. At the same time, it is clear that rules enter the use of discretion: much of what is often thought to be the free and flexible application of discretion by legal actors is in fact guided and constrained by rules to a considerable extent*”.

Existe assim, além de uma relação com o princípio da legalidade, uma estreita relação da delegação com o princípio da competência. PAUL CRAIG³⁹⁸, ao tratar sobre a delegação, afirma: “*the general starting point is that if discretion is vested in a certain person it must be exercised by that person. This principle finds its expression in the maxim delegates non potest delegare*”.

TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ³⁹⁹ esclarece esta situação:

La discrecionalidad no es ya un ámbito libre por definición de la Ley, *ab (lege) soluto*, que surge cuando *the law was silent*, como decía LOCKE, y opuesto, por definición también, a la jurisdicción, como se entendió durante siglos. Tampoco es una mera consecuencia de la imprecisión o indeterminación del Derecho. Es el resultado consciente de una remisión o delegación que la norma hace en favor de una autoridad determinada, no importa de qué clase, para que sea ella la que, dentro de los límites expresos o implícitos que esa misma norma impone y los que resultan adicionalmente del contexto sistemático en el que ésta se integra, busque y encuentre la consecuencia jurídica que sea más apropiada a las circunstancias de cada caso.

[...]

Esta caracterización del mecanismo atributivo del poder discrecional como delegación que la norma habilitante concede a la autoridad destinataria de la misma permite precisar dos datos fundamentales, a saber: en primer lugar, la obligación de la autoridad en cuestión de respetar las instrucciones, indicaciones o criterios que la norma habilitante y el sistema o subsistema del que forma parte puedan establecer para pautar la decisión, esto es, para concretar la regla del caso y, en segundo

³⁹⁸ CRAIG, Paul. Administrative Law. 6. ed. London: Sweet & Maxwell, 2008, p. 502.

³⁹⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid: Iustel, 2005, p. 64 e 68, respectivamente.

lugar y como consecuencia necesaria de lo anterior, el deber de la autoridad habilitada de rendir cuentas del uso del poder recibido, obligaciones ambas sin las cuales no estaríamos en presencia de una delegación, sino de una cesión pura y simple del poder, que es cosa muy distinta.

A consciência da delegação é, portanto, crucial para a existência da discricionariedade. A habilitação normativa deve, desse modo, ser **explícita**; não se pode falar de discricionariedade se a habilitação for implícita. Entende-se que a habilitação precisa ser **intencional**, ou seja, a norma deve reconhecer expressamente ao agente a margem de liberdade. Por certo que as possíveis alternativas dependerão do conteúdo da regulação. MANUEL SEGURA ORTEGA⁴⁰⁰ discorda, para ele, juntamente à liberdade de ação ou eleição, existem outros dois elementos que também são característicos da discricionariedade: “*por una parte, la existencia de normas que otorguen – explícita o implicitamente – el poder discrecional y, por otra, la necesidad de justificar el ejercicio del arbitrio*”. Admite assim que a delegação seja implícita.

É um caso típico de remissão legal em que a norma remete, por incapacidade, ao administrador a função de completá-la perante o caso concreto. Por isso, ANDREAS J. KRELL⁴⁰¹ sustenta que a discricionariedade “*resulta de uma “abertura normativa”, quando a lei confere ao administrador uma margem de liberdade para constituir o Direito no caso concreto*”. KEITH HAWKINS⁴⁰² afirma que a “*discretion is the means by which law is translated into action [...] which might be regarded as the space, as it were, between legal rules in which legal actors may exercise choice*” — funciona como uma espécie de integração da norma jurídica realizada pela Administração. JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ⁴⁰³ argumenta que “*la discrecionalidad no supone una actuación y justo la Administración (lo cual sí sucede en el Derecho civil con el concepto de autonomía de la voluntad), sino la integración de la norma impresa, según los valores inmanentes y objetivos del ordenamiento*”. Para não se estender nesse

⁴⁰⁰ ORTEGA, Manuel Segura. Sentido y límites de la discrecionalidad judicial. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 50.

⁴⁰¹ KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. Revista de Magistratura Federal da 5º Região, Recife, n. 8, p. 177-224, jan./dez. 2004, p. 180.

⁴⁰² HAWKINS, Keith. Using judicial discretion. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 11.

⁴⁰³ VILLAR PALASÍ, José Luis. Apuntes de derecho administrativo: parte general. Madrid: Universidad a Distancia, 1974, p. 172.

ponto, cita-se ROBERTO GALÁN VIOQUE⁴⁰⁴, o qual crê que a relação que existe entre a lei e o dito poder discricional nas mãos das Administrações Públicas é dupla.

En primer lugar, es la Ley la que atribuye expresamente estas potestades a la Administración en los casos en que es necesario. En segundo lugar, cuando la Administración dicta un acto discrecional o ejerce una potestad de este tipo -un ejemplo paradigmático lo sería la aprobación de un plan de ordenación urbana-, lo que está haciendo realmente es «rematar» el trabajo del Parlamento. Es imposible que el Legislador pueda prever exhaustivamente todas las consecuencias y efectos de sus leyes. En muchos casos la participación de la Administración en la concreción última del mandato legal se convierte en algo no inevitable, sino en algo absolutamente necesario. En este sentido se podría sostener que la Administración asume funciones quasilegislativas o que lleva a cabo tareas de legislador.

Sendo delegada, a discricionariedade não possui uma natureza criadora, como muitos sustentam. Está atada às alternativas ou opções que a norma jurídica lhe confere de forma expressa, não cabe ao Administrador criar outra opção e aplicá-la, estaria assim ferindo a legalidade e, por conseguinte, realizando uma conduta arbitrária⁴⁰⁵.

5.8.4.2 Norma jurídica

A delegação é legislativa, o que significa que apenas a norma jurídica, principalmente a lei em sentido estrito, pode remeter ao Administrador as alternativas ou opções discricionais.

BERNADO DINIZ DE AYALA⁴⁰⁶, aduz que a discricionariedade é conferida pelo “*bloco de legalidade*”, em que equaciona o princípio de legalidade

⁴⁰⁴ GALÁN VIOQUE, Roberto. La discrecionalidad del legislador en la república federal de Alemania. In: AA. VV. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*; I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Madrid: Civitas, 1996, p. 260.

⁴⁰⁵ Sobre a ideia de discricionariedade criativa, *vide*: SOUSA, António Francisco de. A Discricionariedade Administrativa. Lisboa: Danúbio, 1987; CORREIA, José Manuel Sérvelo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpresão da edição de 1987), p. 314; AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 134; entre outros.

⁴⁰⁶ AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 35.

em todas as suas dimensões, compreendendo “*não apenas a lei em sentido estrito, mas também as normas constitucionais, os princípios de Direito, as regras de Direito Internacional, as normas regulamentares, as cláusulas imperativas derivadas da actividade contratual da Administração e, ainda, as situações jurídicas resultantes de actos administrativo*”. Para o autor, tal bloco, ao mesmo tempo que habilita, também, limita a discricionariedade.

O autor acerta com esta perspectiva de que tal bloco limita a discricionariedade, mas não parece que tenha capacidade para habilitá-la. Como se afirmou antes, as alternativas ou opções normativas devem ser outorgadas de forma consciente e intencional, ou seja, de forma expressa, jamais de forma implícita. O administrador deve harmonizar o Direito ao caso concreto sob as alternativas ou opções oferecidas pelo legislador. Apenas existe, assim, discricionariedade derivada do Poder Legislativo. Recorda-se, no entanto, que a lei deixou, há muito, de ser o único fundamento do atuar administrativo e, desse modo, o conteúdo da legalidade administrativa se ampliou ao ponto de não se circunscrever apenas às normas jurídicas. Trata-se aqui da remissão da lei para normas extrajurídicas que, passando a gozar de obrigatoriedade jurídica por força da norma jurídica que remete, são incorporadas na ordem jurídica, traduzindo-se em uma violação da própria lei remetente. As normas jurídicas, portanto, possuem, por remissão, a obrigação de definir as pautas e critérios de conduta da Administração ou a definição dos pressupostos de decisão administrativa, logo, podem tais normas atribuir discricionariedade. É importante ressaltar que a norma extrajurídica tem sua obrigatoriedade dependente da norma jurídica remetente e qualquer violação das normas extrajurídicas é uma infração da norma jurídica

remitente⁴⁰⁷. Passam, contudo, a assumir um efeito vinculante da conduta administrativa, adquirindo a força obrigatória própria das normas jurídicas⁴⁰⁸.

O único ponto que não se pode esquecer é que qualquer norma jurídica com força de lei que outorgue discricionariedade deve fazê-lo de forma expressa. Quando existe uma norma extrajurídica atribuindo uma margem de liberdade sem especificar as alternativas ou opções de conduta, estar-se-á ante outro instituto, denominado, apreciatividade. É, inclusive, questionável a autolimitação feita pela Administração. Pode-se, assim, perguntar: é possível e em que casos se pode desvirtuar a vontade legislativa de atribuir uma margem de liberdade, afinal de contas, pode essa se configurar como uma fuga da margem conferida pela norma jurídica⁴⁰⁹?

5.8.4.3 A discricionariedade administrativa e sua relação com as ações deônticas

A compreensão normativa da discricionariedade é consequência do próprio ordenamento, visto que a legalidade cria um dever ser que implica a

⁴⁰⁷ DESDENTADO DAROCA (DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 90-91) afirma existir discricionariedade nos casos em que há uma margem de eleição para a determinação pela Administração dos critérios que hão de guiar sua própria atuação: “Algunas normas atribuyen a la Administración potestad para llevar a cabo una determinada decisión, sin concretar las reglas que han de dirigir la adopción de esa determinación y remitiendo a la propia autoridad administrativa su fijación”. Muitas vezes: “establecen determinados factores indicativos que han de ser tenidos en cuenta pero deja a la autoridad en cuestión un margen para el establecimiento por sí misma de otros estándares que considere conveniente. [...] En tal caso, existe también un cierto margen no ya para la creación de reglas, sino para la concreción de cómo ha de operarse con ellas, lo que, en definitiva, supone la creación de otros subestándares de carácter valorativo. Por ello, la discrecionalidad como margen para el establecimiento de reglas o principios por la autoridad administrativa que dirijan las decisiones de esa autoridad puede ser más o menos amplia dependiendo de la norma que regule la potestad. Por otro lado, hay que tener en cuenta que aunque la norma habilitante configure una potestad discrecional para que la Administración establezca sus propios criterios de actuación en una determinada materia sin establecer ningún tipo de límite o pauta, esos límites o pautas pueden encontrarse en el conjunto de la regulación o en el resto del ordenamiento jurídico. La administración deberá, por ello, escrutar el texto legal que le atribuye la potestad en su conjunto para comprender mejor la finalidad de dicha atribución y deberá también tener presente otras posibles guías o estándares de actuación que puedan encontrarse en el resto del ordenamiento jurídico. Sólo dentro de ese marco de restricciones tiene la Administración atribuida discrecionalidad para la elección, porque sólo dentro de ese marco, como ya sabemos, son lícitas todas las posibles alternativas”.

⁴⁰⁸ OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 763 e 764.

⁴⁰⁹ AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 173 e ss.

existência mínima de uma norma para qualquer ação deônica. Portanto, a discricionariedade administrativa apenas se refere às ações deônticas, ou seja, apenas cabe a autonomia relativa à configuração de normas, com exclusão das eventuais margens de liberdade de ação que se podem reconhecer em ações não deônticas.

Por estar vinculada à legalidade, estará sempre dependente do Direito, subordinada a ele. Por isso, a discricionariedade jamais poderia resultar da ausência de norma que dispusesse sobre determinado assunto; finalmente, não se admite nenhuma atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em uma norma⁴¹⁰. Por conseguinte, a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites impostos pelo Direito. Transpassados estes, a decisão será arbitrária, como, mais adiante, ter-se-á a oportunidade de averiguar.

5.8.4.4 A discricionariedade administrativa nos componentes lógico-estruturantes da norma jurídica de competência e de conduta

Uma vez afirmado que a discricionariedade administrativa decorre unicamente da norma jurídica e, por sustentar que essa deriva desta, deve-se analisar sua localização nos componentes lógico-estruturantes da norma jurídica⁴¹¹. Assim, pode-se declarar que a função legislativa e, por conseguinte,

⁴¹⁰ Aqui se faz necessário consignar a existência de restrições ao princípio da legalidade. Entre as mais conhecidas, cabe recordar a Teoria das Circunstâncias Excepcionais, idealizada na França; e as ordenanças de urgência, do Direito italiano, que aceita a possibilidade de que a Administração se aparte do princípio da legalidade frente a uma situação anormal e exorbitante na medida em que seja necessário para atender ao interesse geral. *In extremis*, não se pode deixar de recordar que quando a conveniência e oportunidade da atuação é patente, e não a norma que a tenha previsto, basta, portanto, a habilitação genérica e abstrata de que a Administração deve satisfazer os interesses públicos para que o agente possa atuar. É este um dos extremos do que se denomina no presente trabalho de apreciatividade.

⁴¹¹ MARIA JOSÉ ALONSO MAS (ALONSO MAS, Maria José. La solución justa en las resoluciones administrativas. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998), diferente da maioria dos autores, leciona que a discricionariedade administrativa não deve se localizar na estrutura da norma, mas sim na do ato administrativo. E, nele, não na consequência jurídica ou conteúdo do ato, mas sim na valoração dos fatos, que é um momento anterior. A contribuição mais importante é quanto à noção tradicional da discricionariedade como pluralidade de soluções justas que deve ser revista, pois a Administração está obrigada a servir aos interesses públicos, e a eleição de uma ou outra das soluções previstas no ordenamento jurídico não poderá ser indiferente para o Direito, de maneira que existe um dever jurídico de boa administração. Ademais, distingue as resoluções administrativas, que são precisamente onde deve se revisar o conceito de discricionariedade, em relação com as quais o que existe, em ocasiões, é uma margem cognoscitiva de apreciação, que deverá se reconhecer à Administração se o juiz comprova que o raciocínio jurídico não permite apreciar se a solução adotada é a melhor dentro das possíveis, e que é compatível com a ideia da única solução justa. Em segundo termo, faz referência à direção política e ao poder regulamentar, âmbitos onde existe sim discricionariedade propriamente e onde o controle judicial será mais difícil, pois a divisão de poderes e a função realizada aqui pela Administração assim o exigem.

os legisladores gozam de quase toda liberdade. Afinal são eles quem “*habilitam*” as demais funções com os deveres discricionários. Estes só não detêm toda a liberdade do mundo porque estão limitados pelo poder constituinte originário e, desse modo, pela vontade do povo, exposta na Constituição e pelos princípios gerais de Direito e normas já existentes no ordenamento jurídico⁴¹².

São duas, como já analisado, as discricionariedades administrativas conferidas pela norma jurídica em abstrato. A discricionariedade de atuação, quando poderá optar por atuar ou não; vale dizer, aplicar ou não a consequência jurídica, ou alguma das ilações jurídicas previstas como possíveis pela norma habilitante. E, ainda, tem-se a discricionariedade de eleição, quando poderá eleger entre uma consequência ou outra, se a Administração optar por atuar (ou se está obrigada a isso) e são várias as consequências jurídicas permitidas. Porém, como se descreveu, não existe vinculatividade absoluta, pois é praticamente impossível uma norma, por mais vinculativa que seja, expressar quando (exato momento), onde (local) e como (modo de fazer) o agente público deve atuar, também, poderá localizar aí uma subjetividade, desde que não seja uma atividade não deônica. Como assinalado, a discricionariedade administrativa somente se reporta às ações deônticas.

Em virtude de apenas existir discricionariedade nas ações deônticas e, também, pelo fato da legalidade administrativa apenas se aplicar a essas, é que se deve estudar a discricionariedade nos componentes lógico-estruturantes da norma jurídica. Dessa maneira, além de conceber uma definição da discricionariedade administrativa, aqui se demonstrará sua localização em seus componentes.

Sabe-se que a Administração deve, com caráter prévio, interpretar a norma jurídica para esclarecer a existência da discricionariedade, sua extensão, assim como o sentido do outorgamento dessa, e a finalidade que se persegue com a mesma. Apenas depois de realizada essa tarefa interpretativa se procederá à atuação. Quando se fala nas normas que conferem discricionariedade, precisa-se ter em mente que a existência de um padrão mínimo comum de legalidade administrativa pressupõe que todas as ações deônticas nasçam de uma norma de competência, visto que é esta norma que atribui autonomia sobre a matéria em causa, ao criar a faculdade de dispor. A norma de competência é o padrão mínimo

⁴¹² Entende-se que a norma, além de respeitar os limites mencionados, deve ser clara, precisa e sistemática, possuindo, de um lado, os poderes e deveres administrativas; e de outro, os direitos e deveres dos administrados. Isso, no entanto, resulta inútil se não vem acompanhado de um sistema de infrações e sanções, não apenas para o administrado, como costuma ocorrer, mas também para a Administração. A única forma de estabelecer um sistema equitativo, não está apenas em submeter a Administração ao cumprimento de certos deveres, obrigações e limites de atuação, mas sim submetê-la a uma disciplina similar à submetida ao administrado. Istoé, mediante um sistema próprio de infrações e sanções.

de atividade administrativa exigido por todas as normas de legalidade. Assim ocorre porque a ação não deônica não depende de competência.

Não se pode criar a convicção de que a discricionariedade seria qualquer forma de ação administrativa deônica, em que a norma de competência seria aquela atributiva de discricionariedade, pois assim seria apenas se não existisse uma norma de conduta específica que estabelecesse o estatuto deônico da ação normativa que se exerce a partir dela. Logo, se não houver norma de conduta com alternativas de ação, a discricionariedade decorre de norma de competência; porém, se o conjunto compreende uma norma de conduta sobre a ação em causa, é esta, naturalmente, a norma atributiva da discricionariedade⁴¹³.

Se em efeito são as normas as que atribuem discricionariedade, o estudo da sua estrutura é fundamental para sua maior compreensão, alcance e, até mesmo, para distinguir os limites da discricionariedade administrativa.

Ao analisar a estrutura da norma, pode-se visualizar onde a discricionariedade administrativa se encontra⁴¹⁴. São basicamente três as doutrinas existentes sobre a localização da discricionariedade nos componentes lógico-estruturantes da norma jurídica⁴¹⁵.

5.8.4.4.1 Doutrinas sobre a localização da discricionariedade nos componentes lógico-estruturantes da norma jurídica

A **primeira doutrina** concebe a discricionariedade administrativa como margem de vontade para eleger entre a adoção ou não de uma estatuição ou outra na aplicação de normas de estrutura condicional que não obrigam a adotar a estatuição por elas previstas ou não predeterminada a estatuição que deva ou possa adotar-se. Os defensores desta doutrina são chamados de reducionistas, pois

⁴¹³ A existência de uma norma de conduta com alternativas significa necessariamente que, no âmbito da norma de competência sobre o qual se encontra a norma de conduta, não há autonomia para a configuração de alternativas a partir da norma de competência: a norma de conduta fecha a discricionariedade atribuída pela norma de competência, substituindo-a por uma discricionariedade delimitada nos termos em que a ação em causa é nessa norma regulada (DUARTE, David. A norma de legalidade procedural administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 913).

⁴¹⁴ Por certo que haverá casos em que os próprios termos literais da norma configuram a consequência jurídica como discricional, produzindo-se uma atribuição textual de discricionariedade, pelo que não faz falta recorrer a critérios dos componentes lógico-estruturantes da norma jurídica.

⁴¹⁵ Sobre cada uma delas, *vide*: BACIGALUPO, Mariano. La Discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997.

acabam com a concepção que erradicava a discricionariedade administrativa do âmbito do suposto de fato de ditas normas⁴¹⁶.

Esta doutrina trabalha com a indeterminação normativa das estatuições. Seja por não configurar sua aplicação como obrigatória sempre que concorra a previsão normativa, seja por prever a norma várias consequências jurídicas com caráter alternativo, ou porque a norma não predetermine o conteúdo da consequência jurídica que, em seu caso, deva ou possa aplicar-se⁴¹⁷.

Vê-se que, por vezes, a Administração deverá adotar alguma estatuição. Ocorre que ditas normas não atribuíram discricionariedade de atuação, mas somente discricionariedade de eleição⁴¹⁸.

Tal concepção supõe que ela jamais possa operar fora do âmbito das estatuições das normas jurídico-administrativas. Pode-se então derivar duas premissas dessa teoria: primeiro, de que a discricionariedade administrativa constitui exclusivamente uma margem de volição; segundo, de que o processo

⁴¹⁶ HANS UWE ERICHSEN e WOLFGANG MARTENS (ERICHSEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang. Das Verwaltungshandeln. In: ERICHSEN, Hans Uwe; MARTENS, Wolfgang. Allgemeines Verwaltungsrecht. 4. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1979, p. 165) ensinam que a discricionariedade não tem lugar no “*Tatbestand*” da norma. No mesmo sentido, *vide*: JESCH, Dietrich. Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht. Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Tübingen, v. 82, n. 2, p. 163-249, april, 1957, p. 206.

HARTMUT MAURER (MAURER, Hartmut. Manuel de Droit Administratif Allemand (Allgemeines Verwaltungsrecht)). Traducción de Michel Fromont. 2. ed. Paris: LGDJ, 1994, p. 99) escreve que a discricionariedade se manifesta no momento da preceptiva da norma e, por isso, ela é, na realidade, uma discricionariedade de produção de efeitos de direito (*Rechtsfolgeermessen*) ou uma discricionariedade de ação (*Handlungsermessen*).

⁴¹⁷ De acordo com MARIANO BACIGALUPO (BACIGALUPO, Mariano. La Discricionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 116): “En el primer supuesto, la estructura de la norma habilitante es la propia de una norma de programación condicional, con la única particularidad de que el cumplimiento del supuesto de hecho no obliga a adoptar la consecuencia jurídica por ella prevista: Si concurre el supuesto de hecho X, integrado por los requisitos R-1, R-2 y [...] R-n, la Administración podrá adoptar la consecuencia jurídica Y. En el segundo supuesto, la estructura de la norma de programación condicional es otra: Si concurre el supuesto de hecho X, integrado por los requisitos R-1, R-2 y [...] R-n, la Administración deberá/podrá adoptar la consecuencia jurídica Y o Z. Y en el tercer supuesto, la estructura de la norma de programación condicional es la siguiente: Si concurre el supuesto de hecho X, integrado por los requisitos R-1, R-2 y [...] R-n, la Administración deberá/podrá adoptar la consecuencia jurídica que estime oportuna”.

⁴¹⁸ Partindo dessas premissas, a discricionariedade administrativa é definida, por MARIANO BACIGALUPO (*Ibidem*, p. 116), como: “Margen de voluntad para elegir entre la adopción o no de una consecuencia jurídica u otra en la aplicación de normas de estructura condicional que no obligan a adoptar la consecuencia jurídica por ella prevista o no predeterminan la consecuencia jurídica que deba o pueda adoptarse”.

sempre será cognitivo. Isso posto, a discricionariedade administrativa somente poderá operar no âmbito das consequências da norma jurídico-administrativa⁴¹⁹.

A **segunda corrente** afirma que gera discricionariedade não somente a indeterminação das estatuições, mas também a indeterminação da previsão das normas jurídico-administrativas. A indeterminação da previsão das normas habilitantes gera discricionariedade administrativa ou, ao menos, uma margem de decisão administrativa estruturalmente equiparável, no essencial, a aquela. Esta teoria chama-se unitária ou ampla, pois busca uma categoria unitária de discricionariedade administrativa, tentando falar de verdadeiras margens de decisão administrativa, também, no âmbito da previsão normativa⁴²⁰.

A **terceira e última doutrina** entende que a discricionariedade administrativa somente opera no terreno da previsão das normas jurídico-administrativas, isso por conceber que é sua inexistência ou imperfeição o que genuinamente provoca a margem de atuação discricional. Coloca, ainda, que a

⁴¹⁹ MARIANO BACIGALUPO (*ibidem*, p. 121) infere que: “*El problema radica, claro está, en si las dos premisas en que descansa esta conclusión son correctas. La primera constituye una definición axiomática, discutible por su propia naturaleza: que se quiera reservar el término “discrecionalidad administrativa” para caracterizar el margen de volición del que pueda disponer la Administración en el proceso de aplicación de las normas jurídico-administrativas, excluyendo por tanto del mismo al margen de cognición (supuesto que éste también existe en dicho proceso) es, como toda cuestión esencialmente nominal, opinable; una cuestión, en definitiva, de preferencias.*

[...]

En consecuencia, lo que sé parece trascender el terreno de las meras preferencias y, por ello, reclamar un análisis de su consistencia es la afirmación en el sentido de que la aplicación o apreciación del supuesto de hecho normativo se agota siempre en un proceso estrictamente cognitivo. [...] Porque si no fuera así, sería inevitable admitir que la discrecionalidad administrativa, aun definida como margen de volición, también puede operar en el ámbito del supuesto de hecho (indeterminado) de las normas jurídico-administrativas”.

⁴²⁰ KARL ENGISCH (ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 226) questiona se a discricionariedade está na previsão ou na preceptiva da norma e ressalta que a discricionariedade normalmente é reservada: “*para a estatuição da norma jurídica. Mas não devemos afastar a possibilidade de uma discricionariedade na hipótese legal, até porque entre esta hipótese e a estatuição e, consequentemente, também entre a discricionariedade naquela e nesta, subsiste uma conexão intrínseca*”.

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA (CORREIA, José Manuel Sérvalo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpresão da edição de 1987), p. 318-319) afirma: “*Os pressupostos são as situações de facto e de direito que configuram o caso sobre o qual a conduta da Administração no exercício de poderes de autoridade vai produzir efeitos jurídico-administrativos. Algumas de tais situações são enunciadas por lei, integrando a previsão da norma, isto é, o seu Tatbestand ou factispecies. Mas, tal como acontece com a estatuição da norma, também a sua previsão pode ser aberta, permitindo desse modo o legislador que o autor do acto administrativo adicione outros elementos por si seleccionados ao conjunto de cuja análise global, conjugada com a estatuição da norma, há que retirar o sentido da decisão. É o que obrigatoriamente sucede em caso de discricionariedade*”.

discricionariedade constitui fenômeno exclusivamente derivado da indeterminação da previsão normativa e que o gerador da discricionariedade é a inexistência ou a imperfeição do suposto de fato de sua norma habilitante⁴²¹.

⁴²¹ MARIANO BACIGALUPO (BACIGALUPO, Mariano. La Discricionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 183, 184), *in verbis*: “*La aplicación de una norma habilitante de discricionalidad comprendería, así, dos operaciones consecutivas (una primera propiamente discricional y una segunda de carácter reglado)*:

- *En primer lugar, según se acaba de indicar, la perfección o integración, en sede aplicativa, del supuesto de hecho normativo. Es ésta, como es evidente, una tarea materialmente normativa, pues consiste en la concreción o adopción de aquellos criterios determinantes de la aplicación o no de una consecuencia jurídica u otra, que el creador de la norma omitió precisar o bien incluso presfigurar.*
- *Y, en segundo lugar, la posterior subsunción bajo dichos criterios del supuesto fáctico ante el cual la Administración está llamada a actuar, en su caso. Como se apuntó, es esta segunda, por el contrario, una operación reglada de aplicación normativa”.*

Para WALTER SCHMIDT (1982 *apud* BACIGALUPO, Mariano. La Discricionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 185 e 186): “*Los que se encuentran indeterminados son sólo los presupuestos últimos de cuya concurrencia o no depende en cada caso que se aplique o no la consecuencia jurídica y, por ello, sujetos a la discricionalidad del órgano de aplicación. Tales presupuestos se hallan en todos los demás casos de aplicación de la ley predeterminados exhaustivamente por conceptos legales (determinados o –más o menos– indeterminados), esto es, predeterminados en el supuesto de hecho de la norma habilitante. Así pues, la discricionalidad sólo se puede diferenciar de estos últimos casos en que a su norma habilitante le falta ese supuesto de hecho perfecto. Cuando el órgano de aplicación completa, a la vista del caso al que enfrenta, los presupuestos que no contienen el supuesto de hecho de la norma habilitante y decide conforme a los mismos acerca de si procede o no adoptar la consecuencia jurídica predeterminada por la norma, lo que hace es cerrar el supuesto de hecho normativo inicialmente abierto. La discricionalidad no se deriva, pues, en contra de lo que sostiene la doctrina hoy en día mayoritaria, de la indeterminación de la consecuencia jurídica, sino de la indeterminación del supuesto de hecho normativo”.*

MARIANO BACIGALUPO (*Op. Cit.*, p. 191-192), também, afirma que esta teoria é a única que tem em conta a obrigaçāo constitucional dos órgāos de aplicāo de lei e conclui: “*En mi opinión, la que, de entre todas las esbozadas en el presente capítulo, aparece como más consistente, tanto desde un punto de vista lógico-normativo como dogmático-constitucional es la teoría que concibe la discricionalidad administrativa como habilitación a la Administración para completar o integrar en sede de aplicación el supuesto de hecho imperfecto de una norma jurídico-administrativa. Las otras dos teorías no sólo adolecen de cierta superficialidad, por lo que a su fundamentación lógico-normativa se refiere (que contrasta, en todo caso, con la cuidada y, sobre todo, aguda elaboración lógico-normativa de la teoría a la que desde ahora mismo profeso mi adhesión), sino que, lo que es mucho más grave, provoca serios reparos desde la óptica dogmático-constitucional.*

En efecto, pretender que la discricionalidad consiste en que la Administración puede (y debe) decidir acerca de la adopción o no de una consecuencia jurídica (de aplicación facultativa) y, en su caso, acerca de la adopción de una u otra entre varias posibles, olvidando que cualquiera de las dos decisiones debe responder siempre a criterios objetivos (que, necesariamente, vienen a completar o integrar el supuesto de hecho imperfecto de la norma habilitante), supone concebir la discricionalidad administrativa de un modo que abre las puertas de par en par a un ejercicio arbitrario de la misma; es decir, a un ejercicio de la discricionalidad sin criterio alguno.

[...]

Com a superação da configuração binária, a tripla formação traz mais alternativas, principalmente porque o operador deôntico, como critério de análise na atribuição de discricionariedade administrativa, é atualmente muito importante e debatido pela doutrina. Por isso, deve-se fazer uma separação em razão do operador deôntico, como se analisará em seguida.

Assim, uma vez ultrapassado o problema da linguagem, definindo-se o alcance semântico das normas e resolvido o problema das concorrências e conflitos normativos, ter-se-á, nas normas de competência, a categoria de normas que a atribuem. Considere-a como residual. Toda vez que houver norma de conduta específica que estabeleça alternatividades de ações em sua previsão, essa será a norma atributiva de discricionariedade.

Em razão de serem as normas de competência as que atribuem discricionariedade no exercício da função administrativa, ter-se-á sempre esta com um operador de imposição, almejando os interesses públicos. Nelas se pode localizar a discricionariedade na relação que se estabelece entre a previsão e a estatuição. Ou seja, a realização de efeitos dispostos na estatuição sobre as matérias dispostas na previsão significa que, sobre a previsão, o administrador pode dispor como melhor decida. A análise da norma de competência na sua estrutura permite ver, assim, como a sua previsão confere alternativas, que se apresentam como espaço de discricionariedade normativamente atribuída, exatamente como se verifica com as normas de conduta⁴²².

De acordo com DAVID DUARTE⁴²³:

A discricionariedade imputada às normas de competência é, no entanto, como se verifica em todos os casos, a discricionariedade de partida, ou seja, a margem de autonomia que decorre de uma norma que permite alterar o ordenamento e

En definitiva, sólo una conceptualización de las normas habilitantes de discrecionalidad (es decir, aquellas que no predeterminan la consecuencia jurídica que deba o pueda adoptarse o en las que su adopción no es preceptiva) como normas que habilitan a la Administración para completar o integrar en sede aplicativa el supuesto de hecho imperfecto de las mismas resulta conforme, además de al principio de igualdad (como ha señalado agudamente W. Schmidt en la doctrina alemana), al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), y al de objetividad de la actuación administrativa (art. 103.1 CE)".

⁴²² De acordo com DAVID DUARTE (*Op. Cit.*, p. 916): "As normas de competência conferem discricionariedade independentemente de serem avulsas, genéricas ou de delimitação feita por exclusão de partes, dado que a autonomia que delas decorre corresponde às alternativas que se podem conceber sobre a matéria em causa: as normas de competência genérica ou as de recorte excluente não conferem, por isso, mais discricionariedade, mas, diferentemente, a mesma discricionariedade relativamente a mais matérias".

⁴²³ *Ibidem*, p. 512.

que não estabelece as condições normativas para essa alteração, na qual a criação de normas e decisões e a configuração dos conteúdos respectivos estão sempre decorrentes de duas ordens de limitações: (i) as que decorrem de eventuais normas de conduta que assumam a totalidade ou parte da discricionariedade assim conferida e (ii) as que decorrem das normas convergentes aplicáveis. As limitações que decorrem das normas descritas em (ii) são comuns a todas as normas atributivas de discricionariedade. Ao invés, as limitações de (i) já são, no entanto, específicas das normas de competência quando atributivas de discricionariedade: se o domínio da sua previsão, e relativamente a uma acção deôntica aí recordada, está regulado numa norma de conduta, então é esta a norma que confere discricionariedade (quando o faz), ao estabelecer diferentes alternativas e ao reduzir o âmbito das alternativas autoconfiguráveis que a norma de competência confere.

Visto serem as normas de conduta atributivas da discricionariedade, deve-se distingui-las de acordo com os operadores deônticos inseridos nela. A separação em razão do operador deôntico como critério de análise na atribuição de discricionariedade administrativa é a única que faz sentido ou, pelo menos, tem relação diretamente apurável com a questão em análise neste capítulo. A existência de alguma margem de liberdade/autonomia/volição a partir de uma norma é problema relativo ao sentido em que a conduta é regulada, ou seja, é um problema relativo, a saber, se há imposição, proibição ou permissão da conduta deôntica⁴²⁴.

⁴²⁴ ANTONIO MOZO SEOANE (MOZO SEOANE, Antonio. La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983. Madrid: Montecorvo, 1985, p. 49 e ss e 353 e ss), depois de analisar a estrutura das normas, revela que a discricionariedade está ubicada no elemento de união ou cúpula, ou seja, dentro do operador deôntico.

ALFREDO GALLEGOS ANABIRTRATE (1971 *apud* MOZO SEOANE, Antonio. La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983. Madrid: Montecorvo, 1985, p. 21) entende que o tratamento correto segue sendo a análise da estrutura lógica da norma: a hipótese e a consequência jurídica. Na hipótese jamais existe discricionariedade, apenas, conceitos determinados e indeterminados das mais diversas classes, onde não há discricionariedade (liberdade de atuação), mas sim interpretação, análise racional de conceitos, exame empírico de fatos, etc.

LUCIANO PAREJO ALFONSO (PAREJO ALFONSO, Luciano. Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Madrid: Tecnos, 1993, p. 122) também se refere ao esquema tradicional hipótese e consequência jurídica e o relaciona com a discricionariedade. Em sua opinião, essa não se situa nunca no plano cognitivo (o relativo à hipótese, que é onde se encontram os conceitos jurídicos indeterminados), mas sim no plano volitivo (na consequência jurídica), com uma discricionariedade de atuação (a Administração decide se atua ou não) e discricionariedade de eleição (elege entre as diferentes alternativas possibilitadas pela norma).

As **normas impositivas**, a princípio, não seriam suscetíveis de conferir discricionariedade, uma vez que se trata de obrigação positiva de realizar o efeito normativo relativamente a qualquer dependência constante da previsão. Assim o é, porque a obrigatoriedade de realizar um efeito é contrária a um espaço de autonomia. As normas apenas atribuem discricionariedade quando sua estatuição compreende efeitos que se encontram numa relação de disjunção (ou se aplica um efeito ou outro) e são, por isso, alternativos, isto é, para determinada previsão com operador deôntico de imposição, estabelecem-se vários efeitos, pelo menos mais do que um que se aplicaram alternativamente⁴²⁵. Também se inserem na mesma categoria as normas que, não obstante estabelecerem para determinada previsão um único efeito, impõem uma, que se pode desdobrar em várias, alternativa ou

JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ (VILLAR PALASÍ, José Luis. Apuntes de derecho administrativo: parte general. Madrid: Universidad a Distancia, 1974, p. 178) entende que: “*toda proposición jurídica tiene dos elementos: los supuestos de hecho (si pasa tal cosa...) y las consecuencias jurídicas (entonces hay tales efectos jurídicos). No hay discrecionalidad posible en el primer factor de la proposición, es decir, en la apreciación de los elementos del supuesto de hecho*”.

Para CÉSAR DAVID CIRIANO VELA (CIRIANO VELA, César David. Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 194 e ss) existem diferentes graus de discricionariedade em cada um dos elementos da estrutura da norma e crê que esses são fatores condicionantes do posterior controle da Administração. Afirma existir uma discricionariedade interpretativa de conceitos indeterminados no pressuposto (hipótese de fatos, para o autor). Assim, acredita porque defende que não há diferença qualitativa (se acaso, apenas quantitativa ou de grau) entre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados quando estes implicam a existência de uma margem de apreciação nas mãos da Administração. Em relação à consequência jurídica, além da discricionariedade interpretativa derivada de conceitos jurídicos indeterminados, outras formas também podem surgir. Assim, a preceptiva pode tratar de uma única consequência jurídica formulada com conceitos gerais cuja interpretação precisa realizar uma operação hermenêutica similar à dos conceitos jurídicos indeterminados. Em outros casos, trate de eleger entre um ou outro objeto, nos casos em que existem várias consequências jurídicas (discricionariedade de eleição). Finalmente, o grau de discricionariedade transpassa o âmbito da ideia de indeterminação das normas quando as consequências jurídicas contêm formulas do tipo: a Administração poderá fazer o que crê mais conveniente, ou o que estime mais conveniente para os interesses da nação, por exemplo (discricionariedade de atuação). Para o autor, nas consequências jurídicas, há uma escala de discricionariedade, ao menos naquelas que cabem esses três tipos de casos. Por fim, também fala de uma discricionariedade existente nos elementos de união ou cúpula (operador deôntico) da estrutura da norma. Segundo o autor, o caráter não determinante deste componente faz com que se tenha a necessidade de analisar o contexto da norma, com a totalidade dos elementos estruturantes. Esse mesmo autor, por entender que existem outros quatro elementos (órgão, procedimento, fim e tempo) nas normas jurídico-público, indica também que existem distintos graus de discricionariedade em cada um deles (*ibidem*, p. 219-247).

⁴²⁵ DAVID DUARTE (Op. Cit., p. 514): “*disse-se que a configuração normativa de uma imposição de alternativas disjuntivas é sinónimo da correlativa permissão sobre as mesmas (e não espelho de uma interdefinibilidade), porque a permissão de realização de cada um dos efeitos decorre directamente de cada um ser imposto alternativamente e não, como se verifica com a interdefinibilidade, de haver uma negação do próprio modo de imposição na norma, obviamente*”.

opção, ou seja, a estatuição compreende efeito único que é, no entanto, autonomamente configurável em várias alternativas ou opções⁴²⁶. Por sua vez, também se atribui discricionariedade às normas que se enquadram na chamada derrogação administrativa, que, ao contrário do que já se afirmou, não há margem de liberdade/autonomia/volição diferente da discricionariedade, é norma impositiva com duas alternativas, na qual uma é um efeito consequente à previsão e outro um efeito de configuração autônoma.

As **normas proibitivas**, independentemente dos seus termos, dado que também só comprehendem um operador num modo de obrigação, só conferem discricionariedade quando há mais de um efeito na estatuição e em relação de disjunção. Aqui a obrigatoriedade aponta para um espaço de permissão, que, no caso, resulta da proibição de um dos efeitos disjuntos. No caso, a proibição não pode ser conferida simultaneamente a ambos os efeitos sugeridos, confere discricionariedade, na medida em que estabelece duas proibições alternativas. Também conferem discricionariedade quando estabelecem proibição de efeito único e daí decorre, dado o contexto, a mesma ser sinônimo da permissão de várias alternativas contrárias.

Por fim, as **normas permissivas** são paradigma da atribuição da discricionariedade, dado ser a permissão o modo deôntico que, em primeira linha, a confere, pois sempre terá o seu executor, mesmo tendo-se apenas um efeito e sendo este não desdobrável, a possibilidade de optar ou não pela realização do mesmo⁴²⁷. Logo, as normas permissivas, seja qual for a composição dos restantes

⁴²⁶ Aqui a discricionariedade administrativa está na permissão de eleição entre as alternativas.

⁴²⁷ ANTONIO MOZO SEOANE (MOZO SEOANE, Antonio. La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983. Madrid: Montecorro, 1985, p. 363 e 367) afirma: “siempre que la norma emplea la locución “podrá” para expresar la coordinación entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica crea un “ámbito de libertad” para su destinatario, faculta para obrar o no obrar, para obrar en un sentido o en otro. Es, pues, la expresión primaria de apoderamiento discrecional.

[...]

En efecto, la manifestación típica y primaria de atribución de discrecionalidad se encuentra en el ‘elemento cópula’ de la norma, a través del que ésta ordena la validez de una consecuencia jurídica determinada en relación con un supuesto de hecho dado: cuando la orden de validez está concebida en términos potestativos u optativos (‘podrá’, ‘concederá o denegará’), las consecuencias jurídicas posibles, en cuanto queridas por la norma, son dos: hacer o no hacer; hacer a) o hacer b), por tanto, una vez producido o concretado el supuesto de hecho normativo, la elección de la consecuencia jurídica concreta entre las dos posibles es discrecional para la Administración, pues ambas gozan de igual validez jurídica”.

No mesmo sentido, JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOS (GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. Tratado de derecho administrativo. 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1974, p. 381): “siempre que se utiliza la palabra “podrá” hay discrecionalidad”.

elementos da sua estrutura normativa, constituem normas atributivas de discricionariedade. Não se limita, porém, a conferir discricionariedade neste seu estado puro estrutural, em que confere duas alternativas por meio da permissão de uma conduta, pode também, permitir mais de uma conduta e, desse modo, ampliar o âmbito da discricionariedade conferida, ou seja, quando acrescentar efeitos alternativos em relação de disjunção. Assim, além de ser permitido fazer um dos efeitos estipulados na estatuição, também, será possível não o fazer, dessa maneira, ter-seão alternativas dos seus contrários (se tiver dois efeitos na estatuição, quatro serão as possibilidades, se tiver três, seis serão as possibilidades

CHARLES EISENMANN (EISENMANN, Charles. Cours de droit administratif. Paris, LGDJ, 1982, p. 444) leciona que a discricionariedade localizada no ato administrativo demonstra que pode ser o resultado: do tipo da regra, ou seja, toda regra que diga que um agente “peut”, “pourra”, e não “doit”, “devra”, constitui um poder discricional; e do fundo da norma, as condições objetivas de sua promulgação e os fins da mesma, que devem coincidir com o objeto, motivo e fim do ato.

Não há de esquecer que as normas permissivas não têm porque conter necessariamente uma habilitação para o exercício de um poder discricionario. Apenas a utilização do termo “poderá” não implica tal atribuição à Administração, dado que dita expressão pode ir acompanhada de todos os elementos ou pressupostos necessários em ordem à aplicação da norma, de tal modo, que verificada a existência da situação prevista por aquela, decairá a possibilidade de optar, ao estar a única decisão possível predeterminada (assim o poder semântico se converte em dever prático). E isso porque, quando a norma faz depender sua consequência jurídica da existência do pressuposto cuja determinação exige a apreciação de sua realidade pela Administração, a decisão, por difícil que seja, será única (existe ou não existe), devendo pronunciar-se em sentido afirmativo ou negativo. Neste caso, verificar a existência do pressuposto exigido para que a norma produza suas consequências jurídicas não será um trabalho discricional, mas sim unicamente uma atividade de concretização de um conceito jurídico indeterminado.

JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA (DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. A discricionariedade administrativa. Scientia iuridica. Braga, t. 48, n. 280-282, p. 371-286, jul./dez. 1999, p. 375). “*Ora, não há dúvida de que estamos perante a concessão de poderes discricionários quando a norma jurídico-administrativa tiver uma natureza facultativa, isto é, quando o elemento de ligação for um “pode”, caso em que estaremos perante normas autorizativas; ou quando a estatuição compreender mediadas em alternativas (A, B ou C).*

Nestas situações, a discricionariedade é essencialmente um problema de escolha de conteúdo, uma vez que o que está em causa é:

a) utilizar ou não utilizar a medida ou providência contida na estatuição das normas autorizativas (A ou não-A);

b) escolher uma das medidas ou providências pré-ordenadas na estatuição das normas com medidas em alternativas (A, B ou C)”.

e assim por diante)⁴²⁸. É possível concluir, então, que a **discricionariedade poderá estar localizada no operador de ôntico e/ou na estatuição**⁴²⁹.

⁴²⁸ Alerta-se que a questão da existência ou não de norma permissiva é um dos problemas mais debatidos na teoria do Direito. Por certo que enunciados desse tipo são comuns nos sistemas jurídicos. Para MANUEL ATIENZA e JUAN RUIZ MANERO, três são os contextos de uso das normas permissivas: as condutas naturais, o exercício de poderes normativos e as liberdades constitucionais. De acordo com tais autores, quando diante de normas permissivas de conduta naturais, entendendo por tal aquela conduta que não consiste no exercício de um poder normativo, Echave-Urquijo-Guibourd y Ross defendem sua irrelevância pragmática, por não constituir nenhuma razão, nem para realizar ação, nem para omiti-la, sendo a norma permissiva nada mais que a exceção à norma impositiva e proibitiva ou a formação indireta dessas normas. Já Von Wright defende as normas permissivas como promessas, entendendo as permissões como simples ausência ou não existência das proibições, e diferenciando dois tipos de permissão, os débeis e os fortes (ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan. Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2004, cap. III). Sobre as normas permissivas no exercício de poderes normativos, MANUEL ATIENZA e JUAN RUIZ MANERO (*ibidem*, p. 131) fazem a distinção entre os poderes normativos de exercício obrigatório e facultativo, que podem trazer resultados distintos a ação. E por fim, ditam esses mesmos autores (*ibidem*, p. 139) que os “permisos constitucionales no son sólo directivas indirectamente expresadas, sino también juicios de valor. De ellos se derivan directivas en forma de principios de mandato y directrices, pero no equivalen a ellas, porque su alcance justificativo es notablemente mayor”. Além dessa questão, também é importante mencionar o fato de que a doutrina, sobretudo a administrativista, sustenta que não há normas de competência jurídico-pública que sejam permissivas, ou seja, muitas das normas permissivas são na verdade normas impositivas, no entanto, as normas de conduta dependerão da relação entre a norma de competência e a de conduta para se averiguar se haverá ou não uma norma permissiva (*vide*: DUARTE, David. A norma de legalidade procedural administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006).

⁴²⁹ Segundo SERENELLA MARTINI (MARTINI, Serenella. Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell'esperienza giuridica tedesca. In: AA. VV. La discrezionalità amministrativa: profili comparati (atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995). Milano: Giuffrè, 1997, p. 12 e 13): “*L'a scomposizione della norma di diritto amministrativo, infatti, ha consentito di distinguere quella parte del potere discrezionale che rimane nella esclusiva disponibilità dell'amministrazione, da quella che viene, invece, ricompresa nell'ambito sindacabile dal giudice. Questa distinzione, su cui si tornerà più avanti, si fonda sull'individuazione di due differenti versanti della norma: uno attinente alla fattispecie (Tatbestand) delineata dalla norma stessa, l'altro concernente invece l'effetto giuridico (rechtsfolgeseite), la cui individuazione è lasciata aperta dalla fattispecie normativa ed è quindi riservata all'amministrazione. Il potere discrezionale – derivante dall'interpretazione della fattispecie normativa astratta (c.d. discrezionalità nella concretizzazione dei concetti della fattispecie legale), che si esercita sui c.d. presupposti di fatto e di diritto mediante l'applicazione dei concetti giuridici indeterminati, indicati nella parte della norma relativa al Tatbestand – deve essere distinto dal potere discrezionale in senso proprio (Ermessen), che consiste nel completamente, da parte dell'amministrazione, della fattispecie normativa per quanto riguarda gli effetti e che si esercita sull'oggetto dell'atto, ossia sul contenuto della scelta amministrativa. Tale potere discende dal versante della norma relativo alla Rechtsfolgeseite, c.d. discrezionalità nella determinazione degli effetti giuridici: i concetti giuridici indeterminati, che sono rinvenibili nella fattispecie astratta della norma, non costituiscono la base legittimante il potere discrezionale inteso in senso stretto, che è invece individuabile soltanto sul versante degli effetti giuridici, cioè sul versante di ciò che la legge lascia alla regolazione dell'amministrazione*”. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA (CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimprensa da edição de 1987), p.

109): “Em vez de estabelecer vinculativamente quais os efeitos de direito que deverão corresponder à verificação do «Tatbestand», o legislador que pretende conceder um poder discricionário deixa ao órgão da Administração a liberdade de configurar ele esses efeitos (*Rechtsfolge*). Para isso, tanto pode prever diversos efeitos em alternativa, como não especificar quaisquer embora pressupondo a possibilidade de uma conduta administrativa cujo âmbito apenas fica delimitado à luz de um critério finalístico”.

Em sentido contrário, ter-se além dos autores mencionados: CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 60; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 78-79; e OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Ato administrativo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 85 e 86, tais autores afirmam que a discricionariedade pode ser localizada tanto na previsão como na estatuição. Celso Antônio Bandeira de Mello refere que a discricionariedade pode derivar da previsto, da estatuição e aduz que também pode derivar da finalidade da norma (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19-22). Afirma este (*Op. Cit.*) quanto há essa última possibilidade: “É que a finalidade aponta para valores, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem às realidades pensadas, ou seja, vozes designativas de conceitos) ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos plurissignificativos (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados) e não unissignificativos”.

CAPÍTULO 6

MARGEM DE LIVRE APRECIAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

6. Margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados

A margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados é *a margem relativa de liberdade/autonomia/cognição decorrente da zona de incerteza semântica de um conceito jurídico, ou seja, daqueles conceitos que não se podem traçar precisamente porque não deixam ao seu intérprete a compreensão exata de quais significados emitem, seu objeto ou a realidade abrangida.*

Deixam dúvidas de duas ou mais compreensões de seu significado quando visualizados no caso concreto, por isso, entende-se que o único modo possível de visualizar se um conceito jurídico indeterminado apresenta ou não uma margem de livre apreciação é analisando sua estrutura (núcleo conceitual e auréola conceitual).

Sempre que se tenha uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito, estar-se-á diante do domínio do núcleo conceitual. Quando as dúvidas começam, é porque se está diante da auréola do conceito. O núcleo conceitual também é chamado de **zona de certeza**, que pode ser **positiva** (é seguro que “isso” pode denominar-se com esse termo) ou **negativa** (é seguro que “isso” não pode se denominar assim). A auréola do conceito é a **zona intermediária, de dúvida ou de incerteza** ou, dito com maior precisão, zona em que não existe uma certeza prévia e cuja determinação exige desdobrar a ideia nuclear do conceito. Toda a dificuldade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados estará na zona de incerteza (ou “halo del concepto”), pois há maior dificuldade para localizar a única solução justa. No mais, a margem de livre apreciação aqui exposta insere-se na hipótese ou previsão da norma jurídica, nos componentes lógico-estruturais dessa.

6.1 Surgimento da doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados e a ideia de “*livre discricionariedade*”

A doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados (*unbestimmter Rechtsbegriffe*) surgiu no século XIX, na Áustria, a partir da questão de saber se os conceitos indeterminados utilizados pelo legislador eram ou não suscetíveis de

ser controlados pelo tribunal. EDMUND BERNATZIK⁴³⁰, contra a doutrina tradicional da época, negou que a “*livre discricionariedade*” e a aplicação do direito se excluem mutuamente como realidades opostas. Entendia que a atribuição legal de poderes discricionais à Administração facultava à mesma a adotar uma decisão conforme suas próprias valorações técnicas, de maneira que a aplicação do conceito discricional não é controlável judicialmente. O conceito discricional (*Ermessensbegiffe*) existe, de acordo com EDMUND BERNATZIK, na parte da disposição normativa que dá ao administrador a faculdade de eleger, em exclusiva, o conteúdo do procedimento administrativo não controlável pelo tribunal⁴³¹.

A primeira intenção de superar o estudo da figura da discricionariedade administrativa com base na análise da norma foi a da doutrina de FRIEDRICH TEZNER⁴³². Este autor afirmava que a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados era inimiga do Estado de Direito (*rechtsstaatsfeindlich*) e cientificamente infundada (*unwissenschaftlich*). Para ele, a atribuição de poderes não significava uma prerrogativa administrativa de concreção do conteúdo da norma, visto que todo o problema reside na possibilidade objetiva de precisar seu sentido para o caso concreto, operação que também pode ser realizada pelo juiz em via de controle. Argumentava que, para compreender em que consiste a discricionariedade, deve prescindir-se da estrutura da norma. Segundo esse autor, a atuação administrativa é análoga à jurisdicional, portanto não é correto falar de “*livre poder*” em sentido estrito, por duas razões, conforme SERENELLA

⁴³⁰ BERNATZIK, Edmund. Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien. Wien: Manz, 1886.

⁴³¹ Para FERNANDO SAINZ MORENO (SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 231), a teoria de BERNATZIK parte da necessidade de distinguir entre assuntos submetidos à jurisdição dos Tribunais e “*libre discrecionalidad*” (*Freien Ermessen*, conceito utilizado pela lei austriaca de 20 de outubro de 1875). Para ele, este autor entende o problema da discricionariedade administrativa como um aspecto do problema geral da posição do juiz frente à lei, especialmente quando esta é pouco precisa e obriga a realizar uma singular apreciação da hipótese. EDMUND BERNATZIK não mencionou conceitos indeterminados, mas de *vaguen Kategorien*, conceito que foi depois substituído pelo hoje geral de *unbestimmter Rechtsbegriff*. Para o autor, a peculiaridade da discricionariedade, em todos seus aspectos, radica-se na dificuldade da apreciação da hipótese da norma; por isso dizia que era melhor falar em “*discricionariedade técnicas*” (*technischen Ermessen*).

⁴³² TEZNER, Friedrich. Zur lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte. [S.I.]: [s.n.], 1888; e, principalmente, em TEZNER, Friedrich. Das Freie Ermessen der Verwaltungsbehörden kritisch-systematisch erörtert auf Grund der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung. Wien: F. Deuticke, 1924, p. 16, 17 e 21.

MARTINI⁴³³: “la sua funzionalizzazione al perseguitamento e alla realizzazione di un fine determinato dalla legge e l’obbligatorietà della scelta migliore”. A existência destes dois vínculos faz com que a atividade administrativa seja como a jurisdicional.

De acordo com FERNANDO SAINZ MORENO⁴³⁴, a teoria de FRIEDRICH TEZNER se opõe polemicamente à de EDMUND BERNATZIK. FRIEDRICH TEZNER assinalava que a cláusula de “*livre discricionariedade*” era supérflua, pois não continha mais que uma formulação negativa de outra, segundo a qual apenas poderiam surgir demandas por aqueles lesionados em seus direitos. A discricionariedade, assim, apenas existiria nas matérias “*puramente administrativas*”, nas quais não pudessem resultar lesionados os direitos subjetivos. Portanto, segundo FRIEDRICH TEZNER, a questão consistia em determinar se a lei concederia à Administração, em uma determinada matéria, a faculdade de decidir livremente ou se, pelo contrário, tal atribuição de discricionariedade não existia. Neste caso, o tribunal poderia e deveria examinar a aplicação de todas as normas, com independência de qual seja o grau de determinação de seus conceitos⁴³⁵.

RUDOLF VON LAUN⁴³⁶ entendia que a aplicação de conceitos indeterminados implicaria em uma atividade intelectual complexa, a qual não constituiria fundamento para o exercício da discricionariedade livre, técnica ou jurisdicional, mas sim para o exercício de uma discricionariedade vinculada, desse modo, havendo um espaço livre ao órgão atuante, mas vinculado à lei.

A consciência da natureza jurídica da discricionariedade vem retomada e ampliada desde que a doutrina, por assim dizer, “garantista”, tende a mover-se até a divisão de poderes entre o judicial e o da Administração. É a essa linha doutrinal que pode se atribuir ao pensamento de HANS KELSEN e WALTER JELLINEK. HANS KELSEN⁴³⁷ foi um dos primeiros a revelar expressamente a natureza jurídica da discricionariedade administrativa e a operar uma tendencial aproximação dos conceitos jurídicos indeterminados à noção de

⁴³³ MARTINI, Serenella. *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell’esperienza giuridica tedesca*. In: AA. VV. La discrezionalità amministrativa: profili comparati (atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995). Milano: Giuffrè, 1997, p. 19.

⁴³⁴ SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 232.

⁴³⁵ Esse conflito entre ambos os estudiosos do Direito foi o ponto de partida das duas correntes existentes atualmente: a teoria da multivalência (ou da duplicidade), com suas raízes em EDMUND BERNATZIK; e a teoria da univocidade (ou da unicidade) dos conceitos jurídicos indeterminados, com raízes em FRIEDRICH TEZNER.

⁴³⁶ LAUN, Rudolf von. Das freie ermessen und seine grenzen. Leipzig: franz Deuticke, 1910.

⁴³⁷ KELSEN, Hans. Teoría general del Estado (Allgemeine Staatslehre). Granada: Comares, 2002.

discricionariedade, determinando implicitamente uma ampliação da possibilidade de ser controlada.

Na doutrina de WALTER JELLINEK⁴³⁸, o ponto de partida seria a distinção fundamental entre conceitos indeterminados e conceitos jurídicos indeterminados. Segundo SERENELLA MARTINI⁴³⁹: “*I primi si avrebbero in presenza di una norma che intenzionalmente pone concetti indeterminati: in tale ipotesi, la norma attribuirebbe un potere discrezionale – non ripetibile in sede giurisdizionale – all’amministrazione, che deve concretizzare i concetti lasciati consapevolmente dal legislatore indeterminati. Quando, invece, l’indeterminatezza della norma è casuale, nel senso che essa non è un apporto intenzionale del legislatore, si hanno secondo tale Autore, concetti sì indeterminati ma qualificabili come giuridici, perché all’amministrazione non è demandata in senso stretto la loro concretizzazione*”. Para WALTER JELLINEK, o conceito jurídico indeterminado seria controlável, mas o conceito indeterminado não. Esse autor⁴⁴⁰ considerava a “*livre discricionariedade*” como a delimitação individual de um conceito indeterminado feito pela adequação livre de um erro, além de afirmar que nem toda indeterminação significaria discricionariedade, pois nem todo conceito pluridimensional seria desejado pela lei. Apenas a pluridimensionalidade desejada pelo legislador significaria discricionariedade.

Tal doutrina, procedendo da impossibilidade de controle do conceito indeterminado, confere ao dito poder discricional uma ampliação do controle jurisdicional sobre o conceito. A influência de tal reconstrução é evidente no pensamento de muitos autores, mas também se observam, ao longo da história, aspectos originais e importantes que valem ser mencionados.

WERNER FLUME⁴⁴¹, por exemplo, distinguia entre a conduta baseada em uma norma de atuação (*Handlungsnorm*) e a atuação jurídica baseada em uma “*norma de decisão objetiva*” (*Sachentscheidungsnorm*). A atuação de um agente público segundo sua própria iniciativa apenas poderia se realizar dentro do âmbito de atuação da Administração, assim, delimitando juridicamente quanto à sua

⁴³⁸ JELLINEK, Walter. *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*. Berlin: Julius Springer, 1931.

⁴³⁹ MARTINI, Serenella. *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell’esperienza giuridica tedesca*. In: AA. VV. *La discrezionalità amministrativa: profili comparati* (atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995). Milano: Giuffrè, 1997, p. 20 e 21.

⁴⁴⁰ JELLINEK, Walter. *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*: Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -Verfügungen, Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen: Scientia, 1964.

⁴⁴¹ FLUME, Werner. *Steuerwesen und Rechtsordnung*. In: SMEND, Rudolf. *Rechtsprobleme in Staat und Kirche*. Göttingen: [s.n.], 1952.

competência, meios e alcance. Nesta margem, o agente público atuaria segundo sua discricionariedade de atuação não controlável judicialmente. Pelo contrário, as normas de decisão objetiva decidiriam a mesma questão, pelo que sua atualização consistiria apenas em determinar aquilo que em cada caso “*seria direito*”. Assim, a norma de atuação concederia uma discricionariedade de atuação, enquanto as normas de decisão objetiva apenas conteriam conceitos jurídicos indeterminados, mas não discricionariedade, estas normas poderiam atribuir, a quem deveria aplicá-las, em certos casos, uma faculdade de apreciação dos pressupostos de aplicação das normas, mas se trataria de uma discricionariedade de juízo (*Urteilsermessen*) submetida ao controle judicial⁴⁴².

ERNST FORSTHOFF⁴⁴³ afirmava que a fixação de conteúdo real de conceitos empíricos não constituía qualquer exercício de discricionariedade, no entanto, os conceitos de valor exigiriam uma conduta de eleição no âmbito da concretização dos valores, constituindo, por conseguinte, conceitos discricionais.

6.2 Superação do caráter incontrolável dos conceitos jurídicos indeterminados e a doutrina da margem de livre apreciação

A superação do sentido segundo o qual o conceito indeterminado constitui uma noção que confere um poder da Administração Pública incontrolável se consolida com a elaboração da doutrina da margem de livre apreciação (*Beurteilungsspielsraum*) de OTTO BACHOF⁴⁴⁴. Segundo esta teoria, a Administração Pública dispõe de um espaço de valoração não sujeito ao controle judicial, exceto quando supera o limite de tal espaço. OTTO BACHOF parte da ideia dos conceitos indeterminados e considera ultrapassada a antiga classificação destes em conceitos jurídicos propriamente ditos, inteiramente sujeitos ao controle de revisão (controláveis), e poderes discricionais não controláveis ou apenas controláveis no que respeitam os vícios típicos da discricionariedade e conferem à autoridade um espaço de liberdade de decisão próprio em que aquela deve atuar e decidir segundo suas próprias concepções⁴⁴⁵. E define seu conceito

⁴⁴² SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 235.

⁴⁴³ FORSTHOFF, Ernst. Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Erster Band: Allgemeiner Teil. Mit Sach- und Personenregister. München, Beck, 1954.

⁴⁴⁴ WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch. München: Beck, 1955, p. 194-195; BACHOF, Wolf. Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Tübingen, Mohr (Siebeck) 1966-7, v. I, p. 231-232, v. II, p. 262.

⁴⁴⁵ ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 265.

central como o âmbito dentro do qual se reserva à Administração uma **margem (Spielraum) para a livre apreciação (Beurteilung)** dos pressupostos de sua atuação. Afirma, ainda, que não existe uma fronteira nítida entre conceitos determinados e indeterminados, mas apenas uma maior ou menor determinação ou indeterminação e pode até suceder que um conceito que fosse indeterminado se tenha convertido em determinado por meio de uma longa evolução jurisprudencial que tenha trazido um número significativo de subsunções. OTTO BACHOF, assim, distingue o conceito indeterminado do conceito jurídico, que permanece fora do âmbito de valoração exclusiva da Administração, recaindo no espaço decisional controlável. Entende-se, assim, que existe, para o autor, um espaço livre de valoração da Administração e um âmbito de apreciação não livre, o que implica dizer que existe uma área controlável judicialmente e outra não⁴⁴⁶.

Além do OTTO BACHOF, outros doutrinadores admitem uma margem de livre apreciação isenta do controle judicial, entre eles CARL HERMANN ULE e DIETRICH JESCH. No entanto, há quem estima injustificada esta isenção de controle judicial, entre os principais autores tem-se: HANS HEINRICH RUPP, FRITZ OSSEN BüHL e JOACHIM SCHMIDT-SALZER. Passar-se-á a analisar o posicionamento de cada um desses.

A doutrina pátria generalista admite o controle judicial sobre a margem de livre apreciação. Alguns ressaltam que tal controle pode ser feito quando ocorra violação ao ordenamento jurídico; outros, quando há desvio de finalidade, invalidade do motivo e violação da juridicidade. Existe, no entanto, aqueles que ainda não admitem controle judicial sobre a margem de livre apreciação⁴⁴⁷.

3.8.2.1 Correntes que admitem uma margem de livre apreciação isenta do controle judicial

⁴⁴⁶ De acordo com SERENELLA MARTINI (MARTINI, Serenella. Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell'esperienza giuridica tedesca. In: AA. VV. La discrezionalità amministrativa: profili comparati (atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995). Milano: Giuffrè, 1997, p. 22 e 23): “Il margine di libero apprezzamento riservato alle valutazioni della pubblica amministrazione può sussistere, quindi, soltanto laddove non venga oltrepassato il limite fondamentale consistente nella sostenibilità della scelta effettuata dall'autorità. Ciò significa che la decisione apetta, in via esclusiva, all'amministrazione senza potere essere ripetuta dal giudice, tutte le volte in cui uno stesso fatto può essere qualificato ragionevolmente in modi diversi: qualora cioè la scelta effettuata in concreto è opinabile, la decisione sfugge al sindacato giurisdizionale. Viceversa, tutte le volte in cui non sono sostenibili più scelte, la decisione assunta dall'amministrazione è ripetibile dal giudice. Ciò corrisponde, del resto, alla logica della responsabilità: nei casi dubbi, ossia opinabili, la prevalenza va data alla scelta della amministrazione, che rimane domina e responsabile unica della decisione”.

⁴⁴⁷ Para maiores informações, vide: SADDY, André. Curso de direito administrativo brasileiro: volume 3. 4. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2025, p. 304.

O fundamento teórico da doutrina de OTTO BACHOF se revela na distinção entre discricionariedade de ação (ou volitiva) e a de tipo cognitivo: sendo que esta corresponde, em certo sentido, ao âmbito do *Beurteilungsspielraum*. A primeira existe quando a lei atribui uma margem de liberdade de atuação não sujeita ao controle judicial, e a segunda é a hipótese em que a lei atribui uma margem de valoração que consiste, segundo OTTO BACHOF, no âmbito de liberdade de apreciação. Assim, nos conceitos jurídicos indeterminados, não se fala de discricionariedade, que implica a possibilidade de eleger a decisão mais admissível, mas se deve falar de âmbito de ação vinculada, onde são possíveis diversas valorações igualmente defendíveis e opináveis⁴⁴⁸.

Ressalta-se, no entanto, que, segundo OTTO BACHOF, nem todo conceito indeterminado confere uma margem de livre apreciação à Administração. É ao legislador que se incumbe escolher os casos em que assim sucederá, o que faz de um modo geral quando usa **conceitos de valor** (*Wertbegriffe*), mas também quando emprega **conceitos de experiência** (*Erfahrungsbegiffe*) aplicáveis às situações de fato complexas ou que envolvam uma quantidade imponderável⁴⁴⁹. Faz-se, desse modo, a distinção entre interpretação (*Auslegung*) e aplicação (*Anwendung*) do conceito para considerar que a primeira é uma questão de direito totalmente sujeita à revisão jurisdicional à medida que não é, em ocasiões, a subsunção dos pressupostos de fato em conceitos jurídicos indeterminados contidos na “*Tatbestand*”.

Sem negar a diferença entre a liberdade de conformação, a discricionariedade e a margem de livre apreciação da Administração, OTTO BACHOF as considera unidas por um postulado comum: o que, no âmbito do sistema jurídico de seu país, deve reconhecer à Administração, como poder autônomo do Estado (*eigenständiger Staatsgewalt*), um âmbito de responsabilidade exclusiva, portanto, devendo prevalecer também contra a interferência dos Tribunais. Com relação à subsunção das situações concretas nos conceitos jurídicos indeterminados, o tribunal, por si só, não deve reconhecer tal responsabilidade exclusiva aos órgãos da Administração, uma vez que se disponha de parâmetros de controle suficientemente seguros. O problema é que isso não sucede quando a subsunção envolve valorações (*Wertungen*) para as quais a Administração disponha de maior perícia ou experiência, ou quando pressupõe decisões insubstituíveis ou irrepetíveis⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ MARTINI, Serenella. *Op. Cit.*, p. 22-23.

⁴⁴⁹ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimprensa da edição de 1987), p. 122-123.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 122-123.

Segundo FERNANDO SAINZ MORENO⁴⁵¹, de modo resumido, OTTO BACHOF sustenta que a Administração possui uma margem de livre apreciação livre de controle, para aplicar conceitos de valor e conceitos de experiência em determinados casos. No âmbito dos conceitos de valor (*Wertbegriffen*), existe uma margem de livre apreciação quando o tribunal tenha de substituir sua própria estimativa subjetiva de valor no lugar da Administração. No âmbito dos conceitos de experiência (*Erfahrungsbegiffe*), a atribuição de uma margem de livre apreciação se deve às dificuldades práticas de examinar o juízo experto (*sachverständiges Urteil*) das autoridades administrativas.

Outro autor que também merece ser citado é CARL HERMANN ULE⁴⁵². Na ampla categoria de conceitos jurídicos indeterminados, este autor afirma que se deveria distinguir o conceito descritivo do normativo. Em relação ao primeiro, a subsunção dos fatos na previsão da norma é automática e, portanto, repetida pelo Judiciário no que diz respeito à interpretação e à detenção dos fatos. Quanto ao segundo, pelo contrário, o procedimento de subsunção implica juízos de valor que, como tal, não podem ser reformulados pelo Judiciário. Segundo esta teoria, toda solução razoável deve ser considerada válida e, portanto, não controlável. CARL HERMANN ULE⁴⁵³ desenvolve a “teoria da defensabilidade” (*Vertretbarkeitslehre*), em cujos termos se deve considerar legal a posição assumida pela autoridade administrativa em matéria de aplicação de conceitos indeterminados quando ela constitua uma solução defendível entre outras soluções igualmente defendíveis, quando todas caibam no quadro legal definido pela interpretação. Ao empregar conceitos indeterminados, o legislador diminui o grau de vinculação da Administração: esta fica apenas “relativamente” vinculada. Vinculada porque precisa definir a situação jurídica concreta tomando uma norma legal como base da decisão. Mas apenas relativamente vinculada porque, não sendo a vinculação unívoca, deve-se entender que o legislador deixou a última decisão ao órgão competente para ditar os atos administrativos, desde que o sentido da norma não seja, obviamente, violado.

Segundo FERNANDO SAINZ MORENO⁴⁵⁴, em casos extremos, nos quais se discuta sobre o valor de uma determinada circunstância, o tribunal deve

⁴⁵¹ SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 239.

⁴⁵² ULE, Carl Hermann. Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht. In: BACHOF, Otto. Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek. München, Isar-Verlag, 1955.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 7-13.

⁴⁵⁴ SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 239.

considerar, antes de entrar no mérito, a questão prévia de se realmente sua decisão pode substituir a da Administração. Caso considere que este não tenha fundamento, porque não se encontra em condição de apreciar melhor que a Administração a situação, deve abster-se de controlar nesse ponto concreto o ato administrativo.

Um terceiro grande autor que também admite uma margem de livre apreciação isenta do controle judicial é DIETRICH JESCH⁴⁵⁵, o qual sustenta que a interpretação de todos os conceitos jurídicos, portanto, também dos indeterminados, é tarefa do conhecimento judicial, mas, em alguns casos, pode conceder-se às autoridades administrativas certa margem de livre apreciação para valorar circunstâncias especiais das previsões ou hipóteses normativas. Caso isso ocorra, a interpretação da autoridade administrativa deverá ser definitiva. No entanto, tal margem de livre apreciação apenas pode reconhecer-se em casos excepcionais, porque, do contrário, seria ineficaz o princípio de que a norma de autorização deve ser específica e conter limites e critérios objetivos. Entende, assim, que não existe diferença qualitativa, mas somente quantitativa entre os conceitos jurídicos indeterminados e o dito poder discricional⁴⁵⁶.

6.2.2 Correntes que estimam injustificada a isenção de controle judicial

HANS HEINRICH RUPP⁴⁵⁷ enquadra unitariamente as figuras da discricionariedade e do “*Beurteilungsraum*” para concluir pela fiscalização das decisões ditadas no âmbito unificado. HANS HEINRICH RUPP vê como inaceitável a concepção de que a discricionariedade é uma criação conformadora do Direito (*egestaltende Rechtsschöpfung*) e não a aplicação do Direito (*Rechtsanwendung*). Afirma que é o juiz quem decide os litígios entre a Administração e o cidadão. Quando esse carece de conhecimentos técnicos suficientes em relação a valores de experiência ou em relação a conceitos valorativos, deve acudir ao auxílio dos experts. HANS HEINRICH RUPP não vê diferença entre a aplicação da lei e da discricionariedade. Nesse domínio, as disparidades são meramente quantitativas porque toda a concretização de uma

⁴⁵⁵ JESCH, Dietrich. Gesetz und Verwaltung: eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmässigkeitsprinzipes. Tübingen: Mohr, 1961, p. 226.

⁴⁵⁶ SAINZ MORENO, Fernando. *Op. Cit.*, p. 240.

⁴⁵⁷ RUPP, Hans Heinrich. Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis. Tübingen, Mohr, 1965, p. 177-221.

norma jurídica menos genérica ou abstrata envolve a inclusão de margens de autonomia pelo órgão (administrativo ou judicial) competente⁴⁵⁸.

Outro autor que apresenta uma linha de pensamento similar é FRITZ OSSENBÜHL⁴⁵⁹. Este defende que a essência da teoria da margem de livre apreciação se esclarece quando se parte de um estudo da diferença entre “*livre discricionariedade*” e margem de livre apreciação. Enquanto a discricionariedade centra-se na estatuição ou na consequência jurídica da norma, a margem de livre apreciação se encontra na previsão ou na hipótese da norma. Mas a teoria da margem de livre apreciação deriva dos conceitos jurídicos indeterminados, e estes, segundo o autor, podem existir tanto na hipótese da norma como na consequência jurídica da norma. A margem de livre apreciação apenas pode situar-se na fase de “*subsunção*”. Para o autor, a teoria da subsunção ou teoria da margem de livre apreciação parte da dificuldade de provar se a hipótese de um conceito se traduz em uma simples regra de prova: a decisão tomada, em primeiro lugar, pela Administração deve ser aceita pelos Tribunais, enquanto à apreciação dos fatos, como se essa apreciação tivesse sido realizada pelo próprio tribunal. Isto significa que nos casos limites, isto é, nos casos em que se duvida se existem ou não os pressupostos de fato de um conceito, a decisão vinculante, em último termo, corresponde à Administração. Subjacente a essa ideia, encontra-se a ideia de que o juízo problemático da Administração não deve ser substituído pelo juízo problemático dos juízes. Assim, para esse autor, a questão não é saber se várias soluções jurídicas parecem substituíveis entre si ou se a solução dada pela Administração pode ser livremente substituída por outra dada por um tribunal; a questão deve ser resolvida em consideração ao problema fundamental de quem é o responsável por eliminar a insegurança que a aplicação destes conceitos traz. A questão está em contestar a pergunta: *quis judicabit?*⁴⁶⁰

Por fim, JOACHIM SCHMIDT-SALZER⁴⁶¹ infere que a atribuição de discricionariedade, constituída por normas de poder, concede à Administração, quando se dão os pressupostos fixados pela lei, uma liberdade de atuação, dentro de certas margens, em favor de uma das várias soluções possíveis, segundo o critério de adequação. A autorização de discricionariedade é, pois, distinta dos conceitos jurídicos indeterminados. Estes somente adquirem seu contorno material quando se lhes contempla em relação a um fato concreto. Aduz, o autor,

⁴⁵⁸ CORREIA, José Manuel Sérvalo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimprensa da edição de 1987), p. 129.

⁴⁵⁹ OSSENBÜHL, Fritz. Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz. Köln: Bad Homburgv, 1968.

⁴⁶⁰ SAINZ MORENO, Fernando. Op. Cit., p. 246.

⁴⁶¹ SCHMIDT-SALZER, Joachim. Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden. Berlin: Duncker u. Humblot, 1968.

que, ao utilizar a técnica dos conceitos jurídicos indeterminados, o legislador renuncia a uma incompreensível casuística normativa, dando ao órgão que deve aplicar a norma a possibilidade de concretizá-la em consideração ao tempo, lugar e outras circunstâncias jurídicas relevantes. Trata-se, em definitiva, de evitar o casuísmo da lei⁴⁶².

Segundo FERNANDO SAINZ MORENO⁴⁶³, quem se inclina por esta segunda corrente:

[...] si, de hecho, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados tuviese que ser interpretada como la concesión de un ámbito de libre apreciación en favor de la Administración, entonces la Ley no precedería a la actividad administrativa, sino, a la inversa, serían las autoridades administrativas quienes fijarían el contenido de la norma. Ello implicaría que en los casos en que este margen de apreciación existe, el principio de legalidad de la Administración sería sustituido por la facultad jurídica de la Administración de decidir vinculativamente, en última instancia, cuál es el contenido objetivo de la norma". E complementa que "esta postura tiene como fundamento, en último término, la idea de que la función de juzgar y de que no existen argumentos que justifiquen la vinculación de los Tribunales a las "apreciaciones" realizadas por la Administración sobre los hechos que constituyen el presupuesto de la aplicación de los conceptos jurídicos.

6.3 A margem de livre apreciação nos componentes lógico-estruturais da norma jurídica

Deixando de lado as correntes que admitem ou não uma margem de livre apreciação isenta de controle judicial, deve se ter em conta a originalidade teórica de HORST PAUL AUGUST EHMKE⁴⁶⁴. Tal autor releva a impossibilidade de distinguir os conceitos jurídicos indeterminados da noção de discricionariedade. Ele explica ser difícil descompor a norma em "*Tatbestand*", da que se deve obter, de acordo com o enfoque estruturalista, a discricionariedade na previsão da norma que contém os conceitos jurídicos indeterminados e, por outro lado, em "*Rechtsfolgeseite*", da que se deve obter a discricionariedade da preceptiva. Assim, segundo esse autor, o poder discricional poderia ser identificado

⁴⁶² SAINZ MORENO, Fernando. *Op. Cit.*, p. 235.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 242-243.

⁴⁶⁴ EHMKE, Horst Paul August. Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht. Tübingen: Mohr, 1960.

individualmente, por via residual, em todos os casos em que a lei não delinear um modo unívoco em relação à previsão⁴⁶⁵.

Nesse sentido aduz ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA⁴⁶⁶:

[...] enquanto no caso da discricionariedade estamos no domínio da estatuição da norma, tratando-se pois de determinação dos efeitos jurídicos da norma; nas decisões de ponderação, valoração ou prognose estamos no domínio da previsão da norma, onde apenas há uma decisão possível, que deverá ser tomada pela Administração.

O autor, aqui, trata da localização da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados nos componentes lógico-estruturantes da norma jurídica.

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA⁴⁶⁷ assevera que os conceitos indeterminados incluídos na previsão da norma, por muito tempo, foram comumente aceitos como base na discricionariedade. Não se fazia, pois, diferenciação conceitual entre “*unbestimmten Rechtsbegriffe*” e “*Ermessen*”. Daí o uso de expressões como “*kognitives Ermessen*”, “*Urteilsermessen*”, “*Beurteilungsermessen*”, “*Prüfungsermessen*” ou “*Subsuntionsermessen*”, que designam a liberdade existente, à sombra de conceitos jurídicos indeterminados, na fixação de pressupostos do ato administrativo, contraposta à liberdade de fixação de conteúdo da decisão (*Handlungsermessen* ou *volitives Ermessen*).

Assim, diante do exposto, é possível afirmar que, ainda hoje, a concepção dominante da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados se estabelece em quatro traços fundamentais: a divisão da norma entre previsão (*Tatbestand*), operador deônico e estatuição (*Rechtsfolge*); a inclusão dos conceitos jurídicos indeterminados (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) na previsão da norma; o entendimento da discricionariedade (*Ermessen*) como uma decisão confinada ao operador deônico e à estatuição; e o recurso à figura do “*Beurteilungsspielraum*”, que é simplesmente uma “*discricionariedade*” quanto à previsão (*Tatbestandsermessen*) recusada formalmente, mas efetivamente aceita, ainda que a título excepcional⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ MARTINI, Serenella. *Op. Cit.*, 1997.

⁴⁶⁶ SOUSA, António Francisco de. O controlo jurisdicional da discricionariedade e das decisões de valoração e prognose. In: PORTUGAL. Ministério da Justiça. Reforma do contencioso administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. I: O debate universitário (trabalhos preparatórios).

⁴⁶⁷ CORREIA, José Manuel Sérvelo. *Op. Cit.*, p. 122-123.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 134.

Segundo JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA⁴⁶⁹:

Como a doutrina dominante exclui, em princípio, do «*Tatbestand*» qualquer margem de livre decisão (*Entscheidungsspielraum*), reduz à interpretação (*Auslegung*) todos os juízos formulados com recurso a esta parte da norma, concluindo assim pela sua sindicabilidade total (*uneingeschränkt Nachprüfbarkeit*). Em contrapartida, considera insusceptível de fiscalização jurisdicional total a aplicação (*Anwendung*) da parte de estatuição das normas que concedem discricionariedade: confrontado com o exercício da discricionariedade, o tribunal só pode controlar o acatamento dos princípios jurídicos e limites que presidem a tal exercício, cuja violação dá lugar aos vícios da discricionariedade [...]. No regime jurídico da discricionariedade, acaba, pois, por se conjugar a sindicabilidade total com a «*Auslegung*» e a sindicabilidade apenas parcial com a «*Anwendung*» (com escolha entre alternativas).

Mesmo com o reconhecimento da possibilidade da existência de uma margem de livre decisão no «*Tatbestand*», o critério em causa poderia manter-se operativo para efeito de demarcar as áreas de sindicabilidade total e de sindicabilidade parcial desde que se aceitasse não ser uma forma de «*Auslegung*» e sim de «*Anwendung*» (com escolha entre alternativas) a avaliação livre de certos pressupostos de facto integrados na situação concreta, o que justamente a doutrina dominante recusa neste caso.

Na Figura 12, utiliza-se do mesmo enunciado hipotético improável para evidenciar a localização da margem de livre apreciação na **hipótese/previsão da norma jurídica**.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 134.

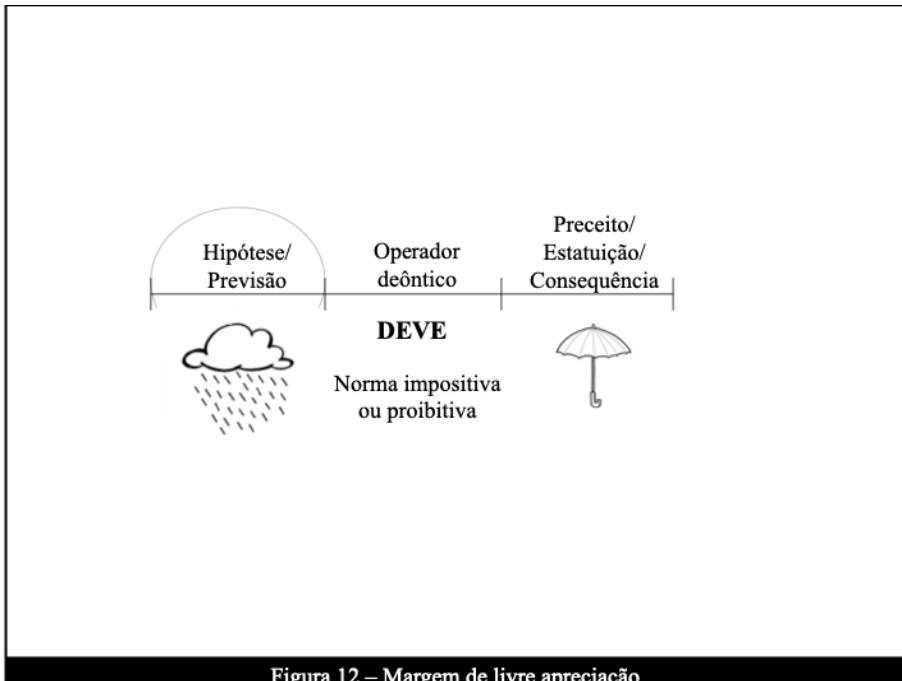


Figura 12 – Margem de livre apreciação

Fonte: elaboração própria

Como se descreveu anteriormente, a hipótese/previsão da norma é: “*quando a intensidade da chuva possa molhar o administrado acima da cintura*”. A intensidade da chuva, no caso, é um conceito jurídico indeterminado. É apenas o caso concreto que permitirá confirmar se a hipótese/previsão está ou não preenchida. Haverá a zona de certeza positiva, um dia de chuva, além do esperado, gerando alagamentos; uma zona de certeza negativa, um dia de céu de brigadeiro, impoluto, azul, sem nenhuma nuvem; e uma zona de incerteza, no caso, um dia com nuvens negras no céu, e a pessoa no centro de uma cidade como a do Rio de Janeiro, em que existem muitos ares-condicionados que pingam água. Neste caso, o aplicador da norma não saberá precisar com absoluta certeza (positiva ou negativa) de que a hipótese/previsão está preenchida, gerando com isso a existência de uma margem de livre apreciação.

6.4 Concepção de termo legal ou conceito jurídico indeterminado

As palavras “*conceito*” e “*termo*” são utilizadas de forma indiscriminada, por mais que a primeira denomine significado e a segunda significante. Utilizar termo legal seria melhor que conceito jurídico, pois esse

refere-se ao conceito utilizado por uma norma jurídica. No entanto utilizar-se-á a expressão mais difundida na literatura, qual seja, conceito jurídico⁴⁷⁰.

As normas jurídicas se exteriorizam por meio de vocábulos, palavras, expressões, termos ou, como se costuma dizer genericamente: “conceitos” — que uma vez utilizados na norma jurídica podem ser determinados e/ou indeterminados⁴⁷¹. Os conceitos determinados delimitam o âmbito da realidade ao qual a norma se refere, de forma clara e específica, não suscitando qualquer dúvida quanto à sua aplicação, devendo, portanto, ser empregada indiscutivelmente no caso concreto. Já os conceitos indeterminados são utilizados na norma para designar vocábulos, expressões e termos que possuem sentidos imprecisos, diversos, subjetivos, vagos, indeterminados. São palavras que se referem a uma significação, mutável no tempo e no espaço⁴⁷². Tais “conceitos” e

⁴⁷⁰ Vale mencionar a divergência doutrinária com respeito à indeterminação no conceito ou no termo. MARCUS VINÍCIUS FILGUEIRAS JÚNIOR (FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. Conceitos Jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 107) diferencia que a indeterminação é do conceito, e não do termo normativo: “A indeterminação advém do cotejo dos conceitos construídos a partir da lectura dos termos normativos com a realidade”. Já EROS ROBERTO GRAU (GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). Direito constitucional: estudos em homenagens a Paulo Benavides. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 145 e 146) sustenta uma tese distinta: que a indeterminação é do termo, e não do conceito: “[...] todo conceito é uma suma de idéias que, para ser conceito, tem de ser, no mínimo, determinado; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado.

Se o conceito não for, em si, uma suma determinada de idéias, não chega a ser conceito.

Assim, a reiteradamente referida “indeterminação dos conceitos” ao é deles, mas sim dos termos que os expressam. Ainda que o termo de um conceito seja indeterminado, o conceito é signo de uma significação determinada. E de uma apenas significação”.

⁴⁷¹ MACHADO, João Batista. Introdução ao direito e ao Discurso Legitimador. Coimbra: Almedina, 1987, p. 113.

⁴⁷² BERNARDO DINIZ DE AYALA (AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 121) classifica dentro dos conceitos jurídicos indeterminados duas categorias: os conceitos classificatórios e os verdadeiramente indeterminados (ou conceito-tipo).

Os conceitos classificatórios são aqueles cuja natureza vaga ou imprecisa apenas suscita dificuldades de entendimento ou de aplicação ao intérprete, dificuldades essas que podem ser superadas por meio das técnicas interpretativas, não carecendo, pois de um juízo valorativo por parte do intérprete-aplicador. Distingue três espécies fundamentais: os conceitos descriptivos-empíricos (aqueles cujo conteúdo é objetivamente precisáveis com recurso à experiência comum ou conhecimentos científicos ou técnicos de certo ramo), conceitos imprecisos de natureza jurídica (aqueles em que a indeterminação se traduz na remissão para figuras jurídicas de limites elásticos) e conceitos que se referem a situações definíveis com base na consideração de circunstâncias de tempo e lugar.

Os conceitos verdadeiramente indeterminados (ou conceito-tipo) são aqueles que suscitam dificuldades superáveis apenas mediante um juízo de valoração de intérprete-aplicador.

Tal classificação é originária de: HENKE, Horst-eberhard. Die Tatfrage. Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität. Berlin: Duncker und Humblot, 1966, p. 82 e ss; SOARES, Rogério

outros como “cláusulas gerais”, “conceitos tipológicos” (*Typusbegriffe*), “tipos discricionais” (*Ermessenstatbestand*) e certos conceitos que atribuem à Administração uma margem de valoração, os designados “preceitos poder” ou “preceitos de poder” (*Kann-Vorschrift*), muitas vezes, produzem dificuldades na interpretação e compreensão da norma. Finalmente, as palavras por seu aspecto linguístico possuem limitações, mas o fato é que não se pode renegá-las, devendo-se trabalhar para dar-lhes maior ou menor precisão⁴⁷³.

Muitas são as expressões utilizadas pela doutrina para ilustrar o fenômeno da indeterminação. Vago, fluido, elástico, impreciso ou indeterminado, são exemplos de tais expressões. No plano da linguagem comum, tais expressões poderiam ser consideradas sinônimas. No entanto, além de se entender que exista distinção a cada uma dessas expressões, opta-se por utilizar a expressão incerteza semântica como o gênero que gera tais formas de linguagens. Importa saber que todo o conceito pode possuir certa indeterminação, portanto, o que interessa aqui é o grau de indeterminação. Por tal motivo, pareceria inapropriado distinguirem-se os conceitos determinados dos indeterminados, con quanto seja verdade que todo o conceito pode ser considerado indeterminado, mas, quando a doutrina se refere aos conceitos jurídicos indeterminados em sentido estrito, com esse modo de colocar se faz referência exclusivamente àqueles conceitos que possuem o grau mais elevado de indeterminação⁴⁷⁴.

Entende-se, assim, que os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles que não se podem traçar precisamente, que não deixam a seu intérprete a compreensão exata de quais significados possui o objeto ou a realidade abarcada, ou seja, são os conceitos que deixam dúvidas de duas ou mais compreensões de

Guilherme Ehrhardt. Direito administrativo: lições ao curso complementar de Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito de Coimbra (polic.). Coimbra: [s.n.], 1977/78, p. 59 e ss.

⁴⁷³ Segundo FERNANDO SAINZ MORENO (SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 194): “*los conceptos jurídicos tienen una estructura semántica igual a la de los demás conceptos. El origen, naturaleza y funciones de su indeterminación es el mismo que la de aquéllos, aunque alterada por los efectos que en el significado de las palabras produce su uso jurídico. La incorporación de una palabra a una norma incluye sobre su significado al variar los límites de su campo de referencia y al quedar delimitado, directa o contextualmente, el sentido en que el término se toma. Además, el grado de precisión del concepto se ve sometido a la presión que produce saber su significado la “función” jurídica que desempeña en la norma; función que no consiste sólo en designar algo, sino, fundamentalmente, en atribuir a esa designación ciertas consecuencias*”.

⁴⁷⁴ Sobre o tema vide: MARTÍN GONZÁLEZ, Manuel. El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos. Revista de Administración Pública, Madrid, Ano XVII, n. 56, p. 197-292, sep-dic. 1967.

seu significado quando são visualizados no caso concreto. Nessa perspectiva, há de se ressaltar a posição de JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA⁴⁷⁵:

[...] não merecem ser considerados *conceitos jurídicos indeterminados* todos aqueles conceitos cuja natureza vaga ou imprecisa suscite dificuldade de entendimento ou de aplicação ao intérprete. Se é só uma questão de entendimento, ela resolve-se através da interpretação. É o que sucede com todos os conceitos cuja imprecisão é apenas condicionada pela linguagem, e, portanto, solucionável através de raciocínios teórico-discursivos. Enquanto se mantém neste plano, a norma não atribui qualquer autonomia de decisão ao aplicador. A verdadeira indeterminação, e com ela a autonomia, surgem quando a indeterminação do conceito só é ultrapassável através de uma *avaliação* ou *valoração* da situação concreta baseada numa *prognose*, isto é, num juízo de estimativa sobre a futura actuação de uma pessoa (baseado na valoração das suas qualidades presentes), sobre a futura utilidade de uma coisa ou sobre o futuro, desenrolar, de um processo social.

Desse modo, a indeterminação jurídica surge da impossibilidade de identificar, por meio da interpretação, frente ao caso concreto, todo ou parte do significado⁴⁷⁶. Assim como a discricionariedade administrativa, os conceitos jurídicos indeterminados estão relacionados com o fenômeno da aplicação da norma jurídica ao caso concreto, dessa maneira, somente podem ser analisados frente a um caso concreto, no qual se pode inferir sua existência. De nada vale ter uma indeterminação na norma em abstrato. A indeterminação do significado na norma jurídica em abstrato será, assim como a discricionariedade, uma indeterminação potencial, meramente especulativa. Ou seja, ainda que se verifique a existência de indeterminação em abstrato, poderá não haver indeterminação do direito, caso não se confirme tal coisa frente ao caso concreto.

Ressalta-se que, muitas vezes, conceitos determinados em abstrato, que normalmente geram uma vinculação, poderão proporcionar a indeterminação no caso concreto. Inclusive, não se crê que seja necessário detectar previamente a indeterminação da norma em abstrato para que a indeterminação possa ocorrer no

⁴⁷⁵ CORREIA, José Manuel Sérvelo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987), p. 474.

⁴⁷⁶ Assim também entende KARL ENGISCH (ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 208) que afirma ser conceito jurídico indeterminado todo conceito jurídico de baixa densidade normativa que exige para sua completa eficácia um juízo de valor realizado pela aplicação do direito no caso concreto.

caso concreto. TIMOTHY A. O. ENDICOTT⁴⁷⁷ sustenta que a indeterminação não provém somente de um aspecto linguístico, análise com a qual se concorda, e afirma que, por mais que a eleição dos termos para a formulação das normas jurídicas possa alterar o nível de indeterminação, acaba-se por reconhecer que a indeterminação parece ser inclusive profunda, penetrante e não eliminável. Ou seja, pode-se reduzir a indeterminação, mas nunca eliminá-la⁴⁷⁸.

6.4.1 Incerteza semântica responsável pelas dificuldades de determinação dos sentidos normativos

São três as incertezas semânticas responsáveis pelas dificuldades de determinação dos sentidos normativos: a polissemia, a vagueza e a textura aberta⁴⁷⁹. Afora essas três incertezas semânticas, a confrontação de conceitos técnicos também é uma forma de indeterminação no direito que se analisará⁴⁸⁰. Todas estas podem ser, a princípio, utilizadas como forma de atribuição de subjetividade ou autonomia pública como se terá oportunidade de demonstrar. No entanto, há de verificar se não se confundem⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ ENDICOTT, Timothy A. O. Vagueness in law. New York: Oxford University Press, 2000, p. 7.

⁴⁷⁸ CLAUDIO LUZZATI (LUZZATI, Claudio. L'interprete e il legislatore: saggio sulla certezza del diritto. Milano: Giuffrè, 1999, p. 592) coloca: “La vaguerza [...] non è un fenomeno qualitativo che riguardi poche espresioni, come, per esempio, “Buena fede”, mas è um fenomeno quantitativo che, pur essendo riducibile per mezzo di ridefinizioni, è ineliminabile”. Vide também: LUZZATI, Claudio. La vaghezza delle norme: un analisi del linguaggio giuridico. Milano: Giuffrè, 1990.

⁴⁷⁹ Apesar da doutrina utilizar terminologias distintas, são essas as incertezas semânticas que interessam analisar. Vide: TESO MARTIN, Enrique del. Contexto, situación y indeterminación. Oviedo: Departamento de Filología Española, 1998; IGLESIAS VILA, Marisa. El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 40 e ss; ROSSA, Letícia Pires. Indeterminação semântica: ambigüidade, vagueza e polissemia na teoria da relevância. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: UFSC, 2001. Muitas são as razões para a utilização de tais incertezas semânticas nas normas jurídicas. Dada a infinitude de circunstâncias e disparidades de realidades, o legislador não pôde regular tudo com precisão e detalhes, seria necessário que conhecesse o futuro. Ademais, as normas precisas e detalhadas, muitas vezes, são indesejáveis e inadequadas para regular situações de mudanças, sendo necessário a utilização de meios flexíveis para uma maior aplicação da norma. Por sua vez, o custo de produção de normas é muito elevado e generalizar certos termos facilita e diminui o custo da mesma.

⁴⁸⁰ Esse elenco de indeterminações do direito tem base na doutrina de TIMOTHY A. O. ENDICOTT (ENDICOTT, Timothy A. O. Vagueness in law. New York: Oxford University Press, 2000); e GENARO R. CARRIÓN (CARRIÓN, Genaro R. Notas sobre derecho y lenguaje. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994).

⁴⁸¹ DAVID DUARTE (*Op. Cit.*, p. 915 e 916), *in verbis*: “Apesar de as incertezas de linguagem poderem ser utilizadas como forma de atribuição de discricionariedade, nada há que permita distinguir uma incerteza linguística deliberada de um incerteza fortuita; e, como ambas conduzem ao mesmo cenário de discricionariedade na determinação do direito, idêntico ao que decorre de normas determinadas, as

A **polissemia** se produz quando as equivalências da relação de significação não estabelecem apenas um significado para um significante, que acaba por levar o intérprete à dúvida sobre qual o significado que é adotado no enunciado da norma. A **vagueza** se caracteriza pela imprecisão do significado, não tendo a palavra fronteiras definidas para delimitar o âmbito da extensão a que se reporta, gerando dúvida sobre o âmbito de abrangência da palavra⁴⁸². E a **textura aberta** decorre da verificação de circunstâncias insólitas ou imprevistas que geram a dúvida sobre a aplicabilidade correlativa do símbolo léxico. Por fim, a **confrontação de conceitos técnicos** caracteriza-se quando se necessita de disciplinas técnicas para a verificação ou não da ocorrência de determinado fato⁴⁸³.

Não é essa posição, no entanto, unânime. MARIA LUÍSA DUARTE⁴⁸⁴ classifica em cinco os graus de indeterminabilidade e estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados: (i) polissemia: quando a palavra apresenta vários significados, devendo o intérprete procurar o sentido que se ajusta ao contexto onde se integra o conjunto significante; (ii) vagueza: o conceito vago permite uma informação de extensão larga, mas compreensão escassa, apresentando uma zona de dúvida muito ampla; (iii) ambiguidade: resulta de uma característica da sintaxe

normas com enunciados com incertezas de linguagem podem (e devem) ser tratadas como uma categoria global e autônoma de normas atributivas de discricionariedade.

Integram-se dentre da categoria das normas atributivas de discricionariedade em razão de incertezas semânticas dos enunciados, assim sendo, as que compreendem na sua expressão lingüística casos de polissemia ou de vagueza; como constitui uma indefinição sobre o âmbito denotativo que provém de uma superveniência inesperada, a textura aberta não é à partida, por isso, um caso de incerteza aqui integrável, pois não é uma indefinição de linguagem que diretamente confira alternativas.

[...]

É exatamente em razão de as incertezas de linguagem referidas conduzirem a um cenário de discricionariedade equivalente ao que decorreria de alternativas expressamente formuladas, que as incertezas semânticas podem ser utilizadas como um instrumento técnico de atribuição de discricionariedade: em certas circunstâncias, as incertezas semânticas conseguem até recortar tecnicamente o âmbito de discricionariedade envolvido de forma mais eficaz”.

⁴⁸² ROBERT. E. GOODIN (*Op. Cit.*, p. 235) afirma que o que ele chama de “*informal discretion*” deriva de formulações vagas da “rule-statement”: “*Vagueness in specifying who is to receive benefits or under what circumstances they are to be received might leave officials with substantial effective discretion in applying the rule*”.

⁴⁸³ ROSEMARY PATTENDEN (PATTENDEN, Rosemary. *Judicial discretion and criminal litigation*. 2. ed. Oxford: Clarendon press, 2003, p. 6) cita dois tipos de discricionariedade, a “*overt discretion*” e a “*concealed discretion*”, a primeira é aquela “*upon reason and the law but for which [...] there is no special governing statute or rule*” e a segunda é a que possui “*open textured rules which within a wide range of facts are too elastic to compel a particular result*”.

⁴⁸⁴ DUARTE, Maria Luísa. A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados (contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade). Lisboa: Ministério da Justiça, 1987, p. 22, 24, 25, 26 e 44.

da língua que admite proposições sem sujeito expresso e faz concordar os possessivos com a palavra adjetiva e não com o sujeito possuidor. A rigor, a ambiguidade não se refere a conceitos em si, mas à relação com outros elementos da frase; (iv) porosidade: conceito aberto a uma grande evolução semântica de modo que sua definição pode ter em conta a realidade técnica, científica e jurídica não prevista pelo legislador; (v) esvaziamento: o conteúdo informativo do conceito é de tal modo reduzido ou seu sentido é tão impreciso que sua interpretação deixa normalmente lugar a uma apreciação constitutiva ou discricional⁴⁸⁵.

Agora, entre as incertezas semânticas analisadas – referidas à polissemia, à vagueza e à textura aberta –, pode-se dizer que a **textura aberta possui uma incapacidade natural** para ser utilizada como instrumento de subjetividade ou autonomia pública, pois é uma indefinição que resulta da superveniência perante a palavra de uma realidade que vai suscitar uma incerteza inesperada, por isso, é a própria composição da figura que a afasta de uma utilização da linguagem apta a conferir alternativas ou opções. Não havendo sequer qualquer discussão sobre a existência ou não de uma margem de liberdade. Porém, discute-se se os “conceitos” polissêmicos e vagos constituem um cenário de “discricionariedade” igual ao que se verifica com uma norma que confere expressamente alternativas, todavia com um enunciado mais simples e “econômico”.

No caso dos “conceitos” polissêmicos, parece aceitável o fato de serem utilizados como instrumentos normativos de subjetividade ou autonomia pública porque sua instrumentalização pode conferir alternativas ou opções, visto que os termos polissêmicos, dependendo do caso, podem conceder indeterminação ao significado da palavra. São muitos os fatores que possibilitam a polissemia: (i) a metáfora, pela qual o conceito ganha outro significado devido à relação de semelhança (ex.: a primavera da vida); (ii) a metonímia, pela qual o conceito adquire outro significado devido a uma relação de implicância (ex.: ler a Virgílio, por ler as obras de Virgílio); (iii) a passagem de um termo de linguagem específica para a linguagem comum (ex.: parênteses como sinal de pontuação – abrir um parêntesis para fazer uma explicação); (iv) a passagem de um termo de linguagem comum para a linguagem específica (ex.: a pilha de papel, como reunião de

⁴⁸⁵ Também fala destes cinco graus (polissemia, vagueza, ambiguidade, porosidade e esvaziamento) de indeterminações dos conceitos: CANOTILHO, Gomes José Joaquim. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 428 e ss; CORDEIRO, António Menezes. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1984, v. II, p. 1176 e ss.

objetos – o carro movido à pilha, como gerador de corrente elétrica). Todas essas causas de polissemias favorecem riscos de ambiguidade e imprecisão, logo, a polissemia pode gerar indeterminações dos conceitos jurídicos, por conseguinte, uma margem de liberdade, no entanto não é comum serem utilizadas no ordenamento jurídico⁴⁸⁶.

Já a utilização de “*conceitos*” vagos leva a inúmeras controvérsias sobre a relação que possa existir entre eles e as subjetividades. Muitas são as causas da vagueza, entre as mais usuais, têm-se: (i) a imprecisão, conceito que não contempla o preciso limite do critério para se identificar o alcance do objeto (ex.: calvo); (ii) a incompletude, conceito que apresenta ausência ou incompletude de elementos que são vitais para a precisa identificação de seus próprios limites (ex.: menos de 17 anos e maior de 18); (iii) as palavras gerais, conceito que reconhece várias espécies ou classes de um objeto (ex.: veículo); e (iv) as expressões valorativas, conceitos que revelam um conteúdo valorativo ou axiológico, onde se necessitam pontos de vistas e critérios pessoais para que sejam densificadas (ex.: notório saber)⁴⁸⁷. São tais “*conceitos*” vagos e suas causas que **geram os principais problemas da indeterminação** dos conceitos jurídicos.

E, por fim, fora das incertezas semânticas analisadas, a **confrontação de conceitos técnicos** também pode levar a indeterminações, uma vez que muitas situações, mesmo sendo analisadas por disciplinas técnicas, **não ofereceram uma única resposta universalmente contestável**. É nessa seara que se discute o problema da discricionariedade técnica. Alerta-se sobre a enorme divergência doutrinária do tema, motivo pelo qual se tratará, por separado, esta forma de indeterminação no próximo ponto.

6.4.2 Discricionariedade técnica

Além das três incertezas semânticas (textura aberta, polissemia e vagueza) responsáveis pela dificuldade de determinação dos sentidos normativos, observou-se que a confrontação de conceitos técnicos é também uma forma de

⁴⁸⁶ Para melhor visualizar o tema, *vide* DAVID DUARTE (*Op. Cit.*), que utiliza muito bem o exemplo da palavra “*arquivo*” para evidenciar o que se afirma.

⁴⁸⁷ ANTONIO MOZO SEOANE (MOZO SEOANE, Antonio. La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983. Madrid: Montecorvo, 1985, p. 396) infere que: “*toda norma en cuyo supuesto haya conceptos indeterminados con un contenido de valor, está propiciando que el órgano administrativo actúe con cierto margen de apreciación en su aplicación al caso concreto*” e conclui que são equiparáveis a casos de discricionariedade apenas no sentido de que conferem à Administração uma certa margem de liberdade valorativa. O autor (*ibidem*, p. 399) denomina estes casos de “*discrecionalidad valorativa*”.

indeterminação no Direito, uma vez que não oferecerão uma única resposta universalmente contestável. É, nessa área, como mencionado, onde se discute o problema da discricionariedade técnica. A questão é saber se pode haver, além de conceitos jurídicos indeterminados, conceitos técnicos, extrajurídicos, os quais a norma incorpore e que sejam necessários valorar em cada caso.

Ninguém duvida que o legislador não é conhecedor dos distintos conhecimentos técnicos, muitas vezes, indispensáveis para a elaboração de determinada norma, apesar de que possua corpo técnico e servidores auxiliares especializados. Seja por falta de conhecimento ou pela rapidez das mudanças no campo da técnica, certo é que o **legislador delega à Administração uma parcela da função normativa a ser executada de forma complementária**. Tal delegação ocasiona, por certo, um grau de liberdade em relação às normas que devem ser introduzidas no ordenamento jurídico e também o fato de que, na função administrativa, alojam-se atividades eminentemente técnicas, ou seja, **atividades que dependem de conhecimentos especiais** que a doutrina denomina discricionariedade técnica.

Apesar de nascida na Áustria⁴⁸⁸, foram os autores italianos os que mais esforços fizeram para esclarecer conceitualmente a discricionariedade técnica⁴⁸⁹. A distinção entre discricionariedade técnica e pura se desenvolveu a princípio do século XX, quando a doutrina italiana teve de enfrentar os problemas que colocavam os conceitos jurídicos indeterminados. LUIGI BENVENUTI⁴⁹⁰ afirma:

Uno dei temi più rilevanti nella discussione intorno alla discrezionalità è stato, a partire dalla fine del secolo scorso,

⁴⁸⁸ Segundo FERNANDO SAINZ MORENO (SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 231), a peculiaridade da discricionariedade, de acordo com EDMUND BERNATZIK (BERNATZIK, Edmund. Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien. Wien: Manz, 1886), era que, em todos seus aspectos, radica na dificuldade da apreciação da hipótese; por isso dizia, refere ser melhor falar em “discrecionalidad técnica” (technischen Ermessen).

⁴⁸⁹ Inicialmente, com FREDERICO CAMMEO (Cammello, Federico. Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa. Milano: Casa ed. Vallardi, [s. a.]; CAMMEO, Federico. La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici. Torino: Giurisprudenza italiana, 1902, III. CAMMEO, Federico. Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica. Torino: Giurisprudenza italiana, 1910, IV, p. 44 e ss); seguido por ENRICO PRESUTTI (PRESUTTI, Enrico. Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica. Torino: Giurisprudenza italiana, 1910; PRESUTTI, Enrico. I limiti del sindacato di legittimità. Milano: Società Editrice Libraria, 1911) e depois com MASSIMO SEVERO GIANNINI (GIANNINI, Massimo Severo. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi. Milano: Giuffrè, 1939) e RENATO ALESSI (ALESSI, Renato. Principi di Diritto Amministrativo. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978, v. 1, p. 245 e ss).

⁴⁹⁰ BENVENUTI, Luigi. La discrezionalità amministrativa. Padova: Cedam, 1986, p. 24.

senz’altro quello dei rapporti tra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura. Intesa la prima da alcuni come figura autonoma separata dalla zona libera dell’amministrazione; da altri intesa come apprezzamento legato distinto rispetto alla discrezionalità in senso proprio, da altri ancora identificata come accertamento tecnico indipendente rispetto alle operazioni considerate tipiche della cosiddetta discrezionalità.

O conceito de discricionariedade técnica tem características não sólidas na doutrina e **caracteriza-se pela equivocidade e ausência de unanimidade em torno de seu significado**⁴⁹¹. ANTONIO FRANCISCO DE SOUZA⁴⁹² chega a referir que “*a natureza e dimensão desta ‘discricionariedade técnica’ varia, porém, de país para país, e mesmo dentro de cada país que a adota ela permanece obscura. Para uns, trata-se de um poder livre, para outros, de um poder vinculado, mas que não é suscetível de ser controlado pelos tribunais administrativos, para outros, de um poder vinculado que deve ser, ainda que não integralmente, controlado judicialmente, para outros ainda, a sua natureza varia de caso para caso*”. Por isso, há de estudar as transformações do conceito e a situação atual do debate relativo a essa técnica⁴⁹³.

Em uma **primeira etapa**, o conceito de discricionariedade estava quase sempre ligado à ideia de interpretação⁴⁹⁴. A doutrina identificava a discricionariedade técnica como uma forma de discricionariedade de menor amplitude, que vinha contraposta à discricionariedade pura, que era sempre incontrolável. A distinção proposta por FREDERICO CAMMEO⁴⁹⁵ centra-se na

⁴⁹¹ MARZUOLI, Carlo. Potere amministrativo e valutazioni tecniche. Milano: Giuffrè, 1985, p. 7.

⁴⁹² SOUSA, Antonio Francisco de. A discricionariedade administrativa. Lisboa: Danúbio, 1987, p. 307.

⁴⁹³ Sobre cada uma das etapas, *vide*: RASELLI, Alessandro. Il potere discrezionale del giudice civile. Padova: Cedam, 1927, v. I, p. 33-48; BENVENUTI, Luigi. La discrezionalità amministrativa. Padova: Cedam, 1986, p. 15-108; DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (um estudo crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997, p. 28-67; GUERRA, Sérgio. Discricionariedade técnica e agências reguladoras: uma abordagem em sede doutrinária e pretoriana. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; OSÓRIO, Fábio Medina (coord.). Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁴⁹⁴ LUIGI BENVENUTI (BENVENUTI, Luigi. La discrezionalità amministrativa. Padova: Cedam, 1986, p. 26) dizia que: “*Il problema della delimitazione della nozione di discrezionalità rispetto alla tematica ermeneutica ci sembra infatti essere alla base di molte delle discussioni e dibattiti svoltisi intorno all’argomento, che anche quando avevano come oggetto altre questioni, finivano per rispecchiare pure una diversa concezione proprio dell’interpretazione e della estensione rispetto al margine libero dell’attività amministrativa*”.

⁴⁹⁵ CAMMEO, Federico. Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa. Milano: Casa ed. Vallardi, [19??], p. 774; CAMMEO, Federico. La competenza di legittimità della IV Sezione e l’apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici. Torino: Giurisprudenza italiana, 1902, III; CAMMEO,

divisão dos fatos em simples e complexos: em que os simples vinculam a autoridade administrativa às normas que dependem de certas consequências jurídicas, da existência de certos fatos simplórios; e os que dependem de fatos complexos são ligados à discricionariedade técnica. Dizia-se que a discricionariedade técnica deveria proceder conforme critérios técnico-administrativos determinados, ainda que a norma não determine plenamente a forma de atuação⁴⁹⁶. A consequência de tal entendimento era que a discricionariedade técnica não deveria ser objeto de controle judicial.

Logo se defendeu que a discricionariedade técnica surgia também das normas que utilizam conceitos jurídicos indeterminados. Isto significa que tal discricionariedade não se caracterizaria pela aplicação das normas segundo critérios técnico-administrativos, mas sim por critérios de oportunidade com vistas aos interesses públicos. Essa posição, em geral, foi criticada por entender que os elementos conveniência e oportunidade não poderiam existir na discricionariedade técnica, pois ela não se refere a um poder relativo à apreciação dos interesses públicos concretos.

ENRICO PRESUTTI⁴⁹⁷ critica essa distinção rejeitando o elemento de apreciação do interesse público como característico da discricionariedade técnica. Segundo este autor⁴⁹⁸, o critério para distinguir a norma que dá lugar à discricionariedade técnica é o seguinte: às vezes, a norma jurídica possui certos efeitos jurídicos vinculados a determinadas condições, dos quais apenas se pode dizer que existam ou não, mas que não existem em maior ou menor grau. Em outros casos, as condições sugeridas pela norma não podem ser infinitamente variadas na extensão, enquanto a norma não determina o grau em que devem se apresentar para produzir determinados efeitos jurídicos. Deste modo, origina-se a discricionariedade técnica, porque, segundo o autor, nela o tribunal pode julgar se

Federico. Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica. Torino: Giurisprudenza italiana, 1910, IV, p. 44 e ss.

⁴⁹⁶ FEDERICO CAMMEO, em um primeiro trabalho (CAMMEO, Federico. Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa. Milano: Casa ed. Vallardi, [19??], p. 774), afirmava que a discricionariedade técnica deriva da aplicação de uma norma imprecisa, onde a Administração para integrar a imprecisão normativa deve utilizar critérios técnicos, não pode atuar com pura liberdade. No entanto, mudou seu entendimento (CAMMEO, Federico. Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica. Torino: Giurisprudenza italiana, 1910, IV, p. 44 e ss.; CAMMEO, Federico. Corso di diritto Amministrativo. Padova: Litotipo, 1914, v. I, p. 403 e ss.) para afirmar que essa surge das normas imprecisas, dos conceitos jurídicos indeterminados, mas o que a caracteriza já não é a aplicação de dita norma imprecisa segundo critérios técnico-administrativo, mas sim a necessidade de recorrer também a critérios de conveniência e oportunidade.

⁴⁹⁷ PRESUTTI, Enrico. Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica. Torino: Giurisprudenza italiana, 1910.

⁴⁹⁸ *Idem*. I limiti del sindacato di legittimità. Milano: Società Editrice Libraria, 1911, p. 48.

os fatos se produzem nas medidas necessárias para legitimar um ato administrativo. Neste caso, enquanto existe uma norma que rege a atividade e está proibido o juízo da legalidade de aplicá-la, há a discricionariedade técnica⁴⁹⁹.

EVA DESDENTADO DAROCA⁵⁰⁰ distingue a discricionariedade pura da técnica, afirmando que a primeira se caracteriza pela existência de um momento de apreciação do interesse público; e que a técnica não pode incluir esse elemento de oportunidade. Desse modo: “*la discrecionalidad técnica se identifica con los conceptos jurídicos indeterminados, y la apreciación del interés público erradicada de esta categoría se erige como elemento característico de la discrecionalidad pura. Deja de ser, por tanto, una discrecionalidad administrativa de menor amplitud. La discrecionalidad técnica otorga a la Administración un poder, aunque se trata de un poder diferente al que le atribuye la discrecionalidad administrativa, porque no es un poder para la apreciación del interés público concreto, sino únicamente para llevar a cabo una valoración de los hechos, que le está reservada en exclusiva a la Administración y que los tribunales no pueden suplantar*”. Para ENRICO PRESUTTI, a discricionariedade técnica era considerada como uma “*categoría giuridica realmente esistente che è una sottospecie di quella più ampia della valutazione giuridica*” e que ainda era compreendida como um tipo particular de interpretação.

ORESTE RANELLETTI⁵⁰¹ propõe outra solução e sublinha que a questão da discricionariedade técnica e pura pode resolver-se mediante soldagem das duas em uma só discricionariedade, rejeitando qualquer divisão. De fato, segundo esta concepção, a discricionariedade técnica seria “*uno dei casi di libertà o discrezionalità dell'amministrazione in riguardo al merito (convenienza, opportunità, giustizia) dei suoi atti caso che non sembra necessario né conveniente separare degli altri come una figura a sé stante*”. Afirma que a discricionariedade administrativa existirá na ausência de qualquer norma de direito; quando a norma concede uma margem de liberdade à Administração para definir mediante uma apreciação subjetiva o interesse público, “*l'an, il quid o il quomodo dell'azione*”; e quando a norma “*pur obbligando l'Autorità a compiere una data azione ne lega e fa dipendere la determinazione o il contenuto dell'atto dal concorso di elementi o condizioni di cui l'esistenza si può accertare mediante un apprezzamento subiettivo di esigenze di interessi collettivi; così la necessità o*

⁴⁹⁹ Para um estudo comparado da concepção da discricionariedade técnica de FEDERICO CAMMEO e ENRICO PRESUTTI, *vide*: BENVENUTI, Luigi. *La discrezionalità amministrativa*. Padova: Cedam, 1986, p. 28 e ss.

⁵⁰⁰ DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997, p. 35.

⁵⁰¹ RANELLETTI, Oreste. Principi di diritto amministrativo. Napoli: Pierro, 1912, v. I, p. 390.

utilità pubblica, l'urgenza, la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico [...]”⁵⁰². Segundo ORESTE RANELLETTI, na vida do Estado, precisa-se distinguir entre a atividade administrativa, que possui sempre como fim direto e imediato a satisfação dos interesses públicos, e a atividade técnica, que tem lugar de acordo com as normas das diferentes disciplinas práticas (economia, agricultura, engenharia, pedagogia), para a solução de determinados problemas e a realização de determinadas obras. Em todos os casos que se desempenha uma atividade técnica, as normas das distintas práticas podem ser mais precisas a fim de excluir qualquer subjetividade ou podem deixar uma grande liberdade de determinação e avaliação. Neste caso, haverá discricionariedade técnica.

Pode-se citar, também, outros autores não tão clássicos. Assim, cabe mencionar ALESSANDRO RASELLI⁵⁰³, o qual alude que a discricionariedade é a “*valutazioni di opportunità*”, não apenas uma valoração de critério técnico ou em respeito a um fato completo ou de grau de interesse público (discricionariedade técnica de FREDERICO CAMMEO e ENRICO PRESUTTI), nem sequer uma valoração em respeito a um interesse não definido em uma norma, nem de modo preciso, nem impreciso (discricionariedade pura). Sua construção é muito similar à de ORESTE RANELLETTI, pois unifica a dupla visão da discricionariedade técnica e pura.

Segundo EVA DESDENTADO DAROCA⁵⁰⁴, as concepções originárias do debate em torno à discricionariedade técnica, ou seja, a de FREDERICO CAMMEO e ENRICO PRESUTTI, bem como a ideia de ORESTE RANELLETTI, envolvem o mesmo problema, o de saber se existe ou não uma margem de apreciação subjetiva na concreção de conceitos indeterminados conforme os diferentes tipos de critérios (oportunidade, técnico, boa administração ou da experiência comum). LUIGI BENVENUTI⁵⁰⁵ resume:

Per quanto riguarda la discrezionalità tecnica in sede di sindacato di legittimità sarebbe stato possibile (ma la questione viene trattata in modo alquanto problematico) un giudizio solo sulla esistenza di interessi collettivi simile a quello necessario per valutare fatti semplici, non anche un apprezzamento del grado di essi. Similmente dal Presutti la discrezionalità tecnica viene definita come un “sottospecie della valutazione giuridica” consistente in apprezzamenti di natura soggettiva come in ogni

⁵⁰² RANELLETTI, Oreste. Principi di diritto amministrativo. Napoli: Pierro, 1912, v. I, p. 367.

⁵⁰³ RASELLI, Alessandro. Il potere discrezionale del giudice civile. Padova: Cedam, 1927, v. I.

⁵⁰⁴ DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997, p. 35.

⁵⁰⁵ BENVENUTI, Luigi. La discrezionalità amministrativa. Padova: Cedam, 1986, p. 51-52.

operazione interpretativa ma solo insindacabili, ed essa viene contraposta pur con delle motivazioni diverse alla discrezionalità pura in cui vi sarebbe una scelta assolutamente libera. In sede di legittimità sarebbe stato possibile un giudizio di natura intellettiva sulla sussistenza o insussistenza dell'interesse pubblico, non anche una valutazione del grado (in più o in meno) richiesto della norma per produrre effetti giuridici. Per il Ranelletti, invece, sia la valutazione del grado (in più o in meno) fatta dalla pubblica amministrazione sia l'apprezzamento della esistenza di interessi collettivi previsti della norma per il compimento di una azione, rientrerebbero nella ipotesi di discrezionalità, pur restando simile il modo di trattare il sindacato di legittimità.

A **etapa seguinte** tem como percussor MASSIMO SEVERO GIANNINI⁵⁰⁶. Este dá um passo a mais na delimitação da noção de discricionariedade técnica passando a conceituá-la como atividade de valoração de conceitos jurídicos que remetem finalmente apenas a critérios técnicos. Isso significa que a ideia da discricionariedade técnica era errônea. Na verdade, o que havia era um conceito jurídico indeterminado que se caracterizava por requerer um emprego de critérios técnicos. Sendo um conceito jurídico indeterminado, não haveria nenhuma discricionariedade, ou é algo ou não o é⁵⁰⁷. Menciona, o autor⁵⁰⁸, que a aplicação do conhecimento técnico pode ser extremamente complexa, podendo dar lugar a uma margem de opiniões, mas jamais à discricionariedade. Poderá gerar mais de um resultado e, assim, representar uma questão de grau, mas jamais sob a motivação da conveniência e da oportunidade. Assim, a discricionariedade técnica seria um tipo de atividade que não deixaria qualquer margem de liberdade para a decisão, estando estritamente vinculada pelas regras e critérios técnicos. O que importa ter em conta é que se defendia que não haveria nenhuma ponderação nem eleição entre alternativas ou opções. A Administração recorre à utilização de critérios técnicos e realiza uma atividade de mero juízo na qual não intervém de modo algum na vontade.

Finalmente, como **última etapa**, RENATO ALESSI⁵⁰⁹ sustenta que tal discricionariedade tinha direta correlação com os conceitos jurídicos indeterminados que precisavam, para sua aplicação, ser apreciados de acordo com

⁵⁰⁶ GIANNINI, Massimo Severo. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi. Milano: Giuffrè, 1939.

⁵⁰⁷ Cabe recordar que não se falava neste momento da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados.

⁵⁰⁸ GIANNINI, Massimo Severo. Op. Cit., p. 42.

⁵⁰⁹ ALESSI, Renato. Principi di Diritto Amministrativo. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978, v. 1, p. 245 e ss.

os critérios técnicos, excluindo-se os conceitos que seriam integrados por critérios de experiência comum.

Segundo EVA DESDENTADO DAROCA⁵¹⁰, a diferença desta etapa com a antecessora é que se passou a diferenciar a atividade técnica em si da chamada discricionariedade técnica. Em ambas, faz-se recorrer a critérios técnicos, mas, enquanto na atividade técnica a aplicação dos critérios dá lugar a um único resultado certo; na discricionariedade técnica, o emprego dos critérios resulta inoperante para dar lugar a um resultado unívoco, de tal forma que subsiste uma margem opinativa ou de subjetividade⁵¹¹. Para outros autores, o traço característico da discricionariedade técnica passou a radicar em que a alternativa ou opção que a Administração deve eleger vem determinada pelos critérios técnicos aplicáveis⁵¹².

Tudo isso leva a crer que a discricionariedade técnica é um **erro histórico**. A discricionariedade técnica se utiliza, pois, naquelas matérias em que as normas jurídicas utilizam como pressuposto da ação administrativa conceitos indeterminados. Não se trata, portanto, de uma verdadeira discricionariedade, mas sim e, como bem sinaliza ALDO PIRAS⁵¹³, de uma técnica para reduzir progressivamente a discricionariedade. Outro que denuncia a inutilidade conceitual da discricionariedade técnica é DARIA DE PRETIS⁵¹⁴. A razão pela qual se denomina discricionariedade técnica é, conforme MASSIMO SEVERO GIANNINI⁵¹⁵, um erro histórico da doutrina, mesmo sendo hoje uma locução de uso comum: quem a emprega sabe, no entanto, que se trata de uma discricionariedade totalmente distinta da discricionariedade pura ou administrativa. TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁵¹⁶ afirma que a discricionariedade técnica é uma irritante e equivocada expressão, um

[...] concepto odioso porque se puso en circulación un día con el único propósito de cerrar el paso al control jurisdiccional de

⁵¹⁰ DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997.

⁵¹¹ SANDULLI, Aldo Mazzini. Manuale di diritto Amministrativo. Napoli: Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, 1989, p. 595 e ss.

⁵¹² DEL PRETE, Paparella e. La discrezionalità della pubblica amministrazione nell'esercizio della funzione disciplinare. Bari: Istituto di Diritto Pubblico della R. Università di Bari, 1941, p. 47 e ss.

⁵¹³ PIRAS, aldo. Discrezionalità amministrativa. In: CALASSO, Francesco (coord.). Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1964. Tomo XIII, p. 88.

⁵¹⁴ PRETIS, Daria de. Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica. Padova: Cedam, 1995, p. 233-291.

⁵¹⁵ GIANNINI, Massimo Severo. Diritto amministrativo. Milano: Giuffrè, 1970, v. I, p. 488.

⁵¹⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. De la arbitrariedad de la Administración. 5. ed. Madrid: Civitas, 2008, p. 253.

las decisiones de la Administración en cuya base se encuentra en juicio o una valoración de carácter técnico y que no tiene, por lo que ahora diré, ningún fundamento. La propia expresión, discrecionalidad técnica, implica una auténtica contradictio in terminis, porque discrecionalidad es libertad de elección y eso es algo de lo que el científico y el técnico carecen por hipótesis, ya que, lo quieran o no, son esclavos de sus propios saberes. Cuanto mayores sean éstos, menor será la libertad de opinar de quien los poseen. Discrecionalidad y técnica son conceptos que se repelen mutuamente.

Nos tempos atuais, o uso errôneo da chamada discricionariedade técnica se estendeu a outras situações. **Além de abarcar** os casos em que a Administração deveria aplicar um **conceito jurídico indeterminado de caráter técnico**, também, abrange todos os casos em que a Administração, ao realizar uma conduta, realiza-a **por meio de regras técnicas**, ou seja, a mencionada discricionariedade técnica concerne a todo e qualquer exame de fato ou situação que tenha como suporte o **conhecimento técnico e científico**, derivado de regras médicas, de engenharia, biológicas, entre outras. À parte de tais concepções, o termo discricionariedade técnica, também, é utilizado para fazer referência a setores complexos da Administração Pública em que órgãos específicos do respectivo campo de conhecimento realizam uma intensa inter-relação entre apreciações técnicas e discricionariedade. Estas e muitas outras concepções hoje existentes parecem sofrer de uma total impropriedade jurídico-formal⁵¹⁷.

Na doutrina administrativista brasileira, o termo discricionariedade técnica surge de forma mais evidente com a aparição das agências reguladoras. Atualmente, a doutrina emprega o termo quando a Administração Pública utiliza critérios decorrentes de conhecimentos técnico-científicos ou quando a lei pressupõe averiguação técnica, mas sem determinar um resultado conclusivo; e tem-se aqueles que veem a discricionariedade técnica como hipótese de vinculação administrativa. Por fim, ainda há vozes no sentido de que a discricionariedade técnica se refere à subjetividade realizada em setores complexos da Administração Pública, sendo utilizada por entes específicos do respectivo campo de conhecimento⁵¹⁸.

⁵¹⁷ A respeito de tal impropriedade jurídico-formal, vide: DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997.

⁵¹⁸ Para maiores informações, vide: SADDY, André. Curso de direito administrativo brasileiro: volume 3. 4. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2025, p. 327.

Pode-se concluir que a noção de discricionariedade técnica não é de todo clara, sendo fonte de confusões e até mesmo de utilizações impróprias. Por tal motivo, melhor seria não utilizar tal expressão. Uma vez averiguado um erro não se pode permanecer nele, deve-se esforçar em ter por objeto a técnica e não a discricionariedade.

Na Itália, esses esforços se iniciaram com V. BACHELET⁵¹⁹, que foi seguido pela doutrina, não apenas de seu país, mas de todo o mundo. CÉSAR DAVID CIRIANO VELA⁵²⁰, por exemplo, entende que não existe discricionariedade técnica nas mãos da Administração, mas sim uma margem de valoração política e técnica: “en cuyos extremos se encontrarían, respectivamente, los supuestos que implican una valoración política en sentido estricto, al margen de otras consideraciones, y en el otro se hallarían los casos en donde es preciso exclusivamente llevar a cabo apreciaciones científico-técnicas. A medio camino estarían todos aquellos casos en donde es necesario practicar ambos tipos de valoraciones, con la existencia muchas veces de dos momentos: uno primero de carácter técnico y uno segundo político, en donde es preciso elegir entre las diversas técnicas posibles”. LUÍS S. CABRAL DE MONCADA⁵²¹ sustenta que a valoração em questões se expressa por meio de um juízo opinativo de conteúdo técnico, que nada tem que ver com a discricionariedade propriamente dita “muito embora certa doutrina persista em a identificar através do termo ‘discricionariedade técnica’” E conclui⁵²²: “o agente é compelido a identificar o interesse público preciso que a lei requer, evitando interesses de segunda ordem ou particulares, para isso valorizando a liberdade de que dispõe na perspectiva daquele interesse, o que leva a comparar e hierarquizar alternativas de acção em ordem ao melhor desempenho possível, ao passo que na actividade técnica o que se pede ao agente é que ele emita uma declaração de ‘ciência certa’, o que não quer dizer que tenha de ser indiscutível. A consideração do interesse público não é a característica principal desta actividade”. Por fim, CÉSAR A. GUIMARÃES PEREIRA⁵²³ afirma que existem casos descritivos como discricionariedade técnica em que não há juízo volitivo, e

⁵¹⁹ BACHELET, Vittorio. L'attività tecnica della Pubblica Amministrazione. In: AA. VV. Scritti Giuridici I. L'Amministrazione pubblica. Milano: Giuffrè, 1981.

⁵²⁰ CIRIANO VELA, César David. Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 142.

⁵²¹ MONCADA, Luís S. Cabral de. Estudos de Direito Público. Coimbra: Coimbra Editores, 2001, p. 216 e 217.

⁵²² *Ibidem*, p. 218.

⁵²³ PEREIRA, César A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003, p. 261 e ss.

sim uma apreciação técnica. Por isso, defende o abandono da expressão. Para o autor, seu emprego serve como fonte de equívocos, pois faz supor que há juízo técnico da Administração não controlável pelo Poder Judicial, além de existir uma espécie de discretionariedade que não se submete ao mesmo regime da discretionariedade administrativa e que todas as atividades administrativas relacionadas com questões técnicas são vinculadas e excluem a discretionariedade.

De acordo com EVA DESDENTADO DAROCA⁵²⁴, esse novo rumo entende que a atividade técnica da Administração se apresenta tanto no exercício do dito poder vinculado como discricional. Traz a autora distintos posicionamentos a respeito da chamada discretionariedade técnica. O primeiro deles é V. BACHELET⁵²⁵. Este entende que “*la técnica no es capaz de proporcionar soluciones unívocas a determinados problemas, por lo que siempre aparece un margen de elasticidad dentro del cual la Administración ha de elegir entre las diferentes soluciones que proporciona la técnica, lo que deberá hacer conforme a criterios que no son técnicos*”. Logo, o caráter subjetivo ou de autonomia pública das decisões não é eliminado. Afinal de contas, o simples fato de optar por um critério técnico é utilizar uma margem de liberdade que, como se observará, chama-se apreciatividade. Sustenta o autor que “*a la hora de adoptar una decisión sobre la base de criterios técnicos, la Administración lo primero que tendrá que hacer es elegir entre las diferentes construcciones y principios existentes y esa elección necesariamente estará guiada por las preferencias de valor o de política del órgano competente*”. Desse modo, enquanto na discretionariedade administrativa há opção entre alternativas com a finalidade de satisfazer os interesses públicos, havendo um juízo de valor e de vontade; na discretionariedade técnica, há a utilização de critérios técnicos para a apreciação de um fato delimitado por um conceito jurídico indeterminado, assim, existindo, somente, juízo de valor.

Outro posicionamento comentado pela autora é o de F. LEDDA⁵²⁶ que acredita que as regras ou critérios técnicos são aqueles cujo conteúdo informativo está desprovido de juízo de valor e, portanto, apresenta um caráter neutro. Sendo assim, no exercício da discretionariedade técnica, realizam-se dois tipos de apreciações: (i) apreciações que exigem juízos técnicos; e (ii) apreciações que

⁵²⁴ DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997.

⁵²⁵ BACHELET, Vittorio. L'attività tecnica della Pubblica Amministrazione. AA. VV. Scritti Giuridici I. L'Amministrazione pubblica. Milano: Giuffrè, 1981.

⁵²⁶ LEDDA, F. Potere, técnica e sindacato giudiziario sull'Amministrazione Pubblica. Rivista Diritto Processuale Amministrativo, Milano, n. 4, Ano 1, p. 372-438, out./dic., 1983, p. 386.

implicam juízos de valor. São distintos e não devem se confundir. Para a autora⁵²⁷: “*los criterios técnicos deberán servir a la Administración para determinar el mejor modo de lograr la satisfacción del fin para el cual se ha configurado la potestad. La Administración está obligada a emplear los criterios técnicos aplicables y adoptar la solución que éstos indican como correcta. Pero es cierto que en determinados casos la valoración técnica no da lugar a una respuesta unívoca y que están imbuidas de un alto grado de opinabilidad*”. Logo, havendo mais de um critério ou solução a ser adotado, ou seja, a possibilidade de eleição entre várias técnicas igualmente válidas e eficientes para a consecução dos objetivos públicos, tal eleição constituirá uma prerrogativa de quem gera o interesse coletivo, ou seja, do administrador público.

Ambas as concepções são, no entanto, criticáveis⁵²⁸. Entende-se que, ao analisar a apreciação técnica, utilizar-se-á a metodologia científica que nem sempre implica certeza absoluta e irrefutável, tampouco, opiniões ou convicções puramente subjetivas e, em todo o caso, as proposições científicas devem ser resultados justificados e corroborados. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ⁵²⁹ sustenta que prefere não estabelecer um conceito de disciplina técnica, mas sim os elementos do conceito técnico. Relata que nem todos os conceitos das disciplinas técnicas são determinados, mas somente aqueles que apresentam contornos absolutamente individualizáveis, com valor objetivo e universal. Já ODETE MEDAUAR⁵³⁰ realça o fato de que a discricionariedade técnica não é uma nova espécie de discricionariedade, mas sim a possibilidade de eleição da solução que deve se adotar por meio dos critérios oriundos de conhecimentos especializados, sejam técnicos ou científicos. E aduz: “*nem sempre a técnica e a ciência implicam certeza absoluta; no campo da técnica e das ciências exatas, biológicas, matemáticas também há diversidade de entendimentos, controvérsias*”. Complementando que “*podem existir conhecimentos técnicos aceitos amplamente pela comunidade científica; há juízos prováveis oscilantes, há alternativas técnicas e científicas igualmente válidas para o direito, que justificam a escolha*”. Desse modo, na medida em que o método científico nem

⁵²⁷ DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997, p. 51.

⁵²⁸ PELAGATTI, Giorgio. Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Milano, Ano 41, n. 1, p. 158-190, ene./mar. 1992, p. 190.

⁵²⁹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Reflexões sobre a teoria do desvio do poder em direito administrativo. In: QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Estudos de direito público. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989, v. 1.

⁵³⁰ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 131.

sempre proporciona uma resposta unívoca, o agente público executor se vê obrigado a utilizar seu próprio discernimento na eleição e uso dos critérios técnicos, possuindo assim uma margem de livre apreciação, não uma discricionariedade. EVA DESDENTADO DAROCA⁵³¹ denomina essa possibilidade de discricionariedade de caráter instrumental. No caso das realizações de apreciações técnicas, chama-a de “*discrecionalidad instrumental jurídico-técnica*”. Segundo essa autora, “*lo importante es que la autoridad ha de operar con criterios y conocimiento técnicos y justificar sus decisiones en virtud de los mismos. Eso no significa que la Administración posee una discrecionalidad fuerte, pues no se atribuye ningún ámbito de decisión propio, además es necesariamente así si se tuviera en cuenta algún tipo de regulación que confiera auténticos derechos a los particulares. En ningún momento hay un margen para que la Administración realice una elección en función de lo que le parezca más conveniente para el interés público*”.

6.5 Conceito (juízo) de prognose

J. J. GOMES CANOTILHO⁵³² reconhece que a tese da imprecisão de conceitos indeterminados não deriva apenas da indeterminação dos enunciados linguísticos, mas também de indeterminações fáticas subjacentes à norma. Afirma o autor que, quando estes dois tipos de indeterminação se juntam, estar-se-á diante do que se chama “***conceitos indeterminados de prognose***” (muito longe do que se denomina aqui conceitos jurídicos indeterminados), ou seja, conceito que apenas podem ser concretizados com base em uma prerrogativa de avaliação, pois a incerteza das situações futuras e a especificidade das regras de experiência a que deve recorrer o órgão que decide para formular o ato administrativo correspondente não se compaginam com o panorama típico do dito poder vinculado, antes, pressupõem a realização de juízos de prognose que conferem substrato a um espaço de livre apreciação da Administração⁵³³.

⁵³¹ DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997, p. 61-69.

⁵³² CANOTILHO, Gomes José Joaquim. Fidelidade à República ou fidelidade à nata?. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra. N. Especial - Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró, v. 1, p. 131-207, 1984, p. 204 e 205.

⁵³³ Outros autores que tratam sobre um juízo de *prognosis* nos conceitos jurídicos indeterminados são: CORREIA, José Manuel Sérvalo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987); AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995; e GARCIA, Emerson. O direito comunitário e o controle do poder discricionário pela justiça administrativa. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 220.

Outro autor da atualidade que contribuiu muito para a discussão relativa à discricionariedade e aos conceitos jurídicos indeterminados foi WALTER SCHMIDT⁵³⁴. Seus estudos apontam no sentido da classificação e consolidação de uma zona de livre decisão com responsabilidade exclusiva da Administração (*eigenverantwortlicher Entscheidungsspielraum*). Sua construção parte do conceito de “*margem de livre decisão*” (*Entscheidungsspielraum*). A vinculação às normas jurídicas (*Rechtssatzbindung*) e a sujeição ao controle da aplicação das leis feitas pelos Tribunais marcam os limites da “*margem*” que beneficia a Administração. Cobrir a “*margem de livre decisão*” (*Aufüllung Von Spielräumen*) de que dispõe a autoridade administrativa corresponde à aplicação de uma norma jurídica por meio da qual se conjuga uma situação concreta vivida (*Lebenssachverhalt*) com os elementos da previsão normativa (*Tatbestalldsmerkmalen*). Menciona, o autor, que quem decide cobrir uma “*margem de livre decisão*” precisa escolher entre alternativas ou opções, e que tal eleição pode depender de conexões diferentes e suscitada em momentos distintos do procedimento. Para o autor, a avaliação de pressupostos que integram a situação concreta, no tocante a efeitos de sua subsunção em conceitos indeterminados que figuram na previsão da norma, reduz-se sempre a um problema de **prógnosis**, trate-se de avaliação de qualidade de pessoas ou coisas, ou se trate, diretamente, da estimativa sobre a evolução futura de processos sociais⁵³⁵.

Segundo BERNARDO DINIZ DE AYALA⁵³⁶, a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados se derivam de uma fonte normativa e suas decisões aparecem consubstanciais em um **juízo de prógnosis**. Afirma o autor⁵³⁷:

[...] o elemento comum à discricionariedade e à valoração de conceitos indeterminados (as duas vertentes do espaço de livre decisão administrativa) é a margem de prognose, ou seja, o raciocínio mediante o qual se avalia a capacidade de alguém para uma actividade futura, se prevê a evolução de determinado processo social ou se pondera a perigosidade de uma situação vindoura. Sucede que há juízos de prognose cujos pressupostos deixam a partir de certo ponto de ser susceptíveis de generalização, o que significa que não podem ser previamente regulados em termos gerais.

⁵³⁴ SCHMIDT, Walter. *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*. München: Beck, 1982, p. 59.

⁵³⁵ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Op. Cit.*, p. 130 e 131.

⁵³⁶ AYALA, Bernardo Diniz de. *O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*. Lisboa: Lex, 1995, p. 153.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 51.

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA⁵³⁸ também defende que existe um **juízo de prógnosis**. Tal juízo seria, segundo o autor, um juízo de previsão, de estimativa relativa à futura atuação de uma pessoa (baseada na valoração de suas qualidades presentes), sobre a futura utilidade de uma coisa ou no tocante ao futuro desenvolvido de um processo social. Tal juízo pretende visualizar, hoje, com elementos de ponderação da decisão administrativa, ocorrências futuras, sejam elas reações humanas, condicionalismos econômicos, sociais, técnicos, etc. Tal raciocínio inerente a *prógnosis* é **forçosamente subjetivo** (podendo-se assentar em um ou outro dado objetivo). É, portanto, um juízo de probabilidade, consubstancial a uma valoração; e não a um juízo cognoscitivo, inclusive, podendo-se basear em índices técnicos.

ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA⁵³⁹, da mesma maneira, menciona que a valorização/*prógnosis* é uma forma de subjetividade ou autonomia pública.

Entende-se que o raciocínio de *prógnosis* deve ser utilizado, pelo administrador público, como um **elemento limitador das subjetividades potenciais**, não se confundindo como um elemento que venha conferir subjetividade.

6.6 Estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados

Considerado o até aqui exposto, deve-se analisar a estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados. Conforme PHILIPP HECK⁵⁴⁰, pode-se distinguir, entre os conceitos jurídicos indeterminados, um núcleo conceitual e uma auréola conceitual. Sempre que se tiver uma noção clara do conceito e da extensão de um conceito, estar-se-á diante do domínio do **núcleo conceitual**. As dúvidas começam quando se está diante da **auréola do conceito**. É deste autor a metáfora da estrutura do conceito indeterminado com a imagem da lâmpada de leitura ou da lanterna, em que entre o foco de luz (claro, na figura) e ausência de luz (escuridão, na figura) há a zona cinzenta (penumbra, na figura) (Figura 13).

⁵³⁸ CORREIA, José Manuel Sérvelo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987), p. 471-475.

⁵³⁹ SOUSA, António Francisco de. O controlo jurisdicional da discretionariedade e das decisões de valoração e prognose. In: PORTUGAL. Ministério da Justiça. Reforma do contencioso administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. I: O debate universitário (trabalhos preparatórios).

⁵⁴⁰ 1937 apud ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 209.

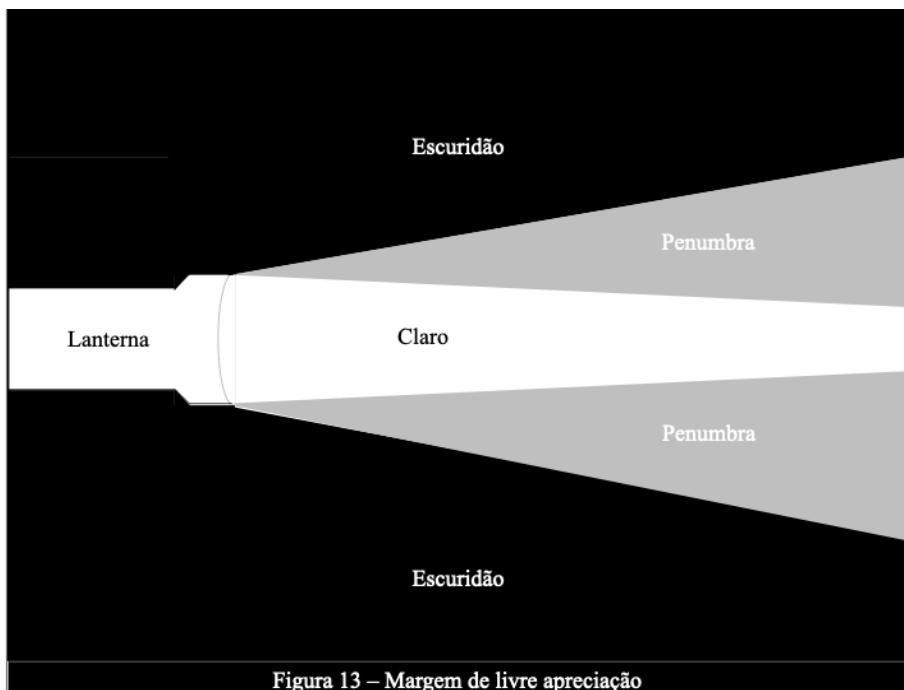


Figura 13 – Margem de livre apreciação

Fonte: elaboração própria

FERNANDO SAINZ MORENO⁵⁴¹ afirma que o problema da indeterminação pode explicar-se graficamente mediante círculos concêntricos: “*El círculo interno traza el límite de una zona de certeza positiva (es seguro que “eso” pueda denominarse con ese término); el círculo externo marca el límite de una certeza negativa (es seguro que “eso” no puede denominarse así). Entre esos dos círculos hay una zona de duda, de indeterminación*”. Distingue assim duas zonas: um **núcleo ou zona de certeza** configurado por dados prévios, seguros; e uma auréola, zona que rodeia o núcleo, **zona de dúvida** ou, expresso com maior precisão, zona onde não existe uma certeza prévia e cuja determinação exige averiguar a ideia nuclear do conceito (Figura 14).

⁵⁴¹ SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 70.

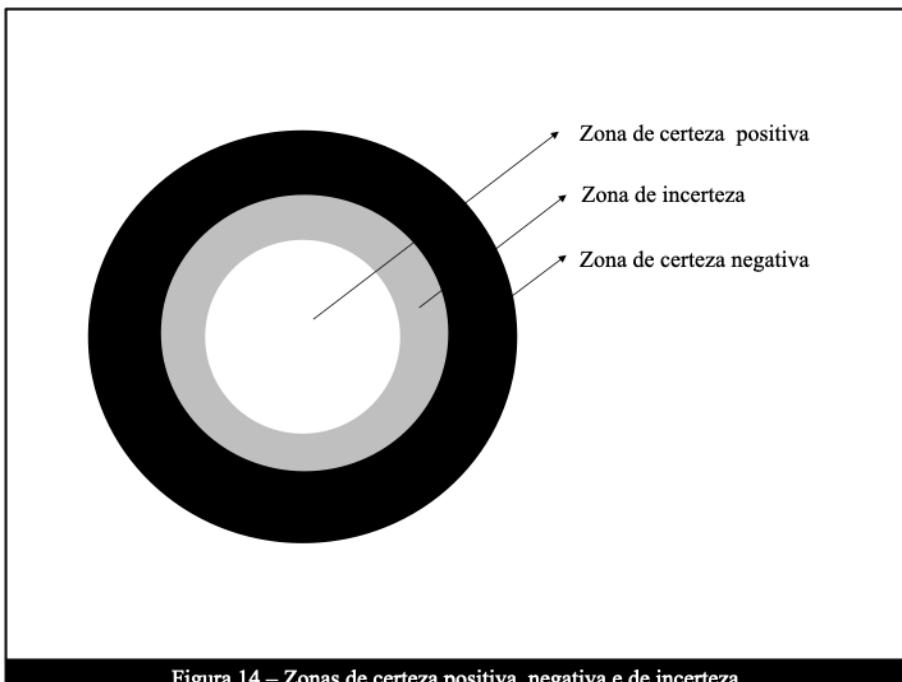


Figura 14 – Zonas de certeza positiva, negativa e de incerteza

Fonte: elaboração própria

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁵⁴² escrevem que, em todos os conceitos jurídicos indeterminados, “*es identificable un núcleo fijo (Begriffken) o ‘zona de certeza’, configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o ‘halo del concepto’ (Begriffshof), más o menos precisa, y, finalmente, una ‘zona de certeza negativa’, también segura en cuanto a la exclusión del concepto*”.

Diante desses componentes, a interrogação fundamental que desperta os conceitos jurídicos indeterminados consiste em saber se sua aplicação apenas dá lugar a uma única solução correta ou se, pelo contrário, dita aplicação atribui ou não uma margem de liberdade à Administração. São ou não equivalentes à discricionariedade, é outra interrogação. Toda a dificuldade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados estará na zona de incerteza (ou auréola conceitual), visto que há maior dificuldade para localizar a única solução justa.

⁵⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo I. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 460.

6.7 Teoria da multivalência ou da duplicidade e teoria da univocidade ou da unicidade

Há duas teorias pertinentes à relação entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade. Alguns entendem ser esta integrante da discricionariedade administrativa. Quem assim pensa, considera que o dever discricional existe nos conceitos jurídicos indeterminados, frente à subjetividade presente no momento de sua aplicação (teoria da multivalência ou da duplicidade). Outros entendem que a questão suscitada por tais conceitos é meramente uma questão de interpretação, e não uma questão de discricionariedade, perspectiva que supõe certa margem de liberdade decisória para o administrador (teoria da univocidade ou da unicidade). E há, também, aqueles que rejeitam a ideia da unidade de solução justa e sustentam inexistir discricionariedade na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Para a primeira corrente, a discricionariedade pode resultar de conceitos jurídicos indeterminados, que, ao delimitarem o campo de atuação do administrador, referem-se à realidade de modo vago, fluido, elástico, impreciso ou indeterminado, dependentes de interpretação e valoração por parte do administrador quanto ao seu sentido real, relativamente ao alcance de seu significado, e que, no entanto, buscam delimitar uma hipótese concreta. Ou seja, essa corrente entende que, se, em determinado caso concreto, o administrador opta por específico entendimento razoável de determinados conceitos jurídicos indeterminados (vago, impreciso), não se poderá inferir que violou a norma, que transgrediu o Direito. E, assim, atuou dentro de uma liberdade intelectiva que, no caso concreto, o Direito facultava, ainda que pudesse caber outra interpretação. É, portanto, equivocado, para esta doutrina, supor que caso não se proponham questões de discricionariedade perante o tema dos conceitos jurídicos indeterminados, ao final, a ressonância jurídica dos conceitos jurídicos indeterminados e das opções de mérito legalmente previstas são perfeitamente iguais na esfera do Direito, ou seja, que repercutem indiferentemente para a composição dos mesmos efeitos jurídicos que integram o que se entende por discricionariedade. Assim, pouco importa se a liberdade é intelectiva ou volitiva, se os efeitos jurídicos são idênticos⁵⁴³.

⁵⁴³ A favor dessa teoria: LEMAYER, Karl von. *Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit*. In: GRÜNHUT'S. *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*. 22. ed. Wien: A. Hölder, 1895; PÉREZ OLEA, Manuel. La discricionalidad administrativa y su fiscalización judicial. In: AA. VV. *Estudios en homenaje al Prof. López Rodó*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1972. Tomo II, p. 84 e 85; GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. *Tratado de derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1974, p. 410 e ss; MARTÍN GONZÁLEZ,

A segunda corrente entende que a discricionariedade se diferencia dos conceitos jurídicos indeterminados, pois, nestes, há apenas uma solução possível que pode ser adotada, não se admite mais de uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito. Logo, o intérprete dos conceitos jurídicos indeterminados deve buscar a única solução adequada, pelo método interpretativo, não cabendo, neste caso, falar de discricionariedade, pois se trata de apreciação vinculada. Os seguidores dessa corrente entendem que somente haverá discricionariedade quando a Administração tiver a incumbência de optar pelo fim imediato a ser executado e partem de duas premissas: a ideia de que a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é um suposto de aplicação da lei ao caso concreto, motivo pelo qual a questão se reduz à interpretação; e, ainda, sustentam que, por ser uma interpretação, esta sempre leva a uma única solução justa. Logo, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, enquanto tarefa interpretativa, reduz-se a descobrir essa solução justa. Argumentam que a auréola do conceito, apesar de outorgar uma margem de livre apreciação a favor da Administração, não supõe um processo volitivo ou uma eleição na determinação da solução⁵⁴⁴.

Manuel. El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos. Revista de Administración Pública, Madrid, Ano XVII, n. 56, p. 197-292, sep-dic. 1967, p. 253-254.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 116) observou que não está claro que existe sempre uma diferença entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Para ele, nem sempre é factível assegurar com total exatidão qual seria a única solução justa, fato este que está exigindo que os juízes resolvam essa dúvida sob seus próprios valores. Assim, prevalecendo a tese de que existe apenas uma solução justa na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, ter-se-ia que apoiar essa ideia em um conceito transcendental de justiça (e de verdade) e em uma fé absoluta da possibilidade de discernimento humano, idealismo esse de difícil aceitação. Portanto, para esse autor (*ibidem*, p. 118), falha a premissa de que a aplicação de todo conceito jurídico indeterminado em todos os casos apenas pode deparar-se com uma solução verdadeira e justa. Para o autor, essa ideia se apoia em um conceito transcendente de Justiça e em uma fé absoluta na possibilidade do discernimento humano, idealismo que, para ele, não é fácil compartilhar. Afirma que, na maioria dos casos, o resultado ao que pode levar a aplicação de um conceito indeterminado é uma questão suscetível de uma pluralidade de opiniões sustentáveis com argumentos lógicos e razoáveis, que desbordam a pura interpretação jurídica para se estender a juízos de tipo técnico ou puras valorações fáticas. Desse modo, se esta pode chegar a várias soluções distintas juridicamente aceitáveis, é que está exercendo discricionariedade. No mesmo sentido, MARIANO BACIGALUPO (BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 196 e 197) e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdiccional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27-28), que afirma que “*a noção de discricionariedade não se adscribe apenas ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade – tema concernente ao mérito do ato administrativo. Certamente o comprehende, mas não se cinge a ele, pois também envolve o tema da intelecção dos conceitos vagos*”.

⁵⁴⁴ A favor dessa teoria: BÜHLER, Ottmar. Subjektive öffentliche Rechte und ihr Schutz in der Verwaltungsrechtsprechung. Berlin: Kohlhammer, 1914; JÖHR, Eduard. Die verwaltungsgerichtliche

6.8 Nossa posição quanto aos conceitos jurídicos indeterminados

Desde sua criação até hoje, o número de autores alemães que não aceita a distinção criada entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade cresceu muito, sendo equivocada a afirmação de que tal distinção representa a “moderna” doutrina alemã⁵⁴⁵. Como se pode depreender, desde a década de 1950, assinalava-se um espaço de livre apreciação (*Beurteilungsspielraum*) existente em alguns conceitos jurídicos indeterminados. Segundo KARL ENGISCH⁵⁴⁶:

Ueberprüfung des administrativen Ermessens. Zürich: Aarau, 1931; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 227 e 228; SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 282 e 283; GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de derecho administrativo. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2002, v. 1, p. 186; PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. Derecho administrativo: (Parte general). Madrid: Marcial Pons, 1989, p. 103-105; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 886; VILLAR PALASÍ, José Luis, VILLAR EZCURRA José Luis. Principios de Derecho Administrativo. 4. ed. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 1999, v.1, Concepto y fuentes, p. 30.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo I. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 458-459) distinguem os conceitos jurídicos indeterminados da discricionariedade dizendo que esta: “*es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectivo de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional*”. A consequência é que o juiz tem toda liberdade para apreciar a aplicação, pela Administração Pública, dos conceitos jurídicos indeterminados, apesar de reconhecer que a decisão sobre a única solução possível nem sempre é fácil, tendo em vista a zona intermediária (de incerteza ou “halo do conceito”) do conceito jurídico indeterminado, que se ressalta que nem nessa existe a discricionariedade.

⁵⁴⁵ Para uma crítica à teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e comentários sobre o declive desta em seu país de origem, *vide*: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. El control de las Administraciones Públicas y sus problemas. Madrid: Espasa-Calpe, 1991, p. 123; KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. Revista de Magistratura Federal da 5º Região, Recife, n. 8, p. 177-224, jan-dez. 2004, p. 191 e ss.

⁵⁴⁶ ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 221.

Os espaços de livre apreciação distinguem-se das genuínas atribuições de poder discricionário (isto é, atribuição de poder para uma discricionariedade “livre”) pelo facto de que as últimas reconhecem um “espaço ou domínio de liberdade de decisão própria) onde deve decidir-se segundo as “concepções próprias” daquele a quem a competência é atribuída. Se, de acordo com o nosso conceito, deixarmos de remissa o critério da sindicabilidade judicial, alcançamos agora efectivamente, com a característica acabada de referir, a essência do “poder discricionário”, aquele traço distintivo que, do ponto de vista metodológico, nos interessa e que permite conferir aos genuínos conceitos de discricionariedade uma coloração especial ao lado dos conceitos indeterminados e dos conceitos normativos.

De acordo com ANDREAS J. KRELL⁵⁴⁷, ao mesmo tempo que a doutrina alemã começou a expulsar a discricionariedade da previsão da norma e a defender um controle integral dos conceitos jurídicos indeterminados, admitiu-se um espaço de livre apreciação da Administração em relação a certos conceitos de valor e de prognose que exigia uma avaliação e ponderação complexa, para evitar uma indevida substituição de decisões do Executivo pelos Tribunais. Segundo o autor, o raciocínio para determinar se a Administração goza ou não de uma margem de livre apreciação de um conceito jurídico indeterminado deveria, em cada caso, orientar-se pela questão da competência técnica da Administração e da possível compensação procedural da programação normativa deficiente. Afirma que a doutrina que aceita tal margem de livre apreciação deseja limitá-la para o ato de subsunção dos fatos concretos sob o texto legal, mas ainda recusa a ideia de que ela possa existir em relação ao próprio ato de interpretação da norma. Conforme o autor, tal diferenciação entre subsunção e interpretação se apresenta complicada e acentua que o conteúdo pouco definido dos conceitos jurídicos indeterminados faz com que sua concretização somente ocorra em casos concretos. Com o passar do tempo, ganha nitidez por meio de um “material de amuestra” (*Anschauungsmaterial*), formado por estes casos já decididos pelo administrador.

Tal doutrina da margem de livre apreciação volta a trazer a discricionariedade para o âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados e ressalta

⁵⁴⁷ KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. Revista de Magistratura Federal da 5º Região, Recife, n. 8, p. 177-224, jan-dez. 2004, p. 197 e ss.

que apenas existem diferenças. Segundo CARMEN URIOL EGIDO⁵⁴⁸, na aplicação de um conceito jurídico indeterminado, não existe uma margem de volição como na discricionariedade, o que existe é uma margem de cognição. Apesar de a margem de volição desaparecer, a autora defende a possibilidade e existência de uma margem de livre apreciação por parte da Administração que aplica o conceito.

Caso fosse verdade que são institutos diversos, seria inegável que ambos apresentam similitudes indiscutíveis, por isso, parece acertada a corrente doutrinal que admite mais de uma solução justa na integração dos conceitos jurídicos indeterminados: afinal, a solução justa somente poderá existir no plano da filosofia, ou melhor, da utopia. Sob tal paradigma, a ideia de uma solução justa implica, também, por sua natureza, certo juízo de valor, certo grau de objetividade. Ademais, a ideia de que os conceitos jurídicos indeterminados somente admitem duas formas de interpretação – ou tudo ou nada – conquanto pareça errônea, seria discutível se, no processo de interpretação que conduz a uma dessas duas conclusões, o intérprete não tivesse, ainda que limitado, algum juízo valorativo para saber se a realidade concreta se subsome ou não à zona de incerteza do conceito. Por fim, parece que a interpretação, em muitos casos, não será suficiente para rejeitar a indeterminação do conceito e a Administração Pública, como autoridade de aplicação, poderá optar entre mais de uma significação possível, sempre tendo como guia os limites jurídicos. Dessa maneira, parece que, apesar de ser desejável, a única solução justa será impossível de obter, motivo pelo qual se entende que existirá margem de livre apreciação nos conceitos jurídicos indeterminados. Portanto, em ambos, existe uma zona de incerteza que demanda certo juízo de valoração por parte do intérprete, frente a alternativas disjuntivas⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ URIOL EGIDO, Carmen. La discrecionalidad en el derecho tributario: hacia la elaboración de una teoría del interés general (doc. 29/02). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2002, p. 5.

⁵⁴⁹ EVA DESDENTADO DAROCA (DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 122-133), ao abordar as teorias que relacionam os conceitos jurídicos indeterminados com a discricionariedade, utiliza os conceitos de discricionariedade instrumental e forte para sugerir uma resposta ao problema da aplicação dos conceitos jurídicos. Segundo a autora, na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, surge a discricionariedade, todavia esta é, a princípio, uma discricionariedade puramente instrumental, não uma discricionariedade forte. A discricionariedade aparece aqui, principalmente, como um elemento secundário que deriva da imperfeição inerente à tomada de decisão própria dos seres humanos e aos elementos subjetivos que inevitavelmente se introduzem na concreção e aplicação de palavras cujo significado não está estipulado. Logo, para a autora, a discricionariedade que aparece nos conceitos jurídicos indeterminados é, em princípio, unicamente, uma discricionariedade instrumental. No entanto, não admite que haja uma discricionariedade forte. Assim, entende que não há uma única solução correta, mas sim uma margem de discricionariedade instrumental, o que não significa

Logo, entende-se que os conceitos jurídicos indeterminados poderão ou não gerar uma margem de liberdade, pois se parte da ideia de que no plano abstrato se terá apenas subjetividade ou autonomia pública potencial e de que esta apenas se revela efetivamente no caso concreto. Todavia, caso, em determinadas situações de fato, esteja-se diante de uma zona de certeza positiva ou negativa e que, nesses fatos, certamente no primeiro caso, subsumir-se-á ao conceito normativo; e, no segundo, não, poder-se-ia intuir que não ficam alternativas ou opções, a não ser a atuação vinculada do preceito para o primeiro caso; e, para o segundo, a não atuação do preceito, resultando uma negação de conduta vinculada à Administração. No entanto, na zona de incerteza (ou auréola conceitual), existirão conceitos jurídicos indeterminados com diferentes sentidos, todos válidos, suscetíveis de serem decididos pelo administrador, com uma margem de livre apreciação. Logo, os conceitos jurídicos indeterminados poderão, e apenas poderão, às vezes, gerar para o administrador público uma subjetividade ou autonomia, desde que, na interpretação de determinado caso concreto, não indiquem um único sentido válido, mas sim vários sentidos válidos.

que a Administração tenha uma discricionariedade forte para sua aplicação que exclui o controle judicial pleno porque precisamente é aos tribunais aos que o sistema confere a função de interpretar o Direito e de resolver os casos litigiosos conforme o mesmo. Não obstante, estabelece uma exceção para os conceitos jurídicos indeterminados que para sua concretização e aplicação é preciso levar a cabo valorações de política administrativa que estão atribuídas, pelo ordenamento jurídico, à Administração. Para isso haverá sim discricionariedade forte e deverá ser respeitada pelos tribunais, sendo seu controle de caráter mais reduzido ao que realiza em respeito ao resto dos conceitos jurídicos indeterminados.

CAPÍTULO 7

APRECIATIVIDADE ADMINISTRATIVA

7. Apreciatividade administrativa

7.1 Admissão pela doutrina de outras formas de subjetividade ou autonomias públicas que não as até aqui estudadas

As três subjetividades ou autonomias públicas do administrador vistas até aqui (liberdade de conformação ou de configuração, discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico e margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados), apesar de serem as comumente estudadas pela doutrina, não são as únicas admitidas por ela.

Alguns defendem a existência de outras formas de liberdade ou margens distintas na maneira de atuar da Administração, mas que não são as três citadas.

DARIA DE PRETIS⁵⁵⁰ refere um “*potere di valutazione (non discrezionale)*” da Administração. Segundo o autor, a Administração possui distintas atividades valorativas, sendo que a mais comum é a discricionariedade em sentido estrito, mas, também, há outras atividades de “*apprezzamento*”. Segundo seu entendimento⁵⁵¹, essa valorização não discricional da Administração se diferencia da típica discricionariedade porque não possui uma autorização expressa da norma, porém apenas uma autorização genérica ou abstrata. Não confundir a norma imprecisa com a norma genérica que atribui tal liberdade. E afirma⁵⁵² a respeito:

[...] alla luce del principio di legalità e ferma restando (di regola) l’irrilevanza di elementi sostanziali attinenti all’oggetto delle valutazioni, l’unico sicuro criterio cui rifarsi al fine di individuare le ipotesi di potere amministrativo di valutazione è dunque necessariamente la norma: il potere deriva all’amministrazione da un’apposita attribuzione normativa. Tuttavia, la norma non dovrà semplicemente “comportare” un’attività valutativa da parte dell’amministrazione, perché questa possa essere considerata alla stregua di potere di valutazione, ma dovrà segnatamente, volutamente, consapevolmente affidare questo potere all’amministrazione.

⁵⁵⁰ PRETIS, Daria de. Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica. Padova: Cedam, 1995, p. 363.

⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 374.

⁵⁵² PRETIS, Daria de. Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica. Padova: Cedam, 1995, p. 376.

Recorda o autor⁵⁵³ que a norma é referência à caracterização das condições para a ação da Administração, seja ela discricional, a avaliação não discricional, ou meramente avaliativa. Conclui esclarecendo⁵⁵⁴ que:

Aver riconosciuto il fondamento di poteri amministrativi di valutazione (non discrezionale) per un verso nell'attitudine dell'amministrazione, per la necessaria sottensione della sua organizzazione ai principi di buon andamento e di imparzialità, ad esprimere al meglio giudizi caratterizzati da un irrisolvibile grado di opinabilità e soggettività e, per altro verso, nella necessaria previsione legislativa dell'affidamento, qualificata da una consapevole volontà legislativa di attribuzione – desumibile anche in via sistematica dall'ordinamento –, già rileva, in una certa misura, anche rispetto al problema che qui segnatamente ci occupa⁵⁵⁵.

MORTIMER R. KADISH e SANFORD H. KADISH⁵⁵⁶ diferenciam a discricionariedade em si da discricionariedade para determinar quem tem discricionariedade, para tanto, referem que a “*discretion is one thing; discretion to determine competence to exercise discretion is quite another*”. Com esta expressão, os autores desejam fazer um alerta: “*that the rule-of-law model is not necessarily the ideal model for the functioning of legal systems*”⁵⁵⁷. Isso significa que, para os autores, a Administração pode atuar sem lei que a autorize. Acreditam que a legalidade existe e deve ser respeitada, mas também há funções oficiais que permitem uma atuação, denominada, pelos autores, “**deviational discretion**”. Conforme os autores citados, essa discricionariedade pode ser entendida como “*power to act according to the agent's best judgment in ways that are unauthorized or even prohibited by rules of competence*”⁵⁵⁸. De acordo com os

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 389.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, p. 405.

⁵⁵⁵ Assim, esta avaliação não discricional asignada à Administração como poder, pode ser controlada pelo Poder Judicial, contudo (*ibidem*, p. 410): “*devrebbe essere (solamente) quell'aspetto della determinazione amministrativa – da qualificarsi in tal senso come riservata – che non può essere risolto che attraverso una scelta di carattere eminentemente ed irriducibilmente suggestivo, una scelta cioè non condizionata da criteri cui possa essere riconosciuto un grado di oggettività sufficiente ad elevarli a ragionevoli parametri della verifica giurisdizionale della correttezza della scelta stessa*”. Nesse sentido, a atividade avaliativa não discricional pode ser considerada poder ou prerrogativa.

⁵⁵⁶ KADISH, Mortimer R.; KADISH, Sanford H. *Discretion to disobey: a study of lawful departures from legal rules*. Stanford, California: Stanford University Press. 1973, p. 44.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 45.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 66.

estudiosos, tal fenômeno é singular e anômalo, inclusive o chamam de “*legitimate interposition*”.

SATVINDER S. JUSS⁵⁵⁹ concorda com a ideia de “*deviational discretion*” — de MORTIMER R. KADISH e SANFORD H. KADISH — e, segundo ele, o “*even if mandatory rules of law exist to prescribe the exercise of official power there is still room, in some cases, for officials to act in blatant disregard of those rules*”. Para o autor, ainda, a conduta de desvio somente é aceita dentro do contexto do sistema jurídico porque está em consonância com a finalidade básica do sistema legal, “*that is, they replenish the Rule of Law model by making the law conducive to greater individualised justice [...] In addition, however, the day-to-day functioning of the jury, the police, the public prosecutor and the judge is dependent, to no small degree, on the power to deviate from mandatory legal rules. All, however, find ready justification within the legal system itself*”.

HANS JULIUS WOLFF, OTTO BACHOF e ROLF STOBER⁵⁶⁰ admitem que exista uma “*discriminabilidade de dispensa*”, outorgada por uma autorização de exceção, ou seja, há casos atípicos que permitem que a Administração se desvie da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma por razões comprovadas de especial relevância.

DENIS J. GALLIGAN⁵⁶¹ chama a atenção ao que denomina “*unauthorized or assumed discretion*”. Segundo o autor, enquanto a discriminabilidade é outorgada pela norma jurídica, existem outras circunstâncias em que os agentes públicos assumem, sem expressa autorização, uma margem de liberdade para afastar-se da norma jurídica por razões de justiça, ou por necessidade prática, ou conveniência e oportunidade⁵⁶². O resultado de tal

⁵⁵⁹ JUSS, Satvinder S. Discretion and deviation in the administration of immigration control. London: Sweet & Maxwell, 1997, p. 205 e 206.

⁵⁶⁰ WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. Direito Administrativo (Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, v. 1, p. 448 e ss.

⁵⁶¹ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 46 e ss; *Idem*. Law in modern society. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 319 e 320.

⁵⁶² DENIS J. GALLIGAN (GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 46) sustenta: “*Departure here must be taken in a broad sense to include acting in direct violation of a legal standard; or acting in a more subtle and roundabout way with the practical consequence that the standard is not followed or only partly followed; or by adopting such a strained or distorted interpretation that the effect is substantially to alter the standard; or, finally, to apply the standard in a selective and piecemeal manner*”.

Em obra mais recente, esse autor (GALLIGAN, Denis J. Law in modern society. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 319) relata que os agentes públicos estão mais preocupados com a finalidade e propósito da norma do que com a letra estrita da lei: “*their concern is with point and purpose rather*

afastamento poderá ser de forma organizada e sistemática, dentro de uma organização, quando os superiores estipulam como as prerrogativas serão exercidas ou manifestadas apenas individualmente, como decisão pessoal dos agentes públicos em particular não realizando qualquer comprovação, ou melhor, onde há aceitação por parte do superior hierárquico. Aduz o autor que, conquanto legítima, é preciso ter muita cautela ao utilizar a “*unauthorized or assumed discretion*”.

O primeiro autor a tratar da “*unauthorized discretion*”, talvez, tenha sido ROBERT A. KAGAN⁵⁶³, o qual elaborou uma distinção entre a ênfase na adesão às normas e na relação dos fins da organização. Sobre a base destas dimensões, distingue quatro modos ou estilos de aplicação das normas nas agências reguladoras estadunidenses: o “*judicial*”, conhecido por todos; o “*legalism*”, que ignora a finalidade das normas que se aplicam; a “*unauthorized discretion*”, que ignora o cumprimento formal desta norma; e o “*retreatism*”, que faz ambas as coisas. Operando sob “*unauthorized discretion*”, a decisão realizada não presta atenção às normas, regras e aos princípios das agências, além de não respeitar as noções gerais do devido processo, mas simplesmente busca resultados favoráveis à sua noção do que melhor se adapta aos objetivos da agência. Segundo o autor, os agentes que assim atuam fazem uso das normas somente *a posteriori* para justificar suas decisões.

than the strict letter of the law, while their understanding of what constitutes the point and purpose is linked to their social spheres and the underlying social relations. From that perspective, the law sometimes appears inadequate or unsuitable in advancing its own aims and proposes; it may also be contrary to the officials' view of how best to achieve them. At an indefinable point, the process of applying the law subtly becomes modifying, departing from, or marginalizing it. The concern to uphold the point and purpose of the law imperceptibly shifts to being a concern to advance other aims. [...]

The tendency for officials to evaluate laws against their point and purpose is common to any legal system. Whether it is authorized or not is unclear, and again legal theory has no answer. Unauthorized discretion is a term meant to capture the ambiguity between applying rules according to their exact terms, or acting for other good reasons such as pursuing the underlying purpose. Whether or not the term does so adequately, it draws attention to a common phenomenon that shows itself in many ways. [...]

Unauthorized discretion is a useful notion through which to view the way legal rules reach down into their social context. This, in turn, connects with the issue of what it means for officials to accept the authority of law, the suggestion being that general acceptance of the rule of recognition, and rules made under it, is part of a more complex process of acceptance, with the fuller account to be found in the institutional setting of officials. How law is regarded – what it means, how far it stretches, and how it relates to factors within the various social spheres – is resolved within that setting”.

⁵⁶³ KAGAN, Robert A. *Regulatory Justice: Implementing a Wage-Price Freeze*. New York: Russell Sage Foundation, 1978, p. 91.

Para DENIS J. GALLIGAN⁵⁶⁴, o problema é saber com que base o agente se afasta da norma. De acordo com o autor, sob um enfoque moral, é certo que há circunstâncias em que o agente não está autorizado para afastar-se da norma jurídica, mas estaria cometendo um erro moral se a cumprisse. Já sob o enfoque legal, alega que todo o sistema jurídico está formado por normas, regras e princípios, e que os princípios proporcionam aos agentes a capacidade de modificar e afastar-se da norma em circunstâncias específicas. Acrescenta que: “*the discretion to depart from a binding rule, guided by abstract principles, need not be radically different from any other broad discretion; the risks of arbitrariness and eccentricity can be guarded against by an understanding that the discretion to depart from the rules should be assumed only in very clear cases, and supported by reasons which appeal to both principles and consequences, and by the provision of adequate review procedures*”. E coloca, ainda, que um enfoque alternativo para se justificar seria a noção de finalidade. O poder é conferido aos agentes e instituições para um fim específico, o que significa que cada agente possui uma finalidade expressa por meio de objetivos/finalidades ou valores gerais que proporcionam a base para afastar-se de certas normas.

Há, até mesmo, quem afirme que exista um “*direito discricional*” de realizar ações ou promover certos objetivos. TOM CAMPBELL⁵⁶⁵ utiliza a expressão “***discretionary rights***” para referir-se aos direitos positivos de realizar ações e promover certos objetivos. Distingue o autor três sentidos do que chama de “*discretionary rights*” conforme o conteúdo específico dos direitos dependa de avaliações discricionais. Ou seja, que o agente possua não apenas o poder de exercer sua discricionariedade e o dever de exercê-la sob os interesses públicos, mas, também, possua um direito de exercer e ter a liberdade de realizar ações ou promover certos objetivos à sua vontade.

Observa-se, assim, que a ideia de outra modalidade de subjetividade ou autonomia pública administrativa que não seja a liberdade de conformação ou de configuração, a discricionariedade administrativa em sentido jurídico ou a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, é aceitável pela doutrina. Existem, porém, opiniões distintas tratadas de formas superficiais e díspares. O fato é que existe uma liberdade de conduta, ou melhor, de apreciação que opera como se tratasse de uma eleição/decisão, de um verdadeiro processo volitivo. A isso melhor seria denominá-lo **apreciatividade**. Não é que não exista

⁵⁶⁴ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 51-54.

⁵⁶⁵ CAMPBELL, Tom. Discretionary “rights”. In: TIMMS, N. and WATSON, D. (eds.). Philosophy in social work. London: Routledge and Kegan Paul, 1978.

um poder de avaliação, desviado, de dispensa ou não autorizado, como informam os autores já citados. As subjetividades ou autonomias públicas são sempre autorizadas, mas, algumas vezes, por normas genéricas. Importa aqui verificar sua característica, alcance e sentido.

7.2 As diferentes nomenclaturas relacionadas com a apreciatividade

A doutrina chama o que aqui se denomina apreciatividade de distintas maneiras. Há quem afirme que qualquer ação, independentemente de estar estritamente regida por normas jurídicas, mas que contenha um elemento significativo de juízo pessoal, é uma atuação discricional. Outros afirmaram que, por mais que uma ação possua um elemento de juízo pessoal na adoção das eleições/decisões, poder que estaria justificado, mas não isento de limitações, não se estará diante de uma discricionariedade em estrito sentido técnico-jurídico, senão, ante o vocábulo empregado em sua acepção mais comum.

Por isso que a **maioria simplesmente a denomina discricionariedade**, como, por exemplo, DENIS J. GALLIGAN⁵⁶⁶, o qual indica que quem a chama de “discricionariedade” está baseado em duas variáveis: “*the scope for assessment and judgment left open to the decision-maker by the terms of his authority, and the surrounding attitudes of officials as to how the issues arising are to be resolved*”⁵⁶⁷. Há quem a considera um tipo de discricionariedade, como MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN⁵⁶⁸ e MARTIN BULLINGER⁵⁶⁹, que chamam, ao que aqui se denomina apreciatividade, **discricionariedade táctica** (*taktisches Ermessen*). Tal modalidade é configurada como aquela que a norma concede à Administração “*para que pueda realizar flexiblemente y de la manera más*

⁵⁶⁶ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 23.

⁵⁶⁷ Outros doutrinadores que também a deniminam de discricionariedade são: RICO, José María. El poder discrecional de la policía y su control. In: RICO, José María (coord.). Policía y sociedad democrática. Madrid: Alianza, 1983, p. 217; LIPSKY, Michel. Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services. New York: Russell Sage Foundation, 1974, p. 14; KADISH, Mortimer R.; KADISH, Sanford H. Discretion to disobey: a study of lawful departures from legal rules. Stanford, California: Stanford University Press, 1973, p. 44; HAWKINS, Keith. Using judicial discretion. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 39 e 41; LIPSKY, Michel. Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services. New York: Russell Sage Foundation, 1974, p. 7; entre outros.

⁵⁶⁸ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 130.

⁵⁶⁹ BULLINGER, Martin. La discrecionalidad de la Administración Pública: evolución, funciones, control judicial. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madrid, n. 4, p. 896-911, oct./dic. 1987, p. 902.

efectiva posible una finalidad estratégica, adaptándose a las cambiantes circunstancias reales del caso individual". Já EVA DESDENTADO DAROCA⁵⁷⁰ denomina essa possibilidade de **discrecionariedade instrumental**, configurando-a com uma atividade em que o agente público executor se vê obrigado a utilizar seu próprio discernimento na eleição e uso dos critérios para a tomada de decisão.

Há, também, quem evite utilizar o termo discrecionariedade, então, preferindo outros referentes a "margens", como JAVIER BARCELONA LLOP⁵⁷¹, que a chama de **folga ou margem de apreciação**. E há, ainda, quem mencione **margem de confiança**⁵⁷² e **margem cognitiva de apreciação**⁵⁷³.

Ainda, entre as diferentes terminologias para denominar o que aqui se pretende chamar apreciatividade, existe quem a chame **liberdade de manobra** ou "**freedom of manœuvre**"⁵⁷⁴, para designar qualquer tipo de atuação de eleição livre por parte da Administração; "**street discretion**"⁵⁷⁵, para descrever uma ampla liberdade de decisão dos agentes da rua (*street-level bureaucrats*); "**apprezzamento**"⁵⁷⁶, para referir-se aos inevitáveis momentos de liberdade pelos quais o administrador necessariamente passa, seja para interpretar a norma que a Administração tem de aplicar, seja na fixação dos fatos que serão pressupostos de sua atuação e, para não estender mais; "**Definitionsmacht**"⁵⁷⁷ (poder de definição), para, por exemplo, referir-se às decisões feitas na rua para delinear o cumprimento da norma no direito penal.

⁵⁷⁰ DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997, p. 61-69.

⁵⁷¹ BARCELONA LLOP, Javier. El régimen jurídico de la policía de seguridad (un estudio de Derecho Administrativo). Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, p. 241 e 242.

⁵⁷² BARNES VÁZQUEZ, Javier. La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (Art. 19. IV). In: BARNES VÁZQUEZ, Javier (coord.). La justicia administrativa en el derecho comparado. Madrid: Civitas, 1993, p. 178.

⁵⁷³ ALONSO MAS, María José. La solución justa en las resoluciones administrativas. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 541.

⁵⁷⁴ HARLOW, C.; RAWLINGS, R. Law and Administration. 2.ed. London: Butterworths, 1997, p. 617.

⁵⁷⁵ BROWN, Michael K. Working the street: police discretion and the dilemmas of reform. New York: Russell Sage Foundation, 1988.

⁵⁷⁶ PRETIS, Daria de. Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica. Padova: Cedam, 1995, p. 363.

⁵⁷⁷ FEEST, Johannes; BLANKENBURG, Erhard. Die Definitionsmacht der Polizei. Dusseldorf: Bertelsmann, 1972.

JOÃO RAPOSO (RAPOSO, João. Autoridade e discrecionariedade: a conciliação impossível?. In: AA. VV. Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao prof. Doutor António de Sousa Franco. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, v. 2, p. 412), por exemplo, afirma que "*poder de definição*" significa um leque de opções que se abre aos agentes policiais em seu desempenho de suas atividades cotidianas.

Apesar de observar muitas semelhanças nestes conceitos com a denominada apreciatividade, a verdade é que ninguém parece fazer uma diferenciação entre o que se propõe chamar apreciatividade e as outras formas de subjetividades ou autonomias públicas até aqui tratadas, tampouco se observa a realização de um estudo profundo. Os autores se limitam a mencionar ou levantar polêmicas, mas não tratam de desenvolver uma análise sobre tais institutos. É isso o que se fez ao desenvolver a **teoria da apreciatividade** do doutorado realizado na Universidad Compluense de Madrid⁵⁷⁸.

Utiliza-se o termo apreciatividade por vários motivos, mas, por ora, focalizar-se-á os três principais. Primeiro, para evitar uma contradição com outros institutos, como se percebeu na análise realizada anteriormente. Segundo, como se demonstrará nas próximas páginas, o que se pretende denominar aqui como apreciatividade é substancialmente diferente de qualquer das nomenclaturas mencionadas, sendo merecedora de um termo novo, ainda que suponha a necessidade de criar uma nova palavra, como se explicou na introdução. Terceiro, porque o núcleo central da tese que se pretende defender neste trabalho é que exista, fora a liberdade de conformação, a discricionariedade administrativa em seu sentido técnico-jurídico e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, outra forma de subjetividade ou autonomia pública administrativa que se denomina, como já se referiu, apreciatividade.

Deve-se tomar cuidado ao analisar esse tópico, pois a doutrina nacional não vem dando a devida importância ao tema. Até mesmo a doutrina estrangeira que se analisou dedica poucas páginas ao tratar de um assunto de extrema relevância jurídica e prática. A apreciatividade pode (e deve) ser tratada como uma categoria global e autônoma. Assim, passa-se a tratar da apreciatividade administrativa.

7.3 Atividade apreciativa da Administração

A apreciatividade é aquela **margem de liberdade residual** que a Administração dispõe para adotar uma eleição/decisão ante situações de fato que assim requeiram. São os casos em que as garantias procedimentais praticamente não existem. A motivação formal prévia tampouco existe nessas hipóteses, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação ulteriormente.

⁵⁷⁸ SADDY, André. El concepto de apreciatividad en el derecho administrativo: analogías y diferencias con la discrecionalidad administrativa. Rio de Janeiro: CEEJ, 2019 (Prólogo do Prof. Dr. José Eugenio Soriano Garcia).

Trata-se de hipóteses, como já se esclareceu, que não podem ser aceitas como liberdade de conformação ou de configuração, como discricionariedade em sentido técnico-jurídico ou como uma margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, mas que também concedem valorização na tomada de decisão/decisão.

Esta margem de liberdade é onipresente em qualquer atuar administrativo, além disso, como já mencionado, é residual, pois, se não for nenhuma das 3 (três) subjetividades ou autonomias públicas anteriores, será a apreciatividade.

Como se observou, na prática, é quase impossível para uma norma, por mais vinculante que seja, expressar quando, onde e como deve atuar o agente público, isto é, determinar o exato momento, lugar e modo de atuação. O que leva à conclusão de que a apreciatividade, que igualmente é essa liberdade, afinal de contas, também é toda operação de discernimento ou ajuizamento da aplicação da ordem, está sempre presente no exercício das outras subjetividades ou autonomias públicas, por isso se entende onipresente. Logo, pode haver apreciatividade sem qualquer das outras formas de subjetividades/autonomias até aqui analisadas, mas inexiste alguma das outras subjetividades/autonomias sem apreciatividade⁵⁷⁹. É assim porque, inclusive diante de ações deônticas, sempre haverá uma manifestação não deôntica. A atividade administrativa se desenrola sobre situações fáticas que incidem diretamente nos destinatários ou receptores de sua atividade, ademais, ignora o momento, o lugar, a importância e, em geral, as circunstâncias de aparição dessas situações.

Na apreciatividade, o agente público se sujeita a um pressuposto fático, a seu juízo individual, a fim de valorar se encaixa ou não em algumas previsões legais, tendo assim uma liberdade de movimentos, dada, principalmente, a natureza imprevisível dos fenômenos da vida real que podem requerer sua intervenção. Tal margem de manobra não costuma vir explicitada nas normas jurídicas que habilitem a competência ou conduta, pois é inerente e natural de algumas funções, estando, portanto, implicitamente atribuída, inferida normalmente de uma interpretação sistemática.

⁵⁷⁹ DENIS J. GALLIGAN (GALLIGAN, Denis J. *Discretionary powers: a legal study of official discretion*. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 33 e 35) afirma: “even though the standards are settled and clear, the deciding authority has a sphere of autonomy in applying them to the facts”. Isso porque. “it recognizes that the decision as to whether a given situation falls within an authoritative standard often involves elements of judgment, opinion, and appreciation, such that reasonable persons may sometimes come to different conclusions each of which is itself reasonable”. Portanto assume que o que ele chama de discricionariedade é uma qualidade inerente de qualquer decisão humana.

Trata-se de uma subjetividade ou autonomia pública aplicável a qualquer nível de agente, desde o de elite, o gestor/supervisor e o da linha de frente, no entanto ela se amplia quando diante desses últimos.

MICHEL LIPSKY⁵⁸⁰ é um dos maiores defensores da existência de um espaço de liberdade dos servidores que atuam na linha de frente ou que tenham contato direto com os cidadãos, por isso, alude que “*unlike lower-level workers in most organizations, street-level bureaucrats have considerable discretion in determining the nature, amount, and quality of benefits and sanctions provided by their agencies*”. Sustenta que muitos dos problemas que ele trata em seu livro desapareceriam caso os agentes não possuíssem a discricionariedade, mas refere que “*certain characteristics of the jobs of street-level bureaucrats make it difficult, if not impossible, to severely reduce discretion. They involve complex tasks for which elaboration of rules, guidelines, or instructions cannot circumscribe the alternatives*”. É assim, segundo o autor, porque tais agentes trabalham, normalmente, em situações muitas complicadas, o que dificulta que a discricionariedade seja reduzida a formatos previamente programados. Alega, também, que o fato de que a conduta de tais agentes necessite de resposta a situações de dimensões humanas dificulta sua eliminação. Eliminar a discricionariedade de tais agentes obrigará a fazer o mesmo com a discricionariedade dos agentes de nível baixo.

Muitos agentes públicos, em seu dia a dia, trabalham atuando por meio de seus próprios juízos⁵⁸¹. Os superiores hierárquicos estabelecem critérios ou

⁵⁸⁰ LIPSKY, Michel. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services*. New York: Russell Sage Foundation, 1974, p. 14 e 15.

⁵⁸¹ Discute-se na doutrina se esse julgamento vem sendo incrementado ou reduzido. MICHELLE A. JOHNSON, JULIAN CHUN-CHUNG CHOW, VIRGINIA KETCH e MICHAEL J.AUSTIN (JOHNSON, Michelle A. et al. Implementing Welfare-to-Work Services: A Study of Staff Decision-Making. *Families in Society: The Journal of Contemporary Social Services*, Milwaukee, v. 87, n. 3; p. 317-328, Jul-Sep 2006, p. 317), ao tratar sobre discricionariedade social, enfatizam um incremento da discricionariedade do agente de linha de frente que implementa uma política social em seu dia a dia: “*Today, frontline staff have more flexibility and discretion in their jobs than they had prior to welfare reform*”. Em seguida, falam de uma discricionariedade dos agentes em influir o acesso de participantes e em definir os termos da participação social. Cita que o nível de discricionariedade se reflete no desenho do programa social que, por exemplo, obriga o agente a optar por oferecer ao participante quando pela primeira vez acessa o sistema, ou seja, oferece-se um conjunto de ajudas, uma ajuda financeira ou um plano de serviços.

Em sentido contrário, TONY EVANS e JOHN HARRIS (EVANS, Tony; HARRIS, John. Street-Level Bureaucracy, Social Work and the (Exaggerated) Death of Discretion. *British Journal of Social Work*, Oxford, v. 34, n. 6, p. 871-895, Sep 2004, p. 871) questionam a discricionariedade dos agentes da rua. Para esses autores, muitas formas da administração erradicam ou reduzem a discricionariedade, não apenas porque empregam tecnologia de informação, senão também por um controle de supervisão próximo. Ambas as perspectivas possuem a tendência de tratar a discricionariedade profissional como

políticas, mas a aplicação destes são atuações realizadas com uma margem de liberdade, geralmente, executadas pelos agentes que estão em contato direto com o cidadão.

Recorde que o aparato administrativo está composto por distintos níveis de agentes, todos e cada um com uma função importante dentro da máquina administrativa. Todos esses agentes analisam fatos e estabelecem critérios interpretativos. No seu dia a dia, independentemente do nível que se encontram, utilizam-se, como referido, de discernimento ou ajuizamento para aplicar normas. Estabelecer critérios e subcritérios, ponderando interesses e fatores em conflito e atribuindo pesos relativos às opções que tenham, são condutas rotineiras, regulares e cotidianamente realizadas por todos os agentes públicos, desde o presidente da República até o serventuário que atende o cidadão em qualquer repartição.

Todos esses agentes, de forma deliberada, pensando sobre o plano e o propósito da norma, refletem a respeito da sua aplicabilidade, por ser já considerada a norma obsoleta ou injusta; por falta de recursos financeiros; por um sistema social por debaixo das necessidades; porque a cultura da localidade autoriza determinada circunstância, não considera tão grave e até, inclusive, permite-a entre muitas outras situações. Não se pode contemplar os agentes que assim atuam como usurpadores de autoridade nem infringentes do princípio da legalidade, pois o sistema modula suas funções para ser assim. Afinal de contas, não há nenhuma sanção substancial contra tais eleições ou decisões; pelo contrário, há, muitas vezes, sanções em caso de que o agente não respeite a ordem. É bem sabido que o legislador não faz a norma de maneira perfeita, não é possível detalhar todas as situações suscetíveis de acontecerem, por isso, muitas vezes, a não execução de uma norma, por exemplo, serve em certa medida para compensar tal inabilidade.

Essa liberdade de atuação aqui denominada apreciatividade administrativista é outorgada aos agentes de maneira distinta das demais subjetividades ou autonomias públicas existentes. A apreciatividade deriva de outras fontes. Ela é decorrente das indeterminações do Direito, como o conteúdo

um fenômeno que ou está presente ou ausente e repousa em uma hipótese de que é evidentemente um “*good thing*”. Afiram que a proliferação de “*rules and regulations*” não deveria ser sinônimo de maior controle sobre a discrição profissional, pois, paradoxamente, quanto mais normas se criam, mais discricionariedade existirá. Também colocam que a discricionariedade não é nem boa nem ruim. Em certas circunstâncias, pode ser um atributo profissional importante, e em outras circunstâncias, pode ser um pretexto para que os responsáveis adotem decisões políticas em que poderão se esconder ou pode ser uma oportunidade para o abuso de poder dos profissionais.

do Direito, os defeitos do sistema jurídico, da interpretação sistemática de um conjunto de normas e, principalmente, do exercício funcional.

A apreciatividade, normalmente, é concedida por outras fontes que não são as normas de conduta e competência, como as orientações políticas do governo; as diretrizes efetuadas pela própria Administração; a autoridade administrativa hierárquica; os códigos de conduta e ética; os guias, os manuais da atividade; os treinamentos; as escolas de formação; a resolução contínua de igual forma de hipóteses semelhantes (aspectos conhecidos como o precedente administrativo); a celebração prévia ao exercício do poder de um convênio de um sujeito privado; as declarações de juízo emitidas por um órgão distinto daquele a quem corresponde iniciar, instruir ou resolver o procedimento, conhecido como informe; e até, inclusive, a intuição.

Normalmente, a atribuição da apreciatividade para eleger ou decidir entre atuar ou não e, quando se decide, escolher atuar entre uma infinidade de possibilidades, alternativas ou opções a seguir significa que o agente, em caso de colisão com outros bens ou tarefas, pode dar prioridade a mais importante ou urgente e delegar para um segundo plano o que é secundário e pode esperar.

Muitas ações administrativas estão à margem de qualquer regulamentação, nem sempre as fontes habilitadoras descrevem todas as condutas. Mesmo assim, tal atuação se trata de uma atividade administrativa de prestação para atenção direta de interesses públicos para o qual o seu executor direto se vê rodeado de “*subjetividades*”. Tais decisões subjetivas são praticamente imunes a um controle, já que não é possível reproduzir em um processo a situação de iminência. Isso não significa que a apreciatividade carece de limites, mas estes não podem aplicar-se, então, senão de uma forma muito flexível (erros absolutos de apreciação, medidas totalmente desproporcionais, etc.), pois, do contrário, o sentido da responsabilidade jurídica poderia paralisar os órgãos de decisão, tornando a intenção de impor alguns limites abstratos e rígidos a seu exercício de total futilidade.

A ação apreciativa do executor administrativo possui dificuldade de controle. Mas, em compensação, quando ela é controlada, estão disponíveis todos os elementos jurídicos existentes no Direito. Deve o controlador, no entanto, levar em consideração que, ao tomar uma decisão com apreciatividade, o administrador a realizou por meio de um juízo de valor influenciado por questões psicológicas, pressão, grau de informação, grau acadêmicos, preconceitos⁵⁸², entre outros que

⁵⁸² Não se deve esquecer que a Administração atua por meio de pessoas físicas com suas fraquezas, paixões, preferências e pontos de vistas particulares, assim, propiciando que, em determinadas ocasiões, prevaleçam outros interesses em lugar dos interesses objetivos da coletividade aos que estão destinados

possam aparecer na fase de controle e que apenas ulteriormente possam ser avaliados mediante todas as normas, regras, princípios e demais elementos do Direito, que esse executor jamais poderia ter a pretensão de pensar no momento do fato administrativo.

FRIEDRICH A. HAYEK⁵⁸³ aceita que a “*discrpcionariedade*” seja, em certo sentido, necessária para o funcionamento do governo, mas entende essa como um anátema para o Estado liberal quando se afirma que os agentes têm poderes que afetam a esfera privada do indivíduo, cujos critérios para seu exercício se deixam aos próprios agentes. O perigo do que ele denomina *discrpcionariedade*, nesse sentido, é que seu exercício depende das preferências dos agentes, os quais, a sua vez, podem ser determinados por valores e objetivos variáveis. E isso significa, segundo o autor, que o indivíduo está sujeito à coação dos agentes estatais e, sob esse enfoque, estes têm o controle sobre a vida daquele, até o extremo de impedir-lhe de planejar suas próprias decisões. Uma coerção desse tipo é uma espécie de privação de liberdade, pois a liberdade é o resultado da existência de uma esfera de atividade protegida por normas e que tais agentes não podem interferir, exceto se a norma possibilita.

Ademais, o mais comum é que a eleição ou a decisão não seja reversível, inclusive se, *a posteriori*, sua opção seja declarada como ilegal. Não há como regressar ao *status quo*.

a servir (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. De la arbitrariedad de la Administración. 5. ed. Madrid: Civitas, 2008, p. 134).

JUAREZ FREITAS (FREITAS, Juarez. Teoria da decisão jurídica: como vencer falácias e armadilhas psicológicas. In: CUNHA, Paulo Ferreira da (org.). Direito natural, justiça e política: II Colóquio Internacional do Instituto Jurídico Interdisciplinar [da] Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 559-599, v. I) traz uma série de mecanismos de como não interpretar determinada norma e, na sequência, aconselha como decidir. Depois de expor muitíssimos argumentos que não admitem uma única resposta jurídica correta, analisa como evitar falácias e armadilhas psicológicas que, não raramente, convertam a *discrpcionariedade* em arbitrariedade. Sobre como não interpretar o sistema jurídico, enumera as falácias incompatíveis com as decisões justas, entre elas: desintegração, hiperintegração, genética, “*ad populum*”, “*as misericordiam*”, da divisão, do acidente, do consenso, “*as hominen*”, da ameaça, da autoridade e “*ad ignorantiam*”, da petição do princípio, de expressões ambíguas, da sequência irresistível, das mãos contaminadas. Em seguida, focaliza as armadilhas psicológicas, entre elas: da âncora, do “*status quo*”, de proteger decisões anteriores ou do capital empenhado, da conformação das evidências, do enquadramento, do excesso de confiança, da evocação distorcida, da cautela excessiva, da adivinhação, da surpresa. No todo, afirma ser imprescindível entender melhor como funcionam as mentes humanas para, desse modo, aperfeiçoá-las com o propósito de melhor julgar e decidir.

Há aqui de ter em consideração a saúde psicossomática e profissional do agente público que pode influenciar sobremaneira sua decisão. A este respeito *vide* mais sobre: síndrome de Burnout, estresse de trabalho e outros efeitos psicofísicos e traumáticos.

⁵⁸³ HAYEK, Friedrich A. The constitution of liberty. Chicago: University of Chicago Press, 1960, p. 211 e ss.

Deixar esse executor sob a eterna tensão de ser responsabilizado por tal atuar ou, ao contrário, por sua omissão, pode equiparar-se a deixar de proteger a ação administrativa, o “*serviço público*” e, consequentemente, o administrado. Além disso, pode-se promover o desinteresse dos bons profissionais pela função administrativa em razão do medo de assumir o risco de responder pessoalmente por suas condutas. A verdade é que, se toda norma jurídica fosse executada de maneira estrita, viver-se-ia em uma sociedade insuportável.

7.4 Conceito de apreciatividade administrativa

A apreciatividade administrativa é a *margem relativa de liberdade/autonomia/volição que se projeta sobre fatos e critérios interpretativos, variando a intensidade de acordo com o âmbito que se exerce – existente em toda tomada de decisão na qual o agente público utiliza uma operação de discernimento ou ajuizamento para aplicar a norma –, usando-se de critérios e subcritérios, ponderando interesses e fatores em conflito e atribuindo pesos relativos às opções que tenham decorrentes das indeterminações do Direito, como o conteúdo do Direito, os defeitos do sistema jurídico, da interpretação sistemática de um conjunto de normas e, principalmente, do exercício funcional.*

Refere-se, comumente, a ações não deônticas, sem prévio procedimento administrativo e não tendo, necessariamente, um ato administrativo formal ao final de seu exercício, mas atendendo, mormente, aos interesses públicos, mesmo que tenha de se afastar ou desviar da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma – ou seja, da letra estrita da lei – para atingir a finalidade e o propósito da norma jurídica por razões comprovadas de especial relevância.

Do conceito exposto, podem ser extraídos 3 (três) elementos essenciais, quais sejam:

- (i) margem relativa de liberdade/autonomia/volição que se projeta sobre fatos e critérios interpretativos;
- (ii) existente em toda tomada de decisão na qual o agente público utiliza uma operação de discernimento ou ajuizamento para aplicar a norma, usando-se de critérios e subcritérios, ponderando interesses e fatores em conflito e atribuindo pesos relativos às opções; e
- (iii) decorrentes das indeterminações do Direito, como o conteúdo do Direito, os defeitos do sistema jurídico, da interpretação sistemática de um conjunto de normas e, principalmente, do exercício funcional.

7.5 Elementos constitutivos do conceito

7.5.1 Margem relativa de liberdade/autonomia/volição que se projeta sobre fatos e critérios interpretativos

A apreciatividade, assim como as outras subjetividades ou autonomias públicas, é, em sua essência, uma margem de liberdade/autonomia/volição para eleger ou decidir. A diferença é que a margem de liberdade da apreciatividade projeta-se sobre fatos e critérios interpretativos, variando a intensidade de acordo com o âmbito que se exerce.

É uma margem e, portanto, um espaço que, por natureza, é limitado. Por isso, não se pode aludir que tal margem é absoluta, mantendo a característica de margem relativa também presente nas outras formas de subjetividades/autonomias públicas, visto que nada atualmente foge do Direito, tudo está submetido ao ordenamento jurídico em geral, aos interesses públicos, à boa administração, à eficiência e ao resultado.

O número de eleições/opções existente, no entanto, tende ao infinito, variando conforme a quantidade de possíveis eleições ou decisões na realidade analisada. Não se está aqui limitando as consequências jurídicas oferecidas alternativa e/ou disjuntivamente pela norma, como na discricionariedade. Por não ser derivada da norma jurídica, a apreciatividade não é a autonomia de optar entre tais elementos perceptivos. Trata-se de um processo volitivo no qual existem possíveis diferentes soluções, todas corretas, e que não estão presentes em nenhuma ordem normativa, ao menos não de forma explícita.

A apreciatividade possui dois momentos, o primeiro em que se constata a ocorrência de uma situação de fato; e o segundo que supõe optar entre as formas e os meios materiais que será necessário utilizar. São instantes dissociáveis, por certo, ainda que no tempo geralmente aparecer imediatamente vinculado.

A liberdade a respeito da **apreciação dos fatos** e, quando for possível, da valorização da prova, implica necessariamente juízos de valor apreciativo. Assim também entende BERNADO DINIZ DE AYALA⁵⁸⁴. Para ele, na liberdade probatória, existem dois momentos não coexistentes no tempo, mas sucessivos. Em primeiro, o órgão administrativo aprecia livremente todas as provas, depois se vê na obrigação de seguir a única via possível, adotando a única decisão que as provas apoiam. Assim, na preparação da decisão, a Administração possui uma

⁵⁸⁴ AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 112.

margem de manobra, mas, na decisão propriamente dita, não. Por isso, afirma o autor que a liberdade probatória possui uma dupla natureza, no plano prático, tem uma margem de livre apreciação, mas, no plano teórico-jurídico, é uma decisão vinculada.

Há, também, quando for possível, uma margem de liberdade apreciativa em relação com os **critérios interpretativos**. MANUEL SEGURA ORTEGA⁵⁸⁵ recorda que todos os ordenamentos jurídicos reconhecem a existência de uma multiplicidade de critérios que podem ser utilizados pelo intérprete e assinala que tais critérios aumentam a margem de liberdade de quem os utiliza. É assim por duas razões, argumenta o autor: “*en primer lugar porque ninguno de los criterios interpretativos tiene un significado preciso y, en segundo lugar, porque tampoco existe un orden de preferencia*”. Dessa forma, pode-se utilizar qualquer dos critérios, dessa maneira, abrindo o leque de possibilidades a respeito do número de decisões que se pode adotar.

Nesse momento, o agente interpretará a norma. Interpretar uma norma envolve, minimamente, descobrir seu significado, caracterizar o problema e julgar se o problema é abordado pela norma. Por isso, para muitos, a “*discricionariedade*” ainda era compreendida como um tipo particular de interpretação⁵⁸⁶. Porém, na atualidade, um processo de interpretação existe toda vez que seu objetivo é subtrair o real sentido do enunciado da norma jurídica. Surge ela do fato de que a norma, ocasionalmente, alberga diversos sentidos possíveis, cabendo ao intérprete definir qual seja o verdadeiro. No entanto há quem entenda que na interpretação se exclui a possibilidade de mais de uma solução correta, não existindo interpretações mais ou menos adaptadas, mas uma

⁵⁸⁵ ORTEGA, Manuel Segura. Sentido y límites de la discrecionalidad judicial. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 67 e 68.

⁵⁸⁶ JEFFREY L. JOWELL (JOWELL, Jeffrey Lionel. Law and bureaucracy: administrative discretion and limits of legal action. New York: Dunellen Pub. Co, 1975, p. 156): “*Discretion [...] refer to the room for decisional manouvre possessed by a decision maker. Discretion is rarely absolute, and rarely absent. It is a matter of degree, and ranges along a continuum between high and low. The decision maker has a high degree of discretion when he is guided only by such vague standards as “public interest” and “fair and reasonable”. Where his discretion is low, the decision maker is limited by rules that do not allow much scope for interpretation”.*

JOHN BELL (BELL, John. Discretionary decision-making: a jurisprudential view. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 98) infere que a discricionariedade está contida tanto na interpretação legal como, também, é consequência da não regulação legal.

Há muitos que entendem que existe uma identidade entre a interpretação e a discricionariedade, que entendem que a atividade interpretativa é uma atividade de tipo discricional, como HANS KELSEN e, em geral, a escola de Viena.

só interpretação⁵⁸⁷. Assim, interpretação é extrair do ordenamento jurídico as possibilidades de optar por uma ou outra solução, ambas fundamentadas na mesma norma. Ao terminar o trabalho de interpretação, começa a discricionariedade⁵⁸⁸; e, em ambas, existe a possibilidade de mais de uma solução correta. Portanto, a discricionariedade se vale do resultado oferecido pela interpretação, ou seja, a partir dos resultados, o agente público trabalhará sobre suas soluções para atender, então, os interesses públicos no caso concreto. Assim, a discricionariedade se exerce no momento que toma os conceitos construídos

⁵⁸⁷ Para MARÍA ISABEL GARRIDO GÓMEZ (GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. La discreción judicial en los Estados de Derecho contemporáneos. In: AA. VV. *La modernización de la justicia en España*: XXIII Jornadas de Estudio. Madrid: Ministerio de Justicia, 2004, p. 128), o poder é a fonte de legitimidade da qual emana a atividade, e o ato é a situação que habilita, permitindo adotar uma série de possibilidades de operar. Por atividade, entende-se o meio que materializa o poder conferido explicitamente. A operação exigida é a de um juízo de valor por meio da correlação entre a exigência presente na formulação da norma e a situação concreta. Diferenciando-se da interpretação em que está, constitui uma atividade receptiva, enquanto a anterior importa uma atividade ativa. Isto é, na interpretação, a solução justa a adotar não pode ser mais que uma, e, na operação discricional, há distintas soluções, todas elas exatas e justas. A interpretação, sustenta MASSIMO SEVERO GIANNINI (GIANNINI, Massimo Severo. L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoría generalé dell'interpretazione. Milano: Giuffrè, 1939, p. 12 e 34), é uma “operazione logica passibile di disciplina giuridica”, que, historicamente, é considerada como: “operazione lógica”, na qual é determinante a atividade intelectiva, mas que não tem espaço para a volição. Ademais, sustenta que (*ibidem*, p. 62): “non esiste interpretazione più o meno adatta, ma una sola interpretazione esatta”.

FRANCIS BENNION (BENNION, Francis. Distinguishing judgment and discretion. *Public Law*, London, v. 44, n. 3, p. 368-373, autumn 2000, p. 368): “Discretion is free, except for limitations placed upon it (expressly or impliedly) by the defining formula under which it is conferred. Judgment is necessarily restricted, because its sole purpose is to arrive at a conclusion of fact or law which accurately reflects reality. Discretion necessarily (by its nature) offers choice; judgment registers the functionary's assessment of a situation offering no choice. Discretion analytically offers a variety of outcomes; judgment but one”. Ele também afirma que no juízo tem “only one right answer” e na discricionariedade “there is no 'right' answer”. E termina resumindo: “With judgment the requirement is to assess and pronounce upon a factual or legal question; with discretion it is to determine how to exercise a power of choice. Broadly, discretion is subjective while judgment is objective. Discretion is free, except for limitations placed upon it by the defining formula. Judgment is necessarily restricted, because its purpose is to arrive at a conclusion which registers reality. Discretion necessarily offers choice; judgment registers the functionary's assessment of a situation offering no choice. Discretion analytically presents a variety of possibilities; judgment but one. Discretion offers looseness of outcome and scope for variation; judgment does not”.

⁵⁸⁸ STASSINOPoulos, Miguel. *Traité des actes administratifs*. Paris: LGDJ, 1973, p. 151.

Ademais KENNETH CULP DAVIS (DAVIS, Kenneth Culp. Discretionary justice: a preliminary inquiry. Hardcover: Greenwood Pub Group, 1969, p. 3) afirma: “when law ends, discretion begins”. TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid: Iustel, 2005, p. 132) critica tal ideia e assevera categoricamente que essa é inaceitável, pois “el Derecho, el razonamiento jurídico, no acaba, pues, donde la discrecionalidad empieza. Más bien ocurre todo lo contrario”. O Direito, para o autor, não pode se basear apenas na contingência de decisões discricionais, sem que ele redunde em prejuízo de sua capacidade de integração social.

pela interpretação e avalia-os uma vez mais para poder tomar sua decisão. É certo, porém, que não é fácil fixar critérios para definir onde termina o trabalho de interpretação e onde começa o da discricionariedade⁵⁸⁹.

Outro campo que também implica a apreciatividade está nas decisões realizadas de maneira **rotineira, regular e cotidianamente**. KEITH HAWKINS⁵⁹⁰, por exemplo, esclarece que:

[...] discretion is often exercised in routine and repetitive ways, and the frequency with which legal actors make decisions has important implications for the nature of their discretion [...] The experience of having to make regular and repetitive decisions leads to the development of shorthand ways of classifying cases and appraising each one by focusing on the extent to which it presents typical features [...] Repetitive decision-making builds up in the participants a stock of knowledge about the decision-making proclivities of others. Where discretion is exercised by those who know the decision-making behavior of other actors well, such familiarity allows a high degree of mutual predictability of decision-making. This can make it possible for decision-makers to penetrate or look behind earlier decisions to understand the ‘real meaning’ of a decision, much as people sometimes ‘read between the lines’ to understand what is really being said.

PETER K. MANNING⁵⁹¹, apesar de não tratar do uso da apreciatividade em situações rotineiras e repetitivas, visualiza-o em **situações adversas e críticas**, ou seja, trata o uso da apreciatividade em eventos raros ou de crises, que ele chama “*big-bang decisions*”.

Na apreciatividade, seu executor normalmente não tem tempo de refletir sobre seus juízos de valor. Por tal motivo, é fácil de enxergá-la em situações em que o administrador tenha de decidir com **agilidade, celeridade ou rapidez** e,

⁵⁸⁹ GAETANO AZZARITI (AZZARITI, Gaetano. *Della discrezionalità al potere*. Padova: Cedam, 1989, p. 331-334) adverte que a distância que separa a integração de uma norma da inovação de uma situação jurídica corresponde à distinção entre interpretação e discricionariedade. Enquanto a primeira é uma atividade necessária, a segunda é uma atividade eventual, existente somente quando tem atribuição de poderes. Mas ressalta que uma e outra mesclam-se até o ponto de ser difícil encontrar a distinção entre ambas. Aponta, ainda, que a decisão é consequência de uma série de fases e decisões parciais e que, por tal motivo, essa distinção, na prática, é complicada de demonstrar.

⁵⁹⁰ HAWKINS, Keith. Using judicial discretion. In: HAWKINS, Keith. *The Uses of Discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 39-41.

⁵⁹¹ MANNING, Peter K. ‘Big-bang’ decisions: notes on a naturalistic approach. In: HAWKINS, Keith. *The Uses of Discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

portanto, nas condutas realizadas com algum caráter de **imediatidade ou urgência**.

A apreciatividade, por derivar, com frequência, de atuações com algum caráter de imediatidade ou urgência, comumente, não possui alternativas ou opções exaustivas, senão que é sempre excludente. E ocorre ante uma situação concreta, em que se possam imaginar inumeráveis alternativas ou opções, formas de ação, omissão ou comportamentos considerados apropriados. A quantidade de formas dependerá das circunstâncias de cada situação e das atitudes da pessoa envolvida, que se configuram, inclusive, em limitações da apreciatividade, pois se pensa sempre que, em abstrato, haverá numerosas formas diferentes e possíveis de atuar ou não atuar. Afinal de contas, podem-se distinguir ações ou omissões que são apropriadas para diferentes etapas de qualquer eleição/decisão. É certo que ante situações hipotéticas, normalmente, haverá mais alternativas ou opções que frente ao caso concreto, o mesmo ocorre com a discricionariedade na norma em abstrato. A discricionariedade sempre terá alternativas ou opiniões exaustivas e excludentes, pois nesta as consequências da norma jurídica sempre oferecem mandatos preceptivos de formas alternativas e/ou disjuntivas. Inclusive a ideia de não poder dispensar a discricionariedade e a apreciatividade parte dessa concepção exaustiva. Pois saber o melhor modo de atuação, o que se deve fazer em determinada situação, como proceder em determinada circunstância, como lidar com diferentes casos e pessoas, tudo faz com que uma resposta absoluta seja impossível, levando o agente a ter uma margem de liberdade/autonomia/volição para a tomada de eleição/decisão.

É comum, também, que, na apreciatividade, os próprios agentes públicos que adotam decisões que eles mesmosão de executar. Segundo IÑAKI AGIRREAZKUENAGA⁵⁹², “*la urgencia con que la respuesta de la Administración ha de producirse en muchos casos determina que la Ley sitúe las potestades deliberativa y ejecutiva en unos mismos agentes, que, en los supuestos normales, son simplemente agentes de ejecución*”. Assim, na apreciatividade, é comum ver quem decide também executando.

A Figura 15 ilustra esta liberdade/autonomia/volição. A primeira imagem é atribuída ao Cartunista W. E. Hill e é um exemplo de **ilusão de ótica literal**. Neste caso, a mente humana recebe uma imagem, única informação visual e tenta preencher detalhes ou lacunas que, na verdade, não existem. Aqui, o olho e o cérebro escolherão e focalizarão um objeto específico. Isso fará com que parte da imagem apareça de um jeito ou de outro. Dependendo do que o cérebro escolhe focalizar, ele evidenciará duas imagens diferentes em uma, no caso, uma moça ou

⁵⁹² AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. La coacción administrativa directa. Madrid: Civitas, 1990, p. 391.

Teoria da Apreciatividade

uma senhora (imagem à esquerda). A segunda imagem tem autor desconhecido, mas foi publicada, pela primeira vez, na Alemanha, no final do século XIX. Trata-se de um dos primeiros exemplos de **ilustração ambígua**. Ela faz ilusão de uma cabeça de coelho-pato. Na imagem, o bico do pato torna-se a orelha do coelho, e o olho é desenhado de tal forma que se encaixa tanto para os animais do lado direito quanto do lado esquerdo (imagem da direita).



Figura 15 – Apreciatividade

Fonte: créditos na imagem

Utiliza-se tais imagens como exemplo de margem relativa de liberdade/autonomia/volição apreciativa, pois, a depender de quem as olha, a resposta varia conforme o que se vê, principalmente se for dado um tempo para a pessoa decidir e se não informar, de antemão, as opções do que ela poderá ver.

7.5.1.1 Conduta comissiva ou omissiva

A apreciatividade, uma vez que o agente tenha total liberdade de eleição/decisão, existirá em qualquer tipo de conduta (comissiva ou omissiva), sendo sua classe de opções muito mais diversificada e maior. Isto se equivale a dizer que o agente poderá praticar condutas apreciativas utilizando mecanismos

diversos expostos ou não por normas, pois sua atuação tem um número inimaginável de habilitadores.

Portanto, a omissão da Administração, seja genérica ou específica, dar-se-á ante o exercício da apreciatividade e não da discricionariedade, pois não necessita vir materializada em um ato administrativo. Imagine, por exemplo, um agente que, ao apreciar as suposições de fato, decide não atuar.

Tal conduta poderá ou não ser arbitrária, dependerá, portanto, de seu dever de atuar ou não. A inação apreciativa somente será configurada como ação quando existir uma norma que atribua efeitos jurídicos negativos ou positivos (silêncio administrativo). Aqui, poderá o agente, por exemplo, a propósito, não atuar, pois sabe que a ausência de contestação atribuirá um efeito e tal efeito transformará a conduta omissiva em ação.

Na discricionariedade e na margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, praticamente todas as manifestações de vontade são feitas por meio de condutas positivas. Não há conduta omissiva quando existem poderes atribuídos por meio dessas subjetividades/autonomias públicas.

Inclusive, quando se está diante de normas permissivas que permitem ao aplicador optar ou não pela realização das consequências jurídicas dispostas, não há omissão no caso de quem decida não atuar.

Sua atuação será uma ação, pois sempre que exerce a discricionariedade ou a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, sua conduta deve ficar formalizada em um ato administrativo.

A comunicação da decisão tomada é imprescindível quando diante da discricionariedade, sua ausência sempre será arbitrária e originária, o chamado vício de omissão da discricionariedade. Ou seja, a decisão de não realizar o estipulado em uma norma permissiva é, por si só, uma decisão que não deixará de ser caracterizada como uma atuação discricional, pois a decisão, ao final, deverá ser materializada em um ato administrativo.

7.5.2 Existente em toda tomada de decisão na qual o agente público utiliza uma operação de discernimento ou ajuizamento para aplicar a norma, usando-se de critérios e subcritérios, ponderando interesses e fatores em conflito e atribuindo pesos relativos às opções

Na apreciatividade, haverá uma operação de discernimento ou ajuizamento para a aplicação da ordem, dessa maneira, optar-se-á por **critérios e subcritérios, ponderar-se-á quanto aos seus interesses e fatores em conflito e atribuir-se-ão pesos relativos às alternativas ou opções que se tenha**. A

apreciatividade pode ser a ausência de critérios marcados pela norma, mas não a possibilidade de atuar sem critério algum.

DENIS J. GALLIGAN⁵⁹³ individua três elementos primários nas decisões: estar diante de fatos, estabelecer critérios e aplicar os critérios aos fatos. Para o autor, o que se chama aqui de apreciatividade está no segundo elemento, pois é o momento de estabelecer critérios ao fazer as operações de discernimento ou ajuizamento. Conclui, o autor, acrescentando que “*there is discretion in this sense, either because the standards leave room for variable interpretations, or because the official is left to create the standards for himself*”. Não só criar critérios, mas dar sentidos a eles e também estabelecer um *ranking* de importância. E complementa: “*It is useful analytically to separate these elements, but in practice they are likely to be closely interwoven; the creation of standards may occur in giving meaning to existing standards and the weighting of standards may be another way of both interpreting and creating. Discretion may be used to refer simply to the fact that an official in reaching a decision has to make assessments of one or other of these kinds*”. Também reconhece uma apreciatividade no terceiro elemento, pois o agente está obrigado ou não a aplicar os critérios e uma tomada de decisão que poderá ser feita de distintas formas. É praticar ou não a ação ou realizá-la de determinada maneira ou não. Aqui, a apreciatividade é a ação final e não um elemento ou etapa no curso da decisão. Assim, uma coisa é aplicar, outra é criar critérios.

A subjetividade ou autonomia pública em suas diferentes formas reside em todos os níveis de organização administrativa, desde o mais alto escalão até o mais baixo agente de campo ou das ruas. Na apreciatividade administrativa, o sujeito é o administrador, é a ele que se confere a margem de liberdade, autonomia ou volição.

A apreciatividade é muito mais evidente nos agentes que têm contato direto com os administrados, ou seja, daqueles que atuam na linha de frente. Ressalta-se, porém, que a apreciatividade é apenas mais evidente nesses tipos de tomadores de decisões, mas isso não significa que os demais tipos (administradores de elite e supervisores/gestores) não possuam apreciatividade. Conforme o até aqui exposto, fica claro que sim.

7.5.2.1 Servidores que atuam na linha de frente ou que têm contato direto com os cidadãos como sujeitos (*street-level bureaucrats*)

⁵⁹³ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 9-11.

Segundo MICHEL LIPSKY⁵⁹⁴, a discricionariedade – apreciatividade em nossa classificação – é necessária, pois estes agentes não podem depender de seus supervisores ou das normas para tomar suas decisões, afinal de contas, normalmente, não trabalham sob a observação direta de ninguém. Comumente, estão geograficamente distantes de seus superiores e a localização de seus trabalhos costuma ser imprecisa. Eles têm de tomar decisões no momento, o que implica decidir sozinhos e de forma “discricional”.

Além destas características, MICHAEL K. BROWN⁵⁹⁵ aponta que os agentes de campo ou das ruas trabalham em um ambiente incerto e, constantemente, faz-se necessário que se posicionem com relação a interesses dos grupos, como coloca o autor: “*The work environment of many street-level bureaucrats is uncertain, often volatile, and, most significant, enmeshed in politics. As they are engaged in the distribution of services or the regulation of social behaviour, street-level bureaucrats are subject to the contending claims of political groups and interests. What they do has demonstrable political consequences.*”⁵⁹⁶.

MICHEL LIPSKY⁵⁹⁷ identifica três condições que criam “discricionariedade”. Em primeiro lugar, os objetivos, leis e diretrizes (*goals, laws and guidelines*) que os “street-level bureaucrats” devem seguir são vagas e inconsistentes. Em consequência, “street-level bureaucrats” devem pessoalmente interpretar as normas. Em segundo lugar, eles trabalham com pessoas cujas circunstâncias são únicas, imprescindíveis e específicas. O contexto social é complexo e não pode ser capturado em regulamentos detalhados. Em terceiro lugar, a discricionariedade desenvolvida pelas circunstâncias supõe que os “street-level bureaucrats” realizam suas tarefas com base na experiência profissional, a qual proporciona margem para a “discricionariedade” pessoal.

⁵⁹⁴ LIPSKY, Michel. Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services. New York: Russell Sage Foundation, 1974, p. 7 e ss.

⁵⁹⁵ BROWN, Michael K. Working the street: police discretion and the dilemmas of reform. New York: Russell Sage Foundation, 1988, p. 34.

⁵⁹⁶ Afirma o autor que: “*This is especially so in the case of the police who, by virtue of their coercive role, are drawn into an antagonistic relationship with society. The police are expected protect people, to be fair and impersonal, and to uphold the law as well as enforce it; but they encounter hostility, requests to temper enforcement to mitigating circumstances, and demands that they break the law to preserve order. The police must continually reconcile conflicting moral and political imperatives, and consequently their relationship to the public is characterized by ambivalence and hostility*”.

⁵⁹⁷ LIPSKY, Michel. Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services. New York: Russell Sage Foundation, 1974, p. 7 e ss.

TONY EVANS e JOHN HARRIS⁵⁹⁸ distinguem duas perspectivas relacionadas com a apreciatividade – os autores falam de discricionariedade – em referências aos agentes que atuam em campo ou nas ruas. A primeira visualiza a “discricionariedade” como fundamental e necessária para que tais agentes façam seus trabalhos. As leis e diretrizes (*law and guidelines*) devem ser interpretadas por estes agentes e, quando isso ocorre, eles criam uma política organizacional⁵⁹⁹. Sob a segunda perspectiva, a “discricionariedade” dos agentes que atuam em campo ou nas ruas é vista como circunscrita pelas leis e diretrizes, assim como o aumento de seu poder de gestão. A dita discricionariedade também depende da economia e varia de uma situação a outra⁶⁰⁰.

7.5.2.2 Criadores de políticas públicas

Além de ser necessária e imprescindível a apreciatividade pela sua função, os agentes que atuam em campo ou nas ruas, ou o agente de linha de frente possuem um atributo importantíssimo dentro da sociedade, são agentes **criadores de políticas públicas**. Essa ideia de verdadeiros criadores de políticas se deve a KENNETH CULP DAVIS⁶⁰¹, que sustentava, em 1969, que os agentes de linha de frente são importantes criadores de políticas na sociedade, afinal de contas, são eles que devem decidir o que fazer quando se encontram ante um problema.

No mesmo sentido, MICHEL LIPSKY⁶⁰² aduz que a política pública é, efetivamente, o que os agentes de rua fazem, *in verbis*: “*street-level bureaucrats make policy in two related respects. They exercise wide discretion in decisions about citizens with whom they interact. Then, when taken in concert, their*

⁵⁹⁸ EVANS, Tony; HARRIS, John. Street-Level Bureaucracy, Social Work and the (Exaggerated) Death of Discretion. *British Journal of Social Work*, Oxford, v. 34, n. 6, p. 871-895, Sep 2004.

⁵⁹⁹ No mesmo sentido: DAVIS, Kenneth Culp. *Discretionary justice: a preliminary inquiry*. Hardcover: Greenwood Pub Group, 1969; LIPSKY, Michel. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services*. New York: Russell Sage Foundation, 1974; ELLIS, K.; DAVIS, A.; RUMMERY, K. Needs assessment, street-level bureaucracy and the new community care. *Social Policy & Administration* Hoboken, v. 33, n. 3, p. 262-281, setembro, 1999.

⁶⁰⁰ Neste sentido: HOWE, D. Knowledge, power and the shape of social work practice. In: DAVIS, M. (ed.). *The Sociology of Social Work*. London: Routledge, 1991; LUMBERLY, Mark. Care management and professional autonomy: the impact of community care legislation on social work with older people. *British Journal of Social Work*, Oxford, v. 28, n. 6, p. 863-878, dic. 1998.

⁶⁰¹ DAVIS, Kenneth Culp. *Discretionary justice: a preliminary inquiry*. Hardcover: Greenwood Pub Group, 1969.

⁶⁰² LIPSKY, Michel. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services*. New York: Russell Sage Foundation, 1974, p. 13.

*individual actions add up to agency behavior*⁶⁰³. K. ELLIS, A. DAVIS e K. RUMMERY⁶⁰⁴, em uma perspectiva distinta, identificam a “discricionariedade” como suporte das estratégias de gestão levando os vazios nas políticas públicas; por sua vez, M. BALDWIN⁶⁰⁵ se refere ao uso do que chama de discricionariedade como um enfraquecimento da política pública.

O perigo de que os agentes realizem políticas públicas está na sobreposição do Poder Executivo em relação com o Legislativo, visto que seriam estes os que determinam os critérios de atribuição de “*benefícios ou castigos*”, mais que os representantes diretamente eleitos⁶⁰⁶.

A grande dificuldade de ser criador de políticas, segundo JANET COBLE VINZANT e LANE CROTHERS⁶⁰⁷, vem do fato de que “*frontline public servants must deal with some of the most persistent and troubling problems in society*”, e afirmam que seu trabalho é tão complicado e difícil em virtude de numerosas razões. A primeira é porque tais agentes se enfrentam com uma ampla variedade de problemas e situações completas e imprevisíveis. Segundo, porque, na natureza de seu trabalho, “*many street-level public servants regularly exercise significant amounts of discretion as they do their jobs*”⁶⁰⁸. Para os autores, a “discricionariedade” é absolutamente essencial nestas funções, mas argumentam que não é por ter o que chamam de discricionariedade que seu exercício será sempre legítimo. É imprescindível distinguir entre o que eles chamam de ter discricionariedade, crer que se tem discricionariedade e exercer

⁶⁰³ WILLIAM KER MUIR (MUIR, William Ker. Police: streetcorner politicians. Chicago: University Pre, 1977. In: RAPOSO, João. Autoridade e discricionariedade: a conciliação impossível? In: AA. VV. Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao prof. Doutor António de Sousa Franco. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, v. 2, p. 415) assevera que “os gabinetes dos polícias estão numa esquina da rua e não nos corredores dos palácios”, mas que, com grande frequência, os procedimentos têm de ser escondidos *in situ* e executados de imediato com todas as dificuldades que dali se desprendem.

⁶⁰⁴ ELLIS, K. DAVIS, A.; RUMMERY, K. Needs assessment, street-level bureaucracy and the new community care. Social Policy & Administration, Hoboken, v. 33, n. 3, p. 262-281, setembro, 1999, p. 277.

⁶⁰⁵ BALDWIN, M. The positive use of discretion in social work practice: developing practice through co-operative inquirí. Issues in social Work Education, Leicester, v. 18, n. 2, p. 42-48, 1998, p. 42; e BALDWIN, M. Care Management and Community Care: Social Work Discretion and the Construction of Policy. Aldershot: Ashgate, 2000, p. 94.

⁶⁰⁶ COTTERRELL, Roger. The Sociology of Law: An Introduction. 2. ed. London: Butterworths/Oxford University Press, 1992.

⁶⁰⁷ VINZANT, Janet Coble; CROTHERS, Lane. Street-level leadership: discretion and legitimacy in front-line public service. Washington, DC: Georgetown university press, 1998, p. ix.

⁶⁰⁸ VINZANT, Janet Coble; CROTHERS, Lane. Street-level leadership: discretion and legitimacy in front-line public service. Washington, DC: Georgetown university press, 1998, p. 3-6.

discricionariedade. Poder-se-ia pensar que somente se exerce a discricionariedade (apreciatividade) quando se a tem, mas, também, quando se crê de tê-la⁶⁰⁹.

7.5.2.3 Principais características dos agentes que possuem apreciatividade

A apreciatividade é outorgada aos agentes públicos que possuem determinadas características. É claro que tais características são atreladas aos servidores que, principalmente, atuam na linha de frente (em campo ou nas ruas).

Além de precisar avaliar as situações nas quais se encontram, devem tomar as decisões em **curto espaço de tempo** e trabalhar em um **ambiente incerto** que os obriga a posicionarem-se com relação a interesses de grupos.

Há duas outras importantes características: visibilidade reduzida e vulnerabilidade de certas áreas.

A primeira está intimamente relacionada com a margem de liberdade/autonomia/volição. A generalidade dos agentes públicos, os quais estão em contato direto com o administrado no exercício de suas atividades, encontra-se em uma situação de **pouca visibilidade**. Na maioria de suas ações, não existem testemunhas (nem de seus superiores, nem de outros cidadãos que não aqueles que estão em contato direto com eles). Toda instituição deve preocupar-se pela supervisão do trabalho de seus agentes. No entanto, muitas vezes, as multiplicidades de situações, a mobilidade, a dispersão geográfica, os escassos meios, entre outros fatores, fazem com que muitas das atividades da Administração não sejam supervisionadas.

A outra característica se identifica como **áreas vulneráveis**. Existem determinadas funções que, por sua natureza e tipo de atividade, comportam uma maior vulnerabilidade da aparição de erros, inclusive ilícitos. Existem

⁶⁰⁹ Afirma que (*ibidem*, p. 35): “*Street-level servants often confront situations that are ambiguous, complicated, unpleasant, and sometimes even dangerous. In making decisions about how to handle these situations, there are multiple and sometimes competing variables which can influence their choices. In balancing these pressures, workers exercise discretion. A consideration of the legitimacy of those discretionary choices is necessary not only to improve the effectiveness of their choices, but also to fully understand worker discretion in the context of governance*”. Partindo desta concepção afirma que a decisão será legítima sempre que tenha um mínimo de aquiescência e aceitação da ordem política como genericamente razoáveis e completa afirmando que muitos doutrinadores examinam os conceitos de discricionariedade e legitimidade e afirmam que “*legitimate administrative discretion should be seen as a matter of constitutional principle (Rohr 1986), conservatorship (Terry 1990), morality and ethics (Lovrich 1981; Jos 1990), personal responsibility (Harmon 1990) stewardship (Kass 1990), practical wisdom or phronesis (Morgan 1990), citizenship (Cooper 1991), a means to check the power of politicians (Spicer 1990; Spicer and Terry 1993), and even potential heroism (Bellavita 1991)*”.

determinadas funções mais suscetíveis de criar tais oportunidades, daí que tais áreas devam ser ainda mais vigiadas.

O que caracteriza e evidencia, portanto, a apreciatividade é o juízo próprio do agente público em seu trabalho diário e, como este faz parte da Administração Pública, é correto afirmar que o sujeito da apreciatividade também o é a Administração. É possível aludir que o administrador diretivo⁶¹⁰, inclusive sem ter contato com o administrado, também, pode realizar a apreciatividade. Como exposto anteriormente, é ele a voz da Administração. A norma jurídica lhe concede competência para que defina a opção que a Administração seguirá, ou seja, as políticas públicas. Essa vontade, ou melhor, sua particular convicção em face do caso concreto, também, poderá ter traços de apreciatividade, pois exercerá uma margem de liberdade não previamente delimitada pela norma.

7.5.2.4 Tipos de condutas apreciativas

Apenas para exemplificar os diversos **tipos de conduta apreciativa**, pode-se citar: ignorância, rejeição, execução, transformação, controle, entre outros.

Quando um agente público **ignora**, não faz caso de algo ou de alguém intencionalmente, seja de maneira definitiva até que o administrado vá embora ou a coisa deixa de existir, seja de maneira temporal, até que o agente atue, tal situação se caracteriza como uma omissão ou inatividade da Administração.

A **rejeição** como técnica da apreciatividade ocorre quando há um desvio de conduta por parte do agente com relação ao que está sendo solicitado ou requerido. Um exemplo básico de desvio se produz quando o agente se nega a receber determinada demanda, dentro de um procedimento administrativo, para que não conste no processo o requerimento ou a solicitação de maneira formal. Pode ocorrer quando se informa de maneira seletiva, ou seja, quando se tem de informar sobre as normas aplicáveis, não informando, por exemplo, um direito ou o formulário correto para qualquer solicitação que o administrador necessite fazer. E, por fim, poderá haver rejeição quando o agente compara as solicitações com o fim de distribuir os recursos equitativamente ou quando outros creem que o administrado necessite ajuda ao rejeitar a solicitação de informação sobre os

⁶¹⁰ O administrador diretivo pode ser o chefe do Executivo ou seus subordinados. Sejam esses escolhidos para cargos de livre designação, com legitimidade de conduta extraída da própria representação do responsável pela nomeação, bem como se investidos por concurso público, com o tempo e/ou por mérito levam a posições de autoridades, e tem legitimidade extraída da lei, que lhe atribuirá competência para que sua vontade seja qualificada como vontade da Administração.

motivos em que atentar contra o direito do indivíduo e a livre determinação, por exemplo.

Quando a solicitação, a necessidade e a gama de serviços são aplicáveis, é fácil para o agente atuar nas condições imperantes. Daí que se utiliza a técnica da **execução** para decidir sobre o adiamento ou não das solicitações. Para que a solicitação proceda de acordo com a prática legal, pode-se, por exemplo, adaptar as investigações sobre o solicitado para que as solicitações possam ser concedidas. Tratar-se-á de classificar os solicitantes sobre a base de categorias de intervenção administrativa, para satisfazer a demanda de forma que se tenha uma maior eficácia e eficiência na gestão dos recursos.

Também, poderá, o agente, realizar condutas de **transformação** das necessidades dos solicitantes, assim como investigações individuais sobre as solicitações, além de organizar os recursos e deferir as solicitações de acordo com os serviços disponíveis e até mesmo negociar com o administrado para alcançar um consenso.

Por fim, poderá, nas condutas de apreciatividade, atuar ou não **controlando** a situação para garantir o acordo entre as necessidades dos administrados e a concessão de sua solicitação, seja por meio da comprovação de que existe uma situação alegada na solicitação, seja verificando que a concessão se presta segundo as diretrizes aplicáveis e que o concedido realmente foi outorgado, ou seja, comprovando que o concedido corresponde ao solicitado.

7.5.3 Decorrentes das indeterminações do Direito, como o conteúdo do Direito, os defeitos do sistema jurídico, da interpretação sistemática de um conjunto de normas e, principalmente, do exercício funcional

A discricionariedade deriva unicamente da vontade expressa do legislador, ou seja, é intencionalmente delegada ao administrador. Ela se produz quando o autor da norma autoriza ao aplicador de um modo expresso a escolher entre diferentes instrumentos. Assim, diversamente da discricionariedade, a apreciatividade não deriva exclusivamente da vontade expressa do legislador, ou seja, da norma jurídica intencionalmente delegada ao administrador⁶¹¹. Ela deriva

⁶¹¹ LUIGI BENVENUTI (BENVENUTI, Luigi. *La discrezionalità amministrativa*. Padova: Cedam, 1986, p. 252) coloca que: “in effetti, se un tratto tipico della discrezionalità è stato identificato nella presenza di una zona di libertà consistente nell’attribuzione normativa, pur secondo diverse combinazioni, di un an, di un quid o di un quomodo per l’azione, queste caratterizzazioni delle norme ci paiono l’unico dato certo riconoscibile da parte dell’interprete”. E explica que (*ibidem*, p. 326): “Tra queste, vengono in evidenza innanzitutto quelle in cui vi siano norme cosiddette “precise”, rispetto a cui l’organo amministrativo non abbia nessuna libertà quanto alla determinazione dei mezzi né sotto il profilo della

de outras indeterminações do Direito, como do **conteúdo do Direito**, dos **defeitos do sistema jurídico**, da **interpretação sistemática** de um conjunto de normas e, principalmente, do **exercício funcional**. Significa dizer que, em qualquer destes pressupostos, terá uma **habilitação implícita**, logo, a apreciatividade deriva de uma forma implícita; e não explícita.

Para a realização da apreciatividade, o executor não pode imaginar uma forma de atuação e simplesmente realizá-la. Os ordenamentos geralmente oferecem uma série de meios aos que devem apelar os agentes para realizar seu labor, mas, em todo caso, tais meios possibilitam sempre uma eleição e decisão entre alternativas ou opções diversas. Todo agente público está submetido ao Direito, devendo extrair do mesmo a justificação de suas eleições e/ou decisões. De modo que, quando as normas são vagas, incompletas ou se contradizem, é preciso ter em conta todos os princípios e valores sobre os quais descansa o sistema. É preciso, muitas vezes, fazer uma interpretação sistemática de todo o conjunto normativo para a tomada de uma decisão e isso, por si só, oferece ao administrador apreciatividade.

Segundo ÁNGELES RÓDENAS⁶¹², os aplicadores do Direito não são livres de descartar a norma que parece, *prima facie*, aplicável ao caso que têm em suas mãos. Não podem excepcionar ou excluir nem subsumir, sob essa norma, os supostos que estão fora de seu alcance ou excetuados da mesma, porque estão obrigados a demonstrar, em um e outro caso, à luz do sistema de princípios que dota de sentido a instituição ou o setor normativo⁶¹³.

Portanto, a **indeterminação do conteúdo** faz referência à criação dos direitos como consequências do conteúdo intencionalmente aberto dos sistemas jurídicos atuais. As Constituições modernas geralmente estabelecem um caráter conciliador cuja pretensão fundamental não é outra que a de possibilitar que o desenvolvimento dela pode fazer-se de diferentes modos em função das concepções ideológicas. Isso propicia que o legislador possa estabelecer distintos

scelta (an), né sotto quello del contenuto (quid), né sotto quello di altre circostanze (quomodo, che potrebbe avere riguardo al tempo e ai modi di emanazione del provvedimento)”.

⁶¹² RÓDENAS, Ángeles. En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación de normas. DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 24, p. 63-83, jan./dez. 2001.

⁶¹³ TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid: Iustel, 2005, p. 48) também afirma: “*la indeterminación del Derecho exige de los jueces un esfuerzo adicional sin duda alguna, un plus de rigor en el análisis del problema, que deben apurar hasta el final sopesando cuidadosamente todas y cada una de sus posibles facetas, que frene, justamente, la tentación de zanjarlo utilizando un arbitrio que la norma no ha querido otorgarles, ni les ha otorgado expresamente y que, por lo tanto, no pueden autoatribuirse*”.

conteúdos sem infringir o marco constitucional básico, podendo variar consideravelmente o conteúdo das normas⁶¹⁴.

Há, também, **indeterminação como consequência dos defeitos do sistema**, defeitos que inevitavelmente estão presentes em todos os ordenamentos e que se manifestam por meio da existência, por exemplo, de normas flexíveis ou elásticas, normas em branco e lacunas jurídicas. Para resolver tais falhas, possui o aplicador uma série de meios que implicam necessariamente em certa liberdade de eleição⁶¹⁵.

As **normas flexíveis ou elásticas** são aquelas cuja aplicação pode estender-se a outros casos ou supostos por elas contemplados, parecidos ou análogos porque respondem ao espírito da norma e nada se opõe à sua aplicação extensiva ou analógica. Deixam tais normas certa indeterminação, ou melhor, flexibilidade, com relação à sua previsão e, por conseguinte, à preceptiva, assim, revelando uma margem de permissibilidade. Daí que a flexibilidade da norma adquire importância quando se encontra relacionada com a adequação de um problema a uma situação concreta. Nesse marco, há quem sustente que os conceitos jurídicos indeterminados geralmente se denominam também normas flexíveis⁶¹⁶. Indica EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA⁶¹⁷ que os conceitos jurídicos indeterminados, contidos no que também se chamam normas flexíveis, são consubstanciais a toda técnica jurídica e não constituem uma particularidade do direito público, pois as normas flexíveis ou elásticas geralmente utilizam conceitos jurídicos indeterminados, que, como se observou, podem trazer uma margem de livre apreciação, mas nunca uma discricionariedade administrativa. No caso de que a indeterminação desejada por tais normas não derive destes conceitos jurídicos indeterminados, o juízo de valor existente será um juízo apreciativo.

As **normas em branco** são as normas incompletas em que o pressuposto das mesmas ou parte dessas encontre-se em outra norma distinta, de igual ou

⁶¹⁴ ORTEGA, Manuel Segura. Sentido y límites de la discrecionalidad judicial. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 26.

⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 41.

⁶¹⁶ LÁZARO GONZÁLEZ, I. Los menores en el Derecho Español-Práctica Jurídica. Madrid: Tecnos, 2002, p. 108.

⁶¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). Revista de Administración Pública, Madrid, Ano 12, n. 38, p. 159-208, may/ago. 1962, p. 171, posteriormente publicado em formato de livro: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discretionales, poderes de gobierno, poderes normativos. Madrid: Civitas, 1974.

inferior classe, à qual a primeira norma (a norma em branco) envia ou remete⁶¹⁸. São, portanto, remissões materiais para valorização que conferem ao respectivo aplicador uma especial “elasticidade” adaptativa da norma ao caso concreto. São remissões do Legislativo ao Executivo para que este complete, desenvolva ou concretiza a legalidade. Podem ser completamente em branco ou parcialmente em branco⁶¹⁹. Assim, tendo à vista seus inconvenientes em relação à legalidade administrativa, sua utilização deve ser devidamente justificada e sempre respeitar certos limites, entre eles: ser estritamente necessária por razão da complexidade da matéria concreta de que se trate; a remissão não pode ser incondicionada e sem conteúdo material, deve ter um conteúdo mínimo; e, ter uma cláusula de “remissão inversa” ou “cláusula de retorçam”, segundo a qual a aplicação da norma em branco se faz depender de que a norma regulamentária a que remete (norma complementadora) reenvie ou aluda, a sua vez, àquela, com objeto de que o destinatário da norma complementadora saiba que o descumprimento da mesma constitui infração administrativa e porta a uma sanção determinada⁶²⁰. As normas em branco se relacionam com a apreciatividade, pois podem envolver a atribuição de puros espaços de subjetividade/autonomia decisória.

A ideia de que as **lacunas jurídicas** geralmente são concebidas como fonte de discricionariedade, pois, para sua integração, deve-se realizar uma eleição entre alternativas ou opções, é errônea. Ainda que, com frequência, o problema das lacunas tenha sido relacionado com a indeterminação semântica, uma vez que são normalmente consequências de indeterminações linguísticas, cabe predigar a existência de lacunas em casos que não existe nenhum problema semântico relevante. A discricionariedade supõe uma renúncia do legislador a realizar uma regulação completa e exaustiva, e isso imprime certa semelhança

⁶¹⁸ Segundo PAULO OTERO (OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 895): “As ‘normas legais em branco’ traduzindo o fenômeno pelo qual uma norma com valor e força de lei, atendendo à incompletude do conteúdo da sua previsão, remete a respectiva integração, complementação ou determinação para instrumentos jurídicos (normativos ou não normativos) de grau ou nível inferior, suscitam delicados problemas em torno da reserva de lei, desde a norma principal, situando-se no domínio dessa mesma reserva de acto legislativo, comporte uma habilitação para fontes administrativas concretizarem inovadoramente algum dos seus pressupostos ou conceitos”.

⁶¹⁹ Apesar de serem normas de remissão, há de deixar claro que nem toda norma de remissão é uma norma em branco. Sua razão de ser está na complexidade técnica de certas matérias e sua vinculação a uma conjuntura mutável que as faz refratárias a um tratamento exaustivo por normas com rango de Lei e demandam inevitavelmente a colaboração regulamentaria. Tal maleabilidade e abertura trazem riscos de segurança, previsibilidade e igualdade da atuação decisória da Administração. Sem embargo, são necessárias tendo em vista a complexidade comentada.

⁶²⁰ CANO CAMPOS, Tomás. El régimen jurídico-administrativo del tráfico: bases históricas y constitucionales, técnicas de intervención y sanciones. Madrid: Civitas, 1999, p. 612-619.

com a lacuna jurídica, pois, nesta, a falta de regulação é um acidente. Na lacuna, a falta de regulação pode e deve ser integrada, já na discricionariedade a renúncia do legislador é desejada pelo mesmo e implica na atribuição de competência à Administração para que esta, em cada caso concreto, adote, conforme o marco previamente fixado, uma decisão⁶²¹. Assim, em um sentido geral, pode definir-se a lacuna como a ausência de uma solução normativa para uma questão jurídica. É a circunstância em que, em uma ordem jurídica determinada, não existe disposição aplicável a uma questão jurídica, ou seja, há lacuna quando o sistema jurídico carece de respeito de certo caso de toda solução normativa. Mas não se fala de lacuna quando o silêncio do Direito se produz em respeito àqueles aspectos da vida social que são juridicamente irrelevantes. Ademais, a lacuna jurídica é consequência dos defeitos do sistema, defeitos que inevitavelmente estão presentes em todos os ordenamentos. Tais defeitos, conquanto não outorguem discricionariedade, como já mencionado, geralmente, conferem apreciatividade a seu executor. Para resolver tais falhas, possui o aplicador uma série de meios que implicam necessariamente certa liberdade de eleição, e tal liberdade de eleição, por sua vez, é apreciativa⁶²².

Deste modo, a apreciatividade pode derivar de normas flexíveis ou elásticas, normas em branco e lacunas. A apreciatividade funcionará como um integrador de tais circunstâncias, inclusive, argumenta-se necessária quando o aplicador não pode se acudir ao Direito buscando uma resposta ao problema jurídico que deve dirimir. Aqui, o Direito apresenta uma indeterminação ou carência que deve ser resolvida por decisões de autoridade. Nestes casos se requer,

⁶²¹ Para NICOLÁS GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ (GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás. La “integración” de las cláusulas de atribución de potestades administrativas discrecionales. In: AA. VV. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*: I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Madrid: Civitas, 1996, p. 213 e 214): “*la discrecional supone estructuralmente una renuncia a la regulación completa y exhaustiva de la materia (determinados elementos de la potestad no están predeterminados normativamente), lo que le da una cierta semejanza con la laguna legal (materia no regulada, total o parcialmente, por la ley). Pero al contrario de lo que ocurre en ésta, en la que la falta de regulación es un mero accidente, que se enfrenta a la voluntad de complitud del ordenamiento jurídico y que, por ello mismo, puede y debe ser integrada, en la discrecionalidad, lo incompleto de la regulación es querida e implica la atribución de competencias precisamente a la Administración para que, en cada caso concreto, adopte, dentro del marco que se le haya fijado, una decisión configuradora y creativa al servicio de la finalidad establecida por la norma*”.

⁶²² Há quem afirme que somente as questões submetem a jurisdição dos Tribunais, ou seja, quando uma questão jurídica submete a jurisdição dos Tribunais carece de resposta correta é que existe lacuna jurídica. Caso assim seja, não se poderia falar de lacuna como fonte habilitadora de apreciatividade administrativa. A apreciatividade existente seria a judicial. Não parece acertada tal concepção, visto que, hoje em dia, a Administração, em muitos casos, integra uma lacuna jurídica para a tomada de decisão.

para sua integração, uma eleição entre alternativas ou opções, a qual, de modo peculiar, efetua-se entre alternativas ou opções extrajurídicas.

A apreciatividade deriva, também, da **função exercida** pelo agente que a executa. Ou seja, a apreciatividade, geralmente, não vem explicitada nas normas que habilitam competência ou conduta, pois é inerente e natural de algumas funções, estando, assim, implicitamente atribuída⁶²³. Muitas vezes, razões comprovadas de especial relevância para alcançar a finalidade do sistema, ou até, inclusive, as necessidades práticas, imprescindíveis e variáveis dos serviços, levam os agentes a preocuparem-se mais com a finalidade e propósito da norma do que com a letra da lei.

Os cientistas sociais tendem a conceber a margem de liberdade existente na função pública apenas relacionada à norma jurídica. As opções podem, às vezes, fazer-se em circunstâncias nas quais não há normas jurídicas discerníveis ou perceptíveis. Daí que se afirme que a apreciatividade deriva da função, além de ser de grande valor estratégico. Assim, o **exercício da apreciatividade não pode ser eliminado quando uma decisão é feita por um ser humano**. É ela uma **margem inescapável de liberdade**. É certo que, quando as normas jurídicas requererem, para sua aplicação, um juízo de valor, isso não significa a autorização de um juízo subjetivo, visto que pode ser objetivável. Porém precisa-se reconhecer que apenas até certo ponto esse juízo de valor será objetivável, e assim o é porque terá sempre, em maior ou menor medida, um âmbito de apreciação pessoal que adquire, a partir de algum momento, um sentido inevitavelmente subjetivo da tomada pessoal de posição, pois não é suscetível de fundamentação objetiva e apenas substituível por outro critério igualmente subjetivo.

As atribuições próprias da função, principalmente de quem trabalha na linha de frente ou na rua, oferecem como consequências objetivos vagos e, às vezes, contraditórios. Cria outra área muito importante de subjetividade/autonomia pública: o espaço no qual transformar a política nebulosa em ações práticas. Por último, a função é a que concede aos agentes públicos um espaço para promover seus próprios valores, interesses e necessidades⁶²⁴.

Há inclusive quem argumenta que a margem de liberdade existente na função aumenta ou diminui de acordo com o **nível de confiança**. Ou seja, quanto

⁶²³ K. TÜRK (TÜRK, K. Handlungsräume und Handlungsspielräume rechtsvollziehender Organisationen. In: BLANKENBURG, E.; LENK, K. (Coord.). *Organisation und Recht*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1980, p. 161) aponta que a discricionariedade tem relação com a autonomia funcional de quem toma a decisão.

⁶²⁴ LIPSKY, Michel. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services*. New York: Russell Sage Foundation, 1974.

mais confiança, mais liberdade. ALAN FOX⁶²⁵, por exemplo, afirma que quanto mais confiança possui o agente, mais discricionariedade terá: “*high-trust high-discretion*”. Para o autor, as variações nas relações de trabalho estão relacionadas com variações no conteúdo discricional das funções de trabalho. Aduz que a discricionariedade contida no trabalho “*tends to enlarge further in scope and importance*” como um se mover para cima na hierarquia ocupacional. Três grandes categorias de papéis no trabalho se descrevem. Cada uma destas síndromes de baixa, média e alta discricionariedade está fortemente associada com baixo, médio e alto níveis de confiança. Para o autor⁶²⁶, a confiança se ocupa “*with relationships which are structured and institutionalised in the form of roles and rules*”, e não com as relações pessoais entre os indivíduos, como o uso convencional da palavra. Segundo o autor, o trabalhador “*high discretion high trust*” possui um alto grau de compromisso moral na organização e também por uma vontade recíproca por parte dos empregadores e empregados para conseguir a favor de um para o outro. Essas relações, que se titulam “*social Exchange*”, caracterizam o emprego dos administradores, engenheiros, científicos e outros profissionais⁶²⁷.

Outros acrescentam a tal dicotomia (confiança-discricionariedade) à ideia de **responsabilidade** e esclarecem que a diferença entre o agente com graduação em comparação com o técnico é a responsabilidade. PATRICK MCGOVERN⁶²⁸ aduz: “*The duties and tasks of two technicians, for example, working with an engineer tended to be a diluted version of the work required of the engineer they reported to. The work of the engineer was therefore of more importance to the firm*”. Para o autor, a discricionariedade *per se* é menos importante do que parece para saber se o trabalhador é de confiança ou não. E coloca que, enquanto alguns técnicos possuem um elevado nível de discricionariedade em suas tarefas de trabalho, suas posições não parecem possuir a mesma responsabilidade que a dos engenheiros, por exemplo. Do ponto de vista do gestor, os técnicos estavam mais preocupados, por exemplo, com que os engenheiros apliquem efetivamente suas faculdades discricionais do que com o exercício da discricionariedade em si.

⁶²⁵ FOX, Alan. Beyond contract: work, power and trust relations. London: Faber and Faber, 1974, p. 24.

⁶²⁶ *Ibidem*, p. 68-69.

⁶²⁷ Para uma crítica às ideias de ALAN FOX: ROCHE, W. K. Trust dynamics and organizational integration: the micro-sociology of Alan Fox. British Journal of Sociology, Abingdon, Oxfordshire, v. 42, n. 1, p. 95-113, Mar. 1991.

⁶²⁸ MCGOVERN, Patrick. Trust, discretion and responsibility: the division of technical labour. Work, Employment & Society, Solihull, v. 10, n. 1, p. 85-103, Mar. 1996, p. 98.

Segundo o autor⁶²⁹: “*the principal difference between the work of those in different technical occupations was the amount of technical and managerial responsibility bestowed upon them by management. [...] This argument does not imply that Fox was wrong to argue that levels of discretion rise with the position in the organizational hierarchy but, rather, that the allocation of these responsibilities was of more significance within an organizational context than discretion. The distinction is thus between possessing discretion and that to which this discretion is applied*”⁶³⁰.

Por conseguinte, volta-se a colocar que a apreciatividade deriva do conteúdo do Direito, dos defeitos do sistema jurídico, mais principalmente do próprio exercício funcional. Significa que, na apreciatividade, é possível que não exista norma jurídica em seu sentido estritamente formal que conceda margem de liberdade/autonomia/volição. Logo, enquanto a discricionariedade deriva da norma jurídica, a apreciatividade deriva de outras fontes. Não obstante, **não seriam os agentes públicos usurpadores de tal autoridade**, nem infratores do **princípio da legalidade** administrativa, pois o **sistema modulou suas funções para que assim se procedesse**. Daí que se afirma que a apreciatividade deriva, principalmente, da função.

Tudo isso, significa que a apreciatividade se refere mais às **ações não deônticas**, ou seja, é **toda conduta que não esteja no plano do dever ser**, que **não produza alteração no ordenamento e que não utilize uma linguagem preceptiva**. Ademais, as ações não deônticas não dependem de normas de competência⁶³¹. A mais significativa consequência da distinção entre ações deônticas e não deônticas é, em rigor, a de que a legalidade administrativa apenas se aplica às primeiras. E assim é porque somente se sujeitam à legalidade as ações

⁶²⁹ MCGOVERN, Patrick. Trust, discretion and responsibility: the division of technical labour. Work, Employment & Society, Solihull, v. 10, n. 1, p. 85-103, Mar. 1996, p. 99.

⁶³⁰ O argumento de que certas funções ou responsabilidades são mais importantes que a discricionariedade também existe no debate sobre o conceito de habilidade ou destreza, *vide*: HORRELL, S.; RUBERY, J. e BURCHELL, B. Gender and Skills. ESRC Social Change and Economic Life Initiative. Working Paper n. 5. Oxford: Nuffield College, 1988.

Enquanto a distinção entre discricionariedade sobre o cumprimento de determinadas tarefas é a adotada para posições, *vide*: ARMSTRONG, Peter. Engineers, management and trust. Work, Employment & Society, Solihull, v. 1, n. 4, p. 421-440, dic., 1987, p. 425 e 426.

⁶³¹ As ações deônticas são as ações que se traduzem em uma alteração da situação jurídica anteriormente existente. A atuação por meio de atos estabelece um determinado dever ser, enquanto a determinada matéria, e assim o é, porque o exercício de uma norma de competência é também a realização de uma conduta. Será deôntica a atuação administrativa realizada por atos que tenham um discurso de natureza diretiva, ou seja, que represente toda conduta que tenha a propriedade de ser o contexto de um discurso com função ilocutória. Logo, se o ato administrativo expressa um discurso ilocutoriamente direutivo, estará-se-á diante de uma ação deôntica.

com consequências no ordenamento. Portanto as ações não deônticas não estão sujeitas às exigências da legalidade, exceto quando são pressupostos de condutas proibidas por normas de legalidade, ou seja, quando revelam-se como pressupostos de normas.

Logo, a compreensão normativa da discricionariedade é consequência do próprio ordenamento, visto que a legalidade cria um dever ser o qual implica a existência mínima de uma norma para qualquer ação deôntica. Então, a discricionariedade administrativa somente se refere às ações deônticas, ou seja, somente cabe a autonomia relativa à configuração de normas, com exclusão das eventuais margens de liberdade de ação que se podem reconhecer em ações não deônticas, que são chamadas de apreciatividade.

7.5.3.1 Fontes habilitadoras da apreciatividade

Na atualidade, a atividade administrativa se caracteriza por uma enorme tecnicidade. Numerosas normas que regulam a Administração se remetem a conceitos e regras técnicas, a critérios e conhecimentos que pertencem ao saber especializado. A diversidade das fontes reflete a complexa forma do ordenamento jurídico, que consiste em uma multiplicidade de ordens que não indicam nada sobre o monopólio estatal do Direito, mas põem de manifesto muitas necessidades que o sistema delineou para satisfazer uma variedade de formas.

A densidade ordenadora da legalidade se reduziu e, assim, observa-se que outras fontes normativas vêm aumentando e trazendo inclusive o que muitos chamam de neofederalismo normativo⁶³². O sistema constitucional, dessa maneira, torna-se principalista, debilitando a certeza e a segurança da atuação administrativa. A intensidade vinculativa da normatividade se relativizou ou tem se diluído com o surgimento do *soft law*⁶³³. Tudo isso fez surgir uma nova configuração no modo de delegar a margem de liberdade que a Administração necessita para atuar.

O tratamento doutrinário das fontes do direito administrativo, por muito tempo, adotou uma concepção positivista, fazendo da lei a fonte nuclear de sua matéria⁶³⁴. A evolução do estudo da Administração, fez com que temas como o costume, os regulamentos, o papel das normas constitucionais de aplicação direta,

⁶³² OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 163.

⁶³³ *Ibidem*, p. 198.

⁶³⁴ CAETANO, Marcello. Manual de direito administrativo I. 10. ed. Coimbra. Almedina, 1991, p. 50 e ss.

a existência de regulamentos independentes, entre outros, fossem estudados ampliando as fontes existentes.

Como mencionado, a discricionariedade deriva da norma de maneira intencional, explícita ou voluntária, enquanto a apreciatividade não, pois esta provém da indeterminação do Direito, sendo, muitas vezes, atribuída de forma implícita ou não voluntária⁶³⁵. Isto significa que nem todas as fontes de Direito

⁶³⁵ KENNETH CULP DAVIS (DAVIS, Kenneth Culp. Police Discretion. Chicago: West Publishing Co., 1975, p. 108) aponta a decisão *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1994) como suporte das chamadas “*interpretative regulations*”, que são: “*a body of experience and informed judgment to which courts and litigants may properly resort for guidance*”. O autor acredita que o caso *Skidmore* é fundamental, pois autoriza que qualquer “*agencia*” com poder discricional tenha necessariamente o poder de estabelecer o como exercerá seu poder. Fala assim de uma diferença entre a “*legislative rule*” com força de lei e as “*interpretative rule*” sem força de lei, sendo esta última mais bem instruída aos subalternos que a regras propriamente ditas. Termina (*ibidem*, p. 112 e ss.) estabelecendo 14 razões para que existam regramentos guiando e governando a execução seletiva das leis.

Continua (*ibidem*, p. 121 e ss) afirmando que qualquer administrador com discricionariedade, que deixe de confinar e estruturar sua discricionariedade conforme o requerido pelas guias, viola o devido processo. O agente deve respeitá-las para evitar arbitrariedade desnecessária na opção que faz (*Holmes v. New York City Housing Authority*, 398 F.2d 262 (2d Cir. 1968) “*Due process requires that selections among applicants be made in accordance with ascertainable standards*”). Também como perspectiva alternativa fala da “*nondeliction doctrine*”, ou seja, o legislativo não pode delegar poder sem padrões mínimos para guiar o exercício desse poder, mas esta perspectiva não foi adotada e, na prática, não existe, logo todos exercem poderes delegado sem tais condições (*United States v. Southwestern Cable Co.*, 392 U.S. 157 (1968)). E, por fim, fala do vazio da doutrina da vaguenza. Afinal de contas, a vagueza permite e encoraja a arbitrariedade (*Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972)). A existência dessas regras é uma ferramenta importante para o controle da discricionariedade. Em *Defense Fund, Inc. v. Ruckelshaus* 439 F.2d 584 (D.C.Cir 1971) o Tribunal sustenta que: “*he has an obligation to articulate the criteria that he develops in making each individual decision*” e que “*the task of formulating standards must not be abandoned now. [...] Courts should require administrative officers to articulate the standards and principles that govern their discretionary decisions in as much detail as possible. Rules and regulations should be freely formulated by administrators, and revised when necessary*”. Em outras palavras se chama “*police rulemaking*”.

Por outro lado, RONALD J. ALLEN (ALLEN, Ronald J. The police and substantive rulemaking: reconciling principle and expediency. University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, v. 125, n. 1, p. 62-118, nov. 1976, p. 62, 67, 80) sustenta que o princípio da separação dos poderes e o princípio da delegação simplesmente não permitem que a polícia possua autoridade de criar norma de aplicação de leis, ou seja, a faculdade regulamentaria delegada implicitamente pelo poder legislativo, contemplada por KENNETH CULP DAVIS. Sua analogia com as agências administrativas é inapropriada.

Segundo GREGORY HOWARD WILLIAMS (WILLIAMS, Gregory Howard. The law and politics of police discretion. Connecticut: Greenwood press, 1984, p. 74): “*a review of state constitutional separation of powers and delegation principles likewise leads one to conclude that the police have the power to develop law enforcement rules. Analysis of those principles supports the proposition that, at very least, the police can develop arrest guidelines to control police discretion in minor or low-visibility crimes, such as those regulated in the normal course of the work of administrative agencies*.

Finally, the principles embodied in the constitutional doctrines of equal protection and due process support the development of law enforcement rules: the principles of equity and fairness implicit in those doctrines might require the police to have explicit uniform arrest guidelines. If the police do not have

são capazes de atribuir uma margem de liberdade discricional, mas qualquer fonte seria capaz de atribuir apreciatividade. Porém, como se terá oportunidade de verificar, todas as fontes do Direito são fontes limitadoras de ambos os tipos de subjetividade ou autonomia pública (discricional ou apreciativa), ora a heterolimitando e ora as autolimitando. Desse modo, o leque de fontes habilitadoras de subjetividade/autonomia pública é menor do que aquele de fontes limitadoras.

Desse modo, há muitas possibilidades ou formas de habilitar com apreciatividade determinado agente público. Apesar de ser taxonômico tentar tratar de todas e cada uma dessas formas, é importante demonstrar algumas. Assim, **entende-se como fontes habilitadoras da apreciatividade:** as operações políticas do Governo; as diretrizes efetuadas pela própria Administração; autoridade administrativa hierarquicamente superior; códigos de conduta e ética; manuais administrativos; capacitação e treinamentos de pessoal; escolas de formação de pessoal; a resolução contínua de igual forma de pressupostos semelhantes, conhecida como o precedente administrativo; a celebração prévia ao exercício do poder de um convênio com um privado; as declarações de juízo emitidas por um órgão distinto daquele ao qual corresponde iniciar, instruir ou resolver o procedimento, conhecido por informe; e, inclusive, a intuição.

As **orientações políticas** são traçadas ante eleições nos programas partidários. No planejamento governamental do partido político, identificam-se as regiões e os setores que necessitam ser estimulados ou não. Quando se planifica se está anunciando uma conduta que refletirá a vontade popular sufragada nas urnas. Nas políticas públicas, realiza-se um diagnóstico e é proposto um prognóstico que propicia, de acordo com os recursos existentes no orçamento, passar à fase de execução. Ou seja, passada a fase de planejamento (diagnóstico, prognóstico e custeio), tem lugar a execução propriamente dita das políticas, que é a prática de atos materiais de concretização do planejamento. Tais programas, de certo modo, habilitam o agente público a atuar de determinada maneira ou não, pois, em tais orientações, vê-se evidente a vontade popular.

O **estabelecimento das políticas** é uma importante etapa do processo da tomada de decisão subjetiva, pois a efetividade depende dele. É normal que as políticas sejam fixadas pelos mais altos escalões da hierarquia administrativa, mas, em qualquer decisão, todo nível de agente realizando a mais modesta tarefa

such guidelines, courts would appear to be clearly within the scope of their authority to interpret the due process and equal protection doctrines as requiring such guidelines. In other words, policy making by police not only is consistent with the constitutional principles but may well be required by the values embodied in those principles".

opta por uma política. E o âmbito das opções desses níveis, nas tomadas de decisões, é restrito e limitado a decisões políticas de seus superiores.

Nesse sentido, imagina-se, então, uma situação na qual a autoridade pública queira manter uma política que a população deseja que a autoridade não siga. CHRIS HILSON⁶³⁶, conforme tal suposição, afirma que o “***non-fetter principle***” é importante nestas situações e o define como aquele em que “*that while authorities may have policies, these must not on their face fetter their discretion, nor be applied in a blanket fashion. Allowance must always be made in the terms of the policy and in its practical implementation, for exceptional cases*”⁶³⁷. Esse princípio foi criado para ordenar duas posições confrontantes de eleições ou tomadas de decisões (principalmente rotineiras, regulares ou cotidianas): em um extremo, encontram-se as eleições/decisões baseadas nas normas jurídicas e cuja discricionariedade somente existe se a norma permite e não se tenha em conta os casos excepcionais que se encontram fora das normas; e, no outro extremo, estão as eleições/decisões individualizadas em que a subjetividade/autonomia pública é aberta e as normas ou políticas não desempenham nenhum papel em absoluto, nem sequer como guias gerais ou presunções para tramitar as decisões individuais⁶³⁸. Ambas as formas possuem

⁶³⁶ HILSON, Chris. Judicial review, policies and the fettering of discretion. Public Law: the constitutional administration law of the commonwealth, London, Ano 44, n. 2, p. 111-129, apr-jun. 2002, p. 111.

⁶³⁷ CHRIS HILSON (HILSON, Chris. Judicial review, policies and the fettering of discretion. Public Law: the constitutional administration law of the commonwealth, London, Ano 44, n. 2, p. 111-129, apr-jun. 2002, p. 129) afirma que: “*the non-fetter principle is an unsatisfactory compromise. On the one hand, the principle – in suggesting that policies are acceptable as long as exceptional cases are provided for – is inappropriate in areas which require wholly individualized decision-making. But, on the other, it is also inappropriate in those circumstances where a rigid rule is desirable*”.

⁶³⁸ DENIS J. GALLIGAN (GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 281 e 282) aduz que “*the no-fettering doctrine*” pode ser resumida da seguinte maneira: “(a) *an authority in the exercise of a discretionary power may, but is under no duty to, adopt or create a set of standards upon which its decisions may be based;* (b) *those standards must not be treated as rules to be applied automatically to situations that come within them, but must allow consideration of the merits of each case;* (c) *considerations of the merits of each case means that the authority must direct itself to the case, and then decide whether the standards should apply, whether they should be modified, or whether, in the circumstances, an exception should be made to them. [...]. There is some support for adding two more limbs: one (d) would create a link with natural justice, namely that an authority has a duty to allow an interested party to direct arguments against general standards with a view to showing how they should be applied in the present case, or why they should be modified or not relied on at all. However, as we have noticed, the link between no-fettering and natural justice is not established firmly, so that discretionary standards may be applied without notice and hearing, either because there is no duty to disclose the standards, or because no hearing is required where the standards have been disclosed. Furthermore (e) where an authority does set itself standards and discloses them, it may be under a duty to apply them, and to depart from them only after giving parties an opportunity to be heard, although again this may depend on the subject matter of the discretion and on the extent to*

vantagens e o **compromisso de não ultrapassar certos limites** (*non-fetter principle*) busca a melhor parte de cada uma delas⁶³⁹.

A Administração tem normas e políticas, mas deve sempre estar preparada para ter em conta um caso excepcional. A ideia básica desse princípio é ter uma Administração mais justa, afinal de contas, se o administrado demonstra que sua situação é excepcional, que não é como os demais casos e que por isso não deve ser tratado como os demais, seu caso deve ser tratado de maneira excepcional. É a aplicação pura e simples do princípio da igualdade de onde deriva tal princípio. Todavia, se tal princípio fosse aplicado de maneira rígida, significaria que a Administração não tem capacidade de ter políticas rigorosas inclusive quando tais políticas são necessárias. Mas também pode haver casos em que tal princípio não seja suficientemente rígido, permitindo manter as políticas com as exceções quando seja apropriado.

Ter políticas tem suas vantagens e desvantagens. O controle tem que, em certas circunstâncias, perceber que é irracional não ter uma política e mais, que muitas dessas políticas devem ter exceções. Muitas vezes, o controle terá de analisar a atuação administrativa como um todo, ou seja, para julgar se uma política administrativa tem exceções terá que analisar os precedentes administrativos e não olhar apenas o caso particular que busca se enquadrado como excepcional. Serão estes precedentes que definiram uma eventual intervenção na política administrativa.

Nesse aspecto, sobressai a ideia de “*law enforcement*” ou fazer cumprir a norma. A norma deve ser obedecida e, se não é obedecida, deve ser aplicada forçosamente pela Administração, logo, não pode ter qualquer tipo de planejamento para executar ou aplicar uma norma, no sentido de quando deve ser executada, contra quem e em que ocasiões, pois toda norma sem exceção deve ser cumprida⁶⁴⁰. Mas, infelizmente – ou felizmente – não é assim, a **premissa do “full**

which disclosure may be regarded as an implied undertaking to those affected”. Para o autor (*ibidem*, p. 282), a doutrina de “*no-fettering*” tem uma perspectiva negativa no exercício da discricionariedade, pois seu objetivo é prevenir que a discricionariedade se transforme em norma vinculada, não deixando qualquer espaço no caso particular; mas também fala de um lado positivo, que reconhece a importância de consistência geral nas decisões e que as políticas estatais e critérios previamente definidos não deveriam ser afastados a não ser por uma boa razão.

⁶³⁹ Para ter uma visão dos benefícios e desvantagens de cada forma *vide*: JOWELL, Jeffrey Lionel. The legal control of administrative discretion, Public Law: the constitutional administration law of the commonwealth. London, Ano 15, n. 4, p. 178-220, oct./dez. 1973.

⁶⁴⁰ ALBERT J. REISS JR. (REISS JR, Albert J. Consequences of compliance and deterrence models of law enforcement for the exercise of police discretion. Law and Contemporary Problems, Durham, v. 47, n. 4, p. 83-122, autumn 1984, p. 91) distingue: “*Compliance and deterrence strategies of law enforcement have different objectives. The principal objective of compliance law enforcement is to secure conformity with law by resorting to means that induce conformity or by taking actions to prevent law violations*

enforcement” é errônea, porque, na prática, o que existe é a execução seletiva ou não execução das normas. No entanto, se a Administração faz cumprir a norma de maneira seletiva ou, inclusive, não a cumpre, poderá ser acusada de favoritismo; e se é legalista e cumpre todas as normas, poderá ser acusada de rígida. Isso torna a questão de extrema complexidade⁶⁴¹.

Por isso, as questões das decisões arbitrárias frequentemente aparecem no contexto das “*selective enforcement (or nonenforcement) of laws*”.

Normalmente, a pessoa contra quem a norma foi cumprida fica ressentida, pois considera injusto que a norma seja justamente cumprida em seu caso; porém um total cumprimento das normas é fisicamente impossível. Há de deter-se, para tanto, na linha tênue entre a margem de liberdade existente para forçar a aplicação de uma norma e a arbitrariedade.

Não se deve confundir um uso errado de critérios com decisões arbitrárias, tampouco arbitrariedade com decisões legalistas. Portanto, responder se a atuação é adequada ou não é muito mais complicado.

Já não se deve utilizar mais a ideia de fazer cumprir todas as normas como uma obrigação do Estado, tampouco que não se aplicou porque o Estado não pode fazer cumprir todas as normas, seja pelo motivo ou razão que for. Tal distorção, segundo KENNETH CULP DAVIS⁶⁴², é ruim para a sociedade, pois não há um equilíbrio entre os dois pontos de vista. A verdade é que um “*full enforcement*” é um mito e possui consequências devastadoras. Assim, na prática, o que ocorre é um “*selective enforcement*” porque não se pode promover um “*full enforcement*”, por mais que o sistema obrigue o Estado a aplicar todas as leis.

without the necessity of detecting, processing, and penalizing violators. The principal objective of deterrence law enforcement is to secure conformity with the law by detecting violations of the law, determining who is responsible for the violations, and penalizing violators to inhibit future violations by those who are punished and to inhibit those who might be inclined to violate the law if violators were not penalized. There are two principal types of compliance strategies of law enforcement, one based on incentives to comply, and the other on threats to invoke penalties for noncompliance unless actions to comply are taken. Compliance is voluntary in incentive-based systems whereas it is to some degree coerced in threat based systems”. Trata-se da distinção entre prevenção e opressão. O sistema de “*compliance*” objetiva prevenir que violações da lei ocorram ou reduzir suas consequências prejudiciais. O sistema de “*deterrence*” deve permitir violações da lei que se produzam de maneira que as violações podem ser castigadas para produzir o efeito dissuasório. O custo da dissuasão é sempre uma violação da lei.

⁶⁴¹ Sobre *selective enforcement*, vide: DAVIS, Kenneth Culp. Police Discretion. Chicago: West Publishing Co., 1975; WILSON, J. Q. Varieties of police behavior: the management of law and order in eight communities. Cambridge: Harvard University Press, 1968; SKOLNICK, Jerome H. Justice without trial: law enforcement in democratic society. New York: Wiley, 1966; LA FAVE, Wayne R. Arrest: the decision to take a suspect into custody. Boston: Little, Brown, 1965; entre otros.

⁶⁴² DAVIS, Kenneth Culp. Police Discretion. Chicago: West Publishing Co., 1975, p. 52 e ss.

Mesmo sendo um mito, HERMAN GOLDSTEIN⁶⁴³ recorda que existe sempre uma reação em reconhecer que existe uma margem de liberdade. O discurso de certos agentes públicos é sempre um “*full enforcement*”, ora reconhecendo o exercício da discricionariedade, ora não. Importante, para o autor, é que o agente público utilize sua subjetividade/autonomia com imparcialidade. A imparcialidade exige o estabelecimento de critérios de ações uniformes e que é mais fácil o administrador defender um programa de “*full enforcement*”. Outra razão é a corrupção, reconhecer que existe subjetividade/autonomia ou “*selective enforcement*” é reconhecer um grande poder nas mãos dos agentes públicos, dessa maneira, aumentando a possibilidade de corrupção e da responsabilidade do Estado que deriva da eventual sanção que imponha a seus próprios agentes assim atuarem.

A questão, então, é saber se aplicar uma lei de forma seletiva é legal ou não. Para KENNETH CULP DAVIS⁶⁴⁴, o “*open selective enforcement is legal*”. E esclarece que o problema da “*selective enforcement*” pode ser legal em algumas circunstâncias e não em outras. Muitas vezes, a resposta não está explícita na norma (i); em outras, é fisicamente impossível cumprir a norma, assim, devendo priorizar uma ação ou outra (ii); em outras, não é possível cumprir por não se dispor dos recursos suficientes (iii), entre outras situações.

O autor coloca que o Legislativo não deseja que todas as leis sejam cumpridas. Afirma que este elabora as leis de modo excessivo para que o Executivo as ampare em parte. Além disso, aduz que em média somente dois terços das leis são plenamente aplicadas, sendo que o “*full enforcement*” é impossível que ocorra, independente dos recursos que se utilizem na aplicação das normas. E, finaliza, afirmando que o “*nonenforcement*”, por lógica, também é legal⁶⁴⁵, afinal de contas, caso se permita o “*partial enforcement*”, haverá “*nonenforcement*” também.

Conquanto a obrigação de fazer cumprir todas as normas (*full enforcement*) seja a regra geral, o Poder Executivo possui uma delegação para regulamentar essa obrigação geral. Mas tal regulamentação, que não é nada mais que a materialização da política pública do Executivo, deve estar baseada em estudos e trabalhos científicos, com transparência e submetida a críticas internas e externas do ambiente no qual será aplicada, ou seja, deve seguir um

⁶⁴³ GOLDSTEIN, Herman. Police Discretion: The Ideal versus the Real. Public Administration Review, Washington, v. 23, n. 3, p. 140-148, sep. 1963, p. 143.

⁶⁴⁴ DAVIS, Kenneth Culp. Police Discretion. Chicago: West Publicshing Co., 1975, p. 79.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, p. 92.

procedimento correto⁶⁴⁶. Deveria existir uma maior coordenação entre todos aqueles que executam ou aplicam as leis, pois qualquer órgão público deveria dar a conhecer suas políticas, porque é uma questão de justiça que os afetados tenham a oportunidade de conhecer as políticas e porque os cidadãos sempre preferem saber a verdade sobre as “*selective enforcement*” que continuar criando a falsa premissa do “*full enforcement*”. Somente a previsibilidade, mensurabilidade e segurança podem evitar a arbitrariedade e o favoritismo.

Nessa inter-relação de sentidos, aproxima-se a ideia de **diretriz**, que constitui outra figura de orientação e habilitação da apreciatividade: esta pode vir do Governo ou da própria Administração. As diretrizes são limites orientadores do exercício das margens de valorização de que goza quem detém o poder. Normalmente, apresentam as formas de circulares, instruções não normativas, ordenanças, ordens de serviços, provimentos ou avisos. Todos são atos que servem para que a Administração organize suas atividades e órgãos. A adoção destas ordens internas, em que se estampam critérios orientadores, caracteriza-se por não operar como fator de decisão de um único caso, senão dos diversos casos que em uma matéria se estampem ante a autoridade administrativa e seus agentes. Seria desejável, sempre que fosse possível, que a Administração elaborasse esses critérios, pois isso potencializaria a racionalidade na atuação administrativa, assim como a igualdade e a segurança jurídica. Além de elevar a transparência da atuação.

A autoridade administrativa tem poder de estabelecer diretrizes, para tanto, escolhe determinados critérios de maneira prévia à tomada de decisão, os quais, assim, operam como regras para a consecução de determinados fins e objetivos. São, tais políticas de atuação, guias gerais para determinar o sentido que se deverá seguir no tocante a diversos casos concretos que se tenha de resolver. São mecanismos para se estabelecer critérios-operativos, para se guiar quando da resolução de casos particulares que se apresentem. Essas diretrizes estão destinadas a tornar as legislações mais exatas, ou melhor, mais detalhadas. Os motivos subjacentes nas diretrizes têm relação com a distribuição justa, as limitações financeiras e o pessoal no entorno do trabalho. As diretrizes podem ser tanto formais como informais.

A Administração tem interesse em realizá-las porque se traduz em facilitação, racionalidade, agilidade, entre outras utilidades; e, para os administrados, é vantajoso porque já sabem previamente o critério que vai guiar a Administração em suas decisões, permitindo exigir uma coerência e consistência

⁶⁴⁶ Deveria existir o que a América do Norte chama “*notice and comment procedures*” (Administrative Procedure Act, 5 U.S.C § 553).

nas decisões e atuações. O efeito positivo é que supõe uma racionalização do exercício da margem de liberdade existente nestes instrumentos.

Transferir suas faculdades discricionais a **guias** é outra forma de manter a estabilidade existente entre o cidadão e o Estado. As guias são sistemas de normas precisas e estáveis, aplicadas de forma constante, e que não são modificadas com demasiada frequência, são públicas e não muito complexas. Não são completas, pois é inerente sua incerteza e ambiguidade. Toda norma cria uma previsibilidade, o que leva a crer que as decisões que normalmente ocorrem no contexto de alguma norma, com o tempo, se não são estipuladas nesta, serão ao menos estipuladas nas guias, para que as decisões futuras tenham também algum respaldo jurídico.

Toda vez que se geram estandardizações de atuação se gera a expectativa de que a autoridade administrativa, no exercício da função, atue conforme os critérios estabelecidos por ela mesma. Mas isso não significa que a Administração não possa deixar de aplicar esses critérios-guias, mas, se o fizer, deverá justificar essa inaplicabilidade.

A **autoridade administrativa hierarquicamente superior** também estabelece apreciatividade. Afinal de contas, a hierarquia origina ordens de autoridade. A hierarquia consiste no ordenamento dos serviços da Administração em unidades de graus sucessivos, onde cada escalão superior exerce poderes sobre os inferiores. Desse modo, os escalões superiores têm competência mais ampla em comparação com os de grau inferior, possuindo poderes/prerrogativas/faculdades, tais como, para dirigir, inspecionar e coordenar.

Assim como a discricionariedade é delegação legislativa, a apreciatividade pode ser delegação funcional, pois sempre que delega o superior hierárquico deve estar disposto a conceder ao delegado liberdade de atuação. Isso é, no exercício das faculdades que se delegam, os únicos limites que deve ter o delegado são os impostos pelo objetivo a alcançar e pelas normas vigentes. Limites que são os mesmos que, em sua atuação, tinha o chefe antes de delegar. A liberdade de ação é consubstancial com a delegação, pois, caso não se conceda aquela — e pelo delegante são trazidas as diretrizes conforme as quais se terão de exercer as faculdades que se confiam — não existe delegação, estando-se no campo das ordens⁶⁴⁷.

Esse poder de impor ao subordinado a prática de atos necessários ao funcionamento do serviço poderá vir dotado de subjetividade, neste caso,

⁶⁴⁷ CARRASCO BELINCHON, Julian. Manual de organización y métodos: I. Funciones directivas. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1966, p. 268.

apreciatividade, de acordo com a ideia de serviço a cuja organização se encontre integrado.

Segundo C. J. FRIEDRICH⁶⁴⁸, a discricionariedade é um exercício de autoridade e significa a habilidade de motivar as opções feitas. Partindo dessa concepção, afirma MARTHA FELDMAN⁶⁴⁹ que está ligada à ideia de norma jurídica, pois a norma estabelece limites de atuação e, dentro dos limites, a pessoa é autorizada a tomar suas decisões. Nesse sentido, afirma que não existe discricionariedade no caso de a ação específica ter sido requerida pelo superior hierárquico como, por exemplo, o diretor ou coordenador que obriga o professor a pôr uma qualificação/nota, ou o sargento que obriga o soldado a prender determinada pessoa.

Isso posto, em divergência a RONALD DWORKIN⁶⁵⁰, que, como já colocado, entende que a discricionariedade é um espaço livre o qual as normas ou ordens ditadas pelas autoridades hierarquicamente superiores desejam para que seu aplicador decida sobre algum aspecto, na verdade, entende-se que esse autor se refira à discricionariedade em sentido amplo, o que se denomina aqui subjetividade ou autonomia pública. Eis o motivo de tal conotação de que as ordens ditadas por autoridades hierarquicamente superiores se refiram à apreciatividade.

Os **códigos de conduta ou de ética** traduzem um movimento inverso, em que a Administração, em seus âmbitos, autorregula-se em maneira técnica e permite a outros que o façam, muitas vezes, sob sua correção, mediante normas técnicas de conduta. É, portanto uma das manifestações dos processos de autorregulação, desregulação e correção. Ditos códigos não são meras pautas de comportamento às quais devem se ajustar aqueles que os elaboram, aprovam e subscrevem ou aderem. São, também, instrumentos de enorme importância no desenvolvimento das atividades dos sujeitos intervenientes.

No atual contexto globalizado, os Poderes Públicos não possuem, às vezes, os impulsos adequados para oferecer com a rapidez necessária as respostas jurídicas eficazes para solucionar controvérsias geradas por relações entre a Administração e particulares e entre particulares. Assim, promove-se que sejam os próprios administrados que determinem o regime jurídico mais eficaz para todos. Dentro deste quadro, os códigos de conduta contribuem para eliminar

⁶⁴⁸ FRIEDRICH, C. J. Authority, reason and discretion. In: FLATHMAN, R. E. (Ed.) *Concepts in social and political philosophy*. New York: Macmillan, 1973, p. 167-181.

⁶⁴⁹ FELDMAN, Martha. Social limits to discretion: an organizational perspective. In: HAWKINS, Keith. *The Uses of Discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 164.

⁶⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999, p. 31-39, 84 e 85.

numerosos custos e uniformizar as atuações dos administrados ao mesmo tempo que geram confiança e segurança.

São, portanto, um conjunto de regras, normalmente abertas a adesões futuras, que um ou vários administrados se autoimpõem e comprometem-se a respeitar na realização das atividades ou atuações que deles são próprias. Resulta da vontade firme de quem os subscrevem de ficar obrigados pelos comportamentos previstos, tanto entre eles quanto a respeito de terceiros, fazendo, comumente, garantias e mecanismos eficazes de controle contra o cumprimento destes códigos.

O conteúdo de um código “*amplia*” as obrigações já impostas pela lei a quem os subscrevem. O regime jurídico de esses compromissos que se assumem “*extra legem*” e fazem-se públicos requerer exatidão, em especial, quanto à possibilidade de que terceiros afetados possam exigir seu cumprimento. Por tal motivo, também, são considerados habilitadores de apreciatividade.

Os **manuais administrativos** são documentos escritos que concentram de forma sistemática uma série de elementos administrativos com o fim de informar e orientar a conduta dos integrantes da Administração, unificando os critérios de desempenho e cursos de ação que deverão se seguir para cumprir com os objetivos traçados. Normalmente, incluem as normas legais, regulamentares e administrativas que foram estabelecidas no decurso do tempo e sua relação com as funções, procedimentos e formas nas quais a Administração se encontra organizada. Sua elaboração depende da informação e das necessidades de cada órgão. São documentos eminentemente dinâmicos que devem estar sujeitos a revisões periódicas. Representam um guia prático que se utiliza como ferramenta de suporte para a organização e comunicação e que contém informação ordenada e sistemática em que se estabelecem claramente os objetivos, normas, políticas e procedimentos da Administração, tornando-lhes de muita utilidade para o alcance de uma eficiente administração. Por isso, são considerados elementos importantes nas eleições ou tomadas de decisões da Administração, já que facilitam o aprendizado e proporcionam a orientação precisa que requer a ação humana em cada uma das unidades administrativas que formam a Administração, fundamentalmente, o nível operativo ou de execução. Além de tudo, são fontes de informação que tratam de orientar e melhorar os esforços de seus integrantes, uniformizando critérios e conhecimentos nas diferentes áreas da organização administrativa, em concordância com a missão, visão e objetivos da direção administrativa. Tudo para atingir a adequada realização das atividades encomendadas.

A **capacidade e o treinamento do pessoal** da Administração Pública se relacionam com o direito e dever de habilitar todos os agentes públicos. Deve a Administração sempre promover programas de treinamento de pessoal com o fim de formar os agentes públicos para: a indução ao serviço público, a troca e a transformação institucional, a atualização administrativa e a atualização técnica. O treinamento de pessoal é garantia de um trabalho benfeito. É de grande importância que o pessoal responsável por realizar as eleições e tomadas de decisões administrativas possua o devido treinamento para que tais ações sejam feitas da melhor maneira possível. Já as escolas de formação de pessoal possuem um papel importante na política de valorização do agente público. Sua missão é desenvolver a competência individual de cada agente público para aumentar sua capacidade de gerenciar cada vez melhor suas funções e capacidades para participar das eleições e decisões da gestão pública. Logo, tanto na capacitação, como no treinamento, transmite-se a experiência pessoal e profissional de outras pessoas e prepara-se o agente para sua função de maneira específica, fatores que permitem a acumulação de conhecimentos que lhe servirão nos momentos de eleição ou de tomada de decisões.

Quanto ao **precedente administrativo**, é necessário fazer sua conexão com os princípios da igualdade, assim como da boa-fé e confiança legítima. O uso repetido de critérios para resolver casos semelhantes pode derivar da existência de diretrizes expressas, bem governamentais ou estabelecidas pela própria Administração, ou basear-se na própria prática administrativa, que, caso por caso, configura um guia de atuação implícita, baseada na *práxis* cotidiana, na repetição contínua de um mesmo critério na apreciação do adequado para os interesses públicos nas hipóteses semelhantes. O precedente administrativo, assim como o judicial, possui a autoridade de fazer o escrutínio das decisões da Administração, desse modo, estabelecendo o procedimento a seguir. Por ser característica da apreciatividade, a resolução de uma série de casos similares ao longo de um determinado período, de tal forma que tal resolução crie práticas, antecedentes e critérios de atuação que vincularão em alguma medida a resolução dos casos posteriores, pode-se dizer que os precedentes também são habilitadores da apreciatividade, pois, para afastar-se dela, deve motivar suficientemente o porquê.

A assinatura de um **convênio** com um particular antes da eleição ou da tomada de decisão, pela qual a Administração se compromete a atuar de determinada maneira, também, pode funcionar como um habilitador da apreciatividade. Ademais, em muitos casos, também autovincula a Administração. Vale aqui mencionar, ainda, os informes, ou seja, as declarações de juízo emitidas por um órgão distinto daquele a que corresponde iniciar, instruir

ou resolver o procedimento. Quando são consultivos, os informes possuem uma dupla finalidade: aconselhar, assessorar e subministrar elementos de juízo aos demais órgãos da Administração; e outra, complementar, que consiste em oferecer uma garantia mediante o controle da Administração ativa. Logo, além do controle de legalidade, ajuda a guiar positivamente o núcleo das eleições e das tomadas de decisões apreciativas, valorando os aspectos de oportunidade e conveniência quando o exija a índole do assunto ou o solicite expressamente a autoridade consultante.

Por fim, poderá o agente recorrer, quando seja necessário, à sua **intuição**, isto é, ao uso de sua experiência pessoal e de sua preparação específica, fatores que permitem a acumulação na memória de uma grande quantidade de conhecimentos, os quais facilitam o rápido manejo de alternativas/opções e a acertada decisão. Assim o é por poder supor-se que, ao tomar uma decisão, qualquer pessoa se baseia em seus conhecimentos e experiências profissionais. É sabido que todo o ser humano se espelha no próximo, normalmente, na pessoa com maior experiência. Como a apreciatividade é uma operação de discernimento ou ajuizamento para a aplicação da norma, é comum que um agente tome como base as atitudes de outros agentes para a tomada de suas próprias decisões⁶⁵¹.

Todas estas formas, sem dúvida, **podem conceder uma margem de liberdade/autonomia/volição apreciativa**. Afinal de contas devem realizar operações de discernimento ou ajuizamento para sua aplicação. Todas as formas mencionadas não apenas podem oferecer um apoio concreto no processo de decisão, senão, que também podem desencadear a incerteza acerca da forma em que devem aplicar-se em cada caso.

Percebe-se, assim, que a apreciatividade é um processo de decisão relacionado com aspectos ou condições legais, organizacionais e morais. ANNA DUNÉR e MONICA NORDSTRÖM⁶⁵² afirmam que os “*street-level bureaucrats have certain discretion and that they use power to make decisions in contradictory*

⁶⁵¹ Assim também o entende DENIS J. GALLIGAN (GALLIGAN, Denis J. *Discretionary powers: a legal study of official discretion*. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 8), ao elucidar que: “*the very idea of discretion suggests also that the judgments and assessments which one official makes will be regarded in a certain way by other officials. In the first place, the extent to which one official is considered to have scope for judgment and assessment may depend on the attitude of other officials who have some relationship to the former; in the second place, the extent to which such exercises of judgment and assessment are accepted as final and conclusive depends on the attitudes of other officials. The concept of discretion, it is suggested, as it occurs in legal contexts, is based around these two variables: the scope for personal assessments in the course of a decision, and the attitudes of other officials*”.

⁶⁵² DUNÉR, Anna; NORDSTRÖM, Monica. The discretion and power of street-level bureaucrats: an example from Swedish municipal eldercare. *European Journal of Social Work*, Oxford, v. 9, n. 4, p. 425-444, Dec, 2006, p. 431.

situations" que "by discretion, we mean the actions of street-level bureaucrats in the decision process in relation to legal, organisational and moral conditions".

Muitos destes habilitadores se utilizam do enunciado normativo, ou seja, de um conjunto de símbolos linguísticos que descreve o significante de uma norma que pode possuir diferentes significados. Concluiu-se anteriormente que, entre os **componentes lógico-estruturais da norma jurídica** (previsão, que se refere às condições do sentido de dever ser; operador deôntico, relativo à modalidade de dever ser que a norma incorpora; e preceptiva, elemento relativo ao campo de incidência do sentido do dever ser), a discricionariedade está localizada no operador deôntico (discricionariedade de atuação) e/ou na preceptiva (discricionariedade de eleição). Logo, nas normas de competência, haverá discricionariedade na perceptiva, visto que, sobre qualquer domínio que se possa conceber dentro dela, haverá habilitação para dispor de forma autônoma, e, nas normas de condutas, ter-se-á discricionariedade no operador deôntico, quando se trate de normas permissivas, ainda quando a preceptiva não compreenda mais de um efeito e, na preceptiva, quando se estiver diante de normas de obrigação (imposição ou proibição) em que se necessite mais de uma alternativa e em disjunção.

A previsão, em rigor, nas normas de conduta, não confere discricionariedade, toda vez que as ocorrências previstas conduzem, uma ou outra, ao conteúdo da preceptiva. Por isso, a previsão pode até não conceder a discricionariedade, mas é, por ela, que esta se explica. É a previsão um elemento da norma relativo às suas condições de aplicabilidade, e não aos efeitos a adotar quando a norma se aplica. Desse modo, pode-se enunciar que a **apreciatividade existe nos três elementos da norma jurídica**, pois, quando há dúvidas sobre a aplicabilidade da norma e, por isso, não é certo se o efeito da preceptiva se produz, estar-se-ia diante de uma margem de liberdade de apreciação. A apreciatividade aqui deriva da incerteza da linguagem ou da veracidade da situação descrita na previsão e não se confunde com a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. E, assim, não se tendo a certeza da ocorrência da previsão, surge incerteza em aplicar ou não o efeito da preceptiva, caindo esta na categoria da "*discricionariedade*" proveniente de normas com incertezas de linguagem, que é melhor chamada de apreciatividade.

Outra questão importante, quando se analisam as formas existentes de habilitação da apreciatividade, é saber se a elaboração de algumas dessas por parte da Administração é feita com apreciatividade. Ou seja, saber se há uma margem de liberdade no momento da criação das diretrizes, códigos de conduta, guias, informes, etc.

Todos desenham o modelo que se entende mais adequado para o desenvolvimento do setor ou da apreciatividade, mas é preciso considerar que a eleição da forma de instrumentalização escolhida pela Administração será determinada por critérios técnicos, pelas preferências de determinada política de atuação, pelas orientações políticas e governamentais, pela disposição de meios e recursos, pela perseguição dos interesses públicos gerais e específicos, interesses públicos principais e secundários e pelo estabelecimento de determinadas prioridades, entre outros.

A atuação de elaboração deve sempre ser motivada. Explicitar as razões que determinam a decisão exteriorizada nestes meios é a única forma de concedê-las legitimidade. Para que estes instrumentos ganhem força normativa, exige-se uma exposição de motivos. Inclusive a modificação deve ser motivada. Ou seja, ao longo da tramitação destes instrumentos, se estes sofrerem modificações, estas terão de ser motivadas se como novas determinações não foram justificadas inicialmente. Do mesmo modo, as modificações introduzidas pela autoridade final, no momento da aprovação definitiva, precisarão ser motivadas se necessário.

Ademais, é importante mencionar que a importância dos instrumentos habilitantes aqui mencionados para o desenvolvimento da convivência reclamam, necessariamente, uma legitimação democrática. Assim, é necessária uma intensa participação de todas as partes envolvidas, principalmente, dos cidadãos. Deve-se estimular a formação de um hábito participativo, pois ele representa um relevante controle da apreciatividade e também da discricionariedade. A participação se deve operar em dois momentos: no de elaboração e, depois, uma vez vigente, na ação pública. Assim é porque podem dar lugar a que aquela (participação) modifique alguns critérios, que, caso sejam alegados em via jurisdicional, podem resultar inoperantes.

Finalmente, em todos os casos mencionados como habilitadores de subjetividade ou autonomia pública, a Administração tem um amplo poder de decisão. Todos os instrumentos compõem uma ordem jurídica que aumenta o marco legal. Pois alguns possuem natureza jurídica de norma. O caráter normativo de alguns deles ocorre porque tais instrumentos são documentos que reúnem notas de abstração e, às vezes, generalidade e sua função é a de complementar e desenvolver o conteúdo da norma jurídica parlamentar que regula determinada matéria. O fato de que sua regulamentação seja, em ocasiões, relativamente detalhada não é obstáculo a seu caráter normativo e sua concreção a um determinado território não lhe priva nem de sua generalidade, nem de sua eficácia “*erga omnes*”. Sua duração é indefinida, visto que não se esgota por seu

cumprimento. Ademais, muitos dos instrumentos citados configuram conteúdos de direitos, assim como estabelecem regimes jurídicos e vinculam tanto a própria Administração como os particulares. Quiçá se pudesse entender que muitos destes instrumentos são uma instituição complexa, norma e ato ao mesmo tempo. Pois que possuem elementos de norma e ato. Afinal de contas, também, são manifestações unilaterais de vontade administrativa.

Faz-se importante evidenciar que a discricionariedade deriva da norma jurídica, mas a apreciatividade não necessariamente, portanto, sempre que algumas dessas fontes citadas tiverem caráter normativo, provavelmente se estará diante de uma atribuição discricional; e não de um apreciatividade. Porém a certeza virá apenas quando analisado se a norma é outorgada de forma expressa ou implícita. Todos os instrumentos que concedem a apreciatividade à Administração ostentam uma classe inferior a esta ou possuem uma indeterminação do Direito. A consequência jurídica é que as regras de classe inferior não podem introduzir alteração ou modificação alguma nas regras de classe superior, mas podem estabelecer princípios, guias ou padrões para resolver certas hipóteses, autolimitando suas eleições ou decisões. É importante, contudo, ter consciência de que a apreciatividade, por mais que derive da função, sempre, estará protegida por uma norma genérica de competência ou conduta, ainda que essa norma seja a Constituição.

7.5.3.2 Diferentes fontes habilitadoras como modificadoras de eleições/decisões

Tem-se verificado que a ideia de apreciatividade não está ligada às concepções de RONALD DWORAKIN⁶⁵³ sobre discricionariedade fraca e forte. Observou-se que qualquer subjetividade/autonomia pública poderá ser forte ou fraca, isso dependerá da fonte habilitadora que poderá ou não estabelecer critérios que guiam a conduta do aplicador. Pois bem, normalmente, a norma jurídica não estabelece critérios que guiam a conduta do executor, portanto, com frequência, o que se observa é discricionariedade forte. A apreciatividade, que normalmente será fraca porque deriva da função de seu executor, sempre terá, por algumas das fontes habilitadoras mencionadas, alguns critérios e/ou subcritérios previamente definidos que guiam a conduta, tendo sempre de realizar operações de discernimento ou ajuizamento para a aplicação da ordem. É certo que a ideia de discricionariedade forte atribui ao aplicador da ordem uma margem de decisão

⁶⁵³ DWORAKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999, p. 84-85.

sem estabelecer nenhum tipo de critério que guie sua conduta. Por mais que a norma não estabeleça, a tomada de eleição ou decisão se guiará por critérios “internos”, ainda que sejam de outras normas jurídicas. Por isso, concebe-se que, na discretionariedade forte, o aplicador cria seus próprios critérios de atuação e, na fraca, ele está vinculado a padrões fixados pela ordem (norma ou autoridade), contando tão somente com uma margem de discernimento para a aplicação do dito critério.

Verificou-se que toda eleição ou tomada de decisão para ser racional tem de partir de um determinado processo. Há numerosos procedimentos para a tomada de uma eleição/decisão racional⁶⁵⁴. Não cabe desenvolver aqui todos os procedimentos existentes para uma tomada de eleição/decisão racional, no entanto, é importante, neste momento, notar que, além de habilitar a apreciatividade, todas as formas habilitatórias mencionadas no tema anterior também funcionam afetando a tomada de decisões/eleições, ou seja, também funcionam como critérios previamente definidos.

RAÚL CALVO SOLER⁶⁵⁵ entende que as normas funcionam afetando nossos juízos na tomada de certas decisões. Afirma esse autor que um conjunto

⁶⁵⁴ RAÚL CALVO SOLER (CALVO SOLER, Raúl. Uso de normas jurídicas y toma de decisiones. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 15-16) entende que a decisão racional é “*la selección de una opción a partir de un determinado proceso*”. E admite que existam diferentes procedimentos para tomar decisões racionais. Defende que qualquer decisão não é uma decisão racional. Para esse autor, a ideia de seu trabalho é estabelecer modelos de caráter prescritivo. Afirma que “*de esta manera, si sabemos cómo deberíamos tomar decisiones podremos evaluar cuán lejos estamos de este ideal, dónde radican nuestros errores y cuales son nuestras carencias. Al mismo tiempo, las propuestas prescriptivas permiten considerar las consecuencias que se seguirán de un mundo de decidores ideales*”. O mesmo autor (*ibidem*, p. 40 e 41) aduz que: “*El término racionalidad suele aplicarse a una gran variedad de supuestos y, al menos, en tres contextos diferentes*”.

En el primero, se ha usado para «explicar» decisiones. Atribuir la condición de racional a la decisión de un agente supone la identificación de las razones por las cuales ese sujeto tomó esa decisión. La racionalidad aquí tiene un carácter descriptivo de las razones por las cuales un individuo decide actuar. En general, el sentido explicativo de la racionalidad suele estar acompañado de un sentido predictivo acerca de las decisiones futuras de un agente.

En el segundo contexto, la idea de racionalidad se utiliza para «evaluar» acciones. En este sentido, decir que una acción o decisión es racional o irracional es establecer respectivamente un valor positivo o negativo de esa decisión o acción.

En el tercer contexto, la noción de «racionalidad» apunta a cuestiones estrictamente técnicas. En este caso, lo único que se postula es que dada una elección con un conjunto de informaciones, si se trata de conformar una única ordenación del conjunto de alternativas, se tiene que proceder de una manera determinada”.

⁶⁵⁵ CALVO SOLER, Raúl. Uso de normas jurídicas y toma de decisiones. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 18.

de indivíduos que atuam por meio de uma racionalidade instrumental⁶⁵⁶ cumpre as normas se, e somente se, estas maximizem seu bem-estar pessoal.

Desde que JOHN FORBES NASH JR⁶⁵⁷ criou o modo de obter uma estratégia ótima para jogos que envolvam dois ou mais jogadores, a ideia de maximização do bem-estar pessoal (vantagens) se deteriorou. O equilíbrio de NASH é, na teoria dos jogos, um “*conceito de solução*” que assume que cada jogador conhece e tem adotado sua melhor estratégia, bem como conhece as estratégias dos demais. Consequentemente, cada jogador não ganha algo modificando sua estratégia enquanto os outros mantiverem as deles. Segundo NASH, o equilíbrio ocorre nas situações em que todos os jogadores tenham posto em prática – e sabem que fizerem – uma estratégia que maximize suas vantagens dadas as estratégias dos outros. Sendo assim, nenhum jogador tem qualquer incentivo para modificar individualmente sua estratégia⁶⁵⁸.

O ponto de inflexão do debate da racionalidade das eleições/decisões, porém, produz-se no momento que se questiona a ideia de que ser racional implicará necessariamente maximizar o interesse pessoal⁶⁵⁹. Surge assim a ideia de que há agentes racionais que cumprem com as normas ainda enquanto não maximizam o interesse pessoal. Esta noção de racionalidade passou a ser chamada de racionalidade em sentido fraco. A partir dela um sujeito decide conforme uma norma enquanto considera que a ação conta com certas propriedades intrínsecas. Todo o procedimento para tomar decisões fracamente racionais pretende

⁶⁵⁶ A racionalidade instrumental tem, ao menos, dois pressupostos importantes: o primeiro pressuposto é antropológico; aos decisores instrumentalmente racionais, resultam decisões maximizadoras de um interesse pessoal. O segundo pressuposto é ontológico; ainda que se possa falar de uma pluralidade de valorização das ações, sempre é possível reduzi-las a um único valor; a utilidade da ação selecionada. Obviamente, ambos os pressupostos têm um ponto de conexão: decidir sempre conforme o interesse pessoal e supõem que se possa estabelecer para qualquer conjunto de opções e para qualquer conjunto de valorizações uma única ordenação segundo dito interesse pessoal.

Tradicionalmente, o debate a respeito da racionalidade instrumental tem mantido como referente ao primeiro dos pressupostos. A racionalidade instrumental postula a maximização do bem-estar pessoal identificado na consequência daqueles fins que o decisor prefere.

⁶⁵⁷ NASH JR., John Forbes. Non-cooperative games. *The Annals of Mathematics*, Washington, Second Series, v. 54, n. 2, p. 286-295, sep, 1951.

⁶⁵⁸ É importante manter presente que um equilíbrio de Nash não implica que se logre o melhor resultado conjunto para os participantes, somente o melhor resultado para cada um deles considerados individualmente. É perfeitamente possível que o resultado seria melhor para todos se, de alguma maneira, os jogadores coordenassem suas ações.

⁶⁵⁹ AMARTYA KUMAR SEN (SEN, Amartya Kumar. *Rationality and Freedom*. Harvard: Harvard Belknap Press, 2002) e ROBERT NOZICK (NOZICK, Robert. *The Nature of Rationality*. Princeton: Princeton University Press, 1993) tem posto em dúvida a ideia de maximização do interesse pessoal.

salvaguardar a coerência do decisor entre um conjunto de valores que ele sustenta e a ação que resulta selecionada⁶⁶⁰.

Assim, as normas jurídicas, nos processos de eleição/decisão, possuem uma dualidade de funções: (i) funcionam nos termos de critérios para definir um conjunto de alternativas/opções; e, também, (ii) como critérios para conformar um subconjunto de alternativas/opções elegido. O que se precisa diferenciar é o nível da hierarquia da norma jurídica. Uma possibilidade é considerar que as normas jurídicas tenham a mesma função que o resto dos critérios na tomada de uma eleição/decisão. Para esta primeira possibilidade, as normas são um elemento mais – de igual hierarquia – da tomada de eleição/decisão. Em outro exemplo de análise, aceita-se que as normas jurídicas possuam uma hierarquia entre si e, também, superior a qualquer outro critério.

7.6 Apreciatividade nas ações não deônticas, sem prévio procedimento administrativo e não tendo, necessariamente, um ato administrativo formal ao final de seu exercício

Deduz-se, do exposto e analisado, a lógica impossibilidade material de uma formalização dos atos administrativos em conformidade aos cânones ordinários, ou seja, com um conteúdo declarativo prévio, motivado, por escrito, entre outros aspectos⁶⁶¹.

Na apreciatividade administrativa, as garantias processuais praticamente não existem por estar-se diante de um caso de ação não deôntica. Desse modo, precisa-se sacrificar a forma do ato, a ideia da motivação prévia e inclusive, em certas ocasiões, seu procedimento de adoção.

A motivação formal prévia tampouco existe nesses casos, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação *a posteriori*. No estudo da motivação da decisão administrativa e do procedimento seguido para sua adoção, costumava-se abordar o tema de forma separada, sem destacar as conexões entre ambas as figuras. Isto desvaloriza o fato de que o procedimento é uma garantia de um acertado uso dos poderes/prerrogativas/faculdades administrativas. Com menor frequência, o controle se estende a como foram realizados os trâmites, sua suficiência ou seriedade, ou se o conteúdo é o adequado em relação ao expediente

⁶⁶⁰ RAÚL CALVO SOLER (CALVO SOLER, Raúl. Uso de normas jurídicas y toma de decisiones. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 21) sustenta, de forma figurada, que enquanto a racionalidade instrumental funciona em condições horizontais ao vincular uma ação com suas consequências futuras; a racionalidade, em sentido fraco, funciona verticalmente ao conectar a ação com o sistema de valores que um decisor defende ou sustenta.

⁶⁶¹ AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. La coacción administrativa directa. Madrid: Civitas, 1990, p. 389.

e à decisão finalmente adotada⁶⁶². Por isso, outra particularidade da apreciatividade é que não possui um procedimento administrativo prévio, além de não fazer necessariamente um ato administrativo formal ao final de sua execução.

A conduta apreciativa não é definida previamente pela norma jurídica, senão que é definida mediante treinamento, manuais, códigos de conduta, entre outras normas internas da Administração.

O controle do resultado discricional razoável e de qualidade, por meio do procedimento e da motivação, não existe na decisão apreciativa que, apesar de possuir certos padrões de comportamento, não possui um procedimento administrativo devido e suas motivações são em geral oferecidas ulteriormente.

Não existe na apreciatividade a reserva de procedimento, ou seja, a necessidade de seguimento de um procedimento administrativo para a tomada de decisões administrativas. E é assim porque tampouco precisa existir um ato administrativo formal ao final da atuação apreciativa. Por essa regra, os atos administrativos devem ditar-se por meio de um procedimento e, por conseguinte, as decisões administrativas unilaterais hão de ser decisões proceduralizadas.

7.6.1 Apreciatividade nas atividades técnicas ou materiais e na coação administrativa

Entre as formas de atuação administrativa (atos, coação e atividade técnica ou material), a apreciatividade surge somente nas duas últimas. É necessário o seguimento de um procedimento, esteja ou não formalizado, para a tomada de decisões administrativas unilaterais. Pelo que ficam à margem de prévio procedimento administrativo supostos como os atos administrativos verbais, a atividade técnica ou material da Administração e a coação administrativa direta⁶⁶³.

As **atividades administrativas técnicas ou materiais** não escondem declarações de vontade, não implicam nenhuma modificação de situações jurídicas nem produzem efeitos jurídicos específicos ligados à sua adoção. Um agente, quando realiza alguma de suas atividades técnicas ou materiais, não está no plano do “*deve ser*”, não cria efeitos jurídicos diretamente, tais ações não têm

⁶⁶² PONCE SOLÉ, Juli. Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 31-32.

⁶⁶³ Com relação à possibilidade dos atos administrativos não proceduralizados, *vide*: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 537 e ss, em referência à atividade técnica ou material; e p. 763 e ss no tocante à coação direta.

conteúdo normativo. Pela estrita razão do uso da linguagem da qual se servem, não precisa cumprir uma função de direção, logo, não seriam ações deônticas pelo simples motivo de remeter as condutas a um discurso assertivo ou expressivo, que não podem alterar o conjunto normativo. O contexto de linguagem não diretiva não está formado por normas ou decisões, pelo que, inclusive, se não prevê nas normas, sua realização não implica um reenvio para o direito. O simples fato de que a atividade técnica ou material tenha alterado a situação do indivíduo sobre o qual a atuação ocorreu não significa que se estava diante de uma atuação deôntica, pois a atividade técnica ou material como cumprimento de um dever de ofício não altera o ordenamento, pode apenas completar a previsão de outra norma e, assim, iniciar os efeitos que nelas se encontram.

Por certo que essas atividades terão uma margem apreciativa nelas, afinal de contas, o agente tem a opção apreciativa em sua função. Normalmente, ao apreciar normas de conduta e competência no âmbito administrativo, haverá uma margem apreciativa para que o agente determine sua decisão nas circunstâncias concretas que devem ser levadas em consideração a cada atuação. Terá de haver, portanto, uma adequação entre o estado real ou fático com a finalidade administrativa que prevê a norma.

A **coação administrativa**, também chamada de execução imediata ou execução instantânea, do mesmo modo que a atividade administrativa, técnica ou material, está no plano de “*ser*” e não do “*deve ser*”. Nessa forma de atuação, também se vê configurada a apreciatividade, dessa maneira, porque esta trata da forma que a Administração possui para impor trocas que permitam aos cidadãos viver em harmonia. A conduta imediata contra a situação contrária a ordem ocorre sem o intermédio de um ato administrativo prévio. É certo que tais ações adquirem, resguardam, transferem, modificam ou extinguem situações anteriores, mas tais trocas não criam diretamente efeitos jurídicos, ou só os criam por meio de outras normas já existentes. Não existe ação sem decisão prévia. Tal decisão é a particularização da abstrata habilitação legal nas circunstâncias concretas.

É, de acordo com EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁶⁶⁴, uma ponte entre a legalidade e a atuação singular. O ato em questão, aqui, segundo os autores, é uma simples “*orden de ejecución*” e não um “*título ejecutivo*”. Tal ordem, por ansiar restabelecer a harmonia, justifica a ausência de um procedimento prévio e a sua realização instantânea. Normalmente, é verbal, a qual, por sua vez, implica que a competência para sua adoção seja confiada às autoridades executivas e, inclusive,

⁶⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 787.

aos agentes da rua, que possuem contato imediato com as circunstâncias causais. Se um agente atua de forma coativa para restabelecer a ordem, sua conduta não se coloca no plano do "deve ser", além de não criar efeitos jurídicos diretamente, eventuais efeitos que se produzam (preenchendo um tipo sancionatório ou penal, por hipóteses, ou gerar responsabilidade patrimonial por seus danos), são normas já existentes (normas penais, sancionadoras ou de responsabilidade civil) acionadas com a coação administrativa. Logo, a produção de efeitos e de alteração, inovadora, do ordenamento jurídico com relação à coação não ocorre e, portanto, estar-se-á diante de uma ação não deônica e, por conseguinte, sem discricionariedade.

Segundo TOMÁS CANO CAMPOS⁶⁶⁵, "*los deberes impuestos por la Administración mediante actos administrativos reciben el nombre de órdenes. La orden ha sido definida, [...], como el acto administrativo típico de imposición de deberes de hacer, de no hacer o de padecer*". Deste modo, as ordens são expressões de uma vontade que afeta aos imediatos colaboradores, ou seja, àqueles que estão sob o comando direto e aos quais as leis impõem uma conduta a seguir, ou seja, a atividade que deve realizar. A ordem vem juntamente com um dever de obediência, ou seja, sua emanação faz surgir, no destinatário, a necessidade jurídica de adequar de forma imediata seu comportamento ao conteúdo positivo ou negativo da mesma. O autor⁶⁶⁶ sustenta que as ordens devem ser exteriorizadas, sempre que seja possível, por meio da forma escrita, que é a única que possibilita sua motivação. No entanto, recorda que, sempre que a natureza da conduta administrativa exija ou permita outra forma mais adequada de expressão e constância, caberá, excepcionalmente, a manifestação não escrita de determinadas condutas. Quando assim ocorrer, verificar-se-ão atos verbais ou mediante signos (ópticos, mímicos ou gestuais, acústicos, etc.). Tal ato é devido, segundo o autor⁶⁶⁷ quando houver "*inmediatez de la situación de riesgo o peligro que pretende prevenirse, bien a la circunstancia de tratarse de órdenes muy simples que son dictadas para ser cumplidas de forma inmediata, de forma que ganan una eficacia necesaria con su reducción a una fórmula imperativa de tipo gráfico, óptico o acústico*"⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ CANO CAMPOS, Tomás. El régimen jurídico-administrativo del tráfico: bases históricas y constitucionales, técnicas de intervención y sanciones. Madrid: Civitas, 1999, p. 557.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 561.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, p. 562.

⁶⁶⁸ Este tipo de exteriorizar as ordens apresenta dúvidas desde o ponto de vista de sua motivação. TOMÁS CANO CAMPOS (CANO CAMPOS, Tomás. El régimen jurídico-administrativo del tráfico: bases históricas y constitucionales, técnicas de intervención y sanciones. Madrid: Civitas, 1999, p. 562) afirma: "Ello deriva de que las órdenes, como actos administrativos que imponen deberes, restringen la esfera

A chamada apreciatividade administrativa existente na coação irá dispor de distintos níveis dependendo da forma da mesma.

Na execução forçosa, a apreciatividade existirá de maneira muito escassa e limitada ao aspecto relativo da atuação administrativa. Como nesse tipo de coação há constatação de uma situação fática por parte da Administração, que traduz a mesma a um ato, a Administração levará a aplicação prática da declaração de tal ato prévio. Porém, como a execução deste deve estar em linha direta de continuação do ato, pode ser que não tenha uma margem apreciativa na eleição do momento, nem na forma, nem nos meios técnicos ou materiais a utilizar na dita intervenção, pois poderão estar previamente definidos no ato. Não obstante, como o ato deve ser cumprido até, inclusive, se necessário, pela força, é certo que sempre existirá uma mínima escala de subjetividade do agente público que pratica uma ação administrativa, ao final, é fisicamente impossível determinar, por exemplo, o exato momento, lugar e modo de fazê-lo. É praticamente impossível que o ato prévio, inclusive para uma norma, por mais vinculante que seja, expresse quando, onde e como deva atuar o agente público⁶⁶⁹.

Contudo, a coação direta e imediata⁶⁷⁰ terá uma apreciatividade maior que na execução forçosa. Como essa serve para restabelecer a ordem jurídica que

jurídica de los particulares limitando derechos subjetivos o intereses legítimos, por lo que, según el artículo 54 de la LAP, deberían ser motivadas. Pero, como acabamos de notar, las órdenes [...] se exteriorizan frecuentemente de forma totalmente particular y excepcional (distinta, en todo caso, de la regla general escrita, prevista en el artículo 55, que es de la que parte el artículo 54 para exigir la motivación de los actos administrativos), forma que no permite el ir acompañada de las razones de hecho y de Derecho en las que se apoya dicha orden”.

⁶⁶⁹ Sobre todo o exposto por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 95), citando a JEAN RIVERO, expõe três pontos fundamentais para definir a medida do poder discricional: “1. já não existe um ato administrativo inteiramente discricionário; todo ato está no mínimo submetido a duas condições impostas pelo direito: urna relativa à autoridade para o tornar, a outra relativa aos fins que deve prosseguir e que não é, necessariamente, o interesse público; pelo menos nestes dois pontos, a Administração está sempre vinculada e, portanto, sujeita ao controle jurisdicional; 2. ‘mesmo nos atos mais vinculados pela norma jurídica, a Administração conserva sempre um mínimo de poder discricionário: é o que se chama ‘a escolha do momento’. É livre para apreciar, consoante as necessidades do seu funcionamento, quando é que poderá tornar as decisões que se lhe impõem, pelo menos dentro de limites razoáveis’; 3. ‘entre este máximo e este mínimo, na maior parte dos casos a lei, embora fixe Administração alguns dos elementos de decisão, deixa-lhe em relação a outros [sic] liberdade de apreciação; esta liberdade tem por objeto quer o próprio exercício da competência (a Administração pode escolher entre a ação e a abstenção), quer o conteúdo da decisão, por exemplo, os meios de utilizar com vista ao fim procurado’”.

⁶⁷⁰ E. FORSTHOFF (1958 *apud* AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. *La coacción administrativa directa*. Madrid: Civitas, 1990, p. 63-64) distingue entre a coação imediata (*Sofortiger Zwang*) e a compulsão ou coação direta (*unmittelbarer Zwang*). A primeira sobrevem quando a Administração atua sem que sua

está sendo infringida, sem ter qualquer tipo de ato administrativo prévio⁶⁷¹, terá uma grande margem apreciativa por parte do agente que teve de realizar a intervenção. Ao constatar-se a concorrência das situações fáticas que permitem adotar validamente uma intervenção administrativa, o agente terá liberdade para eleger o melhor momento para a tomada de decisão, atendendo às circunstâncias que estão envolvidas no momento, como a celeridade da atuação, a gravidade e o melhor modo de alcançar a eficiência administrativa de sua ação (apreciação de atuação). Também, terá uma margem apreciativa com relação à eleição da forma e dos meios materiais a utilizar na dita intervenção, desde que se respeite a adequabilidade, assim como o que é justo, razoável, eficaz, apropriado e moral com relação ao motivo da intervenção (apreciação da eleição). Por certo que essas duas margens apreciativas diferem quando o agente público obedece a uma ordem verbal precedente de um superior hierárquico ou se estiver atuando sem nenhuma ordem verbal incisiva ou genérica.

Independentemente do tipo de margem, é certo, porém, que esta poderá ser entendida como uma garantia de imunidade não somente quando o agente prova que agia de boa-fé (assim acreditava), que sua conduta era ajustada ao Direito, senão, também, quando essa crença é razoável. Provado ambos os extremos, a ação administrativa é correta, sendo uma questão de justiça e de sentido comum que o agente deva ser protegido. Contudo não se pode perder de vista que a coação administrativa é extensa, mas não ilimitada. A coação é uma forma de manifestação da Administração, logo, está submetida à legalidade, ou melhor, à juridicidade. É, assim, produto de uma competência legal, mais ou menos extensa, porém limitada. Fora de seus limites, a coação perde sua legitimidade e apresenta-se como uma situação jurídica viciada, ou seja, manifesta-se como uma “*vias de fato*”⁶⁷².

7.6.2 Ausência de ato administrativo

A última característica da apreciatividade é a ausência de ato administrativo formal. IÑAKI AGIRREAZKUENAGA⁶⁷³ recorda que:

decisão tenha sido notificada ao interessado, visto que a segunda exige como premissa uma ordem anterior descumprida, podendo ser dirigida tanto sobre bens como pessoas.

⁶⁷¹ A. MERKL (2004 *apud* AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. La coacción administrativa directa. Madrid: Civitas, 1990, p. 62) afirma que a coação imediata seria “*aquella que se manifiesta sin mediación de orden previa alguna*”.

⁶⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 787.

⁶⁷³ AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. La coacción administrativa directa. Madrid: Civitas, 1990, p. 401 e 402.

[...] son precisamente la naturaleza y circunstancias que envuelven la coacción directa -y, en particular, la urgencia como su fundamento interno- las que obligan a actuar de forma instantánea o inmediata e impiden la previa formalización escrita de la decisión de recurrir a la fuerza, es decir, del acto administrativo implícito. De cualquier modo la formalización a requerimiento del particular podrá realizarse con posterioridad [...]. Por tanto, se impone la tesis afirmativa respecto a la existencia de acto administrativo implícito en la manifestación de la fuerza.

Toda a construção dogmática dos atos da Administração foi, na verdade, uma forma de produzir segurança jurídica na relação entre Administração e particulares, porque o agente público não pode atuar em contradição com o mandato que lhe foi conferido, devendo praticar o ato conforme os interesses públicos, pois, se o agente público se afasta desse, atuaria em contradição com o mandato que lhe foi conferido, desse modo, devendo o ato administrativo ser retirado do mundo jurídico. É este um dos grandes desafios da apreciatividade.

Por defender que a discretionaryade é o espaço da subjetividade ou autonomia pública conferida para as ações administrativas deônticas, pode-se afirmar que, se a atuação administrativa realizada por meio de atos administrativos se configura como uma ação deôntica, só se poderá estar diante de uma ação discricional. Portanto, ante a existência de um ato administrativo, o agente provavelmente estará praticando uma ação discricional, e não apreciativa, por mais que nesta possa ter apreciatividade.

7.7 Atendendo aos interesses públicos

Mesmo que tenha de se afastar ou desviar da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma – ou seja, da letra estrita da lei – para atingir a finalidade e o propósito da norma jurídica por razões comprovadas de especial relevância, o exercício da apreciatividade administrativa deve sempre observar o elemento onipresente do atuar administrativo, qual seja, o atendimento aos interesses públicos.

Aqui, a relação entre a dignidade da pessoa humana e os interesses públicos fica evidente, pois é para manter o equilíbrio necessário entre tais institutos que se permite ao administrador não cumprir a letra literal da lei, buscando a finalidade do bem que esta protege.

7.8 Distinções entre apreciatividade e conceitos afins

7.8.1 Margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados

Não parece necessário retomar às diferenças entre a apreciatividade e a discricionariedade, pois tais foram o objeto de muito do mencionado até aqui. Porém, devido às semelhanças existentes entre a apreciatividade e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, e apesar de ter-se comentado o tema ao longo do presente capítulo, merece mais alguns esclarecimentos para que não haja nenhuma confusão entre os dois institutos.

Tem-se visto que existiram casos em que a norma incorpora uma linguagem, comum ou técnica, indeterminada. Tais casos ocorreriam com maior frequência na previsão da norma, pois é comum que apareça configurada de uma maneira indeterminada, tornando difícil a tarefa de apreensão da realidade ou concreção do pressuposto fático. Na hora de aplicá-los a uma situação de fato concreto, parece necessário reconhecer que haverá casos em que se deva reconhecer a validade jurídica da solução escolhida entre as toleráveis. Desse modo, a indeterminação normativa opera como se se tratasse de um âmbito livre para a Administração, como é o caso da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Não se trata de analisar o conteúdo dos conceitos jurídicos indeterminados e do respeito ao princípio da única solução justa. Cabe aqui analisar sua margem de livre apreciação encontrada em três supostos distintos: utilizando conceitos de valor ou de experiência; quando se está ante de um juízo de *prógnosis*; quando uma situação de fato sobre a qual se tenha de projetar o conceito não permite assegurar com toda a clareza que está no campo de referência do mesmo (ou zona de certeza positiva) tampouco fora dele (zona de certeza negativa), senão, precisamente, na auréola conceitual; e quando tem de aplicar conceitos técnicos ou muito especializados. Todos esses supostos são conferidos pela norma jurídica e estão localizados em sua previsão.

É certo que terá uma margem de livre apreciação quando o legislador usa conceitos de valor (*Wertbegriffe*) ou conceitos de experiência (*Erfahrungsbegriffe*). No âmbito dos conceitos de valor, existe uma margem de livre apreciação onde o tribunal tenha de substituir sua própria estimação subjetiva do valor, no lugar da Administração. No âmbito dos conceitos de experiência, atribuição de uma margem de livre apreciação se deve às dificuldades práticas de examinar o juiz experto (*Sachverständiges Urteil*) das autoridades

administrativas. O mesmo ocorre com os conceitos técnicos e aqueles que se encontram no limite externo da chamada auréola conceitual, de tal forma que não se pode determinar com absoluta segurança se a situação fática contemplada está compreendida dentro da previsão da norma, por estar, precisamente, na zona de dúvida, penumbra ou da incerteza.

Por último, também cabe considerar alguns casos de aplicação de conceitos técnicos ou muito especializados, frente aos quais realmente resulta muito difícil de penetrar e controlar a essência da decisão ou substituir o critério técnico elegível, inclusive, servindo-se de perícias. Em resumo, tais casos limites, que se encontram nessas mencionadas fronteiras, necessitam da emissão de um juízo de valor, juízo este caracterizado como uma atividade de valorização e que se leva ao ponto por meio de interpretação jurídica, função de ordem cognitiva cujo processo é revisável. Não pode, pois, identificar nem discricionariedade, nem apreciatividade administrativa, pois em ambas existe uma função de ordem volitiva. No entanto essa mesma atividade em três casos, como se viu, somente leva a integrar determinado espaço de valor com o livre critério pessoal, convertendo-se, assim, em atividade coletiva de pura escolha pessoal de um critério que satisfaça o valor em questão.

A apreciatividade administrativa aqui defendida não tem relação com essa margem de livre apreciação: enquanto a última aprecia o conceito indeterminado da norma jurídica, aquela aprecia o caso concreto em si, pois, como se tem visto, não deriva exclusivamente da norma, senão, tanto das indeterminações do Direito como do conteúdo do Direito, dos defeitos do sistema jurídico e do exercício funcional; quando se podem visualizar os componentes lógico-estruturantes da norma, a apreciatividade estará localizada na previsão, no operador deontico e na preceptiva, enquanto a margem de livre apreciação apenas estará na previsão; a apreciatividade é outorgada de forma implícita, a margem de livre apreciação não. A livre apreciação dos conceitos indeterminados está no conceito de valor ou de experiência, além de poder ser encontrada apenas na auréola do conceito. Na apreciatividade normalmente se estabelecem critérios e/ou subcritérios que guiam a conduta previamente, além de referir-se em geral a ações não deonticas; na apreciatividade, não existe um procedimento administrativo prévio, uma motivação formal prévia, nem há necessariamente um ato administrativo formal ao final de sua execução; a apreciatividade se exterioriza na coação administrativa e na atividade técnica ou material da Administração; a margem de liberdade apreciativa que não deriva dos conceitos jurídicos indeterminados, normalmente, ocorre em situações rotineiras, regulares e cotidianas realizadas com algum caráter de imediatidate ou urgência; a

apreciatividade tem uma operação de discernimento ou ajuizamento para a aplicação da norma, onde se optará por critérios e subcritérios, ponderando-se os interesses e fatores em conflito e atribuindo pesos relativos às alternativas ou opções; a tomada de decisão e execução da apreciatividade normalmente se encontra na mesma pessoa e se realiza por reflexo condicionado, impulso, indiferença, ação consciente ou, raramente, avaliação fundamentada; quem toma a decisão apreciativa em geral tem total liberdade de alternativas/opções; existe a apreciatividade em qualquer tipo de conduta (omissiva ou comissiva); normalmente as alternativas ou opções na apreciatividade são excludentes, mas não exaustivas; quem realiza a decisão em geral não possui tempo de reflexão; o desenvolvimento das decisões apreciativas pode ocorrer no ambiente de certeza, mas o normal é que ocorra em um ambiente de risco ou de incerteza; surge de forma dinâmica, simultânea ou sequencial; a apreciatividade é habitualmente realizada por agentes que atuam na linha de frente, ou seja, que possuem contato direto com os administrados; e tudo sem considerar outras circunstâncias que diferenciam ambos os institutos.

Basicamente, pode-se afirmar que ambas as subjetividades possuem juízos de valor similares, mas, quanto à margem de livre apreciação, ela se origina a partir de conceitos jurídicos indeterminados escritos em enunciados normativos; a apreciatividade deriva das indeterminações do Direito, principalmente, da função.

7.8.2 Poder gracioso

Não se pode confundir a apreciatividade com o que, no passado, denominava-se poder gracioso. Este poder goza de plena liberdade, de generosidade, em que não existe norma nem doutrina que imponha, entrando plenamente no âmbito do senhorio da vontade; o que não é o caso da apreciatividade que é limitada.

Se fosse certo que existissem poderes dentro do sistema jurídico vigente que, por sua própria natureza, fossem arbitrários, ao ser esta uma característica consubstancial ao poder atribuído, ter-se-ia, não apenas de submetê-los a um estrito controle de legalidade ou de constitucionalidade, senão, que se precisaria fazê-los desaparecerem, mas nunca reconhecer sua existência para terminar estabelecendo que são inatacáveis. A Administração Pública atua com submissão plena à lei e ao Direito, logo, o poder como graciável e não subjetivo/autônomo, a princípio, deveria ser subtraída do campo de aplicação existente na atualidade, pois sua existência supõe ter de assumir como válida a decisão administrativa sem

mais explicações. E assim o é porque tal poder fere a interdição da arbitrariedade dos Poderes Públicos.

A arbitrariedade e as diferentes formas de subjetividade/autonomia públicas analisadas não são predicáveis do graciável. A arbitrariedade arranca de uma ilegalidade, de uma extralimitação que pode derivar, por exemplo, de uma discriminação no agir ou da falta de motivação — consubstancial ao graciável; a liberdade de conformação ou de configuração é a subjetividade de quem cria direitos e obrigações ou que os elucida, coisa diferente do graciável; a discricionariedade implica que o ordenamento jurídico atribua à Administração alternativas ou opções de conduta para complementar os interesses públicos, que também é coisa distinta do graciável; a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados surge por meio da zona de incerteza, existindo limites e, por conseguinte, é diferente do graciável; e a apreciatividade que implica alternativas ou opções inimagináveis de conduta limitada pelo Direito, logo, também, distinta do graciável.

No exercício da graça, não cabe apreciar a discriminação quando se outorga em uns casos e em outros não, nem falta de motivação exigindo da Administração a obrigação de expor os argumentos concretos de sua decisão; tampouco o outorgar da graça está necessariamente ligado à apreciação de nenhum interesse público; e, ademais, é livre não havendo qualquer limitação. A diferença entre um e outros é que nos atos de graça, a liberdade da Administração é mais intensa que na discricionariedade e na apreciatividade é, na realidade, absoluta.

Porém haverá casos em que se poderá defender que o poder graciável está disposto na norma jurídica, e assim ocorre em muitos ramos do Direito. Nessas hipóteses, a atuação graciável é um “*plus*” entre as categorias de subjetividade ou autonomias públicas. Quem a define a inscreve na realidade dentro do âmbito do exercício da discricionariedade ou da apreciatividade, afinal de contas, afirmam que se deve ela respeitar nos limites da lei e do Direito.

Entende-se que tal forma de entender o poder da graça é errônea. Os poderes graciáveis são na realidade prerrogativas, são atos de liberdades, de generosidade e, portanto, o ato resultante de seu exercício depende única e exclusivamente do senhorio da vontade do investido com aquela. Dessa forma, não está submetido à lei nem ao Direito. Trata-se de um ato cujo outorgamento tampouco está ligado à apreciação de algum interesse público. Constitui a mais flagrante negação do Estado de Direito, não sendo assim possível sua existência, já que na atualidade toda a atuação administrativa está submetida plenamente à lei e ao Direito e tem de ser exercida em função dos interesses públicos.

7.8.3 *Interna corporis*

A doutrina dos “*interna corporis acta*” defende que determinados atos do Parlamento não podem ser submetidos ao controle jurisdicional. Teve sua origem na Inglaterra, com o conceito de *internal proceedings*, em consonância com as prerrogativas expressas no art. 9º do *Bill of Rights*. Sua origem se fundamenta na necessidade de reforçar a instituição do Parlamento ante as ambições absolutistas do monarca⁶⁷⁴. Na atualidade, questiona-se até que ponto essa doutrina está por cima da Constituição.

Os atos *interna corporis*, com respeito, normalmente, às fases do procedimento legislativo, desenvolvem-se exclusivamente no próprio Parlamento. Derivam da autonomia administrativa do Legislativo. Apesar de ter surgido na relação do Poder Legislativo, na atualidade, pode-se utilizar esta doutrina em relação ao Poder Judicial e Executivo, desde que perante a questões ou assuntos relativos à aplicação de normas regulamentares, ou seja, internas ao âmbito do próprio órgão⁶⁷⁵. Dizem respeito à economia interna da corporação, com os privilégios e com a formação ideológica da lei, que, por sua própria natureza, são reservados à exclusiva apreciação da corporação⁶⁷⁶.

Segundo alguns doutrinadores, não cabe controle jurisdicional se a controvérsia é puramente regulamentar, resultante da interpretação das normas regulamentares e, portanto, ato *interna corporis*. Discorda-se de quem assim pensa. Não existem atos “*interna corporis*” imunes ao Direito, por mais que parte da doutrina afirme que não são controlados pelo Poder Judicial. Toda atuação administrativa deve ser analisada pelo Poder Judicial a fim de averiguar se respeita a legalidade, legitimidade e licitude.

Deste modo, em rigor, é preciso distinguir entre atuação discricional ou apreciativa e *interna corporis*. Tal distinção não significa propriamente uma liberdade de atuação, senão que são atos exclusivamente relacionados ao âmbito

⁶⁷⁴ TORRES MURO, Ignacio. El control de los actos parlamentarios en Inglaterra. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, Ano 15, n. 43, p. 51-71, ene./abr. 1995.

⁶⁷⁵ Para HELY LOPES MEIRELLES (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 449 e 450), atos *interna corporis*: “são somente aquelas questões ou assuntos que entendem direta ou exclusivamente com a economia interna da corporação legislativa, com suas prerrogativas institucionais, ou com a faculdade de valorar matéria de sua privativa competência. Tais são os atos de composição da Mesa, de apreciação da conduta de seus membros e de julgamento das infrações político-administrativas do Prefeito, de formação da lei e de manifestar-se sobre o voto”.

⁶⁷⁶ CRETTELLA JÚNIOR, José. Dos atos administrativos especiais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 162.

Teoria da Apreciatividade

interno de alguma corporação, sem qualquer efeito externo, podendo ou não se manifestarem por meio de uma ação discricional ou apreciativa.

CONCLUSÕES

Ao longo do texto, o livro desenvolve uma série de teses que, neste momento conclusivo, devem ser organizadas e apresentadas de forma sistemática.

A **primeira tese** defendida é a de que essas valorações subjetivas públicas estão em qualquer ação e possuem distintos níveis quando estudadas sob o enfoque do Estado. Cada uma das funções estatais possui uma carga subjetiva ou de autonomia, uma valoração guiada de subjetividades, derivada de uma tomada de decisões inerente a quem possui um poder e necessita expressá-lo. Distingue-se, assim, uma subjetividade ou autonomia pública legislativa, jurisdicional e executiva, pressentindo que a subjetividade ou autonomia pública é o gênero em que os adjetivos qualificadores são suas espécies. Todas as manifestações de fenômenos de subjetividade ou autonomia pública são essencialmente iguais; as diferenças surgem com a inclusão de distintos adjetivos, pois cada um possui uma função, um fim ao que se destina e distintas valorações de grau. O legislador é quem conta com a mais ampla margem de valoração subjetiva. Sua subjetividade é qualificada como política ou fortíssima, sendo inclusive chamada liberdade de conformação ou configuração (*Gestaltungsfreiheit*). O Poder Judicial, apesar das divergências sobre sua existência, também, possui uma subjetividade ou autonomia pública em sua atuação, mas muito estrita, por isso, é qualificada de jurídica ou fraca. O nível da subjetividade ou autonomia pública executiva está entre a do Legislativo e do Poder Judicial. Tal função inclui, basicamente, uma atividade política (realizada por meio da função política) e outra administrativa, cada qual com sua subjetividade. O executivo exercendo a atividade política pratica uma subjetividade ou autonomia pública muito mais ampla que quando exerce a atividade administrativa.

Além dessa evidente distinção dos níveis de subjetividade ou autonomia pública existente entre as diversas funções estatais, tem-se distinguido, também, as atividades exercidas pela função executiva, objeto do trabalho. Como **segunda tese**, afirmou-se que cada uma das atribuições, também, denominadas poderes, faculdades ou prerrogativas, possuem uma margem para sua aplicação. Isto significa que a Administração, quando manifesta sua vontade, seja por meio de atos, coação ou atividade técnica ou material, estará utilizando uma margem que se caracteriza por uma subjetividade ou autonomia pública atribuída de quatro formas: conformadora, discricional, apreciativa ou por meio de conceitos jurídicos indeterminados. Essas diferentes formas de margens de atuação da

Administração estão longe de possuir uma consolidação em sua terminologia e, inclusive, quantidade.

O núcleo central dos primeiros capítulos do livro foi demonstrar que tais formas de valoração subjetiva, por meio da qual o Executivo realiza suas funções, possuem fases evolutivas e cronologicamente distintas. Depois de evidenciar a existência de uma subjetividade ou autonomia pública (primeira tese) e demonstrar que é uma margem para sua aplicação que pode ser atribuída de quatro formas distintas (segunda tese), o livro investiga, como **terceira tese**, a origem terminológica de distintas perspectivas da liberdade. Sustenta-se que a tomada de decisão ou eleição tem origem no termo *arbitrium*, entendido como consciência, vontade, poder ou faculdade realizados de maneira justificada. Mas, quando a tomada de decisão ou eleição é feita pelo Poder Executivo, sua origem deriva da palavra latina *discretio*, que conjuga os sentidos de reserva e discernimento. Significa a habilidade de tomar decisões sensíveis e conceder boas sugestões por conta da experiência e do conhecimento que se tem. Ou seja, é fazer um bom juízo relativo aos meios, é a medula da prudência. Conota, portanto, qualidades pessoais como a prudência, a reflexão, a sensatez ou o bom juízo. Originalmente, o termo *arbitrium* não possuía uma conotação pejorativa. Somente com o surgimento do Império Romano o adjetivo “*arbitrarius*” começa a adquirir as conotações de caprichoso, vago ou infundado. A absorção do arbítrio, no seio da arbitrariedade, inicia e vai madurando lentamente no século XVII para afirmar-se no XVIII e converte-se em uma das bandeiras da ideologia ilustrada que, depois de sua vitória, instalou-se definitivamente no positivismo legal. Utilizou-se a troca como uma manobra para debilitar o Poder Judiciário. A alteração semântica que batizou o proscrito arbitrário com o novo nome de discricionariedade, inicialmente, não levantou suspeita alguma. Este processo tem propiciado uma confusão bastante generalizada, de tal maneira que o arbítrio (lícito) vem apagando-se ao ser absorvido pela arbitrariedade (ilícita), a tal ponto que, na falta de outro nome mais próprio, o adjetivo arbitrário considera-se derivado de arbitrariedade e não de arbítrio. Desse modo, com o tempo, discricionariedade tornou-se autonomia para realizar um juízo ou uma decisão, ou melhor, passou a significar uma esfera de autonomia dentro da qual as decisões são, em certa medida, uma questão de critério pessoal de juízo e avaliação. Este novo significado fez surgir, no século XVIII, a expressão poder discricional (*discretionary power*) no Direito anglo-saxão, como um poder absoluto, ilimitado ou sem término. Os franceses utilizaram do estudo sobre o “*acte de discréption anglais*” para reinventar a ideia de liberdade decisória, assim, concedendo mais poder ao Executivo e reequilibrando as funções do Estado. Ao mesmo tempo, negou-se ao juiz qualquer

discricionariedade por entender que este era “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”, reconhecendo-se, sem exceções, a discricionariedade à Administração.

A discricionariedade administrativa, como teoria, surgiu juntamente com o Estado liberal ou mínimo e era caracterizada como a prerrogativa pela qual seu detentor faz não somente o que a lei expressamente autoriza, senão, também, tudo aquilo que a lei não proibisse, previsse por meio de critérios técnicos, não previsse ou não tenha minuciosamente prescrito. Nessa época, toda atuação discricional e de puro mandamento não poderia ser objeto de recurso contencioso, ou seja, não poderia ter qualquer forma de controle judicial. Era somente reclamável pela via administrativa, ante os superiores hierárquicos. Em suma, o discricional e governativo restavam excluídos do contencioso-administrativo. O problema era saber que atuações emanavam do dito poder discricional da Administração. Em seu momento, chegou-se a estipular um rol de demandas enumerando os casos ou matérias em que não procederia recurso, conhecido como “*sistema de lista*”. Tal método dava à matéria um caráter casuístico e especialmente dificultoso, o que levou, posteriormente, a doutrina a criticar sua aplicação. Deste modo, desde sua aparição como margem de liberdade do Estado, floresceu um movimento para limitar a discricionariedade. O primeiro passo surgiu da diferença entre discricional e vinculado. Após tal diferenciação, a doutrina passou a afirmar que a discricionariedade não se refere à totalidade dos elementos de um ato (ato em bloco), senão somente a alguns deles. A doutrina seguinte afirmou que só os elementos vinculados poderiam ser fiscalizáveis.

Com o surgimento do modelo de Estado intervencionista (Estado social ou intervencionista e Estado do bem-estar) e do sentido que este deu ao princípio da legalidade, a discricionariedade passou a ser considerada um “*poder*” limitado pela lei, deixando de existir a pretendida esfera de ação em que a Administração atuava livremente. Nos modelos de Estado intervencionista, a ideia da discricionariedade passa a relacionar-se com a norma. Aquela só existe se o ordenamento a atribui. Deriva, portanto, da vontade do legislador. Significa uma liberdade de conteúdo legal e, por conseguinte, limitada. Portanto, sempre, sujeita ao controle dos chamados vícios da discricionariedade. Resumidamente, pode-se entender que o poder discricional, e não o ato discricional, avaliou até o ponto de que, em meados do século XX, afirmava-se que não tinha limites próprios para o exercício desse poder porque representava a realização da vontade do legislador, que era “*delegada*” à Administração que necessitava flexibilidade e dinamismo para melhor realizar a boa administração. Ademais, entendia-se que somente os elementos vinculados do ato administrativo poderiam e deveriam ser controlados pelo Poder Judicial. O exercício do poder discricional, isto é, a adoção de uma

conduta permitida, enquanto feita por razões de política administrativa, era livre, por expressa vontade do legislador, e aquele que o legislador teria concedido não poderia o Tribunal retirá-lo ou limitá-lo. Daí que se entendia que o exercício do poder discricional não estava sujeito à fundamentação nem a qualquer tipo de limites. Tudo o que a doutrina denomina limite estava situado em uma fase prévia ao momento em que teve lugar o exercício do mesmo.

Na hodiernidade, frente à quebra do Estado intervencionista (social ou intervencionista e do bem-estar) e tendo em conta todas as transformações que ocorrem, afirma-se que o aparato do Estado perdeu sua histórica configuração para adotar um modelo pós-moderno, no qual a subjetividade ou autonomia pública do Poder Executivo, ao exercer sua função administrativa, está sendo posta em xeque, e isto por conta das velozes e contínuas mudanças do Direito Administrativo, resultado natural das transformações geopolíticas, políticas e econômicas do mundo contemporâneo. Nesse modelo, a doutrina passa a realizar uma elaboração pormenorizada do conceito de discricionariedade administrativa até o ponto de mencionar uma “*new discretion*”. Em realidade, esta nova etapa se caracteriza por um retorno às formas clássicas de manifestação de liberdade administrativa e um incremento dos poderes, faculdades ou prerrogativas dos servidores que atuam em linha de frente ou que tinham contato direto com os cidadãos. Ademais, a discricionariedade não só está limitada pela lei, senão também pelo Direito, por valores consensualmente aceitos e por valores morais, em suma, pelos interesses públicos genéricos e específicos, em fim, por todos os valores consagrados pelo ordenamento jurídico.

Neste novo modelo de Estado, cada uma dessas atribuições (poderes, faculdades ou prerrogativas) da Administração possui uma margem de subjetividade ou autonomia pública oriunda de toda e qualquer forma de atuação. Nessa perspectiva, como **quarta tese**, relacionou-se a cada um dos poderes da Administração uma característica de subjetividade/autonomia. Por exemplo, a fidelidade normativa, a moderação organizativa, a ponderação policial e a reflexividade regulatória. Não se podem confundir tais características com as formas de atribuição da subjetividade/autonomia. Logo, não se admite sustentar uma dessas características como uma modalidade de atribuição de subjetividade/autonomia. São, somente, características que, talvez, funcionem como forma de limitação, mas jamais como forma de atribuição de subjetividade/autonomia.

Uma vez armados de tais poderes, exercem as Administrações Públicas distintas e múltiplas funções que dificultam quaisquer tentativas de tipificação e classificação que ensaiem um quadro sistemático, abstrato e completo.

Assumindo a classificação geral das múltiplas funções da Administração Pública se visualizaram as atividades de: ordenação, limitação ou de polícia; a prestacional ou exploratória; e a de regulação. Para executar tais funções as Administrações utilizam distintos meios para manifestar sua vontade, diferentes *modus operandi* de cumprir seus fins, configurando-se como as formas de atuação das Administrações, que são: os atos administrativos unilaterais, bilaterais ou multilaterais; a coação administrativa; e a atividade técnica ou material-administrativa.

A **quinta tese** sustenta que, em qualquer dessas formas de atuação administrativa, estará a Administração utilizando alguma das manifestações de subjetividade ou autonomia pública (conformadora, discricional, apreciativa ou margem de livre apreciação). Cada uma dessas formas adquire enorme relevância em sede da subjetividade ou autonomia pública. Afinal, suas características e diferenças são enormes, interessando, pois, precisar juridicamente o alcance e definição da faculdade em cada uma delas. Sendo assim, tais opções valorativas dependem, essencialmente, da forma de atuação da Administração.

Seguindo adiante, como o estudo desejava distinguir as formas de atribuição de subjetividade ou autonomia pública, foi preciso questionar o que é a cada uma das subjetividades/autonomias públicas tradicionalmente trabalhadas pela doutrina, começando pela liberdade de conformação ou de configuração, ainda pouco explorada em âmbito nacional. Para isto, encarando parte da doutrina aceita quanto ao assunto, defende-se como **sexta tese** a existência de uma liberdade de conformação ou de configuração que é a margem de liberdade de quem cria direitos e obrigações ou que os elucida, por meio de atos legislativos, normativo-regulamentares, editais, contratuais, jurisdicionais e até mesmo por tomadas de decisões administrativas que tenham o condão de se transformar em normas jurídicas, além da criação, formulação e do desenho de políticas públicas decorrentes de legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados e avaliar se, e em que medida, diferentes situações justificam a criação de um direito e uma obrigação ou de uma política pública.

Compreendida tal liberdade de manifestação e, tendo em conta o argumento *ab auctoritate* da doutrina mundial, defende-se como **sétima tese** do trabalho que a “clássica” discricionariedade administrativa possui diferentes pontos de vistas na doutrina, sendo caracterizada, portanto, por uma grande equivocidade e por possuir plurissignificações. Toda a doutrina coincide ao afirmar a existência de uma margem de manobra, de um âmbito de eleição entre indiferentes jurídicos, no qual a Administração pode escolher entre diversas alternativas ou opções, elegendo a que lhe pareça mais conveniente em função de

um critério ou princípio chamado de conveniência e oportunidade, bem como realizando, por conseguinte, dita eleição mediante uma apreciação de valores singulares. O que se altera entre cada um dos grupos são suas concepções. A corrente maximalista defende o alargamento do conceito de discricionariedade e o aproveitamento de seu regime para figuras que, tradicionalmente, estão excluídas de seu âmbito. A corrente minimalista defende que a decisão discricional é aquela que se adota entre várias igualmente válidas para o Direito, mas só verdadeiramente tem discricionariedade quando os critérios são políticos e não jurídicos. E, por fim, a corrente intermediária, que, como a minimalista, entende que a discricionariedade deriva da eleição em conteúdos alternativos válidos e concebe que tal opção deve ser realizada através da apreciação e ponderação dos fatos e interesses, além de fazer uma harmonização de diversos interesses públicos e privados subjacentes à situação concreta.

Com a finalidade de aproximar-se do que é uma proposta de definição eclética, acolhedora das diferentes concepções em circulação, desenvolveu-se uma definição de discricionariedade tentando dar-lhe uma abordagem mais conceitual, mas sem ouvir outros elementos como sua localização dentro dos componentes lógico-estruturais. Desse modo, a **oitava tese** baseia-se em que a discricionariedade administrativa em seu sentido técnico-jurídico é a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida pela norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não, entre as estipulações oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, do que melhor atende aos interesses públicos. Assim, dessa conceitualização, podem-se extrair três elementos essenciais – próprios do instituto: volitivo, já que é a margem de liberdade, autonomia ou volição para eleger entre atuar ou não e, elegendo por atuar, qual consequência da norma adotar entre disposições oferecidas alternativa e/ou disjuntivamente; subjetivo, pois somente à Administração Pública (ente, órgão ou agente) se confere tal margem; e, formal, derivado de uma atribuição voluntária, intencional e expressa do legislador, resultado consciente de uma concessão, remissão ou delegação que o legislador faz em favor de uma autoridade determinada por meio unicamente da norma jurídica, principalmente a lei em sentido estrito. Além desses elementos essenciais, tem também um elemento que se poderia chamar de objetivo, omnipresente em toda Administração Pública, que é o dever de atenção aos interesses públicos que podem ser gerais, derivados da intersecção da ordem juspolítica-moral (legalidade, legitimidade e licitude), entendido como aquele que é canalizado por normas coativamente impostas, por valores consensualmente aceitos e por uma moral; ou específicos, encontrados na intersecção da ordem juspolítica- moral (interesses públicos gerais), definidos pela Constituição e

objeto de concretização pelas normas jurídicas e, no marco das mesmas, pelos órgãos governativos democraticamente eleitos.

Outras duas teses se derivam desta sétima tese. A primeira refere-se à forma de concessão por meio de normas jurídicas. Estas quando concedem discricionariedade à Administração a fazem de forma potencial, isto é, de maneira abstrata, toda vez que a discricionariedade efetiva somente confirma-se no caso concreto. Deste modo, como **nona tese**, defende-se que o conceito exposto refere-se ao que se denominou, no presente livro, de discricionariedade potencial. Somente estar-se-á no terreno da discricionariedade efetiva uma vez fixadas as alternativas ou opções válidas, ou seja, alternativas ou opções igualmente justas e idôneas (ou legalmente indiferentes). É ela uma opção política. A definição de qual é a opção entre as alternativas ou opções válidas será feita com critérios de política administrativa ou governamental, considerados como apropriados pelo administrador em determinados casos concretos. A segunda tese que se deve mencionar com relação ao conceito refere-se à diferença entre discricionariedade de atuação e discricionariedade de eleição, ou como alguns preferem chamá-la: discricionariedade de eleição e discricionariedade de decisão ou juízo (**décima tese**). Tal distinção aplica-se a qualquer das discricionariedades mencionadas no primeiro apêndice, ou seja, é aplicável tanto à discricionariedade potencial como à discricionariedade efetiva.

Além de conceber uma definição de discricionariedade administrativa, demonstrou-se sua localização nos componentes lógico-estruturais das normas jurídicas. Apesar de ter sido tal teoria, inicialmente, articulada sob uma estrutura dualista, na qual a norma possuía uma hipótese ou previsão (*Tatbestand*), e o preceito ou preceptiva (*Rechtsfolge*), como **décima primeira tese**, defende-se que tal configuração está, hoje, superada por uma tripla formação, que engloba: uma previsão, que se refere às condições do sentido de dever ser (também chamada de consequência jurídica ou mandamento). Ao analisar a estrutura da norma, pode-se visualizar onde se encontra a discricionariedade administrativa. Por certo que haverá casos em que os próprios termos literais da norma configuram a consequência jurídica como discricional, produzindo-se uma atribuição textual de discricionariedade, pelo que não carece recorrer aos critérios dos componentes lógico-estruturais da norma jurídica. Quando esse não seja o caso, poderá localizar-se a discricionariedade no operador deôntrico e/ou na preceptiva. Nas normas de competência, ter-se-á discricionariedade na preceptiva, já que, sobre qualquer domínio que se possa conceber, terá habilitação para dispor de forma autônoma. Agora, nas normas de conduta, ter-se-á discricionariedade no operador deôntrico, quando se trate de normas permissivas, ainda quando a preceptiva não

compreenda mais de um efeito e, na preceptiva, quando se estiver diante de normas de obrigação (imposição ou proibição) em que se necessite mais de uma alternativa e em disjunção.

Como **décima segunda tese** sustenta-se que os tipos discricionais podem ser numerosos e dependem apenas da criatividade de quem os escreva. Além da discricionariedade de efeitos jurídicos, existem numerosos tipos de decisões discricionais. A mais conhecida é a que distingue três sentidos da discricionariedade: dois fracos e um forte. Há autores que adotam a terminologia de discricionariedade forte, mas preferem outra terminologia para a discricionariedade fraca, chamando-a discricionariedade instrumental. Alternativamente a esta tipologia (discricionariedade forte e fraca), há quem, tomando como ponto de partida a forma da tomada de decisão, refira-se à discricionariedade por adjudicação e discricionariedade por negociação. Outros defendem uma discricionariedade formal e informal, discricionariedade provisória e definitiva, discricionariedade processual e material e, também, discricionariedade de decisão e de trâmite. Defende-se que a diferença de cada um dos tipos de decisão discricional mencionado não tem relação somente com a discricionariedade. Na verdade, relaciona-se com os tipos de decisões ou eleições subjetivas ou autonômicas, sejam elas discricionais ou apreciativas. Assim, o que deveria ser classificado é a subjetividade ou autonomia pública administrativa.

Similarmente à tese anterior, a **décima terceira tese** afirma que não parece necessário classificar a discricionariedade em distintos supostos-tipo. Tais classificações são limitadas e é impossível ser exaustivo. Argumenta-se sobre discricionariedade regulamentar, discricionariedade normativa, discricionariedade de planificação, discricionariedade promocional, discricionariedade de iniciativa, discricionariedade política *stricto sensu*, discricionariedade técnica, discricionariedade tática, discricionariedade de gestão, discricionariedade autorizativa, discricionariedade inspetora e sancionadora, discricionariedade organizativa, discricionariedade convencional e muitas outras. Dada a abertura e a polissemia do conceito de discricionariedade, não existe um tipo único de discricionariedade. Pelo contrário, existem diferentes formas de discricionariedade que exigem um tratamento diferenciado. Para alguns, a discricionariedade sem um adjetivo indica conceitos similares. Assim, a utilização do substantivo discricionariedade apresenta a necessidade de referir-se a algo específico e deve ir acompanhado de um adjetivo. É verdade que sem um adjetivo a discricionariedade indica um só significado, mas discrepa-se que sua utilização seja imprescindível e necessária. Entende-se que a utilização de adjetivos qualificadores indica ser tais supostos ou modalidades especiais daquela, ou seja,

da discricionariedade, sendo qualificadores que limitam e especificam o âmbito no qual a discricionariedade vem a ser aplicada, facilitando a visualização de espaço em que a discricionariedade está sendo empregada. Assim, a utilização de qualquer adjetivo simplesmente serve para conceder qualidade, característica ou origem a um substantivo, que, neste caso, é a discricionariedade, mas isso não troca a concepção do substantivo.

Depois de estabelecer o sentido técnico-jurídico da discricionariedade administrativa, diferenciou-se ela da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. A **décima quarta tese** do presente trabalho fixa um espaço de valoração não sujeito ao controle judicial, exceto quando supera o limite de tal espaço. Define seu conceito central como o âmbito no qual se reserva à Administração uma margem (*Spielraum*) para a livre apreciação (*Beurteilung*) dos pressupostos de sua atuação. Entende-se, assim, que conceitos jurídicos indeterminados são aqueles conceitos que não se podem traçar precisamente porque não deixam ao seu intérprete a compreensão exata de quais significados possui o objeto ou a realidade abrangida, ou seja, são os conceitos que deixam dúvida de duas ou mais compreensões de seu significado quando visualizado no caso concreto. A verdadeira indeterminação, e com ela a autonomia, surge da impossibilidade de identificar no todo ou em parte o significado, por meio da interpretação, frente ao caso concreto. Ademais, defende-se que três são as incertezas semânticas responsáveis para a dificuldade de determinação dos sentidos normativos: a polissemia, a ambiguidade e a textura aberta. Dessas três incertezas semânticas, deu-se a confrontação de conceitos técnicos, que é também uma forma de indeterminação no Direito que se analisou. A cada uma destas formas, defendeu-se que a textura aberta possui uma incapacidade natural para ser utilizada como instrumento de subjetividade ou autonomia pública e que os “*conceptos*” polissêmicos e vagos são instrumentos aceitáveis de utilização de subjetividade ou autonomia pública. O primeiro porque sua instrumentalização pode conferir alternativas ou opções, toda vez que os termos polissêmicos, dependendo do caso, podem conceder indeterminação ao significado da palavra e, o segundo, porque leva a inumeráveis controvérsias sobre a relação que possa existir entre eles e uma eventual margem de liberdade. Por fim, a confraternização de conceitos técnicos também pode levar a indeterminações, toda vez que muitas situações, ainda ao ser analisadas por disciplinas técnicas, não oferecerem uma única resposta universalmente incontestável, ou seja, nem sempre a metodologia científica implica certeza absoluta e irrefutável. É, inclusive, quanto a esta última incerteza semântica que se discute o problema da chamada erroneamente discricionariedade técnica. Independente de qual sejam as formas, o único modo

possível de visualizar se um conceito jurídico indeterminado possui ou não uma margem de livre apreciação é analisando sua estrutura (núcleo conceitual e auréola conceitual). Sempre que se tenha uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito, estar-se-á diante do domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, é que se está diante da auréola do conceito. O núcleo conceitual também é chamado de zona de certeza, que pode ser positiva (é seguro que “*isso*” pode denominar-se com esse termo) ou negativa (é seguro que “*isso*” não pode se denominar assim). A auréola do conceito é a zona intermediária, de dúvida ou de incerteza ou, dito com maior precisão, zona onde não existe uma certeza prévia e cuja determinação exige desdobrar a ideia nuclear do conceito. Toda a dificuldade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados estará na zona de incerteza (ou “*halo del concepto*”), já que tem maior dificuldade para localizar a única solução justa.

O núcleo central da obra, demonstrou que a chamada subjetividade ou autonomia pública do administrador possui diferentes modalidades de margem de liberdade de órgãos administrativos, que, por conseguinte, possui elementos que a integram, sendo os mais estudados a liberdade conformadora do legislativo e do governo, a discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Não são poucos os que defendem que existam outras formas de liberdade ou margens distintas destas três. As mais mencionadas são poderes agraciáveis, facultativo, avaliativo e até uma liberdade prognóstica. Há, também, quem defenda que existe uma discricionariedade de desvio (*deviational discretion*), configurada como o poder para atuar de acordo com o melhor juízo do agente, inclusive, que não está autorizado ou até proibido por normas de competência. Segundo seus defensores, a conduta de desvio somente é aceitável como de contexto do sistema jurídico porque é consoante com a finalidade básica do sistema legal. Outros preferem o termo discricionariedade de dispensa como uma autorização de exceção em casos atípicos que permitem que a Administração se desvie da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma, por razões comprovadas de especial relevância. E tem ainda quem prefere mencionar uma discricionariedade não autorizada ou assumida (*unauthorized or assumed discretion*), como aquelas em que os agentes públicos assumem, sem autorização expressa, uma margem de liberdade para afastar-se da norma jurídica por razão de justiça, por necessidade prática ou conveniência e oportunidade. Os agentes públicos estão mais preocupados com a finalidade e propósito da norma do que com a letra estrita da lei.

A principal tese do trabalho é a **décima quinta tese**, na qual se defende que exista uma quarta forma de manifestação subjetiva ou de autonomia pública,

distinta das três mencionadas e pouco desenvolvida pela doutrina e que se prefere denominar apreciatividade administrativa (teoria da apreciatividade). A apreciatividade administrativa é a margem de liberdade que se projeta sobre fatos e critérios interpretativos, variando a intensidade de acordo com o âmbito que se exerce – existente em toda tomada de decisão na qual o agente público utiliza uma operação de discernimento ou ajuizamento para aplicar a norma –, usando-se de critérios e subcritérios, ponderando interesses e fatores em conflito e atribuindo pesos relativos às opções que tenha decorrentes das indeterminações do Direito, como o conteúdo do Direito, os defeitos do sistema jurídico e, principalmente, do exercício funcional, referindo-se, comumente, a ações não deônticas, sem prévio procedimento administrativo e não tendo, necessariamente, um ato administrativo formal ao final de seu exercício, mas atendendo, mormente, aos interesses públicos, mesmo que tenha de se afastar ou desviar da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma – ou seja, da letra estrita da lei – para atingir a finalidade e o propósito da norma jurídica por razões comprovadas de especial relevância.

A doutrina chama o que aqui se denomina apreciatividade administrativa de distintas maneiras. Tem quem afirma que qualquer ação, independentemente de estar estritamente regida por normas jurídicas, mas que contém um elemento significativo de juízo pessoal, é uma atuação discricional. Outros colocam que, por mais que uma ação possua um elemento de juízo pessoal na adoção das eleições/decisões, poder que estaria justificado, mas não isento de limitações, não se estará diante de uma discricionariedade no estrito sentido técnico-jurídico, senão, ante um vocábulo empregado em sua aceitação mais comum. Assim que a maioria simplesmente a denomina discricionariedade. Tem quem a considera um tipo de discricionariedade, chamando, ao que aqui se denomina apreciatividade, discricionariedade tácita (*taktisches Ermessen*) ou discricionariedade instrumental. Outros, ainda, evitam utilizar o termo discricionariedade, preferindo: folga ou margem de apreciação, liberdade de conformação ou liberdade de configuração (*Gestaltungsfreiheit*), margem de confiança e margem cognoscitivo de apreciação. Existe, também, quem a chame de liberdade de manobra (*freedom of manœuvre*), “street discretion”, e para não se estender muito, “*Definitionsmacht*” (poder de definição). A **décima sexta tese** sustenta a utilização de um novo *nomen iuris* para evitar contradição com outros institutos, porque o que se pretende denominar apreciatividade é substancialmente diferente de quaisquer das nomenclaturas mencionadas. Ou seja, trata-se de supostos que não se podem aceitar como liberdade de conformação, discricionais em sentido técnico-jurídico, ou como margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos

indeterminados, mas que também concedem subjetividade ou autonomia na tomada de eleição/decisão. É, na realidade, um novo instituto.

Assim como não é uma tarefa fácil definir a discricionariedade administrativa, pior é definir a apreciatividade administrativa porque ambos os termos são ambíguos e porque o segundo não possui um desenvolvimento na ciência jurídica. Porém, assim como se fazia com a discricionariedade e por ser uma espécie de gênero de subjetividade ou autonomia pública, também, tem-se, como **décima sétima tese**, três elementos essenciais, próprios da apreciatividade administrativa: volitivo, por ser uma margem relativa de liberdade/autonomia/volição que se projeta sobre fatos e critérios interpretativos; subjetivo, já que existente em toda tomada de decisão na qual o agente público utiliza uma operação de discernimento ou ajuizamento para aplicar a norma, usando-se de critérios e subcritérios, ponderando interesses e fatores em conflito e atribuindo pesos relativos às opções; e formal, por decorrer das indeterminações do Direito, como o conteúdo do Direito, os defeitos do sistema jurídico, da interpretação sistemática de um conjunto de normas e, principalmente, do exercício funcional. Além desses elementos essenciais, assim como as outras formas de subjetividade/autonomia pública, a apreciatividade administrativa possui um elemento objetivo, que é o dever de atenção aos interesses públicos gerais e específicos.

Como a apreciatividade é frequentemente confundida com discricionariedade, é importante diferenciar seus elementos essenciais, a fim de afastar qualquer dúvida de que se tratam de conceitos distintos. Sendo assim reanalizando estes três elementos essenciais, próprios do instituto, encontraram-se inumeráveis características distintas e diferenças entre a apreciatividade e a discricionariedade administrativa. Por conseguinte, a **décima oitava tese** demonstra cada diferença encontrada: a discricionariedade está habilitada por normas jurídicas, a apreciatividade deriva do conteúdo do Direito, dos defeitos do sistema jurídico e do exercício funcional; a discricionariedade, dentro da estrutura da norma, está localizada no operador deôntico e na preceptiva, a apreciatividade, quando se podem visualizar os componentes lógico-estruturantes da norma, estará localizada na previsão, no operador deôntico e na preceptiva; a discricionariedade é outorgada de forma explícita, a apreciatividade de forma implícita; na discricionariedade, normalmente, não se estabelece nenhum tipo de critério e/ou subcritério que guie sua conduta, na apreciatividade, comumente, tais critérios e/ou subcritérios existem previamente; a discricionariedade refere-se a ações deônticas, a apreciatividade a ações não deônticas; a discricionariedade requer um leito preestabelecido, por isso, exige-se um procedimento administrativo devido,

na apreciatividade, não existe um procedimento administrativo prévio; na discricionariedade, exige-se motivação, na apreciatividade, não existe uma motivação formal prévia, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação *a posteriori*; na discricionariedade, ao final, mediante um processo de eleição ou decisão, a alternativa ou opção deve vir modelada em um ato administrativo, a apreciatividade não possui necessariamente um ato administrativo formal ao final de sua execução; a discricionariedade exterioriza-se em atos administrativos, a apreciatividade na coação administrativa e na atividade técnica ou material da Administração; a margem de liberdade da discricionariedade é geral, a margem de liberdade da apreciatividade é normalmente em situações rotineiras, regulares e cotidianas realizadas com algum caráter imediato ou de urgência; na discricionariedade não se estabelecem nem critérios previamente estabelecidos, realiza-se apenas uma eleição ou decisão, na apreciatividade, há uma operação de discernimento ou ajuizamento para a aplicação da ordem, onde optará por critérios e subcritérios, ponderará seus interesses e fatores em conflito, e atribuirá pesos relativos às alternativas ou opções; a tomada de decisões e execução das mesmas, na discricionariedade, geralmente, não é na mesma pessoa, na apreciatividade é; a eleição ou decisão deve na discricionariedade ser realizada por avaliação razoável, a apreciatividade pode ser realizada por reflexo condicionado, impulso, indiferença, ação consciente ou, raramente, avaliação razoável; na discricionariedade quem decide atuar tem de optar por algumas das consequências da norma jurídica oferecendo alternativas e/ou disjuntivamente, na apreciatividade, a tomada da decisão tem total liberdade de alternativas ou opções; a discricionariedade só existirá em condutas comissivas, a apreciatividade existe em qualquer tipo de conduta (omissiva ou comissiva); na discricionariedade as alternativas ou opções são exaustivas e excludentes, na apreciatividade normalmente são excludentes, mas não exaustivas; na discricionariedade o que toma a decisão possui tempo de reflexão, na apreciatividade não, o que reforça as questões psicológicas, por pressões emocionais e discriminatórias, por grau de informação, por grau acadêmico e, também, por preconceitos; na discricionariedade o ambiente de desenvolvimento da decisão é normalmente um ambiente de certeza, na apreciatividade pode ocorrer em um ambiente de certeza, mas o normal é que ocorra em um ambiente de risco ou de incerteza; a discricionariedade normalmente expõe de forma estática, a apreciatividade se expõe de forma dinâmica, simultânea ou sequencial; a discricionariedade normalmente é realizada por diretores e supervisores, a apreciatividade é realizada por agentes que atuam em linha de frente e possuem contato direto com os administrados; a decisão discricional possui uma alta visibilidade, a apreciativa a

visibilidade é reduzida; a discricionariedade é realizada em todos os âmbitos, a apreciatividade mais em áreas vulneráveis, cuja natureza e tipo de atividade comportam o aparecimento de erros e até, inclusive, ilícitos; a apreciatividade está sempre presente no exercício da discricionariedade; a discricionariedade não possui a natureza criadora, o agente público está atado às alternativas ou opções que a norma jurídica lhe confere de forma expressa, e a apreciatividade não, pois possui uma natureza criadora e, em consequência, pode servir para modificar o próprio conteúdo do Direito; as eleições ou decisões apreciativas, normalmente, não são reversíveis, inclusive se, ulteriormente, sua opção seja declarada como ilegal. Não tem como regressar ao *statu quo*; entre outras.

Pode-se concluir, então, que não existe uma descaracterização do instituto da discricionariedade administrativa, mas bem o que tem é um acréscimo à ideia genérica de subjetividade ou autonomia pública. Acréscimo de um novo instituto cuja noção se depreende de duas formas: por inclusão, visto que necessariamente deve ser uma margem de liberdade/autonomia/volição; e, por exclusão, pois tudo que não seja identificado como liberdade conformadora, discricionariedade administrativa ou margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, é apreciatividade administrativa.

Como se pode perceber, cada uma das quatro formas de subjetividades ou autonomias públicas tem enorme relevância, além de características próprias e diferenças entre si. Com o objetivo de facilitar a compreensão das distinções, bem como o alcance e a definição de cada uma dessas faculdades, apresenta-se, a seguir, uma tabela que resume as diferenças entre todas as formas de subjetividade e autonomia públicas estudadas.

Tabela - Diferença entre as formas de subjetividades/autonomias públicas

Liberdade de conformação ou de configuração	Discricionariedade	Margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados	Apreciatividade
Conceito	Margem relativa de liberdade/autonomia/voluntário de quem cria direitos e obrigações ou que os elucida	Margem relativa de liberdade/autonomia/voluntário conferida pela norma jurídica para a adoção ou não, entre as estipulações oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente	Margem relativa de liberdade/autonomia/voluntário que se projeta sobre fatos e critérios interpretativos, variando a intensidade de acordo com o âmbito que se exerce – existente em toda tomada de decisão na qual o agente público utiliza uma operação de discernimento ou ajuizamento para aplicar a norma –, usando-se de critérios e subcritérios, ponderando interesses e fatores em conflito e atribuindo pesos relativos às opções que tenha decorrentes das indeterminações do Direito, como o conteúdo do Direito, os desfechos do

			sistema jurídico, da interpretação sistemática de um conjunto de normas e, principalmente, do exercício funcional
Outorgada	Implicitamente ao criador do direito	Intencionalmente pela norma jurídica de forma explícita	Implicitamente por meio da interpretação sistemática do conjunto normativo
Alternativas ou opções	Limitada ao texto constitucional ou a lei	Sempre exauritiva e excludente	Limitada ao significado do conceito jurídico
Deriva	Do sistema jurídico	Do ordenamento jurídico (atribuída de forma intencional e explícita)	Do conteúdo do direito, da linguagem das normas, dos defeitos do sistema jurídico e do exercício funcional (atribuída de forma implícita)
Liberdade de criação	Existe	Não existe, está limitada às alternativas ou opções estabelecidas na norma	Não existe, está limitada a duas ou mais compreensões de seu significado
Eleição ou decisão	Deve sempre fazer uma avaliação razoável	Deve sempre fazer uma avaliação razoável	Deve ser feita por meio do reflexo condicionado, impulso, indiferença, ação consciente ou avaliação razoável

Processo de decisão	Completo (preparatório/decisão/implantação e execução)	Completo (preparatório/decisão/implantação e execução)	Completo (preparatório/decisão/implementação e execução)	Incompleto
Ambiente de desenvolvimento das eleições ou decisões	Ambiente de certeza mesmo não sendo conhecidas as alternativas/opções e os resultados que dela se derivam	Ambiente de certeza quando são conhecidas com certeza todas as alternativas/opções e os resultados que dela se derivam	Ambiente de risco e de incerteza	Pode ocorrer em ambiente de certeza, mas o normal é que ocorra em um ambiente de risco e de incerteza
Influência e tempo	Influenciada por questões psicológicas, pressão, grau de informação, grau acadêmicos, preconceitos, mas com tempo para reflexão	Influenciada por questões psicológicas, pressão, grau de informação, grau acadêmicos, preconceitos, mas com tempo para reflexão	Influenciada por questões psicológicas, pressão, grau de informação, grau acadêmicos, preconceitos, mas com tempo para reflexão	Influenciada por questões psicológicas, pressão, grau de informação, grau acadêmicos, preconceitos e, normalmente, sem tempo para reflexão
Esquema temporal	Normalmente é estática ou única, não há um conjunto de eleições/decisões com um vínculo comum	Normalmente é estática ou única, não há um conjunto de eleições/decisões com um vínculo comum	Normalmente é estática ou única, não há um conjunto de eleições/decisões com um vínculo comum	Normalmente surge de forma dinâmica, simultânea ou sequencial
Forma	Potencial, existente no sistema jurídico; efetiva, existente no caso concreto, uma vez fixadas as opções válidas, ou seja, opções igualmente justas e idôneas (ou legalmente indiferentes)	Potencial, existente na norma jurídica em abstrato; efetiva, existente no caso concreto, uma vez fixadas as opções válidas, ou seja, opções igualmente justas e idôneas (ou legalmente indiferentes)	Potencial, existente na norma jurídica em abstrato; efetiva, existente no caso concreto, uma vez fixadas as opções válidas, ou seja, opções igualmente justas e idôneas (ou legalmente indiferentes)	O presente em qualquer atuação administrativa, seja potencial ou efetiva

<p>Localização nos componentes lógico-estruturais da norma jurídica</p>	<p>Criadora da norma jurídica e dos componentes lógico-estruturantes da norma jurídica</p> <p>Além da possibilidade de os próprios termos literais da norma configurarem a consequência jurídica como discricional, encontra-se no operador deôntico permissivo (discretionalidade de atuação) ou no preceito/estatuição/consequência da norma (discretionalidade de eleição)</p>	<p>Encontra-se na hipótese/previsão</p>	<p>Quando possível de se visualizar os componentes lógico-estruturantes da norma, poderá estar localizada na hipótese/previsão, no operador deôntico, ou no preceito/estatuição/consequência</p>
<p>Instrumentos</p>	<p>Exercício da diplomacia, da formulação das políticas públicas, da criação de medidas provisórias, no exercício do poder normativo ou regulamentar, na elaboração de editais, contratos</p>	<p>Norma jurídica</p>	<p>Orientações políticas do governo; as diretrizes efetuadas pela própria Administração; a autoridade administrativa hierárquica, os códigos de conduta e ética; os guias, os manuais da atividade; os treinamentos; as escolas de formação; a resolução contínua de igual forma de hipóteses semelhantes (aspectos conhecidos como o precedente administrativo); a</p>

		celebração prévia ao exercício do poder de um convênio de um sujeito privado; as declarações de juízo emitidas por um órgão distinto daquele a quem corresponde iniciar, instruir ou resolver o procedimento, conhecido como informe; e até, inclusive, a intuição.	
Processo ou procedimento administrativo	Exige-se um processo ou procedimento administrativo devido	Exige-se um processo ou procedimento administrativo devido	Não se exige um processo ou procedimento administrativo prévio, mas o agente público deve provar que agiu de boa-fé e que sua conduta foi ajustada ao Direito, se solicitado
Motivação formal	Sempre deve motivar, justificar o pronunciamento tomado	Sempre deve motivar, justificar o pronunciamento tomado	Não existe motivação formal prévia, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação <i>a posteriori</i>
Ato administrativo	No final, mediante um processo de eleição ou decisão, a alternativa ou opção deve se materializar em uma lei ou um ato	No final, mediante um processo de eleição ou decisão, a alternativa ou opção deve se materializar em um ato administrativo	Não existe necessariamente um ato administrativo formal ao final de sua execução

Formas de atuação administrativa	Exteriorizada em lei ou em ato administrativo	Exteriorizada, em regra, em três elementos dos atos administrativos (forma facultativa não prescrita em lei, motivo de fato e objeto indeterminado) – comodidade, conveniência ou oportunidade	Exteriorizada na coação administrativa (execução forçosa – subjetividade pequena e limitada; coação direta – subjetividade maior) e na atividade técnica ou material
Sujeito	Mais evidente nos administradores de elite	Mais evidente nos administradores de elite ou de gestão/supervisão	Mais evidente nos administradores de elite ou de gestão/supervisão que possuem contato direto com os administrados, os servidores que atuam na linha de frente, agentes de campo ou da rua
Eleição e execução	Não é a mesma pessoa	Não é a mesma pessoa	Não é a mesma pessoa
Visibilidade	Alta	Alta	Alta
Vulnerabilidade	Menor vulnerabilidade da aparição de erros, inclusive, ilícitos	Menor vulnerabilidade da aparição de erros, inclusive, ilícitos	Menor vulnerabilidade da aparição de erros, inclusive, ilícitos

REFERÊNCIAS

- ADAIR, John. Toma de decisiones y resolución de problemas. Barcelona: Nuevos Emprendedores, 2008.
- AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. La coacción administrativa directa. Madrid: Civitas, 1990.
- ALESSI, Renato. Instituciones de derecho administrativo. Barcelona: Bosch, 1970.
- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALFARO Y LAFUENTE, Santos. Lo contencioso-administrativo, su materia, sus tribunales, sus procedimientos. Madrid: Librería universal de Córdoba, 1881.
- ALLEN, Ronald J. The police and substantive rulemaking: reconciling principle and expediency. University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, v. 125, n. 1, p. 62-118, nov. 1976.
- ALONSO MAS, María José. La solución justa en las resoluciones administrativas. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- ANABITRATE, Alfredo Gallego. Derecho General de Organización. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1971.
- APPLEBY, Paul Henson. Policy and administration. Tuscaloosa: University of Alabama Press, 1949.
- ARANSON, Peter H.; GELLHORN, Ernest; ROBINSON, Glen O. A Theory of Legislative Delegation. Atlanta: Emory University, Law and Economics Center, 1982.
- ARDAU, Giorgio. I poteri discrezionali dell'imprenditore nel rapporto di lavoro. Milano: Giuffrè, 1940.
- ARMSTRONG, Peter. Engineers, management and trust. Work, Employment & Society, Solihull, v. 1, n. 4, p. 421-440, Dec. 1987.
- ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Ilícitos atípicos. Madrid: Trotta, 2000.
- ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2004.
- AYALA, Bernardo Diniz de. O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa. Lisboa: Lex, 1995.

- BACHOF, Wolf. Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Tübingen, Mohr (Siebeck), 1966-7, v. I e v. II.
- BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997.
- BARCELONA LLOP, Javier. El régimen jurídico de la policía de seguridad (un estudio de Derecho Administrativo). Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988.
- BARNES VÁZQUEZ, Javier. La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (Art. 19. IV). In: BARNES VÁZQUEZ, Javier (coord.). La justicia administrativa en el derecho comparado. Madrid: Civitas, 1993.
- BENVENUTI, Luigi. La discrezionalità amministrativa. Padova: Cedam, 1986.
- BERNATZIK, Edmund. Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien. Wien: Manz, 1886.
- BIN, Roberto. Atti normativi e norme programmatiche. Milano: Giuffrè, 1988.
- BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BIX, Brian. Law, Language, and Legal Determinacy. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- BONNARD, Roger. Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir. Revue un droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Paris, Ano 29, t. 40, n. 3, p. 363-392, juillet-septembre, 1923.
- BRAIBANT, Guy. Le droit administratif français. Paris: Presses de la Fondation nationale des sciences politiques - Dalloz, 1988.
- BRAYBROOK, David; LINDBLOM, Charles E. A strategy of decision: policy evaluation as a Social Process. New York: Free Press, 1963.
- BROHM, Winfried. Administración y Jurisdicción Contencioso-Administrativa como mecanismo de regulación en un sistema policéntrico de producción del Derecho. Documentación administrativa, Madrid, n. 234, p. 115-132, ene./mar. 1993.
- BROWN, Michael K. Working the street: police discretion and the dilemmas of reform. New York: Russell Sage Foundation, 1988.

- BRYNER, Gary C. Bureaucratic discretion: law and policy in Federal Regulatory Agencies. New York: Pergamon Press, 1987.
- BULLINGER, Martin. La discrecionalidad de la Administración Pública: evolución, funciones, control judicial. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madrid, n. 4, p. 896-911, oct./dic. 1987.
- CAETANO, Marcello. Manual de direito administrativo I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CALVO SOLER, Raúl. Uso de normas jurídicas y toma de decisiones. Barcelona: Gedisa, 2003.
- CAMMEO, Federico. Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica. Giurisprudenza italiana, Torino, 1910, IV.
- CAMMEO, Federico. La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici. Giurisprudenza italiana, Torino, 1902, III.
- CAMPBELL, Tom. Discretionary “rights.” In: TIMMS, N.; WATSON, D. (eds.). Philosophy in social work. London: Routledge and Kegan Paul, 1978.
- CANO CAMPOS, Tomás. El régimen jurídico-administrativo del tráfico: bases históricas y constitucionales, técnicas de intervención y sanciones. Madrid: Civitas, 1999.
- CANOTILHO, Gomes José Joaquim. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- CARDOZO, José Eduardo Martins. A discretionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discretionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.
- CARRASCO BELINCHON, Julian. Manual de organización y métodos: I. Funciones directivas. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1966.
- CARRIÓN, Genaro R. Notas sobre derecho y lenguaje. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- CIRIANO VELA, César David. Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial. Valladolid: Lex Nova, 2000.

- CORDEIRO, António Menezes. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1984, v. II.
- CÓRDOBA BUENO, Miguel. Metodología para la toma de decisiones. Madrid: Delta, 2004.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987).
- COSSÍO, Carlos. Teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.
- COTTERRELL, Roger. The Sociology of Law: An Introduction. 2. ed. London: Butterworths/Oxford University Press, 1992.
- CRAIG, Paul. Administrative Law. 6. ed. London: Sweet & Maxwell, 2008.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Dos atos administrativos especiais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CYERT, Richard M.; MARCH, James G. A behavioural theory of the firm. New Jersey: Prentice-Hall, 1963;
- DAVIS, Kenneth Culp. Discretionary justice: a preliminary inquiry. Westport: Greenwood Press, 1969.
- DAVIS, Kenneth Culp. Police Discretion. Chicago: West Publishing Co., 1975.
- DE SMITH, Stanley Alexander; BRAZIER, Rodney. Constitutional and Administrative Law. 5. ed. Harmondsworth: Penguin Books, 1987.
- DESIDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999.
- DESIDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. A discricionariedade administrativa. Scientia iuridica, Braga, t. 48, n. 280-282, jul./dez. 1999.
- DILLER, Matthew. The revolution in welfare administration: rules, discretion, and entrepreneurial government. New York University Law Review, New York, v. 75, n. 5, p. 1121-1220, nov. 2000.

- DREIER, Horst. En torno a la "independencia" de la Administración. Documentación administrativa, Madrid, n. 234, p. 257-280, ene.-mar. 1993.
- DUARTE, David. A norma de legalidade procedural administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006.
- DUARTE, Maria Luísa. A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados (contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade). Lisboa: Ministério da Justiça, 1987.
- DUCROCQ, Theophile Gabriel Auguste. Cours de droit administratif: contenant l'exposé et le commentaire de la législation administrative dans son dernier état avec la reproduction des principaux textes, dans un ordre méthodique. Paris: Ernest Thorin, 1881.
- DUFOUR, Gabriel. Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence concernant l'exercice de l'autorité. Paris: Cotillon, 1854-1857.
- DUGUIT, Leon. Les transformations du Droit public. Paris: A. Colin, 1913.
- DUNÉR, Anna; NORDSTRÖM, Monica. The discretion and power of street-level bureaucrats: an example from Swedish municipal eldercare. European Journal of Social Work, Oxford, v. 9, n. 4, p. 425-444, Dec. 2006.
- DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999.
- EHMKE, Horst Paul August. Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht. Tübingen: Mohr, 1960.
- EISENMANN, Charles. Cours de droit administratif. Paris: LGDJ, 1982.
- ELLIS, K.; DAVIS, A.; RUMMERY, K. Needs assessment, street-level bureaucracy and the new community care. Social Policy & Administration, Hoboken, v. 33, n. 3, p. 262-281, set. 1999.
- ENDICOTT, Timothy A. O. Vagueness in law. New York: Oxford University Press, 2000.
- ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- ERICHSEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang. Das Verwaltungshandeln. In: ERICHSEN, Hans Uwe; MARTENS, Wolfgang. Allgemeines Verwaltungsrecht. 4. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1979.
- ETZIONI, Amitai. La adopción de decisiones humilde. Harvard Business Review: la toma de decisiones. Barcelona: Deusto, 2006.

- EVANS, Tony; HARRIS, John. Street-Level Bureaucracy, Social Work and the (Exaggerated) Death of Discretion. British Journal of Social Work, Oxford, v. 34, n. 6, p. 871-895, set. 2004.
- FAYOL, Henri; COUBROUGH, John Adair. Industrial and general administration. London: Sir I. Pitman & Sons, Ltd, 1930.
- FEEST, Johannes; BLANKENBURG, Erhard. Die Definitionsmacht der Polizei. Dusseldorf: Bertelsmann, 1972.
- FELDMAN, Martha. Social limits to discretion: an organizational perspective. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. De la arbitrariedad de la Administración. 5. ed. Madrid: Civitas, 2008.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, n. 80, p. 577-612, oct-dic. 1993.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid: Iustel, 2005.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Discrecionalidad y jurisdicción revisora. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, n. 2, p. 285-289, jul-sep, 1974.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Discrecionalidad. In: MELGAS, Alfredo Montoya (org.). Enciclopédia jurídica básica. Madrid: Civitas, 1995.
- FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. Conceitos Jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.
- FLETCHER, George P. Some unwise reflections about discretion. Law and Contemporary Problems, Durham, v. 47, n. 4, p. 269-286, autumn 1984.
- FLUME, Werner. Steuerwesen und Rechtsordnung. In: SMEND, Rudolf. Rechtsprobleme in Staat und Kirche. Göttingen: [s.n.], 1952.
- FORSTHOFF, Ernst. Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Erster Band: Allgemeiner Teil. München: Beck, 1954.
- FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- FOX, Alan. Beyond contract: work, power and trust relations. London: Faber and Faber, 1974.

FREITAS, Juarez. Teoria da decisão jurídica: como vencer falácia e armadilhas psicológicas. In: CUNHA, Paulo Ferreira da (org.). Direito natural, justiça e política: II Colóquio Internacional do Instituto Jurídico Interdisciplinar [da] Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FRIEDRICH, C. J. Authority, reason and discretion. In: FLATHMAN, R. E. (Ed.). Concepts in social and political philosophy. New York: Macmillan, 1973.

GALÁN VIOQUE, Roberto. La discrecionalidad del legislador en la república federal de Alemania. In: AA. VV. Discrecionalidad administrativa y control judicial: I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Madrid: Civitas, 1996.

GALDI, Marco. Buon andamento, imparzialità e discrezionalità amministrativa. Napoli: Liguori, 1996.

GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon Press, 1990.

GALLIGAN, Denis J. Law in modern society. Oxford: Oxford University Press, 2007.

GALOOSTRA Y FRAU, José. Lo contencioso-administrativo. Madrid: Imprenta y Fundición de M. Tello, 1881.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo I. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la Administración. 5. ed. Madrid: Civitas, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. Madrid: Civitas, 1974.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. Tratado de derecho administrativo. 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1974.

GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. La discreción judicial en los Estados de Derecho contemporáneos. In: AA. VV. La modernización de la justicia en España: XXIII Jornadas de Estudio. Madrid: Ministerio de Justicia, 2004.

GASPARRI, Pietro. Corso di diritto amministrativo. Bologna: C. Zuffi, 1953.

GIANFORMAGGIO BASTIDA, Letizia. Hans Kelsen's Legal Theory: a diachronic point of view. Torino: Giappichelli Editore, 1990.

GIANNINI, Massimo Severo. L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoría générale dell'interpretazione. Milano: Giuffrè, 1939.

- GIRAUD, Émile. Étude sur la notion du pouvoir discrétionnaire. Revue générale d'administration, Paris, v. 46, p. 193-212, 298-320, 1924.
- GOLDSTEIN, Herman. Police Discretion: The Ideal versus the Real. Public Administration Review, Washington, v. 23, n. 3, p. 140-148, sep. 1963.
- GÓMEZ CABRERA, Cecilio. La discrecionalidad de la Administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de la Inspección. Madrid: McGraw-Hill, 1998.
- GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás. La “integración” de las cláusulas de atribución de potestades administrativas discrecionales. In: AA. VV. Discrecionalidad administrativa y control judicial: I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Madrid: Civitas, 1996.
- GONZÁLEZ, García, Julio Victor. El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América. Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- GOODIN, Robert E. Welfare, rights and discretion. Oxford Journal of Legal Studies, Oxford, v. 6, n. 2, p. 232-261, summer, 1986.
- GRAAF, K.J. de; JANS, J.H.; MARSEILLE, A.T.; RIDDER, J. de. Quality of Decision-Making in Public Law: Studies in Administrative Decision-Making in the Netherlands. Groningen: Europa Law Publishing, 2007.
- GRANADO HIJELMO, Ignacio. La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos. In: AA. VV. Discrecionalidad administrativa y control judicial: I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Madrid: Civitas, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). Direito constitucional: estudos em homenagens a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GREENAWALT, Kent. Discretion and judicial decision: the elusive quest for the fetters that bind judges. Columbia Law Review, New York, v. 75, n. 2, p. 359-399, mar. 1975.
- GUERRA, Sérgio. Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- GUERRA, Sérgio. Discricionariedade técnica e agências reguladoras: uma abordagem em sede doutrinária e pretoriana. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; OSÓRIO, Fábio Medina (coord.). Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- GULICK, Luther; URWICK, L. Papers on the science of administration: Early Sociology of Management and Organizations. New York: Institute of public Administration, 1937.
- GUZMAN BRITO, Alejandro. La definición de derecho subjetivo. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989.
- HAMMOND, John S.; KEENEY, Ralph L.; RAIFFA, Howard. Canjes equitativos. Harvard Business Review: la toma de decisiones. Barcelona: Deusto, 2006.
- HANDLER, Joel F. Discretion: power, quiescence, and trust. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- HANDLER, Joel F. The conditions of discretion: autonomy, community, bureaucracy. New York: Russell Sage Foundation, 1986.
- HARLOW, C.; RAWLINGS, R. Law and Administration. 2. ed. London: Butterworths, 1997.
- HART, Henry M.; SACKS, Albert M. The legal process: basic problems in the making and application of law. Westbury: Foundation Press, 1994.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. The concept of law. 2. ed. Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1994.
- HAURIOU, André. Le pouvoir discrétionnaire et sa justification. In: AA. VV. Mélanges Carré de Malberg. 10. ed. Paris: Sirey, 1933.
- HAURIOU, Maurice; HAURIOU, André. Précis de droit administratif et de droit public. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1933.
- HAWKINS, Keith. Using judicial discretion. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- HAYEK, Friedrich A. The constitution of liberty. Chicago: University of Chicago Press, 1960.
- HAYEK, Friedrich A. von. Derecho, legislación y libertad. Vol. 1: Normas y orden. Madrid: Unión Editorial, 1978.
- HENKE, Horst-Eberhard. Die Tatfrage. Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität. Berlin: Duncker und Humblot, 1966.
- HERVADA, Javier. Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho. 2. ed. Pamplona: EUNSA, 1992.
- HILSON, Chris. Judicial review, policies and the fettering of discretion. Public Law: the constitutional administration law of the commonwealth, London, Ano 44, n. 2, p. 111-129, apr-jun. 2002.

- HORRELL, S.; RUBERY, J.; BURCHELL, B. Gender and skills. ESRC Social Change and Economic Life Initiative. Working Paper n. 5. Oxford: Nuffield College, 1988.
- HOWE, D. Knowledge, power and the shape of social work practice. In: DAVIS, M. (ed.). The Sociology of Social Work. London: Routledge, 1991.
- HUBER, Hans. Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates. In: Demokratie und Rechtsstaat (Festgabe für Zaccaria Giacometti). Zürich: Polygraphischer Verlag, 1953.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial. Revista Vasca de Administración Pública, Oñati, v. 46, n. 3, p. 95-118, sep./dic., 1996.
- IGLESIAS VILA, Marisa. El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- JANIS, Irving L.; MANN, Leon. Decisión making: a psychological analysis of conflict, choice, and commitment. New York: The Free Press, 1977.
- JELLINEK, Walter. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung: Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -Feststellungen, Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen: Scientia, 1964.
- JELLINEK, Walter. Grenzen der Verfassungsgesetzgebung. Berlin: Julius Springer, 1931.
- JESCH, Dietrich. Gesetz und Verwaltung: eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzipes. Tübingen: Mohr, 1961.
- JESCH, Dietrich. Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht. Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Tübingen, v. 82, n. 2, abril 1957.
- JÈZE, Gaston Paul Amédée. Les principes généraux du droit administratif. Paris: M. Giard & E. Brière, 1914.
- JHERING, Rudolf von. La lucha por el derecho. Madrid: Reus, 1974.
- JOHNSON, Michelle A. et al. Implementing Welfare-to-Work Services: A Study of Staff Decision-Making. Families in Society: The Journal of Contemporary Social Services, Milwaukee, v. 87, n. 3, p. 317-328, jul./set. 2006.
- JOWELL, Jeffrey Lionel. Law and bureaucracy: administrative discretion and limits of legal action. New York: Dunellen Pub. Co, 1975.

- JOWELL, Jeffrey Lionel. The legal control of administrative discretion. Public Law: the constitutional administration law of the commonwealth, London, Ano 15, n. 4, p. 178-220, oct./dez. 1973.
- JULI PONCE SOLÉ. Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad. Valladolid: Lex Nova, 2001.
- JUSS, Satvinder S. Discretion and deviation in the administration of immigration control. London: Sweet & Maxwell, 1997.
- KADISH, Mortimer R.; KADISH, Sanford H. Discretion to disobey: a study of lawful departures from legal rules. Stanford, California: Stanford University Press, 1973.
- KAGAN, Robert A. Regulatory Justice: Implementing a Wage-Price Freeze. New York: Russell Sage Foundation, 1978.
- KANT, Immanuel. Crítica de la razón pura. Buenos Aires: Losada, 2007.
- KELSEN, Hans. Teoría general del Estado (Allgemeine Staatslehre). Granada: Comares, 2002.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- KRAIS, Wilhelm. Rath des königlichen Verwaltungsgerichtshofes: Gesetz vom 8. August 1878, die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und das Verfahren in Verwaltungsgerichtssachen betreffend. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1889.
- KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. Revista de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 8, jan./dez. 2004.
- LA FAVE, Wayne R. Arrest: the decision to take a suspect into custody. Boston: Little, Brown, 1965.
- LAFERRIÈRE, Edouard. Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. 2. ed. Paris: Berger-Levrault, 1896, T. II.
- LAFERRIÈRE, Edouard. Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. Paris: Berger-Levrault, 1887.
- LAFERRIERE, Firmin Julien. Cours de droit public et administratif. Paris: Librairie du Conseil d'État, 1860.
- LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho. Barcelona: Ariel, 1994.

- LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMÉT, Yves. Traité de Droit Administratif. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992. Tomo I.
- LAUN, Rudolf von. Das freie Ermessen und seine Grenzen. Leipzig: Franz Deuticke, 1910.
- LAWHEAD, William F. The Philosophical Journey: An Interactive Approach. New York: McGraw-Hill Higher Education, 2008.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. Los menores en el Derecho Español-Práctica Jurídica. Madrid: Tecnos, 2002.
- LEAL, Victor Nunes. Poder Discricionário e Ação Arbitrária da Administração. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 14, p. 52-82, out./dez. 1948.
- LEGAZ LACAMBRA, Luis. Filosofía del derecho. 5. ed. Barcelona: Ariel, 1979.
- LINARES, Juan Francisco. Poder discrecional administrativo: arbitrio administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.
- LIPSKY, Michel. Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services. New York: Russell Sage Foundation, 1974.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. Curso de derecho político. Madrid: Tecnos, 1974.
- LUMBERLY, Mark. Care management and professional autonomy: the impact of community care legislation on social work with older people. British Journal of Social Work, Oxford, v. 28, n. 6, p. 863-878, dez. 1998.
- LUZZATI, Claudio. L'interprete e il legislatore: saggio sulla certezza del diritto. Milano: Giuffrè, 1999.
- LUZZATI, Claudio. La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico. Milano: Giuffrè, 1990.
- MACHADO, João Batista. Introdução ao direito e ao Discurso Legitimador. Coimbra: Almedina, 1987.
- MANNING, Peter K. ‘Big-bang’ decisions: notes on a naturalistic approach. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- MANUEL SEGURA ORTEGA. Sentido y límites de la discrecionalidad judicial. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.
- MARENKO, Roberto. La discrezionalità del giudice civile. Torino: G. Giappichelli, 1996.
- MARTENS, Wolfgang. Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln. JuS - Juristische Schulung. Frankfurt, n. 7, v. 2, p. 245-252, julho, 1962.

- MARTINI, Serenella. Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell'esperienza giuridica tedesca. In: AA. VV. La discrezionalità amministrativa: profili comparati (atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995). Milano: Giuffrè, 1997.
- MARZUOLI, Carlo. Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali. In: PARISIO, Vera (org.). Potere discrezionale e controllo giudiziario. Milano: Giuffrè, 1998.
- MARZUOLI, Carlo. Potere amministrativo e valutazioni tecniche. Milano: Giuffrè, 1985.
- MATEO, R. Martín. Manual de derecho administrativo. 15. ed. Madrid: Trivium, 1993.
- MAURER, Hartmut. Manuel de Droit Administratif Allemand (Allgemeines Verwaltungsrecht). Tradução de Michel Fromont. 2. ed. Paris: LGDJ, 1994.
- MAYER, Georg. Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 3. ed. Leipzig: Duncker & Humblot, 1913.
- MCGOVERN, Patrick. Trust, discretion and responsibility: the division of technical labour. Work, Employment & Society, Solihull, v. 10, n. 1, p. 85-103, Mar. 1996.
- MECCARELLI, Massimo. Arbitrium: un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di Diritto comune. Milano: Giuffrè, 1998.
- MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MEDAUAR, Odete. Poder Discricionário da Administração. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, n. 610, p. 38-45, ago. 1986.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdiccional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MENUDO, Francisco López. El control judicial de la Administración en la Constitución española. In: AA.VV. Discrecionalidad administrativa y control judicial: I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Madrid: Civitas, 1996.
- MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. Granada: Comares, 2004.
- MEUCCI, Lorenzo. Istituzioni di diritto amministrativo. Torino: Fratelli Bocca, 1892.

- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Filosofía del derecho. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.
- MICHOUD, Léon. Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Paris: LGDJ, 1913.
- MORTATI, Costantino. Discrezionalità. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. Novissimo digesto italiano. Torino: UTET, 1958-1961. Tomo V.
- MOZO SEOANE, Antonio. La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983. Madrid: Montecorvo, 1985.
- MUIR, William Ker. Police: streetcorner politicians. Chicago: University Press, 1977.
- NAGEL, M. V.; ROURKE, F. Bureaucracies. In: GREENSTEIN, F. I.; POLSBY, N. W. (eds.). Handbook of political science. Reading: Addison-Wesley, 1975.
- NASH JR., John Forbes. Non-cooperative games. The Annals of Mathematics, Washington, Second Series, v. 54, n. 2, p. 286-295, Sep. 1951.
- NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Barcelona: Ariel, 2000.
- NIETO, Alejandro. Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. Revista de Administración Pública, Madrid, Ano 14, n. 44, p. 147-162, may/ago. 1964.
- NOZICK, Robert. The Nature of Rationality. Princeton: Princeton University Press, 1993.
- ORTEGA, Manuel Segura. Sentido y límites de la discrecionalidad judicial. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.
- OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.
- PAOLANTONIO, Nino. Potere discrezionale e sindacato giurisdizionale di legittimità nel sistema francese. In: AA. VV. La discrezionalità amministrativa: profili comparati (atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995). Milano: Giuffrè, 1997.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Madrid: Tecnos, 1993.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III; Boletín Oficial del Estado, 1995.
- PIRAINO, Salvatore. La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio. Milano: Giuffrè, 1990.

- POLANYI, M. The logic of liberty: reflections and rejoinders. Michigan: University of Chicago Press, 1951.
- POLICE, Aristide. La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- POLTRONIERI, Renato. Discretionariedade dos Atos Administrativos e a Ambiguidade da norma jurídica positiva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- PONCE SOLÉ, Juli. Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad. Valladolid: Lex Nova, 2001.
- PRATS I CATALÁ, Joan. Derecho y management en las Administraciones Públicas. Ekonomiaz: Revista vasca de economía, Vitoria-Gasteiz, año 10, n. 26, p. 130-143, may-sep, 1993.
- PRETIS, Daria de. Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica. Padova: Cedam, 1995.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. O poder discricionário da administração. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1948.
- RAPOSO, João. Autoridade e discretionariedade: a conciliação impossível?. In: AA. VV. Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao prof. Doutor António de Sousa Franco. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, v. 2.
- REALE, Miguel. Filosofia do direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REISS JR, Albert J. Consequences of compliance and deterrence models of law enforcement for the exercise of police discretion. Law and Contemporary Problems, Durham, v. 47, n. 4, p. 83-122, autumn 1984.
- RENAULT, Jules. Des Actes discrétionnaires. Paris: A. Pedone, 1899.
- RICO, José María. El poder discrecional de la policía y su control. In: RICO, José María (coord.). Policía y sociedad democrática. Madrid: Alianza, 1983.
- ROCHE, W. K. Trust dynamics and organizational integration: the micro-sociology of Alan Fox. British Journal of Sociology, Abingdon, Oxfordshire, v. 42, n. 1, p. 95-113, Mar. 1991.
- RÓDENAS, Ángeles. En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación de normas. DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 24, p. 63-83, jan./dez. 2001.
- ROMANO, Santi. Fragments de un diccionario jurídico. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

- SADDY, André. Curso de direito administrativo brasileiro: volume 3. 4. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2025.
- SADDY, André (Coord.). Discricionariedade na área assistencial. Rio de Janeiro: CEEJ, 2024.
- SADDY, André (Coord.). Discricionariedade na área da educacional. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.
- SADDY, André (Coord.). Discricionariedade na área fiscalizatória. Rio de Janeiro: CEEJ, 2023.
- SADDY, André (coord.). Discricionariedade na área policial. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- SADDY, André. El concepto de apreciatividad en el derecho administrativo: analogías y diferencias con la discrecionalidad administrativa. Rio de Janeiro: CEEJ, 2019.
- SAINSBURY, Roy. Administrative justice: discretion and procedure in social security decision-making. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976.
- SAINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, n. 8, p. 63-93, ene./mar. 1976.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. Introducción al derecho. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1976.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994.
- SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente. Curso de derecho administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España. Madrid: Ricardo Fé, 1883.
- SCHMIDT, Walter. In: BACIGALUPO, Mariano. La Discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997.
- SCHNEIDER, Carl E. Discretion and rules: a lawyer's view. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- SCHWARTZ, Bernard. Administrative law. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1991.
- SEN, Amartya Kumar. Rationality and Freedom. Harvard: Harvard Belknap Press, 2002.

SERRIGNY, Denis. Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil. Paris: A. Durand, 1865.

SIMON, Herbert A. Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations. 4. ed. New York: Free Press, 1997.
SKOLNICK, Jerome H. Justice without trial: law enforcement in democratic society. New York: Wiley, 1966.

SMITH, G. Discretionary decision-making in social work. In: ADLER, M.; ASQUITH, S. (eds.). Discretion and welfare. London: Heinemann, 1981.

SMITH, G. Discretionary decisión-making in social work. In: ADLER, M.; ASQUITH, S. (eds.). Discretion and Welfare. London: Heinemann, 1981.

SOUSA, António Francisco de. A Discricionariedade Administrativa. Lisboa: Danúbio, 1987.

SOUSA, António Francisco de. A Discricionariedade Administrativa. Lisboa: Danúbio, 1987.

STASSINOPoulos, Miguel. Traité dês actes administratifs. Paris: LGDJ, 1973.

SUBRA DE BIEUSSES, Pierre. La potestad discrecional. Documentación administrativa, Madrid, n. 239, p. 33-70, jul.-set. 1994.

TAYLOR, Frederick W. Principles and methods of scientific management. New York: Harper Bros, 1911.

TEZNER, Friedrich. Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde. Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Tübingen, v. 5, p. 67, jan./dez. 1911.

TEZNER, Friedrich. Das Freie Ermessen der Verwaltungsbehörden kritisch-systematisch erörtert auf Grund der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung. Wien: F. Deuticke, 1924.

TEZNER, Friedrich. Zur lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte. [S.l.]: [s. n.], 1888.

TORRES MURO, Ignacio. El control de los actos parlamentarios en Inglaterra. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, año 15, n. 43, p. 51-71, ene./abr. 1995.

TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discretionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discretionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

- TOURINHO, Rita. Discricionariedade administrativa: ação de improbidade administrativa & controle principiológico. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- TÜRK, K. Handlungsräume und Handlungsspielräume rechtsvollziehender Organisationen. In: BLANKENBURG, E.; LENK, K. (Coord.). Organisation und Recht. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1980.
- UVILLER, H. Richard. The unworthy victim: police discretion in the credibility call. Law and Contemporary Problems, Durham, v. 47, n. 4, p. 15-33, autumn 1984.
- VELA, César David Ciriano. Administración Económica y Discrecionalidad (un análisis normativo y jurisprudencial). Madrid: Lex Nova, 2000.
- VENEZIA, Jean-Claude. Le pouvoir discréptionnaire. Paris: LGDJ, 1959.
- VILLAR PALASÍ, José Luis; VILLAR EZCURRA, José Luis. Principios de Derecho Administrativo. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1993.
- VILLAR PALASÍ, José Luis. Apuntes de derecho administrativo: parte general. Madrid: Universidad a Distancia, 1974.
- VINZANT, Janet Coble; CROTHERS, Lane. Street-level leadership: discretion and legitimacy in front-line public service. Washington, DC: Georgetown University Press, 1998.
- WALDO, Dwight. The administrative state: a study of the political theory of american public administration. New York: Ronald Press Co., 1948.
- WALINE, Marcel. Le pouvoir discréptionnaire de l'administration, et sa limitation par le contrôle juridictionnel. Revue un droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Paris, Ano 37, t. 47, p. 197-223, 1930.
- WALINE, Marcel. Traité élémentaire de droit administratif. Paris: Sirey, 1956. In: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. Discrecionalidad administrativa y constitución. Madrid: Tecnos, 1995.
- WALINE, Marcel. Traité élémentaire de droit administratif. Paris: Sirey, 1956.
- WEBER, K. H., 1984 apud BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997.
- WEBER, Max. Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva (Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Vertegenden Soziologie). México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- WEILER, P. Two models of judicial decisión-making. Canadian Bar Review, Ottawa, n. 46, v. 3, p. 406-471, sep. 1968.

- WILKINS, J. T. The political economy of administrative discretion. In: ADLER, M.; ASQUITH, S. (eds.). Discretion and Welfare. London: Heinemann, 1981.
- WILLIAMS, Gregory Howard. The law and politics of police discretion. Connecticut: Greenwood Press, 1984.
- WILSON, J. Q. Varieties of police behaviour: the management of law and order in eight communities. Cambridge: Harvard University Press, 1968.
- WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. Direito Administrativo (Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, v. 1.
- WOLFF, Hans Julius. Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch. München: Beck, 1961.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

